

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO

Roy Reis Friede

Da Representação na Ação Direta

(Princípio da Disponibilidade e da Vinculação à
Luz da Constituição Federal de 1967)

Dissertação de Mestrado apresentada
no Departamento Jurídico da Faculdade
de Direito da Universidade Federal
do Rio de Janeiro como parte
dos requisitos para obtenção do título
de Mestre em Direito

Orientador: Professor Dr. Olivéiros Lessa Litrento

Rio de Janeiro, 5 de agosto de 1989

UFRJ

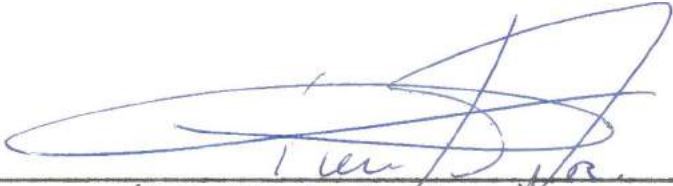
(ANEXO)

DA REPRESENTAÇÃO NA AÇÃO DIRETA
(Princípio da Disponibilidade e da Vinculação à
Luz da Constituição Federal de 1967)

Tese submetida ao corpo docente do curso de Pós-Graduação da Fa
culdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro /
como parte dos requisitos necessários à obtenção do grau de Mestr
e.

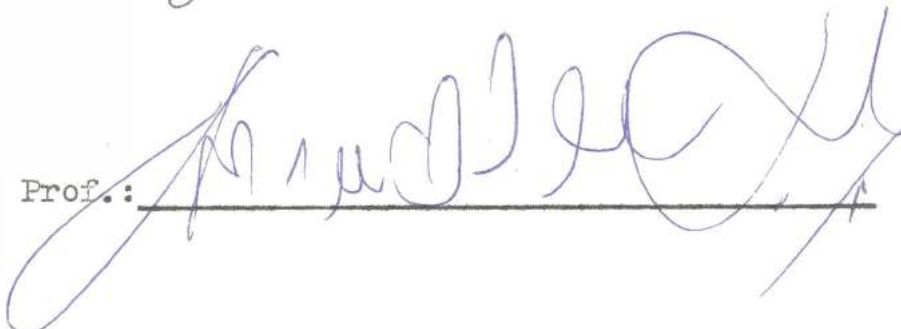
Professor Oliveiros Lessa Litrento (orientador)

Aprovada por:

Prof.: 

(Presidente da Banca)

Prof.: 

Prof.: 

Rio de Janeiro, RJ - Brasil

Fevereiro de 1990

Roy Reis Friede

Da Representação na Ação Direta

(Princípio da Disponibilidade e da Vinculação à
Luz da Constituição Federal de 1967)

Ago. 1989

Sumário:

I. Introdução

1. Introdução

II. Da Inconstitucionalidade e seu Controle

1. Do Controle da Constitucionalidade dos Atos Normativos

1.1. Dos Sistemas de Controle

1.2. Formas de Controle da Constitucionalidade Preventivo e Repressivo.

1.3. Meios de Controle (Repressivo) da Inconstitucionalidade

1.3.1. Por via de Exceção (ou Defesa)

1.3.2. Por via de Ação Direta

1.3.2.1. Ação Direta Interventiva

1.3.2.2. Ação Direta Genérica

2. Evolução do Controle da Constitucionalidade das Leis no Brasil

3. Objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade

3.1. Conceito de Lei e Ato Normativo para efeito de controle

III. Da Representação do Procurador-Geral da República (PGR) por Ação Direta de Inconstitucionalidade

1. Da arguição de Inconstitucionalidade da Lei em tese

2. Da Legitimidade ativa do PGR

2.1. Legitimação Extraordinária

3. Da Representação e do Direito de Ação do PGR

3.1. Princípio da Disponibilidade e da Vinculação

3.1.1. Principais Correntes e Divergências Doutrinárias

3.1.2. Exegese das Normas Constitucionais e Infra-Constitucionais pertinentes

3.1.2.1. A aplicação das Regras e Métodos de Interpretação aos Dispositivos Pertinentes

3.1.3. Situações Análogas de Representação ao "Parquet"

3.1.4. Críticas à Posição Eclética

IV. Inovações Trazidas com a Promulgação da Constituição Federal de 1988

1. Principais Inovações

1.1. Da Inconstitucionalidade por Omissão

1.1.1. Aspectos Práticos - Processuais da Arguição de Inconstitucionalidade por Omissão

1.2. Das Alterações Quanto à Legitimidade Ativa

1.2.1. O Novo Ordenamento Constitucional à Luz dos Princípios da Disponibilidade e da Vinculação

1.2.2. Natureza Jurídica da Representação na Ação Direta de Arguição de Inconstitucionalidade

1.2.3. Da Legitimação Ativa do PGR e das Demais Pessoas e Órgãos Previstos no Art. 103 da CF/88

1.2.4. Da Obrigatoriedade

1.2.4.1. Do Direito de Ação

1.2.4.2. Do Princípio da Obrigatoriedade

1.2.5. Das Alterações na Redação da Lei nº 4337/64

V. Da Arguição de Inconstitucionalidade no Direito Comparado

1. Da Arguição de Inconstitucionalidade em Outros Estados Nacionais

1.1. Da Arguição de Inconstitucionalidade na Alemanha

1.2. Da Arguição de Inconstitucionalidade no Chile

1.3. Da Arguição de Inconstitucionalidade na China

1.4. Da Arguição de Inconstitucionalidade em Cuba

1.5. Da Arguição de Inconstitucionalidade na Espanha

1.6. Da Arguição de Inconstitucionalidade na França

1.7. Da Arguição de Inconstitucionalidade na Guiné-Bissau

- 1.8. Da Arguição de Inconstitucionalidade na Itália
- 1.9. Da Arguição de Inconstitucionalidade no Japão
- 1.10. Da Arguição de Inconstitucionalidade no México
- 1.11. Da Arguição de Inconstitucionalidade no Paraguai
- 1.12. Da Arguição de Inconstitucionalidade em Portugal
- 1.13. Da Arguição de Inconstitucionalidade na Suíça
- 1.14. Da Arguição de Inconstitucionalidade na URSS
- 1.15. Da Arguição de Inconstitucionalidade no Uruguai
- 1.16. Da Arguição de Inconstitucionalidade na Venezuela

VI. Conclusões

1. Principais Conclusões

VII. Bibliografia

1. Principais Referências Bibliográficas

Meus agradecimentos

Ao Professor Orientador Dr. Oliveiros Lessa Litrento

I. Introdução

1. Introdução

O controle da Constitucionalidade das Leis (1), como bem sabemos, resulta exatamente da compatibilidade vertical formal (2) e material (3) do sistema normativo.

Controlar a constitucionalidade de ato normativo significa, nas palavras do Prof. Dr. Michel Temer, precisamente "impedir a subsistência da eficácia(4) de norma contrária a Constituição" (5).

Sob essa ótica, pressupõe o controle da constitucionalidade, necessariamente, a supremacia da Constituição, como a existência de um escalonamento normativo, onde a Constituição Federal (CF) se situa precisamente como o ápice do sistema.

O controle da constitucionalidade das leis e dos atos normativos, de modo geral, está também intimamente ligado à noção de rigidez constitucional (6) vez que, de fato, é somente nas constituições rígidas (6.1) que se verifica a superioridade da norma constitucional em relação àquela produzida pelo órgão constituído. O fundamento do controle repousa, assim, exatamente, no fato de que nenhum ato normativo oriundo do poder legislativo ordinário pode efetivamente alterar a norma constitucional que se originou, uma última análise de um poder soberano, originário, ilimitado e incondicionado: o poder constituinte. (7) (8)

(1) e de atos normativos, de modo geral.

(2) que ocorre quando as normas são formadas por autoridade competente ou em conformidade com o próprio procedimento estabelecido pela Constituição Federal (CF).

(3) que ocorre quando as normas não contrariam preceito expresso ou tácito da Constituição Federal (CF).

(4) que corresponde especificamente a um dos quatro planos da teoria da nulidade do ato jurídico (gênero do qual é espécie

o ato normativo); a saber o plano da existência (que por, sua vez, corresponde à presença efetiva dos quatro elementos básicos do ato jurídico - forma, agente, vontade e objeto); o plano da validade (que diz respeito a requisitos dos elementos de existência a saber: forma prescrita ou não vedada em lei, capacidade do agente, vontade não viciada e licitude do objeto); o plano da vigência (condicionante de ordem temporal), que nas doudas palavras do Prof. Hans Kelsen, corresponde a uma pré - condição da eficácia - Kelsen, Hans - "Teoria Pura do Direito") e finalmente o próprio plano da eficácia (que corresponde à aptidão do ato jurídico para produzir os efeitos colimados).

(5) Michel Temer - Elementos de Direito Constitucional, pág. 28 .

(6) as constituições, quanto ao processo de reforma, reputam-se em três tipos fundamentais: a) flexíveis; onde não se exige processo especial para a reforma de seus dispositivos (normalmente é o caso das Constituições não escritas (costumeiras) ; Exceção, apenas, ao Estatuto Albertino na Itália que foi uma constituição escrita, porém flexível); b) semi-rígidas; onde se exige procedimento especial para a reforma de dispositivos formalmente constitucionais (caso da Constituição Imperial de 1824); e c) rígida; onde se exige um procedimento especial diferente e mais difícil que o legislativo ordinário para a reforma (emenda) de suas disposições (como é o caso de nossa atual e vigente constituição, consoante a própria disposição expressa do art.47 § 1º).

(6.1) Como bem adverte o Prof. Dr. Santi Romano (ob.cit. pág. 390/91).

"Nos Estados que possuem constituição flexível, essa verificação é excluída. Mesmo quando se considera limitado o poder Legislativo, os seus limites não são absolutos, mas removíveis por este próprio poder e, portanto, a sua inobservância não torna inconstitucional a lei. A isto se acrescenta que nestes Estados não existem tribunais cuja competência seja determinada de modo a permitir-lhes julgar de "legibus": o poder Judiciário ordinário e as jurisdições especiais, no que se refere aos atos de direito público, podem estender o seu controle sobre atos do poder Executivo ou sobre aqueles de outro poder que tenham caráter administrativo, mas não sobre atos legislativos. Na França, essa incompetência era explicitamente afirmada por um decreto de 16.8.1790, segundo o qual "les tribunaux ne pourront prendre directement ou indirectement aucune part à l'exercice du pouvoir Législatif, ni empêcher ou suspendre l'exécution des décrets du Corps législatif, sanctionnés, par le roi, à peine de forfaiture".

Nos demais Estados o mesmo princípio se deduz do fato de que a competência dos tribunais, antes limitada às controvérsias de direitos civil e penal, estendeu-se, mas não além das matérias mencionadas"

Também é sua lição que:

"Nos Estado que possuem constituição rígida nem sempre é admitido o controle jurisdicional sobre a constitucionalidade intrínseca das leis, de maneira que na Europa só nos últimos tempos é que o encontramos nas constituições ou na jurisprudência de alguns Estados. Em outras ordenações, pelo contrário, como na belga, esse controle é considerado adverso ao princípio da divisão dos poderes; em outro, como na federação da Suíça, negá-se que o Tribunal federal tenha autoridade para anular leis que, votadas pela Assembléia, e algumas vezes adotadas pelo povo com o referendun, devem ser consideradas como tendo recebido a sanção popular: é exato que se considere como verificável pelo Tribunal federal a constitucionalidade das leis dos cantões, não obstante possam ser submetidas a "referendun". Nos Estados Unidos da América, pelo contrário, a Corte federal pode declarar inconstitucionais as leis emanadas pelo Congresso e, em geral, os tribunais, se considerarem inconstitucional uma lei invocada pelas partes, podem recusar-se a aplicá-la. Seguem os mesmos princípios os demais Estados americanos que imitaram a constituição daquele país. Em substância, há possuidores de constituição rígida, em que os tribunais têm competência para aplicar e interpretar as leis ordinárias, mas não a constituição, logo não podem julgar inconstitucionais as primeiras; há outros Estados, entretanto, onde os tribunais têm uma competência que não está limitada neste sentido, podendo interpretar e aplicar tanto a constituição como as leis ordinárias, devendo ater-se à primeira se estas últimas, que deverão conformar-se aquela, a contrariarem".

(7) o poder constituinte reputa-se soberano porque é a própria expressão da soberania nacional; originário porque dele se origina a nova ordem jurídica fundamental e todos os demais poderes do Estados que serão constituídos; ilimitado porque não está adstrito a nenhuma regra jurídica anterior de direito positivo; e incondicionado porque não se subordina a nenhuma condição prévia para seu exercício.

(8) como consequência da teoria das Constituições rígidas surge o que se denomina supralegalidade constitucional (Wilson Accioli, Instituições de Direito Constitucional, pág. 45) .

1. Introduction

Le contrôle de la Constitutionnalité des Lois (1), comme on le sait bien, résulte exactement de la compatibilité formelle (2) et matérielle (3) du système normatif.

D'après les paroles de M. le Professeur Docteur Michel Temer, contrôler la constitutionnalité de l'acte normatif signifie précisément "empêcher la subsistance de l'efficacité (4) de la norme contraire à la Constitution (5).

Sous cet angle, le contrôle de la constitutionnalité présuppose, nécessairement, la suprématie de la Constitution, en tenant compte d'un échelonnement normatif où la Constitution Fédérale (C.F.) se situe précisément comme l'apogée du système.

D'une façon générale, le contrôle de la constitutionnalité des lois et des actes normatifs est aussi intimement lié à la notion de rigidité constitutionnelle (6), dans la mesure où, en fait, c'est seulement dans les constitutions rigides (6.1) que l'on vérifie la supériorité de la norme constitutionnelle par rapport à celle faite par le pouvoir constitué. Donc, le fondement du contrôle repose exactement sur le fait qu'aucun acte normatif venu du pouvoir législatif ordinaire peut, effectivement, changer la norme constitutionnelle, qui a eu comme berceau, en réalité, un pouvoir souverain, originaire, illimité et inconditionné: le pouvoir constituant (7) (8).

(1) et des actes normatifs, d'une façon générale.

(2) qui arrive quand les normes sont faites par une autorité compétente ou en accord avec le procédé établi par la Constitution Fédérale (C.F.)

(3) qui arrive quand les normes ne vont pas contre le précepte exprimé ou tacite de la Constitution Fédérale (C.F.)

(4) qui correspond spécifiquement à un des quatre plans de la théorie de la nullité de l'acte juridique (genre auquel l'acte juridique appartient); à savoir: le plan de l'existence (lequel à son tour, correspond à la présence effective des quatre éléments constitutifs de l'acte juridique forme, agent, volonté et objet); le plan de validité (relatif à des éléments de l'existence, à savoir: forme prescrite ou pas défendue en loi, capaci

té de l'agent, volonté non viciée et licitude de l'objet); le plan de validité (facteur de nature temporelle), lequel, dans les sages paroles du Professeur Hans Kelsen, correspond à une pré-condition d'efficacité - Kelsen, Hans - Théorie Pure du Droit - et, finalement, le plan de l'efficacité (qui correspond à l'aptitude de l'acte juridique à produire les effets voulus).

(5) Michel Temer - "Elementos do Direito Constitucional", page 28.

(6) quant aux procès de réforme, les constitutions se classifient en trois genres fondamentaux:

a) flexibles, où le procès spécial n'est pas exigé pour la réforme de ses dispositifs (c'est, normalement, le cas des Constitutions non-écrites (habituelles). Exception faite seulement du Statut Albertino en Italie (qui a été une constitution écrite, mais flexible); b) semi-rigides, où l'on exige un procédé spécial pour la réforme des dispositifs formellement constitutionnels (c'est le cas de la Constitution Impériale de 1824), et c) rigides, où l'on exige un procédé spécial différent et plus difficile que le législatif ordinaire le ferait, pour la réforme de ses dispositions (notre Constitution actuelle, d'après les dispositions trouvées dans l'article 47 §1er.).

(6.1) Comme avertit le Professeur Dr. Santi Romano (oeuvre citée, page 390/91):

" Les Etats qui ont une constitution flexible, n'ont pas besoin de cette vérification. Même quand le Pouvoir Législatif est considéré limité, ses limites, ses limites ne sont pas absolues, mais remuables par lui-même et, donc, sa non observance ne transforme pas la loi en quelque chose d'inconstitutionnel. A cela on ajoute que, dans ses Etats, il n'y a pas des tribunaux dont la compétence soit déterminée de façon à leur permettre de juger de legibus: le Pouvoir Judiciaire ordinaire et les juridictions spéciales en relation aux actes de droit public peuvent contrôler les actes du Pouvoir Exécutif où ceux d'un autre pouvoir qui possède une caractéristique administrative, mais pas les actes législatifs. En France, cette incompétence était affirmée de façon explicite par un décret daté de 16.8.1790, d'après lequel: "les tribunaux ne pourront prendre directement ou indirectement aucune part à l'exercice du Pouvoir Législatif, ni empêcher ou suspendre l'exécution des décrets du Corps législatif, sanctionnés, par le roi, à peine de forfaiture". Dans les autres Etats, le même principe se déduit du fait que la compétence des tribunaux qui auparavant était limitée aux controverses des droits civil et pénal, s'est étendue, mais pas au-delà des matières mentionnées".

Ainsi on apprend que:

"Dans les Etats qui ont une constitution rigide on

n'admit pas toujours le contrôle juridictionnel sur la constitutionnalité intrinsèque des lois, de telle façon que, en Europe, on ne le trouve dans les constitutions ou dans la jurisprudence de quelques Etats que dernièrement. Par contre, dans d'autres ordinations, comme par exemple la belge, ce contrôle est considéré contraire au principe de la division des pouvoirs; dans un autre Etat comme la Confédération Helvétique, il est nié au Tribunal Fédéral l'autorité pour annuler les lois qui, votées par l'Assemblée et parfois adaptées par le peuple en referendum, doivent être considérées comme ayant reçu la sanction populaire, il est exact que l'on considère comme vérifiable par le Tribunal Fédéral la constitutionnalité des lois cantons, malgré le fait qu'elles puissent être soumises "au referendum".

Par contre, aux Etats Unis d'Amérique, la cour fédérale peut déclarer inconstitutionnelles les lois venues du Congrès et, en général, si les tribunaux considèrent une loi invoquée par les parts comme inconstitutionnelle, ils peuvent refuser son application. Les mêmes principes sont suivis par les autres Etats américains qui ont imité la constitution de leur pays. En substance, il y a ceux qui possèdent une constitution rigide, où les tribunaux ont la compétence pour appliquer et interpréter les lois ordinaires, mais pas la constitution elle-même, donc ils ne peuvent pas juger inconstitutionnelles les premières; par contre, il y a d'autres Etats où les tribunaux ont une compétence qui n'est pas limitée en ce sens, pouvant interpréter et appliquer ainsi bien la constitution que les lois ordinaires, devant se tenir à la première, si les dernières qui devront se conformer à celle-là, le font.

(7) le pouvoir constituant est réputé souverain, parce que c'est l'exact expression de la souveraineté nationale; originaire, parce que c'est de lui qui s'origine le nouvel ordre juridique fondamental et tous les autres pouvoirs de l'Etat qui seront constitués; illimité, parce qu'il ne se soumet à aucune règle antérieure du droit positif; et inconditionné, parce qu'il n'est soumis à aucune condition préalable pour être exercé.

(8) comme conséquence de la théorie des Constitutions rigides, il arrive qu'on le dénomme supralegalité constitutionnelle (Wilson Accioli - Introduções de Direito Constitucional, page 45).

II. Da Inconstitucionalidade e seu Controle

1. Do Controle da Constitucionalidade dos Atos Normativos:

Segundo ensinamentos do Douto Prof. Lúcio Bittencourt (9), a análise mais acurada e profunda das várias maneiras pelas quais o conflito vertical do sistema normativo(10) pode vir a manifestar-se, mostra que a inconstitucionalidade decorre, sempre, de uma, das quatro seguintes situações:

- a. desrespeito à forma prescrita;
- b. inobservância de condição estabelecida;
- c. falta de competência do órgão legiferante;
- d. violação de direitos e garantias individuais

Black (11), por seu turno, apenas indica três formas básicas e fundamentais de violação, afirmando que, necessariamente, devam ser apontados uma "proibição", "exigência" ou "garantia" que o ato tenha violado.

