

Considerações sobre o papel do Procurador-Geral da República no controle abstrato de normas sob a Constituição de 1967/69: proposta de releitura

GILMAR FERREIRA MENDES

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. O caráter dúplice ou ambivalente da representação de inconstitucionalidade. 3. Conclusão.

1. Introdução

Em 1970, o MDB, único partido da oposição representado no Congresso Nacional, solicitou ao Procurador-Geral da República a instauração do controle abstrato de normas contra o decreto-lei que legitimava a censura prévia de livros, jornais e periódicos. Este negou-se a submeter a questão ao Supremo Tribunal Federal, uma vez que, na sua opinião, não estava constitucionalmente obrigado a fazê-lo.

A propósito, devem-se registrar as razões expendidas pelo então Procurador-Geral da República, Ministro Xavier de Albuquerque, em defesa de sua decisão:

“Ora, sendo a representação do Procurador-Geral o ato que transforma em função dinâmica o poder estático de jurisdição do Supremo Tribunal, e sendo a competência, como ninguém discute, uma parcela ou medida desse poder, é curial não se poder falar em usurpação ou frustração de competência antes que haja representação. A reclamação é, pois, um *non sense*.”

Dir-se-á que essa evidência lógica e jurídica transformará o Procurador-Geral em árbitro da instauração da única forma de controle abstrato de constitucionalidade das leis, conhecida em nosso direito. Ele o é, de fato, mas não porque não caiba a reclamação. Se o Procurador-Geral

Notas ao final do texto.

Gilmar Ferreira Mendes é Procurador da República. Subchefe para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República. Professor Adjunto da Universidade de Brasília - UnB. Mestre em Direito pela Universidade de Brasília - UnB. Doutor em Direito pela Universidade de Münster - República Federal da Alemanha - RFA.

estivesse obrigado a representar ao Supremo Tribunal sempre que o provocasse qualquer interessado (prescindindo, neste momento, de examinar o interesse do reclamante, reservando-me para fazê-lo se e quando necessário), a sua negativa ofenderia direito subjetivo do interessado e essa ofensa encontraria nos meios processuais próprios o instrumento adequado à devida correção. Nunca o seria, porém, a reclamação regimental destinada a preservar a integridade da competência do Supremo Tribunal, porque essa forma de avocatória pressupõe, em primeiro lugar, causa posta em juízo (*ubi, non est actio...*) e, em segundo lugar, o conhecimento dela por autoridade judiciária diversa e incompetente.

O primeiro pressuposto resulta de quando articulei linhas atrás e está confortado pela orientação da Suprema Corte. Quanto ao segundo, comprova-o a própria justificativa, de autoria do saudoso Ministro Ribeiro da Costa, da emenda regimental que consagrou a reclamação no âmbito do Supremo Tribunal Federal, como instrumento apto ao exercício da “faculdade cometida aos órgãos do Poder Judiciário para, em processo especial, corrigir excessos, abusos e irregularidades derivados de atos de autoridades judiciárias ou de serventuários que lhe sejam subordinados” (Transcrição recolhida no voto do eminente Ministro Pedro Chaves na Rcl 624, *RTJ* 35/103, 106).

No julgamento de que retirei esse excerto, o eminente Ministro Pedro Chaves não conhecia da reclamação por entender que não cabia o remédio, em qualquer caso, contra ato de autoridade que não fosse judiciária. Ponderou então, apoiando-se em parte, precisamente naquela que aqui tem pertinência, o eminente Ministro Victor Nunes:

“Nosso Regimento deu à reclamação dois objetivos: além de resguardar nossa competência, garante a execução dos nossos julgados (art. 2º do capítulo V-A).

De pouco valeria resguardar nossa competência, pela reclamação, se ela também não fosse um meio eficaz de fazer cumprir nossas decisões.

Ora, no primeiro caso, quando se tratar do resguardo, digamos, da nossa competência cognitiva, parece-me que o eminente Ministro Relator tem toda

razão. A possível violação dessa competência parte de autoridade judiciária, porque juízes ou tribunais é que podem pretender, de má ou de boa-fé, usurpar a competência jurisdicional do Supremo Tribunal” (*RTJ* 35/107-8).

Não pode ser conhecida, portanto, a representação. Se pudesse sê-lo, porém, seria manifestamente improcedente”¹.

Em seguida, concluiu o eminente Procurador-Geral da República, *verbis*:

“Neste ponto, em que abordo a segunda das questões de início referidas e que constitui o mérito da reclamação, começo por examinar os argumentos de que se vale o reclamante para chegar à conclusão da obrigatoriedade da representação ao Supremo Tribunal, sempre que o Procurador-Geral seja provocado por qualquer interessado.

“O primeiro deles é um argumento bifronte, servindo – na intenção do reclamante – tanto para justificar o cabimento, quanto para demonstrar a procedência da reclamação: o de que ‘ninguém pode se sobrepor à função jurisdicional do eg. Supremo Tribunal Federal, frustrando a instância constitucional, para decidir, sozinho e de forma irrecorrível, uma relevante questão constitucional’. E está complementado por dois argumentos ancilares: 1º, nem mesmo os órgãos que integram o Supremo Tribunal podem atuar, por delegação, no exercício da competência deferida pela Carta Política à sua composição plena, tanto que as Turmas julgadoras abstêm-se de fazê-lo e submetem ao Plenário o julgamento de qualquer relevante argüição incidental da inconstitucionalidade; 2º, na opinião do eminente Ministro Themístocles Cavalcanti, o Procurador-Geral da República apenas opina quando não concorda com o pedido que lhe dirige qualquer interessado, mas não pode subtrair ao conhecimento do Tribunal a apreciação da representação, porque quem a julga é o Tribunal e não o Procurador.

