



**Gilmar Ferreira Mendes**

Ministro do Supremo Tribunal Federal. Professor de Direito Constitucional nos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Ex-Advogado-Geral da União e ex-Procurador da República.

**DIREITOS FUNDAMENTAIS  
E CONTROLE DE  
CONSTITUCIONALIDADE**

**ESTUDOS DE DIREITO CONSTITUCIONAL**

**3ª edição, revista e ampliada  
2004**



inconstitucional, esse fato não autoriza, por si só, a declaração de inconstitucionalidade da parte restante<sup>53</sup>. Tal orientação foi exposta de forma magistral por Lúcio Bittencourt, na sua obra clássica sobre o controle de constitucionalidade, *in verbis*:

“Quando, portanto, uma parte da lei é inconstitucional, esse fato não autoriza os tribunais a declarar também ineficaz a parte restante — *that fact does not authorize the courts to declare the remainder void also* — a menos que todas as prescrições sejam conexas, dependentes uma de outra, atuando juntas para o mesmo fim, ou de tal modo associadas no seu sentido, que se dava legitimamente presumir que a legislatura não adotaria uma desacompanhada de outra — *the legislature would not have passed one without the other*. Ainda que as prescrições inconstitucionais se encontrem *num mesmo artigo* em que se achem outras consideradas compatíveis com a Constituição, a regra pode prevalecer, julgando-se estas últimas plenamente eficazes, desde que possam permanecer por si próprias, separadas e distintas, sem que se considerem afetadas pela ineficácia das outras. O problema não consiste em saber se os preceitos se encontram no mesmo artigo, uma vez que a distribuição da matéria legislativa entre estes é meramente arbitrária; a questão se resume, apenas, em julgar do grau de dependência entre as prescrições e em decidir — como diz Cooley — se estas são, essencial e inseparavelmente, conexas em substância — *essentially and inseparably connected in substance*”<sup>54</sup>.

49. Destarte, manifestamo-nos, s.m.j., pela arguição de inconstitucionalidade da parte final do inciso II do art. 1º (“observados os seguintes critérios”), bem como das suas alíneas *a, b, c, d e e*, da Lei n. 7.508/86. E, tendo em vista a urgência da matéria, opinamos no sentido de que se requiera a dispensa das informações, nos termos do art. 170, § 3º, do RISTF.

53. Cf. nesse sentido, Rp. 940, Relator: Ministro Moreira Alves, RTJ, n. 92, p. 1.022-1.023. V. também: BITTENCOURT, Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense: 1968, p. 126-127.

54. BITTENCOURT, *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense: 1968, cit., p. 126-127.

## CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

### 1. A evolução do Direito Constitucional brasileiro e o controle de constitucionalidade da lei<sup>1</sup>

#### 1.1. Considerações preliminares: a Constituição Imperial

A Constituição de 1824 não contemplava qualquer sistema assemelhado aos modelos hodiernos de controle de constitucionalidade. A influência francesa ensejou que se outorgasse ao Poder Legislativo a atribuição de “fazer leis, interpretá-las, suspendê-las e revogá-las”, bem como “velar na guarda da Constituição” (art. 15, n. 8º e 9º).

Nessa linha de raciocínio, o insigne Pimenta Bueno lecionava, com segurança, que o conteúdo da lei somente poderia ser definido pelo órgão legiferante:

“Só o poder que faz a lei é o único competente para declarar por via de autoridade ou por disposição geral obrigatória o pensamento, o preceito dela. Só ele e exclusivamente ele é quem tem o direito de interpretar o seu próprio ato, suas próprias vistas, sua vontade e seus fins. Nenhum outro poder tem o direito de interpretar por igual modo, já porque nenhuma lei lhe deu essa faculdade, já porque seria absurda a que lhe desse.

Primeiramente é visível que nenhum outro poder é o depositário real da vontade e inteligência do legislador. Pela necessidade de aplicar a lei deve o executor ou juiz, e por estudo pode o juriconsulto formar sua opinião a respeito da inteligência dela, mas querer que essa opinião seja infalível e obrigatória, que seja regra geral, seria dizer que possuía a faculdade de adivinhar qual a vontade e o pensamento do legislador, que não podia errar, que era o possuidor dessa mesma inteligência e vontade; e isso seria certamente irrisório.

Depois disso é também óbvio que o poder a quem fosse dada ou usurpasse uma tal faculdade predominaria desde logo sobre o legislador, inutili-

1. Estudo publicado na revista *Advocacia Dinâmica — Seleções Jurídicas*, p. 15-27, jun. 1995, e na *Revista de Informação Legislativa*, a. 32, n. 126, p. 87-102, abr./jun. 1995.

zaria ou alteraria como quisesse as atribuições deste ou disposições da lei, e seria o verdadeiro legislador. Basta refletir por um pouco para reconhecer esta verdade, e ver que interpretar a lei por disposição obrigatória, ou por via de autoridade, é não só fazer a lei, mas é ainda mais que isso, porque é predominar sobre ela”<sup>2</sup>.

Era a consagração de dogma da soberania do Parlamento.

Por outro lado, a instituição do Poder Moderador assegurava ao Chefe de Estado o elevado mister de velar para “a manutenção da independência, equilíbrio e harmonia dos demais poderes” (art. 98). “É a faculdade (...) — dizia Pimenta Bueno — de fazer com que cada um deles se conserve em sua órbita, e concorra harmoniosamente como outros para o fim social, o bem-estar nacional: é quem mantém seu equilíbrio, impede seus abusos, conserva-os na direção de sua alta missão (...)”<sup>3</sup>.

Não havia lugar, pois, nesse sistema, para o mais incipiente modelo de controle judicial de constitucionalidade<sup>4</sup>.

## 1.2. O controle de constitucionalidade na Constituição de 1891

O regime republicano inaugura uma nova concepção. A influência do Direito norte-americano sobre personalidades marcantes, como a de Rui Barbosa, parece ter sido decisiva para a consolidação do modelo difuso, consagrado já na chamada Constituição Provisória de 1890 (art. 58, § 1º, *a e b*).

O Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890, estabeleceu, no seu art. 3º, que, na guarda e aplicação da Constituição e das leis nacionais, a magistratura federal só intervirá em espécie e por provocação da parte. “Esse dispositivo (...) — afirma Agrícola Barbi — consagra o sistema de controle por via de exceção, ao determinar que a intervenção da magistratura só se fizesse em espécie e por provocação de parte”<sup>5</sup>. Estabelecia-se, assim, o

2. BUENO, José Antonio Pimenta, *Direito público brasileiro e análise da Constituição do Império*, Brasília: Senado Federal, 1978, p. 69.

3. BUENO, *Direito público brasileiro*, cit., p. 203.

4. Cf., a propósito, BITTENCOURT, Carlos Alberto Lúcio, *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1968, p. 27-28; BARBI, Celso Agrícola, *Evolução do controle de constitucionalidade das leis no Brasil*, RDP, I (4):36; MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de, *Teoria das Constituições rígidas*, 2. ed., São Paulo: Bushatsky, 1980, p. 155.

5. BARBI, *Evolução*, cit., p. 37; MELLO, *Teoria* cit., p. 156.

juízo incidental da inconstitucionalidade, mediante provocação dos litigantes. E tal qual prescrito na Constituição Provisória, o art. 9º, parágrafo único, *a e b*, do Decreto n. 848, de 1890, assentava o controle de constitucionalidade das leis estaduais ou federais.

A Constituição de 1891 incorporou essas disposições, reconhecendo a competência do Supremo Tribunal Federal para rever as sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, quando se questionasse a validade ou a aplicação de tratados e leis federais e a decisão do Tribunal fosse contra ela, ou quando se contestasse a validade de leis ou atos federais, em face da Constituição ou das leis federais, e a decisão do Tribunal considerasse válidos esses atos ou leis impugnadas (art. 59, § 1º, *a e b*).

Não obstante a clareza dos preceitos, imperou alguma perplexidade diante da inovação. E o gênio de Rui destacou, com peculiar proficiência, a amplitude do instituto adotado pelo regime republicano, como se vê na seguinte passagem de seu magnífico trabalho elaborado em 1893:

“O único lance da Constituição americana, onde se estriba ilativamente o juízo, que lhe atribui essa intenção, é o do art. III, seq. 2ª, cujo teor reza assim: ‘O poder judiciário estender-se-á a todas as causas, de direito e equidade, que nasceram desta Constituição, ou das leis dos Estados Unidos’.

Não se diz aí que os tribunais sentenciarão sobre a validade, ou invalidade, das leis. Apenas se estatui que conhecerão das causas regidas pela Constituição, como conformes ou contrárias a ela.

Muito mais concludente é a Constituição brasileira. Nela não só se prescreve que: ‘Compete aos juízes ou tribunais federais processar e julgar as causas, em que alguma das partes fundar a ação, ou a defesa, em disposição da Constituição Federal’ (art. 60, *a*); como, ainda, que: ‘Das sentenças das justiças dos Estados em última instância haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal, quando se questionar sobre a validade de tratados e leis federais, e a decisão do tribunal do Estado for contrária (art. 59, § 1º, *a*)’.

A redação é claríssima. Nela se reconhece não só a competência das justiças da União, como a das justiças dos Estados, para conhecer da legitimidade das leis perante a Constituição. Somente se estabelece, a favor das leis federais, a garantia de que, sendo contrária à subsistência delas a decisão do tribunal do Estado, o feito pode passar, por via de recurso, para o Supremo Tribunal Federal. Este ou revogará a sentença, por não procederem as razões de nulidade, ou a confirmará pelo motivo oposto. Mas, numa ou noutra hipótese, o princípio fundamental é a autoridade reconhecida

expressamente no texto constitucional, a todos os tribunais, federais, ou locais, de discutir a constitucionalidade das leis da União, e aplicá-las, ou desapplicá-las, segundo esse critério.

É o que se dá, por efeito do espírito do sistema, nos Estados Unidos, onde a letra constitucional, diversamente do que ocorre entre nós, é muda a este propósito”<sup>6</sup>.

A Lei de n. 221, de 20 de novembro de 1894, veio a explicitar, ainda mais, o sistema judicial de controle de constitucionalidade, consagrando no art. 13, § 10, a seguinte cláusula:

“Os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição”.

Não havia mais dúvida quanto ao poder outorgado aos órgãos jurisdicionais para exercer o controle de constitucionalidade. A reforma constitucional de 1926 procedeu a algumas alterações, sem modificar, no entanto, a substância.

