

DA INICIATIVA PARA O EXERCÍCIO DA AÇÃO DIRETA DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE*

ARNOLDO WALD

Advogado na Guanabara

SUMÁRIO: *Competência privativa do Procurador-Geral para o exercício da ação direta. Constitucionalidade da lei n. 4.337. Proposta de modificação legislativa.*

1. Em 16.3.1971, o Conselheiro Ivan Paixão França apresentou proposta ao Conselho Federal no sentido de serem aprovadas sugestões das medidas necessárias à defesa e aperfeiçoamento da Ordem e das instituições jurídicas, diante da decisão do Supremo Tribunal Federal que, em reclamação, reconheceu a competência privativa e o arbítrio do Procurador-Geral da República para exercer, ou não, a ação direta, em virtude de representação que lhe tenha sido feita contra lei ou ato inconstitucional.

2. Examinando a matéria em longo e erudito parecer, o Conselheiro Caio Mário da Silva Pereira concluiu pela inconstitucionalidade da lei n. 4.337, de 1964, que atribui ao Procurador-Geral da República competência privativa para exercer, ou não, ao seu exclusivo arbítrio, a ação direta, sugerindo que seja a referida lei modificada pelo Congresso ou que o Supremo Tribunal Federal

decrete a sua inconstitucionalidade. Fundamentou-se o relator no princípio de que toda inconstitucionalidade deve ser apreciada pelo Poder Judiciário e de que a lei não pode excluir tal apreciação pelo Poder competente.

3. Apresentou voto divergente o Conselheiro Eduardo Seabra Fagundes sustentando que inexistente, no caso, qualquer inconstitucionalidade e que seria oportuna a modificação do art. 2.º da lei n. 4.337, pelo Congresso Nacional.

4. Na realidade, a lei n. 4.337, de 1.º.6.1964, trata respectivamente, nos seus arts. 1.º e 2.º, da iniciativa do Procurador-Geral para o exercício da ação direta "motu proprio" e em virtude de representação alheia, estabelecendo no art. 2.º o prazo de 30 dias para apresentar a arguição de inconstitucionalidade ao Supremo Tribunal Federal.

5. Baseado no referido texto legislativo, o recente Regimento do Supremo Tribunal Federal estabeleceu no seu art.

* Voto proferido no Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

174 o seguinte: "Art. 174. O Procurador-Geral da República poderá submeter ao Tribunal o exame de lei ou ato normativo federal ou estadual, para que este declare a sua inconstitucionalidade.

"§ 1.º. 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.

"§ 2.º. Proposta a representação, não se admitirá desistência, podendo, porém, o Procurador-Geral modificar seu parecer."

6. Evidencia-se, pois, que de acôrdo com a lei e com o Regimento do nosso mais alto Tribunal, a legislação brasileira admitiu três hipóteses distintas no caso de representação apresentada ao Procurador-Geral da República:

a) o Procurador aceita a representação e apresenta a arguição de inconstitucionalidade;

b) o Procurador entende ser improcedente a representação e, assim mesmo, a encaminha com parecer contrário;

c) o Procurador considera improcedente a representação e não a encaminha ao Supremo Tribunal Federal.

7. A última hipótese não decorre de preceito expresso de lei, mas deflui, "a contrario sensu", do art. 174, § 1.º, do Regimento do Supremo Tribunal, que, ao dar caráter facultativo ao encaminhamento da representação com parecer contrário, admitiu que também pudesse o Procurador-Geral não encaminhar a representação, arquivando-a.

8. Evidencia-se, com a devida vênia, que nenhum dos dois textos, nem o dos arts. 1.º e 2.º da lei n. 4.337, de 1964, nem o do art. 174 do Regimento do Supremo Tribunal Federal são inconstitucionais. Efetivamente, não há como vislumbrar qualquer conflito entre as disposições mencionadas e o art. 119, n. I, "1", da Constituição vigente, que reconhece a competência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar originariamente "a representação do

Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade da lei ou ato normativo federal ou estadual".

9. Citando Bryce e a doutrina, o eminente e culto relator concluiu que: "Entendendo-se a lei n. 4.337, de 1964, com o alcance de atribuir ao Procurador-Geral da República o poder de trancar ao conhecimento da Côrte a questão constitucional, não há dúvida que a disposição é inconstitucional" (fls.).

Fundamentou-se o Relator na idéia de que qualquer inconstitucionalidade deve poder ser apreciada pelo Poder Judiciário. Efetivamente, esclarece o Relator que "a nenhum outro órgão, inclusive o Procurador-Geral da República, pode ser atribuída por lei a competência de julgar a arguição de inconstitucionalidade, porque ao Poder Judiciário a Constituição confere este poder jurisdicional e ao Supremo Tribunal Federal em derradeira instância". Inexiste dúvida quanto ao princípio invocado pelo douto Relator, mas este somente se aplica havendo lesão de direito, quando a inconstitucionalidade é alegada "incidenter tantum" e não como objeto principal e exclusivo do processo, como ocorre na ação direta.

