

SEPARATA
REVISTA TRIMESTRAL
DE JURISPRUDÊNCIA
DOS ESTADOS

Hugo de Brito Machado

AÇÃO DECLARATÓRIA DE
CONSTITUCIONALIDADE



EDITORA JURID VELLENICH LTDA.
CGC. 62.609.318/0001-21 - INSCR. 108.223.073.113

Revista Trimestral
de Jurisprudência dos Estados
Repositório Autorizado do STF nº 001/85

Rua Dr. Gabriel Pizze, 462 (sede própria)
CEP 02036-011 - Santana - SÃO PAULO - SP
Caixa Postal 12300
TEL.: (011) 950-9088 - FAX: (011) 950-8223

AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE

Hugo de Brito Machado

(Juiz do Tribunal Federal da 5ª Região.
Professor Titular de Direito Tributário da
UFC. Membro da Academia Brasileira de
Direito Tributário e da Academia
Internacional de Direito e Economia.
Ex-Procurador da República).

SUMÁRIO: 1. *Introdução.* 2. *A origem da declaratória de constitucionalidade.* 3. *Avocatória e declaratória de constitucionalidade e de legalidade.* 4. *A declaratória na Emenda n. 3/93.* 5. *Efeitos da declaração de inconstitucionalidade.* 6. *Natureza das funções do Estado e efeitos dos atos praticados no respectivo desempenho.* 7. *Natureza da decisão proferida em ação direta.* 8. *O princípio do contraditório.* 9. *Condição de procedibilidade.* 10. *Proposta de disciplina constitucional do controle de constitucionalidade.*

1. *Introdução.*

Tem-se afirmado com muita frequência que a declaratória de constitucionalidade é um instrumento do autoritarismo. Existem, todavia, aspectos de grande relevância a serem considerados, não devendo ficar nessa afirmativa simplista, aparentemente verdadeira, mas não satisfatória por si mesma, como procuraremos demonstrar neste estudo.

Tem-se dito, também, que a Emenda n. 3, ao instituir a declaratória de constitucionalidade, violou a Constituição, posto que excluiu o princípio do contraditório, criando uma ação que não

comporta contestação. (1) A objeção é séria, mas também não pode ser examinada assim, superficialmente, sem que se examine o próprio significado de ação, a partir da idéia de limitação dos poderes do Estado, com a atribuição de funções específicas a órgãos diversos, independentes e harmônicos. E sem que se examine, nesse contexto, a razão de ser do princípio, seu aspecto axiológico, colocando-o em confronto com outros princípios, para que se possa a final, em face dos valores envolvidos, fazer uma opção segura.

2. A origem de declaratória de constitucionalidade.

Parece estranho cogitar-se de ação declaratória de constitucionalidade, tendo em vista que a constitucionalidade da lei é presumida, em razão dos controles no próprio processo legislativo.

A idéia de inseri-la em nossa Constituição surgiu da situação na qual o Presidente da República, em face de controvérsias surgidas em torno da constitucionalidade de certas leis, tinha interesse em ver deslindada a questão o quanto antes, para viabilizar a execução de seu programa de governo, com a certeza de que os atos praticados com fundamento naquelas leis não seriam depois invalidados.

Ouvi certa vez de um Consultor da República manifestação neste sentido, e sugeri que propusesse a declaratória de inconstitucionalidade, posto que sendo esta julgada improcedente, teria sido alcançado o objetivo desejado pelo Presidente da República. Mas não lhe pareceu, e realmente não é, adequado promover uma declaratória de inconstitucionalidade, quando na verdade se pretende a declaração de constitucionalidade. Certo é que a grande quantidade de questionamento, sobretudo em matéria de tributos, aumentou a preocupação do governo com a necessidade de garantir a prevalência de atos praticados com base em leis cuja constitucionalidade se estava a discutir com muita freqüência.

Numa das propostas de reforma tributária, cogitou o governo de reintroduzir a avocatória. A respeito desta escrevemos, então, um pequeno estudo, no qual sugerimos a inserção no texto constitucional, de dispositivos pertinentes a ações diretas declaratórias de constitucionalidade, e de legalidade, a serem julgadas, respectivamente, pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça. (2)

1 - Ives Gandra da Silva Martins, "Emenda viola direitos dos cidadãos", em *O Estado de São Paulo*, dia 1-6-93.