“Esse argumento padece do vício lógico-jurídico que já salientei nas considerações preliminares, porque considera o fato da usurpação da competência antes de que da própria compe-

tência se possa falar. Não reclama, pois, em si mesmo, mais ampla contestação.

“Quanto aos adinículos que o coadjuvam, ao primeiro observo que não é por não poderem ‘usurpar’ a competência do Tribunal Pleno que as Turmas lhe remetem o julgamento das questões constitucionais, mas por não poderem julgá-las elas próprias em virtude de que sua estrutura não alcança a maioria absoluta dos membros do Tribunal e não permite, em consequência, a observância da regra contida no atual art. 116 da Constituição. Não é essa, como se sabe, uma regra de competência, mas de eficácia do julgado. De resto, o raciocínio descuidado que se contém nesse argumento levaria ao extremo de se considerarem inválidos os milhares de julgados das Turmas do Supremo Tribunal Federal, proferidas durante muitos anos sobre matéria da competência deste, em obediência à repartição regimental dos encargos globais da Corte e no plano do conceito que a doutrina designou como de competência interna, antes de que o Ato Institucional nº 2 sufragasse a divisão do Tribunal em Turmas e a incorporasse ao nosso direito constitucional legislado.

“Ao segundo adinículo, que se resolve na respeitável opinião pessoal, isolada, do eminente Ministro Themístocles Cavalcanti, digo, com as mais respeitadas vênias, que não só incide no mesmo vício lógico antes apontado, como também não procede e, tal qual demonstrarei, não corresponde ao entendimento predominante nesse eg. Supremo Tribunal Federal.

“Um segundo argumento do reclamante cifra-se em que, no caso, por mais respeitáveis que fossem as razões do meu convencimento contrário ao seu pedido, cumpria-me ‘encaminhar’ a representação ao Supremo Tribunal, mesmo porque, como leciona Buzaid, nesse tipo de ação o Procurador-Geral da República opera como *substituto processual propugna é precisamente mas por interesse alheio*.

Não me ocorre o dever de demonstrar, que V. Excía. e o eg. Tribunal o sabem de sobejo que o fenômeno da substituição processual nada tem que ver com

a obrigatoriedade da ação propugnada pelo reclamante. Mas não posso deixar de observar que o reclamante chegou sozinho, e arbitrariamente, às conclusões que pretendeu retirar do ensinamento doutrinário(...)

“Um exame superficial pode levar a crer que o Procurador, havendo representação da parte interessada, deva sempre e necessariamente argüir a inconstitucionalidade. Mas essa interpretação não se compadece com a natureza de sua função. O Procurador-Geral da República só deve argüir a inconstitucionalidade, quando disso estiver convencido. Sua missão não é a de mero veículo de representação.

“Recebendo a manifestação do interessado, o Procurador-Geral da República a estudará, apreciando se tem ou não procedência. Convencendo-se de que o ato argüido é inconstitucional, proporá a ação; em caso contrário, determinará o arquivamento” (BUZOID, Alfredo. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*, p. 109-110)².

O Supremo Tribunal Federal rejeitou a reclamação proposta com o argumento de que apenas o Procurador-Geral poderia decidir *se e quando* deveria ser oferecida representação para a aferição da constitucionalidade de lei³. Esse entendimento foi reiterado pelo Tribunal em diversos arestos⁴.

Poucas questões suscitaram tantas e tão intensas discussões quanto à da eventual discricionariedade do Procurador-Geral da República para oferecer ou não a representação de inconstitucionalidade ao Supremo Tribunal Federal.

Autores de renome, como Pontes de Miranda (*Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969*. 2. ed. Revista dos Tribunais, v. 4, p. 44), Josaphat Marinho (Inconstitucionalidade de lei – representação ao STF, *RD*, n. 12, p. 150), Caio Mário da Silva Pereira (voto proferido no Conselho Federal da OAB, *Arquivos*, n. 118, p. 25), Themístocles Cavalcanti (Arquivamento de representação por inconstitucionalidade da lei, *RD*, n. 16, p. 169) e Aducto Lúcio Cardoso (voto na Recl. 849, *RTJ*, n. 50, p. 347-8), manifestaram-se pela obrigatoriedade de o Procurador-Geral da República submeter a

questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal, ressaltando-se, univocamente, a impossibilidade de se alçar o chefe do Ministério Público à posição de juiz último da constitucionalidade das leis⁵.

Outros, não menos ilustres, como Celso Agrícola Barbi (Evolução do controle de constitucionalidade das leis no Brasil, *RDP*, n. 4, p. 40), José Carlos Barbosa Moreira (As partes na ação declaratória de inconstitucionalidade, *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado da Guanabara*, n. 13, p. 67), José Luiz de Anhaia Mello (*Os princípios constitucionais e sua proteção*, São Paulo, 1966, p. 24), Sérgio Ferraz (Contencioso constitucional, comentário a acórdão, *Revista de Direito*, n. 20, p. 218) e Raimundo Faoro (voto no Conselho Federal da OAB, *Arquivos*, n. 118, p. 47), reconheceram a faculdade do exercício da ação pelo Procurador-Geral da República.

