— Ação declaratória de constitucionalidade. Incidente de inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 3/93, no tocante à instituição dessa ação. Questão de ordem. Tramitação da ação declaratória da constitucionalidade.

— Incidente que se julga no sentido da constitucionalidade da emenda Constitucional nº 3, de 1993, no tocante à ação declaratória de constitucionalidade.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL
Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 1

Requerentes: Presidente da República
Mesa do Senado Federal
Mesa da Câmara dos Deputados
Relator: Sr. Ministro Moreira Alves
Questão de Ordem*

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, resolvendo questão de ordem suscitada pelo Ministro Moreira Alves (relator), em declarar, incidentemente, a constitucionalidade da redação dada, à letra "a", do inciso I do artigo 102, da Constituição Federal de 1988, pela Emenda Constitucional nº 03/93, bem como do parágrafo 2º, acrescentado, ao mencionado artigo 102, pela mesma Emenda Constitucional e, ainda, dos votos dos Ministros Relator e Francisco Rezek, estabelecer, para a referida ação declaratória de constitucionalidade, até lei específica que o discipline, o processo proposto no voto do Relator, e dos Ministros Sepúlveda Pertence

* Acórdão sobre mérito da ação será publicado no próximo número desta Revista.

e Ilmar Galvão, que, em parte, divergiam desse procedimento, nos termos dos votos que proferiram.

Brasília, 27 de outubro de 1993.

Octávio Gallotti — Presidente, Moreira Alves — Relator.

RELATÓRIO

O Senhor Ministro Moreira Alves (Relator): Na ação declaratória de constitucionalidade que visa a obter a declaração de constitucionalidade da Lei Complementar nº 70, de 30 de dezembro de 1991, que instituiu contribuição para financiamento da Seguridade Social, exarei, a fls: 351, o seguinte despacho:

"Tendo em vista a controvérsia já existente quanto à constitucionalidade, ou não, da Emenda Constitucional nº 3/93, no tocante à instituição da ação declaratória de constitucionalidade — e disso dá notícia a ADIn. nº 913 (cujos autos estão anexos aos desta ação) que não foi conhecida por ilegitimidade ativa *ad causam* —, levanto, incidentemente, para exame, a prejudicial de inconstitucionalidade, e determino que, a respeito dela, seja aberta vista à Procuradoria-Geral da República para manifestar-se."

A fls. 353/363, o Dr. Moacir Antônio Machado da Silva, com a aprovação do eminente Procurador-Geral da República, assim se manifestou pela Procuradoria-Geral:

"O Presidente da República, a Mesa do Senado Federal e a Mesa da Câmara dos Deputados ajuizaram a presente Ação Declaratória de Constitucionalidade da Lei Complementar nº 70, de 30.12.91, que institui contribuição para financiamento da Seguridade Social, em especial no tocante aos seus arts. 1º, 2º, 9º, 10º e 13º, pedindo, a final, que o Supremo Tribunal Federal, reconhecendo a legitimidade constitucional das normas correspondentes, atribua efeitos vinculantes à decisão, na forma do art. 102, inciso I e § 2º, da Constituição Federal.

2. Em cumprimento ao despacho de 05.08.93, do eminente Relator (fls. 169), os Autores juntaram a documentação relativa ao processo legislativo da Lei Complementar nº 70, de 1991 (fls. 172 a 349).

3. Em novo despacho, de 20.08.93, o eminente Relator levantou incidentemente a prejudicial de inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 3, de 1993, no tocante à instituição da ação declaratória de constitucionalidade, em face da controvérsia sobre o assunto, retratada na ADIn nº 913-3, intentada pela Associação dos Magistrados Brasileiros, cujos autos estão apensados à presente ação, e determinou a abertura de vista à Procuradoria-Geral da República, para manifestação a respeito (fls. 351).

4. Na citada ADIn nº 913-3, não conhecida por falta de legitimidade ativa *ad causam*, a Associação dos Magistrados Brasileiros sustenta que a ação declaratória de constitucionalidade suprime a função criadora judicial e garantias fundamentais, intangíveis ao poder de reforma constitucional, por força do art. 60, § 4º, IV, da Lei Maior, como a de acesso ao Judiciário, a do devido processo legal, a da ampla defesa e do contraditório, inscritas no art. 5º, incisos XXXV, LIV e LV, da Constituição Federal.

5. Considera ainda que a inovação termina por atribuir ao Supremo Tribunal Federal a condição de órgão consultivo do Legislativo e do Executivo, para exercer verdadeira função legislativa, violando o princípio da separação de Poderes, que também constitui cláusula pétrea da Carta de 1988, gerando ainda perplexidade, porque a atividade da Suprema Corte é dirigida unicamente à confirmação da presunção de validade da lei.

II

6. A ação declaratória de constitucionalidade foi prevista na EC nº 3, de 1993, cujo art. 1º deu a seguinte redação dos arts. 102 e 103 da Constituição Federal:

Art. 102. .....

I — .....

a) a ação direta de incontitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo fededral.

(...)

§ 2º. As decisões definitivas de mérito, pro-

feridas 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.

Art. 103. .....

§ 4º. A ação declaratória de constitucionalidade poderá ser proposta pelo Presidente da República, pela Mesa do Senado Federal, pela mesa da Câmara dos Deputados ou pelo Procurador-Geral da República.

7. O *nomen iuris* da ação destaca o pedido, que deve ser dirigido no sentido da declaração da constitucionalidade da lei ou ato normativo. Nesse ponto, reside a primeira e mais relevante distinção entre essa nova modalidade de ação e a ação direta de inconstitucionalidade, pois, nesta última, o respectivo titular visa ao reconhecimento judicial da inconstitucionalidade da lei ou ato normativo.

8. Trata-se de instituto inédito no ordenamento jurídico nacional. É verdade que o art. 174, § 1º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, na redação de 1970, autorizava o Procurador-Geral da República a ajuizar representação de inconstitucionalidade, provocado por autoridade ou por terceiro, com parecer contrário, se entendesse improcedente a fundamentação da súplica, deixando margem à consideração de que, nesse caso, se teria, em realidade, uma representação de constitucionalidade.

9. O dispositivo regimental, contudo, deixava claro que o parecer contrário era admitido nos casos em que a iniciativa do Procurador-Geral da República estivesse vinculada a uma provocação de autoridade ou de terceiro, em que se sustentava a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo. A fórmula do encaminhamento da representação com parecer contrário, se não traduzia, com fidelidade, a posição do Procurador-Geral da República, como titular da representação, igualmente não rompia com a exigência de uma pretensão fundamentada — ainda que esta fosse do agente provocador — dirigida no sentido da declaração de inconstitucionalidade da norma. O que importa é que sempre esteve em causa, uma argüição de inconstitucionalidade e a procedência da representação estava associada à declaração de inconstitucionalidade, assim como a sua improcedência decorria do reconhecimento da constitucionalidade da norma.

10. Essa norma regimental poderia ser explicada pela fórmula da EC nº 16, de 1965, que se referira à representação contra inconstitucionalidade, 'encaminhada pelo Procurador-Geral'. Mas tanto esse texto constitucional como os posteriores (CF/67, art. 115, I, 1; EC 1/69, art. 119, I, 1; CF/88, art. 102, I, *a*) não deixaram qualquer dúvida de que a representação ou a açao direta era e é de inconstitucionalidade, de modo que seu titular não poderia oferecer representação tendente à declaração de constitucionalidade da norma.

11. Os textos regimentais posteriores não reproduziram a norma do art. 174, § 1º, do Regimento Interno de 1970, e tornaram claro e inequívoco que a representação ou a ação direta do Procurador-Geral da República deveria ser necessariamente dirigida à declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo. E, no julgamento da Representação nº 1.349, o Supremo Tribunal Federal considerou inadmissível representação na qual o Procurador-Geral da República sustentava a legitimidade constitucional da lei impugnada. Considerou o Tribunal que, aludindo a Constituição Federal a uma representação por inconstitucionalidade, não poderia o seu titular ajuizar uma ação de constitucionalidade, defendendo a validade da lei (RTJ 124/41).

III

12. A ação declaratória de constitucionalidade, como a açao direta de inconstitucionalidade, insere-se no sistema de controle concentrado constitucionalidade das normas, em que o Supremo Tribunal Federal aprecia a controvérsia em tese, declarando a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo, com eficácia *erga omnes*.

13. Objeto da tutela constitucional é a certeza e a segurança jurídica. Em relação a outros instrumentos destinados ao mesmo fim, a primeira peculiaridade do novo instituto —

como, aliás, ocorria com a representação interpretativa prevista na EC nº 7/77 — está em que o estado da incerteza é combatido direta e preventivamente, em processo autônomo, tomando-se a questão constitucional em si mesma, e não para a tutela de direitos subjetivos.

14. Na acepção corrente, a certeza consiste na previsibilidade das conseqüências jurídicas das ações humanas. Os homens têm necessidade de saber como serão qualificados objetivamente suas ações e a norma jurídica, no dizer de Lopez de Onate, visa a garantir a ação, de maneira certa e inequívoca, de modo que seus destinatários possam contar com o que haverá de ocorrer (La certezza del diritto, Milano, A. Guiffre, 1968, p. 47).

15. A certeza vem ainda considerada em relação à outra necessidade fundamental da experiência jurídica, a justiça, princípio ao mesmo tempo imanente e transcendente do Direito. Se a justiça pressupõe uma certa ordem, a certeza é condição para sua realização, de modo que, sob esse prisma, esses valores se integram, como aspectos complementares de uma mesma realidade.

16. Sendo a certeza um elemento essencial a norma jurídica, uma lei ou ato normativo incerto conduz a uma situação contrária ao direito, que impõe todo esforço no sentido de sua superação (CF. Miguel Reale, Filosofia do Direito, 6ª ed., 1972, v. 2, p. 530; Lopez de Oñate, ob. cit. p. 22-25). Além de tudo, como conclui Radbruch, um direito incerto é também um direito injusto, pois não é capaz de assegurar a fatos futuros tratamento igual (Le but du droit, apud Theophilo Cavalcanti Filho, o problema da segurança do direito, Ed. Rev. dos Tribunais, 1965, p. 81).

17. Não se percebe, com nitidez, em que a nova modalidade de ação teria interferência na função criadora judicial, que consiste na adaptação da norma geral e abstrata à extensa variedade das relações humanas, bem como aos novos fatos emergentes da evolução social. Ou a norma jurídica é compatível com a Lei Fundamental e, dessa forma, a sentença declaratória de constitucionalidade em nada interfere na atividade criadora do juiz, ou então não se harmoniza com a Constituição, caso em que a decisão que pronuncie sua inconstitucionalidade também não afetará essa função, que é insuscetível de ser exercida em relação a uma norma excluída do mundo jurídico.

18. Mesmo no caso em que o Supremo Tribunal Federal, como Corte Constitucional, venha a adotar a interpretação da norma que se mostre compatível com a Constituição, não cerceia a função criadora judicial. É verdade que a fixação de determinada intepretação da norma, com força vinculativa, encerra um comando negativo, proscrevendo a atribuição do significado diverso, que se mostrava discrepante com o texto fundamental. Repita-se, porém que o discricionarismo judicial de adaptação da norma aos fatos emergentes das relações sociais supõe que seja ela tomada no sentido compatível com a Constituição.

19. Nesses justos limites é que deve ser compreendida a discricionaridade da função judicial, pois a interpretação unívoca da ordem jurídica, como pondera Mario Longo, constitui também uma exigência de certeza (Certezza del diritto *in* Novíssimo Digesto Italiano, Torino, UTET, v. 3, s/d, p. 128-129). Como previsibilidade da valoração jurídica da ação, nota Massimo Corsale, a certeza pressupõe, no agente, a consciência de fato de que os órgãos judiciais darão à norma geral e abstrata uma interpretação coincidente com a sua (La certezza del diritto, Milano, A. Guiffre, 1970, p. 403), inclusive, evidentemente, no que diz respeito à questão em torno de sua legitimidade constitucional.

20. A atividade criadora judicial também encontra justificação na sua missão essencial de conferir certeza jurídica que é assegurada, ordinariamente, mediante a atuação da vontade concreta da lei na composição dos conflitos de interesses. A solução da controvérsia em torno da constitucionalidade da lei é um antecedente lógico em relação à sua aplicação às diferentes relações jurídicas.

21. A ação declaratória de constitucionalidade não é o meio adequado para dirimir qualquer dúvida em torno da constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, mas somente para corrigir uma situação particularmente grave de incerteza, suscetível de de-

sencadear conflitos e de afetar, pelas suas proporções, a tranqüilidade geral.

22. Nessas hipóteses restritas, a espera da uniformização da jurisprudência, pela reiterada aplicação ou recusa de aplicaçao da lei ou ato normativo aos casos concretos, prolongaria indefinidamente o estado de incerteza e é precisamente na correção preventiva dessa situação que a inovação apresenta maior transcedência. Considerou o legislador constituinte, segundo critérios de valoração jurídica e política, preponderante o interesse geral na solução imediata da controvérsia em torno da legitimidade constitucional da lei ou ato normativo e, portanto, na defesa da integridade da ordem jurídica, para impedir a ocorrência de danos irreparáveis, prevenir a ocorrência de lesões a direitos subjetivos, que poderiam resultar irremediáveis pelo decurso do tempo, e, ainda, assegurar o mesmo tratamento jurídico a situações idênticas, devendo lembrar-se que, sem esse instrumento, o próprio pronunciamento judicial encontraria, não raro, o obstáculo dos interesses criados e dos fatos consumados, à sombra de uma interpretação equivocada da controvérsia constitucional.

IV

23. A apreciação judicial da constitucionalidade da lei ou do ato normativo na ação é feita em abstrato, como objeto exclusivos do processo, sem qualquer relação genética com os processos judiciais em curso, nos quais a mesma controvérsia constitucional deva ser resolvida em via incidental.

24. A ação declaratória de constitucionalidade insere-se no sistema de controle em abstrato da constitucionalidade de normas, cuja finalidade única é a defesa da ordem jurídica, não se destinando diretamente à tutela de direitos subjetivos. Por isso mesmo, deve ser necessariamente estruturada em um processo objetivo, como ocorre com a ação direta de inconstitucionalidade, isto é, um processo não contraditório, sem partes, embora possam ser ouvidos os órgãos que participaram da elaboração da lei ou do ato normativo (cf. José Joaquim Gomes Canotilho, Direito Constitucional, p. 812; Gilmar Ferreira Mendes, Controle de Constitucionalidade — Aspectos Jurídicos e Políticos, 1990, p. 249-161 etc.)

25. Improcede, dessa forma, a alegação de que o novo instituto suprime as garantias de acesso ao Judiciário, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório. Os juízes e tribunais continuam competentes para o processo e julgamento dos litígios concernentes às relações jurídicas corretas, constituídas sob a égide da lei ou ato normativo federal objeto da ação declaratória de constitucionalidade.

26. A sentença proferida na ação declaratória de constitucionalidade, em realidade, tem efeito vinculante para os órgãos do Poder Judiciário, de modo que, no julgamento dos casos concretos, em que a mesma questão constitucional deva ser decidida *incidenter tantum*, o juiz ou tribunal competentes deverão observar aquele pronunciamento. Decisão em sentido contrário constitui afronta à autoridade do julgado do Supremo Tribunal Federal, que pode ser proclamada pelas instâncias superiores nos julgamentos dos recursos, ou mesmo por via de reclamação ao Supremo Tribunal Federal, na formad os arts. 156 a 162 do Regimento Interno.

