

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE

MOACIR ANTONIO MACHADO DA SILVA

Vice-Procurador da República

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 n.70, de 30.12.91, que institui contribuição para financiamento da Seguridade Social, em especial no tocante aos seus arts. 1º, 2º, 9º, 10 e 13, 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 5.8.93, do eminente Relator (fls. 169), os Autores, juntaram a documentação relativa ao processo legislativo da Lei Complementar 70, de 1991 (fls. 172 a 349).

3. Em novo despacho, de 20.8.93, o eminente Relator levantou incidentalmente a prejudicial de inconstitucionalidade da Emenda Constitucional 3, de 1993, no tocante à instituição da ação declaratória de constitucionalidade, em face da controvérsia sobre o assunto, retratada na ADIN n. 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 n. 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 n. 3, de 1993, cujo art. 1º deu a seguinte redação aos arts 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”.

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 funda-

mentação 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 n. 16, de 1965, que se referia 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 ação 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 dirigi-

da à declaração de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo. E, no julgamento da Representação n. 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 ação direta de inconstitucionalidade, insere-se no sistema de controle concentrado de 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 n. 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 a necessidade de saber como serão qualificados objetivamente suas ações e a norma jurídica, no dizer de Lopes de Oñate, visa a garantir a ação, de maneira certa e inequívoca de modo que seus destinatários possam contar com o que haverá de ocorrer (*La Certeza del Diritto*, Milano, A. Guiffè, 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 à 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; Lopes 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. RT, 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 determi-

nada interpretação da norma, com força vinculativa, encerra um comando negativo, proscurendo 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 discricionariedade da função judicial, pois a interpretação unívoca da ordem jurídica, como pondera Mario Longo, constitui também uma exigência de certeza (*Certezza del Diritto, in Novissimo Digesto Italiano*, Torino, UTET, v. 3, s/d, pp. 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. Guiffè, 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 desencadear conflitos e de afetar, pelas suas proporções, a tranquilidade geral.

22. Nessas hipóteses restritas, a espera da uniformização da jurisprudência, pela reiterada aplicação ou recusa de aplicação 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 transcendência. 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 exclusivo 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 contradi-

tório, 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, pp. 249-261, 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 forma dos arts. 156 a 162 do Regimento Interno.

27. Dir-se-ia que nessa eficácia geral da decisão é que residiriam 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 e na ação direta de inconstitucionalidade, 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 n. 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, redundante em novas consequências 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 a eficácia *erga omnes*, impondo-se a 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 inconsti-

tucionalidade 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 n. 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 ou tribunal que se enquadrar em órgão judiciário, previsto de modo expreso ou implícito em norma jurídico-constitucional" (cf. José Frederico Marques, *Manual de Direito Processual Civil*, p.76).

33. Seria 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 n. 3, ao instituir a nova ação, não infringe cláusula pétreia 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 particularmente grave de incerteza quanto 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, antes 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 arguições 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 a ação e da demonstração dos pressupostos de admissibilidade da ação. A discricionariedade 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 infringe 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 n. 3, de 1993, na parte em que institui a ação declaratória de constitucionalidade.

Brasília, 13 de outubro de 1993