10. A tradição norte-americana do contrôle da constitucionalidade das leis se firmou partindo do pressuposto da ocorrência em cada caso concreto de uma lesão de direito. Assim sendo, garantiu ao lesado o direito de invocar a inconstitucionalidade das leis contrárias à Constituição. Situação diferente surge, todavia, quando se trata da ação direta, inspirada em precedentes europeus e instituída no Brasil pela Constituição de 1946 (art. 8.º) e pela lei n. 2.271, de 22.7.1954. Como a respeito bem salientou o melhor monografista da matéria, Prof. Alfredo Buzaid: "O sistema inaugurado entre nós se afastou substancialmente da tradição americana e brasileira, atribuindo ao Supremo Tribunal Federal a competência para decidir um litígio jurídico, do qual pode resultar uma intervenção, que é um juízo político do Congresso Nacional" (grifos nossos) (Alfredo Buzaid, "Da Ação Direta da

Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro", São Paulo, Saraiva, 1958, pág. 100).

11. A ação direta não é conhecida pelo Direito norte-americano e surgiu na prática constitucional do velho mundo, enquadrando-se na competência das câortes constitucionais que surgiram em vários países após a Primeira Guerra Mundial. Foi na Áustria que, em 1920, sob a inspiração de Kelsen, o antigo Tribunal do Império transformou-se em Alta Corte Constitucional, com competência para examinar a constitucionalidade das leis federais e locais, a pedido dos governos federais e provinciais ou por iniciativa própria. Na mesma época, a Tcheco-Eslováquia criava o seu Tribunal Constitucional, a fim de funcionar como elemento de equilíbrio entre o Executivo e o Legislativo, podendo, a pedido do primeiro, apreciar os atos da Comissão Parlamentar contrários à Constituição.

12. Após a última guerra mundial, surgiu novo movimento no sentido de instituir câortes constitucionais, a fim de evitar a hipertrofia do Legislativo, e tribunais especiais para apreciar a constitucionalidade das leis foram criados na Alemanha, na Itália e na França. Trata-se, na realidade, de tribunais cuja competência não deixa de ser política e que somente se pronunciam em virtude de provocação do Poder Executivo ou da minoria parlamentar, mantendo a tradição austríaca.

13. A Constituição Federal alemã de 8.5.1949, no seu art. 93, fixa a competência do Tribunal Constitucional para julgar as inconstitucionalidades suscitadas pelo Governo Federal, pelos governos estaduais e pela terça parte dos membros do Parlamento Federal alemão. Trata-se de uma iniciativa limitada, na realidade, aos Poderes Executivos federal e locais e à minoria parlamentar, desde que corresponda a um terço da representação popular.

14. Na Itália, a Corte Constitucional criada pelo art. 134 da Constituição de 22.12.1947 teve o seu funcionamento

regulamentado pela lei de 9.2.1948. O mencionado diploma deu competência privativa ao Estado italiano e às regiões ou províncias para promover a ação direta de inconstitucionalidade que não pode ser intentada a não ser pelas pessoas jurídicas de direito público. Vale a pena assinalar que, conforme lembram Calamandrei e Levi, o projeto inicialmente apresentado à Comissão Constitucional fôra no sentido de assegurar o exercício da ação direta com eficácia geral e abstrata ao Ministério Público e a qualquer eleitor. No texto que foi finalmente aprovado, excluiu-se a possibilidade para qualquer pessoa de impugnar uma lei por inconstitucionalidade, independentemente da existência de lesão de direito ou de interesse legítimo, reservando-se a ação direta ao Estado e às Regiões (Piero Calamandrei e Alessandro Levi, "Commentario Sistematico alla Costituzione Italiana", Florença, G. Barbèra editora, 1950, págs. 454 e 455).

15. Na França, o Conselho Constitucional só declara as inconstitucionalidades a pedido do Presidente da República, do Primeiro-Ministro e dos Presidentes da Câmara e do Senado, podendo, em determinados casos, apreciar a inconstitucionalidade independentemente de qualquer provocação. Apreciando recentemente o papel desempenhado pelo Conselho francês, Maurice Duverger chegou a afirmar que "em vez de um tribunal que protege as liberdades individuais contra os abusos do legislador — ou seja, da maioria — como ocorre nos Estados Unidos, na Alemanha e na Itália, o nosso Conselho Constitucional (francês) é uma instituição encarregada de regular as relações entre os poderes públicos e de evitar que o Parlamento ultrapasse os limites de sua competência" (Maurice Duverger, "De vrais juges constitutionnels", artigo publicado em "Le Monde", "sélection hebdomadaire", de 4 a 10.3.1971).