27. Dir-se-ia que nessa eficácia geral da decisão é que residiram as restrições às garantias fundamentais enunciadas. Note-se, porém, em primeiro lugar, que a eficácia *erga omnes* Não constitui uma peculiaridade da ação declaratória de constitucionalidade, antes decorre da própria natureza do processo de controle abstrato de normas, sendo também um atributo da ação direta de inconstitucionalidade.

28. Por outro lado, embora diversos os pressupostos de admissibilidade, a causa de pedir e o pedido na ação declaratória de Constitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal, em qualquer dessas ações, tanto poderá pronunciar a constitucionalidade como a inconstitucionalidade, e a sentença, numa hipótese ou noutra, tem sempre eficácia contra todos. A respeito da ação direta de inconstitucionalidade, o art. 173 do Regimento Interno é claro: 'Efetuado o julgamento, com o *quorum* do

art. 143, parágrafo único, proclamar-se-á a inconstitucionalidade ou a constitucionalidade do preceito ou do ato impugnados, se num ou noutro sentido se tiverem manifestado seis Ministros'.

29. A eficácia contra todos ou *erga omnes* já significa que todos os juízes e tribunais, inclusive o Supremo Tribunal Federal, estão vinculados ao pronunciamento judicial. A diferença residiria apenas em que a EC nº 3, de 1993, ao dar nova redação ao § 2º do art. 102 da Constituição, além de atribuir 'eficácia contra todos', aludiu também a 'efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo'.

30. Essa cláusula final, porém, no tocante à vinculação dos órgãos do Poder Judiciário, redunda em novas conseqüências de ordem processual: a inobservância da sentença na ação declaratória de constitucionalidade afronta a autoridade desse julgado e dá ensejo à reclamação, mas não altera a identidade essencial do alcance das sentenças nas duas ações.

31. Em resumo, as sentenças numa e noutra ação podem ter a mesma extensão e produzir eficácia *erga omnes*, impondo-se à observância de todos, inclusive dos juízes e tribunais. A diferença está em que, enquanto a inobservância, por órgão judicial, da decisão na ação direta de inconstitucionalidade deve ser corrigida através dos recursos previstos na legislação processual, o desrespeito ao julgado na ação declaratória de constitucionalidade pode ser reparado não só mediante esses meios processuais, como também por via da reclamação.

32. A Emenda nº 3, de 1993, ademais, não contraria regras da Carta de 1988 pertinentes ao princípio do juiz natural ou do juiz constitucional, segundo o qual se considera 'investido de funções judiciais, tão-só, o juiz previsto de modo expresso ou implícito em norma jurídico-constitucional' (cf. José Frederico Marques, Manual de Direito Processual Civil, p. 76).

33. Seria o suficiente considerar, nesse ponto, que o Supremo Tribunal Federal, é o órgão de cúpula do Poder Judiciário, ao qual está naturalmente afeta, como guarda da Constituição, o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e atos normativos.

34. Além disso, não se trata de atribuição de causas afetas ao juiz constitucional a um 'tribunal de exceção', mas sim de instituição de nova modalidade de controle de constitucionalidade de normas e da atribuição de competência para seu processo e julgamento à mais alta corte de Justiça do País.

V

35. Por último, a Emenda nº 3, ao instituir a nova ação, não infrige cláusula pétrea concernente à separação de Poderes, nem atribui ao Supremo Tribunal Federal a condição de órgão consultivo.

36. A ação declaratória de constitucionalidade, como já se referiu, visa à correção de uma situação à constitucionalidade de lei ou ato normativo.

37. Enquanto na ação direta de inconstitucionalidade a demonstração da incompatibilidade vertical entre lei ou ato normativo e a Constituição Federal já é o bastante para a instauração do processo constitucional, na ação declaratória de constitucionalidade só se pode vislumbrar interesse de agir diante da controvérsia grave em torno da legitimidade da norma, capaz de abalar a presunção de sua constitucionalidade. A ação visa à defesa da integridade da ordem jurídica, de modo que a configuração de uma situação contrária ao direito, a justificar a instauração do processo constitucional, depende da verificação objetiva de um estado de dúvida de grandes proporções quanto à legitimidade da norma.

38. Na inicial da ação, por isso mesmo, o autor deverá demonstrar objetivamente a existência de controvérsia em torno da constitucionalidade da norma e ainda que ela gera um quadro grave de incerteza do direito, que abala a tranqüilidade geral. Deve ainda refutar as razões que servem de fundamento à tese da inconstitucionalidade e pedir a declaração de sua constitucionalidade.

39. Vê-se, portanto, que o Supremo Tribunal Federal não exerce função consultiva na ação declaratória de constitucionalidade, an-

tes é chamado a dirimir uma controvérsia constitucional para corrigir uma situação relevante de incerteza jurídica, em tutela da integridade da ordem jurídica.

40. A exigência de demonstração objetiva das controvérsias sobre a legitimidade constitucional da lei ou ato normativo denota que o pronunciamento judicial, na ação declaratória de constitucionalidade, estará necessariamente associado a argüições sérias e fundamentadas de sua inconstitucionalidade, total ou parcial, que, a um só tempo, delimitam a extensão material do pedido na ação e da sentença do Supremo Tribunal Federal.

41. O pronunciamento do Supremo Tribunal Federal depende de provocação do órgão legitimado para ação e da demonstração dos pressupostos de admissibilidade da ação. A discricionaridade judicial é limitada pelo pedido, que pode referir-se a toda a lei ou a parte dela, campo esse delimitado pela extensão das controvérsias acerca da sua constitucionalidade.

42. Improcede, portanto, a alegação de que o novo instituto infrige o princípio da separação dos poderes, que constitui cláusula pétrea da Carta de 1988 (art. 60, § 4º, III).

VI

43. Em face do exposto o parecer é no sentido de que seja rejeitada a prejudicial de inconstitucionalidade da Emenda nº 3, de 1993, na parte em que institui a ação declaratória de constitucionalidade".

Em questão de ordem, trago a julgamento deste Plenário a prejudicial de inconstitucionalidade que levantei, para exame, incidentemente.

É o relatório.

VOTO

O Senhor Ministro Moreira Alves (Relator):

1. A ação declaratória de constitucionalidade foi introduzida, no já complexo sistema de controle de constitucionalidade existente no Brasil, pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993, que, em seu artigo 1º, procedeu, no que interessa a ela, às seguintes modificações na redação dos artigos 102 e 103 da Constituição Federal:

"Art. 102. .....

I — .....

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;

.....

§ 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.

Art. 103. .....

.....

§ 4º. A ação declaratória de constitucionalidade poderá ser proposta pelo Presidente da República, pela Mesa do Senado Federal, pela Mesa da Câmara dos Deputados ou pelo Procurador-Geral da República."

Desde a promulgação dessa Emenda Constitucional, tem dado ela margem a ataques quanto à sua constitucionalidade no tocante à criação desse novo instrumento de controle concentrado de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal. Alega-se, em síntese, que essa ação declaratória, ao contrário do que ocorre com o controle difuso de constitucionalidade e com o controle concentrado por meio da ação direta de inconstitucionalidade, viola as cláusulas pétreas a que aludem os incisos III e IV do § 4º do artigo 60 da Constituição Federal, pois tende 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 de Poderes.

2. Para que se possam bem analisar essas alegações de inconstitucionalidade — adstritas à pretendida ofensa a cláusula pétreas, uma vez que a ação declaratória de constitucionalidade foi instituída por Emenda Constitucional —, é mister que se examinem as características que diferenciam essa ação di-

reta de inconstitucionalidade prevista na Constituição Federal.

Desde a Constituição de 1891 até a Emenda Constitucional nº 16 de 1965, o sistema de controle de constitucionalidade dos atos normativos no Brasil se cingia ao controle difuso, de inspiração norte-americana, pelo qual qualquer juiz ou Tribunal pode afastar, no caso concreto em que presta jurisdição, a aplicação de norma que viole a Constituição. Por não haver no Brasil o princípio do *stare decisis* — que, como acentua Nelson de Sousa Sampaio (*O Supremo Tribunal Federal e a Nova Fisionomia do Judiciário, in Revista de Direito Público*, nº 75, p. 11), atribui força vinculante às decisões da Suprema Corte americana, pois as faz obrigatórias para os demais órgãos judiciais —, a Constituição de 1934 criou, no inciso IV do artigo 91, o mecanismo da suspensão, pelo Senado, da execução, no todo ou em parte, de ato normativo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, ato político esse que, no entendimento predominante, dá eficácia *erga omnes* às declarações de inconstitucionalidade em concreto.

A Emenda Constitucional nº 16, de 1965, visando a reduzir a sobrecarga imposta ao Supremo Tribunal Federal, instituiu, ao lado do controle difuso, e, portanto, incidental, de constitucionalidade dos atos normativos, o controle de constitucionalidade deles em abstrato por meio da representação de inconstitucionalidade, que se inspirou na *representação interventiva* já existente como meio de aferição, para fins de intervenção federal, da observância, ou não, pelos Estados-membros dos princípios constitucionais federais sensíveis. Com isso, a par do controle difuso e incidental, típico da prestação jurisdicional, se introduziu, no sistema jurídico pátrio, um controle concentrado, direto e em abstrato, próprio das Cortes Constitucionais do tipo europeu continental. Assim, enquanto o controle difuso continuou a exerce-se, incidentalmente, no caso concreto, e, conseqüentemente, em processo *inter partes*, restringindo-se a eficácia da declaração de inconstitucionalidade aos partícipes da relação processual, já que a extensão dela a todos depende do ato político do Senado à vista da comunicação que lhe é feita pelo Supremo Tribunal Federal, esse controle concentrado se fez diretamente pelo Supremo Tribunal Federal por meio de processo de natureza objetiva por visar, não à defesa de direitos subjetivos, mas à tutela da Constituição, processo esse desencadeado por representação de inconstitucionalidade proposta exclusivamente pelo Procurador-Geral da República, que dela não poderia desistir embora lhe fosse possível, afinal, dar parecer contrário à inconstitucionalidade argüida, tendo a decisão final desta Corte — quer pela procedência (e, portanto, pela inconstitucionalidade), quer pela improcedência (e, conseqüentemente, pela constitucionalidade) — eficácia *erga omnes* (inclusive para o próprio Supremo Tribunal Federal), independentemente da atuação do Senado.

Esse sistema misto de controle de constitucionalidade foi mantido pela Constituição de 1988, que tendeu manifestamente para a expansão do controle concentrado, afastando o monopólio do Procurador-Geral da República e admitindo amplo rol de legitimados para propor o instrumento desse controle — a ação direta de inconstitucionalidade —, além de criar a ação de inconstitucionalidade por omissão, tipo de controle concentrado cuja finalidade é insusceptível de ser alcançada pelo controle difuso ou pelo controle concentrado por meio de ação direta de inconstitucionalidade, pois estes se destinam à aferição da constitucionalidade, ou não, de atos normativos preexistentes, mas não se prestam ao exame, com sua conseqüência em caso afirmativo, da omissão inconstitucional da elaboração de ato normativo devido por imposição 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 infrigentes, 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 constituciona-

lidade e que foi assim equacionado na justificativa da proposta de que, com moficações, 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 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 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 avocatória 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".

Para enfrentar esse problema, a ação direta de inconstitucionalidade não é instrumento suficiente em virtude de duas circunstâncias: a de que — como ficou assentado no julgamento da representação de inconstitucionalidade nº 1.349 (RTJ 129/41 e segs.) — não é ela cabível quando o autor a propõe sustentando a constitucionalidade do ato normativo, e pretendendo, portanto, obter a declaração de sua constitucionalidade pela vida indireta da decisão de improcedência dessa ação; e a de que a eficácia da decisão dessa ação, quer de procedência, quer de improcedência, apenas se estende a todos (eficácia *erga omnes*) no sentido de que, em face de todos, sua eficácia se exaure na declaração de que o ato normativo é inconstitucional (e, portanto, nulo desde a origem) ou constitucional (e, conseqüentemente, válido), o que implica a possibilidade de o Poder Judiciário, por suas instâncias inferiores, poderem continuar a julgar em contrário, hipótese em que, às partes prejudicadas nos casos concretos, só restará, em recurso extraordinário, ver respeitada, pelo Supremo Tribunal Federal, sua decisão na ação direta de inconstitucionalidade sobre o ato normativo que dela foi objeto; e mais: essa eficácia *erga omnes* da ação direta de inconstitucionalidade não impede que o Poder ou órgão de que emanou ato normativo julgado inconstitucional volte a reincidir na inconstitucionalidade editando novo ato com o mesmo conteúdo do anterior, hipótese em que será necessária a propositura de nova ação direta de inconstitucionalidade, pois a declaração anterior não alcança esse segundo ato.

O mesmo não ocorre com a ação declaratória de constitucionalidade como foi instituída pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993. Com efeito, sendo uma ação que visa diretamente à obtenção da declaração de que o ato normativo seu objeto é constitucional, é ela cabível exatamente para esse fim, embora, se julgada improcedente, essa decisão de improcedência implique a declaração de inconsti-

tucionalidade do ato normativo em causa. Por outro lado, estabelecendo a Emenda Constitucional nº 3, de 1993, que "*as decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo*", essas decisões, sejam de procedência (constituicionalidade) ou de improcedência (inconstitucionalidade), não apenas terão eficácia *erga omnes*, mas também força vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo. É um *plus* com relação à ação direta de inconstitucionalidade, graças ao qual se dá ao novo instrumento de controle de constitucionalidade a eficácia necessária para enfrentar o problema — como salientado anteriormente — que deu margem à sua criação. De feito, se a eficácia *erga omnes* que também possuem suas decisões de mérito lhe dá a mesma eficácia que têm as decisões de méritos das ações diretas de inconstitucionalidade (e — note-se — é em virtude dessa eficácia *erga omnes* que esta Corte, por ser alcançada igualmente por ela, não pode voltar atrás na declaração que nela fez anteriormente), do efeito vinculante que lhe é próprio resulta:

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

b) — essa decisão (e isso se restringe ao dispositivo dela, não abrangendo — como sucede na Alemanha — os seus fundamentos determinantes, até porque a Emenda Constitucional nº 3 só atribui efeito vinculante à própria decisão definitiva de mérito), essa decisão, repito, alcança os atos normativos de igual conteúdo daquele que deu origem a ela mas que não foi seu objeto, para o fim de, independentemente de nova ação, serem tidos como constitucionais ou inconstitucionais, adstrita essa eficácia aos atos normativos emanados dos demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo, uma vez que ela não alcança os atos editados pelo Poder Legislativo.

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

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

Ora, como acentua Gilmar Mendes (*Controle de Constitucionalidade — Aspectos Jurídicos e Políticos*, pp. 250/251, Editora Saraiva, São Paulo, 1990), com base na doutrina germânica e na jurisprudência da Corte Constitucionalo alemã, o processo objetivo se caracteriza por ser

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

E JEAN-CLAUDE BÉGUIN (*Le Contrôle de la Constitutionnalité des Lois en République Fédérale d'Allemagne*, p. 61, Paris, 1982), após salientar que, no controle abastrato de normas, não há partes contrapostas, observa que "a audiência dos representantes dos órgãos constitucionais interessados em razão de sua participação na elaboração ou na aplicação da norma não teria por conseqüên-

cia dar a qualidade de parte num processo que não conhece isso" ("L'audition des représentants des organes constitutionnels intéressés en raison de leur participation à l'élaboration ou à l'application de la norme, ne saurait avoir pour conséquence de donner la qualité de partie dans une procédure qui n'en connaît pas").