Consolidava-se, assim, o amplo sistema de controle difuso de constitucionalidade do Direito brasileiro. Convém observar que era inequívoca a consciência de que o controle de constitucionalidade não se havia de fazer *in abstracto*. “Os tribunais — dizia Rui — não intervêm na elaboração da lei, nem na sua aplicação geral. Não são órgãos consultivos nem para o legislador, nem para a administração (...)”<sup>7</sup>. E, sintetizava, ressaltando que a *judicial review* “é um poder de hermenêutica, e não um poder de legislação”<sup>8</sup>.

### 1.3. A Constituição de 1934 e o controle de constitucionalidade

A Constituição de 1934 introduziu profundas e significativas alterações no nosso sistema de controle de constitucionalidade. A par de manter, no art. 76, III, *b e c*, as disposições contidas na Constituição de 1891, o constituinte determinou que a declaração de inconstitucionalidade somente poderia ser realizada pela maioria da totalidade de membros dos tribunais.

6. BARBOSA, Rui, Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo, in: *Trabalhos jurídicos*, Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1962, p. 54-55.

7. BARBOSA, *Os atos inconstitucionais*, cit., p. 83.

8. BARBOSA, *Os atos inconstitucionais*, cit., p. 83.

Evitava-se a insegurança jurídica decorrente das contínuas flutuações de entendimento nos tribunais (art. 179)<sup>9</sup>.

Por outro lado, a Constituição consagrava a competência do Senado Federal para “suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário”, emprestando efeito *erga omnes* à decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (arts. 91, IV, e 96)<sup>10</sup>.

Talvez a mais fecunda e inovadora alteração introduzida pelo Texto Magno de 1934 se refira à “declaração de inconstitucionalidade para evitar a intervenção federal”, tal como a denominou Bandeira de Mello<sup>11</sup>, isto é, a representação interventiva, confiada ao Procurador-Geral da República, nas hipóteses de ofensa aos princípios consagrados no art. 7º, I, *a a h*, da Constituição. Cuidava-se de fórmula peculiar de composição judicial dos conflitos federativos, que condicionava a eficácia da lei interventiva, de iniciativa do Senado (art. 41, § 3º), à declaração de sua constitucionalidade pelo Supremo Tribunal (art. 12, § 2º). Assinale-se, por oportuno, que, na Assembléia Constituinte, o Deputado Pereira Lyra apresentou emenda destinada a substituir, no art. 12, § 2º, a expressão “tomar conhecimento da lei que a decretar e lhe declarar a constitucionalidade” por “tomar conhecimento da lei local argüida de infringente desta Constituição e lhe declarar a inconstitucionalidade”<sup>12</sup>.

9. MANGABEIRA, João, *Em torno da Constituição*, São Paulo: Nacional, 1934, p. 115-7; MELLO, *Teoria*, cit., p. 159-165. Cumpre notar que o anteprojeto continha, no art. 57, a seguinte regra: “Não se poderá argüir de inconstitucional uma lei federal aplicada sem reclamação por mais de cinco anos. O Supremo Tribunal não poderá declarar a inconstitucionalidade de uma lei federal, senão quando nesse sentido votarem pelo menos dois terços de seus ministros. Só o Supremo Tribunal poderá declarar definitivamente a inconstitucionalidade de uma lei federal ou ato do Presidente da República. Sempre que qualquer Tribunal não aplicar uma lei federal ou anular um ato do Presidente da República, por inconstitucionais, recorrerá *ex officio*, e com efeito suspensivo, para o Supremo Tribunal. Julgado inconstitucional qualquer lei ou ato do Poder Executivo, caberá a todas as pessoas, que se acharem nas mesmas condições do litigante vitorioso, o remédio judiciário instituído para a garantia de todo direito certo e incontestável”. Tal disposição acabaria por consolidar, entre nós, um modelo concentrado de controle de constitucionalidade. Não prevaleceu, todavia, essa orientação, predominando o entendimento que assegura o poder de *inaplicar* a lei tanto ao juiz singular quanto aos tribunais. Anote-se, ademais, que a cláusula inicial importava na *constitucionalização* dos preceitos aplicados há mais de cinco anos.

10. MELLO, *Teoria*, cit., p. 170; ARAÚJO CASTRO, *A nova Constituição brasileira*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1935, p. 246-247.

11. MELLO, *Teoria*, cit., p. 170.

12. ARAÚJO CASTRO, *A nova Constituição brasileira*, cit., p. 107-108.

Esse controle judicial configurava, segundo Pedro Calmon, um sucedâneo do direito de veto, atribuindo-se à Suprema Corte o poder de declarar a constitucionalidade da lei de intervenção e afirmar, *ipso facto*, a inconstitucionalidade da lei ou ato estadual<sup>13</sup>. Advirta-se, porém, que não se tratava de formulação de um juízo político, exclusivo do Poder Legislativo, mas de exame puramente jurídico<sup>14</sup>.

Não obstante a breve vigência do Texto Magno, ceifado pelas vicissitudes políticas que marcaram aquele momento histórico, não se pode olvidar o transcendental significado desse sistema para todo o desenvolvimento do controle de constitucionalidade mediante ação direta no Direito brasileiro<sup>15</sup>.

Não se deve omitir, ainda, que a Constituição de 1934 continha expressa ressalva à judicialização das questões políticas, dispondo o art. 68 que “é vedado ao Poder Judiciário conhecer das questões exclusivamente políticas”.

Manifesta-se digna de menção a competência atribuída ao Senado Federal para “examinar, em confronto com as respectivas leis, os regulamentos expedidos pelo Poder Executivo, e suspender a execução dos dispositivos ilegais” (art. 91, II). Em escólio ao art. 91, II, da Constituição de 1934, Pontes de Miranda destacava que “tal atribuição outorgava ao Senado Federal um pouco função de Alta Corte Constitucional (...)”<sup>16</sup>. A disposição não foi incorporada, todavia, pelas Constituições que sucederam ao Texto Magno de 1934.

Finalmente, afigura-se relevante observar que, na Constituinte de 1934, foi apresentado projeto de instituição de uma Corte Constitucional, inspira-

13. CALMON, Pedro, *Intervenção federal*: o art. 12 da Constituição de 1934, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1936, p. 109.

14. PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil*, Rio de Janeiro: Ed. Guanabara, 1938, t. 1, p. 364.

15. POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto, *Controle da constitucionalidade das leis*, Rio de Janeiro: Forense, 1985, p. 93. Afigura-se relevante observar que, na Constituinte de 1934, foi apresentada proposta de instituição de um Tribunal especial, dotado de competência para apreciar questões constitucionais suscitadas no curso dos processos ordinários, bem como para julgar pedido de arguição de inconstitucionalidade formulado por “qualquer pessoa de direito público ou privado, individual ou coletivamente, ainda mesmo quando não tenha interesse direto (...)”. O projeto de autoria do Deputado Nilo Alvarenga criava uma Corte Constitucional, inspirada na proposta de Kelsen, e confiava a sua provocação a qualquer sujeito de direito (cf. ALENCAR, Ana Valerez Ayres Neves de, A competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais, in: *Revista de Informação Legislativa*, 15(57):237-45).

16. PONTES DE MIRANDA, *Comentários*, cit., p. 770.

da no modelo austríaco. Na fundamentação da proposta referia-se diretamente ao *Referat* de Kelsen sobre a essência e o desenvolvimento da jurisdição constitucional (*Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*)<sup>17</sup>.

#### 1.4. O controle de constitucionalidade na Constituição de 1937

A Carta de 1937 traduz um inequívoco retrocesso no sistema de controle de constitucionalidade. Embora não tenha introduzido qualquer modificação no modelo difuso de controle (art. 101, III, *b e c*), preservando-se, inclusive, a exigência de *quorum* especial para a declaração de inconstitucionalidade (art. 96), o constituinte rompeu com a tradição jurídica brasileira, consagrando, no art. 96, parágrafo único, princípio segundo o qual, 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, poderia o Chefe do Executivo submetê-la novamente ao Parlamento. Confirmada a validade da lei por 2/3 de votos em cada uma das Câmaras tornava-se insubsistente a decisão do Tribunal.

Instituíam-se, assim, uma peculiar modalidade de revisão constitucional, pois, como observado por Celso Bastos, a lei confirmada passa a ter, na verdade, a força de uma emenda à Constituição<sup>18</sup>.

É bem verdade que o novo instituto não colheu manifestações unânimes de repulsa. Cândido Motta Filho, por exemplo, saudava a inovação, ressaltando que:

“A subordinação do julgado sobre a inconstitucionalidade da lei à deliberação do Parlamento coloca o problema da elaboração democrática da vida legislativa em seus verdadeiros termos, impedindo, em nosso meio, a continuação de um preceito artificioso, sem realidade histórica para nós e que, hoje, os próprios americanos, por muitos de seus representantes doutíssimos, reconhecem despido de caráter de universalidade e só explicável em países que não possuem o sentido orgânico do direito administrativo. Leone, em sua Teoria de la política, mostra com surpreendente clareza,

17. Projeto do Deputado Nilo Alvarenga, de 20-12-1933, in: *Anaes da Assembléia Constituinte*, Rio de Janeiro, 1935, p. 33-35.

18. BASTOS, Celso Ribeiro, *Curso de direito constitucional*, 5. ed., São Paulo: Saraiva, 1982, p. 63; cf. CAMPOS, Francisco Luiz da Silva, Diretrizes constitucionais do novo Estado brasileiro, *RF*, v. 73, p. 246-9.

como a tendência para controlar a constitucionalidade das leis é um campo aberto para a política, porque a Constituição, em si mesma, é uma lei *sui generis*, de feição nitidamente política, que distribui poderes e competências fundamentais”<sup>19</sup>.

No mesmo sentido, pronunciaram-se Francisco Campos<sup>20</sup>, Alfredo Buzaid<sup>21</sup> e Genésio de Almeida Moura<sup>22</sup>.

Impende assinalar que, do ponto de vista doutrinário, a inovação parecia despida de significado, uma vez que, como assinalou Castro Nunes, “podendo ser emendada a Constituição pelo voto da maioria nas duas casas do Parlamento (art. 174), estaria ao alcance deste elidir, por emenda constitucional, votada como qualquer lei ordinária, a controvérsia sobre a lei que se houvesse por indispensável”<sup>23</sup>. Mas, em verdade, buscava-se, a um só tempo, ‘validar a lei e cassar os julgados’”<sup>24</sup>.