As duas colocações não são, a nosso juízo, conflitivas podendo, até mesmo, ser entendidas como complementares; parecendo-nos, tão somente, que a lista oferecida pelo primeiro autor seja mais específica e, ao mesmo tempo, tão abrangente quanto o elenco ofertado por Black.

O Prof. Lúcio Bittencourt, em seu livro "O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis" (ob. cit., pág.71 a 90) procurou apresentar um exame detalhado de cada uma das quatro situações ou manifestações típicas de inconstitucionalidade, por nós citadas, com suas características intrínsecas e extrínsecas.

Não é nosso objetivo neste trabalho repetir, com a mesma profundidade, as doudas lições do mestre, com as quais previamente concordamos. Mas, apenas, registrar estas referidas formas básicas de manifestação de inconstitucionalidade, como bem assim, apresentar a princípio da presunção de constitucionalidade (12) que milita sempre em favor dos atos emanados pelo Congresso Nacional.(13).

O que, aliás, não poderia ser, de forma distinta, uma vez que ao Parlamento, tanto quanto ao Judiciário, cabe a interpretação do texto constitucional (14) e sua verificação prévia (preventiva) da conformidade com o ato normativo que está sendo posto em vigor.

(9) Prof. Lúcio Bittencourt. O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das leis, pág.71.

(10) conflito hierárquico do sistema normativo, portanto ; uma vez que o conflito denominado horizontal resolve-se pela hermenêutica, através do processo de interpretação.

(11) citado por Lúcio Bittencourt, ob.cit., pág.71/72.

(12) presunção relativa "iuris tantum".

(13) como sendo também especificamente por cada uma de suas "casas": Senado Federal (resoluções previstas no art.42 CF) e Câmara dos Deputados (resoluções previstas no art.40 CF) e ainda por outros órgãos legislativos dos Estados-Membros e Municípios (relativas às leis estaduais e municipais) de maneira geral.

(14) no sentido especial, vez que o Legislativo, em regra geral, não é aplicador da norma jurídica.

1.1 Dos Sistemas de Controle

Doutrinariamente, existe a possibilidade de ser realizado o controle da constitucionalidade através de três sistemas fundamentais: (15) a) o sistema político (16) (17) (18) ; b) o sistema jurisdicional (19) e; c) o sistema misto (20) .

O sistema adotado no Brasil, como pela maioria das nações portadoras de constituições rígidas, é, sem dúvida, o controle jurisdicional, executado, com exclusividade, pelo Poder Judiciário.

1.2 Formas de Controle: Preventivo e Repressivo

As formas de controle não se confundem, em nenhuma hipótese, com os sistemas de controle e por sua vez com os meios de controle.

Sistemas de controle dizem respeito à natureza do órgão que incumbe fazer efetivamente o controle.

Formas de controle, por outro lado, referem-se ao momento em que se realiza o controle.

Finalmente, os meios de controle são relativos aos critérios orgânicos e formais pelos quais se realiza o controle da constitucionalidade dos atos normativos.

As formas de controle, sob essa ótica, podem ser então do tipo preventivo (21) ou do tipo repressivo ou posterior(22).

(15) Relativo à natureza do órgão que incumbe realizar o controle.

(16) Cujas essência assenta-se na noção de que o órgão controlador deve ocupar posição superior no Estado e deve ser distinto dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

(17) Essa concepção tem seu baluarte na França onde foi criado em 1958 em Conselho Constitucional.

(18) Na prática mundial, entretanto, o controle político é realizado, de fato, pelo poder legislativo e executivo.

(19) Exclusivo do órgão jurisdicional (poder judiciário) como na maioria dos Países, inclusive o Brasil.

(20) Político + jurisdicional. Há, ainda, quem insista em argumentar que é este o sistema adotado pelo Brasil, sobretudo face a existência de um possível controle preventivo realizado através da Comissão de constitucionalidade e justiça (controle legislativo - por meio de parecer) ou através do Presidente da República, Governador ou Prefeito (controle do executivo - por meio do veto).

Discordamos, contudo, desse ponto-de-vista face ao argumento - para nós insuperável - de que tanto o parecer como o veto não são dados em caráter definitivo.

Na verdade, o sistema brasileiro é essencialmente jurisdicional (exclusivo do poder judiciário) não tendo os demais poderes do Estado nenhuma participação expressiva. O próprio Senado Federal, nesta matéria, nada efetivamente decide.

Também, a próprio CF vigente expressamente estipula que "nenhum conflito pode deixar de ser apreciado pelo Poder Judiciário". (art.153 § 4º CF).

(21) A forma preventiva é exatamente aquela realizada antes da norma jurídica revestir-se desta qualidade; ou, em outras palavras, antes do projeto de lei (ou ato normativo) transformar-se em lei.

Em nosso país, este controle é realizado pelo poder legislativo através da comissão permanente de constitucionalidade e justiça (por meio do parecer) e pelo poder executivo (por meio do VETO). Trata-se, portanto, de controle por sistema político, mas que no Brasil não se reputa como tal face à ausência de força de definitividade tanto no veto como no parecer (ambos podem ser "derrubados").

(22) Que é a forma que se dá quando já existe o ato normativo inconstitucional em vigor.

1.3. Meios de Controle (Repressivos) da Inconstitucionalidade

A doutrina majoritária aponta dois critérios básicos para diferenciar os meios de controle (23) da inconstitucionalidade.

O primeiro é o chamado critério orgânico que, por seu turno, pode ser difuso (24) ou concentrado (25).

O segundo é o convencionado critério formal que, por sua vez, pode ser incidental (26) ou direto (27).

O Brasil adotou, sem a menor sombra de dúvida, o sistema jurisdicional, na forma repressiva e por meio difuso (com critério formal incidental) e também concentrado (com critério formal direto); existindo, pois, o controle jurisdicional da constitucionalidade, por via de exceção (incidental) e por via de ação direta. (28)

(23) Que, no caso brasileiro, como já ressaltamos, são sempre de caráter posterior ou repressivo.

(24) Realizado por qualquer juiz; vez que é essencialmente de caráter jurisdicional e exclusivo do Poder Judiciário (o sistema brasileiro, vale lembrar, adotou o sistema jurisdicional puro).

(25) Reservado a um órgão próprio. No Brasil é reservado à Corte Suprema, ou seja o Supremo Tribunal Federal (STF).

(26) Realizado durante o curso de uma ação em juízo, operando como questão prejudicial. (lei em concreto).

(27) Realizado contra ato normativo em tese. (lei em abstrato).

(28) Diferente, quer quanto aos seus mecanismos quer quanto aos seus efeitos.

1.3.1 Por Via de Exceção (ou defesa).

O controle incidental por via de exceção (ou defesa) supõe a existência prévia de um processo judicial em curso, onde o lesado, em vez de atacar o ato diretamente, limita-se a se defender contra ele no exato momento em que a autoridade tenta submetê-lo à sua aplicação.

Trata-se, portanto, de um controle sobre uma lei ou ato normativo "em concreto", que opera como verdadeira questão prejudicial da principal, em face do prejuízo à parte na aplicação da norma jurídica, reputada inconstitucional em relação ao processo em curso e da conseqüente decisão de mérito da causa litigiosa.

No controle da constitucionalidade por via de exceção, a constitucionalidade não é, de fato, declarada (29) e sim reconhecida pois, como já ressaltamos, trata-se de mera e simples questão prejudicial, cuja decisão, pelo juiz, tão somente suspende a eficácia da lei retroativamente (30) e com alcance somente entre as partes. (31).

Por isso mesmo, é reconhecida pelo próprio juiz da causa principal (32) e para chegar ao S.T.F. depende da interposição de recurso extraordinário (33). (34).

A legitimação pertence sempre às partes no curso de uma ação, sendo, portanto, uma legitimação do tipo ordinária diferente da legitimação extraordinária (35) que caracteriza o controle da constitucionalidade por via de ação direta.

Segundo as regras elencadas no Código de Processo Civil, imediatamente após reconhecida a inconstitucionalidade do ato normativo, encerra-se o incidente processual e prossegue-se o julgamento da causa principal (36), sendo pacífico, também, que não cabe ação cautelar, para sustar e prevenir eventuais prejuízos, ou ação declaratória incidental (37), para declarar a inconstitucionalidade da norma jurídica com efeitos equivalentes à declaração de inconstitucionalidade por via de ação direta.

-
- (29) Diferente, pois, do controle por via de ação direta.
- (30) Desde a ocorrência do fato litigioso; efeito, portanto, "ex tunc".
- (31) Efeito "inter partes".
- (32) Que fez surgir a questão prejudicial.
- (33) E, portanto, da existência dos requisitos excepcionais que permitem a apreciação da causa em caráter extraordinário pelo S.T.F., vez que o Brasil adotou a sistemática da obrigatoriedade apenas do duplo grau de jurisdição; funcionando o S.T.F. como instância extraordinária e nunca em qualidade de Tribunal de 3º grau, como defendem alguns doutrinadores.
- (34) Passando, com sua apreciação, a ter efeitos "erga omnes" e "ex nunc" a inconstitucionalidade, que passa, assim, a ser declarada, equivalendo ao controle por via de ação direta (res salvado, é claro, o efeito retroativo do reconhecimento da in constitucionalidade em relação às partes litigantes).
- É importante ressaltar que as demais pessoas, que não foram partes no processo, só se beneficiam com a resolução do Senado Federal e nunca com a mera decisão do Tribunal.
- (35) Que possui quem requer em juízo em nome próprio, defendendo o interesse alheio (o que somente é possível sempre com pre-visão legal em sentido amplo).
- (36) Art.480 do CPC.
- (37) Uma vez que não houve nenhuma relação jurídica que se tenha tornado litigiosa (art.5º CPC) .

1.3.2 Por Via de Ação Direta

O controle por via de ação direta pressupõe dois tipos fundamentais de ação: a ação direta interventiva (prevista nos arts.10 VI e VII e 11 § 1º da CF) e a ação direta genérica (prevista no art.119 I "I" da CF).

1.3.2.1. Ação Direta Interventiva:

O primeiro tipo refere-se a duas hipóteses básicas, elencadas pela própria constituição. (art.10 VI e VII CF) (38), hipóteses estas em que o Presidente da República não pode decretar a intervenção (39) "ex-officio", sendo exigível a representação prévia do Procurador-Geral da República (PGR) ao Supremo Tribunal Federal (STF). (40).

(38) Art. 10 VI e VII CF "A União não intervirá nos Estados, salvo para: prover a execução de lei federal, ordem ou decisão judiciária e exigir a observância dos seguintes princípios: a) forma republicana representativa; b) temporariedade dos mandatos eletivos cuja duração não excederá a dos mandatos federais correspondentes; c) independência e harmonia dos poderes; d) garantia do Poder Judiciário; e) autonomia municipal; f) prestação de contas da administração; g) proibição ao Deputado Estadual da prática de ato ou do exercício do cargo, função ou emprego mencionados nos itens I e II do art.34 CF, salvo a função de Secretário de Estado.

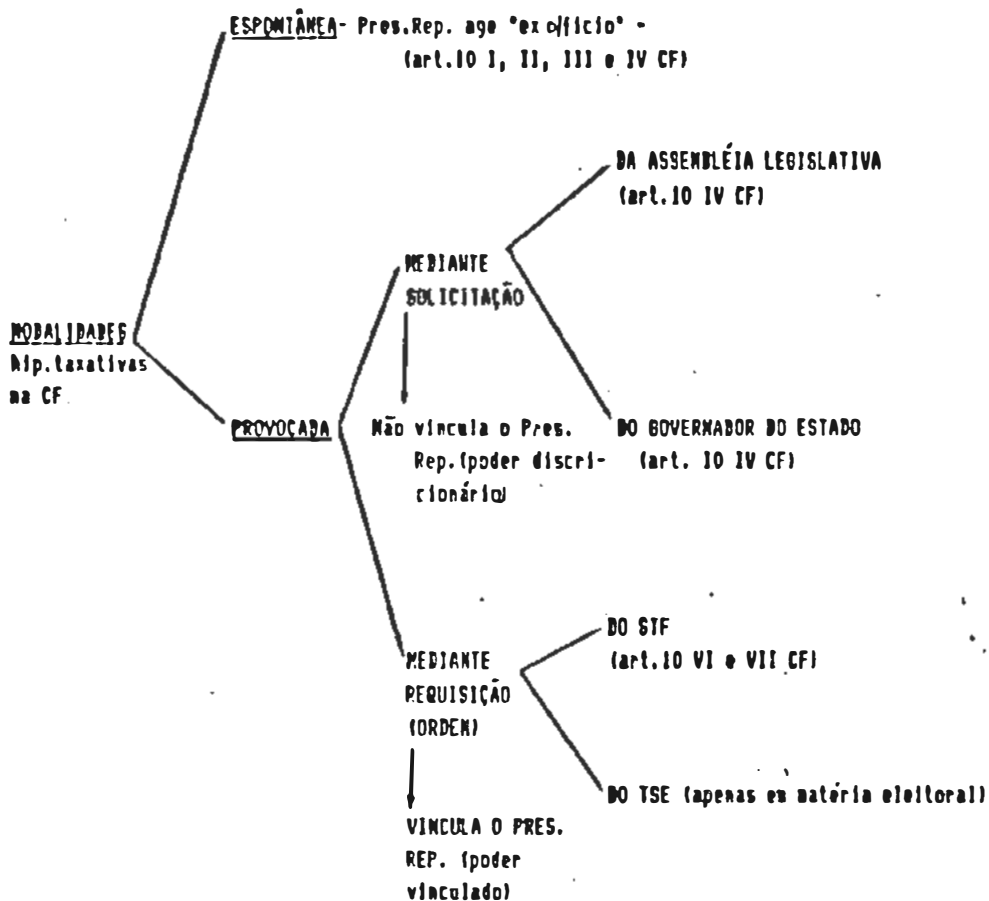
(39) As hipóteses e modalidades de intervenção federal são "numerus clausus" por se tratar de regra excepcional absoluta (exceção ao princípio da autonomia das partes componentes da federação - especialmente dos Estados-Membros) e podem ser de três tipos principais: a) espontânea (onde o Presidente da República age "ex officio") hipóteses dos art.10 I, II, III e V da CF; b) provocada mediante solicitação da assembleia legislativa ou do governador do Estado (onde o Presidente da República não está vinculado, não estando, portanto, obrigado a decretar a intervenção - age discricionariamente) - hipótese do art.10 IV CF c/c art.11 § 1º "a" CF); c) provocada mediante requisição - ordem - do Supremo Tribunal Federal (STF) ou do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) (onde o Presidente da República está vinculado e, portanto; obrigado a decretar a intervenção - age vinculadamente) - hipótese do art.10 VI e

VII CF c/c art.11 § 1º "b" e "c" c/c art.11 § 2º CF.(caso específico do controle da constitucionalidade por via de ação direta interventiva).

(40) Na verdade, neste caso, é o próprio Presidente da República, após o provimento do STF, que suspende a executorieda de da norma estadual declarada inconstitucional (intervenção normativa) (art.11 § 2º CF) e não o Senado Federal (art. 42 VII CF) como no caso da declaração de inconstitucionalidade arguida pela via de exceção (incidental).

A insistência do Estado-Membro em fazer cumprir a lei declarada inconstitucional é que propícia a obrigatoriedade da intervenção federal para manter a federação.

INTERVENÇÃO FEDERAL:



Obs: a intervenção refere-se sempre contra o Poder Executivo e Legislativo
É controverso a possibilidade de intervenção federal no poder Judiciário estadual, cuja competência é sempre residual.

1.3.2.2 Ação Direta Genérica:

O segundo tipo refere-se, exatamente, ao objeto-fim nosso trabalho e tem como propósito a obtenção da invalidação da lei, em tese.

Diferentemente do controle de constitucionalidade por via de exceção, na ação direta genérica não existe um processo e, conseqüentemente, uma lide em curso com um caso concreto a ser solucionado, como questão prejudicial. O objetivo é mais claro e é precisamente expungir, do sistema normativo, a lei (41) que o contraria, independentemente de interesses pessoais e materiais objetivos.

Exemplos deste tipo de controle não são raros e podem ser encontrados em diversas nações como a Suíça (42) e a Áustria (43) e, em nosso continente, o México (44), a Nicarágua (45) e Cuba (46).

O princípio basilar deste tipo de controle repousa na legitimidade exclusiva (47) e extraordinária (48) conferida ao Procurador-Geral da República (49) para propor a ação direta genérica de inconstitucionalidade contra ato normativo "em tese" contrário à Constituição Federal. (50).

(41) Em sentido "latu".

(42) Relativamente aos atos e leis expedidos pelas autoridades, através do Tribunal Federal que conhece dos recursos apresentados por qualquer pessoa, ainda que se trate de incapaz ou estrangeiro, e julgando procedente "erga omnes" o ato considerado inconstitucional.

(43) Cujo "Bundesgerichtshot" possui competência para decretar a inconstitucionalidade de leis estaduais e federais, quando provocado por outro tribunal, pelo governo, ou por qualquer cidadão interessado, operando, diferentemente do sistema brasileiro, efeitos "ex nunc"; ou seja as leis inconstitucionais, de acordo com a Constituição Austríaca, não são atos nulos e sim atos perfeitos e obrigatórios até a decisão do "Bundesgerichtshot."

(44) Constituição de 1917, art.103 e 107. Carta Constitucional de 1857, art.101.

(45) Constituição de 1905, art.93, 3º. A Revolução sadinista não alterou, com profundidade, os preceitos básicos da declaração de inconstitucionalidade por via de ação direta genérica, com a atual constituição de 1986.

- (46) Lei Constitucional de 3 de fevereiro de 1934, art. 38 .
- (47) Conferido pelo art. 119 I "1" da CF, com redação dada pela EC nº 7/77.
- (48) Sempre excepcional, prevista em lei e cuja definição é a de "quem age em nome próprio defendendo interesse alheio" (da coletividade) - substituto processual, portanto.
- (49) Chefe do Ministério Público Federal (que não se confunde com o Ministério Público Federal do Distrito Federal e dos Territórios).
- (50) Também, é possível arguir a inconstitucionalidade da lei municipal em face da Constituição Estadual, através de representação do Procurador-Geral de Justiça (PGJ).

2. Evolução do Controle da Constitucionalidade das Leis no Brasil:

Segundo as doudas lições do Prof. Dr. Paulo Bonavides (ob.cit.pág. 260-64), o advento da declaração de inconstitucionalidade por via de ação direta interventiva e genérica no Brasil ocorreu com manifesto atraso e lentidão:

" Os historiadores constitucionais quase todos coincidem em assinalar a importância da Constituição de 1934 como um expressivo marco na progressão do País, rumo a um controle direto de constitucionalidade.

Com efeito, quatro invocações básicas de teor constitucional configuram a relevante contribuição que a segunda Constituição republicana trouxe ao aperfeiçoamento do nosso modelo de controle de constitucionalidade.

A primeira novidade foi o instituto da maioria absoluta de votos da totalidade dos juizes, como requisito indispensável à declaração, pelos tribunais, da inconstitucionalidade de lei ou ato do poder público.

A segunda, a competência deferida ao Senado Federal para suspender a execução total ou parcial de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, cuja inconstitucionalidade haja sido declarada pelo Poder Judiciário.

A terceira, a provocação do Procurador-Geral da República para que a Corte Suprema tomasse conhecimento da lei federal que houvesse decretado a intervenção da União no Estado-membro, em caso de inobservância de certos princípios constitucionais e lhe declarasse a constitucionalidade.

A quarta, finalmente, a instituição do mandado de segurança "para defesa de direito certo e incontestável, ameaçado ou violado por ato manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade."

Dessas inovações, a que mais importa, com respeito à via de ação, é a terceira, um largo passo dado na direção desse instituto, porquanto, o exame de constitucionalidade pelo Pretório supremo já não ocorreria apenas incidentalmente, no transcurso de uma demanda, (51) mas por efeito de uma provocação, cujo objeto era a própria declaração de constitucionalidade da lei que decretara a intervenção federal.

Com a Carta de 1937, houve um eclipse na evolução do nosso sistema de controle de constitucionalidade. A Constituição do Estado-Novo, autoritária e outorgada, inferiorizou a decisão dos tribunais sobre declaração de inconstitucionalidade ao sujeitar a matéria a um reexame pelo Parlamento. Tal ocorria quando o Presidente da República julgasse a lei "necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta."

Por dois terços de votos de cada uma das Câmaras, o órgão legislativo poderia invalidar a decisão judiciária, fazendo, assim, eficaz, a lei inconstitucional.