Alguns juristas procuraram deslocar a controvérsia para o plano legal, tendo Arnoldo Wald propugnado por fórmula que emprestava a seguinte redação ao art. 2º da Lei nº 4.337, de 1964:

“Art. 2º Se o conhecimento da inconstitucionalidade resultar de representação que lhe seja dirigida por qualquer interessado, o Procurador-Geral da República terá o prazo de trinta dias, a contar do recebimento da representação, para apresentar a argüição perante o Supremo Tribunal Federal.

§ 1º Se a representação for oriunda de pessoa jurídica de direito público, não poderá o Procurador-Geral deixar de encaminhá-la, sob pena de responsabilidade.

§ 2º Se a representação for oriunda de pessoa física ou de pessoa jurídica de direito privado, o Procurador-Geral deverá, no prazo de trinta dias, encaminhá-la com parecer ao Supremo Tribunal Federal ou arquivá-la. No caso de arquivamento, caberá reclamação ao plenário do Supremo Tribunal Federal, que deverá conhecer da mesma se a representação tiver fundamentação jurídica válida, avocando, em tal hipótese, o processo para julgamento na forma da presente lei”⁶.

Enquanto importantes vozes na doutrina reconheceram o direito de o Procurador-Geral submeter ou não a questão ao Supremo Tribunal Federal, consoante a sua própria avaliação e discricionariedade, uma vez que somente ele

dispunha de competência constitucional para propor essa ação⁷, sustentavam outros a opinião de que estaria obrigado a oferecer a argüição ao Supremo Tribunal Federal se houvesse pelo menos sérias dúvidas sobre a constitucionalidade da lei⁸.

Uma posição intermediária foi sustentada por Celso Bastos, segundo a qual o Procurador-Geral da República não poderia negar-se a formular a representação se o requerimento lhe fosse encaminhado por algum órgão público, uma vez que, nesse caso, não se poderia ter dúvida quanto ao interesse público na aferição da constitucionalidade da lei ou do ato normativo⁹.

2. O caráter dúplice ou ambivalente da representação de inconstitucionalidade

Deve-se registrar que, a despeito do esforço despendido, o incidente não contribuiu – infelizmente, ressalte-se – para que a doutrina constitucional brasileira precisasse a natureza jurídica do instituto.

Não restou assente sequer a distinção necessária e adequada entre o controle abstrato de normas (representação de inconstitucionalidade) e a representação interventiva. Alguns doutrinadores chegaram mesmo a recomendar a alteração da Lei nº 4.337, de 1964, que disciplina a representação interventiva, para que se explicitasse a obrigatoriedade da propositura da ação pelo Procurador-Geral, desde que isso lhe fosse requerido por determinados entes.

Não se percebeu, igualmente, que, tal como concebida, a chamada representação de inconstitucionalidade tinha, em verdade, *caráter dúplice* ou *natureza ambivalente*, permitindo ao Procurador-Geral submeter a questão constitucional ao Supremo Tribunal quando estivesse convencido da inconstitucionalidade da norma ou, mesmo quando convencido da higidez da situação jurídica, surgissem controvérsias relevantes sobre sua legitimidade.

A Emenda nº 16, de 26 de novembro de 1965, instituiu, ao lado da representação interventiva, e nos mesmos moldes, o controle abstrato de normas estaduais e federais. A reforma realizada, fruto dos estudos desenvolvidos na Comissão composta por Orozimbo Nonato, Prado Kelly (Relator), Dario de Almeida Magalhães, Frederico Marques e Colombo de Souza, visava imprimir novos rumos à estrutura do Poder Judiciário. Parte das mudanças recomendadas

já havia sido introduzida pelo Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965. A Exposição de Motivos encaminhada pelo Ministro da Justiça, Dr. Juracy Magalhães, ao Presidente da República, ressalta que “a atenção dos reformadores tem-se detido enfaticamente na sobrecarga imposta ao Supremo Tribunal e ao Tribunal de Recursos”. Não obstante, o próprio Supremo Tribunal Federal houve por bem sugerir a adoção de dois novos institutos de legitimidade constitucional, tal como descrito na referida Exposição de Motivos:

“a) uma representação de inconstitucionalidade de lei federal, em tese, de exclusiva iniciativa do Procurador-Geral da República, à semelhança do que existe para o direito estadual (art. 8º, parágrafo único, da Constituição Federal);

b) uma prejudicial de inconstitucionalidade, a ser suscitada, exclusivamente, pelo próprio Supremo Tribunal Federal ou pelo Procurador-Geral da República, em qualquer processo em curso perante outro juízo.

A representação, limitada em sua iniciativa, tem o mérito de facultar desde logo a definição da ‘controvérsia constitucional sobre leis novas, com economia para as partes, formando precedente que orientará o julgamento dos processos congêneres’. Afeição-se, no rito, às representações de que cuida o citado preceito constitucional para forçar o cumprimento, pelos Estados, dos princípios que integram a lista do inciso VII do art. 7º. De algum modo, a inovação, estendendo a vigilância às ‘leis federais em tese’, completa o sistema de pronto resguardo da lei básica, se ameaçada em seus mandamentos”¹⁰.

Nos termos do Projeto de Emenda à Constituição, o art. 101, I, *k*, passava a ter a seguinte redação:

“k) a representação de inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República”.