Todavia, quando em 1939 o Presidente Getúlio Vargas editou o Decreto-Lei n. 1.564, confirmando textos de lei declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, a reação nos meios judiciários foi intensa<sup>25</sup>. Considerou Lúcio Bittencourt que as críticas ao ato presidencial não tinham procedência, porque, no seu entendimento, o Presidente nada mais fizera do que “cumprir, como era de seu dever, o prescrito no art. 96 da Carta Constitucional”<sup>26</sup>. Concede, porém, o insigne publicista que a celeuma suscitada nas oportunidades em que atos judiciais foram desautorizados, entre nós, “está a demonstrar como se encontra arraigado em nosso pensamento jurídico o princípio que confere à declaração judicial caráter incontestável, em relação ao caso concreto”<sup>27</sup>.

19. MOTTA FILHO, Cândido, A evolução do controle da constitucionalidade das leis no Brasil, *RF*, v. 86, p. 277.

20. CAMPOS, *Diretrizes constitucionais do novo Estado brasileiro*, cit., p. 246 e s.

21. BUZAID, Alfredo, *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 1958, p. 32.

22. MOURA, Genésio de Almeida, Inconstitucionalidade das leis, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, n. 37, p. 161.

23. NUNES, José de Castro, *Teoria e prática do Poder Judiciário*, Rio de Janeiro: Forense, 1943, p. 593, nota 25.

24. NUNES, *Teoria e prática do Poder Judiciário*, cit., p. 593, nota 25.

25. BITTENCOURT, *O controle jurisdicional*, cit., p. 139-40.

26. BITTENCOURT, *O controle jurisdicional*, cit., p. 139.

27. BITTENCOURT, *O controle jurisdicional*, cit., p. 139-140.

Por outro lado, cumpre notar que a Carta de 1937 vedou, expressamente, ao Judiciário conhecer das questões exclusivamente políticas (art. 94), e o mandado de segurança perdeu a qualidade de garantia constitucional, passando a ser disciplinado pela legislação ordinária. E o Código de Processo Civil, de 1939, excluiu da apreciação judicial, na via mandamental, os atos do Presidente da República, dos ministros de Estado, dos governadores e interventores dos Estados (art. 319).

## 1.5. A Constituição de 1946 e o sistema de controle de constitucionalidade

O Texto Magno de 1946 restaura a tradição do controle judicial no Direito brasileiro. A par da competência de julgar os recursos ordinários (art. 101, II, *a, b e c*), disciplinou-se a apreciação dos recursos extraordinários: “a) quando a decisão for contrária a dispositivo desta Constituição ou à letra de tratado ou lei federal; b) quando se questionar sobre a validade de lei federal em face desta Constituição, e a decisão recorrida negar aplicação à lei impugnada; e c) quando se contestar a validade de lei ou ato de governo local em face desta Constituição ou de lei federal, e a decisão recorrida julgar válida a lei ou o ato”. Preservou-se a exigência da maioria absoluta dos membros do Tribunal para a eficácia da decisão declaratória de inconstitucionalidade (art. 200). Manteve-se, também, a atribuição do Senado Federal para *suspender* a *execução* da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal (art. 64).

### 1.5.1. A representação interventiva

A Constituição de 1946 emprestou nova conformação à ação direta de inconstitucionalidade, introduzida, inicialmente, no Texto Magno de 1934. Atribuiu-se ao Procurador-Geral da República a titularidade da representação de inconstitucionalidade, para os efeitos de intervenção federal, nos casos de violação dos seguintes princípios: a) forma republicana representativa; b) independência e harmonia entre os Poderes; c) temporariedade das funções eletivas, limitada a duração destas à das funções federais correspondentes; d) proibição da reeleição de governadores e prefeitos para o período imediato; e) autonomia municipal; f) prestação de contas da Administração; g) garantias do Poder Judiciário (art. 8º, parágrafo único, *c/c* o art. 7º, VII).

A intervenção federal subordinava-se, nesse caso, à declaração de inconstitucionalidade do ato pelo Supremo Tribunal Federal (art. 8º, parágrafo único).

Deve-se ressaltar que, embora o constituinte tenha outorgado a titularidade da ação direta ao Procurador-Geral da República, a disciplina da chamada representação interventiva configurava, já na Constituição de 1934, peculiar modalidade de composição de conflito entre a União e o Estado. Cuidava-se de aferir eventual violação de deveres constitucionalmente impostos ao ente federado. E o poder atribuído ao Procurador-Geral da República, que, na Constituição de 1946, exercia a função de chefe do Ministério Público Federal — a quem competia a defesa dos interesses da União (art. 126) —, deve ser considerado, assim, simples representação processual<sup>28</sup>.

A argüição de inconstitucionalidade direta teve ampla utilização no regime constitucional instituído em 1946. A primeira ação direta, formulada pelo Procurador-Geral da República, na qual se argüia a inconstitucionalidade de disposições de índole parlamentarista contidas na Constituição do Ceará, tomou o n. 93<sup>29</sup>. A denominação emprestada ao novo instituto — representação — segundo esclarece Themístocles Cavalcanti, deveu-se a uma escolha entre a reclamação e a representação, “processos conhecidos pelo Supremo Tribunal Federal”<sup>30</sup>. A análise do sentido de cada um teria conduzido à escolha do termo *representação*, “já porque tinha de se originar de uma representação feita ao Procurador-Geral, já porque a função deste era o seu encaminhamento ao Tribunal, com o seu parecer”<sup>31</sup>.

A ausência inicial de regras processuais permitiu que o Supremo Tribunal Federal desenvolvesse os mecanismos procedimentais que viriam a ser consolidados, posteriormente, pela legislação processual e pela práxis da Corte<sup>32</sup>. E, por isso, colocaram-se, de plano, questões relativas à forma da argüição e à sua própria caracterização processual. Questionava-se, igualmente, sobre a função do Procurador-Geral da República e sobre os limites constitucionais da argüição.

Na Representação n. 94, que argüia a inconstitucionalidade dos preceitos consagradores do regime parlamentarista na Constituição do Estado

28. MELLO, *Teoria*, cit., p. 192.

29. Rp. 93, de 16-7-1947, Relator: Ministro Annibal Freire, *AJ*, n. 85, p. 3; CAVALCANTI, Themístocles Brandão, *Do controle da constitucionalidade*, Rio de Janeiro: Forense, 1966, p. 110.

30. CAVALCANTI, *Do controle da constitucionalidade*, cit., p. 112.

31. CAVALCANTI, *Do controle da constitucionalidade*, cit., p. 112; cf., também, Rp. 94, de 17-7-1947, Relator: Ministro Castro Nunes, *AJ*, n. 85, p. 31.

32. CAVALCANTI, *Do controle da constitucionalidade*, cit., p. 111-112.

do Rio Grande do Sul, indagou-se sobre a necessidade de se formular requerimento ao Procurador-Geral. E esse entendimento foi acolhido, tendo o chefe do Ministério Público Federal solicitado “que a medida fosse provocada, o que foi feito através de pedido devidamente justificado”<sup>33</sup>.

Na opinião do insigne publicista, que exercia o cargo de Procurador-Geral da República, a argüição de inconstitucionalidade não poderia ser arquivada, mas, ao revés, deveria ser submetida ao Supremo Tribunal, ainda que com parecer contrário do Ministério Público<sup>34</sup>.

Essa orientação tornou-se ainda mais evidente na Representação n. 95 (Rel. Min. Orozimbo Nonato), na qual o Procurador-Geral da República se manifestou pela constitucionalidade do preceito impugnado, justificando, no entanto, a propositura da ação, pelas seguintes razões:

“Não tem esta Procuradoria Geral nenhuma dúvida em opinar a respeito, reafirmando conceitos já emitidos em outro parecer, no sentido de prestigiar o texto votado pelas Constituintes estaduais, cuja validade se presume, quando não colida com princípios fundamentais e expressos na Constituição Federal.

Esta colisão não se verifica, a meu ver, na hipótese, porquanto a norma impugnada nada mais fez do que concretizar o princípio da hierarquia dos poderes no chamamento ao exercício do Poder Executivo.

Na Constituição Federal, também é o Presidente da Câmara o imediato na substituição do Presidente e Vice-Presidente da República, e esta é uma tradição do nosso direito constitucional.

Pouco importa que o poder não esteja ainda constituído porque o mesmo princípio se aplica a todos os casos de vaga.

Subsiste, entretanto, a impugnação ao preceito invocado e basta esta controvérsia para que ‘o ato argüido de inconstitucionalidade’ seja submetido pelo Procurador-Geral da República ao exame do Supremo Tribunal Federal. E a dúvida é de tanto maior relevo quanto é o próprio Poder Executivo quem vacila na aplicação do texto constitucional, no momento em que se integra o Estado na plenitude de sua autonomia política.

Grave é a responsabilidade do Governo diante da contingência de pôr termo à intervenção no Estado, entregando o Poder Executivo, não ao seu detentor eleito pelo povo mas a um representante eventual eleito pela Assembléia.

33. CAVALCANTI, *Do controle da constitucionalidade*, cit., p. 110.

34. CAVALCANTI, *Do controle da constitucionalidade*, cit., p. 111.

Cumprido, por isso mesmo, o Procurador-Geral da República, um dever imposto não só pela alta consideração que merece o Aviso do Exm<sup>o</sup> Sr. Ministro da Justiça, mas ainda pelos altos propósitos que o inspiram trazendo questão de tanta relevância ao conhecimento deste E. Tribunal, esperando que este se pronuncie sobre a legitimidade do art. 2º do Ato das Disposições Transitórias da Constituição do Estado diante da Constituição Federal, bem como sobre a constitucionalidade da intervenção federal depois de promulgada a Constituição Federal.

Requer, por isso, a Vossa Excelência que distribuída a presente como reclamação, seja a mesma processada como de direito”<sup>35</sup>.

O Supremo Tribunal Federal ressaltou que não se tratava de simples consulta, mas de “exposição de um conflito de natureza constitucional, elementarmente constitucional, não ocultando a forma algo dubitativa das comunicações a ocorrência do tumulto (...)”<sup>36</sup>. E, concluiu, a final, pela constitucionalidade do art. 2º do Ato das Disposições Transitórias da Constituição de Pernambuco<sup>37</sup>.