Por isso mesmo, dado o caráter objetivo de processo relativo à ação direta de inconstitucionalidade, a jurisprudência desta Corte já se firmou no sentido de que o requerente não pode desistir da ação proposta; a causa *petendi* não se adstringe aos fundamentos constitucionais invocados pelo requerente, mas abarca todas normas que integram a Constituição Federal; pode-se prescindir das informações dos Poderes ou órgãos de que emanou o ato normativo impugnado; não se admite a assistência; não é cabível ação rescisória.

Foi, aliás, por entender que nesse processo objetivo não há propriamente partes que este Tribunal, sendo relator o Sr. Ministro Néri da Silveira, admitiu, nos embargos na representação de inconstitucionalidade nº 1.092 (RTJ 117/921 e segs.), que o Procurador-Geral da República, que havia proposto a representação, mas lhe dera parecer pela improcedência, tinha legitimidade, embora não sucumbente, para interpor embargos infrigentes aos acórdão que julgara a representação.

Igualmente, com relação ao sujeito passivo, sua ausência não descaracteriza a ação direta de inconstitucionalidade. Ela pode decorrer da dispensa do pedido de informações ao Poder ou órgão de que emana o ato normativo impugnado, e dispensa essa que é admitida pelo Regimento Interno deste Tribunal (artigo 170, § 2º, *in fine*, e artigo 172). Como também, nessa ação, podem ocorrer hipóteses em que os legitimados ativo e passivo se confundem, o que implica, em última análise, a inexistência de legitimado passivo. Assim, por exemplo, se um Governador de Estado impugnar como inconstitucional ato normativo de seu antecessor, caso em que o requerente não pode ser, ao mesmo tempo, o requerido. E também não ocupa a posição formal de réu o advogado-geral da União, que não é parte, mas curador da presunção de constitucionalidade do ato normativo atacado.

Portanto, também na ação direta de inconstitucionalidade, embora as mais das vezes haja legitimado passivo — o Poder ou órgão que elaborou o ato normativo —, não é ele imprescindível. Já na ação declaratória de constitucionalidade essa ausência não é apenas eventual, mas sempre ocorre, o que, porém, se coaduna, como já vimos, com a natureza do processo objetivo, a saber, a de um processo essencialmente unilateral, não-contraditório, sem partes, no qual há um requerente, mas não há necessariamente um requerido.

3. Desse confronto entre a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade, verifica-se que ambas integram o controle concentrado de constitucionalidade dos atos normativos, tendo a mesma natureza: a de se apresentarem como processos objetivos.

Ora, se a própria Constituição Federal admitiu a convivência do controle difuso de constitucionalidade dos atos normativos com o controle concentrado 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. Este, apesar da expansão dada ao controle concentrado (e isso decorre, obviamente, muito mais da ampliação dos legitimados para propor a ação direta de inconstitucionalidade, do que da criação da ação declaratória de constitucionalidade), continua a ser a regra, só não podendo ser utilizado legitimamente com a relação aos atos normativos que, anteriormente, tenham sido declarados, pelo controle concentrado em abstrato, constitucionais ou inconstitucionais, ou que hajam tido sua execução suspensa pelo Senado quando a declaração de inconstitucionalidade resulte do controle difuso exercido pelo Supremo Tribunal Federal. Essas restrições porém, decorrem da eficácia *erga omnes* do próprio controle difuso e do controle concentrado em abastrato, e não da força vinculante da ação declaratória de constitucionalidade que, nesse terreno, como já foi salientado, apenas possibilita aos concretamente prejudicados com o desrespeito de sua decisão pelos

demais órgãos do Poder Judiciário ao prestarem jurisdição que se valham da reclamação ao Supremo Tribunal Federal, meio mais rápido de desconstituir esse desrespeito do que o recurso extraordinário que lhes resta quando ele se dá com relação a decisão proferida em ação direta de inconstitucionalidade. A eficácia *erga omnes* das decisões de mérito proferidas em ambas essas ações as impõe a todos, mas é o efeito vinculante da decisão de mérito na ação declaratória de constitucionalidade que lhe permite, prontamente, defender a segurança jurídica com o respeito da ordem constitucional assegurado por esse meio de controle.

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 que paoderia ser feita quanto à ação direta de inconstitucionalidade — 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 precessos 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 apartes 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. Nos processos objetivos de controle concentrado em abstrato de atos normativos não há prestação jurisdicional ínsita ao Poder Judiciário e que pressupõe, direta ou indiretamente, conflito de interesses a ser dirimido, mas meios do exercício de forma específica de jurisdição — a jurisdição constitucional — que se traduz em ato político de fiscalização dos Poderes (inclusive do Judiciário) quanto à conformidade, ou não, à Constituição dos atos normativos por eles editados.

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 arguir a inconstitucionalidade, ou não, de um ato normativo já objeto de decisão de mérito, estensível 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, e não 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 órgão de outro Poder que não o Judiciário — em decorrência da suspensão, pelo Senado, na 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. Como se sabe (vjea-se a propósito o verbete "*due process of law*", de autoria do professor John Clarke Adams, e que se encontra no *Novíssimo Digesto Italiano*, vol. VI, pp. 314/315, Turim, 1979), o sentido desse princípio tem variado na sua pátria de origem: de início, por período aproximado de cem anos, tutelava os direitos de liberdade contra procedimentos irregulares ou iníquos dos Poderes Executivos e Judiciário, especialmente no âmbito do processo penal; no final do século XIX, a jurisprudência da Corte Suprema americana estendeu a aplicação desse princípio para além do terreno processual, para tutelar as pessoas contra atos do Estado, inclusive mediante leis, que lesavam ou limitavam direito de propriedade pleno e exclusivo; e, neste século XX, essa mesma jurisprudência evoluiu para aplicar o princípio não só à proteção dos direitos de propriedades, mas também dos direitos de liberdade dos indivíduos nas relações com o Estado. 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 que ponha em risco essa presunção, e, portanto, controvérsia judicial no exercício do controle difuso de constitucionalidade, por ser esta que caracteriza inequivocamente esse risco. Dessa controvérsia, que deverá ser demonstrada na inicial, 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.

4. Pelo exposto, tenho como constitucional a Emenda Constitucional nº 3, de 1993, no tocante à criação da ação declaratória de constitucionalidade.

E, se for vencedora, neste julgamento, essa conclusão, proponho, desde logo, que se observem, na tramitação desta ação declaratória de constitucionalidade, os princípios que exponho a seguir.

A Emenda Constitucional nº 3, de 1993, ao instituir a ação declaratória de constitucionalidade, já estabeleceu quais são os legitimados para propô-lo e quais são os efeitos de sua decisão definitiva de mérito. Silenciou, porém, quanto aos demais aspectos processuais a ser observados com referência a essa ação.

Tendo em vista, porém, que a natureza do processo relativo a essa ação é a mesma da ação direta de inconstitucionalidade, é de adotar-se a disciplina desta nesse particular, exceto no que se diferenciam pelo seu fim imediato, que é oposto — a ação direta de inconstitucionalidade visa diretamente à declaração de inconstitucionalidade do ato normativo, ao passo que a ação declaratória de constitucionalidade visa diretamente à declaração de constitucionalidade do ato normativo —, e que acarreta a impossibilidade da aplicação de toda a referida disciplina.

Atento a essa diretriz, já determinei aos requerentes da presente ação — que atenderam a essa exigência — a juntada da documentação relativa ao processo legislativo da Emenda Constitucional em causa para que o Tribunal, que tem de examinar a constitucionalidade dela sob todos os seus ângulos, disponha dos elementos que dizem respeito à sua constitucionalidade formal.

Por outro lado, partindo do pressuposto de que é ínsita à propositura dessa ação a demonstração, em sua inicial — com a juntada de sua comprovação —, da controvérsia judicial que põe em risco a presunção de constitucionalidade do ato normativo sob exame, observo que, no caso, esse requisito está devidamente preenchido, permitindo à Corte o conhecimento das alegações em favor da constitucionalidade e contra ela, e do modo como estão sendo decididas num ou noutro sentido.

Não sendo indispensável, em processo objetivo, que haja legitimado passivo para contestar a ação, parece-me que só a lei poderá, para a colheita de mais alegações (ou para o fortalecimento das já conhecidas) em favor da inconstitucionalidade do ato normativo em causa, determinar que todos os legitimados para propor ação direta de inconstitucionalidade, ou alguns deles, possam intervir no processo relativo à ação declaratória de constitucionalidade. Essas disciplina é eminentemente processual, e, na falta de norma referente a processo objetivo, que possa ser aplicada por analogia, depende ela de norma legal que razoavelmente a regule, estabelecendo os direitos e deveres processuais desses intervenientes. É, aliás, o que ocorre na Alemanha, onde a lei do *Bundesverfassungsgericht*, em seu § 77, relativo ao controle de constitucionalidade em abstrato dos atos normativos, permite à Corte Constitucional que, quando se trata de constitucionalidade de ato normativo federal, dê à Dieta, ao Conselho e ao Governo federais, bem como aos Governadores dos Estados-membros, a possibilidade de apresentarem suas observações sobre o ato em causa.

No processo da ação declaratória de constitucionalidade, por visar à preservação da presunção de constitucionalidade do ato normativo que é seu objeto, não há razão para que o Advogado-Geral da União atue como curador dessa mesma presunção. Aliás, o silêncio da Emenda Constitucional nº 3 a esse respeito, não obstante tenha incluído um § 4º no artigo 103 da Carta Magna, é um silêncio eloqüente, a afastar a idéia de que houve omissão, a propósito, por inadvertência.

Também na ação declaratória de constitucionalidade, faz-se mister o parecer do Procurador-Geral da República, como órgão do Ministério Público como *custos legis* em sentido amplo.

Por fim, o julgamento dessa ação declaratória observará, por inteiramente aplicável, a disciplina do julgamento da ação direta de inconstitucionalidade, inclusive quanto ao *quorum* para a declaração da constitucionalidade ou da inconstitucionalidade do ato normativo em causa.

5. Em resumo, Sr. Presidente, o meu voto, nesta questão de ordem, é no sentido de que, incidentalmente, se tenha por constitucional a Emenda Constitucional nº 3, no tocante à instituição da ação declaratória de constitucionalidade como o fez, e, se vencedora essa conclusão, se adote o processo que nele proponho, até que se edite lei específica que o discipline validamente.

VOTO
(ANTECIPAÇÃO)

O Senhor Ministro Sepúlveda Pertence: Senhor Presidente, escuso-me de não ter podido

reduzir a termo as reflexões que o tema fascinante me provocou. Verifico, no entanto, que elas coincidem quase integralmente com o voto que acaba de proferir o eminente Relator.

2. É notório, a meu ver, que grande parte das objeções à legitimidade constitucional, por ofensa à cláusulas pétreas, da emenda que criou a ação declaratória de constitucionalidade, parte, *data venia*, de alguns equívocos, de alguns supostos equivocados.

3. O primeiro deles, que me preocupou muito, logo que surgiu a idéia, é de que a ação declaratória importaria converter o Supremo Tribunal em órgão de mera chancela de um processo legislativo, tão logo concluído, antes — como afirma o eminente Professor Geraldo Ataliba — de qualquer ato de aplicação da norma promulgada, ou de resistência ou de questionamento de sua aplicação.

4. Assim, contudo, não e parece, Sr. Presidente.

5. A ação direta de inconstitucionalidade, é certo, pode ser proposta tão logo promulgada a lei. A vigência da lei inconstitucional, só por si, é violadora, da autoridade da Constituição na unidade do ordenamento jurídico.

6. As coisas são diferentes na ação declaratória de constitucionalidade. Não é que ela não sirva — como diz o mesmo eminente jurista — à defesa da Constituição, a qual só se prestaria a ação direta de inconstitucionalidade, mas o escritor ilustre — à defesa do Governo e do fisco.

7. *Data venia*, tanto se ofende à Constituição aplicando lei inconstitucional quanto negando aplicação, a pretexto de inconstitucionalidade, à lei que não o seja. Em ambos os casos, fere-se a supremacia da Constituição.

8. Dá-se, porém, que, ao contrário do que sucede na ADIn, à vista da presunção da constitucionalidade, só a resistência concreta à aplicação de determinada norma legal substantiva o interesse de agir para a declaração de sua constitucionalidade. Mostrou o eminente Relator, portanto, que o interesse de agir só se atualiza, só se manifesta de modo a autorizar a propositura da ação declaratória de constitucionalidade, quando haja controvérsia judicial, objetivamente demonstrada e em proporções relevantes, sobre a validez de determinada norma legal.

9. Estou de pleno acordo com essa posição.

10. E também não vejo lesão ao princípio de independência dos Poderes nem, particularmente, à independência do Poder Judiciário.

11. Quanto ao Supremo Tribunal, sob a minha ótica — e nesse ponto reporto-me a estudo do Dr. Gilmar Mendes, que com ela coincide — explicita-lhe apenas um poder que se fora criando na prática da representação interventiva e que se tornou indiscutível com a representação geral da Emenda Constitucional 16, de 1965.

12. Sabidamente já o sustentara, como Procurador-Geral da República, ao propor a Representação 1.349-DF, relatada pelo eminente Ministro Aldir Passarinho, relativa à lei de informática.

13. Logo de início, atento à relevância da questão e até ao número significativo de congressistas que me provocavam à propositura da representação, submeti a questão ao Supremo, mas atento, também, à conveniência de não pôr sob dúvida a constitucionalidade de uma lei do maior relevo nacional, na petição inicial, antecipava-me, sustentando a sua constitucionalidade para, ao final, ponderar (Pareceres do Procurador-Geral da República, 1985-87, Imp. Nacional, p. 269, 300):

"Ao decidir preliminar suscitada nos Erp. 1.092, 3-2-86, relator em. Ministro Djaci Falcão, DJ 23-5-86, o Supremo Tribunal Federal afirmou, por unanimidade, a legitimação do Prourador-Geral da República para opor embargos e acórdão que tenha julgado procedente sua própria representação por inconstitucionalidade.

A decisão é da maior importância, na medida em que implicitamente reafirmou o poder do chefe do Ministério Público Federal para provocar a jurisdição constitucional da alta Corte, sempre que o interesse público o aconselhar, inclusive, se for o caso, para estabelecer a certeza da *constitucionalidade* de normas legais relevantes, cuja eficácia possa ser comprometida por dúvidas suscitadas a respeito da sua validade.

O julgado repeliu com isso certas objeções

fundadas na miopia da equiparação do instituto da representação, de acentuada conotação política, com ações cíveis de restrito interesse das partes."

14. Contudo, é sabido, também, que, naquele mesmo caso — Rp. 1.349, Passarinho — o Supremo Tribunal não acolheu a minha argumentação: declarou inepta a petição inicial, na medida em que o seu autor, o Procurador-Geral da República, de logo, anunciava a sua posição pela constitucionalidade da lei questionada.