16. Segundo pudemos apurar, o único país que concede a todas as pessoas a ação direta de inconstitucionalidade a ser intentada na Corte Suprema é o

Uruguai, nos termos do art. 258 da sua Constituição aprovada em 1951.

17. Fizemos essa digressão sobre o Direito comparado, a fim de mostrar que a posição assumida pela legislação brasileira vigente na matéria, interpretada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da reclamação n. 849, referente ao arquivamento da representação do Movimento Democrático Brasileiro quanto à inconstitucionalidade do decreto-lei n. 1.077, de 1970, não discrepa da orientação vigente em outros países, não tendo havido, no caso, qualquer violação dos princípios gerais que estruturam o Estado de direito.

18. Mesmo na legislação brasileira, houve, na matéria, uma evolução desde os primeiros textos da Constituição de 1946 e da lei n. 2.271 até o presente momento. Assim, enquanto a Constituição de 1946 não fazia referência expressa ao processo da ação direta, este surge na lei n. 2.271, considerando como parte legítima ativa o Procurador-Geral da República, conforme assinala Buzaid na sua monografia já citada (págs. 103 e segs.).

19. Posteriormente, foi elaborada a lei n. 4.337, de 1.º.6.1964, ainda na vigência da Constituição de 1964, que não tratava expressamente da matéria no capítulo da competência do Supremo Tribunal Federal, só se referindo à competência do Procurador-Geral no art. 8.º, ao tratar da intervenção federal. A lei n. 4.337 estabelece o prazo de 30 dias, a partir da representação dos interessados, para a arguição da inconstitucionalidade pelo chefe do Ministério Público, mas não esclarece se o Procurador-Geral é, ou não, obrigado a encaminhar a representação.

20. A Emenda Constitucional n. 16, de 26.11.1966, que deu nova redação aos artigos da Constituição de 1946 referentes à competência do Supremo Tribunal Federal, incluiu no art. 101, n. I, do referido diploma, a alínea "k", com a seguinte redação: "Art. 101. Ao Supremo Tribunal Federal compete:

"I. Processar e julgar originariamente:

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

A antiga alínea "k", que se referia ao julgamento das ações rescisórias, passou a ser alínea "l" na nova redação dada pela Emenda n. 16.

21. A Emenda Constitucional n. 16 é importante porque define a função do Procurador-Geral como sendo de encaminhar a representação.

22. Posteriormente, todavia, a Constituição de 1967, no seu art. 114, n. I, "1", e a Emenda Constitucional n. 1, de 1969, atualmente em vigor, no seu art. 119, n. I, "1", não mais se referem à competência do Procurador-Geral para encaminhar a representação, mas reconhecem que o Supremo Tribunal Federal processa e julga a representação do Procurador-Geral da República, consagrando, assim, os textos constitucionais, o arbítrio do Chefe do Ministério Público para representar, ou não, ficando ao seu exclusivo critério, no Direito vigente, argüir, ou não, a inconstitucionalidade de qualquer texto legal.

23. É de ser assinalado que o mesmo arbítrio é concedido ao chefe do Ministério Público pela Constituição vigente para pedir a suspensão dos direitos políticos, referindo-se o texto constitucional, no art. 154, à competência do Supremo Tribunal Federal para suspender tais direitos "mediante representação do Procurador-Geral da República". É importante, no caso, a utilização da mesma terminologia nos dois casos, significando que a representação do Procurador-Geral é ato seu, praticado ao seu exclusivo critério.

24. Sobre a matéria não paira, aliás, qualquer dúvida na doutrina. Já em 1958, o Prof. Alfredo Buzaid reconhecia a competência exclusiva e a legitimidade privativa para a ação direta do chefe do

Ministério Público. Mais recentemente, nos seus comentários à Constituição de 1969, Pontes de Miranda endossa a mesma opinião esclarecendo que: "O art. 119, n. I, "1", estabeleceu, pela primeira vez, a ação constitutiva negativa por inconstitucionalidade, "in abstracto", mas com legitimação ativa somente para o Procurador-Geral da República. Cp. art. 153, § 30.

"O Procurador-Geral da República tem, não só a competência, mas o dever, segundo decorre, por exemplo, do art. 1.º da lei n. 4.337, de 1.º.6.1964, de promover a decretação de inconstitucionalidade (lá está dito "declaração", o que revela, no legislador, pouca ciência quanto à classificação das eficácias das ações e das sentenças). Cf. Constituição de 1967, art. 11, § 1.º, "c".

"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, **presenta-a**, como órgão que é" (Pontes de Miranda, "Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda n. 1, de 1969", vol. IV/44, São Paulo, RT, 2.ª ed., 1970).