Desde o início, firmou-se no Supremo Tribunal Federal a orientação de que se cuidava de uma controvérsia de índole constitucional. O Poder Judiciário não se limitava a opinar. A sua decisão configurava “um aresto, um acórdão”, que punha “fim à controvérsia como árbitro final do contencioso da inconstitucionalidade”<sup>38</sup>. A propósito, vale registrar a seguinte passagem do voto proferido por Castro Nunes, na Representação n. 94:

“Consiste a intervenção, nas hipóteses do n. VII, na suspensão, importa dizer, na decretação pelo Congresso da *não-vigência do ato legislativo*.

São duas atribuições distintas, de índole diversa, mas articuladas: a decisão do Supremo Tribunal situa-se no terreno jurídico; a do Congresso, no plano político, mas a título de *sanção* daquela.

Vem aqui, a propósito, esclarecer que, nos termos do assento constitucional e dos motivos de sua inspiração, o Supremo Tribunal não é provocado como órgão meramente consultivo, o que contrariaria à índole do Judi-

35. Rp. 95, de 30-7-1947, Relator: Ministro Orozimbo Nonato, *AJ*, n. 85, p. 55-56. Não obstante, convém assinalar que o Ministro Edgar Costa não conheceu da Representação, uma vez que esta tinha, “não apenas a aparência, mas incontestável caráter de consulta” (*AJ*, n. 85, p. 68-69).

36. Rp. 95, de 30-7-1947, Relator: Ministro Orozimbo Nonato, *AJ*, n. 85, p. 58.

37. Rp. 95, de 30-7-1947, Relator: Ministro Orozimbo Nonato, *AJ*, n. 85, p. 55-75.

38. Rp. 94, de 17-7-1947, Relator: Ministro Castro Nunes, *AJ*, n. 85, p. 33.

ciário; não se limita a opinar, *decide*, sua decisão é um aresto, um acórdão; põe fim à controvérsia como árbitro final do contencioso da inconstitucionalidade. É nessa função de árbitro supremo que ele intervém, se provocado, no conflito aberto entre a Constituição, que lhe cumpre resguardar, e a atuação deliberante do poder estadual.

Daí resulta que, declarada a inconstitucionalidade, a intervenção sancionadora é uma decorrência do julgado”<sup>39</sup>.

O Supremo Tribunal Federal exercia, pois, a função de “árbitro final do contencioso da inconstitucionalidade”. Não se tratava, porém, de afastar, simplesmente, a aplicação da lei inconstitucional. A pronúncia da inconstitucionalidade, nesse processo, tinha dimensão diferenciada, como se pode ler no magnífico voto 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.

Nos julgamentos em espécie, o Tribunal não anula nem suspende a lei, que subsiste, vige e continuará a ser aplicada até que, como, entre nós, estabelece a Constituição, o Senado exercite a atribuição do art. 64.

Na declaração em tese, a suspensão redundará 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,

39. *AJ*, n. 85, p. 33.

segundo as diretivas do prejulgado; 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”<sup>40</sup>.

Com essa colocação, o eminente jurista e magistrado logrou fixar princípios do próprio controle abstrato de normas, que viria a ser introduzido, entre nós, pela Emenda n. 16, de 1965.

Os limites constitucionais da ação direta também mereceram a precisa reflexão de Castro Nunes. Na Representação n. 94, enfatizou-se o caráter excepcional desse instrumento. “Outro aspecto, e condizente com a atitude mental do intérprete, em se tratando de intervenção — ensinava — é o relativo ao caráter excepcional dessa medida, pressuposta neste regime a autonomia constituinte, legislativa e administrativa dos Estados-membros, e, portanto, a preservação dessa autonomia ante o risco de ser elidida pelos Poderes da União”<sup>41</sup>. E Castro Nunes aduzia que a enumeração contida no art. 7º, VII, da Constituição de 1946 “é taxativa, é limitativa, é restritiva e não pode ser ampliada a outros casos pelo Supremo Tribunal Federal”<sup>42</sup>.

Na Representação n. 95, o tema voltou a ser apreciado, tendo pontificado, uma vez mais, o magistério de Castro Nunes:

“Devo dizer ao Tribunal que considero a atribuição hoje conferida ao Supremo Tribunal excepcionalíssima; só quando for possível entroncar o caso trazido ao nosso conhecimento a algum dos princípios enumerados no art. 7º, n. 7, será possível conhecer da arguição. Não basta ser levantada uma dúvida constitucional, não basta que exista uma controvérsia constitucional. Se não for possível entroncá-la com um dos princípios enumerados, penso que o Tribunal deverá abster-se de qualquer deliberação. Nesse sentido, aliás, foi o voto do eminente Sr. Ministro Hahnemann Guimarães, que salientou também esse aspecto, igualmente ressaltado pelo eminente Sr. Ministro Relator, em seu voto.

No caso de dúvida, ou quando duvidosa ou remota aquela articulação, o Tribunal não deverá conhecer da representação que poderia transformar em expediente de rotina ou meio de consulta do Governo em todos os casos em que lhe conviesse provocar uma manifestação do Supremo Tribunal. Aliás o caráter excepcional da atribuição decorre da sanção mesma, que é a intervenção”<sup>43</sup>.

40. Rp. 94, de 17-7-1947, *AJ*, n. 85, p. 33.

41. *AJ*, n. 85, p. 34.

42. Rp. 94, de 17-7-1947, *AJ*, n. 85, p. 34.

43. Relator: Ministro Orozimbo Nonato, *AJ*, n. 85, p. 70-1.

Assentaram-se, assim, as linhas fundamentais da representação interventiva. A Lei n. 2.271, de 22 de julho de 1954, determinou que se aplicasse à arguição de inconstitucionalidade o processo do mandado de segurança (art. 4º). A primeira fase continuou a ser processada, porém, na Procuradoria-Geral da República, tal como no período anterior ao advento da disciplina legal (art. 2º). “Era o Procurador-Geral — diz Themístocles Cavalcanti — quem recebia a representação da parte e, no prazo de 45 dias improrrogáveis, contados da comunicação da respectiva assinatura, ouvia, sobre as razões da impugnação do ato, os órgãos que o tivessem elaborado ou praticado”<sup>44</sup>. A Lei n. 4.337, de 1964, modificou o procedimento então adotado, determinando que, após a arguição, o relator ouvisse sobre as razões de impugnação do ato, no prazo de trinta dias, os órgãos que o tivessem elaborado ou expedido. Admitia-se, contudo, o julgamento imediato do feito, em caso de urgência e relevância do interesse de ordem pública, dando-se ciência da supressão do prazo às partes.

#### 1.5.2. A Emenda n. 16, de 1965, e o controle de constitucionalidade abstrato

A Emenda n. 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 a imprimir novos rumos à estrutura do Poder Judiciário. Parte das mudanças recomendadas já havia sido introduzida pelo Ato Institucional n. 2, de 27 de outubro de 1965. A Exposição de Motivos encaminhada pelo Ministro da Justiça, Dr. Juracy Magalhães, ao Presidente da República, ressaltava 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);

44. CAVALCANTI, *Do controle da constitucionalidade*, cit., p. 127.

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 a definição da ‘controvérsia constitucional sobre leis novas, com economia para as partes, formando precedente que orientará o julgamento dos processos congêneres’. Afeiçoa-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.

Já a prejudicial agora proposta, modalidade de advocatória, utilizável em qualquer causa, de qualquer instância, importaria em substituir aos juízos das mais diversas categorias a faculdade, que lhes pertence, no grau da sua jurisdição, de apreciar a conformidade de lei ou de ato com as cláusulas constitucionais. Ao ver da Comissão, advocatória só se explicaria para corrigir omissões de outros órgãos judiciários, se vigorasse entre nós, como vigora por exemplo na Itália, o privilégio de interpretação constitucional por uma Corte especializada, a ponto de se lhe remeter obrigatoriamente toda questão daquela natureza, levantada de ofício ou por uma das partes em qualquer processo, desde que o juiz ou tribunal não a repute manifestamente infundada.

Ao direito italiano pedimos, todavia, uma formulação mais singela e mais eficiente do que a do art. 64 da nossa Constituição, para tornar explícito, a partir da declaração de ilegitimidade, o efeito *erga omnes* de decisões definitivas do Supremo Tribunal, poupando ao Senado o dever correlato de suspensão da lei ou do decreto — expediente consentâneo com as teorias de direito público em 1934, quando ingressou em nossa legislação, mas presentemente suplantada pela formulação contida no art. 136 do estatuto de 1948: ‘Quando la Corte dichiara l’illegitimità costituzionale di una norma di legge o di atto avente forza di legge, la norma cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione’”<sup>45</sup>.

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”.

45. Brasil, *Constituição* (1946): Emendas. Emendas à Constituição de 1946, n. 16: Reforma do Poder Judiciário, Brasília, Câmara dos Deputados, 1968, p. 24.

E o art. 5º do Projeto acrescentava os seguintes parágrafos ao art. 101:

“§ 1º Incumbe ao Tribunal Pleno o julgamento das causas de competência originária (inciso I), das prejudiciais de inconstitucionalidade suscitadas pelas Turmas, dos recursos interpostos de decisões delas, se divergirem entre si na interpretação do direito federal, bem como dos recursos ordinários nos crimes políticos (inciso II, *c*) e das revisões criminais (inciso IV).

§ 2º Incumbe às Turmas o julgamento definitivo das matérias enumeradas nos incisos II, *a* e *b*, e III deste artigo.

§ 3º As disposições de lei ou ato de natureza normativa, consideradas inconstitucionais em decisão definitiva, perderão eficácia, a partir da declaração do Presidente do Supremo Tribunal Federal publicada no órgão oficial da União”.

E o art. 64 da Constituição passava a ter a seguinte redação:

“Art. 64. Incumbe ao Presidente do Senado Federal, perdida a eficácia de lei ou ato de natureza normativa (art. 101, § 3º), fazer publicar no Diário Oficial e na Coleção das leis, a conclusão do julgado que lhe for comunicado”.

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”<sup>46</sup>.

A proposta de alteração do disposto no art. 64 da Constituição, com a atribuição de eficácia *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal, foi rejeitada<sup>47</sup>. Consagrou-se, todavia, o modelo abstrato de controle de constitucionalidade.

46. Brasil, *Constituição* (1946), cit., p. 67.

47. Brasil, *Constituição* (1946), cit., p. 88-90.

A implantação do sistema de controle de constitucionalidade, com o objetivo precípuo de “preservar o ordenamento jurídico da intromissão de leis com ele inconcipientes”<sup>48</sup>, veio somar, aos mecanismos já existentes, um instrumento destinado a defender diretamente o sistema jurídico objetivo.