2 - Avocatória, *Tribuna do Ceará*, Fortaleza, 28-10-91, p. 18; Avocatória, *Diário de Pernambuco*, Recife, 31-10-91, p. A-5.

3. *Avocatória e declaratória de constitucionalidade e de legalidade.*

Em regra, a advocatória não existe em nossas Constituições. Na Constituição de 1937 havia um dispositivo limitador da autonomia do Judiciário, no que permite ao controle de constitucionalidade das leis, assim expresso:

“No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a Juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal.” (3)

Era o gênio, Francisco Campos, fazendo parecer democrática uma providência que, nas circunstâncias de então, era na verdade puro autoritarismo. Muito pior, certamente, do que a advocatória, pois esta, pelo menos, deixa a decisão final com o Judiciário.

A advocatória entra na história recente de nosso constitucionalismo, fruto da Emenda n. 7, de 1977, que a encartou na Constituição de 1969 (4). Aliás, a redação do dispositivo com o qual o Executivo pretendeu, em 1991, o restabelecimento da advocatória era cópia literal daquele, com o acréscimo, apenas, do Advogado-Geral da União, como titular da competência para requerê-la.

Não obstante, existem alguns aspectos do funcionamento do Poder Judiciário que estão a merecer meditação, sobretudo neste momento de crise, quando os conflitos revelam-se mais frequentes e mais agudos.

Sabemos todos que o Supremo Tribunal Federal tem competência para dizer a última palavra em questões constitucionais. E não se pode dizer que lhe tenha faltado independência, relativamente ao Poder Executivo. Pelo contrário, nossa Corte Maior tem sabido merecer a confiança de todos os brasileiros, decidindo com altivez e equilíbrio as questões que lhe têm sido submetidas. (5)

3 - Parágrafo único, do art. 96, da Constituição de 1937.

4 - Art. 119, letra “o”, da Constituição Federal de 1969.

5 - Como exemplo disto podem ser citadas as decisões sobre a inconstitucionalidade (a) do art. 18, do Dec.-lei n. 2.323; (b) dos dispositivos que elevaram a alíquota da contribuição denominada FINSOCIAL; (c) dos dispositivos que cuidaram das contribuições para o PIS; (d) da Lei que instituiu a taxa de conservação de estradas; (e) de leis estaduais que instituíram o Adicional de Renda dos Estados, entre muitas outras, a demonstrar a independência na atuação de nossa Corte Maior.

Não se pode deixar de reconhecer, outrossim, que o controle difuso da constitucionalidade tem gerado inúmeras lesões ao princípio da isonomia, na medida em que enseja tratamento desigual de situações iguais. Decisões em que o Juiz deixa de aplicar uma lei, por considerá-la inconstitucional transitam em julgado, enquanto o Supremo Tribunal Federal, noutros casos, decide pela constitucionalidade da mesma lei, denegando a pretensão dos interessados.

Verifica-se isto especialmente com os denominados direitos individuais homogêneos. Milhares de pessoas com a mesma pretensão, como aconteceu, e acontece, por exemplo, com: (a) o não pagamento de correção monetária no imposto de renda das pessoas jurídicas, nos termos do art. 18, do Dec.-lei n. 2.323; (b) o desbloqueio de cruzados novos; (c) a liberação de contas do FGTS; (d) a taxa de conservação de estradas; (e) a contribuição social sobre os lucros das pessoas jurídicas; (f) as contribuições para o FINSOCIAL; (g) as contribuições para o PIS; (h) a taxa em favor da CVM; (i) os reajustamentos de vencimentos de servidores públicos, em diversas oportunidades, implicados com medidas governamentais supostamente destinadas a combater a inflação.