O parecer aprovado pela Comissão Mista, da lavra do Deputado Tarso Dutra, referiu-se, especificamente, ao novo instituto de controle de constitucionalidade:

“A letra *k*, propondo a representação

a cargo da Procuradoria-Geral da República, contra a inconstitucionalidade em tese da lei, constitui uma ampliação da faculdade consignada no parágrafo único do art. 8º, para tornar igualmente vulneráveis as leis federais por essa medida. Ao anotar-se a conveniência da modificação alvitrada na espécie, que assegurará, com a rapidez dos julgamentos sumários, uma maior inspeção jurisdicional da constitucionalidade das leis, não será inútil configurar o impróprio de uma redação, que devia conferir à representação a idéia nítida de oposição à inconstitucionalidade e o impreciso de uma referência a atos de natureza normativa de que o nosso sistema de poderes indelegáveis (art. 36, §§ 1º e 2º) conhece apenas uma exceção no § 2º do art. 123 da Constituição”¹¹.

A imprecisão da fórmula adotada na Emenda nº 16 – *representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral* – não consegue esconder o propósito inequívoco do legislador constituinte, que era o de permitir, “desde logo, a definição da controvérsia constitucional sobre leis novas”.

Não se pretendia, pois, que o Procurador-Geral instaurasse o processo de controle abstrato com o propósito exclusivo de ver declarada a inconstitucionalidade da lei, até porque ele poderia não tomar parte na controvérsia constitucional ou, se dela participasse, estar entre aqueles que consideravam válida a lei.

Não se fazia mister, portanto, que o Procurador-Geral estivesse convencido da inconstitucionalidade da norma. Era suficiente o requisito objetivo relativo à existência de *controvérsia constitucional*. Daí ter o constituinte utilizado a fórmula equívoca – *representação contra a inconstitucionalidade da lei, encaminhada pelo Procurador-Geral da República* – que explicitava, pelo menos, que a dúvida ou a eventual convicção sobre a inconstitucionalidade não precisava ser por ele perflhada.

Se correta essa orientação, parece legítimo admitir que o Procurador-Geral da República tanto poderia instaurar o controle abstrato de normas, com o objetivo precípuo de ver decla-

rada a inconstitucionalidade da lei ou ato normativo (*ação declaratória de inconstitucionalidade ou representação de inconstitucionalidade*), como poderia postular, expressa ou tacitamente, a declaração de constitucionalidade da norma questionada (*ação declaratória de constitucionalidade*).

A cláusula sofreu pequena alteração na Constituição de 1967 e de 1967/69 (*representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual* – CF 1967, art. 115, I, I; CF 1967/69, art. 119, I, I).

O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, na versão de 1970¹², consagrou expressamente essa idéia:

“Art. 174.....

§ 1º Provocado por autoridade ou por terceiro para exercitar a iniciativa prevista neste artigo, o Procurador-Geral, entendendo improcedente a fundamentação da súplica, poderá encaminhá-la com parecer contrário”.

Essa disposição, que, como visto, consolidava tradição já velha no Tribunal, permitia ao titular da ação encaminhar a postulação que lhe fora dirigida por terceiros, manifestando-se, porém, em sentido contrário.

Não é preciso maior esforço de argumentação para demonstrar que, do ponto de vista dogmático, nada mais fez o Regimento Interno do que positivar, no plano processual, a orientação que balizara a instituição da representação de inconstitucionalidade (controle abstrato) entre nós.

Ela destinava-se não apenas a eliminar a lei declarada inconstitucional da ordem jurídica (*pedido de declaração de inconstitucionalidade*), mas também a elidir controvérsias que se instaurassem sobre a legitimidade de determinada norma (*pedido de declaração de constitucionalidade*).

Assim, se o Procurador-Geral encaminhava súplica ou representação de autoridade ou de terceiro, com parecer contrário, estava simplesmente a postular uma declaração (*positiva*) de constitucionalidade. O pedido de representação, formulado por terceiro e encaminhado ao Supremo, materializava, apenas, a existência da *controvérsia constitucional*, apta a fundamentar uma *necessidade pública de controle*.

Essa cláusula foi alterada em 1980,

passando o Regimento Interno a conter as seguintes disposições:

“Art. 169. O Procurador-Geral da República poderá submeter ao Tribunal, mediante representação, o exame de lei ou ato normativo federal ou estadual, para que seja declarada a sua inconstitucionalidade.

§ 1º Proposta a representação, não se admitirá desistência, ainda que afinal o Procurador-Geral se manifeste pela sua improcedência”.

Parece legítimo supor que essa modificação não alterou, substancialmente, a idéia básica que norteava a aplicação desse instituto. Se o titular da iniciativa manifestava-se, afinal, pela constitucionalidade da norma impugnada, é porque estava a defender a declaração de constitucionalidade.

Na prática, continuou o Procurador-Geral a oferecer *representações de inconstitucionalidade*, ressaltando a relevância da questão e opinando, muitas vezes, em favor da constitucionalidade da norma.

A falta de maior desenvolvimento doutrinário e a própria balbúrdia conceitual instaurada em torno da *representação interventiva*¹³ – confusão essa que contaminou os estudos do novo instituto – não permitiram que essas idéias fossem formuladas com a necessária clareza.

A própria disposição regimental é equívoca, pois, se interpretada literalmente, reduziria o papel do titular da iniciativa, o Procurador-Geral da República, a de um *despachante autorizado*, que poderia encaminhar os pleitos que lhe fossem dirigidos, ainda que com parecer contrário.