A via de ação, ainda a esboçar-se em contornos pouco nítidos, já não constituía, na hipótese, um instrumento de controle judiciário, abandonando, por conseguinte, as linhas que pareciam dantes caracterizar o desdobramento do nosso sistema de verificação de constitucionalidade - sua feição eminentemente judiciária - para se converter numa técnica de controle político, como aliás é da essência da via de ação. Mas controle político unicamente em proveito do Executivo, conforme decorria do Artigo 96 daquela Carta, e não da ordem constitucional, como ocorre nas formas legítimas e normais, em que ele costuma se institucionalizar, por via de ação.

A Constituição de 1946, pondo termo, enfim, ao interregno de retrocesso que fora o período da Constituição de 1937, retomou o caminho aberto pela constituinte de 1934. A lei magna da redemocratização reproduzia, com ligeiras alterações

ções, as novidades que o texto de 34 trouxera em matéria de constitucionalidade, já anteriormente enumeradas.

A semente de um controle, por via de ação, germinava, como em 1934, na legitimação do Procurador-Geral da República em submeter ao exame do Supremo Tribunal Federal um ato que, ferindo princípios constitucionais medulares de nossa organização republicana e federativa, fosse argüido de inconstitucionalidade.

Esses princípios eram os do nº VII do artigo 7º, cuja ofensa ensejava a intervenção federal. (52). A mudança havida em relação a 1934 é que essa intervenção, segundo o texto da nova Constituição, só se decretava após o Supremo haver examinado o ato argüido de inconstitucionalidade.

Durante a vigência da Constituição de 1946 duas importantes leis disciplinaram a matéria de constitucionalidade relativa ao controle estabelecido no parágrafo único do artigo 8º, da salvaguarda dos princípios básicos do nº VII do artigo 7º.

Essas leis foram a de nº 2.271, de 22 julho de 1954 e a 4.377, de 1º de junho de 1964.

Da primeira delas resultou a criação de um novo instrumento processual, a saber, a chamada ação direta de declaração de inconstitucionalidade, verdadeiro ponto de partida para a nova forma de controle - o da via de ação, que se vinha acrescentar à já existente via incidental ou de exceção.

Acontece, porém, que o novo caminho aberto a verificação judiciária da constitucionalidade das leis era deveras apertado, não abrangendo senão atos vinculados a hipóteses de intervenção federal. Um controle respeitante basicamente as leis federais num campo constitucional estreitíssimo.

Do acanhado raio em que ele se circunscrevia, nos dá rápida visão Anhaia de Mello, quando escreve: "Escapavam de

seu campo de incidência os atos federais em geral e os estaduais que não ofendiam os princípios do artigo 7º, inciso VII da Constituição federal, bem como os atos locais que ofendiam a Constituição estadual, além dos municipais." (53).

(52) E, portanto, dizia respeito, especificamente, ao primeiro tipo de ação direta: interventiva.

(53) J.L. Anhaia de Mello, citado por Paulo Bonavides, ob.cit. pag. 263.

Uma profunda mudança introduzida pela Emenda Constitucional nº 16, de 26 de novembro de 1965, alargou o âmbito material do controle por via de ação.

Versando matéria referente à competência originária do Supremo Tribunal Federal, o artigo 2º da Emenda, deu nova redação à alínea K do artigo 101, inciso I, da Constituição de 1946.

Atribuiu-se, desde então, à nossa Suprema Corte, competência para processar e julgar originariamente " a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República:"

A via de ação tomou, em consequência, um perfil definido: toda lei de nosso ordenamento jurídico, a partir da aplicação do novo dispositivo constitucional, poderia ser objeto de um exame de constitucionalidade, mediante uma ação direta ou específica, destinada exclusivamente a liquidar o ponto controverso. A lei em tese, abstratamente, desvinculada da via incidental, era passível, portanto, de verificação de constitucionalidade, sendo competente, para o exercício dessa ação, o Procurador-Geral da República.

A Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional nº 1, de 1969, inseriram dispositivos que conservaram o novo instituto de controle de constitucionalidade por via de ação, introduzido pela Emenda Constitucional nº 16, de 6 de novembro de 1965. (54)."

De qualquer forma, entretanto, o sistema de declaração de inconstitucionalidade de lei "em tese" por via de ação interventiva e, sobretudo, por via de ação genérica já há algum tempo, é uma realidade no Brasil, oferecendo, apesar dos problemas que ainda suscita (55), inegável instrumento por excelência de solução dos conflitos verticais de atos normativos com a Constituição Federal.

(54) É de se observar a esse respeito a alínea "1" do inciso

I do art. 114 da Constituição de 24 de janeiro de 1967, a par da alínea "1" do ítem I do art.119 da EC-1 de 17 de outubro de 1969, ambas com redação de mesmo teor, dando competência ao Supremo Tribunal Federal para processar e julgar originariamente "a representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual".

(55) Serão, por nós, abordados no prosseguimento deste trabalho.

3. Objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade:

Como já fizemos questão de frizar, o objeto da ação direta de inconstitucionalidade (56) é sempre uma lei ou ato normativo "em tese".

Não há portanto, no controle por via de ação direta que se perquirir a existência de uma lide em curso ou até mesmo a existência de algum interesse material ou lesão individual de qualquer cidadão (57). Basta tão somente a própria existência da inconstitucionalidade da lei "lato sensu" ferindo a hierarquia vertical típica do sistema normativo dos Estados (58) que possuem Constituições rígidas.

3.1 Conceito de Lei e Ato Normativo para Efeitos de Controle:

Segundo a sistemática lógica do direito "Romano-Germânico" e, por efeito, do direito brasileiro, ato normativo é um conceito mais amplo do que lei "lato Sensu" (59), sendo espécie do gênero ato jurídico.

A noção básica da organização do direito está, pois, calcada sobre a teoria dos fatos e atos jurídicos.

Segundo esta interpretação, os fatos de um modo geral, podem ser fatos naturais (60) ou jurídicos, dependendo de sua relevância ou não ao mundo jurídico (61).

Os fatos jurídicos por seu turno, podem ser naturais (se decorrentes da própria natureza) ou humanos (produzidos pela ação humana).

Os fatos jurídicos naturais, por sua vez, subdividem-se em ordinários (62) e extraordinários (63).

(56) Seja ela interventiva ou genérica.

(57) Como ocorre na Áustria, cuja Constituição exige prévio interesse do cidadão para legitimar sua arguição ao "Bundesgeri-

chtshof" quanto à inconstitucionalidade de uma lei estadual ou federal. (Lúcio Bittencourt, ob.cit. pag.98).

(58) O Conceito de Estado não se confunde com o de Nação. Estado é uma qualificação do gênero Nação; é especificamente a Nação política e juridicamente organizada e dotada, assim, de Constituição.

Não se confundem também Estado e Estado-Membro. Na verdade, este último é apenas parte integrante do primeiro, dotado de autonomia, não possuindo a característica maior do Estado que é exatamente a Soberania.

(59) Pois, ainda existe um conceito restrito de lei, coincidente com o de lei ordinária (art.46 III CF). O conceito amplo de lei engloba todo o processo legislativo, elencado no art.46 CF (ressalvadas as Emendas Constitucionais que não fazem parte do processo legislativo, não obstante sua inclusão no art.46 CF).

(60) Não-jurídicos ou Naturais propriamente ditos.

(61) Um "raio" que cai sobre uma lancha em alto-mar é um fato de relevância para o mundo jurídico, em face de suas consequências de caráter jurídico. (indenização, responsabilidade, etc.)

(62) Relativos àqueles que ocorrem previsivelmente e periodicamente (nascimento, morte, maioridade e o próprio passar do tempo que pode estar gerando efeitos jurídicos - usucapião, prescrição, decadência, etc.)

(63) Relativos aos eventos imprevisíveis e inevitáveis; como são exemplos a força maior, o caso fortuito e o "factus principes".

Já os fatos jurídicos humanos (64) podem ser divididos, pela classificação clássica quanto a seus efeitos, em fatos jurídicos humanos voluntários (65) e fatos jurídicos humanos involuntários (66) ou ato ilícito.

Os fatos jurídicos humanos voluntários (ou atos jurídicos, "latu sensu", se subdividem, ainda, em ato jurídico, "stricto sensu" e em negócio jurídico (67).

Os atos jurídicos também podem ser classificados como materiais (68) e participativos (69).

Os negócios jurídicos ainda são classificados em unilaterais (receptícios e não-receptícios) (70) e bilaterais ou plurilaterais (71).

Neste contexto, os atos normativos correspondem exatamente a uma espécie do gênero ato jurídico, "lato sensu", ao lado dos atos processuais e administrativos, entre outros, que também reputam-se espécies daquele gênero.

São, neste particular, conceito mais amplo e abrangente do que a lei, podendo ser oriundos de qualquer dos três poderes de Estado: Executivo, Legislativo e Judiciário.

Lei, ao contrário, é necessariamente fruto do poder legislativo e do seu processo correspondente. É, pois, uma das possíveis formas de revestimento externo da norma jurídica (72) que pode ser, quanto à fonte: costumeira (decorrente do costume); legal (decorrente da lei); comercial (decorrente do contrato); jurisdicional (decorrente da Sentença Transitada em Julgado); normativa (decorrente de atos normativos que não leis) e doutrinária e jurisprudencial; apesar de estas serem fontes controvertidas (73).

Quando falamos sobre controle da constitucionalidade, estamos sempre falando de controle da constitucionalidade dos atos normativos, vez que este conceito mais amplo é o que realmente interessa à hierarquia rígida vertical, que é estabelecida pelo nosso ordenamento jurídico.

(64) Também reputados de "ato jurígeno".

(65) Que são precisamente o ato jurídico "lato sensu" ou também denominado ato lícito.

(66) Involuntário no que tange aos efeitos produzidos pelo ato e não desejados: dever de indenizar, por exemplo.

(67) Cujas distinções repousam no fato de que no ato jurídico há a presença de efeitos previstos em lei, os quais o desejo das partes não pode afastar.

É o caso do reconhecimento de filho. Não se pode reconhecer condicionalmente ao não recebimento de herança, por exemplo.

No negócio jurídico, que corresponde precisamente a auto-regulamentação dos interesses privados, ao contrário, há a plena liberdade de se regular os próprios efeitos do ato praticado.

É, exatamente, sobre este fato que os autores costumam afirmar que no negócio jurídico (onde se situa os contratos, por excelência) há maior equiparação entre os efeitos desejados e os efeitos obtidos.

(68) Correspondendo às manifestações do comportamento humano que não se destinam a produzir resultados psíquicos em terceiros - o terceiro toma ou não conhecimento do ato, não sendo necessário que tome. (como é o caso do abandono, da ocupação, da confusão, etc.).

(69) Correspondendo àqueles atos que se destinam ao conhecimento de terceiros e do qual depende a sua eficácia (como é o caso da intimação, notificação, oposição, aviso etc).

(70) Onde há uma só manifestação de vontade (ainda que haja mais de uma parte se manifestando); como é o caso da doação.

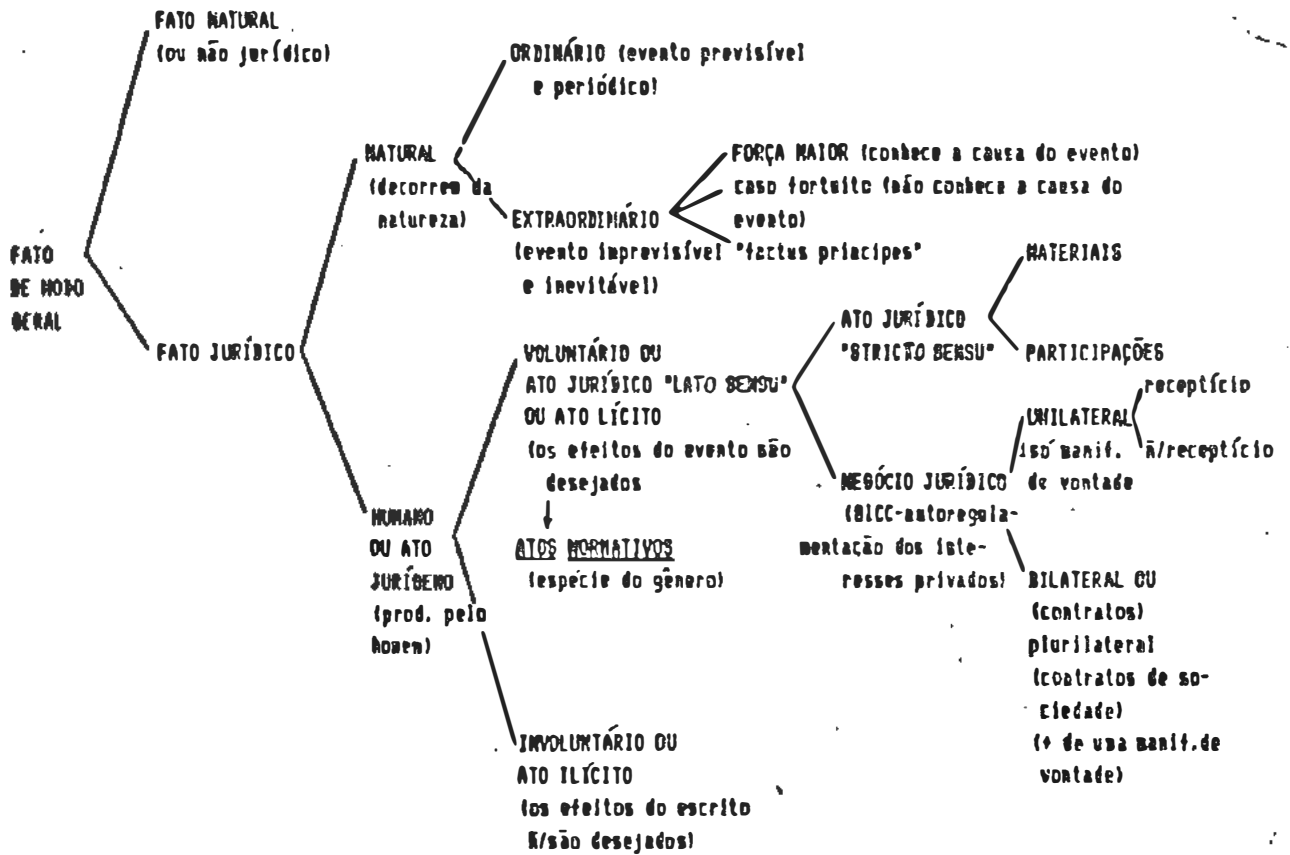
(71) Onde há mais de uma manifestação de vontade (como nos contratos, de modo geral).

(72) Que possui uma estrutura externa ("casca" que pode ser dada pela lei como norma jurídica escrita com origem na autoridade) e no costume - em se tratando de norma jurídica genérica. (Há as normas jurídicas concretas, de efeitos "inter partes" cuja estrutura externa pode ser revestida pela sentença e pelo contrato); uma estrutura interna subdividida em endonorma (comando ou preceito ou seja o interesse protegido) e pelinorma (que corresponde à descrição do injusto e à sanção); e finalmente um conteúdo (que pode ser jurídico ou metajurídico).

(73) A maioria dos autores não as admitem como fontes, uma vez que não são ambas de caráter obrigatório em nossa sistemática.

QUADRO 2

TEORIA DOS FATOS E ATOS JURÍDICOS:



III. Da Representação do Procurador-Geral da
República (PGR) por Ação Direta de Inconstitucionalidade

1. Da Arguição da Inconstitucionalidade da Lei em Tese:

Como bem ensinam o Prof. Dr. Hans Kelsen e o Prof. Dr. Recasena Siches (74), as normas de direito encontram sempre seu fundamento em outras normas jurídicas, encadeando-se de tal forma, a ponto de propiciar o próprio surgimento de um verdadeiro complexo normativo relativamente sofisticado, fora do qual não se pode conceber nenhuma regra de direito.

Por isso mesmo, não se pode tão somente elencar exclusivamente a lei (ainda que em sentido amplo) dentro do complexo normativo do direito. Todos os outros "revestimentos" (75) da norma jurídica também fazem parte e ocupam seus lugares próprios no contexto harmônico do sistema normativo.

É, exatamente, por esta razão que os estudiosos costumam afirmar que as normas jurídicas sempre apresentam-se hierarquizadas dentro de um sistema peculiar. Este tipo traduz a própria lição do Prof. Dr. Goffredo da Silva Telles Junior, Filosofia do Direito (ob.cit.vol.II, pág.474) para o qual "Desde as simples normas contratuais, estabelecidas entre os particulares, até a Constituição Nacional, forma-se, desta maneira, uma autêntica pirâmide jurídica, na qual a juridicidade de cada norma é haurida da juridicidade da norma que a suspende."

Na verdade, aquelas normas que fundam outras normas acabam por ganhar uma inequívoca posição de superioridade e de preeminência, obrigando as normas subordinadas à sua perfeita consonância com as superiores.

A não subordinação, se existente, equipara-se, para todos os fins, com a invalidade jurídica que, por sua vez, assemelha-se com a própria inexistência do direito: com o nada jurídico, com a ausência de efeitos e, conseqüentemente com a própria nulidade. (76) .

Desta forma, e sob esta ótica, inexistente uma lei incons

titucional, uma vez que a inconstitucionalidade de uma lei, de um ato executivo ou jurisdicional é especificamente um caso particular de invalidade dos atos normativos, e também do seu próprio gênero ato jurídico, de um modo geral.

Nosso direito pátrio, entretanto, ainda é controverso a este especial respeito, formando, por efeito, duas grandes e principais correntes a respeito dos efeitos da decisão que declara a inconstitucionalidade por via de ação direta genérica (77) com efeitos "ex tunc". (78) (79).

(74) Ob. cits. - Para o primeiro autor; "o fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma". Para o segundo autor; "una norma vale, dispuesto por otra norma superior".

(75) Tipos de estruturas externas.

(76) BASTOS, Celso Ribeiro, Elementos de Direito Constitucional, pág.79-80 .

(77) A primeira corrente argumenta que a ação é declaratória e a natureza da decisão é também declaratória. Sua linha de argumentação baseia-se no plano da validade, afirmando que a norma jurídica inconstitucional é nula e, assim, jamais produziu efeitos.

A segunda corrente defende a tese de que a ação é declaratória, mas a natureza da decisão é desconstitutiva (constitutiva negativa). Sua ótica recai sobre o plano da eficácia, afirmando que a norma jurídica é válida até o reconhecimento de sua inconstitucionalidade, pelo qual é anulada perdendo sua eficácia. Esta noção e, de certa maneira, defendida por Kelsen e hoje é predominante no STF.

(78) É, hoje, largamente admitido o efeito "ex nunc", até preponderantemente, sob o argumento de que a justiça não visa só o direito mas também a segurança das relações sociais.

(79) Na Itália, e na Alemanha (segundo salienta o Prof. Dr. Mauro Cappelletti, O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado, pág.119) não se admite que as sentenças de inconstitucionalidade emanem a sua eficácia apenas "ex nunc" ou para o futuro. A eficácia da decisão das Cortes Constitucionais nas modernas Constituições européias, como também nos EUA, opera "ex tunc" (retroativamente", para bem resguardar a vontade do povo, titular exclusivo do poder constituinte que originou, enfim, a constituição.

2. Da Legitimidade Ativa do PGR:

O texto constitucional expressamente atribuiu ao Procurador-Geral da República (PGR), Chefe do Ministério Público Federal, a exclusividade da legitimação ativa para o exercício da ação de declaração de inconstitucionalidade em tese(80), significando, assim, ser ele o único titulado a provocar o Poder Judiciário para que este se manifeste sobre a validade jurídica da norma face ao texto constitucional.(81)

Como bem lembra o Prof. Dr. Paulo Roberto de Gouveia Medina, Revista do Direito Público, pág. 169 : "É de ser assinalado que o mesmo arbítrio (82) 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, a competência do STF para suspender tais direitos "mediante representação do PGR".

E, acrescenta: "É importante, no caso, a utilização da mesma terminologia nos dois casos; significando que a representação do PGR é ato seu, praticado ao seu exclusivo critério (83)".

Segundo o Prof. Dr. Michel Temer, "Elementos de Direito Constitucional", pág.33, esta opinião, entretanto, está longe de ser pacífica. "Nem todos os doutrinadores per filiam a tese da legitimidade ativa exclusiva do PGR", não obstante a disposição expressa da Constituição Federal (84).

2.1 Legitimidade Extraordinária:

A questão da legitimação das partes é, exatamente, a de saber, em relação a uma determinada causa (85) quais as pessoas a quem a lei autoriza ou habilita a figurar como parte.