15. Confeso, Senhor Presidente, que, reverente como sempre aos precedentes da Corte, continuo não convencido daquela decisão. Convicção que se reforçou, quando, já eu com assento nesta Casa, reafirmamos que o Procurador-Geral não precisa fazer pedido explícito da declaração de inconstitucionalidade ao propor a ação direta (ADIn 375, 30.10.91, Lex 150/90).

16. Tudo ficou, assim, num formalismo um tanto quanto cerimonial, que, entretanto, não desconhece o que me parece o fundamento relevante: o caráter dúplice da ação direta de inconstitucionalidade. Tanto que, interpretando o instituto constitucional, o Regimento Interno tornou explícito que, de sua improcedência, resulta, se por ela se manifesta a maioria qualificada, a declaração de constitucionalidade da norma impugnada.

17. Chamei de "*escrúpulo cerimonial*" a vedação de que o Procurador-Geral desvele, na própria inicial, o seu parecer pela constitucionalidade da norma questionada — fundamento da decisão da mencionada Rp. 1.349 — porque, na normalidade das coisas (a partir do formulário usado pela Procuradoria-Geral, tanto antes como depois da minha passagem para aquele alto cargo), o que existe é uma submissão da questão constitucional ao Supremo, cujo processo, opinando, ao final o Procurador-Geral pela constitucionalidade, fica, também, às vezes, sem que ninguém nos autos sustente a inconstitucionalidade da norma.

18. Recordo tudo isso, apenas, para dizer como me sinto à vontade para, neste caso, repelir a objeção à ação declaratória de constitucionalidade.

19. Parece-me que nela, novo, realmente, é a explicitação do efeito vinculante, cujas conseqüências, em relação também à ação direta de inconstitucionalidade, reservo-me para considerar quando necessário.

20. Em relação ao Supremo Tribunal Federal, para mim, a Emenda Constitucional, portanto, explicitou-lhe um poder que, em quase todas as suas conotações, já existia e, de qualquer modo, concedeu poder a um órgão do Judiciário.

21. Teria ofendido a independência jurídica e a jurisdição dos demais órgãos do Poder Judiciário?

22. Senhor Presidente, esta ação é um momento inevitável na prática da consolidação desse audacioso ensaio do constitucionalismo brasileiro — não, apenas como nota Cappelletti, de aproximar o controle difuso e o controle concentrado, como se observa em todo o mundo — mas, sim, de convivência dos dois sistemas na integralidade das suas características.

23. Esta convivência não se faz sem uma permanente tensão dialética na qual, a meu ver, a experiência tem demonstrado que será inevitável o reforço do sistema concentrado, sobretudo nos processos de massa; na multiplicidade de processos que inevitavelmente, a cada ano, na dinâmica da legislação, sobretudo da legislação tributária e matérias próximas, levará, se não se criam mecanismos eficazes de decisão relativamente rápida e uniforme, ao estrangulamento da máquina judiciária, acima de qualquer possibilidade de sua ampliação e, progressivamente, ao maior descrédito da Justiça, pela sua total incapacidade de responder à demanda de centena de milhares de processos rigorosamente idênticos, porque reduzidos a uma só questão de direito.

24. Por outro lado, Senhor Presidente, o ensaio difícil de convivência integral dos dois métodos de controle de constitucionalidade do Brasil só se torna possível na medida em que se acumularam, no Supremo Tribunal Federal, os dois papéis, o de órgão exclusivo do sistema concentrado e o de órgão de cúpula do sistema difuso.

25. De tal modo, o peso do Supremo Tribunal, em relação aos outros órgãos de juris-

dição, que a ação declaratória de constitucionalidade traz é relativo, porque, já no sistema de convivência dos dois métodos, a palavra final é sempre reservada ao Supremo Tribunal Federal, se bem que, declarada a inconstitucionalidade do sistema difuso, ainda convivamos com o anacronismo em que se transformou, após a criação da ação direta, a necessidade da deliberação do Senado para dar eficácia *erga omnes* à declaração incidente.

26. Argumento de grande poder retórico nas objeções ao novo instituto é o da ofensa à garantia constitucional do contraditório. Sem trocadilho, Senhor Presidente, a alegação é um tanto quanto contraditória com outra premissa do discurso da inconstitucionalidade da ação declaratória de constitucionalidade, aquela segundo a qual nele se tem o exercício, não de uma função jurisdicional, mas de uma função legislativa ou paralegislativa (o que, aliás, já é um lugar comum, na teoria do controle concentrado de constitucionalidade), de tal modo que, na medida em que efetivamente não se trata de jurisdição *stricto sensu*, a invocação do princípio constitucional do contraditório se torna, em termos dogmáticos, impertinente.

27. Confesso, não obstante, que neste ponto está minha preocupação, senão com a constitucionalidade, ao menos com a legitimidade desse novo instituto.

28. O controle direto de constitucionalidade, para mim, é o exercício de uma função predominantemente política, para o qual, entretanto, adotaram-se mecanismos jurisdicionais, a partir do órgão de controle, sobretudo quando se dá, como no Brasil, a competência a uma corte tipicamente jurisdicional, como o Supremo Tribunal e, também, da forma de exercício da função que imita o processo de partes.

29. Entre os pontos mais relevantes dessa imitação do processo de partes no processo político de exercício de uma função política, como é o controle direto de constitucionalidade, está a criação de oportunidades à contradição dialética de argumentos, para propiciar decisão mais amadurecida do Tribunal.

30. Para mim, no entanto, a preocupação que me causa esse aspecto do problema não leva à inconstitucionalidade da emenda constitucional discutida. A alegação de inconstitucionalidade parte aqui de outro suposto, *data venia*, falso: o de que a própria Emenda 3 tivesse esgotado a disciplina processual da ação declaratória de constitucionalidade, conclusão que nenhum princípio autoriza. É manifesto que o legislador ordinário tem competência para disciplinà-la.

31. A solução adequada para atender a essa necessidade de manter-se, no exercício desta função quase legislativa, que é o controle direto, as formas do processo jurisdicional — creio que deve partir, no caso, da natureza dúplice da ação direta, sob o prisma de suas decisões e nisso, parece, não há controvérsia: a decisão de improcedência da ação declaratória de constitucionalidade implicará a declaração de inconstitucionalidade da lei. A própria expressão literal da Emenda, no ponto, é inequívoca, não se falou que a decisão declaratória de constitucionalidade, mas, sim, a decisão da ação declaratória de constitucionalidade, seja ela qual for, de procedência ou de improcedência, terá eficácia *erga omnes* e força vinculante. A partir daí, a solução adequada a assegurar o contraditório, que tem reunido as opiniões mais expressivas (e até a ela aderiu, como sugestão ao legislador, o eminente Relator), é possibilitar a intervenção, para contrariar o pedido de declaração de constitucionalidade, de quantos estejam legitimados para propor a ação direta de inconstitucionalidade da mesma norma.

32. O mecanismo adequado para tanto, a meu ver, seria o de um procedimento editalício, pelo qual se desse notícia, a essas autoridades e entidades legitimadas para a ação direta de inconstitucionalidade, do ajuizamento da ação declaratória de constitucionalidade e lhes fixasse prazo para, querendo, vir discuti-la, perante o Supremo Tribunal Federal. Creio que o eminente Relator *de lege ferenda* manifestou-se simpático à idéia.

33. É verdade que a possibilidade do ingresso da ação direta de inconstitucionalidade da norma objeto da ação declaratória de constitucionalidade e a reunião dos processos para julgamento conjunto, retira muito das razões concretas da minha preocupação.

34. Daí, indagar se o problema formal da nossa incompetência para legislar sobre a intervenção de terceiros no processo, ou, ao menos para construir provisoriamente essa solução, preocupa tanto, será que nos falta competência também para determinar no Regimento a simples comunicação por edital da entrada da ação direta? Pura e simples comunicação?

35. O ingresso no Tribunal de uma ação declaratória de constitucionalidade atualiza o eventual interesse de outros legitimados à propositura da ação direta de inconstitucionalidade, que terá, exatamente, a mesma eficácia prática da intervenção, que eu proponho, no processo da primeira.

Senhor Presidente, com as fórmulas alternativas que propus para a solução da questão do contraditório na ação declaratória de constitucionalidade — a intervenção dos legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade ou, pelo menos, a cientificação pública do ajuizamento da declaratória de constitucionalidade para que, querendo, venham propor a de inconstitucionalidade —, no mérito, ponho-me inteiramente de acordo com o eminente Relator.

VOTO
(QUESTÃO DE ORDEM)

O Sr. Ministro Francisco Rezek — Quando da promulgação da Emenda 3 e da instituição por ela da ação declaratória de constitucionalidade, não houve um único cidadão que em boa-fé não tivesse, de logo, perfeita percepção daquilo que estava sendo criado e das razões pelas quais o legislador brasileiro tomara aquele caminho. O país inteiro tinha a memória recente de acontecimentos, no plano judiciário, extremamente deploráveis. A colocação, ante um número elevado de juízos de primeiro e de segundo grau, de uma mesmíssima questão jurídica — às vezes bem simples, e do interesse de milhões de pessoas, de norte a sul do Brasil —, e o deslinde desencontrado dessa mesma questão jurídica por juízos de primeiro e de segundo grau, com o Supremo aparentemente inabilitado para dar pronta solução à controvérsia. Invocavam-se princípios, como o do juiz natural, para tentar convencer a sociedade de que aquilo era de algum modo sadio, de que ninguém devia ter saudades do instituto da avocatória; mas cada vez menos os patrocinadores de uma política conducente ao inchaço do foro e a fenômenos como aquele que o país teve a infelicidade de viver no caso dos 147% dos aposentados, conseguiam convencer as pessoas de que estavam realmente homenageando um princípio. Criava-se na consciência do brasileiro comum a convicção, a cada dia mais firme, de que aquilo que essa política na realidade objetivava era a multiplicação de demandas e a conseqüente multiplicação de honorários. Não era só o Judiciário que corria risco de desmoralização, era toda a comunidade das pessoas entregues ao ofício jurídico, ao culto do direito.

Foi para evitar a reprodução de situações como aquelas que em passado recente o país enfrentou, foi para simplificar o procedimento, foi para fazer com que quem tem qualidade para isso, o mais cedo possível dissesse uma palavra final sobre a questão jurídica controvertida, que o legislador entendeu de instituir a declaratória de constitucionalidade.

É certo que, na consciência de inúmeros estudiosos do direito, produziu-se algum receio à primeira abordagem. Estar-se-ia confundindo a função jurisdicional com uma função consultiva — ou, o que seria mais incômodo, com algo que acabaria por representar o coroamento do processo legislativo na sua fase derradeira. Estaria, no dizer de alguns, o Supremo Tribunal Federal sendo chamado a transformar-se, dentro do contexto da ação direta declaratória de constitucionalidade, numa espécie de Comissão de Constituição e Justiça do Congresso Nacional; porventura mais augusta, a desempenhar, entretanto, papel semelhante, visto que a definir no nascedouro, como constitucional ou não, o texto normativo passado pelo legislador. Estariam a abstrair aquilo que nos é próprio no quadro da tripartição dos poderes do Estado para confiar-nos algo que, em última análise, pode ser melhor visto como uma responsabilidade con-

gressional da vigéssima-quinta hora: a de não pôr na rua, a de não inscrever na ordem jurídica um diploma ordinário incompatível com a lei fundamental.

Na verdade, não é de todo estranho à função judiciária o encargo consultivo. Casas de grande expressão, fora das nossas fronteiras, têm competência consultiva conjugada com sua competência contenciosa, e o mais notório dos tribunais internacionais, a Corte da Haia, também a possui desde sua fundação — embora, neste domínio, a clientela seja reduzida à Assembléia Geral das Nações Unidas e a instituições especialmente autorizadas por ela.

Mas reconheço que não deveríamos nos fixar, com segurança, em modelos europeus ou de alcance internacional, quando nosso exato modelo é a Corte Suprema dos Estados Unidos da América, que não lida com esse tipo de responsabilidade.

Acontece que houve um momento, não muito recente em nossa história, em que ultrapassamos as fronteiras do padrão norte-americano e inventamos o controle concentrado — essa ação abstrata que os ortodoxos da filosofia judiciária norte-americana vêem com tamanha estranheza —, e o fizemos, todos o reconhecem, com proveito para o interesse coletivo.

O que enfrentamos agora é a outra face do mesmo fenômeno, é o desdobramento daquele mesmo caminho que assumimos, à margem do modelo norte-americano, e que permite ao Tribunal, quando provocado por uma clientela restrita, dizer da eventual inconstitucionalidade de uma norma ordinária contestada.

Preparei-me de início para só ver como aceitável essa inovação — sem embargo do seu imensurável valor ético, social e político, e da extraordinária oportunidade desse produto legislativo de nível constitucional — na medida em que pudesse dar-se espaço ao contraditório, pressupor alguma forma de controvérsia para que o juiz (no caso, o Supremo Tribunal Federal) nunca perdesse sua característica inarredável de *árbitro*, de autoridade imparcial que diz, ante duas teses em confronto, qual a certa e qual a errada.

O imperativo da preexistência de controvérsia pretoriana, que o Ministro relator afirma, basta-me. O fato de que a questão jurídica já tenha sido suscitada ante foros diversos e já tenha produzido não só um confronto contraditório em cada um desses feitos, mas soluções judiciárias elas também desencontradas, esse pano de fundo basta-me para que opere, então, o Supremo Tribunal Federal, ante uma ação direta declaratória de constitucionalidade, como o *árbitro*, como a casa que dará deslinde a algo que já provocou polêmica entre magistrados.

Outro ponto — quero ser bastante sumário — é o que diz respeito ao efeito vinculante da decisão. Encontrei entre os juristas que estudaram esse tema quem se conformasse com a idéia da ação direta, sem grande objeção ao fato de se tratar de um processo onde não transparecem bem as *partes* em confronto, mas resistisse, de todo o modo, à idéia do efeito vinculante da decisão do Supremo.

Quanto a mim, a única coisa que me pergunto é por quê esse efeito vinculante não preexiste, por quê já não vimos trabalhando com ele na ação declaratória de inconstitucionalidade?

Insiste-se em que um dos aspectos sedutores do nossos sistema é o livre convencimento do juiz ante o caso concreto e sua prerrogativa de dizer o direito conforme sua consciência, à revelia, se necessário, do que tenham dito tribunais a ele superiores. Isso faz algum sentido na medida em que é ilimitado o índice de variedade das situações concretas: não há um processo igual a outro no âmbito do confronto entre interesses individuais. Mas pergunto-me se há algum respeito pelo interesse público em abonar-se essa forma de rebeldia a decisões de cortes superiores.

Houve uma época — membros mais antigos deste Tribunal o recordam — em que determinado Tribunal de Justiça, numa prestigiosa unidade da Federação, dava-se crônica e assumidamente a desafiar a jurisprudência do Supremo a respeito de um tema sumulado (um tema, por sinal, menor: a representatividade da ofendida em caso de crime contra os costumes). O Supremo tinha posição firme, constante e unânime a tal respeito, e certo Tribunal de Justiça, porque pensava

diferentemente, dava-se à prática de decidir nos termos de sua própria convicção, valorizando a chamada "liberdade de convencimento", própria de todo juiz ou tribunal. Resultado: todas essas decisões eram, mediante recurso, derrubadas por esta casa. Aquilo que deveria acabar na origem, à luz da jurisprudência do Supremo, só acabava aqui, depois de um lamentável dispêndio de recursos financeiros, de tempo e de energia, num Judiciário já congestionado e com tempo mínimo para cuidar de coisas novas. E quando acontecia de a jurisprudência do Supremo acabar não prevalecendo, e de a decisão do tribunal rebelde encontrar seu momento de glória? Quando o réu, porque assistido por advogado relapso, ou porque carente de outros meios, não apresentava recurso... Só nessa circunstância infeliz a rebeldia contra a jurisprudência do Supremo dava certo. Com todo o respeito pelo que pensam alguns processualistas, não vejo beleza alguma nisso. Pelo contrário, parece-me uma situação imoral, com que a consciência jurídica não deveria, em hipótese alguma, contemporizar.