Entendida a *representação de inconstitucionalidade* como instituto de *conteúdo dúplice* ou de *caráter ambivalente*, mediante o qual o Procurador-Geral da República tanto poderia postular a declaração de inconstitucionalidade da norma, como defender a declaração de sua constitucionalidade, afigurar-se-ia legítimo sustentar, com maior ênfase e razoabilidade, a tese relativa à obrigatoriedade de o Procurador-Geral submeter a questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal, quando isto lhe fosse solicitado.

A controvérsia instaurada em torno da recusa do Procurador-Geral da República de encaminhar ao Supremo Tribunal Federal representação de inconstitucionalidade contra o Decreto-Lei nº 1.077, de 1970, que instituiu

a censura prévia sobre livros e periódicos¹⁴, não serviu – infelizmente – para realçar esse *outro lado* da representação de inconstitucionalidade¹⁵.

De qualquer sorte, todos aqueles que sustentaram obrigatoriedade de o Procurador-Geral da República submeter a representação ao Supremo Tribunal Federal, ainda quando estivesse convencido da constitucionalidade da norma¹⁶, somente podem ter partido da idéia de que, nesse caso, o Chefe do Ministério Público deveria, necessária e inevitavelmente, formular uma ação declaratória – positiva – de constitucionalidade.

Na Representação 1.092, relativa à constitucionalidade do instituto da reclamação, contido no Regimento Interno do antigo Tribunal Federal de Recursos, viu-se o Procurador-Geral da República, que instaurou o processo de controle abstrato de normas e se manifestou, no mérito, pela improcedência do pedido, na contingência de ter de opor embargos infringentes da decisão proferida, que julgava procedente a ação proposta, declarando inconstitucional a norma impugnada¹⁷.

O Supremo Tribunal Federal considerou admissíveis os embargos pelos fundamentos contidos no voto do eminente Relator, Ministro Néri da Silveira:

“Se os embargos constituem um recurso e este é meio de provocar, na mesma ou na superior instância, a reforma ou a modificação de uma sentença desfavorável, seria, em princípio, de entender que, procedente a ação, ao autor não caberia opor-se ao resultado, que pleiteou vestibularmente. Porque não sucumbente, não estaria legitimado a recorrer.

Sucedo, porém, que, na ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, por sua natureza, enquanto instrumento especial de controle jurisdicional de constitucionalidade, não é, desde logo, de invocar os princípios regentes da teoria do processo civil, senão na medida em que os consagrou o Regimento do STF, onde se regula a representação de competência originária e exclusiva desta Corte (Constituição, art. 119, I, letra *l*). Assim, já se tornou assente o descabimento da assistência no processo de representação para a declaração de inconstitucionalidade de

lei ou ato normativo federal ou estadual ou para interpretação de lei (Representações nº 1.161-5-GO, 1.155-1-DF e 972-DF). Por igual, não se afirma impedimento de membro da Corte para o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade ou de interpretação de lei ou ato normativo federal (Sessão de 13-9-1983). Ao Procurador-Geral da República, a quem a Constituição reserva, com exclusividade, aforar a ação, não se lhe reconhece, todavia, a faculdade de desistir da representação. Instrumento por via do qual se exerce função política do Judiciário, no controle dos atos dos outros Poderes, e dele próprio, o procedimento de ação direta se reveste de especialidade com sua destinação. O julgamento, na representação, refere-se à lei ou ato normativo, em tese, e a decisão que os tem como inconstitucionais encerra, em si mesma, o efeito de excluir-lhes a eficácia, *erga omnes*, dispensada, assim, qualquer posterior manifestação do Senado Federal, para suspender a execução da lei ou ato normativo, tidos como inválidos, a teor do art. 42, VII, da Constituição. De outra parte, está no parágrafo único do art. 169 do Regimento Interno do STF, que o Procurador-Geral da República, inobstante autor da ação direta, pode, em sua manifestação final, pedir a improcedência da representação, tal como na espécie aconteceu (fls. 141/151). Pontes de Miranda, de referência à posição do Chefe do Ministério Público federal, diante da norma do art. 119, I, letra ‘l’, da Constituição, observa: ‘A legitimidade ativa, que tem o Procurador-Geral da República, estende-se à oposição de embargos de nulidade ou infringentes do julgado ou dos embargos declaratórios. É órgão da União: não só a representa, apresenta-a, como órgão que é’ (in: *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969*, Tomo IV, 2a. ed., p. 44). Em face da especialidade do processo da ação direta de inconstitucionalidade, compreendo que o Procurador-Geral pode, inobstante julgada procedente a representação, notadamente, se pedir em sua manifestação final a improcedência da demanda constitucional, interpor embargos infringentes ao acórdão do STF¹⁸.

Ora, ao admitir o cabimento dos embargos infringentes, opostos pelo Procurador-Geral da República contra decisão que acolheu representação de inconstitucionalidade de sua própria iniciativa, o Supremo Tribunal Federal contribuiu para realçar esse *caráter ambivalente* da representação de inconstitucionalidade, reconhecendo implicitamente, pelo menos, que ao titular da ação era legítimo tanto postular a declaração de inconstitucionalidade da lei, se disso estivesse convencido, como pedir a declaração de sua constitucionalidade, se, não obstante convencido de sua constitucionalidade, houvesse dúvidas ou controvérsias sobre sua legitimidade que reclamassem um pronunciamento definitivo do Supremo Tribunal Federal.