Em alguns desses casos tivemos manifestação direta do Supremo Tribunal Federal, como aconteceu com a declaração de inconstitucionalidade do art. 18, do Dec.-lei n. 2.323, proferida em ação direta movida pelo Procurador-geral da República, em face de representação que lhe fora dirigida pela Federação das Associações Comerciais do Brasil. (6). A questão ficou resolvida definitivamente, e o próprio governo determinou, mediante novo decreto-lei, cancelar os lançamentos e restituir as quantias já recebidas. Noutros, porém, inúmeras ações individuais arrastam-se nos diversos Juízos e Tribunais, algumas já resolvidas pelo Supremo, em recusos extraordinários, com efeitos apenas entre os litigantes de cada caso, e outras ainda nem chegaram a ser apreciadas na Corte Maior, permanecendo o estado de incerteza a afligir os interessados.

Em todas essas situações, como em inúmeras outras de idêntica natureza, impõe-se a uniformização do entendimento judicial, sem o descrédito do Judiciário é inevitável. Por outro lado, não é razoável admitir-se que o Judiciário esteja com seus canais inteiramente congestionados, com milhares de processos em tramitação no Brasil in-

6 - Antes da Constituição de 1988, a legitimidade para promover a ação direta de inconstitucionalidade era exclusiva do Procurador-geral da República.

teiro, quando o Supremo Tribunal Federal, com uma única decisão, poderia resolver definitivamente a questão, tornando desnecessários milhares de processos.

É relevante notar, outrossim, que ao Supremo Tribunal Federal a Constituição Federal de 1988 reservou competência para o controle da constitucionalidade, mas atribuiu ao Superior Tribunal de Justiça competência para decidir, em última Instância, questões de direito comum infra-constitucional.

Assim, não é razoável admitir-se que ao Supremo Tribunal Federal seja atribuída competência para avocar processos em tramitação no Superior Tribunal de Justiça, como, aliás, em nenhum dos Tribunais Superiores, posto que, além de representar desprestígio para um Tribunal Superior, em nada contribuiria para a unidade do Direito nacional, vale dizer, para a realização do princípio da isonomia, posto que tal uniformização há de ser feita pelos Tribunais Superiores, nas respectivas áreas de competência.

A advocatória somente se justifica com a finalidade de evitar divergências jurisprudenciais lesivas à isonomia, e de contribuir para o melhor funcionamento do Judiciário, propiciando a prestação jurisdicional mais rápida.

O atribuir-se ao Supremo Tribunal Federal competência para resolver diretamente os conflitos, com a aplicação de norma da Constituição Federal, há de ter como fundamento, em primeiro lugar, a realização da isonomia, e depois a desobstrução do Judiciário, com o que se propiciará solução mais rápida das demandas em geral. Não se pode admitir tenha tal atribuição de competência uma suposta desconfiança nos Juízes. Por isto é que não se pode admitir atribuição de competência à Corte Maior, que atrole um Tribunal Superior, de jurisdição nacional, que pode, tanto quanto o Supremo Tribunal Federal, realizar o relevante papel uniformizador e de desobstrução.

Em face dessas considerações, parece-nos que em lugar da advocatória, melhor seria atribuir ao Supremo Tribunal Federal competência para julgar ação direta declaratória de constitucionalidade de lei ou qualquer outro ato do Poder Público, promovida pelo Advogado-geral da União. Seria esta uma forma pela qual o Governo poderia provocar a Corte Maior a dizer se as leis, como os seus atos de um modo geral, estão de acordo com a Constituição Federal.

Por outro lado, ao Superior Tribunal de Justiça seria atribuída competência para dizer, em ação direta, promovida pelo Advogado-geral da União, da legalidade de quaisquer atos do Poder Público, contestados em face da lei ou de norma outra, infra-constitucional.

Os julgados, do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional, como do Superior Tribunal de Justiça em matéria de direito ordinário, teriam efeitos vinculantes para os órgãos cujas decisões estejam sujeitas a recursos que as possam levar à apreciação, respectivamente, de um, ou de outro.