De modo que me pergunto: faz sentido não ser vinculante uma decisão da Suprema Corte do país? Não estou falando, naturalmente, de fatos concretos, cada um com seu perfil, reclamando o esforço hermenêutico da lei pelo juiz que conhece as características próprias do caso. Estou me referindo a hipóteses de pura análise jurídica. Tem alguma seriedade a idéia de que se devam fomentar decisões expressivas de rebeldia? A que serve isso? Onde está o interesse público em que esse tipo de política prospere?

Vejo como sábio e bem-vindo aquilo que diz o § 2º do art. 102, por força da Emenda 3, e a única coisa que lamento é que isso não a tenha sido, desde o início, a regra pertinente à ação direta declaratória de inconstitucionalidade.

.....

No que concerne ao essencial, que é a questão de saber se a entrega, pela Constituição emendada, dessa responsabilidade ao Supremo Tribunal Federal causa algum dano ao conceito de função jurisdicional depreensível da Carta, tal como originalmente concebida: não compartilho esse ponto de vista. Não acho tampouco — e desde quando estudávamos o tema da avocatória deixei isso expresso — que se arranhe o princípio do juiz natural senão quando se promove o arrebatamento *ad latus* de determinado feito; nunca na hipótese de ascensão vertical. Tanto é assim que existem feitos de competência originária de tribunais, e mesmo feitos de competência originária desta casa, e jamais alguém se escandalizou pelo fato de que nessas hipóteses não há recurso, não se perfaz a trilha completa dos escalões judiciários, mesmo quando esses feitos têm natureza penal.

Volto a dizer que estou de acordo com o voto do Ministro relator, em todos os seus termos.

VOTO

O Senhor Ministro Ilmar Galvão: Senhor Presidente, concordo plenamente com o voto do eminente Relator, no que toca à constitucionalidade da emenda; aos pressupostos fixados para o exercício da ação, principalmente aquele alusivo à prova da controvérsia, e quanto à necessidade de a inicial vir acompanhada da comprovação dos trâmites percorridos pelo processo legislativo do diploma normativo impugnado.

Concordo, ainda, com S. Exª, em que, nesta ação, não há lugar para pronunciamento de Curador Especial, na pessoa do Advogado-Geral da União, bastando que opine sobre o pedido a Procuradoria-Geral da República.

No entanto, no que concerne ao conhecimento de terceiros, mais precisamente sobre a possibilidade de intervenção destes na relação processual, não posso dizer o mesmo.

Com a devida vênia a S. Exª, entendo de mister incluir-se no rito da ação a fase editalícia mencionada pelo eminente Ministro Sepúlveda Pertence, dirigida aos entres que são constitucionalmente legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade, de modo a instaurar-se um mínimo de contraditório, indispensável à configuração de qualquer processo judicial.

Para mim, os referidos entes poderão manifestar a objeção que tiveram à declaração

de constitucionalidade, comprovado que seja o seu interesse na causa, interesse esse que, para tanto, deverá estar qualificado pela pertinência.

Tenho como meio viabilizador dessa objeção uma simples impugnação inominada, deduzida, no prazo que poderia ser o comum de 15 dias, nos próprios autos da ação declaratória de constitucionalidade, aos quais seriam juntadas, quando em grande número, em forma de apenso, para a devida apreciação na oportunidade do julgamento.

Com esse mínimo de contraditório, Senhor Presidente, obviar-se-iam as críticas que têm sido feitas à novel ação, especialmente as de que transforma ela o Poder Judiciário, mais precisamente o STF, em órgão de consulta sobre a constitucionalidade das leis ou de órgão complementador da atividade legiferante, ao dar o seu referendo final às leis elaboradas pelo Congresso.

Com esss breves considerações, voto pela parcial acolhida da questão de ordem.

EXTRATO DE ATA

Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1.1 — (questão de ordem)

Origem: Distrito Federal

Relator: Min. Moreira Alves

Reqtes.: Presidente da República, Mesa do Senado Federal e Mesa da Câmara dos Deputados

Decisão: O julgamento foi adiado pelo pedido de vista dos autos, formulado pelo Ministro Marco Aurélio, depois dos votos dos Ministros Relator, Sepúlveda Pertence, Francisco Rezek e Ilmar Galvão, que, resolvendo questão de ordem suscitada pelo Ministro Moreira Alves (Relator), declararam, incidentemente, a constitucionalidade da redação dada, à letra a, do inciso I do art. 102, da Constituição Federal de 1988, pela EC nº 03/93, bem como do § 2º. acrescentado, ao mencionado art. 102, pela mesma Emenda Constitucional e, ainda, dos votos dos Ministros Relator e Francisco Rezek, estabelecendo, para a referida ação declaratória de constitucionalidade, até lei específica que o discipline, o processo proposto no voto do Relator, e dos Ministros Sepúlveda Pertence e Ilmar Galvão, que, em parte, divergiam desse procedimento, nos termos dos votos que proferiram. Procurador-Geral da República, Dr. Moacir Antônio Machado da Silva, na ausência ocasional do Dr. Aristides Junqueira Alvarenga. Plenário, 21.10.93.

Presidência do Senhor Ministro Octávio Gallotti. Presentes à sessão os Senhores Ministros Moreira Alves, Néri da Silveira, Sydney Sanches, Paulo Brossard, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Ilmar Galvão e Francisco Rezek.

Procurador-Geral da República, Dr. Aristides Junqueira Alvarenga.

Luiz Tomimatsu — Secretário

VOTO
VISTA

O Senhor Ministro Marco Aurélio — Na assentada da última quinta-feira — 21 de outubro de 1993 — após os votos do Relator, Ministro Moreira Alves e dos Ministros Sepúlveda Pertence — em antecipação — Francisco Rezek, e Ilmar Galvão solicitei vista destes autos, recebendo-os, em meu Gabinete, há 48 horas, se tanto. Trouxe-os, à bancada, em questão de ordem, o Relator, pronunciando-se na forma de minudente voto sobre a natureza objetiva do processo e os princípios a serem observados. Reconheceu que o efeito vinculante "é um plus com relação à ação direta de inconstitucionalidade", admitindo, assim, que o desrespeito ao que vier a ser decidido por esta Corte ensejará a reclamação, já que os órgãos do Poder Judiciário estarão obrigados a respeitá-lo. Apontou com percuciência que, envolvendo a ação um processo objetivo, não se tem a legitimação passiva, de vez que ajuizada a ação de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, o requerente não pode formular desistência, não se adstringindo o Tribunal a fundamentos constitucionais evocados, podendo prescindir das informações dos Poderes ou órgãos de que emanou o ato normativo impugnado. Consignou mais, não se admitir a assistência nem a

ação rescisória. Daí haver caracterizado o processo como "essencialmente unilateral, não-contraditório, sem partes, no qual há um requerente, mas não há necessariamente um requerido". Diante da nova ação, disse expandido o controle concentrado, revelando-a instrumental, tendo como objetivo "defender a segurança jurídica com o respeito da ordem constitucional assegurado por esse meio de controle". Rechaçou, por isso mesmo, a possibilidade de se ter a Emenda como inconstitucional e estabeleceu alguns critérios a serem observados na tramitação da ação, a saber:

a) adoção da disciplina da ação direta de inconstitucionalidade, exceto naquilo em que a nova ação se diferencie quanto ao fim visado;

b) necessidade de juntada da documentação relativa ao provesso legislativo do ato normativo envolvido;

c) demonstração de controvérsia judicial que ponha em risco a presunção de constitucionalidade do ato normativo sob exame;

d) impossibilidade de se admitir terceiros na relação processual, ainda que legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade;

e) desnecessidade da audição do Advogado-Geral da União;

f) remessa ao Procurador-Geral da República para oficiar como *custos legis* em sentido amplo;

g) adoção do *quorum* relativo à ação direta de inconstitucionalidade, quer para a declaração positiva quer, para a negativa.

O Ministro Sepúlveda Pertence acompanhou o relator com o adendo sobre a necessidade de vir a ser publicado edital para ciência da propositura da ação direta de constitucionalidade por aqueles que estão legitimados para a de inconstitucionalidade — artigo 103 da Carta Federal — muito embora não se lhes reconheça qualidade para peticionar como parte ou como terceiro nestes autos. Em um primeiro momento, tal entendimento contou com a adesão do Relator que, logo a seguir, retornou à posição inicial, isto após retirar-se o Ministro que o formalizou, para atender a compromisso no Tribunal Superior Eleitoral.

O Ministro Francisco Rezek acompanhou o Relator. Já o Ministro Ilmar Galvão, demonstrando preocupação com os princípios do contraditório e da ampla defesa e a repercussão do provimento desta Corte na ação direta de constitucionalidade nas demandas em andamento, divergiu de S. Exa. em parte para admitir a participação dos legitimados para na ação direta de inconstitucionalidade, podendo, assim, sustentar a procedência da pecha de inconstitucionalidade.

Solicitei vista dos autos, oportunidade na qual assim externei as dúvidas sobre a hipótese:

Sr. Presidente, nada tenho contra as ações diretas de inconstitucionalidade e de constitucionalidade, em si. Na primeira, pleiteia-se provimento do Supremo Tribunal Federal que implique a declaração, constitutiva negativa, de inconstitucionalidade da norma, e, se assim não conclui a Corte, ela pode chegar, por maioria de votos, à declaração de constitucionalidade e o provimento será, simplesmente, declaratório. Na ação direta de constitucionalidade há o inverso: pleiteia-se uma sentença declaratória de constitucionalidade e a Corte, refutando o pedido formulado, pode assentar a inconstitucionalidade da norma.

Teríamos, portanto, ações gêmeas. Contudo, não é bem assim, e o Ministro Francisco Rezek apanhou essa situação, essa singularidade. E por que? Porque na ação direta de inconstitucionalidade, mais precisamente, a sentença prolatada pelo Supremo Tribunal Federal — e me refiro ao gênero — tem eficácia *erga omnes* tão-somente e essa ação foi prevista, quando da edição da Carta de 1988, com essa eficácia. Foi editada, Sr. Presidente, a Emenda nº 3, e aí o legislador, a meu ver, inovou, porque previu expressamente que a decisão declaratória de constitucionalidade produz eficácia contra todos e foi mais além, introduzindo no cenário jurídico, em relação não apenas ao Executivo, mas também no tocante ao Poder Judiciário, o efeito vinculante. Ou seja, o que decidirmos aqui em uma ação direta de constitucionalidade repercutirá, necessaria e obrigatoriamente, nas demandas que estejam em andamento; repercutirá sem que se ouçam os interessados nessas demandas; repercutirá afastando, até mesmo, a

livre discrição dos órgãos investidos do ofício judicante. Porque a força de que cogita o § 2º do artigo 102, com a redação dada pela Emenda nº 3, tem o alcance de complir o órgão incumbido de julgar a demanda em tramitação ou que venha a ser proposta a observar, necessariamente, repito, o provimento emanado do Supremo Tribunal Federal.

Sr. Presidente, tenho seríssimas dúvidas quanto à constitucionalidade dessas expressões a revelarem o efeito vinculante relativamente ao Poder Judiciário, principalmente porque a Carta de 1988, repetindo, sem a possibilidade de a lei impor condição, o que se continha na Carta de 1969, assegura o acesso ao Judiciário sem peia e objetivando lograr provimento emitido à luz da convicção do magistrado, da idéia humanística e jurídica que ele tenha sobre a controvérsia. Pergunto eu e daí a necessidade de uma reflexão maior: a Emenda, no que afasta essa atividade judicante, não conflita com o disposto no inciso IV, § 4º, artigo 60 da Constituição Federal? Não estamos diante de uma alteração da Carta de 1988, que afasta direitos e garantias individuais? Quero refletir, Sr. Presidente, sobre o tema e, por isso, peço vista dos autos.

Pela sinalização supra, é de se indagar: até que ponto o surgimento de mais um instrumental conducente ao controle concentrado de constitucionalidade, com peculiar força vinculativa, fez-se ao mundo jurídico em conflito com a citada regra constitucional? Eis a questão sobre a qual meditei e passo a pronunciar-me, adiantando desde já que não tenho o que opor à tramitação formal da ação, proposta pelo Relator, exceto ao que concerne ao pronunciamento do Advogado-Geral da União, que entendo cabível, posto que na apreciação da ação direta de constitucionalidade poderá esta Corte concluir pelo conflito do ato normativo com a Carta. A inexistência de normas procedimentais específicas, portanto, não é de molde a assentar-se a ausência de aplicação imediata do que se contém na Emenda. Na douta e perspicaz dicção de Gilmar Ferreira Mendes, a ação declaratória de constitucionalidade "nada mais é do que uma ação direta de inconstitucionalidade com o sinal trocado". Destarte, as normas instrumentais relativas a esta última, também revelada em processo objetivo, considerado o sentido de não se poder falar propriamente em partes, em vinculação à causa de pedir, em contraditório, aplicam-se à ação direta de constitucionalidade, não cabendo cogitar de citação de réus, nem de ciência a terceiros, sob pena de descaracterização do processo que é próprio ao controle concentrado.

Valho-me dessa premissa, ou seja, de que se cuida de processo objetivo, tal como nas inúmeras ações diretas de inconstitucionalidade existentes, ao proceder ao exame a que me propus, tudo por força de dever inerente ao ofício exercido na Suprema Corte.

Até o advento da Emenda nº 3, a ordem jurídico-constitucional apenas contemplava, mitigando o controle difuso, uma espécie de ação a desaguar em processo objetivo — a direta de inconstitucionalidade (alínea "a" do inciso I do artigo 102 da Lei Básica Federal, na redação primitiva). Mediante essa ação, qualquer dos legitimados mencionados no artigo 103 da Carta de 1988 pode provocar a atuação judicante do Supremo tribunal federal, formulando-lhe pedido no sentido de declarar a inconstitucionalidade de um certo ato normativo. Logo, o pedido mediato formalizado é de prolação de uma sentença (gênero) com carga declaratória constitutiva negativa. Alcançada a maioria absoluta em tal sentido, concretiza-se a atuação de legislador negativo do Supremo Tribunal Federal, quedando fulminado o ato normativo. O provimento assim emanado tem, em face do caráter abstrato que o reveste, eficácia *erga omnes*, podendo ser oposto a qualquer pessoa — natural, jurídica, de direito privado ou público.