Finalmente não se deve olvidar que, no tocante ao controle de constitucionalidade da lei municipal, a Emenda n. 16 consagrou, no art. 124, XIII, regra que outorgava ao legislador a faculdade para “estabelecer processo de competência originária do Tribunal de Justiça, para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato do Município em conflito com a Constituição do Estado”.

### 1.6. O controle de constitucionalidade na Constituição de 1967/69

A Constituição de 1967 não trouxe grandes inovações no sistema de controle de constitucionalidade. Manteve-se incólume o controle difuso. A ação direta de inconstitucionalidade subsistiu, tal como prevista na Constituição de 1946, com a Emenda n. 16, de 1965.

A representação para fins de intervenção, confiada ao Procurador-Geral da República, foi ampliada, com o objetivo de assegurar não só a observância dos chamados princípios sensíveis (art. 10, VII), mas também de prover a execução de lei federal (art. 10, VI, 1ª parte). A competência para suspender o ato estadual foi transferida para o Presidente da República (art. 11, § 2º). Preservou-se o controle de constitucionalidade *in abstracto*, tal como estabelecido pela Emenda n. 16, de 1965 (art. 119, I, l).

A Constituição de 1967 não incorporou a disposição da Emenda n. 16, que permitia a criação do processo de competência originária dos Tribunais de Justiça dos Estados, para declaração de lei ou ato dos municípios que contrariassem as Constituições dos Estados. A Emenda n. 1, de 1969, previu, expressamente, o controle de constitucionalidade de lei municipal, em face da Constituição estadual, para fins de intervenção no município (art. 15, § 3º, d).

A Emenda n. 7, de 1977, introduziu, ao lado da representação de inconstitucionalidade, a representação para fins de interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual, outorgando ao Procurador-Geral da República a legitimidade para provocar o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal (art. 119, I, e). E, segundo a Exposição de Motivos apresentada

48. BASTOS, *Curso de direito constitucional*, cit., p. 65.

ao Congresso Nacional, esse instituto deveria evitar a proliferação de demandas, com a fixação imediata da correta exegese da lei<sup>49</sup>.

Finalmente, deve-se assentar que a Emenda n. 7, de 1977, pôs termo à controvérsia sobre a utilização de liminar em representação de inconstitucionalidade, reconhecendo, expressamente, a competência do Supremo Tribunal para deferir pedido de cautelar, formulado pelo Procurador-Geral da República (CF 1967/69, art. 119, I, p)<sup>50</sup>.

### 1.7. O controle de constitucionalidade na Constituição de 1988

Se a intensa discussão sobre o monopólio da ação por parte do Procurador-Geral da República não levou a uma mudança na jurisprudência consolidada sobre o assunto, é fácil de constatar que ela foi decisiva para a alteração introduzida pelo constituinte de 1988, com a significativa ampliação do direito de propositura da ação direta.

O constituinte assegurou o direito do Procurador-Geral da República de propor a ação de inconstitucionalidade. Este é, todavia, apenas um dentre os diversos órgãos ou entes legitimados a propor a ação direta de inconstitucionalidade.

Nos termos do art. 103 da Constituição de 1988 dispõem de legitimidade para propor a ação de inconstitucionalidade o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de uma Assembléia Legislativa, o Governador do Estado, o Procurador-Geral da República, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional, as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.

Com isso satisfaz o constituinte apenas parcialmente a exigência daqueles que solicitavam fosse assegurado o direito de propositura da ação a um grupo de, v. g., dez mil cidadãos ou que defendiam até mesmo a introdução de uma ação popular de inconstitucionalidade<sup>51</sup>.

49. Mensagem n. 81, de 1976, *Diário do Congresso Nacional*. O Texto Magno de 1988 não manteve esse instituto no ordenamento constitucional brasileiro.

50. A Constituição de 1988 manteve a competência do Supremo Tribunal para conceder liminar na *ação de inconstitucionalidade* (art. 102, I, p).

51. Cf., a propósito, as propostas de Wilson Souza e Vivaldo Barbosa à Comissão de Organização de Poderes e Sistema de Governo da Assembléia Constituinte, in: *Assembléia Nacional Constituinte, Emendas oferecidas à Comissão da Organização dos Poderes e Sistema de Governo*, 1988, p. 214 e 342.

Esse fato fortalece a impressão de que, com a introdução desse sistema de controle abstrato de normas, com ampla legitimação e, particularmente, a outorga do direito de propositura a diferentes órgãos da sociedade, pretendeu o constituinte reforçar o controle abstrato de normas no ordenamento jurídico brasileiro como peculiar instrumento de correção do sistema geral incidente.

Não é menos certo, por outro lado, que a ampla legitimação conferida ao controle abstrato, com a inevitável possibilidade de se submeter qualquer questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal, operou uma mudança substancial — ainda que não desejada — no modelo de controle de constitucionalidade até então vigente no Brasil.

O monopólio de ação outorgado ao Procurador-Geral da República no sistema de 1967/69 não provocou alteração profunda no modelo incidente ou difuso. Este continuou predominante, integrando-se a representação de inconstitucionalidade a ele como um elemento ancilar, que contribuía muito pouco para diferenciá-lo dos demais sistemas “difusos” ou “incidentes” de controle de constitucionalidade.

A Constituição de 1988 reduziu o significado do controle de constitucionalidade incidental ou difuso, ao ampliar, de forma marcante, a legitimação para propositura da ação direta de inconstitucionalidade (CF, art. 103), permitindo que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes sejam submetidas ao Supremo Tribunal Federal mediante processo de controle abstrato de normas.

Convém assinalar que, tal como já observado por Anschütz ainda no regime de Weimar, toda vez que se outorga a um Tribunal especial atribuição para decidir questões constitucionais, limita-se, explícita ou implicitamente, a competência da jurisdição ordinária para apreciar tais controvérsias<sup>52</sup>.

Portanto, parece quase intuitivo que, ao ampliar, de forma significativa, o círculo de entes e órgãos legitimados a provocar o Supremo Tribunal Federal, no processo de controle abstrato de normas, acabou o constituinte por restringir, de maneira radical, a amplitude do controle difuso de constitucionalidade.

Assim, se se cogitava, no período anterior a 1988, de um *modelo misto* de controle de constitucionalidade, é certo que o forte acento residia, ainda,

52. ANSCHÜTZ, Gerhard, *Verhandlungen des 34. Juristentags*, Berlin-Leipzig, 1927, v. II, p. 208.

no amplo e dominante sistema difuso de controle. O controle direto continuava a ser algo acidental e episódico dentro do sistema difuso.

A Constituição de 1988 alterou, de maneira radical, essa situação, conferindo ênfase não mais ao sistema *difuso* ou *incidente*, mas ao modelo *concentrado*, uma vez que as questões constitucionais passam a ser veiculadas, fundamentalmente, mediante ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

Ressalte-se que essa alteração não se operou de forma ainda profunda porque o Supremo Tribunal manteve a orientação anterior, que considerava inadmissível o ajuizamento de ação direta contra direito pré-constitucional em face da nova Constituição.

A ampla legitimação, a presteza e celeridade desse modelo processual, dotado inclusive da possibilidade de se suspender imediatamente a eficácia do ato normativo questionado, mediante pedido de cautelar, faz com que as grandes questões constitucionais sejam solvidas, na sua maioria, mediante a utilização da ação direta, típico instrumento do controle concentrado.

A particular conformação do processo de controle abstrato de normas confere-lhe, também, novo significado como instrumento federativo, permitindo a aferição da constitucionalidade das leis federais mediante requerimento de um Governador do Estado e a aferição da constitucionalidade das leis estaduais, mediante requerimento do Presidente da República.

A propositura da ação pelos partidos políticos com representação no Congresso Nacional concretiza, por outro lado, a idéia de defesa das minorias, uma vez que se assegura até às frações parlamentares menos representativas a possibilidade de argüir a inconstitucionalidade de lei.

Ressalte-se que não são numericamente significativas as ações propostas pelas organizações partidárias. É verdade, porém, que muitos dos temas mais polêmicos submetidos ao Supremo Tribunal, no processo de controle abstrato, foram trazidos à baila mediante iniciativa dos partidos políticos. Assim, a discussão sobre a constitucionalidade da Emenda Constitucional n. 2, de 1992, que antecipou o plebiscito sobre a forma e sistema de governo previsto no art. 2º do ADCT<sup>53</sup>, o questionamento da legitimidade da lei do salário mínimo<sup>54</sup>, a controvérsia sobre a legitimidade do pagamento mediante

53. Cf. ADIn 829, 830 e 831, Relator: Ministro Moreira Alves, *DJ*, 20-4-1993, p. 6758.

54. ADIn 737, proposta pelo Partido Democrático Trabalhista — PDT, Relator: Ministro Moreira Alves, *DJ*, 22-10-1993, p. 22252.

precatório para os créditos de natureza alimentícia<sup>55</sup>. Isso para não falar das diversas ações propostas contra a política econômica do Governo<sup>56</sup>.

Ao lado dessa ampla legitimação para a provocação do controle abstrato de normas, cuidou o constituinte de instituir mecanismo (art. 5º, LXXI) para a tutela de direitos subjetivos lesados em decorrência da omissão normativa. No mesmo passo, instituiu-se ainda processo de controle abstrato da omissão normativa inconstitucional (art. 103, § 2º), instituto — a exemplo do anterior — ainda carente de conformação definitiva.

### 1.8. A Emenda Constitucional n. 3 de 1993: a ação declaratória de constitucionalidade

No bojo da reforma tributária de emergência, introduziu-se no sistema brasileiro de controle de constitucionalidade a *ação declaratória de constitucionalidade*.

A Emenda Constitucional n. 3, de 17 de março de 1993, disciplinou o instituto firmando a competência do Supremo Tribunal Federal para conhecer e julgar a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, processo cuja decisão definitiva de mérito possuirá eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Executivo e do Judiciário. Conferiu-se legitimidade ativa ao Presidente da República, à Mesa do Senado Federal, à Mesa da Câmara dos Deputados e ao Procurador-Geral da República. Considerando a súbita repercussão da introdução do instituto, cumpre agora cogitar se representa ele um *novum* no modelo brasileiro de controle de constitucionalidade.