É verdade que a Corte restringiu significativamente essa orientação no acórdão de 8 de setembro de 1988 (Rp nº 1.349, Relator: Ministro Aldir Passarinho, *RTJ* 129, p. 41 s.). O Procurador-Geral da República encaminhou ao Tribunal petição formulada por grupo de parlamentares que sustentava a inconstitucionalidade de determinadas disposições da Lei de Informática (Lei nº 7.232, de 29 de outubro de 1984). O Tribunal considerou inepta a representação, entendendo que, como a Constituição previa uma ação de inconstitucionalidade, não poderia o titular da ação demonstrar, de maneira insofismável, que perseguia outros desideratos¹⁹.

Embora o Supremo Tribunal Federal tenha considerado inadmissível representação na qual o Procurador-Geral da República afirma, de plano, a constitucionalidade da norma²⁰, é certo que essa orientação, calcada numa interpretação literal do texto constitucional, não parece condizente, tal como demonstrado, com a natureza do instituto e com a sua práxis desde a sua adoção pela Emenda nº 16, de 1965.

Todavia, a Corte continuou a admitir as representações e, mesmo após o advento da Constituição de 1988, as ações diretas de inconstitucionalidade nas quais o Procurador-Geral limitava-se a ressaltar a relevância da questão constitucional, pronunciando-se, afinal, pela sua improcedência²¹.

Em substância, era indiferente, tal como percebido por Victor Nunes Leal, que o Procurador-Geral sustentasse, desde logo, a constitucionalidade da norma, ou que encaminhasse o pedido para, posteriormente, manifestar-se pela sua improcedência.

Essa análise demonstra claramente que, a

despeito da utilização do termo *representação de inconstitucionalidade*, o controle abstrato de normas foi concebido e desenvolvido como processo de *natureza dúplice ou ambivalente*.

Se o Procurador-Geral estivesse convencido da inconstitucionalidade, poderia provocar o Supremo Tribunal Federal para a declaração de inconstitucionalidade. Se, ao revés, estivesse convicto da legitimidade da norma, então poderia instaurar o controle abstrato com finalidade de ver confirmada a orientação questionada.

3. Conclusão

Ressalte-se, pois, que a idéia subjacente à fórmula regimental imperfeita (RISTF, art. 169) – concepção que já havia presidido a própria elaboração da Emenda Constitucional nº 16 – era a de que o Procurador-Geral da República poderia instaurar o controle abstrato de normas quando surgissem *controvérsias constitucionais*.

Ser-lhe-ia legítimo, pois, tanto pedir a declaração de inconstitucionalidade, como advogar a pronúncia de uma declaração de constitucionalidade. A *controvérsia constitucional ou a dúvida fundada sobre a constitucionalidade* da norma representava, assim, um *pressuposto processual implícito do controle abstrato de normas – objetivo*, porém – que legitimava a instauração do controle abstrato de normas, seja com o escopo de ver declarada a inconstitucionalidade da norma, seja com o propósito de ver afirmada a sua constitucionalidade.

Daí ter o saudoso Victor Nunes Leal observado em palestra proferida na Conferência Nacional da OAB de 1978 (Curitiba) que, “em caso de representação com parecer contrário, o que se tem, na realidade, sendo privativa a iniciativa do Procurador-Geral, é uma representação de constitucionalidade”²².

A propósito, acrescentou, ainda, o notável jurisconsulto:

“Relembro, aliás, que o ilustre Professor Haroldo Valladão, quando Procurador-Geral da República²³, sugeriu ao signatário (não sei se chegou a registrá-lo por escrito) a conveniência de deixar expressa no Regimento a representação destinada a afirmar a constitucionalidade, para solver dúvidas, ainda que não houvesse pedido formal de

terceiros no sentido da inconstitucionalidade²⁴⁷.

A identificação da natureza dúplice do instituto retiraria um dos fortes argumentos do Procurador-Geral, que se referia à sua condição de titular da ação para fazer atuar a jurisdição constitucional com o escopo de ver declarada a inconstitucionalidade da norma. A possibilidade de pedir a declaração de constitucionalidade deitaria por terra essa assertiva, convertendo o pretense *direito* de propor a ação de inconstitucionalidade num *poder-dever* de submeter a questão constitucional relevante ao Supremo, seja sob a forma de representação de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade.

A existência de controvérsia constitucional relevante configurava a objetivação a necessidade de o Procurador-Geral da República submeter a arguição ao Supremo Tribunal, ainda quando estivesse convencido sobre a sua improcedência. Em outros termos, configurada controvérsia constitucional relevante, não poderia o Procurador-Geral da República furtar-se ao dever de submetê-la ao Supremo Tribunal Federal, ainda que se manifestando pela improcedência do requerimento (pedido de declaração de constitucionalidade).

Portanto, uma análise mais detida da natureza do instituto da representação de inconstitucionalidade permite reforçar a censura ao entendimento dominante na doutrina e na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, propiciando-se, assim, uma nova leitura – ainda que apenas com valor de crítica histórica – da orientação sustentada pela Procuradoria-Geral da República e avalizada pelo Supremo Tribunal Federal.