Em qualquer desses casos a ação poderia ser contestada por qualquer das pessoas legitimadas para a propositura da ação declaratória de inconstitucionalidade. (7)

4. A declaratória na Emenda n. 3/93.

Com a Emenda Constitucional n. 3, de 18-3-93, foi atribuída ao Supremo Tribunal Federal competência para julgar, além da ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, também a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal (8). Foi estabelecido que as decisões definitivas de mérito, nestas proferidas, "produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo" (sic) (9). E estabelecido foi, ainda, que a 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. (10)

Tem-se, então, um tratamento diverso entre as duas ações, embora na verdade não sejam, no essencial, diversas. Ambas constituem forma de provocação da Corte Maior para manifestar-se sobre atos normativos em tese. Não se justifica, pois, que os efeitos das decisões numa proferidas sejam diversos daqueles decorrentes de decisões proferidas na outra. Nem se justifica que o contraditório seja observado em uma, e não na outra.

Na verdade, o instrumento processual deve ser um só, pois em última análise o objetivo da ação é a declaração de conformidade, ou não, da lei ou outro ato normativo, com a Constituição.

5. Efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

7 - Constituição Federal de 1988, art. 103.

8 - Art. 102, inc. I, alínea "a", com redação que lhe deu a Emenda Constitucional n. 3, de 17-3-93 (DOU de 18-3-93).

9 - Art. 102, § 2º, com redação que lhe deu a Emenda Constitucional n. 3, de 17-3-93 (DOU de 18-3-93). Na verdade nenhuma norma confere eficácia a qualquer ato jurídico. A norma só pode determinar a produção de efeitos no plano normativo, ou do dever ser. Eficácia é aptidão para produzir efeitos no plano concreto, no plano do ser.

10 - § 4º, do art. 103, acrescentado pela Emenda Constitucional n. 3, de 17-3-93 (DOU de 18-3-93).

Questão tormentosa tem sido a pertinente aos efeitos da decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, proferida em ação direta declaratória de inconstitucionalidade. Tanto no que diz respeito ao aspecto temporal, como no que pertine à vinculação dos demais órgãos do Judiciário, e em especial aos órgãos da Administração.

Manifestou-se já o Supremo Tribunal Federal no sentido de que "a declaração de inconstitucionalidade de uma lei alcança, inclusive, os atos pretéritos com base nela praticados, eis que o reconhecimento desse supremo vício jurídico, que inquína de total nulidade os atos emanados do Poder Público, desampara as situações constituídas sob sua égide e inibe - ante a sua inaptidão para produzir efeitos jurídicos válidos - a possibilidade de invocação de qualquer direito. A declaração de inconstitucionalidade em tese encerra um Juízo de exclusão, que, fundado numa competência de rejeição deferida ao Supremo Tribunal Federal, consiste em remover do ordenamento positivo a manifestação estatal inválida e desconforme ao modelo plasmado na Carta Política, com todas as conseqüências daí decorrentes, inclusive a plena restauração de eficácia das leis e das normas afetadas pelo ato declarado inconstitucional. (11)

Manifestou-se também o Supremo Tribunal Federal no sentido de que o deferimento de medida liminar, em ação direta declaratória de inconstitucionalidade, produz efeitos *ex nunc*. O ato normativo cuja constitucionalidade é discutida fica com sua vigência suspensa até o julgamento definitivo. (12)

No que diz respeito ao efeito vinculante, ou efeito normativo, quem não tinha dúvida passou a ter, e quem já estava em dúvida, teve esta aumentada, com o dispositivo da Emenda Constitucional n. 3. É que esta estabeleceu expressamente: "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 (13)". Como nada está dito relativamente às decisões proferidas nas ações declaratórias

11 - STF - Pleno, Ac. un. ADIn n. 652-5-MA - Questão de Ordem - Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 2-4-93, p. 5.615.

12 - STF - Pleno, ADIn n. 7.114/600 - Questão de Ordem, Rel. Min. Neri da Silveira, julgada em 5-8-92, DJU de 11-6-93, p. 11.529 e Repertório IOB de Jurisprudência n. 13/93, pp. 255 e 256.

13 - § 2º, do art. 102.

de inconstitucionalidade, pode-se agora sustentar que os aludidos efeitos não são a elas pertinentes.