25. É oportuna a comparação feita por Pontes de Miranda entre o art. 119, n. I, "1", e o art. 153, § 30, da Constituição vigente. No primeiro caso, a Constituição deu competência exclusiva e privativa ao Procurador-Geral, diante da natureza excepcional da medida, enquanto no segundo assegurou o direito de representar a todos, ou seja, a qualquer pessoa, "em defesa de direito ou contra abusos de autoridade".

26. Concluimos, pois, que diante da legislação vigente, não há inconstitucionalidade nenhuma no texto da lei n. 4.337, de 1964, nem no Regimento do Supremo Tribunal Federal, e o julgamento da reclamação n. 849 se fundamentou, com a devida vênia, no Direito vigente.

27. "De lege ferenda", uma ampliação da ação direta parece oportuna e benéfica e não há impedimento em que seja ela realizada mediante simples re-

forma da lei ordinária que, mantendo a representação como ato do Procurador-Geral da República, determine ao Chefe do Ministério Público o encaminhamento com parecer favorável ou contrário de qualquer representação que receba, desde que tenha fundamentos jurídicos.

28. Na realidade, a própria lei n. 4.337 já abriu o caminho para tal interpretação ao fixar o prazo de 30 dias para a decisão do Ministério Público, embora não tenha dito que era imperativo o encaminhamento da representação, dando margem às dúvidas que foram suscitadas, sendo evidente que, sem lei que determine a remessa das representações, não estava o Procurador-Geral obrigado a tal encaminhamento. O próprio Regimento do Supremo Tribunal Federal admitiu ser o mencionado encaminhamento, com parecer contrário, simples faculdade do Procurador-Geral exercida de acordo com os seus critérios.

29. Não sabemos até que ponto justificar-se-ia admitir o encaminhamento imperativo de toda e qualquer representação, transformando o Procurador-Geral num simples órgão material de remessa de petições e ampliando excessivamente a ação direta. A experiência nos tem demonstrado que o excesso de liberalismo na concessão de certas medidas excepcionais acaba implicando na erosão e na perda de densidade da técnica e do instituto. Foi um pouco o que aconteceu com o mandado de segurança cuja generalização importou em tornar mais demorado o julgamento dos processos, perdendo o instituto a sua natureza excepcional.

30. Não teria, por outro lado, sentido, sobrecarregar o Supremo Tribunal Federal de ações diretas intentadas por pessoas que não sofreram qualquer lesão direta, transformando-se a ação direta constitucional numa espécie de ação popular iniciada no Supremo Tribunal Federal.

31. Pensamos que, partindo da experiência do direito constitucional estrangeiro e pensando na proteção adequada dos direitos individuais sem sobrecarga

dos tribunais superiores do País, poderíamos encontrar uma solução equilibrada, distinguindo as representações que o Procurador-Geral não poderia deixar de encaminhar daquelas nas quais saber-lhe-ia competência para arquivar, sem prejuízo de recurso da parte para o Supremo Tribunal Federal. No primeiro grupo incluiríamos as representações apresentadas pelas pessoas jurídicas de direito público e no segundo as oriundas das pessoas de direito privado. Justificasse a imperatividade do encaminhamento de representações da União, dos Estados, de autarquias e de partidos políticos. Quanto às pessoas de direito privado, que não têm interesse ou direito lesado, a ação direta dependeria, para o seu início, de decisão do Procurador-Geral com recurso ao Supremo Tribunal Federal.

32. Propomos, pois, que se dê ao art. 2.º da lei n. 4.337, a seguinte redação: "Art. 2.º. Se o conhecimento da inconstitucionalidade resultar de representação que lhe seja dirigida por qualquer interessado, o Procurador-Geral da República terá o prazo de 30 dias, a contar do recebimento da representação para apresentar a arguição perante o Supremo Tribunal Federal.

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

"§ 2.º. Se a representação fôr oriunda de pessoa física ou de pessoa jurídica de direito privado, o Procurador-Geral deverá, no prazo de 30 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."

33. Entendemos que nenhuma inconstitucionalidade haveria na modificação legislativa proposta, pois, mantida a legitimidade ativa do Chefe do Ministério Público, a lei ordinária se limitaria a tornar indisponível o direito do Procurador-Geral, em certos casos, transformando-o em dever e concedendo, em outras hipóteses, recurso de sua decisão para o plenário do Supremo Tribunal Federal.

Rio de Janeiro, 15 de junho de 1971.

CURSO DE DIREITO ADMINISTRATIVO

MÁRIO MASAGÃO

333 págs. — encadernado — 1968

4.ª edição de uma das obras consideradas clássicas no estudo do Direito Administrativo.

Inteiramente revista e adaptada ao direito positivo, com as alterações posteriores à Constituição de 1967.



EDITORA
REVISTA DOS
TRIBUNAIS

Rua Conde do Pinhal, 78

— 01501 — São Paulo — SP