Em regra, a titularidade da ação vincula-se à titularidade do pretendido direito material subjetivo, envolvido na li de (86). Assim e, que "ninguém poderá pleitear, em nome próprio,

direito alheio, salvo quando autorizado por lei" (art.6º CPC).

Portanto, é regra absolutamente excepcional(87), a qualificação legal que autoriza uma pessoa, que não a titular da relação jurídica de direito material a, em nome próprio, figurar no processo como autora.

Quando este fato ocorre, a doutrina, de forma unânime, designa como substituição processual ou, como é mais comum, como legitimação extraordinária.(88).

O problema não se reveste de simplicidade, todavia. Há, pelo menos, quatro tipos básicos de legitimação extraordinária previstas expressamente em nossa atual legislação processual em vigor (vide quadro 4).

A legitimação específica do PGR, prevista pelo art. 119 I "1" da CF, se enquadra, sob essa ótica, como legitimação extraordinária autônoma (89) exclusiva (90); formando o que o Prof. Dr. José Carlos Barbosa Moreira, "Inovações Processuais da EC-7: Representação para Interpretação de Norma Jurídica" Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, pág.41, denomina de pressuposto de natureza subjetiva (91) para a ação de declaração de inconstitucionalidade por via de ação direta genérica.(92)

Sob esta questão, não subsiste qualquer divergência doutrinária digna de menção(93); sendo praticamente pacífica da doutrina e jurisprudência a tese da legitimação extraordinária autônoma exclusiva do PGR, como bem colocamos.

(80) Isto é, desvinculada de qualquer caso concreto cujo deslinde se almeje.

(81) RIBEIRO BASTOS, Celso Seixas, Elementos de Direito Constitucional, pág. 94

(82) Termo empregado, supomos, no sentido de discricionariedade; vez que não se confunde o poder discricionário (que é concedido pela lei e dentro de seus limites) com o poder arbitrário (que nada mais é do que a utilização de poder "de fato" ao "arrepio" da lei).

(83) Tese da discricionariedade absoluta que veremos proxima-mente.

(84) Opinião esta com a qual não podemos, com a devida vênia, concordar. Em face do texto expresso na Constituição, não há qualquer dúvida em relação à legitimidade ativa exclusiva do PGR. O que é discutível, em nossa opinião, são os limites desta legitimidade, uma vez que o PGR é o chefe do Ministério Público (MP) e, assim, indeclinável e incontestemente defensor da So- ciedade - não defendendo jamais seus próprios interesses, mas somente os interesses próprios da coletividade, cujo julgamen- to prévio está acima de suas atribuições -.

(85) "legitimatío ad causam" (legitimação para a condição de exercício da ação), o que não se confunde com a capacidade processual (impropriamente designada como "legitimatío ad pro- cessum").

(86) Humberto Theodoro Júnior, Curso de Direito Processual Ci- vil, pág.83.

(87) Trata-se de uma verdadeira derrogação ao princípio geral estabelecido no art.6º do CPC.

(88) Em oposição a regra da legitimação ordinária do art.6º do CPC.

(89) Não é subordinada porque o PGR pode, sem qualquer provoca- ção, "ex officio" representar ao STF pela via de ação direta genérica.

(90) A CF não permite que qualquer cidadão represente direta- mente ao STF e, somente por intermedio do PGR.

(91) Que se traduz pela iniciativa do PGR, mediante aquilo a que o texto chama "Representação", com terminologia talvez cri- ticável, como veremos adiante.

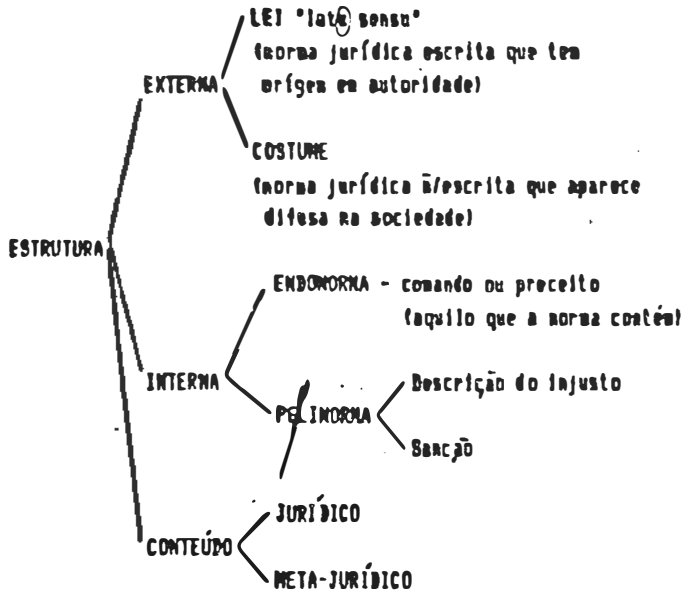
(92) Ao lado do pressuposto de natureza objetiva que se tra- duz no caráter federal ou estadual da norma jurídica cuja in- terpretação se pede (não se admite, portanto, possibilidade de requerer-se o pronunciamento do STF, em tese, sobre o sentido que se deva dar a uma norma jurídica municipal).

(93) E a este respeito nossas desculpas ao Prof. Dr. Michel Te- mer que sustenta posição diametralmente oposta; verbis:"É legi- timado para propor a referida ação direta o PGR. Ninguém mais tem legitimidade para fazê-lo.

A doutrina não é pacífica a propósito deste tema. Nem todos perfilham a tese desta legitimidade exclusiva".Elementos de Direito Constitucional,pág. 33.

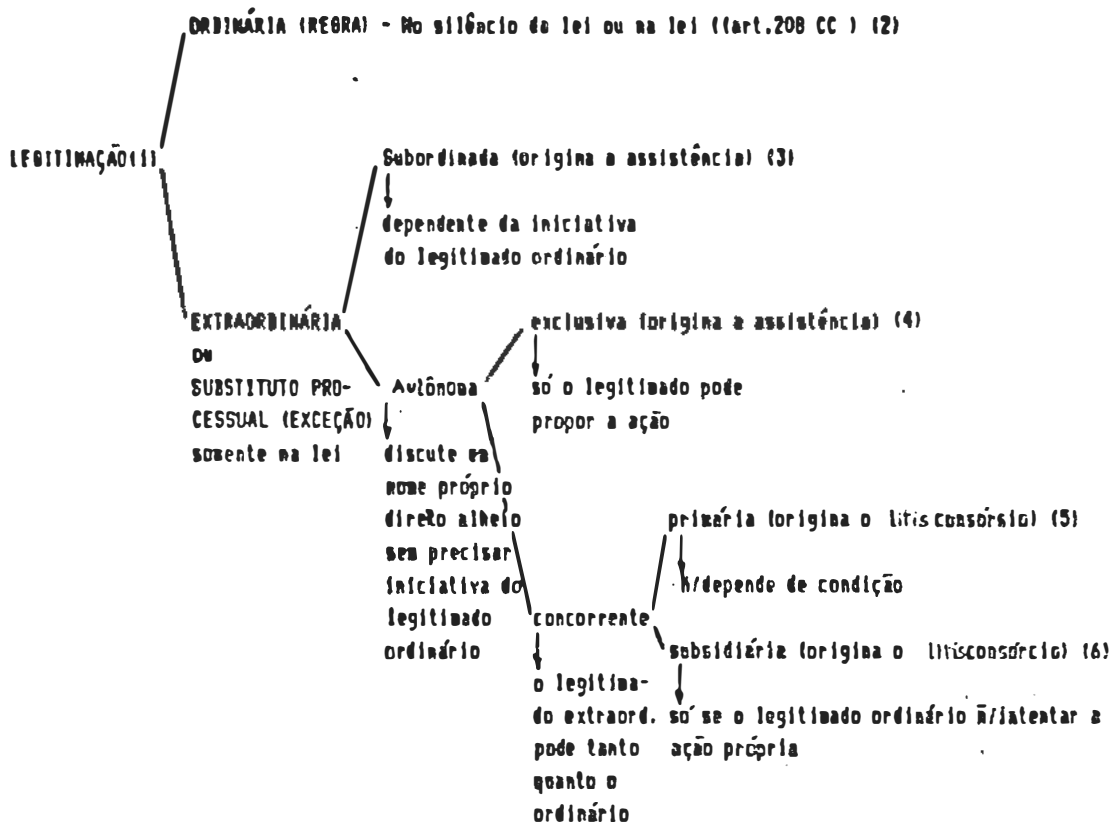
QUADRO 3

ESTRUTURA DA NORMA JURÍDICA:



QUADRO 9

TIPO DE LEGITIMAÇÃO:



OBSERVAÇÕES:

- (1) A ausência de legitimação acarreta na sistemática processual vigente, a extinção do processo sem julgamento do mérito.
- (2) Como no caso da contestação de paternidade e anulação do casamento pedido por um dos cônjuges.
- (3) Como é exemplo a sublocação.
- (4) Como é exemplo marido no regime de bens dotal.
- (5) Como é exemplo o acionista de S/A que com 1/20 do capital pode litigar.
- (6) Como são exemplos a ação penal subsidiária da pública (art.29 CPP) e o art.159 Jo. da lei de S/A (litisconsórcio unitário com dupla conexão).

3. Da representação e do Direito da Ação do PGR:

A lei nº 2271, revogada pela lei 4337, regulou a declaração de inconstitucionalidade por via de ação direta genérica, conferindo ao PGR legitimidade para arguir a inconstitucionalidade de ato normativo, que infrinja alguns dos preceitos assegurados pela Constituição Federal.

O Prof. Dr. Pontes de Miranda, "Comentários à Constituição de 1967", definiu a natureza jurídica desse poder como "representação". "O PGR", assevera, "provoca em representação, o pronunciamento do STF sobre a lei (Constituição Estadual, lei orgânica estadual ou lei estadual ordinária), ou ato, que seja, por si, inobservância dos princípios constitucionais do art. 7º, VII, "a" a "g" da Constituição (94). Não se trata de julgamento político, e sim de julgamento jurídico, como qualquer outro (95)".

Em seus "Comentários" à CF de 1967 o autor ratifica sua posição sobre a representação do PGR, agora, amparado pela própria redação do art. 119 I "1" da CF que assim define a condição e o meio pelo qual se utiliza o PGR para levar ao conhecimento do STF a inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo "em tese". (96)

Entretanto, nem todos os autores perfilham a mesma opinião.

O próprio Prof. Dr. Alfredo Buzaid (97), em seu livro sobre a declaração da inconstitucionalidade, já advertia da impropriedade do termo que, de acordo com a sistemática constitucional brasileira, possui características próprias que são inconfundíveis com o direito de ação. (98).

Acreditamos, com a devida vênia às opiniões em contrário, que toda a razão cabe ao Prof. Buzaid em sua brilhante crítica: "O direito de representar foi atribuído a qualquer um, independentemente de sua capacidade política, e pode ser exercido contra todas as autoridades, desde que pratiquem abuso na

função pública; não pode assim ser identificado com o poder conferido, ao PGR, a fim de pleitear, perante do STF, a declaração de inconstitucionalidade de ato, que ofenda os princípios da Constituição Federal.

Entendemos, portanto, que o poder de submeter o julgamento do STF o ato argüido de inconstitucionalidade representa o exercício de direito de ação, que o art.1º da Lei 2271 (99) atribuiu privativamente ao PGR. (100)

(94) Refere-se a CF de 1946.

(95) Pontes de Miranda, "Comentários à Constituição de 1946", vol I, pag. 488. Opinião também de Kelsen e Calamandrei (ob.cit.).

(96) Ibidem, de 1967, vol IV, pág.43-4

(97) Alfredo Buzaid, "Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade do Direito Civil".

(98) Em verdade, o direito de representação e o direito de ação são espécies do gênero direito de petição (não obstante a redação a técnica do art.153 § 30 da CF); sendo o primeiro exclusivo contra abusos de autoridades e o segundo instrumento, para a realização da defesa de direitos (como é o caso específico da representação por via de ação direta de inconstitucionalidade genérica).

(99) Atual Lei nº 4337 art.1º

(100) Alfredo Buzaid, ob. cit., pág. 103-4.

3.1 Princípio da Disponibilidade e da Vinculação:

A grande divergência doutrinária, no entanto, está longe de rodear a problemática da ação ou da representação e muito menos a dúvida (101) quanto à legitimação extraordinária autônoma do PGR.

O problema repousa, sobretudo, em determinar-se a margem de discricão com que o PGR exerce o seu direito de ação. Em outras palavras, estaria a sua competência informada pelo princípio da disponibilidade ou da vinculação ?

" A controvérsia", como bem lembra o Prof. Bonavides "Direito Constitucional," pág. 264-5 "ecloidiu o STF julgou improcedente uma reclamação do Movimento Democrático Brasileiro - MDB - contra o PGR, por haver este, em despacho, mandado arquivar uma representação que lhe fora dirigida por aquela organização partidária argüindo a inconstitucionalidade do DL-1077/70, que estabelecia a censura prévia na divulgação de livros e periódicos. O STF, em acórdão de 10 de março de 1971, interpretou, com toda a rigidez, a competência exclusiva do PGR tocante a iniciativa da ação direta de inconstitucionalidade.

E salienta, "Desse julgado de nossa Corte Suprema o único voto discordante foi o do Ministro Adauto Cardoso."

A controvérsia girou, basicamente, ao redor deste ponto: É o Procurador-Geral da República, ao tomar conhecimento de inconstitucionalidade argüida em representação que lhe seja encaminhada por qualquer interessado, obrigado a apresentá-la perante o Supremo Tribunal Federal, ou poderá deixar de fazê-lo, determinando de plano o seu arquivamento ?

O entendimento dos que concluíam pela obrigatoriedade repousa no argumento de que se não o fizesse, o Procurador-Ge

ral da República ter-se-ia convertido, ele mesmo, em juiz da representação, usurpando assim a competência daquela Corte.

O Acórdão do Supremo foi, porém, noutro sentido, ao reconhecer que a titularidade da representação é exclusiva do Procurador-Geral da República, conforme se deduz do texto constitucional, e que somente ele possui legitimação ativa para promover a ação direta de inconstitucionalidade em abstrato.

Obrigado, que fosse, a encaminhar ao Supremo toda representação que lhe chegasse às mãos, já não seria titular exclusivo daquela competência, repartida por esse desvio hermenêutico com todos os cidadãos. O papel do Procurador-Geral da República ficaria pois, em larga parte rebaixado ao de mensageiro ou intermediário de representações doutra fonte primária e paralela - qualquer interessado - a quem a Constituição, ao instruir a ação direta de inconstitucionalidade, não concedera a titularidade dessa representação, nem o direito de movimentar aquele controle previsto na competência originária do Supremo.
(102)

(101) Se é que ainda existe.

(102) Paulo Bonavides, "Direito Constitucional", pág. 264-5.

Também como salienta o Prof. T. Brandão Cavalcanti, Do Controle da Constitucionalidade, a controvérsia prosseguiu, com o famoso caso de Pernambuco (representação nº 95) quando o interventor federal(103) naquele Estado encaminhou, por in termédio do Ministro da Justiça, ao PGR, uma representação quan to à validade da substituição do Governador do Estado pelo pre sidente da Assembléia, até o reconhecimento do Governador.

Relembra o Prof. Cavalcanti que:

" Os debates do Tribunal foram extremamente in teressantes porque se aprofundaram na caracterização do que se poderia chamar de competência para atender a consultas através das representações, que se desvirtuariam e deixariam de atender aos seus objetivos."

Disse o Ministro Orozimbo Nonato, a propósito:(104)

"Não há, insistamos, no caso dos autos, simples consulta ao Supremo Tribunal Federal, que não é órgão consultivo, senão judicante, mas a exposição de um conflito de natureza constitucional, elementarmente consti tucional, não ocultando a forma algo dubitativamente das comunicações a ocorrência do tumulto, uma vez que, apesar de promulgada a Constituição, que defere a che fia do Executivo, no caso, e episódicamente, ao Presi dente da Assembléia, o Interventor persiste em continuar a ocupar aquela chefia e o Governo Federal declara abster-se de qualquer providência, antes da deliberação do Judiciário. Tais atitudes apenas encontram explicação em se haver por inconstitucional o texto aludido, embo ra essa convicção se desvele na forma discreta de hesi tação e de dúvida. Por outro lado, a opinião do eminente Sr. Dr. Procurador Geral da República constitui, sem dúvida, dado precioso à solução da controvérsia, por seu prestígio pessoal de publicista, por sua autoridade de doutrinador. Mas, não exclui a postulação da contro vérsia, uma vez que ele tomou formalmente a iniciativa, a que alude o parágrafo único do art.8º da Constituição Federal, isto é, submeteu ao Supremo Tribunal Federal o exame do ato arguido de inconstitucionalidade.

(103) Aqui, já caso de ação de inconstitucionalidade direta inter ventiva.

(104) Edgar Costa, "Os Grandes Julgamentos do STF," pág. 190

3.1.1 Principais Correntes e Divergências Doutrinárias:

A doutrina, com toda a certeza, ainda não se pacificou quanto ao problema da vinculação ou disponibilidade em que age o PGR na representação por via de ação direta genérica e interventiva.

Existem, pelo menos, três grandes correntes a respeito.

A primeira, convencionada por vinculação absoluta, sustenta a tese de que o PGR está obrigado a propor a representação ao STF, sob o argumento de que doutra forma o PGR estaria subtraindo ao conhecimento do Tribunal a apreciação da representação (107).

Esta posição é defendida por inúmeros doutrinadores e estudiosos, entre eles, os Profs.Drs. Temístoles B. Cavalcanti, Pontes de Miranda, Josaphat Marinho, Caio Mario da Silva Pereira, e Paulo Bonavides:

" PGR, quando se trata de representação, apenas opina quando não concorda com o pedido, mas não pode subtrair ao conhecimento do Tribunal e apreciação da representação.

Quem julga é o Tribunal e não o Procurador". (Cavalcanti, Do Controle da Constitucionalidade, pág.115.

"O PGR não foi investido da condição de juiz da representação de inconstitucionalidade suscitada por interessado". (Josaphat Marinho, Inconstitucionalidade da Lei, RDP 12@150 ob.cit.).

" A lei que permite a faculdade de impedir pelo arquivamento da proposição de terceiro, que a questão constitucional seja apreciada pela Corte é inconstitucional. Conviria, contudo, que o Congresso modificasse a lei para devolver ao STF, expressa e designadamente, a competência para apreciar a ação direta em quaisquer circunstâncias".

(Caio Mario da Silva Pereira. Revista da OAB 6/256 - 65 ob. cit.).

"Afigura-se-nos, todavia, que em razão da reelevância da matéria constitucional, deve o PGR encaminhar a representação, ainda que com parecer contrário. De sorte que, em assim procedendo, não subtrairá a matéria arguida de inconstitucionalidade ao conhecimento

da corte e esta, se entender que há no caso representação sem titular, determinará o seu arquivamento". (Paulo Bonavides, ob.cit. pág.265).

A segunda corrente, conhecida por plena disponibilidade argumenta, ao contrário, com a tese de que o PGR age com total discricionariedade (livre apreciação), sustentada pela própria legitimidade extraordinária autônoma exclusiva que possui o PGR para representar ou não ao STF pela inconstitucionalidade de lei "em abstrato".

Esta opinião perfilham, entre outros, os Profs. Drs. José Carlos Barbosa Moreira; Alfredo Buzaid; Lúcio Bittencourt; e Eduardo Seabra Fagundes:

" Há (108) um pressuposto de natureza subjetiva , que é a iniciativa do PGR..." . (José C. B. Moreira. ob. cit. pág.41).

"Um exame superficial pode levar a crer que o Procurador, havendo representação da parte interessada, deva sempre e necessariamente arguir a inconstitucionalidade. Mas esta interpretação não se compadece com a natureza de sua função. O PGR só deve arguir a inconstitucionalidade, quando disso estiver convencido".(Alfredo Buzaid, ob. cit. pág.110).

" A propositura da representação depende de sua decisão (109)". (Bittencourt, ob.cit.)

"Que, embora privativa do PGR, pelos textos vigentes, a faculdade de arguir "in abstracto", perante o STF, a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, poderá o legislador, ao definir as obrigações da Procuradoria-Geral, determinar-lhe a propositura da representação em determinados casos definidos em lei". (cit. por Victor Nunes Leal; Revista do Direito Público, pág.26).