A reforçar tal entendimento está a norma que atribui ao Senado Federal competência privativa para "suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal." (14) Se ao Senado cabe, com exclusividade, suspender a vigência da lei declarada inconstitucional pelo Supremo, é que essa lei, mesmo declarada inconstitucional, continuava a produzir efeitos, vale dizer, continuava a incidir. Isto, porém, não passa de um equívoco, ao qual somos induzidos em face da evolução da disciplina constitucional da matéria.

Na verdade, os efeitos da decisão que, em ação direta, declara a inconstitucionalidade de uma lei, ou de outro ato normativo, são gerais, vale dizer, residem no plano normativo, e se produzem apenas para o futuro. A compreensão desta assertiva, e conseqüente superação dos equívocos cometidos nessa matéria, exige o exame da natureza da decisão proferida na ação direta, o que, aliás, ajudará também no esclarecimento da questão de saber se indispensável é, ou não, o contraditório, no respectivo processo.

6. Natureza das funções do Estado e efeitos dos atos praticados no respectivo desempenho. A função jurisdicional.

As funções essenciais do Estado são, sabemos todos, legislativas, administrativas e jurisdicionais. Embora se trate de noção primária, é importante insistirmos em que essa classificação das funções não coincide com a divisão de poderes. "Na prática, os fatos mostraram não existir separação de poderes inteiramente coincidente com a distinção teórica, mais ou menos abstrata, das funções." (15)

Não é que as funções não sejam distintas. É que, por razões políticas, (16) as constituições atribuem a cada um dos poderes do Estado, em caráter excepcional, funções próprias dos outros. "O Executivo frequentemente legisla (CF, arts. 68 e 84, inc. VI), o Legislativo é frequentemente chamado a julgar e o Judiciário tem outras funções,

14 - Art. 52, inc. X.

15 - Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967*, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1967, tomo I, p. 273.

16 - É importante notar que a atribuição a um poder de funções próprias dos outros destina-se a viabilizar a divisão de poderes, posto que viabiliza a harmonia entre os órgãos da soberania estatal. Estabelece o que tem sido denominado sistema de freios e contrapesos.

além da jurisdicional. Tal tendência faz-se presente em todas as organizações estatais modernas.” (17)

Mesmo assim, a determinação da natureza jurídica de uma função estatal pode ser valiosa no equacionamento da questão de saber quais os efeitos jurídicos dos atos praticados em seu desempenho.

Assim, por exemplo, um ato administrativo, mesmo que praticado por um órgão do Poder Judiciário, não se submete ao regime jurídico dos atos jurisdicionais, nem produz os efeitos próprios destes. Nem, quando praticado pelo Legislativo, tem os efeitos próprios da lei, ou se submete ao regime jurídico desta. Em síntese, o regime jurídico dos atos, e seus efeitos, estão ligados à natureza desses atos, e só excepcionalmente dependem do órgão que os pratica.

É importante, pois, para que se possa definir com propriedade os efeitos da decisão que declara a conformidade, ou inconformidade, de uma lei, ou outro ato normativo, com a Constituição, saber se esta é de natureza legislativa, ou jurisdicional. E para tanto, tem-se de saber em que uma da outra se distingue, ou, em outras palavras, tem-se de saber qual a nota característica da função jurisdicional.

Como afirma Albuquerque Rocha, com inteira propriedade, a diferença essencial entre a atividade legislativa e a atividade jurisdicional reside no “fato de que a legislação cria, preponderantemente, normas gerais e abstratas e a jurisdição, normas concretas e individuais.” (18)

Seabra Fagundes, por seu turno, ensina: “pela função legislativa o Estado edita o direito positivo posterior à Constituição, ou, em termos mais precisos, estabelece normas gerais, abstratas e obrigatórias, destinadas a reger a vida coletiva.” (19)

7. *Natureza da decisão proferida em ação direta.*

Começemos por distinguir a decisão proferida na ação direta, correspondente ao denominado controle concentrado, daquela proferida na via de exceção, correspondente ao denominado controle difuso.

No primeiro caso o que se questiona é a lei em tese, assim, a decisão que declara a inconstitucionalidade, ou a constitucionalidade,

17 - Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido R. Dinamarco, *Teoria Geral do Processo*, Malheiros, São Paulo, 1993, p. 136.