Em verdade, o dispositivo não inova. A imprecisão da fórmula adotada na Emenda n. 16/65 — *representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral* — não conseguia esconder o propósito inequívoco do legislador constituinte, que era o de permitir “desde logo, a definição da controvérsia constitucional sobre leis novas”.

55. ADIn 672, Relator: Ministro Marco Aurélio, DJ, 4-2-1992, p. 499.

56. Cf., v. g., ADIn 357, Relator: Ministro Carlos Velloso, DJ, 23-11-1990, p. 13622; ADIn 562, Relator: Ministro Ilmar Galvão, DJ, 10-9-1991, p. 12254; ADIn 605, Relator: Ministro Celso de Mello, DJ, 5-3-1993; ADIn 931, Relator: Ministro Francisco Rezek, DJ, 2-9-1993.

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 perfilhada.

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 declarada 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 na de 1967/69 (*representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual* — CF/1967, art. 115, I, l; CF 1967/69, art. 119, I, l).

O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, na versão de 1970<sup>57</sup>, 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.

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, passando o Regimento Interno a conter as seguintes disposições:

57. DJ, 4-9-1970, p. 3971 e s.

“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 manifestando-se afinal, 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*<sup>58</sup> — confusão essa que contaminou os estudos do novo instituto — não permitiram que essas idéias fossem formuladas com a necessária clareza.

Sem dúvida, a disciplina específica do tema no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal serviria à segurança jurídica, na medida em que afastaria, de uma vez por todas, as controvérsias que marcaram o tema no Direito Constitucional brasileiro.

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 isso lhe fosse solicitado.

A controvérsia instaurada em torno da recusa do Procurador-Geral da República<sup>59</sup> de encaminhar ao Supremo Tribunal Federal representação de

58. BUZÁID, *Da ação direta da declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*, 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 (1964), p. 67 (75-76); CAVALCANTI, *Do controle da constitucionalidade*, cit., p. 115 e s.

59. É certo que uma avaliação desse modelo brasileiro de controle abstrato de normas não pode deixar de considerar as circunstâncias políticas dominantes durante todo o período de desenvolvimento desse instituto. Os pressupostos indispensáveis pensados por Kelsen para esse *advogado da Constituição* que, segundo ele, deveria ser dotado de todas as garan-

inconstitucionalidade contra o Decreto-Lei n. 1.077, de 1970, que instituiu a censura prévia sobre livros e periódicos<sup>60</sup>, não serviu — infelizmente — para realçar esse *outro lado* da representação de inconstitucionalidade<sup>61</sup>.

De qualquer sorte, todos aqueles que sustentaram a obrigatoriedade de o Procurador-Geral da República submeter a representação ao Supremo Tribunal Federal, ainda quando estivesse convencido da constitucionalidade da norma<sup>62</sup>, 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.

---

tias imagináveis tanto em face do Governo quanto em face do Parlamento (*Wesen und Entwicklung der Staatgerichtsbarkeit*, VVDStRL 5 (1929), p. 30 (75)), não poderiam ser assegurados sob o império de um regime de exceção.

O Procurador-Geral da República exercia, no controle abstrato de normas, o papel especial de *advogado da Constituição*, interessado exclusivamente na defesa da ordem constitucional.

Com isso logrou o constituinte brasileiro positivar proposta formulada por Kelsen quanto à instituição de um *advogado da Constituição* (*Verfassungsanwalt*) que deveria deflagrar o controle de normas *ex officio* sempre que uma lei se lhe afigurasse incompatível com a Constituição (*idem, ibidem*). Ao contrário da representação interventiva, que pressupõe um interesse da União na preservação de princípios fundamentais da ordem federativa, o controle abstrato de normas independe de qualquer interesse específico, sendo-lhe estranha mesmo a idéia de interesse jurídico a ser protegido (Rp. 700, Relator: Ministro Amaral Santos, p. 690 (714); Ação Rescisória n. 848, Relator: Ministro Rafael Mayer, *RTJ*, n. 95, p. 49 (58); Rp. 1.405, Relator: Ministro Moreira Alves, *DJ*, 1<sup>a</sup>-7-1988).

Por isso, dever-se-iam diferenciar, de forma clara, as competências do Procurador-Geral da República. No primeiro processo, representava ele o interesse da União em face de determinado Estado, que, efetiva ou supostamente, desrespeitara *princípio sensível* estabelecido na Constituição. No controle abstrato, atuava como representante do interesse geral com o propósito de instaurar o controle judicial das normas estaduais ou federais (BANDEIRA DE MELLO, *Teoria*, cit., p. 189; MENDES, Gilmar Ferreira, *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*, São Paulo: Saraiva, 1990, p. 230 e s.).

60. Recl. 849, Relator: Ministro Adalício Nogueira, *RTJ*, n. 59, p. 333.

61. Cf., sobre o assunto, registros da discussão travada no Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, em março de 1971, in: *Arquivos do Ministério da Justiça*, n. 118, p. 23 e s., 1971.

62. Cf., a propósito, MARINHO, Josaphat, Inconstitucionalidade de lei — representação ao STF, *RDP*, 12:150; PEREIRA, Caio Mário da Silva, voto proferido no Conselho Federal da OAB, *Arquivos do Ministério da Justiça*, n. 118, p. 25; CAVALCANTI, Arquivamento de representação por inconstitucionalidade da lei, *RDP*, n. 16, p. 169; CARDOSO, Aducto Lucio, voto na Reclamação n. 849, *RTJ*, n. 50, p. 347-348; BASTOS, Celso, *Curso de direito constitucional*, cit., p. 69.

Na Representação n. 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 impugnada<sup>63</sup>.

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<sup>64</sup>. 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 n. 7.232, de 29-10-1984). 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 desideratos<sup>65</sup>.

Embora o Supremo Tribunal Federal tenha considerado inadmissível representação na qual o Procurador-Geral da República afirma, de plano, a constitucionalidade da norma<sup>66</sup>, é certo que essa orientação, calcada numa interpretação literal do texto constitucional, não parece condizente, tal como

63. Embargos na Rp. 1.092, Relator: Ministro Néri da Silveira, *RTJ*, n. 117, p. 921 e s.

64. Rp. 1.349, Relator: Ministro Aldir Passarinho, *RTJ*, n. 129, p. 41 e s.

65. Rp. 1.349, Relator: Ministro Aldir Passarinho, *RTJ*, n. 129, p. 41.

66. Rp. 1.349, Relator: Ministro Aldir Passarinho, *RTJ*, 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.

demonstrado, com a natureza do instituto e com a sua práxis desde a sua adoção pela Emenda n. 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 se limitava a ressaltar a relevância da questão constitucional, pronunciando-se, a final, pela sua improcedência<sup>67</sup>.

Em substância, era indiferente 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.

Sem dúvida, a falta de melhor desenvolvimento doutrinário sobre essa face peculiar da representação de inconstitucionalidade e a decisão do Supremo Tribunal na Representação n. 1.349, que, praticamente, negou a possibilidade de se instaurar o controle abstrato com pedido de declaração de constitucionalidade, tornaram inevitável a positivação de um instituto específico no ordenamento constitucional, consubstanciado na ação declaratória de constitucionalidade.

### **1.9. A Lei n. 9.868, de 10 de novembro de 1999, e a Lei n. 9.882, de 3 de dezembro de 1999**

Como mais recente passo no processo de evolução do controle de constitucionalidade de normas no Brasil, é importante ressaltar a aprovação de dois relevantes diplomas legais: a Lei n. 9.868 e a Lei n. 9.882. Trata-se de dois textos normativos que disciplinam instrumentos processuais destinados ao controle de constitucionalidade.

67. Cf., dentre outras, ADIn 716-5, Relator: Ministro Marco Aurélio, *DJ*, 29-4-1992, p. 5606.

Ao regular o art. 102, § 1º, da CF, a Lei n. 9.882 estabeleceu os contornos da ADPF, instituto que poderá conferir nova conformação ao controle de constitucionalidade entre nós.

Já a Lei n. 9.868 — que aqui nos interessa mais diretamente — regulamenta o processamento e o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade (ADIn) e da ação declaratória de constitucionalidade (ADC), exercendo, agora, um papel que era cumprido, em grande parte, pelo Regimento Interno ou por construções da jurisprudência do STF. Aliás, esse diploma legislativo teve, sem dúvida, a preocupação de recolher em seu conteúdo boa parte dessas construções, não renunciando, porém, à introdução de algumas importantes modificações em nosso sistema de controle.

### 1.10. Conclusão

Pelo exposto, constata-se tendência — ainda que fragmentária — à adoção de um sistema aproximado a modelos concentrados de controle de constitucionalidade. Para tanto, fazem-se necessários, entre outros, os seguintes aprimoramentos:

— criação de incidente de inconstitucionalidade, tal como acolhido no Substitutivo do Relator-Geral da Revisão Constitucional (Parecer n. 027);

— desenvolvimento da eficácia geral das decisões do Supremo Tribunal Federal (eficácia *erga omnes*, com a conseqüente supressão do obsoleto inciso X do art. 52 da CF), a possibilitar a redução do colossal número de feitos que ameaçam inviabilizar o funcionamento da Corte;

— adequado instrumento objetivo de controle do direito pré-constitucional, o que poderá ser alcançado com a consolidação da ADPF (Lei n. 9.882, de 3-12-1999);

— via para controle da legalidade do ato regulamentar, com a conseqüente supressão do inciso V do art. 49 da Constituição Federal.

## 2. Kelsen e o controle de constitucionalidade do Direito brasileiro<sup>1</sup>

Poucos sabem que a possibilidade de se outorgar a órgão do Ministério Público a iniciativa do controle de constitucionalidade *in abstracto*, positivada no Direito Constitucional brasileiro em 1965 (EC n. 16, de 1965; CF de 1967/69, art. 119, I, l), já havia sido contemplada por Kelsen nas suas meditações sobre o chamado “processo constitucional”.