A terceira corrente, finalmente, sustenta posição eclética: quando a representação é formalizada por pessoa física ou pessoa jurídica de Direito Privado prevalece o poder discricionário (disponibilidade absoluta) do PGR. Já, quando a representação é formalizada por pessoa jurídica de Direito Público prevalece o poder vinculado do PGR (110).

O grande problema desta linha de pensamento, entretanto, é o próprio óbice de natureza processual; uma vez que não há dispositivo processual, ou mesmo constitucional, que permita esta distinção e pressuponha, ainda a legitimação de pessoa de direito público (111).

De qualquer forma, muitos estudiosos defendem esta corrente, entre eles, os Profs.Drs.Paulo Roberto de Gouvea Medina, Celso S.R. Bastos, e Michel Temer:

"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.

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.

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 caberia 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. Justifica-se a imperatividade do encaminhamento de representações da União, dos Estados de autarquias e de partidos políticos. Quanto

as pessoas de direito privado que não têm interesse, ou direito lesado e ação direta, dependeria, para seu início, de decisão do Procurador-Geral com recurso ao Supremo Tribunal Federal."

(Paulo R. de G. Medina, ob.cit., pág. 167-8).

"Temos para nós que a solução do problema não pode ser encontrada pela interpretação estrita dos dois únicos dispositivos constitucionais que tratam da ação direta, nem muito menos pela exegese das normas infraconstitucionais (arts. 1º e 2º da Lei n.4337, de 1º. 6. 1964 e 174 do Regimento do STF), porque isto equivaleria a pretender desvendar a vontade constitucional a partir da vontade do legislador ordinário, e não o contrário, que, de resto, é a atitude correta: a compreensão da lei comum, segundo os grandes princípios fixados em nível constitucional.

A visualização ampla do nosso sistema jurídico-político-constitucional, consagrando a federação e a tripartição dos Poderes, informada pela independência e harmonia em que devem conviver esses três órgãos de explicitação da vontade estatal, acolhendo, ainda, a rigidez constitucional, a fim de, entre outros objetivos, preservar essa mesma independência, e ademais, institucionalizando um remédio judicial assecuratório dessa complexa mecânica, leva-nos fatalmente, a concluir pela inviabilidade de deixar-se inteiramente ao critério de um órgão, se bem que de elevada hierarquia, mas, ainda assim um órgão do Poder Executivo, a ele submetido, e seu ocupante demissível "ad nutum", a chave controladora do mecanismo deflagrador da ação de inconstitucionalidade.

Não é, assim, a competência para exercer a ação direta, um cheque em branco conferido ao Chefe do Ministério Público. De resto, convém notar, nenhum direito deferido aos agentes públicos se submete a um tal regime, de desvinculação das finalidades em vista das quais ele foi instituído.

O que existe, isto sim, é uma outorga de certa margem de apreciação subjetiva do agente quanto à ocorrência ou não, na hipótese, dos motivos tidos pelo ordenamento normativo como ensejadores do ato. Quando esses motivos vem claramente explicitados, não há que se falar em apreciação subjetiva, o que vale dizer discricionariedade. Apenas no caso de a norma fazer uso de expressões autorizadoras de uma variação subjetiva, na definição da abrangência do seu conteúdo, é lícito falar-se em discricionário de seu atuar na matéria?

Como já anteriormente dito, o deslinde da questão só pode ocorrer à luz de uma interpretação sistemática que insira o dispositivo comentado dentro do delineamento constitucional que fixe certos princípios, que se irradiam pelo corpo da Constituição, transferindo-lhe significado e desnudando a sua razão de ser.

Face, portanto, ao sistema constitucional, a que título desfruta o Procurador-Geral da competência que lhe é própria no exercício da ação direta? Pretende ele atribuir ao Procurador-Geral o papel de órgão julgador da conveniência de provocar a apreciação judiciária sobre um ato suspeito de inconstitucionalidade? Reconhece o sistema constitucional, na figura do Procurador-Geral, um órgão especialmente habilitado a decidir, em caráter definitivo, sobre questões atinentes à harmonia e independência dos poderes, ao bom funcionamento do delicado sistema de tripartição de órgãos e funções, assim como do respeito aos direitos e garantias individuais?

Em hipótese alguma ao instituir entre nós o controle da constitucionalidade, o nosso sistema jurídico, num reconhecimento claro da alta ressonância dessa função no campo do equilíbrio dos Poderes, determinou que nem mesmo o Poder Judiciário ainda que pelo seu órgão máximo, fosse aquele a cassar a executoriedade da norma tida por inconstitucional. Ao Senado Federal, pela tradição do nosso Direito, vem cabendo essa importante medida. Se ao Supremo, isoladamente, não é permitida a suspensão da executoriedade da lei, por que atribuir à Constituição ao Procurador-Geral a competência de trancar o processo controlador, por via direta, impedindo assim o seu livre exercício, que interessa apenas ao Poder Executivo, mas à República Federativa do Brasil?

Na verdade, dessume-se do todo constitucional que a ingerência do Procurador-Geral na matéria, deve-se à particularidade com que é exercida a atividade jurisdicional, pressupondo sempre um conflito entre o autor e o réu. A controvérsia, daí originada é que poderá ser levada ao Judiciário, provocando, dessa maneira, a sua atividade.

Se bem que o caráter de ação não é reconhecido à representação do Procurador, se caracteriza em razão das peculiaridades do seu objeto (o exame da lei em tese, e não a sua aplicação ao caso concreto), ainda assim, não há negar-se, necessi

te ela de ser levada à apreciação do Poder Judiciário, por alguém para isso habilitado.

E foi o que a Constituição procurou investir no direito-dever outorgado ao órgão máximo do Ministério Público: a condição de autor, indispensável para a constituição da lide ...

Do até aqui examinado resultam insatisfatórias as duas posições extremadas: a da absoluta vinculação e a da livre apreciação. Com efeito, a resposta adequada ao problema não poderá ser encontrada numa teoria homogênea e uniforme ..." (Celso S. R. Bastos, ob. cit. pág.95-9).

"Ao nosso ver, a razão está com essa doutrina(112), cuja síntese é a seguinte:

a) O PGR é o titular da ação direta de inconstitucionalidade;

b) se, entretanto, a notícia de inconstitucionalidade lhe for dada por pessoa jurídica de direito público, política ou administrativa, haverá de, necessariamente, propor a representação, ainda que com parecer contrário;

c) não está obrigado a propor representações quando a notícia de inconstitucionalidade lhe seja dada por pessoa física ou jurídica de natureza privada".

(Michel Temer, ob. cit. pág.33-4).

(105) *Ibidem*, pág. 211.

(106) Isto é, quando não tiver os requisitos constitucionais e legais para prosperar (Cavalcanti, ob.cit. pág.118).

(107) Cujas competências são exclusivas do STF.

(108) Referindo-se à ação direta genérica.

(109) Referindo-se ao PGR.

(110) Uma vez que, segundo esta doutrina, já há presunção do interesse público pela própria qualidade do formalizador da representação-Pessoa Jurídica de Direito Público.

(111) Até mesmo porque ela é exclusiva do PGR.

(112) Referindo-se a Celso S.R.Bastos.

3.1.2. Exegese das Normas Constitucionais e Infra-Constitucionais Pertinentes:

Hermenêutica é um termo mais amplo do que interpretação, visando apenas "conhecer" (finalidade teórica) a norma jurídica, partindo do conceito jurídico que estabelece e cria os critérios de interpretação.(113)

Assim, interpretar é, exatamente, conhecer o conteúdo da norma jurídica visando especificamente sua aplicação.

A interpretação, desta forma, corresponde a três planos distintos e estanques, porém complementares: o plano da interpretação quanto às fontes; o plano da interpretação quanto aos meios e o plano da interpretação quanto ao resultado.

O segundo plano - quanto aos meios - é o que mais imediatamente nos interessa, neste trabalho, na busca da exegese das normas constitucionais e infra-constitucionais pertinentes à ação de declaração de inconstitucionalidade por via de ação direta (114).

Quanto à dimensão dos meios, a interpretação consiste em métodos fundamentais escalonados (115): gramatical (literal ou filológico)(116) racional (ou lógico), incluindo os subítens "mens legislatoris" (117), "mens legis" (118), "ocasio legis" (119), argumento a contrário sensu (120) e o argumento "a fortiori" (121); sistemática (122); histórico (123) e teleológico (a sociológico) (124).

Na verdade, entretanto nenhum dos métodos pode ser encarado isoladamente, sendo certo que todos guardam uma certa interdependência recíproca, o que torna a interpretação integral (125), de fato, a única e possível interpretação da norma jurídica.

(113) Que visa, portanto, tão somente aplicar o direito (finalidade prática).

(114) Especialmente do tipo genérico, sem descartar, no entanto a do tipo interventivo.

(115) Certamente o assunto não é pacífico. Várias Escolas de Pensamento Jurídico discutem, os melhores critérios para se interpretar a norma jurídica. O critério apresentado no entanto, é fru

to de um trabalho anterior defendido, pelo próprio autor deste trabalho, no curso de Mestrado desta instituição, na cadeira de Metodologia da Pesquisa I.

(116) Que visa determinar a interpretação da norma jurídica apenas pelo seu texto utilizando-se das regras gramaticais.

(117) Ou seja o que o legislador "queria dizer".

(118) Ou seja o que o legislador efetivamente disse(o que para H. Kelsen é o que interessa, pois a norma jurídica, uma vez produzida, desprende-se de sua origem).

(119) Ou seja o conjunto de circunstâncias que determinaram a criação daquela norma jurídica.

(120) Conclui-se por exclusão. - " não pode ser testemunha o louco"; logo pode qualquer um que não seja louco-.

(121) Ou seja, quem pode o mais, pode o menos.

(122) Este método visa a interpretar a norma jurídica dentro de um conjunto que lhe é peculiar (é invenção da escola do conceitualismo jurídico e da Escola dogmática que se preocupa com a vontade da lei vis-à-vis com o contexto a que está adstrita).

(123) Parte do pressuposto de que o juiz ou o intérprete não cria, por isso, valor na norma. A exegese da lei deve ser buscada nos valores próprios que ela contém e que podem ser visíveis através de uma apreciação histórica (como no caso da exegese do art.502 cc "desforço em contigência ..." - a palavra em contigência guarda um sentido histórico que quer dizer "logo, imediatamente").

(124) Que procura ver um fim da norma (defendida pela escola finalista) e um conjunto de valores do próprio sistema. Interpreta, portanto, para melhor aplicar a lei na sociedade a que ela está voltada.

(125) Através da utilização de todos estes métodos, de forma escalonada.

3.1.2.1 A aplicação das Regras e Métodos de Interpretação aos Dispositivos Pertinentes:

Basicamente, três diferentes dispositivos referem-se direta e expressamente à representação de inconstitucionalidade por via de ação direta genérica (126).

A primeira delas é o art. 119 I "1" da CF (127) que expressamente determina a competência exclusiva do STF e a legitimação ativa exclusiva do PGR: "Compete ao Supremo Tribunal Federal: processar e julgar originariamente a representação do PGR, por inconstitucionalidade ou para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual".

Sem dúvida, tratando-se de norma constitucional, reputa-se como a norma fundamental posta que não pode ser alterada/modificada por lei ordinária.

Todavia, a declaração de inconstitucionalidade por via de ação direta também se encontra regulado em lei especial (Lei nº 4337 de 1º de junho de 1964) que, em seus artigos, assim estabelece: art. 1º "Cabe ao PGR, ao ter conhecimento de ato dos poderes estaduais que infrinja qualquer dos princípios estatuídos no art. 7º VII da CF (128), promover a declaração de inconstitucionalidade perante o STF" art. 2º "Se o conhecimento da inconstitucionalidade resultar de representação que lhe seja dirigida por qualquer interessado, o PGR terá o prazo de 30 dias, a contar do recebimento da representação, para apresentar a arguição perante o STF (130)"

Também o Regimento Interno do STF (RISTF) destacou um capítulo próprio somente para tratar do assunto.

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

§ único "Proposta a representação, não se admitirá de sistência, ainda que afinal o PGR se manifeste pela sua impro-

cedência".

Em passado recente, o assunto era tratado pela Constituição de 1946 que usava de forma imperativa que: " o ato arguido de inconstitucionalidade será submetido pelo PGR ao exame do STF", enquanto, também a Lei 2271/54, na sua literalidade, determinava ao PGR submeter ao STF pedido de inconstitucionalidade oriundo de parte interessada: "será submetido" - art. 1º § único.

Não resta dúvida que, pela exegese da Constituição de 1946 e da L 2271, utilizados todos os métodos de interpretação anteriormente descritos, o PGR estava irremediavelmente vinculado à representação (tese da vinculação absoluta). É esta a interpretação literal dos dispositivos (que são imperativos - "será submetido"); como bem assim a interpretação lógica (foi o desejo do legislador, foi o que efetivamente disse com o dispositivo; e o conjunto de circunstâncias que determinaram a criação deste dispositivo permite esta interpretação (131); a interpretação sistemática (todos os dispositivos denotam interpretação não-conflitiva e até mesmo confirmatória); e a interpretação sociológica (em face do desejo de maior democracia - maior controle e equilíbrio dos poderes de Estado).

Com o advento da Lei 4337 de 1964 e posteriormente com a edição da Constituição Federal de 1967 e ainda com a EC-7 de 1977, dúvidas, entretanto, passaram a surgir dividindo os doutrinadores e estudiosos do assunto.

O art.119 I"1" da CF, quero crer, não deixa margem para dúvidas quanto a legitimidade extraordinária autônoma e exclusiva do PGR. O art.1º da L 4337 também nos parece que apenas reforça tal interpretação admitindo a exclusividade da legitimação do PGR para intentar a ação direta perante o STF.

É exatamente pela redação dúbia do art.2º da L 4337 que as primeiras dúvidas surgem. A lei passou a estabelecer para a interposição da ação pelo PGR, permitindo as divergências em relação ao possível não atendimento, pelo PGR, do prazo estabelecido.(132)

Com o advento do RISTF posteriormente, as dúvidas, entretanto, foram, largamente ampliadas. O art.169 do RISTF empregou em sua redação "poderá submeter" e seu parágrafo único expressamente determinou que "proposta a representação, não se admitirá desistência ..."

Pela exegese do "caput" do dispositivo, percebe-se, pelo menos pelo emprego do método literal, que se trata de inegável faculdade do PGR (tese da disponibilidade plena). Quanto ao parágrafo único a interpretação lógica, pelo argumento à contrário sensu, é suficiente para demonstrar que o PGR tem total disponibilidade antes de intentar a ação (133)

Também é esta a opinião do Prof. Michel Temer que argumenta: " A posição do STF é a de que o PGR somente encaminhará as representações contra atos normativos, que, desde logo, entenda inconstitucionais" (ob.cit.pág.34).

De qualquer forma, entretanto, não nos parece impossível uma interpretação que concilie todos os dispositivos pertinentes, não obstante a redação do artigo 169 do RISTF. (134)

Não podemos esquecer a interpretação pelo método teleológico (sob o ângulo que interpreta a norma para melhor ser aplicada na sociedade a que está voltada) (135) e as doudas lições das escolas modernas do fim do século XIX que se deram em conta da importância da sociologia jurídica (a interpretação da vontade da lei sempre avaliada em função da realidade social) (136) na interpretação dos dispositivos legais.

Sob esta ótica, não teríamos dúvidas em interpretar (137) os dispositivos que regulam a ação de declaração de inconstitucionalidade por via de ação direta como imperativos, com plena vinculação do PGR em face da representação, consoante a própria realidade democrática atual.

(126) E também interventiva.

(127) Com redação determinada pela EC-7 de 13 de abril de 1977.

(128) Referindo-se a CF de 1946.

(129) O art.1º diz respeito, mais diretamente, à ação direta direta interventiva.

(130) O art.2º diz respeito, mais diretamente, à ação direta genérica.

(131) A CF de 1946 foi feita por um poder Constituinte liberal com inspirações influenciadas na vitória da democracia na Segunda Guerra Mundial.

(132) Haveria uma ação subsidiária, nos moldes da ação pública subsidiária prevista no art. 29 do CPP ?

O escoamento do prazo, por si só, não poderia ser entendido como livre disponibilidade por PGR em entender pela ausência de inconstitucionalidade da arguição levado a seu conhecimento ?

Ou, ao contrário, exatamente a marcação de prazo certo e determinado, não o obrigaria, dentro deste lapso temporal, a se manifestar, ainda que contrariamente, mas de qualquer maneira efetivando a representação do STF ?

Parece-nos que as duas primeiras hipóteses têm que ser, de imediato, descartadas. A primeira porque, sendo regra excepcional, teria obrigatoriamente, pela nossa atual sistemática, de vir expressamente elencada em lei. A segunda, porque, estando vigente ainda a CF 46, com regras imperativas (como já ressaltamos) não poderia a lei reguladora, contrariar o próprio dispositivo constitucional.

Por exclusão lógica, parece-nos que a terceira hipótese está a merecer maiores créditos. Também o dispositivo, assim interpretado, não entraria em choque com a disposição expressa e imperativa da CF-46, então em vigor em 1964 (data da publicação da lei).

(133) Vez que a literalidade do artigo equivale a: "uma vez proposta a representação, não se admitirá desistência ..."

(134) Pela própria interpretação sistemática é possível dar nova interpretação a expressão "poderá" da norma. Não é, de fato, uma impropriedade original do legislador; em muitos dispositivos legais vigentes, encontramos o verbo "poder" no sentido de "dever".

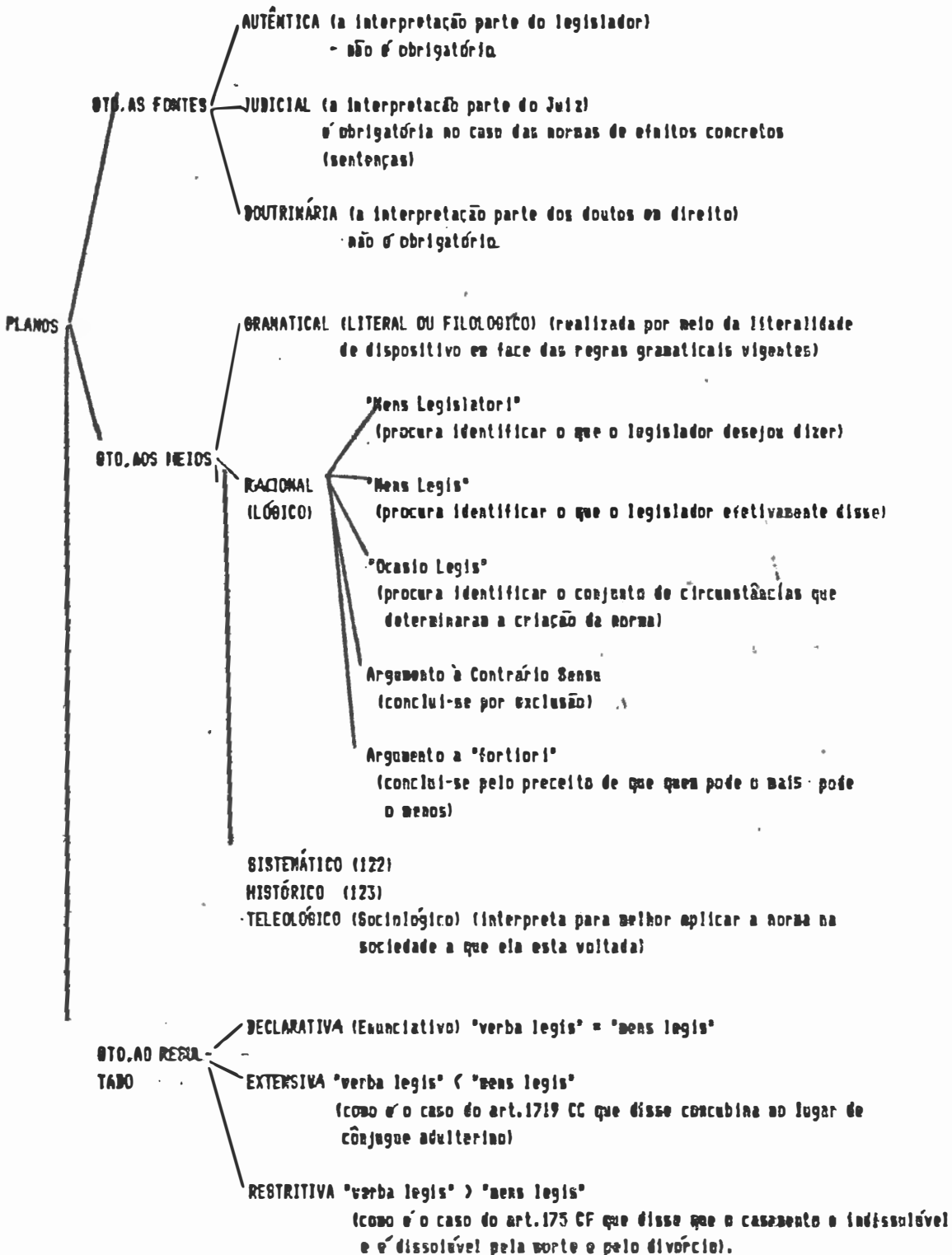
Por outro lado, pela interpretação sociológica, podemos também entender que a finalidade do dispositivo da declaração de inconstitucionalidade, por via de ação direta, foi o de permitir um controle constitucional da lei "em tese", pela própria Sociedade, propiciando maior eficiência ao sistema.