18 - José de Albuquerque Rocha, *Teoria Geral do Processo*, 2ª edição, Saraiva, São Paulo, 1991, p. 61.

19 - *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 5ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 1979, p. 6.

manifesta-se no plano normativo, ou plano da abstração. No segundo, o que se questiona é a validade dos atos praticados com fundamento na lei cuja conformidade com a Constituição é posta em dúvida. No primeiro caso, a declaração de conformidade, ou de inconformidade, da lei com a Constituição é o objeto mesmo da decisão. No segundo, essa conformidade, ou inconformidade, é apenas o fundamento da decisão, que dirá se o ato de concreção do direito é válido, ou inválido. No primeiro caso, a declaração não afeta diretamente direitos subjetivos. Laborando, como labora, no plano normativo, onde não se pode falar, sem impropriedade, em direito, ou dever jurídico, a decisão proferida em ação direta a estes não atinge.

Em outras palavras, a atividade desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal, ao apreciar a conformidade da lei com a Constituição, na via do controle concentrado, não é de natureza jurisdicional. Nada tem com a concreção da norma. Não pode ser tida como atividade jurisdicional, eis que esta pressupõe um conflito, uma controvérsia, ou um obstáculo em torno da realização do Direito. (20)

No dizer de Seabra Fagundes, a lei “tem em vista situações abstratamente consideradas,” (21) objetivo que se vislumbra claramente também na decisão proferida no exercício do controle concentrado da constitucionalidade.

Se entre as funções administrativa e jurisdicional o ponto de semelhança reside em que ambas dizem respeito ao momento de concreção do direito, delas nitidamente se distingue a função legislativa. O conceito desta, ensina Seabra Fagundes, “decorre facilmente do contraste entre os fenômenos de formação do direito e os de realização,” (22) posto que a atividade legislativa situa-se no plano da formação, enquanto as atividades administrativa, e jurisdicional, situam-se no plano da realização ou concreção do direito.

É razoável, pois, afirmar-se que no primeiro caso, vale dizer, no controle concentrado de constitucionalidade, o que se tem é uma atividade legislativa, enquanto no segundo, vale dizer, no controle difuso, tem-se uma atividade de natureza jurisdicional. E, assim, concluir-se,

20 - Seabra Fagundes, *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 5ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 1979, p. 11.

21 - Seabra Fagundes, *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 5ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 1979, p. 7.

22 - Seabra Fagundes, *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, 5ª edição, Forense, Rio de Janeiro, 1979, p. 6.

com segurança, que a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal, na via do controle direto de constitucionalidade, é, materialmente, uma atividade de natureza legislativa, enquanto aquela proferida na via do controle difuso, esta sim, tem natureza jurisdicional.

Tal entendimento, aliás, já foi admitido no âmbito do Supremo Tribunal Federal, quando ali examinada foi a questão da capacidade postulacional do Governador de Estado. Naquela ocasião afirmou um de seus mais ilustres integrantes, o Min. Sepúlveda Pertence, não se dever aplicar à risca as leis de processo, em se tratando de ação direta, por se tratar de ato apenas formalmente jurisdicional. (23)

8. O princípio do contraditório.

O princípio do contraditório é inerente à atividade jurisdicional, aplicando-se à atividade formalmente administrativa, de conteúdo jurisdicional, por força de dispositivo expresso da Constituição Federal de 1988 (24). A ele, porém, não se submete a atividade legislativa, que é predominantemente política.

Como a atividade, desempenhada pelo Supremo Tribunal Federal, de controle direto de constitucionalidade, é de natureza legislativa, como restou demonstrado, poder-se-á sustentar que o princípio do contraditório a ela não se aplica. É razoável, porém, sustentar-se a necessidade de observância do contraditório, nessa atividade, por haver sido a ela atribuída forma jurisdicional.

De todo modo, o que não se justifica é o tratamento diferenciado entre a declaratória de constitucionalidade, e declaratória de inconsti-

23 - STF-Pleno - ADIn n. 127-2-AL, Rel. Min. Celso de Mello, julgada em 20-11-89, DJU I dia 4-12-92, p. 23.057, e Repertório IOB de Jurisprudência n. 1/93, p. 12, tendo sido nesta última publicação registrado o seguinte trecho do voto-vista do Min. Sepúlveda Pertence:

"A ação direta existe para dar forma jurisdicional ao controle abstrato da constitucionalidade das normas, donde a exigência de legitimar órgãos públicos à provocação da jurisdição constitucional. Entre eles, os governadores.