Bibliografia

- BARBI, Celso A. Evolução do controle de constitucionalidade das leis no Brasil. *Revista de Direito Público*, n. 4, p. 40, 1968.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo, 1982.
- BUZAID, Alfredo. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo, 1958.
- CAVALCANTI, Themístocles. *Do controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro, 1966.
- LEAL, Victor Nunes. Representação de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal : um aspecto inexplorado. *Revista de Direito Público*, n. 53/54, p. 25, jan./ jun. 1980.
- MARINHO, Josaphat. Inconstitucionalidade de lei : representação ao STF. *Revista de Direito Público*, n. 12, p. 150-152.
- MELLO, J. L. de Anhaia. *Os princípios constitucionais e sua proteção*. São Paulo, 1966.
- MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969*. Rio de Janeiro, 1987. v. 4.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. As partes na ação declaratória de inconstitucionalidade. *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado da Guanabara*, n. 13, p. 67-80, 1964.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. Voto. *Arquivos do Ministério da Justiça*, n. 118, p. 25.
- WALD, Arnoldo. Voto. *Arquivos do Ministério da Justiça*, n. 118, p. 46-7.

Notas

¹ Transcrito em: Reclamação nº 849. Relator : Ministro Adalício Nogueira. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, n. 59, p. 336.

² *Revista Trimestral de Jurisprudência*, n. 59, p. 336-337. Evidentemente, o texto de Buzaid referia-se à representação interventiva, na qual o Procurador-Geral da República, como teve oportunidade de demonstrar alhures (*Controle de Constitucionalidade*. São Paulo, 1990. p. 22.) atuava como representante judicial da União (e não como substituto processual, como pretendeu Buzaid!). A propósito, registre-se observação que fiz sobre o tema, *verbis*:

“Entre nós, a questão relativa à natureza do processo de controle de normas se colocou logo no julgamento das primeiras representações, ainda que de forma tópica, não-sistemática. Nas Rp. 95 e 96, de 1947, esboçou-se controvérsia quanto à possibilidade de o Supremo Tribunal apreciar a arguição de inconstitucionalidade, não obstante o pronunciamento do Procurador-Geral da República pela improcedência do pedido. E a Excelsa Corte, por maioria, firmou, inicialmente, orientação no sentido afirmativo, entendendo bastante o encaminhamento do pedido pelo órgão constitucionalmente legitimado.

“Assentou-se, igualmente, que o fundamento da inconstitucionalidade, atribuído pelo Procurador-Geral da República, não se afigurava relevante para a resolução do Tribunal. ‘O que importa – dizia o Ministro Hahnemann Guimarães – é que seja apresentado ao Tribunal fato que possa caracterizar a arguição de inconstitucionalidade’, não sendo necessário que ‘o Sr. Dr. Procurador-Geral da República haja dado uma classificação à argüida inconstitucionalidade’.

“No tocante à possibilidade de desistência, o Tribunal considerou-a inicialmente, cabível. Na Rp. 466-GB, colocou-se novamente a indagação, tendo

o relator, Ministro Ari Franco, asseverado que 'ao Ministério Público não é lícito, em regra, a desistência do que pleiteia'. Esse entendimento foi incorporado ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, que consagra, desde 1970, vedação expressa à desistência da representação.

"O desenvolvimento da ação direta de controle de constitucionalidade demonstra que jurisprudência e doutrina não lograram diferenciar, de imediato, a representação interventiva do controle abstrato de normas. Como ressaltado, o eminente Professor Themístocles Cavalcanti, Procurador-Geral da República do governo democrático que sucedeu à ditadura Vargas, considerava que o chefe do Ministério Público deveria submeter a arguição de inconstitucionalidade ao Supremo Tribunal, ainda quando a tivesse por descabida. Reputava-se suficiente, pois, a presença de um interesse jurídico para encaminhar o tema ao Supremo Tribunal Federal. E, não raro, essa postura colhia referendo na Excelsa Corte, como se depreende de voto proferido pelo Ministro Goulart de Oliveira, na Rp. 96, no qual se afirmou, expressamente, que:

"Se não fosse lícita a solicitação estranha, só ao Procurador-Geral ficaria a iniciativa que o impugnante exige não provocada... Só ele podia ver inconstitucionalidade nesses textos.

E só ele seria juiz... naqueles que entendesse constitucionais...

A sua atribuição nesta emergência é dupla: quando veicula a Representação, submete ao Tribunal, na técnica da Constituição, e quando opina como dever de 'ofício'. Não há confundir as duas funções".

Converter-se-ia, assim, a representação interventiva, destinada à defesa de princípios basilares da ordem federativa e de índole nitidamente contraditória, em um processo objetivo, na qual o Procurador-Geral da República veiculava, tão-somente, o interesse público na decisão da questão constitucional.

Também no tocante à natureza e à eficácia da decisão, parecia dominar o sentimento de que, diferentemente da pronúncia no caso concreto, a declaração de inconstitucionalidade resolvia-se 'por uma fórmula legislativa ou quase legislativa, que vem a ser não-vigência, virtualmente decretada, de uma dada lei'. Convém reiterar, a propósito, a lição de Castro Nunes:

"Atribuição nova, que o Supremo Tribunal é chamado a exercer pela primeira vez e cuja eficácia está confiada, pela Constituição, em primeira mão, ao patriotismo do próprio legislador estadual no cumprir, de pronto, a decisão e, se necessário, ao Congresso Nacional, na compreensão esclarecida da sua função coordenada com a do Tribunal, não será inútil o exame desses aspectos, visando delimitar a extensão, a executoriedade e a conclusividade do julgado.

"Na declaração em espécie, o Judiciário arreda a lei, decide o caso por inaplicação dela, e executa, ele mesmo, o seu aresto.

"Trata-se, aqui, porém, de inconstitucionalidade em tese, e nisso consiste a inovação desconhecida entre nós na prática judicial, porquanto até então não permitida pela Constituição.