(135) A Sociedade, pelo menos, após o fim do movimento revolucionário de 1964, é desejosa de maiores liberdades (o que significa, também, mais meios efetivos de controle da constitucionalidade das leis - evitando o arbítrio legal).

(136) Havia, até então, muitas dúvidas em relação ao momento de ser verificada a vontade da lei - no momento da aplicação ou no momento da produção - . Hoje, já mais praticamente pacificado que é no momento da aplicação, pois a norma jurídica é dinâmica e acompanha, assim, a evolução da realidade social, sempre sendo avaliada em função desta.

(137) Os dispositivos que regulam a ação de declaração de inconstitucionalidade por via de ação direta como imperativos, com plena vinculação do PGR em face da representação, consoante a própria realidade democrática atual.

INTERPRETAÇÃO DA NORMA JURÍDICA:



3.1.3. Situações Análogas de Representação ao "Parquet" (138);

A Lei 4898/65 (abuso de autoridade) expressamente dispõe que o ofendido pode representar ao Órgão do Ministério Público para que este intente a ação penal própria, através de "denúncia" .

Se o órgão do Ministério Público nada fizer, o juiz, a par da representação (139), enviará a mesma ao PGJ para que este determine a outro Promotor de Justiça que ofereça denúncia, em face daquela representação.

É uma situação análoga à do recebimento, pelo Promotor de Justiça, de autos de inquérito policial, conforme dispõe o art.28 do CPP.

Todavia, nos dois casos (entre outros) o PGR pode, se assim entender, ratificar o pedido de arquivamento feito pelo Promotor de Justiça, tornando impossível ao Poder Judiciário apreciar a questão, com base na lei que assim dispõe expressamente como também no princípio que o M.P. é o "dono" absoluto da ação penal pública (140).

Com fundamento neste próprio princípio, seria, sob uma apreciação superficial, lícito concluir, então, que o PGR tem plena disposição quanto à representação de inconstitucionalidade por via de ação direta, sendo o chefe do MP federal.

Entretanto, permitir esta conclusão, seria não perceber a diferença de importância e substância entre os casos previstos pela legislação processual penal em vigor e a ação de controle de constitucionalidade de atos normativos. Também é de se salientar que o princípio a que nos reportamos não é absoluto, tendo o legislador ordinário (141) previsto exceções no próprio Código de Processo Penal(142).

Além de todos os argumentos, resta o principal que é o da Suprema importância desta ação que visa a declarar o vício mais grave de uma lei (ou ato normativo): a sua invalidade

(143) ou, como querem alguns, a sua ineficácia normativa(144).

Não seria possível, dada a magnitude da importância desta ação, deixar, ao arbítrio de uma única pessoa, o julgamento prévio, e a decisão definitiva do encaminhamento ou não da representação, fazendo do PGR um verdadeiro "juiz" de instância única, ampliando sua própria competência constitucional.

Também, teríamos que concluir que sendo o PGR, homem da inteira confiança do Presidente da República (145), e chefe do Ministério Público que pertence ao Poder Executivo (órgão da Administração Direta Descentralizada), o próprio chefe do Executivo Federal seria o "Senhor" da Constituição, não permitindo ao Tribunal Constitucional (146) apreciar, como é expressamente sua atribuição constitucional (147), as leis "em tese", conforme o povo (148) assim desejou e estabeleceu na Constituição.

(138) Ministério Público.

(139) E não concordando com o seu arquivamento.

(140) Referimo-nos à iniciativa, uma vez que toda ação é pública

(141) De grau hierárquico inferior ao Legislador Constituinte.

(142) As ações penais "ex officio" de iniciativa do próprio juiz ou autoridade policial (não obstante as críticas da doutrina a respeito).

(143) A norma constitucional seria, então, nula (nunca produziu efeitos), equivalendo a sua própria inexistência (efeitos da declaração de inconstitucionalidade "ex tunc", portanto).

(144) A norma inconstitucional é válida até o reconhecimento de sua anulabilidade. (corrente defendida por H.Kelsen, entre outros).

(145) O cargo é de confiança e sem estabilidade. O PGR é exonerável a qualquer tempo pelo Presidente da República.

(146) Que no Brasil é o STF.

(147) Dado pelo poder soberano, originário, ilimitado e incondicionado (Poder Constituinte) que está evidentemente acima do Pres. da República.

(148) Único titular do Poder Constituinte. (Poder Pressuposto).

3.1.4. Críticas à posição Eclética:

Durante muito tempo a posição eclética, defendida pelos Profs. Drs. Paulo R.G. Medina, Celso S.R. Bastos, e Michel Temer, entre outros, teve seu "brilhantismo" exagerado.

Dado o impasse entre as posições radicais da vinculação absoluta e da livre disposição do PGR, esta corrente de pensamento pareceu conseguir a solução: Quanto à representação, fosse formalizada por Pessoa Física ou Pessoa Jurídica de Direito Privado, o PGR teria a plena disposição quanto ao encaminhamento da representação. Quando, ao contrário, a representação fosse formalizada por Pessoa Jurídica de Direito Público (que, segundo, esta linha de raciocínio pressupõe o interesse público), o PGR bastaria vinculado à representação, sendo obrigado a encaminhá-la, ainda que com parecer contrário.

A solução da questão parecia, desta forma, estar apresentada, com a pronta resposta ao problema.

Os primeiros obstáculos à plena aceitação desta tese, entretanto, não tardaram a surgir; e hoje, nós mesmos questionamos se qualquer particular (Pessoa Física) também não age com interesse público quando representa ao PGR para que este encaminhe a questão ao STF. (149) (150).

Também, advertimos que esta posição desbarra num óbice intransponível de caráter processual: não há qualquer disposição ou mesmo princípio (151) que autorize a distinção que é feita pela corrente eclética e, como bem assim, a própria legitimação de pessoa de direito público, ao "arrepio" do art. 119 I "1" da CF que consagra a legitimação extraordinária autônoma e exclusiva do PGR.

A melhor posição - que coaduna perfeitamente com o ordenamento jurídico processual vigente - é a que o pólo ativo da relação (152) é sempre o PGR, formando obrigatoriamente o "contraditório formal" com o pólo passivo da relação (153), podendo este, desta forma, propor a ação e depois dar parecer contrário, equivalendo ao pedido de absolvição, que também pode o Representante

tante do MP fazer após a denúncia, em alegações finais, dentro da sistemática do Código de Processo Penal (154).

Entendimento diverso, nos parece, que só poderá ser autorizado com nova redação a lei 4337/64 (155) e com disposição expressa da Constituição, o que não ocorreu sob a égide da CF/67.

(149) Afinal, até mesmo a própria autoridade do qual emana a norma inconstitucional também age com interesse público e, igualmente tem interesse na declaração ou não de inconstitucionalidade, uma vez que quando promulgou a norma não sabia que era inconstitucional.

(150) Só poderíamos admitir a existência de um direito privado exclusivo na ação por via de exceção, uma vez que não se destina a declarar a inconstitucionalidade de lei "em tese".

(151) Muito pelo contrário; o princípio processual prevalente é o que não pode haver distinção e, como bem assim, legitimação extraordinária não prevista expressamente em lei. (art. 6º CPC).

(152) Na ação de declaração de inconstitucionalidade por via de ação direta.

(153) Autoridade da qual emanou a norma jurídica reputada inconstitucional.

(154) Ainda que pesem diferenças nesta comparação analógica. De qualquer forma, parece-nos imprescindível a existência do contraditório formal e por isso obrigado o POR a sempre encaminhar a representação ao TFR.

(155) Como, aliás, propõe o próprio Prof. Paulo R.G. Medina, embora defenda a corrente eclética:

"Propomos, pois, que se dê ao art. 2º da Lei 4337, a seguinte redação: "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 30 dias, a contar do recebimento da representação para apresentar a arguição perante o S.T.F.

§ 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 30 dias, encaminhá-la com parecer ao 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, (ob. cit. pág.168)

IV. Inovações Trazidas com a Promulgação da
Constituição Federal de 1988

1. Principais Inovações

Sem a menor sombra de dúvidas, diversas alterações, quanto ao tema da arguição de inconstitucionalidade por via de ação direta, foram trazidas ao cenário jurídico nacional com o advento e promulgação, em 5 de outubro de 1988, da nova Constituição Federal.

1.1. Da Inconstitucionalidade por Omissão:

Uma das mais importantes novidades, trazidas no novo texto da Constituição Federal, foi a inclusão da previsão de controle de inconstitucionalidade por omissão, previsto, de forma expressa, no art. 103, § 2º, da CF/88, vazado nos seguintes termos:

" Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias."

Essa inclusão de controle da inconstitucionalidade por omissão, em nosso novo ordenamento constitucional, inspirou-se, sem a menor dúvida, na nova Constituição Portuguesa, promulgada em 1976 (156).

Consoante os ensinamentos do Prof. Canotilho, Direito Constitucional, p. 711, citado por Ribeiro Bastos in Comentários à Constituição Federal, p. 372:

"A Constituição portuguesa de 1976 é um dos raros textos constitucionais a consagrar, *expressis verbis*, a possibilidade de uma inconstitucionalidade por omissão (art.283), chegando ao ponto de considerar a fiscalização da consti

(156) "1. A requerimento do Presidente da República, do Provedor de Justiça ou, com fundamento em violação de direitos das regiões autônomas, dos presidentes das assembleias regionais, o Tribunal Constitucional aprecia e verifica o não cumprimento'

tucionalidade por omissão de normas jurídicas como um dos limites materiais de revisão (art. 290/m).

O reconhecimento da possibilidade de não cumprimento da Constituição, em virtude de um silêncio inconstitucional dos órgãos legislativos, assenta no pressuposto da superioridade formal e material da Constituição relativamente à lei ordinária. A lei constitucional impõe-se como determinante heterónoma superior e como parâmetro da constitucionalidade não só quando o legislador actua em desconformidade com as normas e princípios da Constituição, como quando permanece inerte, não cumprindo as normas constitucionalmente impositivas de medidas legislativas necessárias para a concretização da lei fundamental (cfr. infra, Parte III, Cap.6, V)".

Este é o novo conceito previsto na Constituição Federal e, agora, denominada inconstitucionalidade negativa, ou inconstitucionalidade por omissão, que resulta, efetivamente, de um comportamento que, embora exigido pela Carta Magna, não se faz, de nenhuma forma, presente no seio da sociedade.

da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais

"2. Quando o Tribunal Constitucional verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão, dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente". Constituição de Portugal, de 25.04.76, art. 283, 1 e 2.

1.1.1. Aspectos práticos-processuais da arguição de inconstitucionalidade por omissão

Quanto aos aspectos prático-processuais desta nova figura constitucional, entendemos aplicáveis os mesmos princípios relativos à arguição da inconstitucionalidade positiva, ou seja, são autorizadas a propor a ação de inconstitucionalidade por omissão os mesmos legitimados previstos no art. 103 da CF/88 para arguição, por via de ação direta, da inconstitucionalidade positiva, sendo, ainda, a competência originária do Supremo Tribunal Federal (STF) (157).

(157) É o que deflui do art. 102, I, "a" da CF/88, consoante ensinamentos do Prof. Michel Temer (in Elementos de Direito Constitucional, p. 50): "Embora este dispositivo aluda apenas à ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual" haveremos de entender que o julgamento das ações por inconstitucionalidade por omissão também competem à Corte Suprema, uma vez que foi transformado, o Supremo, em verdadeiro Tribunal Constitucional."

1.2.

Das Alterações Quanto à Legitimidade Ativa

A par das inovações referentes ao advento da arguição de inconstitucionalidade negativa (ou inconstitucionalidade por omissão), outra alteração substancial, - para nós de especial interesse -, foi introduzida com o nosso ordenamento constitucional, a partir de 5 de outubro de 1988. Trata-se especificamente do disposto no art. 103, incisos I a IX, que amplia a legitimidade concedida pela Constituição de 1967, e, até então, conferida de forma exclusiva, ao Procurador-Geral da República.

art. 103, I a IX, da CF/88

"Podem propor a ação de inconstitucionalidade:

I - o Presidente da República;

II - a Mesa do Senado Federal;

III - a Mesa da Câmara dos Deputados;

IV - a Mesa de Assembléia Legislativa;

V - o Governador de Estado;

VI - o Procurador-Geral da República;

VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Bra
sil

VIII - partido político com representação no Congresso
Nacional

IX - confederação sindical ou entidade de classe de â
bito nacional"

De acordo com o nosso texto, a legitimação específica do PGR, prevista no art. 119, I, "e", da CF/67, que era classificado como legitimação extraordinária autônoma exclusiva, transformou-se em legitimação extraordinária (uma vez que se trata de verdadeira substituição processual), autônoma (uma vez que os legitimados, previstos no art. 103 da CF/88, discutem em nome próprio direito alheio sem precisar da iniciativa do legitimado ordinário), "exclusiva-ampla" (uma vez que o número de legitimados-extraordinários é superi-

or ao previsto na CF/67 (somente o PGR) (158).

Desta forma, não só o PGR é parte legítima (considerando-se parte legítima, genericamente, como toda aquela que revela interesse moral e econômico, qualidade e capacidade para agir em juízo), como também todos os órgãos e pessoas enumerados no art. 103 da CF/88, embora seja indispensável o parecer do PGR, consoante o disposto no parágrafo primeiro do art. 103 da CF/88, regra esta redundante em face da obrigatoriedade de manifestação do PGR em todos os processos do Supremo Tribunal Federal (STF). (159)

(158) Não se trata de legitimação extraordinária autônoma concorrente porque, nesta espécie, falar "concorrente" diz respeito especificamente a possibilidade de tanto o legitimado ordinário como o extraordinário intentar a ação. No caso em epígrafe, apenas os legitimados extraordinários podem intentar a ação direta de arguição da inconstitucionalidade (positiva ou negativa), tornando-a, sob este aspecto, exclusiva.

(159) "Não prima este parágrafo em sua redação. Se o Procurador-Geral da República deve ser previamente ouvido em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal, obviamente, deverá ser ouvido nas ações de inconstitucionalidade. Quem é ouvido no todo, é ouvido na parte.

GAIO já afirmava: "Specialia generalibus insunt".

O Procurador-Geral da República que pelas Constituições anteriores representava ao Supremo Tribunal Federal sobre a inconstitucionalidade das leis, hoje opina sobre as representações feitas e seu parecer não é conclusivo como acontecia antes". (Ferreira, Wolgran Junqueira in Comentários à Constituição de 1988, p. 742).

1.2.1.

O novo ordenamento constitucional à luz dos princípios da disponibilidade e da vinculação

Sem dúvida, parece ter a nova carta, promulgada em 5 de outubro de 1988, ratificada e acolhida a posição doutrinária 'da plena disponibilidade, - segundo a qual o PGR agia (durante a vigência da CF/67) - com total discricionariedade (livre apreciação)' em relação a arguição ou não da inconstitucionalidade por via de ação direta defendida pelos Profs. Drs. José Carlos Barbosa Moreira; Alfredo Buzaid; Lúcio Bittencourt; e Eduardo Seabra Fagundes, em detrimento das posições da vinculação absoluta (por nós defendida ao lado dos Profs. Drs. Temístoles B. Cavalcanti, Pontes de Miranda, Josaphat Marinho, Caio Mário da Silva Pereira, e Paulo Bonavides) e da corrente eclética (representada pelos Profs. Drs. Paulo Roberto de Gouvea Medina, Celso S. R. Bastos e Michel Temer).

Esta parece ser a posição unânime dos doutrinadores que, até a presente data, comentaram o novo texto constitucional.

"A atual Constituição trouxe importante alteração no que se refere à parte legítima para propor ação direta de inconstitucionalidade, concedendo legitimidade ativa para os órgãos e pessoas elencados neste artigo, inovando em relação à Carta de 1967, que concedia apenas ao Procurador-Geral da República legitimidade para propor tal ação." (in A Constituição do Brasil 1988 comparada e comentada, Price Waterhouse, 1989, 1ª ed. SP)

"No artigo presente, se estabelece a legitimidade para propor a ação direta de inconstitucionalidade, que, na vigência da Constituição de 67/69 fora competência privativa do Procurador-Geral da República.

São agora legitimados para propor ação direta de inconstitucionalidade as pessoas e entidades supra enumeradas, embora seja indispensável o parecer do Procurador-Geral da República, como ocorre em todos os processos do Supremo Tribunal Federal". (Da Costa, Elcias Ferreira, in Comentários Breves à Constituição Federal, 1ª ed., Sérgio Fabris Editor, Porto Alegre, 1989)

"A ação de inconstitucionalidade pode ser proposta pelos órgãos descritos no art. 103, incisos I a IX, ampliando-se, assim, a legitimidade concedida pela Constituição anterior, tão-somente ao Procurador-Geral da República, o qual, de qualquer forma, será ouvido em todas as ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal" (art. 103, § 1º)." (Ribeiro Bastos, Celso in Anotações a Constituição de 1988, vol. I, Saraiva, São Paulo)

Não obstante, alguns autores, como o Prof. Dr. Wolgran Junqueira Ferreira (in Comentários à Constituição de 1988, vol. 2, Julix Livros, 1ª ed. Campinas, 1989), reconhecendo a primazia atual no texto constitucional da corrente da plena discricionariedade, defendem posição próxima à que perfilhamos.

"Melhorou muito a ação de inconstitucionalidade na atual Constituição. Anteriormente, ficava praticamente ao arbítrio do Procurador-Geral da República. Hoje não mais. Outras pessoas e entidades poderão arguir perante o Supremo Tribunal Federal a inconstitucionalidade das leis. Mas, a Constituição "de lege ferendo" poderia outorgar a qualquer cidadão o direito de arguir o Supremo Tribunal Federal ao menos a inconstitucionalidade das Emendas à Constituição." (os grifos são nossos)

De qualquer forma, não nos parece, data venia, como na exegese de dispositivo constitucional anterior, pacífico o entendimento da plena disponibilidade quanto à atuação dos 10 novos legitimados em face da representação, oferecida por qualquer cidadão, para a arguição, pela via de ação direta, da inconstitucionalidade positiva ou negativa.

É evidente que a redação do art. 103 da CF/88, ampliando o número de legitimados para o fim de arguir a inconstitucionalidade em tese, veio a demonstrar o acolhimento pelos constituintes de 1988, da posição doutrinária que defendia, como continua a defender, a plena discricionariedade do PGR e, agora, de todos os outros nove legitimados para a proposição ou não da ação direta, após o ofe

recimento da representação,

Este fato incontestado, por outro lado, não retira, em nosso entender, o conteúdo nuclear da discussão desta dissertação, embora reconheçamos um certo enfraquecimento de nossa posição em face do acolhimento, em princípio, de tese contrária pelo atual ordenamento constitucional em vigor, especificamente contemplada na interpretação gramatical e lógica, pelo argumento do "mens legislatori" (o que o legislador desejou dizer), do disposto no art. 103.

Parece-nos, entretanto, que a um nível mais profundo de interpretação, a corrente, ora dominante da plena disponibilidade, não resistiria a uma interpretação lógica, pelo argumento do "mens legis" (o que a lei efetivamente disse), em face de nenhuma alteração expressa ter sido realizada, pelo texto da nova Constituição, quanto à problemática da representação, salvo quanto ao argumento do número de legitimados. (160)

(160) Utilizando-se de todos os meios de interpretação (interpretação integral), parece-nos permanecer as mesmas dúvidas que existiam à luz da redação dos dispositivos da CF/67, em especial quando combinados aos dispositivos da Lei nº 4377/64, ainda em vigor, na atual exegese dos dispositivos da CF/88, particularmente o art. 103.