Aqueles que se derem ao trabalho de compulsar o texto da conferência proferida por Kelsen perante a Associação dos Professores Alemães de Direito Público (*Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*), de 1928, hão de se deparar com a seguinte passagem:

“Um instituto completamente novo, mas digno de ser experimentado seria a criação de um Advogado da Constituição (*Verfassungsanwalt*) perante a Corte Constitucional, que — em analogia com promotor público no processo penal — instaurasse de ofício o controle de normas em relação aos atos que reputasse inconstitucionais. Evidentemente, esse advogado da Constituição deveria ser dotado de todas as garantias de independência tanto em face do Governo, como em face do Parlamento (*Eine völlig neue, aber ernstester Prüfung durchaus würdige Institution wäre die Aufstellung eines Anwalts der Verfassung (Verfassungswalts) beim Verfassungsgericht, der — nach Analogie des Staatsanwalts im Strafverfahren — von Amts wegen das Verfahren zur Überprüfung jener Akte einzuleiten hätte, die, der Kontrolle der Verfassungsgerichts unterworfen, vom Verfassungsanwalt für rechtswidrig erachtet werden. Dass die Stellung eines solchen Verfassungswaltes mit allen nur denkbaren Garantien der Unabhängigkeit gegenüber der Regierung wie dem Parlament auszustatten wäre, versteht sich von selbst*”<sup>2</sup>.

É interessante notar que, sem se inspirar diretamente em Kelsen, o legislador constituinte brasileiro acabou, um tanto casualmente, por positivar idéia de um *advogado da Constituição (Verfassungsanwalt)* (CF 1967/69, art. 119, I, l).

Registre-se, ainda, que, no âmbito do debate sobre a reforma da jurisdição constitucional, foi, em tempos mais recentes, reencetada, na Áustria, a

1. Publicado nos seguintes periódicos: *Revista de Informação Legislativa*, v. 31, n. 121, p. 185-188, jan./mar. 1994; *Advocacia Dinâmica — Seleções Jurídicas*, p. 29 a 30, jan. 1995; *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, v. 2, n. 5, p. 62-64 out./dez. 1993; *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, v. 2, n. 5, p. 36-38, jan./mar. 1994.

2. KELSEN, Hans, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, 1929, p. 75.

discussão sobre a adoção desse instituto, tendo René Marcic defendido expressamente a outorga de legitimidade para provocar a Corte Constitucional a um *Verfassungsanwalt*, que, segundo ele, haveria de exercer uma função *subsidiária*, mas *indispensável* (*Seine Aufgabe wäre subsidiär, aber unentbehrlich*)<sup>3</sup>.

Ainda no contexto dessas curiosidades históricas, vale mencionar a proposta de instituição de uma Corte Constitucional formulada na Constituinte de 1934 pelo Deputado Federal fluminense Nilo Alvarenga. Aqui parece inequívoca a influência direta do modelo de jurisdição constitucional defendido por Kelsen, tal como exposto na Conferência de 1928.

São os seguintes os termos da proposição apresentada por Nilo Alvarenga:

“Art. Compete à Corte de Justiça Constitucional, originária e privativamente, conhecer da arguição, suscitada por qualquer parte interessada ou pelo Ministério Público, em qualquer feito e perante qualquer juiz ou tribunal, de conflito de uma lei ou disposição de lei federal, ou de uma constituição ou lei estadual ou alguma de suas disposições, com a Constituição Federal, ou de uma lei estadual ou alguma de suas disposições, com a respectiva constituição estadual.

§ 1º Levantada a preliminar de inconstitucionalidade, o juiz ou tribunal sobrestará no prosseguimento da causa, depois de assegurar, quando necessário, a eficácia do direito reclamado, até que o tribunal se pronuncie.

§ 2º O juiz ou tribunal mandará prosseguir o feito se a alegação de inconstitucionalidade for manifestamente improcedente ou protelatória, cabendo desta decisão carta testemunhável para a Corte de Justiça Internacional, que, a requerimento da parte poderá mandar sustar o andamento do processo, até o seu pronunciamento.

Art. Qualquer pessoa de direito público ou privado, individual ou coletivamente, ainda mesmo quando não tenha interesse direto, poderá pedir originariamente à Corte de Justiça Constitucional a declaração da nulidade no todo, ou em parte, de uma lei ou de qualquer ato, deliberação ou regulamento, emanado do Poder Executivo, manifestamente contrários aos direitos e garantias estabelecidos por esta Constituição.

§ 1º A Corte só poderá conhecer do pedido, depois de informada, no prazo máximo de trinta dias, pelo poder do qual emanou a lei, o ato, deliberação ou regulamento.

3. CF. MARCIC, René, Zur Reform der österreichischen Verfassungsgerichtsbarkeit, in: *Festschrift für Gebhard Müller*. Tübingen: Mohr, 1970, p. 217 (255).

§ 2º A lei ordinária determinará a forma rápida pela qual se processará o pedido.

§ 3º A sentença anulatória da Corte de Justiça Constitucional invalidará e tornará inexecutível para todos, em parte ou no todo, a lei, ato, deliberação ou regulamento por ela atingida e produzirá estes efeitos na data de sua publicação.

Art. A Corte de Justiça Constitucional terá sua sede na Capital da República e compor-se-á de nove ministros, brasileiros natos, de notável saber jurídico e ilibada reputação, dois dos quais serão indicados pelo Supremo Tribunal Federal, dois pela Assembléia Nacional, dois pelo Presidente da República e três pelo Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros entre as mais notáveis expressões culturais e morais de sua classe, especializados em direito público e constitucional.

§ 1º Igual número de suplentes será simultaneamente indicado pelos poderes e pelo instituto acima indicados.

Art. Os ministros da Corte de Justiça Constitucional exercerão as funções que lhes são atribuídas por esta Constituição pelo prazo de três anos, podendo ser renovadas as suas indicações e nomeações.

§ 1º Os ministros não poderão ser destituídos de suas funções antes de findo o prazo para o qual forem nomeados e terão os mesmos vencimentos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal.

Art. A Corte de Justiça Constitucional organizará seu regimento interno e Secretaria, cujos funcionários serão de sua nomeação e terão vencimentos equiparados aos da Secretaria do Supremo Tribunal Federal (...).”

O Parlamentar justificava assim a sua proposta:

“Os mais belos e generosos princípios de direito público, consagrados nos textos constitucionais, de nada valerão, sem as necessárias garantias de sua efetividade. Estas garantias são dadas pelo controle da constitucionalidade das leis.

Nos Estados Unidos, onde esta atribuição é conferida à Justiça comum, o controle é falho, imperfeito e incompleto. Por isso que à Justiça comum só cabe decidir das questões entre partes, os efeitos de suas decisões se restringem ao caso *sub judice*. A lei anulada para o litigante continua a vigorar em toda sua plenitude para a coletividade.

Por isso é imprescindível criar a jurisdição constitucional cometendo-a a um tribunal especial, com a função de exercer este controle, anulando as leis e atos inconstitucionais, *erga omnes*.

Mas não basta a criação de tribunal com esta competência. É necessário, ainda, assegurar a todos os indivíduos a sua proteção por meio de recursos fáceis, rápidos e baratos. É preciso que todo cidadão ferido em seu direito disponha de meio seguro para o restabelecimento imediato deste direito. (...)

A Corte de Justiça Constitucional, com estas atribuições e competências, será o único aparelho eficaz de garantias constitucionais, do qual a República não poderá prescindir, para assegurar a defesa de todos os direitos e liberdades de seus cidadãos”<sup>4</sup>.

Na discussão que se travou na oportunidade da apresentação da proposta em Plenário, acentuou Nilo Alvarenga que se louvava na opinião de Hans Kelsen, na comunicação apresentada ao Instituto Internacional de Direito Público, transcrevendo a seguir passagem da conferência proferida perante a Associação Alemã dos Professores de Direito Público:

“Não é excessivo afirmar que a idéia política do Estado Federal não é plenamente realizada senão com a instituição de um Tribunal Constitucional”<sup>5</sup>.

Parece indiscutível, também, a influência do trabalho de Kelsen na proposta de Nilo Alvarenga relativa à adoção de uma especialíssima *ação popular de inconstitucionalidade*, que permitia a instauração do controle abstrato de normas mediante iniciativa de *qualquer pessoa de direito público ou privado, individual ou coletivamente, ainda mesmo quando não tivesse interesse* (cf. a proposta acima transcrita). É de Kelsen a afirmação de que a garantia mais efetiva e radical para o controle de constitucionalidade seria a *actio popularis*. Não lhe parecia recomendável, porém, a adoção da ação popular de inconstitucionalidade, porquanto se afigurava muito grande o risco de ações temerárias, que acabariam por sobrecarregar, demasiada e inutilmente, a Corte Constitucional.

4. Projeto do Deputado Nilo Alvarenga, de 20.12.1933, in: *Annaes da Assembléa Nacional Constituinte*, Rio de Janeiro, v. III, 1935, p. 513 e s. Ver, também, ALENCAR, Ana Valderez Ayres Neves de, A competência do Senado Federal para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais, in: *Revista de Informação Legislativa*, n. 57, 1978, p. 223 (237-245).

5. CF. ALENCAR, A competência do Senado para suspender a execução dos atos declarados inconstitucionais, cit., p. 223 (243).

### 3. Considerações sobre o papel do Procurador-Geral da República no controle abstrato de normas sob a Constituição de 1967/69: proposta de reeleitura<sup>1</sup>

#### 3.1. 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 de 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 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 advocatória 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.

1. Publicado nos seguintes periódicos: *Advocacia Dinâmica — Seleções Jurídicas*, p. 14-21, jul. 1997; *Revista de Informação Legislativa*, v. 34, n. 135, p. 141-151, jul./set. 1997.

O primeiro pressuposto resulta de quanto 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"<sup>2</sup>.

Em seguida, concluía 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 arguição 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 competência se possa falar. Não reclama, pois, em si mesmo, mais ampla contestação.

Quanto aos adminículos 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 n. 2 sufragasse a divisão do Tribunal em Turmas e a incorporasse ao nosso direito constitucional legislado.

Ao segundo adminículo, 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.

2. Transcrito in: Reclamação n. 849. Relator: Ministro Adalício Nogueira, RTJ, n. 59, p. 336.

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, isto é, age em nome próprio, mas por interesse alheio’.

Não me corre o dever de demonstrar, que V. Exa. 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, invocado, porque o que o eminente processualista propugna é precisamente o oposto, *verbis*:

‘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’ (Alfredo Buzaid. *Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro*, pp. 109-110)<sup>3</sup>.

3. *RTJ*, 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: Saraiva, 1990, p. 251 e s.) 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 argüição 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 Tribu-

nal fato que possa caracterizar a argüição 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 argüição 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.

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 lei<sup>4</sup>. Esse entendimento foi reiterado pelo Tribunal em diversos arestos<sup>5</sup>.