O que ocorre relativamente ao acesso dos cidadãos ao Judiciário — inciso XXXV — considerados o contraditório e a ampla defesa — inciso LV — e, como corolário, o devido processo legal — inciso LIV — no que visa à proteção não só da liberdade, como também dos bens patrimoniais e pessoais? Continuam contando com o acesso ao Judiciário, com a valia do contraditório e da ampla defesa, com a sujeição da perda da liberdade ou dos bens que possuam ao devido processo legal. É que, embora o dia-a-dia do Judiciário nos mostra

que os órgãos julgadores tendem a observar os pronunciamentos do Supremo Tribunal Federal, não fica afastada a possibilidade de vir à balha uma decisão ditada pela própria consciência do magistrado, mormente quando a maioria, ao julgar a ação direta de inconstitucionalidade, haja concluído pela harmonia do preceito com a Carta e não se tenha procedido ao exame, considerado um certo dispositivo desta última. De qualquer modo, o rol dos direitos e garantias individuais do artigo 5º da Constituição Federal — acesso ao Judiciário, assegurados o contraditório, a ampla defesa e, alfim, o devido processo legal, tendo a parte o direito de ver a causa decidida consoante o convencimento do órgão julgador — mostrou-se minimizado, com a promulgação da Carta de 1988, apenas por um único processo objetivo — o decorrente da ação direta de inconstitucionalidade.

A Emenda nº 3 introduziu mais uma ação visando ao controle concentrado, cujo desfecho repercute nos direito e garantias individuais: a ação direta de constitucionalidade, possuidora, como é óbvio, de características que a distinguem das ações comuns:

a) ao contrário da ação direta de inconstitucionalidade, tem como objeto mediato sentença declaratória, ou seja, elucidora da harmonia do ato normativo com a Lei Básica. Não há, em si, ataque àquele, mas a formalização de pedido almejando robustecê-lo sob o ângulo da presunção da constitucionalidade, e para ela são legitimados apenas o Presidente da República, a Mesa da Câmara dos Deputados, a do Senado e o Procurador-Geral da República;

b) a "eficácia contra todos", igualando-se, no particular, à ação direta da inconstitucionalidade

c) o "efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo" e

d) a ausência de um contraditório propriamente dito.

Sr. Presidente, sendo de sabença geral as repercussões naturais, junto aos demais órgãos do Judiciário, de decisão do Supremo Tribunal Federal, em processo objetivo, tenho que a simples criação de mais uma ação que o encerra, além da prevista inicialmente, isto é, na própria Carta, acaba por solapar direitos e garantias individuais que asseguram o acesso ao Judiciário e a tramitação e julgamento do pedido considerado o devido processo legal, no que tem como apanágios o contraditório, a ampla defesa e o deslinde da demanda ao sabor da formação humanística e profissional do órgão competente para o julgamento da demanda, sem as peias decorrentes de decisão, ainda que emanada da mais alta Corte do País, em processo do qual não participou o cidadão.

Creio que ninguém desconhece os efeitos de um provimento formalizado em processo objetivo: são imediatos, tanto assim que não se cogita de execução forçada e, por via de conseqüência, ao menos em relação a terceiros e na visão da ilustrada maioria desta Corte, de reclamação. Entrementes, há singularidade que, no campo dos efeitos da decisão, alça a ação direta de constitucionalidade a patamar ímpar, fazendo lembrar até mesmo o vetusto prejulgado da Consolidação das Leis do Trabalho previsto em preceito que não foi recepcionado pela Carta de 1946. Refiro-me ao que o ilustre Relator considerou ser "plus", ou seja, ao efeito vinculante, com os consectários próprios. A Emenda nº 3 emprestou à ação direta de constitucionalidade a eficácia linear inerente aos julgamentos realizados no plano abstrato — "eficácia contra todos". Nisto igualou-a à ação direta de inconstitucionalidade. Todavia, a seguir, após o emprego da conjunção aditiva "e", trouxe à balha o efeito vinculante, revelando-o próprio não só ao atos do Poder Executivo, como àqueles praticados pelos demais órgãos do Poder Judiciário, o que implica o envolvimento de Juízos, Juntas de Conciliação e Julgamento, Tribunais de Alçada, Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais Federais, Tribunais Regionais do Trabalho, Tribunal Superior do Trabalho, Superior Tribunal Militar e Superior Tribunal de Justiça, além dos demais órgãos que integram a Justiça Militar.

Como, então, dizer que a Emenda, no que introduziu a ação direta de inconstitucionali-

dade com força vinculante quanto ao que vier nela a ser decidido pelo Supremo, passa pelo crivo do inciso IV do § 4º do artigo 60 da Constituição Federal? O que acontecerá com as centenas e milhares de ações, em tramitação, na qual se discute a valia constitucional da Lei Complementar envolvida nesta primeira ação direta de constitucionalidade — a nº 70, de 1990? Duas conseqüências são possíveis:

a) declarando o Supremo Tribunal Federal, por maioria absoluta de votos, constitucional a Lei, os demais órgãos do Judiciário estarão compelidos, em face do citado efeito vinculante, a emprestar, com automaticidade imprópria ao ofício judicante, ou seja, sem a realização de um julgamento livre e, portanto, norteado pela prova dos autos e convencimento formado, solução idêntica às lides;

b) declarando a inconstitucionalidade, da mesma forma far-se-á presente o efeito vinculante.

Pois bem: em face ao primeiro desfecho, os contribuintes que tenham ação em andamento, quer em primeiro ou em segundo grau, perderão o bem em litígio, sem o devido processo legal, pois não terão participado do processo objetivo julgado por este Tribunal.

Na espécie, dar-se-á a apreciação antecipada das lides e, o que é pior, de maneira direcionada, tendo em vista a obrigatória adoção do que decidido na ação direta de constitucionalidade, da qual, repita-se, não participaram os interessados. Na verdade, com a Emenda acabou-se por inserir no artigo 330 do Código de Processo Civil mais uma hipótese de julgamento antecipado da lide e, o que é pior, afastando-se faculdades de jurisdição, como são a de conhecimento e de decisão. Frise-se, por oportuno, que o poder-dever do Estado-Juiz de dirimir a lide sem até mesmo a sujeição a aspecto inibidor, o que se dirá daquele que se mostra vinculante, consubstancia direito e garantia do cidadão que recorre ao Judiciário.

A meu ver, a ação direta de constitucionalidade, tal como criada, mostra-se com efeitos que superam os da criticada avocatória e que tinha como estigma o fato de ter sido prevista quando em vigor a Carta de 1969, em pleno período revolucionário. Ao menos naquela época ficava a critério do Supremo Tribunal Federal o exercício do crivo sobre a conveniência e oportunidade da avocação, sendo certo ainda que, positiva a deliberação, o processo era deslocado para esta Corte, mantendo-se íntegra a relação processual subjetiva, ficando preservado, destarte, o devido processo legal e ocorrendo, ao final, o julgamento da lide pelo critério da persuasão. Os envolvidos continuavam a desenvolver defesa com a expectativa de um verdadeiro julgamento.

Com a ação de constitucionalidade e o efeito vinculante do provimento positivo do Supremo, as lides em andamento são apanhadas e aí os desfechos respectivos decorrerão de simples e obrigatória observância do que decidido em processo diverso, sem dele ter participado os verdadeiramente interessados e que integram uma minoria. Neste caso, a situação é mais clara do que aquela que levou esta Corte a suspender a eficácia de preceito da Emenda que afastou a observância do princípio da anterioridade em relação ao IPMF. Aqui, os direitos e garantias individuais em jogo estão previstos de forma precisa no próprio rol do artigo 5º — incisos XXXV, LIV e LV da Carta. Destarte para os que potencializam a sede do preceito, o que não faço, não exsurge o obstáculo da localização da previsão constitucional.

Sr. Presidente, sob a minha óptica e com a vênia dos que pensam em contrário, a Emenda Constitucional nº 3, no que acabou por dispor, como o fez, sobre mais uma ação de controle concentrado de constitucionalidade e, portanto, a ser apreciada em processo objetivo, não era merecedora de deliberação, porquanto acabaria por abolir o direito e a garantia individuais do cidadão de somente ter a liberdade ou bem que lhe pertença alcançados mediante o devido processo legal, ensejando, assim, julgamento sob o pálio do livre convencimento. Por tudo, tenho como inconstitucional a Emenda que dispôs sobre a ação direta de constitucionalidade.

É o meu voto.

VOTO
(QUESTÃO DE ODEM)

O Sr. Ministro Carlos Velloso: — Sr. Presidente, apenas duas palavras a respeito da questão. A regra é que a lei se presume constitucional. A situação de incerteza no que toca à legitimidade constitucional do ato normativo é resolvida com a utilização da ação direta de inconstitucionalidade. Desta forma, não há falar, em princípio, em ação de constitucionalidade. Caso haverá, entretanto, que poderá ocorrer controvérsia séria a respeito da constitucionalidade de uma lei ou de um ato normatido. Na hipótese, por exemplo, da existência de inúmeras ações em andamento nos juízos ou tribunais, em que a constitucionalidade da lei é impugnada. Essa controvérsia justifica, a meu juízo, a existência da ação declaratória de constitucionalidade.

A norma argüida de inconstitucionalidade, a norma da Emenda nº 3, de 1993, que institui a ação declaratória de constitucionalidade, há de ser interpretada, portanto, neste sentido: a ação declaratória de constitucionalidade pressupõe controvérsia séria a respeito da lei ou ato normativo federal, o que o autor da ação deverá demonstrar com a inicial. Com essa interpretação, afasta-se a primeira argüição de inconstitucionalidade.

Registro, nessa linha, o notável reforço que a ação declaratória de constitucionalidade traz para o controle concentrado, na ordem jurídica brasileira, contribuindo para a solução, em tempo curto, de um grande número de ações, diria até de milhares de ações. Homenageia-se, com isto, o princípio da economia processual, que domina todo o processo subjetivo. Assim, a ação declaratória de constitucionalidade, que visa a proteger imediatamente a ordem jurídica, num processo objetivo, prestará obséquio ao processo subjetivo.

No que concerne aos efeitos da decisão, quero dizer apenas isto: a lei é constitucional ou inconstitucional. A valoração diante da interpretação histórico-evolutiva pode variar no tempo — registra, em livro que acaba de vir a lume, o Professor Haroldo Plínio Gonçalves, da Universidade Federal de Minas Gerais. Haroldo Plínio Gonçalves, "Nulidades no Processo", AIDE Ed., Rio, 1993, págs. 115 e 55). É correto o registro, se temos em linha de conta os conceitos de constituição formal e constituição substancial ou constituição real. A constituição formal — e este deve ser o grande trabalho da Corte Constitucional — deve ser ajustada à constituição substancial. Alterando-se a constituição substancial, a esta há de ajustar-se a constituição formal. Daí porque interpreto a norma inscrita na Emenda Constitucional nº 3, de 1993, que estabelece a eficácia *erga omnes* para a decisão que resolve em definitivo a ação declaratória de constitucionalidade, *cum grano salis*. Quer dizer, a declaração de constitucionalidade da lei não impede, a meu ver, diante de alteração das circunstâncias fáticas ou da realidade normativa, a propositura da ação direta de inconstitucionalidade. Penso que esta é uma posição que a Corte constitucional deve assentar. É que, como foi dito: hoje, a lei pode ser constitucional, amanhã, não.

Quem acompanha os trabalhos e as decisões da Suprema Corte norte-americana verifica que, algumas vezes, a Corte decide de uma forma, tempos depois de outra. O texto da Constituição foi mudado? Não. O que mudou foi a realidade, foi a constituição substancial. E a constituição formal, se não estiver ajustada à constituição substancial, não será, na linguagem de Karl Lowenstein, uma constituição normativa, mas simplesmente uma constituição nominal, que não será cumprida. Por isto, sustento que não deve haver impedimento na propositura da ação direta de inconstitucionalidade, mesmo julgada procedente a ação declaratória de constitucionalidade. Quer dizer, o ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade, tempos depois, não deve ser impedido.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: — Essa preocupação de não obstruir as vias dessas mutações informais da Constituição, que V. Exa. agora retoma, esteve subjacente à decisão do Tribunal, quando não admitiu a representação, que propusera como Procurador-Geral, para a interpretação de determinada norma constitucional (Representação 1.273, relator o em. Ministro Oscar Corrêa).

O Sr. Ministro Carlos Velloso: — Lembro

que o Professor Gilmar Mendes sustenta esse entendimento e invoca um acórdão do Ministro Néri da Silveira, no RE nº 105.012, em que o Supremo Tribunal reconhece expressamente a possibilidade de alteração da coisa julgada, provocada por mudanças nas circunstâncias fáticas.

De maneira que não procede a afirmativa de que, declarada a constitucionalidade da lei, essa declaração vai perpetuar-se.

No que se refere ao efeito vinculante da decisão do Supremo Tribunal Federal, na ação direta de constitucionalidade, em que vozes respeitáveis dizem que seria atentatório à Constituição, não penso assim.

Esse efeito vinculante, aliás, não tem sabor de novidade no sistema judicial norte-americano, em razão do *stare decisis*, "doutrina pela qual, baixando a Corte o princípio legal aplicável a certo estado de fato, aderir-se-á a esse princípio e aplicar-se-á a todos os casos futuros em que os fatos forem substancialmente os mesmos". ("Black's Law Diccionary", verbete Stare Decisis; ap. Sidnei Agostinho Beneti, "O Processo na Suprema Corte dos Estados Unidos", RT 695/270).

Em trabalho recente, a respeito do qual tivemos a oportunidade de discutir, o Ministro Rezek e eu, Eduardo Garcia de Enterria, que é considerado dos maiores constitucionalistas europeus, apesar de ter escrito muito mais sobre Direito Administrativo — Enterria, de uma feita, me disse que assim procedeu porque não podia escrever sobre Direito Constitucional no Governo de Franco, mas que, restaurada a democracia em Espanha, pôde então retomar os trabalho em torno do Direito Constitucional — em trabalho recente ("Controle de Constitucionalidade na Europa", RDP 84/5) Garcia de Enterria dá notícia de que os Tribunais Constitucionais europeus caminham em direção ao sistema de controle americano, que tem base no princípio da supremacia constitucional, procurando adotar o efeito vinculante para a decisão. O Sr. Ministro Moreira Alves acabou de apontar, em aparte, esse efeito das decisões do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. Essas questões, hoje, não têm sabor de novidade, já que a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante das decisões são procuradas como aperfeiçoamento do sistema judicial.

No que toca, Sr. Presidente, ao contraditório, aí está a questão mais importante do tema. Não posso admitir a existência de qualquer ação, mesmo em se tratando de ação genérica, mesmo em se tratando de ação que tem curso num processo objetivo, sem um mínimo de contraditório. É que a disposição inscrita no art. 5º, inc. LV, da Constituição Federal, não diz respeito apenas ao processo subjetivo, ainda mais se considerarmos que a decisão a ser proferida na ação declaratória de constitucionalidade terá repercussão no processo subjetivo entre partes. É que, conforme linhas atrás acentuamos, a ação declaratória de constitucionalidade pressupõe controvérsia a respeito da constitucionalidade da lei, o que é aferido diante da existência de um grande número de ações onde a constitucionalidade da lei é impugnada. Não deve ser esquecido, de outro lado, que, se a finalidade da ação declaratória de constitucionalidade é a proteção da ordem jurídica — finalidade imediata — não é menos certo que subjacente à ordem jurídica estão direitos subjetivos, direitos individuais que a ordem jurídica protege. Por isso, um mínimo de contraditório é indispensável na ação de constitucionalidade. Desta forma, desde que haja a possibilidade desse mínimo de contraditório, é constitucional a disposição constante da emenda constitucional que instituiu a ação declaratória de constitucionalidade.