A partir daí é que se tem de enfrentar a questão da capacidade postulatória do Governador e das demais autoridades públicas legitimadas para a ação direta.

Estou, com todas as vênias, em que se trata de um problema aparente: aplicar à risca, à ação direta, as regras da lei processual e do estatuto da OAB sobre a capacidade de postular em Juízo é levar muito longe a assimilação formal entre o mecanismo político do controle abstrato de normas e o processo de partes, concebido como instrumento de composição judicial de lides intersubjetivas.

A propositura da ação direta é, na verdade, o exercício de uma função estatal do órgão público competente e não um direito subjetivo do funcionário. Parece-me, em consequência, que a capacidade postulatória do dignatário competente lhe advém da própria investidura do cargo, somada à legitimação constitucional. Do que resulta, em contrapartida, que a prática pessoal do ato de provocação à jurisdição constitucional não apenas lhe é permitida, mas, a rigor, é necessária."

24 - Art. 5º, inc. LV.

tucionalidade. O objeto de ambas as ações é exatamente o mesmo. Ao apreciá-las, o Supremo Tribunal Federal diz da conformidade, ou não, da norma questionada, com a Constituição. As diferenças residem apenas no número de órgãos legitimados, que é maior para a declaratória de inconstitucionalidade, e no interesse de quem promove uma, ou a outra. Tais diferenças, porém, de nenhum modo justificam que uma comporte contestação, obrigatória aliás, (25) e na outra se proceda sem oportunidade para o contraditório.

Melhor será, assim, uniformizar a disciplina do controle concentrado de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal.

9. Condição de procedibilidade.

O uso da ação de controle direto de constitucionalidade deve ser reservado para os casos nos quais exista dúvida fundada sobre a conformidade do ato normativo com a Constituição.

Se uma lei, ou outro ato normativo federal ou estadual, tem sua constitucionalidade contestada na via do controle difuso, mas as decisões a esse respeito são uniformes, não haverá razão plausível para a manifestação do Supremo Tribunal Federal, que somente será provocado, se for o caso, mediante o recurso extraordinário.

Ocorrendo, porém, decisões divergentes de Tribunais em torno da constitucionalidade do ato normativo, aí sim, tornar-se-á necessária a manifestação, desde logo, da Corte Maior, para o fim de evitar possíveis lesões à isonomia, com o trânsito em julgado de decisões discrepantes.

Assim, é importante introduzir na Constituição dispositivo instituindo uma condição de procedibilidade na ação de controle.

10. Proposta de disciplina constitucional do controle de constitucionalidade.

Tendo em vista as razões expostas nos itens precedentes, e ignorando as alterações introduzidas em dispositivos dos arts. 102 e 103, da CF, pela Emenda n. 3, de 17-3-93, sugerimos que a alínea "a", do inc. I, do art. 102, o *caput* do art. 103, e seus §§ 1º e 3º, passem a ter a seguinte redação:

Art. 102 ...

I ...

a) a ação direta de controle de constitucionalidade de lei ou outro ato normativo federal ou estadual;

Art. 103. Podem propor a ação de controle de constitucionalidade:

...

...

§ 1º. O Procurador-geral da República será previamente ouvido nas ações de que se trata este artigo.

§ 2º ...

§ 3º. Nas ações de que trata este artigo:

I - o autor pode pedir declaração de constitucionalidade, ou de inconstitucionalidade;

II - qualquer dos órgãos ou pessoas legitimados para propor está igualmente legitimado para oferecer contestação;

III - a decisão, liminar ou definitiva, produz efeitos gerais contra todos, a partir de sua publicação, e não prejudica o questionamento, em casos concretos, relativamente ao período anterior.

IV - constitui condição de procedibilidade a existência de manifestações divergentes de órgãos do Poder Judiciário a respeito do ato normativo questionado.