Poucas questões suscitaram tantas e tão intensas discussões quanto a 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<sup>6</sup>, Josaphat Marinho<sup>7</sup>, Caio Mário da Silva Pereira<sup>8</sup>, Themístocles Cavalcanti<sup>9</sup> e Adauto Lúcio Cardoso<sup>10</sup>, manifestaram-se pela obrigatoriedade de o Procurador-Geral da Repú-

---

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 redundará 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''.

4. Recl. 849, Relator: Ministro Adalácio Nogueira, *RTJ*, n. 59, p. 336.

5. Recl. 121, Relator: Ministro Djaci Falcão, *RTJ*, n. 100, p. 955; Recl. 128, Relator: Ministro Cordeiro Guerra, *RTJ*, n. 98, p. 3 s.; Recl. 152, Relator: Ministro Djaci Falcão, *DJ*, 11-5-1983, p. 6292.

6. *Comentários à Constituição de 1967/69*, 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, t. 4, p. 44.

7. Inconstitucionalidade de lei — representação ao STF, *RDP*, n. 12, p. 150.

8. Voto proferido no Conselho Federal da OAB, *Arquivos*, n. 118, p. 25.

9. Arquivamento de representação por inconstitucionalidade da lei, *RDP*, n. 16, p. 169.

10. Voto na Recl. 849, *RTJ*, n. 50, p. 347-348.

blica 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 leis<sup>11</sup>.

Outros, não menos ilustres, como Celso Agrícola<sup>12</sup>, José Carlos Barbosa Moreira<sup>13</sup>, José Luiz de Anhaia Mello<sup>14</sup>, Sérgio Ferraz<sup>15</sup> e Raimundo Faoro<sup>16</sup>, 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 n. 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”<sup>17</sup>.

---

11. BASTOS, Celso Ribeiro, *Curso de direito constitucional*, São Paulo: Saraiva, 1982, p. 68. Cf., no mesmo sentido, voto do Ministro Goulart de Oliveira, Rp. 96, de 3-10-1947, *AJ*, n. 85, p. 100-101.

12. BARBI, Celso Agrícola, Evolução do controle de constitucionalidade das leis no Brasil, *RDP*, n. 4, p. 40, 1968.

13. 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, 1964.

14. MELLO, José Luiz de Anhaia, *Os princípios constitucionais e sua proteção*, São Paulo, 1966, p. 24.

15. FERRAZ, Sérgio, Contencioso constitucional, comentário a acórdão. *Revista de Direito*, n. 20, p. 218.

16. FAORO, Raimundo, Voto no Conselho Federal da OAB, *Arquivos*, n. 118, p. 47.

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

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 ação<sup>18</sup>, sustentavam outros a opinião de que estaria obrigado a oferecer a arguição ao Supremo Tribunal Federal se houvesse pelo menos sérias dúvidas sobre a constitucionalidade da lei<sup>19</sup>.

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 normativo<sup>20</sup>.

### 3.2. 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 n. 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

18. BARBI, Evolução do controle de constitucionalidade das leis no Brasil, cit., p. 40; MELLO, *Os princípios constitucionais*, cit., p. 24.

19. PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1967/69*, cit., t. IV, p. 44; MARINHO, Josaphat, Inconstitucionalidade de Lei: Representação ao STF, cit., p. 50 e s.; 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, Adauto Lúcio, Voto Vencido, Recl. 849, *RTJ*, n. 59, p. 347-348; cf., também, Embargos na Rp. 1.092, Relator: Djaci Falcão, *RTJ*, n. 117, p. 921 (951-952).

20. BASTOS, *Curso de direito constitucional*, cit., p. 74-75.

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 n. 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 a imprimir novos rumos à estrutura do Poder Judiciário. Parte das mudanças recomendadas já havia sido introduzida pelo Ato Institucional n. 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”<sup>21</sup>.

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

21. Brasil, *Constituição* (1946), cit., p. 24.

“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”<sup>22</sup>.

A imprecisão da fórmula adotada na Emenda n. 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 perfilhada.

22. Brasil, *Constituição* (1946), cit., p. 67.

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 declarada 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 na de 1967/69 (*representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual* — CF/1967, art. 115, I, l; CF 1967/69, art. 119, I, l).

O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, na versão de 1970<sup>23</sup>, 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 se destinava 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*.

23. *DJ*, 4-9-1970, p. 3971 e s.

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*<sup>24</sup> — 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, ao 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 isso 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 n. 1.077, de 1970, que instituiu

24. BUZAID, Alfredo, *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 1958, p. 107; MOREIRA, José Carlos Barbosa, As partes na ação declaratória de inconstitucionalidade, cit., n. 13, p. 67 (75-76); CAVALCANTI, Themístocles, *Do controle de constitucionalidade*, cit., p. 115 e s.

a censura prévia sobre livros e periódicos<sup>25</sup>, não serviu — infelizmente — para realçar esse *outro lado* da representação de inconstitucionalidade<sup>26</sup>.

De qualquer sorte, todos aqueles que sustentaram a obrigatoriedade de o Procurador-Geral da República submeter a representação ao Supremo Tribunal Federal, ainda quando estivesse convencido da constitucionalidade da norma<sup>27</sup>, 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 n. 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 impugnada<sup>28</sup>.

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.

Sucede, 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 representa-

25. Recl. 849, Relator: Ministro Adalício Nogueira, *RTJ*, n. 59, p. 333.

26. Cf., 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 e s., 1971).

27. Cf., a propósito, MARINHO, Inconstitucionalidade de lei: representação ao STF, cit., p. 150; PEREIRA, Voto proferido no Conselho Federal da OAB, *Arquivos do Ministério da Justiça*, cit., p. 25; CAVALCANTI, *Do controle de constitucionalidade*, cit.; CARDOSO, Voto na Recl. n. 849, cit., p. 347-348; BASTOS, *Curso de direito constitucional*, cit., p. 69.

28. Embargos na Rp. 1.092, Relator: Ministro Néri da Silveira, *RTJ*, n. 117, p. 921 e s.

ção 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 ns. 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 n. 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 STF<sup>29</sup>.

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 Fe-

29. Embargos na Rp. 1.092, Relator Ministro Néri da Silveira, *RTJ*, n. 117, p. 921 (944-945).

deral 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. 1.349, Relator: Ministro Aldir Passarinho, *RTJ*, n. 129, p. 41 e 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 n. 7.232, de 29-10-1984). 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 desideratos<sup>30</sup>.

Sobre o assunto, vale registrar passagem do voto do Ministro Sepúlveda Pertence na Questão de Ordem suscitada na ADC n. 1:

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

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

'Ao decidir preliminar suscitada nos ERp. 1092, 3-2-86, relator em. Ministro Djaci Falcão, DJ 23-05-1986, o Supremo Tribunal Federal afirmou, por unanimidade, a legitimação do Procurador-Geral da República para opor embargos a acórdão que tenha julgado procedente sua própria representação por inconstitucionalidade.

A decisão é da maior importância, na medida em que implicitamente reafirmou o poder do chefe do Ministério Público para provocar a jurisdic-

30. Rp. 1349, Relator: Ministro Aldir Passarinho, *RTJ*, n. 129, p. 41.

ção constitucional da Alta Corte, sempre que o interesse público o aconselhar, inclusive, se for o caso, para estabelecer a certeza da constitucionalidade de normas legais relevantes, cuja eficácia possa ser comprometida por dúvidas suscitadas a respeito da sua validade.

O julgado repeliu com isso certas objeções fundadas na miopia da equiparação do instituto da representação, de acentuada conotação política, com ações cíveis de restrito interesse das partes<sup>31</sup>.

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

15. Confesso, Senhor Presidente, que, reverente como sempre aos precedentes da Corte, continuo não convencido daquela decisão. Convicção que se reforçou, quando, já eu com assento nesta Casa, reafirmamos que o Procurador-Geral não precisa fazer pedido explícito da declaração de inconstitucionalidade ao propor a ação direta (ADIn 375, 30-10-91, *Lex* 150/90).

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

17. Chamei de *escrúpulo cerimonial* a vedação de que o Procurador-Geral desvele, na própria inicial, o seu parecer pela constitucionalidade da norma questionada — fundamento da decisão da mencionada Rp. 1.349 — porque, na normalidade das coisas (a partir do formulário usado pela Procuradoria-Geral, tanto antes como depois da minha passagem para aquele alto cargo), o que existe é uma submissão da questão constitucional ao Supremo, cujo processo, opinando, ao final, o Procurador-Geral pela constitucionalidade, fica, também, às vezes, sem que ninguém nos autos sustente a inconstitucionalidade da norma<sup>32</sup>.

Embora o Supremo Tribunal Federal tenha considerado inadmissível representação na qual o Procurador-Geral da República afirma, de plano, a

31. ADEC 1, Relator: Ministro Moreira Alves, *RTJ*, n. 157, p. 388-389.

constitucionalidade da norma<sup>32</sup>, 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 n. 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 se limitava a ressaltar a relevância da questão constitucional, pronunciando-se, a final, pela sua improcedência<sup>33</sup>.

Em substância, era indiferente, tal como percebido por Victor Nunes, 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.

### 3.3. 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 n. 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.

32. Rp. 1.349, Relator: Ministro Aldir Passarinho, *RTJ*, 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.

33. Cf., dentre outras, ADIn 716-5, Relator: Ministro Marco Aurélio, *DJ*, 29-4-1992, p. 5606.

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”<sup>34</sup>.

A propósito, acrescentou, ainda, o notável jurisconsulto:

“Relembro, aliás, que o ilustre Professor Haroldo Valladão, quando Procurador-Geral da República<sup>35</sup>, 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 inconstitucionalidade”<sup>36</sup>.

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 pretenso “direito” de propor a ação de inconstitucionalidade num “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 da 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 manifes-

34. LEAL, Victor Nunes, Representação de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal: um aspecto inexplorado, *RDP*, n. 53/54, p. 25 (33).

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

36. LEAL, *RDP*, cit., p. 25 (33).

tando 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: Saraiva, 1982.
- BUZAID, Alfredo. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1958.
- CAVALCANTI, Themístocles. *Do controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1966.
- LEAL, Victor Nunes. Representação de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal: um aspecto inexplorado. *Revista de Direito Público*, n. 53/54, p. 25.
- 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.
- 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.
- PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1967*. Rio de Janeiro, 1987. t. IV.
- WALD, Arnoldo. Voto. *Arquivos do Ministério da Justiça*, n. 118, p. 46-47.