Concordo, portanto, com o Sr. Ministro Sepúlveda Pertence, no ponto em que S. Exa. propugna pelo contraditório. Vou além aliás: sustento que aos legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade, inscritos no art. 103 da Constituição, será dada notícia, mediante edital, com o prazo de dez dias, ao aforamento da ação declaratória de constitucionalidade, podendo eles, no mencionado prazo, observado o requisito da pertinência, que está assentado na jurisprudência do Supremo Tribunal, impugnar a constitucionalidade da lei objeto da ação.

Em seguida, os autos irão com vista ao Procurador-Geral da República, para o seu

parecer. Com o parecer, o Relator pedirá a inclusão do feito em pauta.

Esse contraditório, Sr. Presidente, ainda mais se justifica diante da possibilidade de a ação declaratória de constitucionalidade ser julgada improcedente. É que, improcedente a ação, tem-se a declaração de inconstitucionalidade da lei. Mas a inconstitucionalidade é declarada, no controle concentrado, em um procedimento próprio, o da ação direta de inconstitucionalidade. Esta ação, conforme vimos, tem como legitimados para propô-la as autoridades, órgãos e entidades inscritos nos incisos I a IX do art. 103 da Constituição. Ora, a estes deve ser assegurada a oportunidade de, intervindo na ação — intervenção inominada — impugnar a constitucionalidade da lei. Não interessa Sr. Presidente, que nome tenha a intervenção aqui preconizada. Denomino-a, tal como faz o Ministro Galvão, de intervenção inominada. Interpreto as normas processuais no rumo da Constituição e não a Constituição no rumo das normas de processo. Então, repito, intervindo na ação, poderão os legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade, observado o requisito da pertinência, impugnar a constitucionalidade da lei ou do ato normativo federal objeto da ação declaratória de constitucionalidade e, com isto, estarão ajudando a Corte Constitucional a decidir com acerto.

Sr. Presidente, com tais esclarecimentos e com tais ressalvas, declaro a constitucionalidade da norma instituidora da ação declaratória de constitucionalidade. Faço-o com a vênia do Sr. Ministro Marco Aurélio, que deu pela inconstitucionalidade da citada norma.

Em síntese, o meu voto acompanha o do Sr. Ministro Ilmar Galvão, que exige a formação do contraditório.

VOTO
(QUESTÃO DE ORDEM)

O Senhor Ministro Paulo Brossard: Senhor Presidente, a votação erudita e brilhante dispensaria, praticamente, a justificação do meu voto. De modo que serei breve.

Quando da apreciação da cautelar, tive ocasião de observar que as alegações articuladas conta a ação direta de constitucionalidade eram igualmente articuláveis em relação à ação direta de inconstitucionalidade, coisa que jamais fora feita em quase meio século. Digo em quase meio século, uma vez que a ação direta, concebida pela Emenda nº 16, foi a ampliação e o desenvolvimento da ação de representação, pretorianamente iniciada em 1947, no ano seguinte ao da promulgação da Constituição de 46. São 46 anos de experiência jurisprudencial e nunca se questionou a possibilidade, a validade, a constitucionalidade deste meio judicial entre nós.

Rigorosamente falando, a alegação contra a ação direta é tardia, paradoxalmente tardia, embora a Emenda nº 03 seja de ontem. Não me parece, por isso, sejam aceitáveis as razões deduzidas contra a sua legitimidade. Vou além, entendo que a ação de constitucionalidade complementa e aperfeiçoa o nosso sistema, que já admitiu a ação direta de inconstitucionalidade, coisa que não se admitia até ontem. Adotado o controle jurisdicional da constitucionalidade das leis com a Constituição de 1891, nenhum autor dos tantos que versaram a matéria havia defendido esse procedimento judicial; em 1934 foi introduzida importante alteração, ao permitir-se a possibilidade de generalizar, de transformar, *erga omnes*, o que era decisão *in casu*, válida por conseguinte aos litigantes, quando a Constituição daquele ano conferiu ao Senado Federal competência para suspender a eficácia de lei, declarada inconstitucional em decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal. Foi o primeiro passo dado no sentido de ir além do sistema clássico, do sistema histórico e modelado nos Estados Unidos da América, não por MARSHALL, mas ao qual MARSHALL deu contribuição extraordinária.

De modo que vejo na atual criação legislativa um complemento, um enriquecimento, um aperfeiçoamento do nosso sistema tal como ele vinha evoluindo. Aliás, a esse respeito já disse e volto a dizer, é um dos setores do nosso direito constitucional mais interessantes e no qual a evolução, já agora respeitável em matéria de duração, vem se processando com mais coerência e continuidade;

mantidas as linhas fundamentais com que ele foi introduzido no Brasil, vem sendo continuamente, ou sucessivamente enriquecido pela contribuição pretoriana, ou pela contribuição legislativa. A criação da ação direta de constitucionalidade vem completar, vem fazer companhia à ação direta de inconstitucionalidade e que representou avanço notável e extremamente útil ao aperfeiçoamento do nosso sistema jurídico.

Quanto ao efeito, Senhor Presidente, efeito vinculante, creio que é uma medida de utilidade, que o legislador entendeu oportuno adotar. É uma medida de utilidade porque, por essa ou aquela razão, acontece entre nós o que não acontece em outros países de diferente tradição histórica e jurídica, em que uma decisão de Tribunal Superior, não pela lei, mas pela teoria do *stare decisis*, se faz respeitável e respeitada. Não há lei que determine o respeito a um acórdão da Suprema Corte; respeita-se porque é da Suprema Corte. Entre nós, por esta ou por aquela razão, durante decênios se controverte sobre um tema, e não chega a termo o dissenso. Dou um exemplo: o Banco do Brasil está sujeito aos impostos municipais ou não está. É possível arrolar mil decisões num sentido e mil e uma em sentido inverso. Ora, isto não pode continuar indefinidamente. O princípio da utilidade tem de se fazer sentir, ainda que isso importe, aqui ou ali, em certas situações menos confortáveis, mas é como o limite dos recursos: um, três, cinco, dez recursos; esgotados os recuros, o feito tem de ter fim e com ele as divergências. É um princípio de utilidade jurídica, social, política, utilidade no seu sentido mais amplo.

Compreendo que a disposição possa acarretar determinados problemas, porque não ignoro, como foi aqui lembrado, que os Tribunais também mudam; aliás, alguém já definiu a jurisprudência como o registro das variações dos Tribunais — talvez alguém que não fosse muito simpático a estes. O fato é que as mudanças, as mutações, as transformações da jurisprudência tanto resultam da alteração das condições sociais e políticas da Nação como da própria evolução e aperfeiçoamento da ciência jurídica. Quantas decisões historicamente consagradas no campo do direito civil, que é o mais antigo dos distritos jurídicos e, por isso mesmo, o mais aperfeiçoado, quantas e quantas mudanças jurisprudênciais não se têm operado e em países de alta cultura e ilustração; e, também, no direito constitucional, até diria especialmente no direito constitucional; o caso DRED SCOTT terá sido a causa detonadora da Guerra da Secessão; a decisão da Suprema Corte repertir-se-ia dez anos depois, vinte, trinta? No entanto foi uma decisão. A Suprema Corte dos Estados Unidos já declarou inconstitucional o imposto de renda, está fazendo mais ou menos cem anos. A chamada Corte de ROOSEVELT imprimiu à jurisprudência uma linha rejeitada, até a véspera, por cinco a quatro. De modo que isso pode ocorrer? Pode ocorrer. Aqui entre nós, quantas e quantas questões tiveram uma interpretação num certo momento e depois foram abandonadas, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal? De modo que isto é uma questão que é inerente aos tribunais. Não temos outros tribunais que não sejam compostos por homens e temos que nos sujeitar a essas circunstâncias, a essas fraquezas que, creio, derivam do pecado original. Esses riscos, esses problemas, essas dificuldades, são inerentes, penso eu, à organização judiciária — como nós a concebemos — aos tribunais, como eles são, com as suas deficiências, com as suas insuficiências, mesmo os mais altos, os mais ilustres, aqueles decidem em caráter final e derradeiro: é uma contingência da organização jurídica e judiciária a que não podemos fugir; é evidente que essas questões hão de ter corretivo no curso da história. Creio que seria muito pretensioso querer gizar, desde agora, em todas as suas possíveis conseqüências, os efeitos vinculantes da ação direta de constitucionalidade; estamos discutindo a Ação nº 01, creio que seria muita pretensão se quiséssemos dimensionar seu universo até o fim dos tempos. No entanto, podemos começar e na medida em que os problemas forem surgindo o Supremo Tribunal há de compor e, se for o caso, de corrigir-se, porque isso é próprio dos tribunais e ainda mais um Tribunal da sabedoria e hierarquia do Supremo Tribunal Federal.

Assim, com as vênias devidas ao eminente

Ministro dissidente, eu também acompanho o eminente Ministro Relator, inclusive quanto ao procedimento; pareceu-me simpática a idéia desenvolvida pelo Ministro Sepúlveda Pertence, mas depois cheguei à conclusão que a sua utilidade é extremamente relativa, para não dizer aparente. Realmente a possibilidade do ingresso da ação direta existe desde que promulgada e publicada a lei — e temos tido casos assim; a lei eleitoral saiu ontem e no dia imediato estava ajuizada ação direta contra ela. De modo que não é por falta de veículo que a ação deixa de ser proposta. Numa ação dessa natureza, desde que anunciado seu aforamento, os possíveis interessados estarão aptos a propor ação em contrário. Como disse, achei sedutora a idéia, depois cheguei à conclusão de que seu efeito seria mofino. Pelo menos neste momento, Senhor Presidente, não vejo conveniência, nem utilidade em que seja dado o passo alvitrado pelo eminente Ministro. Está aberto o campo para o Tribunal; este, na medida em que os fatos ocorrerem, terá ocasião para contribuir com novas interpretações. E neste sentido o meu voto Senhor Presidente.

VOTO
(Questão de Ordem)

O Senhor Ministro Sydney Sanches — Sr. Presidente, peço vênia ao eminente Ministro Marco Aurélio para acompanhar os votos que consideram constitucional a emenda constitucional que criou a ação direta de constitucionalidade, de competência originária desta Corte. Reporto-me aos fundamentos que cada um dos Ministros, que votaram neste sentido, deduziram, a partir do minuciosos e convincente voto do eminente Relator. Peço vênia também a S. Exa., o Ministro Marco Aurélio, para não concordar com a idéia de que o Advogado-Geral da União deva intervir no processo. É que este somente deve atuar na ação direta de inconstitucionalidade e com a missão de "defender o ato ou texto impugnado", como está expresso no § 3º do art. 103 da Constituição. Se tivesse de oficiar na ação direta de constitucionalidade, haveria, também de defender o ato ou texto cuja constitucionalidade o autor sustenta, já que outra função não se lhe atribui, na Constituição ou na Emenda.

Atuaria, pois, como assistente do autor. E a figura do assistente não tem sido admitida por esta Corte, em processo objetivo, em que se trata apenas, em tese, da validade, ou não, do ato normativo, em face da Constituição.

Também peço vênia aos eminentes Ministro Carlos Velloso e Sepúlveda Pertence, para considerar desnecessária a convocação, ou simples intimação dos legitimados ativos para a ação direta de inconstitucionalidade, para participarem, querendo, da ação direta de constitucionalidade. Se estão legitimados para a ação de inconstitucionalidade, nada obsta que a proponham, de maneira que a tese, por eles sustentada, possa ser examinada, em conjunto, pela Corte. Atuariam, assim, por meio de ação. E não de exceção.

Aliás, mesmo no processo subjetivo, ou seja, "inter partes", a defesa da posição do réu (defesa em sentido amplo) nem sempre se exerce por contestação ou exceção, mas, sim, por ação.

É o que acontece, por exemplo, no processo de execução por título extrajudicial, em que o devedor, executado, impugna o título executório, não por via de contestação ou exceção, mas por meio de uma ação, que se denomina embargos do devedor, ou executado.

E nem por isso se há de dizer que a defesa dos direitos patrimoniais do executado ficou sacrificada ou cerceada.

Ademais, os legitimados à ação direta de inconstitucionalidade podem propô-la a qualquer tempo, sem esperar pela ação direta de constitucionalidade.

Também não vislumbro, na eficácia vinculante da decisão do Supremo Tribunal Federal, em ação direta de constitucionalidade, qualquer violação à independência ou à consciência jurídica do juiz ou Tribunal de graus inferiores. Nada impede que, mesmo após a posição fixada por esta Corte, assuma ele posição contrária. Se isso ocorrer, a única conseqüência que advirá é a possibilidade de reclamação para esta Corte, a fim de que restaure a eficácia de sua decisão vinculante.

Por outro lado, também considero imprescindível, na ação direta de constitucionalidade, a comprovação de existência de decisões judiciais antagônicas, sobre o ato normativo em questão.

É que nelas se poderá encontrar a essência do dissídio judiciário sobre a validade da norma. E, assim, não deixará esta Corte de estar informada dos fundamentos das posições divergentes.

E, por outro lado, nada impede que, mediante memoriais e pareceres, todos os interessados façam chegar ao Tribunal as opiniões que defendem.

Enfim, resolvendo a questão de ordem, adoto os fundamentos do voto do eminente Relator e dos que o seguiram e declaro, incidentalmente, a constitucionalidade da Emenda Constitucional nº 3/93, nos pontos em que criou a ação direta de constitucionalidade, estabeleceu a eficácia da decisão nela proferida e indicou os legitimados a sua propositura. E mais: enquanto a lei não regular o processo respectivo, somente será necessário colher-se o parecer da Procuradoria Geral da República, em face do que dispõe o § 1º do art. 103 da Constituição.

VOTO

O Senhor Ministro Néri da Silveira: — Sr. Presidente. A Emenda Constitucional nº 3, de 17/3/1993, em seu art. 1º, deu nova redação, dentre outros, à letra "a" do inciso I do art. 102, da Constituição, sobre a competência originária do Supremo Tribunal Federal, que passou a ter esta redação:

"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."

Reservou-se, de outra parte, legitimidade ativa à propositura da nova ação, tão-só, ao Presidente da República, às Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal e ao Procurador-Geral da República, na conformidade do parágrafo 4º do art. 103 da Lei Maior, introduzido pelo art. 1º da Emenda Constitucional nº 3/1993.

Consoante o parágrafo 2º do art. 102, da Constituição, inserido no Texto Fundamental pelo art. 1º da Emenda Constitucional nº 3/1993, 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".

Situada a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, ao lado da ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, na letra "a" do inciso I, do art. 102, da Lei Maior, constitui-se em novo instrumento de controle concentrado de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal.

Não traça, entretanto, o Diploma Magno, pela Emenda Constitucional nº 3/1993, o processo a adotar-se. Sendo objeto da ação lei ou ato normativo federal, as fontes de emanação da norma submetida à Corte são, em princípio, no primeiro caso, o Congresso Nacional e o Presidente da República, ou somente este, ou órgão do Poder Executivo, na segunda hopótese. Legitimados à ação estando, apenas, o Presidente da República e as Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, além do Procurador-Geral da República, pode, assim, suceder que os autores da demanda sejam os próprios criadores da norma, de cuja validade se cogita. Se a ação é movida pelo Procurador-Geral da República, dir-se-á que, no polo passivo da relação processual, deveriam situar-se, o Congresso Nacional e o Presidente da República, em se cuidando de lei, ou o último, quando se trate de ato normativo de sua autoria, ou provindo de outra autoridade ou órgão federal.