Em tais casos a inconstitucionalidade declarada não se resolve na inaplicação da lei ao caso ou no julgamento do direito questionado por abstração do texto legal comprometido; resolve-se por uma fórmula legislativa ou quase legislativa que vem a ser a não-vigência, virtualmente decretada, de uma dada lei (...).

"Na declaração em tese, a suspensão redundava na ab-rogação da lei ou na derrogação dos dispositivos alcançados, não cabendo ao órgão legiferante censurado senão a atribuição meramente formal de modificá-la ou regê-la, segundo as diretivas do pré-julgado; é uma inconstitucionalidade declarada *erga omnes*, e não somente entre as partes; a lei não foi arredada apenas em concreto; foi cessada para todos os efeitos".

Evidentemente, a declaração de inconstitucionalidade proferida na representação interventiva não era dotada dessa eficácia genérica. Tanto é assim que, mesmo sob o regime constitucional de 1946, previa-se a suspensão de execução do ato argüido de inconstitucionalidade, se essa medida se afigurasse suficiente para o restabelecimento da normalidade no Estado (CF de 1946, art. 13).

Essa assimilação entre instrumentos jurídicos diversos se identifica, igualmente, no clássico estudo de Buzaid, que qualificou a posição do Procurador-Geral da República, na ação direta, para fins de intervenção, como substituto processual, representando "toda a coletividade empenhada em expurgar a ordem jurídica de atos políticos, manifestamente inconstitucionais e capazes de pôr em risco a estrutura do Estado".

³ Op. cit., nota 1.

⁴ Reclamação nº 121. Relator : Ministro Djaci Falcão. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, n. 100, p. 955; Reclamação nº 128. Relator : Ministro Cordeiro Guerra. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, n. 98, p. 3; Reclamação nº 152, Relator : Ministro Djaci Falcão. *Diário da Justiça*, p. 6.292. 11 maio, 1983.

⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo, 1982. p. 68. Cf., no mesmo sentido, voto do Min. Goulart de Oliveira. Rp. 96, de 3-10-1947, *AJ*, n. 85, p. 100-1.

⁶ WALD, Arnoldo. Voto. *Arquivos do Ministério da Justiça*, n. 118, p. 46.

⁷ BARBI, Celso A. Evolução do controle de

constitucionalidade das leis no Brasil. *Revista de Direito Público*, n. 4, p. 40, 1968; MELLO, J. L. de Anhaia. *Os Princípios constitucionais e sua proteção*. São Paulo, 1966. p. 24.

⁸ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda nº 1, de 1969*. Rio de Janeiro, 1987. v. 4, p. 44; MARINHO, Josaphat. Inconstitucionalidade de lei : representação ao STF, *Revista de Direito Público*, n. 12, p. 50; PEREIRA, Caio Mário da Silva. Voto. *Arquivos do Ministério da Justiça*, n. 118, p. 25; CAVALCANTI, Themístocles. *Do controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro : Forense, 1966; CARDOSO, Adaucto Lúcio. Voto Vencido. Reclamação nº 849. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, n. 59, p. 347-8; Cf., também, Embargos na Rp nº 1092. Relator : Djaci Falcão. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, n. 117, p. 921, 951-952.

⁹ BASTOS, op. cit. p. 74-75.

¹⁰ Brasil. Constituição (1946). *Emendas. Emendas à Constituição de 1946, nº 16* : reforma do Poder Judiciário. Brasília : Câmara dos Deputados, 1968. p. 24.

¹¹ *Ibidem*, p. 67.

¹² *Diário da Justiça*, p. 3971, 4 set. 1970.

¹³ BUZAID, op. cit. p. 107; MOREIRA, José Carlos Barbosa. As partes na ação declaratória de inconstitucionalidade. *Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado da Guanabara*, n. 13, p. 67, 75-76, 1964; CAVALCANTI, op. cit., p. 115.

¹⁴ Op. cit. p. 333, nota 1.

¹⁵ Sobre o assunto, registros da discussão travada no Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, em março de 1971: *Arquivos do Ministério da Justiça*, n. 118, p. 23, 1971.

¹⁶ MARINHO, op. cit.; PEREIRA, op. cit.; CAVALCANTI, op. cit.; CARDOSO, op. cit.; BASTOS, op. cit. p. 69.

¹⁷ Embargos na Representação nº 1092. Relator : Ministro Néri da Silveira. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, n. 117, p. 921.

¹⁸ Op. cit. p. 921, 944-945.

¹⁹ Rp nº 1349. Relator: Ministro Aldir Passarinho. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, n. 129, p. 41.

²⁰ Representação nº 1349. Relator : Ministro Aldir Passarinho. *Revista Trimestral de Jurisprudência*, n. 129, p. 41. O Tribunal considerou inepta a representação, entendendo que, como a Constituição previa uma ação de inconstitucionalidade, não poderia o titular da ação demonstrar, de maneira insofismável, que perseguia outros desideratos.

²¹ Cf., dentre outras, ADIn nº 716-5. Relator : Ministro Marco Aurélio. *Diário da Justiça*, p. 5606, 29 abr. 1992.

²² LEAL, Victor Nunes. Representação de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal : um aspecto inexplorado. *Revista de Direito Público*, n. 53/54, p. 25 e 33, jan./jun. 1980.

²³ O Professor Haroldo Valladão exerceu o cargo de Procurador-Geral da República no período de 19-4-1967 a 13-11-1967.

²⁴ LEAL, op. cit.