1.2.2.

Natureza Jurídica da representação na ação direta de ar- quição de inconstitucionalidade

A grande dúvida no que tange a representação contínua ' sendo, não obstante o advento da Constituição Federal de 1988, a sua natureza jurídica.

O Prof. Alfredo Buzaid, por meio de sua conhecida obra "Da ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Bra- sileiro", editado em 1958, arriscou definir a representação como ação, especificamente ação direta de inconstitucionalidade. (161) (162)

As dúvidas quanto à natureza jurídica da representação' persistem, entretanto.

O próprio Prof. Pontes de Miranda, em sua obra "Tratado das Ações", analisando o exercício da pretensão ao exercício da ação, afirma que: "exercer pretensão é exigir a prestação, propor a "ação" é pedir a tutela do Estado."

O Prof. Amaral Santos, ao lado de Pontes de Miranda, e- laborou o seguinte conceito de ação:

"A ação, em suma, é um direito subjetivo público, distinto do direito subjetivo privado invocado, ao qual não pressupõe necessariamente, e, pois, neste sentido, abstrato; genérico, porque não varia, é sempre o mesmo; tem por sujeito passivo o Estado, do qual visa a prestação jurisdic- cional num caso concreto. É o direito de pedir ao Estado a prestação de sua atividade jurisdic- cional num caso concreto. Ou, simplesmente, o direito de invocar o exercício da função jurisdic- cional." (AMARAL SANTOS, Primeiras Linhas do Direito Processual, 5ª ed., Ed. Saraiva, 1977, 1º Vol., p. 137).

Apenas estes conceitos já são suficientes para demons- trar problemas que acreditamos insuperáveis, para considerar simples a tradução de representação em ação, independente de sua natureza es- pecífica (executiva ou constitutiva negativa). Ora, se a representa- ção é, de fato, uma ação, certamente resulta de uma pretensão que, u- ma vez resistida, faz nascer a lide que, por seu termo, dá origem a u- ma relação jurídica entre o Estado-Juiz e o autor e o réu, com o esta

belecimento automático do contraditório, como fator indispensável para a composição da controvérsia. Ocorre, como bem salienta o Prof. João Paulo Alexandre de Barros (ob. cit. p.296), que autuada e distribuída a representação no Supremo Tribunal Federal, o Ministro-Relator pedirá informações à autoridade da qual tiver emanado o ato, bem como ao Congresso Nacional ou à Assembléia Legislativa se for o caso (art. 170 do RISTF). Entretanto, se, ao receber os autos, ou no curso do processo, o Relator entender que a decisão é urgente em face do relevante interesse de ordem pública que envolve, poderá com prévia ciência das partes submetê-lo ao conhecimento do Tribunal, que terá a faculdade de julgá-lo com os elementos que dispuser (art. 170, § 3º do RISTF). Não existe, portanto, o indispensável contraditório, pelo que, no mínimo as informações teriam de ser obrigatórias e jamais, conseqüentemente, facultativas.

A questão evidentemente ainda não foi resolvida pela doutrina, não sendo, de forma alguma, nossa intenção contestar os mestres que defendem a natureza jurídica da representação como ação, e muito menos propor solução definitiva ao problema. Com a notícia, procuram tão somente demonstrar as dificuldades inerentes a arguição de inconstitucionalidade por via de ação direta, cujo atual ordenamento constitucional ficou distante de encerrar discussões e resolver por completo suas aparentes contradições.

-
- (161) É importante salientar que a obra do Prof. Alfredo Buzaid foi escrita quando existia apenas a representação interventiva, regulada pela Lei nº 2271/54
- (162) Pontes de Miranda classifica a representação como ação constitutiva negativa, o que mereceu oposição de Buzaid, como bem lembra o Prof. João Paulo Alexandre de Barros (in o Ministério Público e a representação por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, Rev. de informações legislativas, Brasília, n. 87, jul/set de 85), que defende ser a representação uma ação de natureza executiva.

1.2.3. Da Legitimação Ativa do PGR e das demais pessoas e órgãos previstos no art. 103 da CF/88

É evidente que sem solução adequada à questão da representação (entre outros fatores) algumas implicações não poderiam deixar de atingir a, também fundamental, questão de legitimação.

O conceito de legitimação está sinonimamente associada ao conceito de legitimidade, como tributo jurídico à parte, cujo conceito expressa, como bem salienta o Prof. Arruda Alvim (in Manual de Direito Processual Civil, vol.1, 2ª ed., Ed. Rev. dos Tribunais, SP, 1986), necessariamente, a realidade representada pelo fato, que se origina da afirmação feita pelo autor, considerando-se ' com direito à ação em função de uma pretensão, e atribuindo ao demandado a qualificação de réu.

Por isso que, não obstante o conceito de parte legítima se assentar também no campo dos pressupostos processuais (legitimação para o processo), é no campo das condições da ação que o conceito de legitimidade atinge sua plenitude (legitimação para a causa).

A legitimatío ad causam se constitui, pois, na própria titularidade subjetiva (ativa) do direito de ação, por isso o que se deseja saber é, exatamente, se a ação foi proposta por quem podia propor e em face de quem devia ser proposta. Logo, não se pode, em nenhuma hipótese, arrogar o direito de propor a ação, sem que se seja a pessoa a quem a lei configurou tal direito. Consequentemente, é a lei que estabelece quem pode, e, por exclusão, quem não pode propor a ação.

Quando a lei não indicar expressamente quem é o legitimado ativo ou passivo para propor a determinada ação, esta só poderá ser proposta pelo titular do direito material e em face daquele que figura como sujeito da relação jurídica litigiosa.

Portanto, existe uma relação jurídica material ao lado de uma relação jurídica processual. Quando a lei é silente, vai haver uma necessária coincidência entre os titulares de ambas as re

lações jurídicas (material e processual); o legitimado ativo será o mesmo sujeito que figura na relação jurídica material como titular' dessa relação.

Entretanto, tal coincidência dos titulares das relações jurídicas material e processual poderá não ocorrer e, nesta hipótese, a lei terá que, de forma expressa e inequívoca, apontar como legitimado alguém que não é o titular da relação jurídica litigiosa. (163) (164)

(163) A ausência de coincidência entre os titulares das relações jurídicas material e processual e/ou a falta de disposição expressa em lei, outorgando a legitimidade a pessoa diversa, acarreta, necessariamente, a ausência de legitimação e, consequentemente, a carência da ação, porque a legitimação não é senão uma das condições genéricas da ação.

(164) A legitimação é específica, transitiva e se constitui em vício incurável (quanto à sua ausência), sendo, pois, sua natureza jurídica a de condição da ação.

A existência de coincidência dos titulares das relações jurídicas material e processual ou não é, assim, exatamente, o fator de separação das espécies de legitimação, ou seja, legitimação ordinária e legitimação extraordinária. (165)

(165) Recapitulando o conceito de legitimação ordinária, por nós já mencionado, poderíamos afirmar que é toda aquela em que ocorre coincidência entre a titularidade do direito material e a titularidade do direito de ação, fazendo coincidir, por exemplo, aquele que figure no polo passivo da relação jurídico material com aquele que figura no polo passivo da relação processual.

A legitimação extraordinária é exatamente o oposto. Ocorre quando não há tal coincidência, sendo, pois, o sujeito passivo da relação litigiosa pessoa diversa do réu; por isso que tal legitimação tem que vir expressa em lei (art. 6º do CPC), subdividindo-se em diversas subespécies, consoante o quadro nº 4, da pág. 43.

A legitimação específica do PGR (sob a ótica da CF/67) ou de todas as 10 pessoas e órgãos previstas no atual ordenamento constitucional em vigor (art. 103), sob esse prisma, não poderia deixar de ser classificado como legitimação extraordinária (como já anteriormente já havíamos registrado), uma vez que tanto o PGR, como os demais legitimados previstos no art. 103 da CF/88, são autores exclusivos da ação direta de arguição da inconstitucionalidade, possuindo a qualidade de lei ou ato do Poder Público, independentemente da verificação de uma lide (conflito de interesse qualificado por uma pretensão resistida nos limites do pedido do Autor (166)) de forma concreta.

Tal lide, de forma específica, é aquela resultante do conflito de interesses particulares entre a coletividade (presumivelmente interessada na preservação da ordem constitucional vigente, como única titular do Poder Constituinte) e a autoridade (ou órgão) que praticou o ato ou elaborou a norma jurídica pública eivada do vício da inconstitucionalidade, o que atribui ao PGR (e aos demais legitimados previstos no art. 103 da CF/88) a posição de substituto processual, posição esta defendida por Alfredo Buzaid e Paulo Roberto de Gouveia Medina, entre outros, não obstante as críticas do Prof. José Carlos Barbosa Moreira.

(166) Consoante Liberman, uma vez que Carnelutti conceitua lide como o conflito de interesse qualificado por uma pretensão resistida somente (conceito pré-processual).

"Ora, admitir-se uma representação sem a iniciativa do seu autor privativo, equivaleria a desnaturar-se o sentido de ação atribuído ao direito do Procurador em arguir a inconstitucionalidade, em tese, Porque estaríamos, na verdade, diante de uma ação sem autor! E aceitar-se a iniciativa do Procurador sem a subscrição da arguição feita representaria um ilogismo dificilmente contornável. Porque estaríamos, então diante de um autor que não é sujeito da relação processual!" (Paulo Roberto de Gouveia Medina in Arquivamento de Representação por inconstitucionalidade de Lei, Rev. de Dir. Público nº 16 p. 170).

A grande questão, ainda, a ser cogitada, repousa na possibilidade de se reconhecer a legitimidade extraordinária autônoma concorrente (onde o legitimado extraordinário pode agir tanto quanto o legitimado ordinário (o titular da representação) - veja quadro 4, p. 43) do PGR e dos demais legitimados previstos no art. 103 da CF/88 de forma primária (independente de condição) ou mesmo de forma subsidiária "ao reverso" (167).

Tal solução, todavia, parece esbarrar em aspectos insuperáveis, especialmente no que diz respeito a um reconhecimento, por parte de toda a doutrina, da legitimidade singular, - e nesse aspecto exclusivo - do PGR e dos demais legitimados previstos no art. 103 da CF/88. A doutrina, ao que tudo indica, parece ter se inclinado no sentido de reconhecer o PGR (e, agora, os demais legitimados) como dominus litis único da ação direta para arguição da inconstitucionalidade em tese, não obstante as controvérsias que se tem registrado a propósito do tema, como na petição nº 66-8-DF levado ao julgamento do Pleno do STF em 12/12/79 e na reclamação nº 849-DF publicado na RTJ 59/333, que se rebelou contra o ato do PGR que havia determinado o arquivamento de representação por inconstitucionalidade:

(167) A legitimação extraordinária autônoma concorrente subsidiária é aquela em que somente é admitida a iniciativa do legitimado extraordinário quando o ordinário não intentar a ação própria. No caso em epígrafe, teria de ser entendida tal espécie "ao reverso", porque a iniciativa original teria de ser a das pessoas e órgãos previstos no art. 103 da CF/88 e subsidiariamente a do titular da representação arquivado pelo PGR ou outro legitimado do art. 103.

"Petição objetivando a declaração de inconstitucionalidade de dispositivos de decreto federal, por haver o Procurador-Geral da República determinando o arquivamento de representação com o mesmo objetivo.

Sendo o Procurador-Geral da República o dominus litis da ação direta para declaração em tese de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, é inadmissível a propositura direta dessa ação pelo interessado eventual nessa inconstitucionalidade.

Petição indeferida."

(Relator o Exmo. Sr. Ministro Cunha Peixoto, RTJ, 100/1)

"Visto caber ao Dr. PGR a iniciativa de encaminhar ao STF a representação de inconstitucionalidade, foi julgado, por maioria, improcedente a presente reclamação..."

Ora, se é conhecida uma determinada reclamação, há de ser obrigatoriamente examinado o seu mérito, pois, a contrário senso, condenada a um julgamento de mérito negativo, porque o PGR é o dominus litis da ação direta, a reclamação é incabível.

Não há dúvida de que o PGR (sob a ótica da CF/67) e todos os demais legitimados previstos no art. 103 da CF/88 (sob a regência do atual ordenamento constitucional) atuam, na representação de inconstitucionalidade, representando parcelas importantes da sociedade, o próprio povo, ou mesmo toda a nação. Tanto é assim que é possível a arguição de inconstitucionalidade dos atos legislativos do Congresso Nacional, de leis (atos complexos com a participação dos "poderes políticos"), de atos normativos do chefe do Poder Executivo e, também, de atos normativos do Estado-Jurisdição. Mas, dotar o PGR (à luz da CF/67) com poderes imperiais (o poder de arquivar ou aceitar, a seu livre convencimento, a representação ao STF) é simplesmente absurdo, num regime político que se pretende plenamente democrático (representativo) em que, a menos teoricamente, todos os mandatários estão submetidos à vontade e a fiscalização da soberania popular.

A simples ampliação do elenco de pessoas e órgãos, com legitimação semelhante a do PGR, pela nova Constituição, neste aspecto,

não resolveu, como não resolve e nem resolverá, o cerne do problema; embora, aos olhares de determinadas constituintes, possa ter minorado o mesmo.

Sob esta ótica, a questão da legitimação exclusiva certamente permanecerá, adicionado a questão da natureza jurídica da representação que, vista sob a ótica de verdadeira ação, só contribui para ampliar o problema e a discussão quanto a obrigatoriedade ou não dos legitimados extraordinários previstos no art. 103 da CF/88 proporem a ação direta de arguição de inconstitucionalidade de lei em tese.

1.2.4. Da Obrigatoriedade

Outro importante aspecto a ser discutido, em face do novo ordenamento constitucional em vigor, é sem dúvida, o problema da obrigatoriedade.

A grande dúvida repousa em saber se o problema, existente na vigência da CF/67, foi ou não resolvido com o advento da CF/88.

A resposta parece-nos ser, em princípio, no sentido negativo. A simples ampliação da relação de legitimados, prevista no art. 103 da CF/88, não é suficiente para uma conclusão final a respeito do tema, servindo tão somente, em nosso entender, como indicativo de que, de fato, o constituinte de 1988 inclinou-se em reconhecer a ausência de obrigatoriedade (vinculação) entre a representação oferecida por qualquer popular e a arguição da inconstitucionalidade propriamente dita. (168)

Sob esta ótica, portanto, o problema central da obrigatoriedade permanece de maneira semelhante a que existia sob a égide da CF/67.

(168) Tendo em vista que a ampliação de um único legitimado (o PGR) na CF/67 para os atuais 10 da CF/88 tinha como objetivo "quebrar" o poder absoluto do PGR, dividindo-o com outros e novos legitimados.

1.2.4.1. Do direito de ação

Analisando o fundamento maior do significado do termo ação, podemos classificá-lo em seu sentido comum (qualquer atividade que modifica o mundo exterior) positivo (comissivo) e negativo (omissivo) e em seu sentido jurídico (qualquer atividade que cria, modifica, ou extingue direitos) material (que resolve todos os nossos conflitos (169)) e processual (que nasce quando a ação material falha, fazendo com que o Estado substitua as partes para realizar o direito subjetivo). Num sentido jurídico amplo, entretanto, poderíamos afirmar que ação é simplesmente o direito de se invocar a garantia jurisdicional.

O problema, todavia, persiste uma vez que grande parte da doutrina defende a tese de que a ação não é propriamente um direito, mas, tão somente, um poder, uma faculdade. (170)

Após muitas discussões, - envolvendo renomados autores como Windscheid (171), Muther (172), Adolph Wach (173), Plòsze' Degenkolb (174), Chiovenda (175), entre outros - firmou-se o entendimento contemporâneo dominante (porém não pacífico), segundo o qual a ação é um verdadeiro direito contra o Estado, considerando ser o detentor do monopólio da administração da justiça, surgindo para o cidadão o direito de se dirigir a ele, exigindo-lhe a efetiva garantia jurisdicional.

(169) Em verdade todos os nossos direitos subjetivos são resolvidos pela ação material que, por seu turno, se subdivide em perfeita (aquela em que é protegida pelo Estado e, via de consequência, pela ordem jurídica) e imperfeita (aquela que não goza desta mesma proteção).

(170) Segundo antiga definição de Celso, a ação é o direito de se pedir em juízo aquilo que nos é devido.
"Nihil aliud est actio, quam jus, quod sibi debetur, iudicio persenquendi".

- (171) Segundo Windscheid, os romanos concebiam a actio tal como nós entendemos a pretensão (Anspruch), isto é, como o poder de exigir algo de outrem, o poder de pretender alguma coisa de alguém e não como um direito exercitado em juízo contra o réu. Mesmo não havendo violação de um direito, julgavam os romanos que possuíam a actio. Atualmente, observava Windscheid, entende-se por ação o direito que deriva da ofensa a outro direito. Antes da ofensa, antes da lesão, não há o direito de ação, tal como supunham os romanos. Com a lesão surge o Anspruch, isto é, a pretensão, podendo, já agora, o titular do direito violado, exigir, por meio do Estado, algo de quem praticou o ato lesivo. (citado por Fernando da Costa Tourinho Filho in Processo Penal, vol. I, 9ª ed., 1986, Saraiva, p. 258-262)
- (172) Segundo Muther entende-se por ação o direito de se pedir ao Estado que se faça justiça. A actio, afirmava, era o direito de se pedir proteção judiciária, direito contra o praetor, no sentido de que fizesse justiça. Não era um direito contra o réu. Semelhantemente, dizia, é o que ocorre hoje. A ação é um direito contra o Estado e não contra o réu. A Klage (ação) é o direito de reclamar, de exigir do Estado-Juiz torne respeitado o direito violado. O Estado, iniciada a ação, é que tem direito contra o réu. O direito de ação, embora pressupondo a lesão de um direito material, é distinto deste, porque dirigido, voltado contra o Estado. (citado por Fernando da Costa Tourinho Filho, in Processo Penal, vol. I, 9ª ed., 1986, Saraiva, p. 258-262)
- (173) Segundo Wach a ação diferente de seus antecessores, não pressupõe, necessariamente, um direito subjetivo violado ou ameaçado, mesmo porque, nas "ações declaratórias", o autor pretende, apenas, obter a declaração da existência ou inexistência de uma relação jurídica. Segundo seu pensamento, para se exercer o direito de ação era necessário que houvesse um direito material violado ou um interesse juridicamente protegido, donde concluir que o direito de ação era, apenas, um direito à sentença favorável. (citado por Fernando da Costa Tourinho Filho in Processo Penal, vol. I, 9ª ed., 1986, Saraiva, 258 - 262)
- (174) Segundo Plòsz e Degenkolb, o direito de ação possuía um caráter abstrato, em sua forma mais radical. A ação deveria ser considerada como um direito público, subjetivo, abstrato, genérico, e indeterminado. Não se confundia, pois, propriamente com o direito, porquanto sua existência independia de um direito subjetivo material e de que o autor tivesse ou não razão.
- (175) Segundo Chiovenda a ação deve ser considerada como um direito potestativo, tendo em vista que a ação é um direito autônomo e não um direito contra o Estado. Logo, a ação é o poder jurídico de dar vida à condição para atuação da vontade da lei. A ação é um poder que compete em frente ao adversário, a respeito do qual se produz efeito jurídico de atuação da lei. O ad-

Adversário não está obrigado a coisa alguma ante esse poder: es
tá simplesmente sujeito à ele. A ação se esgota com o seu e-
xercício, sem que o adversário nada possa fazer nem para impe-
dí-la, nem para satisfazê-la.

A grande dúvida, que nos interessa de forma especial, repousa, especialmente, na definição da ação como um poder na acepção do direito subjetivo (poder de exigir algo de outrem) ou poder na acepção do direito potestativo (numa certa adesão a teoria chioven-diana, por nós mencionada), uma vez que a ação pode ser entendida como o poder jurídico de ativar o processo com a finalidade de obter sobre o direito deduzido uma decisão judicial, o que, traduzido em termos estreitos, parece nos colocar em posição enfraquecida à luz do princípio da obrigatoriedade (plena vinculação), no que diz respeito especificamente a arguição de inconstitucionalidade por via de ação direta.