Na consideração desse ponto, é de ver, por primeiro, que, sendo de presumir-se a constitucionalidade da lei ou ato normativo federal, não caberia, desde logo, ter, na demanda declaratória de constitucionalidade, os autores da norma como polo passivo da relação processual. Nesse sentido, portanto, em ação declaratória de constitucionalidade proposta pelo Presidente da República e pelas Mesas da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal,

tendo como objeto emenda à Constituição ou lei, não será possível situar os autores, ao mesmo tempo, como requeridos na ação. Como se estabeleceria, então, a relação processual? Certo está que, nesse feito, em que se indaga da constitucionalidade de lei ou emenda à Constituição, ou de ato normativo federal, não há falar em réu e em sucumbência, nas acepções próprias do direito processual civil, mas, antes, cumpre ter presente que o juízo de validade da norma, em abstrato, se é expressão do exercício de função, material e formalmente, jurisdicional, reveste-se, inequivocamente, de nítido caráter político, sendo, aí, a função do Supremo Tribunal Federal exercício do largo múnus de controle dos atos dos outros Poderes, da "judicial review", característico fundamental do sistema norte-americano, que marca, também, nossas instituições judiciárias, desde a República.

Compreendo, todavia, que essa aparente dificuldade formal, à míngua de disciplina constitucional ou legal do processo da ação declaratória de constitucionalidade, resta superada, com a exigência que se há de ter como ínsita, ao novo instituto, qual seja, a demonstração, com a inicial, do dissídio em torno da constitucionalidade da emenda à Constituição ou da lei, ou mesmo do ato normativo, todos os âmbito federal, já instaurado em Cortes, Juízos ou órgãos judiciários, à época do ajuizamento da ação. É que, em realidade, não se tratando de consulta à Corte Suprema, mas de ação, com decisão materialmente jurisdicional, impõe-se, à instauração da demanda em exame, que se faça comprovada, desde logo, a existência de controvérsia em torno da validade ou não da lei ou ato normativo federal, nos Tribunais do País. De contrário, o litígio não teria justificativa, na instância originária e única desta Corte, que se transformaria, desse modo, em órgão de consulta prévia, acerca da constitucionalidade da lei ou ato normativo federal, para que os Poderes da República aplicassem a norma, com certeza de sua validade. Decerto esta não é tarefa compatível com a competência do STF, não se enquadrando na atribuição precípua de guarda da Constituição, "ut" art. 102, "caput", do Texto Básico, onde não se insere a função consultiva. Não demonstrada a controvérsia entre Juízos e Cortes Judiciárias, acerca da constitucionalidade da lei ou ato normativo federal, objeto da ação declaratória de constitucionalidade, esta não há de ter curso no STF.

De outra parte, não cabe falar em supressão da oportunidade de os cidadãos comparecerem, perante os juízos de grau inferior, para a defesa de seus direitos ou garantias. Conforme se anotará, adiante, não ficam os cidadãos impedidos de levar suas súplicas aos juízos de primeiro e segundo graus, durante ou após a ação direta de constitucionalidade, onde poderão alegar, em proteção de seus invocados direitos, também, fundamentos outros de índole normativa. Nem decorreria daí, conhecida a ação declaratória de constitucionalidade, diante da prova da controvérsia em torno da validade da lei ou ato normativo federal, qualquer restrição ao exercício das competências de Juízos ou Cortes inferiores. Não há, em realidade, na espécie, avocação das causas concernentes à aplicação da lei ou ato normativo federal, objeto da ação, em processamento perante outros Juízos ou Tribunais, mas, tão-só, a sujeição imediata, ao Supremo Tribunal Federal, do litígio de constitucionalidade, em abstrato, que já esteja instaurado e em curso nas instâncias inferiores, em ordem a que, de forma mais expedita, a Corte, a quem cabem a guarda da Constituição e o pronunciamento derradeiro sobre a validade da norma, conheça dessa controvérsia e lhe dê, desde logo, a solução ditada pela Lei Magna, pacificando-se, em âmbito nacional, em princípio, o litígio que lavra nos órgãos inferiores do Poder Judiciário. Com isso, torna-se, em mais breve tempo, certa e definitiva a decisão do Poder Judiciário sobre o tema constitucional em discussão.

Não se limita, com a ação em análise, em tese, a independência de juízes e Tribunais, quanto ao exercício de seu múnus. Se for ajuizada ação, nas instâncias inferiores, com base na lei ou ato normativo federal, objeto da ação direta de constitucionalidade, os magistrados, à evidência, não estarão impedidos de decidí-la, no exercício de sua independência, como entenderem de direito. Se já existente a decisão definitiva do STF, na ação

direta de constitucionalidade, com eficácia "erga omnes" e caráter vinculante aos demais órgãos do Judiciário, não ficarão, como é óbvio, sujeitos a qualquer sanção disciplinar os magistrados que entenderem de decidir diferentemente. Julgarão a causa que pende de seu "decisum", como indicar sua consciência. Certo é que o caráter prático do ofício de julgar não estaria a aconselhar decisão judicial em sentido diferente do pronunciamento definitivo do Alto Pretório. É que, se isso ocorrer, caracterizado estará o desrespeito à decisão do STF, com eficácia "erga omnes" e vinculante aos demais órgãos do Judiciário, abrindo-se, então, ensejo ao interessado para o ajuizamento, nesta Corte, de Reclamação, em ordem a ver resguardada a eficácia do "decisum" e garantida a autoridade do julgado do STF, na ação direta de constitucionalidade (C.F. art. 102, I, "1", e RISTF, arts. 156 e 161, III).

O que se pretende, assim, com o novo instituto, é tornar mais rápida a definição do Poder Judiciário, em abstrato, sobre a validade ou não de lei ou ato normativo federal, evitando-se, pois, se prolonguem, no tempo, com prejuízo à Justiça, as dúvidas sobre a constitucionalidade de norma, com autêntico tumulto nos Juízos e Tribunais que houverem de aplicá-la, pelo volume de demandas e divergências, em torno do mesmo tema.

De outra parte, se a Constituição define o novo instrumento de controle de constitucionalidade, em abstrato, como "ação", e, no § 2º do art. 102, na redação introduzida pelo art. 1º da Emenda Constitucional nº 3/1993, estipula que as "decisões definitivas de mérito" nela proferidas pelo STF produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo, nenhuma dúvida poderá existir acerca da natureza, material e formalmente, jurisdicional do pronunciamento da Corte Maior. Não se cuida, assim, como antes anotei, de mera consulta dos Poderes Executivo e Legislativo ou da Procuradoria-Geral da República, acerca da validade de lei ou ato normativo federal. Em face do princípio da separação de Poderes, inserido qual postulado básico de nossa ordem constitucional no art. 2º, da Lei Magna da República, não haveria como conferir ao pronunciamento da Corte sentido estranho ao exercício da função judiciária, com seus atributos incidentais ou inerentes, na lição de EDWARD CORWIN, em se referindo, no sistema americano, aos três Poderes, sob a Constituição. Ora, entre esses atributos inerentes ao Poder Judiciário está a faculdade de "interpretar o direito em vigor, seja a Constituição, quer as leis do Congresso ou os precedentes judiciais, com uma autoridade que obriga, constitucionalmente, ambos os ramos do Governo", bem assim, intimamente ligado ao primeiro, há de registrar-se o de proferir "decisões finais", que CORWIN nestes termos explica: "Quando se confia a um tribunal dos Estados Unidos a determinação de uma questão, seja de direito ou de fato, sua decisão só pode ser revista, constitucionalmente, por um "tribunal" de instância superior, e não pelos outros dois ramos do Governo ou pelos seus órgãos" ("in" "A CONSTITUIÇÃO NORTE-AMERICANA E SEU SIGNIFICADO ATUAL, tradução de Lêda Boechat Rodrigues, págs. 162/165). A espancar qualquer dúvida sobre a natureza do pronunciamento da Corte está, ademais, o citado § 2º do art. 102, introduzido na Lei Maior pela Emenda Constitucional nº 3/1993, art. 1º, quando estipula que as "decisões definitivas de mérito", nessa ação declaratória de constitucionalidade, produzirão "eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo". Não se reveste, dessa sorte, de qualquer procedência assertiva segundo a qual o Supremo Tribunal Federal, ao se manifestar sobre ação declaratória de constitucionalidade, estaria complementando o processo legislativo da lei, para ratificar os juízos de sua constitucionalidade, que se hão de ter como implícitos, ao menos, na deliberação do Congresso Nacional, ao aprovar o projeto de lei ou ao recusar veto do Presidente da República, sob invocação de sua invalidade. Nem se há, nessa linha, de entender que a decisão do STF tenha o sentido de mera resposta a consulta, incabível no âmbito e na natureza da função jurisdicional que, na espécie, se pratica.

É de ponderar, como conseqüência natural, que chamado a declarar a constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, a Corte decidirá, — por exercer, precisamente, aí, função judiciária, — como entender de direito, em face da Constituição, podendo, desse modo, sua decisão definitiva de mérito dar pela improcedência da demanda declaratória, afirmando, ao revés, a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo federal, que lhe foi submetido a exame. De acordo com o § 2º do art. 102, da Constituição, na redação da Emenda Constitucional nº 3/1993, a decisão definitiva dando pela procedência ou improcedência da ação, terá, por igual, conforme é dos princípios, também, "eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo". Não há, pois, como é óbvio, entender que a decisão, que julgar improcedente a ação declaratória de constitucionalidade, não terá efeito, quanto ao juízo de não validade da lei ou ato normativo federal. À evidência, opera a sentença, com idêntica eficácia, quer ao dar pela procedência, já ao reconhecer a improcedência da ação. Nem seria admissível compreender que, no exercício da função jurisdicional, a decisão da Corte houvesse de proferir-se, tão-só, em uma direção, qual seja, no sentido da pretensão do requerente da declaração de constitucionalidade.

Não tenho, destarte, como procedente afirmar-se que o exercício da ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, perante o Supremo Tribunal Federal, originariamente, implique ofensa ao art. 5º, XXXV, da Constituição, segundo o qual a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Integrando a ação direta de constitucionalidade em apreço o sistema consagrado na Lei Maior de 1988 de controle concentrado de constitucionalidade de lei ou ato normativo, no STF (CF, art. 102, I, "a"), a quem incumbe precipuamente a guarda da Constituição (CF, art. 102, "caput"), não se retira do Poder Judiciário, do qual é órgão de cúpula o Supremo Tribunal Federal (CF, art. 92, I), a apreciação de matéria que possa dizer com direitos e garantias individuais, os quais, neste Tribunal, têm, originária ou recursalmente, seu foro mais alto ou derradeiro.

Nem modifica a ilação supra o fato de o pronunciamento ser provocado diretamente ao STF. Não há lesão às garantias individuais quandos e confere à Corte Suprema, originariamente, a competência para processar e julgar determinadas causas, a teor do rol do inciso I do art. 102 da Lei Maior. No caso, a ação declaratória de constitucionalidade em exame insere-se, no sistema constitucional, ao lado da ação direta de inconstitucionalidade, "ut" art. 102, I, letra "a", da Lei Magna, constituindo mais um instrumento de controle de constitucionalidade, em abastrato, de lei ou ato normativo federal. É de registrar, inclusive, que, já, na disciplina da ação direta de inconstitucionalidade, o Regimento Interno do STF dispõe, em seu art. 174: "Proclamada a constitucionalidade na forma do artigo anterior julgar-se-á improcedente a representação". É de ter presente o que se anotou acima, quanto à possibilidade de aforar-se no juízo competente, de primeiro ou segundo graus, ação em defesa do que o cidadão entenda de seu direito, em decorrência da lei ou ato normativo federal, porventura objeto da referida ação direta.

Do exposto, não vendo inconstitucionalidade na Emenda Constitucional nº 3, de 1993, ao dispor sobre a ação direta de constitucionalidade, conheço da "Questão de Ordem", para decidi-la na conformidade do voto do Senhor Ministro Relator.

VOTO
QUESTÃO DE ORDEM

O Senhor Ministro Octávio Gallotti (Presidente): — Peço vênia ao eminente Ministro Marco Aurélio, para acompanhar o voto do eminente Ministro Relator, tanto no que diz respeito à constitucionalidade das normas impugnadas, como no que se refere ao procedimento adotado por S. Exa.

Penso que esse brilhante voto mantém-se em perfeita coerência com a natureza de processo objetivo da ação de que ora se cogita.

Nesses termos, acompanho o voto do eminente Ministro Moreira Alves, Relator.

EXTRATO DE ATA

Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 1-1

Origem: Distrito Federal

Relator: Min. Moreira Alves

Reqtes.: Presidente da República, Mesa do Senado Federal e Mesa da Câmara dos Deputados

Decisão: O julgamento foi adiado pelo pedido de vista dos autos, formulado pelo Ministro Marco Aurélio, depois dos votos dos Ministros Relator, Sepúlveda Pertence, Francisco Rezek e Ilmar Galvão, que, resolvendo questão de ordem suscitada pelo Ministro Moreira Alves (Relator), declararam, incidentemente, a constitucionalidade da redação dada à letra *a*, do inciso I do art. 102, da Constituição Federal de 1988, pela EC nº 03/93, bem como do § 2º, acrescentado ao mencionado art. 102, pela mesma Emenda Constitucional e, ainda, dos votos dos Ministros Relator e Francisco Rezek, estabelecendo, para a referida ação declaratória de constitucionalidade, até lei específica que o discipline, o processo proposto no voto do Relator, e dos Ministros Sepúlveda Pertence e Ilmar Galvão, que, em parte, divergiam desse procedimento, nos termos dos votos que proferiram. Procurador-Geral da República, Dr. Moacir Antônio Machado da Silva, na ausência ocasional do Dr. Aristides Junqueira Alvarenga. Plenário, 21.10.93.

Luiz Tomimatsu — Secretário

Decisão: Por maioria de votos, o Tribunal, resolvendo questão de ordem suscitada pelo Relator, declarou, incidentemente, a constitucionalidade da redação dada à letra a, do inciso I do art. 102, da Constituição Federal de 1988, pela EC nº 03/93, bem como do § 2º, acrescentado ao mencionado art. 102, pela mesma Emenda Constitucional, vencido o Ministro Marco Aurélio, que declarava a inconstitucionalidade dos mencionados dispositivos. Decidiu, ainda, o Tribunal, adotar, para a referida ação declaratória de constitucionalidade, até lei específica que o Discipline, o processo estabelecido no voto do Relator, vencidos, em parte, os Ministros Sepúlveda Pertence, Ilmar Galvão, Marco Aurélio e Carlos Velloso, que divergiam do procedimento proposto pelo Relator, nos termos dos votos que proferiram. Votou o Presidente. Procurador-Geral da República, Dr. Moacir Antônio Machado da Silva, na ausência ocasional do Dr. Aristides Junqueira Alvarenga. Plenário, 27.10.93.

Presidência do Senhor Ministro Octávio Gallotti. Presentes à sessão os Senhores Ministros Moreira Alves, Néri da Silveira, Sydney Sanches, Paulo Brossard, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Ilmar Galvão e Francisco Rezek.

Procurador-Geral da República, Dr. Aristides Junqueira Alvarenga.

Luiz Tomimatsu — Secretário