Entretanto, é conveniente ressaltar que mesmo sob a ótica da ação como mera faculdade, no caso específico da arguição de inconstitucionalidade, o legitimado constitucional é sempre extraordinário, agindo em nome próprio, mas defendendo direito alheio, direito este, que pode e deve ser traduzido como suficiente manifestação da faculdade-matriz do direito de ação. (176)

(176) Considerando, por outro lado, a ação como um poder na acepção do direito subjetivo, acreditam que a representação por si só já corresponderia ao manifesto e inequívoco poder de exigir, suficiente para o ajuizamento da ação, ainda que por intermédio de outrem (legitimados extraordinários autônomos exclusivos).

1.2.4.2. Do princípio da obrigatoriedade

Da mesma forma que pelo caráter público das normas penais materiais, estabelecidos pelo Estado para assegurar a convivência dos cidadãos na comunidade política, mediante o influxo psicológico da ameaça de uma pena para certos atos incompatíveis com esta convivência social, acarreta a consequência de que, no momento em que ocorre uma infração penal, seja necessário o exercício, por parte do Estado, do jus puniendi, sem a possibilidade dos órgãos incumbidos da persecução possuírem poderes discricionários para apreciar a conveniência ou oportunidade da instauração do processo ou do inquérito; com mais razão ainda entendemos, em face da relevância da inconstitucionalidade das normas jurídicas, a obrigatoriedade (plena vinculação) da instauração da ação direta de arguição de inconstitucionalidade de lei em tese após o devido oferecimento da representação por qualquer popular.

Muitos autores ao comentar o princípio da legalidade (obrigatoriedade) no processo penal, alertavam, como continuam a alertar, quanto ao perigo de se conceder aos órgãos persecutórios poder discricionário de julgar da conveniência, ou não, da instauração do processo criminal e, conseqüentemente, da ação penal, mesmo em certos casos práticos em que, pela insignificância das infrações, fosse preferível a não instauração de processo para apreciá-los (177).

(177) É de salientar que o pedido de arquivamento dos autos de inquérito policial, pelo órgão do MP, é exceção à regra, só podendo ocorrer nos casos de prescrição do crime, atipicidade da conduta e quando presentes as excludentes de ilicitude e culpabilidade (é discutível, pela doutrina, a possibilidade de arquivamento por insuficiência ou inconsistência probatória, considerando o princípio da legalidade). De qualquer maneira, somente o Juiz pode determinar o arquivamento, cabendo a esta a remessa dos autos ao Chefe do MP quando não concordar com o pedido.

Essa é exatamente a máxima da segurança das relações sociais e da paz social, que funciona como verdadeiro móvel do princípio da obrigatoriedade que, por outro lado, só possui exceções ' quando se vislumbra presente a insignificância do objeto da ação, ' considerando a - minima non curat praetor -, uma vez que o Estado ' jamais deve cuidar de coisas insignificantes.

Em sendo a Constituição da república a lei maior de toda a sociedade, guardiã dos princípios basilares da coletividade, ' e, assim, sua magistral importância para todo o Estado , não podemos conceber vício mais grave e importante, - verdadeiro fator de eficácia da lei -, do que da incompatibilidade do ordenamento jurídico inferior, geratriz do que convencionamos chamar, genericamente, de inconstitucionalidade.

Por quê então não dar tratamento, no mínimo, semelhante a matéria constitucional (inconstitucionalidade) de relevância indisputavelmente superior à matéria penal, cujo tratamento, pela lei, ' é expresse e rigoroso no sentido da obrigatoriedade da ação e do processo?

Como conceber tratamento menos rigoroso a matéria de lei?(178)

(178) Observe-se, ainda, que apenas no ante-projeto do CPP, de autoria do insigne Frederico Marques, o arquivamento ficaria ã cargo exclusivo do Ministério Público, ocorrendo "se o órgão do M.P., em vez de oferecer denúncia entender que o IP deverá ser arquivado, por não se haver apurado a prática de infração ou sua autoria".

É muito difícil, para nós, entender a concepção da plena discricionariiedade, numa interpretação mais ampla, considerando, ain da, que muitos dos próprios autores que sustentam o poder discricio nário do PGR (e, agora, dos demais legitimados previstos no art.103 da CF/88), recomendam, como o Prof. José Luiz de Anhaia Mello, que o PGR deve tomar atitude "mais prudente" nos casos em que o Procu rador não esteja convencido das possíveis inconstitucionalidades, ' arguindo o vício da inconstitucionalidade, por via de ação direta, ' junto ao STF. Parece-nos, assim, que estes autores estão tecnicamen te de acordo com a plena discricionariiedade do PGR (e demais legiti mados), mas do ponto de vista ético, se mostram contrários a este ' procedimento, perfilhando com nossos pontos-de-vista.

1.2.5. Das alterações na redação da lei nº 4337/64

Não se pode deixar de reconhecer, por outro lado, diversos óbices de ordem processual, numa exegese ao disposto na carta constitucional de 1967, constituição de 1988 e Lei nº 4337, quanto à plena vinculação do PGR e demais legitimados previstos no art.103 da CF/88.

O próprio Prof. Themístoles Cavalcanti, ao manifestar-se contrário à faculdade de arquivamento, por parte do PGR, da representação do interessado, não ignora a existência de dificuldades de ordem processual, especialmente na admissão de uma representação sem a iniciativa de seu autor privativo (ou, agora, à luz da CF/88, de pelo menos um de seus autores privativos); mas argumenta com muita propriedade, que a própria importância da arguição de inconstitucionalidade não permite outra alternativa para não correr o risco de transformar o PGR, e os demais legitimados previstos no art.103 da CF/88, em verdadeiros juízes da representação em detrimento aos interesses maiores da coletividade.

O fim da controvérsia, embora tentado com o advento da nova carta constitucional que ampliou o número de legitimados para a arguição da inconstitucionalidade da lei em tese por via de ação direta, parece-nos, pois, ainda distante; não obstante a promulgação da nova constituição propiciar a reabertura de debates doutrinários a respeito do tema, possibilitando, por efeito, a cogitação de alterações na redação da Lei nº 4337/64, tornando expressa a obrigatoriedade da ação direta provocada pela representação de qualquer cidadão.

V. Da Arguição de Inconstitucionalidade no
Direito Comparado

1. Da Arquição de Inconstitucionalidade em outros Estados Nacionais

Como bem salienta Jaffin (in Les Modes d'Introduction du Contrôle Judiciaire de La Constitutionnalité des Lois aux E'tats-Units, Recueiie d'études en e'honneur de Lambert, II, p.256), a idéia de atribuir ao Poder Judiciário a competência para negar a aplicação às leis, consideradas inconstitucionais, é, consoante ensinamentos da doutrina, uma criação original do direito público Norte-americano. (178)

A definição do princípio se deu, no século XIX, quando a Corte Suprema estadunidense decidiu o célebre caso Marbury vs Madison, e o Juiz Marshall demonstrou, ao julgar o mérito da questão, que o ato legislativo, ou executivo, incompatível com a Constituição, é nulo de pleno direito e, conseqüentemente desprovido de eficácia.

Contemporaneamente, a lição original do direito Norte-americano passou a diversos países, como também para o Brasil logo depois do advento da República, embora a evolução do instituto tenha sido processado dos mais variados e diferentes formas, respeitando, sob certa ótica, particularidades de cada Estado Soberano.

(178) Embora tal afirmação não seja pacífica, existindo quem defenda a origem desta idéia à sentenças das justiças coloniais ou ao "Instrument of Government" da Inglaterra ou mesmo à juristas portuguesas do século XVII.

1.1.

Da Arquição de Inconstitucionalidade na Alemanha

O controle de constitucionalidade de atos normativos na Alemanha está previsto nos artigos 93-1 (1º e 2º), 99 e 100 da Constituição Federal daquela nação, com previsão expressa de existência de Tribunal específico para o julgamento das respectivas ações de arguição de inconstitucionalidade de atos normativos (Tribunal Constitucional Federal).

Constituição Federal da República Federal Alemã.

art. 93 (Tribunal Constitucional Federal, com petência)

"(1) O Tribunal Constitucional Federal decide: (1º) sobre a interpretação desta Lei Fundamental em controvérsia a respeito da extensão dos direitos e deveres de um órgão supremo da Federação, ou de outros interessados dotados de direitos próprios pela presente Lei Fundamental, ou pelo regulamento interno de um órgão federal supremo.

(2º) no caso de divergências de opinião ou dúvidas a respeito da compatibilidade formal e material da legislação federal ou estadual com outras leis federais, quando o solicitarem o Governo Federal, um Governo Estadual ou um terço dos membros do Parlamento Federal."

art. 99 (Transferência das competências em assuntos de direito estadual para o Tribunal Constitucional Federal e para Tribunais Federais Supremos)

"A decisão das controvérsias constitucionais dentro de um Estado pode ser transferida para o Tribunal Constitucional Federal mediante uma lei estadual, assim como para os Tribunais federais superiores a decisão, em última instância, de assuntos relativos à aplicação de direito estadual!"

art. 100 (Controle de normas)

"(1) Quando um tribunal considerar inconstitucional uma lei, de cuja validade dependa a decisão, terá de suspender o processo e submeter a questão à decisão do tribunal estadual competente em assuntos constitucionais, quando se tratar de violação da Constituição de um Estado, ou à do Tribunal Constitucional Federal, quando se tratar de violação desta Lei Fundamental. Isto também é aplicável, quando se tratar da violação desta Lei"

Fundamental pela legislação estadual ou da in compatibilidade de uma lei federal.

(2º) quando num litígio surgirem dúvidas, se' uma norma do direito internacional público é parte integrante do direito federal e fonte ' direta de direitos e deveres para o indivíduo (artigo 25), o tribunal terá de solicitar a decisão do Tribunal Constitucional Federal.

(3º) Quando, na interpretação da Lei Fundamen tal, o tribunal constitucional de um Estado ' divergir de uma decisão do Tribunal Constitu cional Federal ou do tribunal constitucional' de um outro Estado, deverá submeter a questão à decisão do Tribunal Constitucional Federal."

1.2.

Da Arguição de Inconstitucionalidade no Chile

O controle da constitucionalidade dos atos normati vos no Chile esta previsto nos artigos 80 e 82 (1º a 7º e 12º) da Constituição Federal daquela nação, com competência, para julga mento da ação, outorgada à tribunal específico (Tribunal Constitu cional) com participação de membros da Corte Suprema Chilena.

Constituição da República do Chile.

art. 80

"La Corte Suprema, de oficio o a petición de parte, en las materias de que conozca, o que le fueren ' sometidas en recurso interpuesto en cualquier ges tión que se siga ante otro tribunal, podrá decla rar inaplicable para esos casos particulares todo' precepto legal contrario a la Constitución. Este' recurso podrá deducirse en cualquier estado de la gestión, pudiendo ordenar la Corte la suspensión ' del procedimiento."

art. 82

"Son atribuciones del Tribunal Constitucional:

(1º) Ejercer el control de la constitucionalidad ' de las leyes orgánicas constitucionales antes de su promulgación y de las leyes que interpreten al gún precepto de la Constitución;

(2º) Resolver las cuestiones sobre constitucionali dad que se susciten durante la tramitación de los' tratados sometidos a la aprobación del Congreso;

(3º) Resolver las cuestiones que se susciten so bre la constitucionalidad de um decreto con fuer za de ley;

(4º) Resolver las cuestiones que se susciten so bre constitucionalidad con relación a la convocato ria a um plebiscito, sin perjuicio de las atribuci ones que correspondan al Tribunal Calificador de Elecciones;

(5º) Resolver los reclamos en caso de que el Presidente de la República no promulgue una ley; cuando deba hacerlo, promulgue un texto diverso del que constitucionalmente corresponda o dicte un decreto inconstitucional;

(6º) Resolver sobre la constitucionalidad de un decreto o resolución del Presidente de la República que la Contraloría haya representado por esmarlo inconstitucional, cuando se requerido por el Presidente en conformidad al artículo 88;

(7º) Declarar la inconstitucionalidad de las organizaciones, y de los movimientos o partidos políticos, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 8º de esta Constitución;

(12) Resolver sobre la constitucionalidad de los decretos supremos dictados en el ejercicio de la potestad reglamentaria del Presidente de la República, cuando ellos se refieran a materiales que pudieren estar reservadas a la ley por mandato del artículo 60."

1.3. Da Arquição de Inconstitucionalidade na China

O controle da constitucionalidade dos atos normativos na China está previsto nos artigos 62 (2) e 67 (1,7 e 8) da Constituição daquela nação, com precisão expressa de competência para julgamento pela Assembleia Popular Nacional (através de seu Comitê Permanente).

Art. 62 "La Asamblea Popular Nacional ejerce las siguientes funciones:

(2) Supervisar el cumplimiento de la Constitución;

Art. 67

"El Comitê Permanente de la Asamblea Popular Nacional ejerce las siguientes funciones:

(1) Interpretar la Constitución y supervisar su cumplimiento;

(7) Revocar las disposiciones administrativas, decisiones y órdenes elaboradas por el Consejo de Estado que contradigan la Constitución o las leyes;

(8) Revocar las disposiciones y resoluciones de carácter local elaboradas por los organismos del poder estatal de las provincias, las regiones autónomas y los municipios directamente subordinados al Poder central que contradigan la Constitución, las leyes y las disposiciones administrativas;"

1.4.

Da Arquição de Inconstitucionalidade em Cuba

O controle de constitucionalidade dos atos normativos em Cuba está previsto nos artigos 73 (c,r,s); 88 (ñ); 96 (ñ) ; 105 (c); 116 (c, ch) da Constituição Federal daquela nação, com previsão expressa de competência para julgamento pela Assembléia Nacional do Poder Popular.

Constituição Federal de Cuba:

Art. 73

"Son atribuciones de la Asamblea Nacional del Poder Popular:

(c) decidir acerca de la constitucionalidad de las leyes, decretos y demás disposiciones generales;

(r) revocar los decretos-leyes del Consejo de Estado y los decretos y disposiciones del Consejo de Ministros que contradigan la Constitución o las leyes;

(s) revocar o modificar los acuerdos o disposiciones de los órganos locales del Poder Popular que violen la Constitución, las leyes, los decretos-leyes, decretos y demás disposiciones dictadas por un órgano de superior jerarquía a los mismos : o los que afecten los intereses de otras localidades o los generales del país;

Art. 88

"Son atribuciones del Consejo de Estado:

(ñ) Suspender las disposiciones del Consejo de Ministros y los acuerdos y disposiciones de las Asambleas Locales del Poder Popular que no se ajusten a la Constitución o a las leyes, o cuando afecten los intereses de otras localidades o los generales del país, dando cuenta a la Asamblea Nacional del Poder Popular en la primera sesión que celebre después de acordada dicha suspensión;"

Art. 96

"Son atribuciones del Consejo de Ministros:

(ñ) proponer a la Asamblea Nacional del Poder Popular la revocación o al Consejo de Estado, la suspensión, de los acuerdos y disposiciones de las Asambleas de los órganos, locales del Poder Popular que contravengan las leyes y demás disposiciones vigentes o que afecten los intereses de otras comunidades o los generales del país;"

Art. 105

"Dentro de los límites de su competencia, las Asambleas Provinciales y Municipales del Poder Popular: (c)revocan, suspenden o modifican, según los casos,

los acuerdos y disposiciones de los órganos subordinados a ellas, que infrinjan la Constitución, las leyes, los decretos-leyes, los decretos, los reglamentos o las resoluciones dictadas por órganos superiores del Poder del Estado, o que afecten los intereses de otras comunidades, o los generales del país;"

Art. 116

"Son atribuciones de los Comités Ejecutivos:

(c) suspender la ejecución de cualquier disposición emanada de las Asambleas Locales del Poder Popular de jerarquía inmediata inferior, cuando viole la Constitución, las leyes u otras disposiciones dictadas por los órganos superiores del Poder del Estado, o que afecte los intereses de otras comunidades, o los generales del país;

(ch) revocar en los mismos casos a que se refiere el inciso anterior, las disposiciones, acuerdos y resoluciones de los Comités Ejecutivos de las Asambleas Locales del Poder Popular de jerarquía inmediata inferior en los períodos en que no se halle reunida la Asamblea a que pertenezca el mismo;"

1.5

Da Arguição de Inconstitucionalidade na Espanha

O controle de constitucionalidade dos atos normativos na Espanha está previsto nos artigos 161 (a); 162 (a); 163; 164 da Constituição Federal daquela nação, com previsão expressa de existência de Tribunal específico para o julgamento das respectivas ações de arguição de inconstitucionalidade de atos normativos .

Constituição Federal da Espanha:

Art. 161

"El Tribunal Constitucional tiene jurisdicción en todo el territorio español y es competente para conocer:

(a) Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley. La declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada."

Art. 162

"(1) Están legitimados:

(a) Para interponer el recurso de inconstitucionalidad, el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, 50 Diputados, 50 Senadores, los órganos colegiados ejecutivos de las comunidades Autónomas y, en su caso, las Asambleas de las mismas."

art. 163

"Cuando un órgano judicial considere, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión ante el Tribunal Constitucional en los supuestos, en la forma y con los efectos que establezca la ley, que en ningún caso serán suspensivos."

art. 164

"(1) Las sentencias del Tribunal Constitucional se publicarán en el Boletín Oficial del Estado con los votos particulares, si los hubiere. Tienen el valor de cosa juzgada a partir del día siguiente de su publicación y no cabe recurso alguno contra ellas. Las que declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho, tienen plenos efectos frente a todos.

(2) Salvo que en el fallo se disponga otra cosa, subsistirá la vigencia de la ley en la parte no afectada por inconstitucionalidad .

1.6.

Da Arguição de Inconstitucionalidade na França

O controle de constitucionalidade dos atos normativos na França esta previsto nos artigos 54; 61; 62 da Constituição Federal daquela nação, com previsão expressa de existência de Conselho Constitucional específico para o julgamento das respectivas ações de arguição de inconstitucionalidade de atos normativos.

Constituição Federal da França:

Art. 54

"Se o Conselho Constitucional, para esse fim chamado a pronunciar-se pelo Presidente da República, pelo Primeiro-Ministro ou pelo Presidente de qual quer das Câmaras, declarar que determinado compromisso internacional comporta alguma cláusula contrária à Constituição, a autorização para ratificação ou aprovação não poderá verificar-se antes de revisão da Constituição."

Art. 61

"As leis orgânicas, antes da promulgação, e os regimentos das duas Câmaras do Parlamento, antes de começarem a ser aplicados, devem ser submetidos ao Conselho Constitucional a fim de este se pronunciar sobre a sua conformidade com a Constituição.

Para o mesmo efeito, as leis podem, antes da promulgação, ser deferidas ao Conselho Constitucional pelo Presidente da República, pelo Primeiro-Ministro, pelo Presidente da Assembléia Nacional, pelo Presidente do Senado ou por sessenta Deputados ou sessenta Senadores.

Nestes casos, o Conselho Constitucional tem um mês para decidir, podendo, porém, este prazo ser reduzido a oito dias, a requerimento do Governo.

O envio dos diplomas ao Conselho Constitucional suspende o prazo de promulgação."

Art. 62

"Não pode ser promulgada nem aplicado nenhum preceito declarado inconstitucional.

As decisões do Conselho Constitucional não admitem recurso e são obrigatórias para os Poderes Públicos e para todas as autoridades administrativas e jurisdicionais."

1.7.

Da Arquição de Inconstitucionalidade na Guiné-Bissau

O controle da constitucionalidade dos atos normativos na Guiné-Bissau esta previsto nos artigos 56 (5,6); 64-1(h,i) ; 82 (2); 98 da Constituição daquela nação, com precisão expressa de competência para julgamento pela Assembleia Popular Nacional.

Constituição da Guiné-Bissau:

Art. 56

"Compete à Assembleia Nacional Popular:

(5) Decidir da constitucionalidade das leis, decretos-leis e demais diplomas legislativos;

(6) Apreciar, modificar ou anular os diplomas legislativos ou quaisquer medidas adotadas pelos órgãos do Estado que contrariem a presente Constituição e as leis;"

Art. 64

"(1) São atribuições do Conselho de Estado:

(h) suspender as decisões do Conselho de Ministros e as resoluções dos Conselhos Regionais que contrariem a Constituição e as leis ou afetem os interesses de outras regiões ou os interesses nacionais, e submeter a questão à apreciação da Assembleia Nacional Popular na sua primeira sessão;

(i) anular as decisões e atos dos Comitês de Estado e demais órgãos do poder local que contrariem a Constituição, as leis, decretos-leis, decretos e demais decisões de qualquer órgão hierarquicamente superior aos mesmos, ou que afetem os interesses de outras áreas ou interesses nacionais."

Art. 82

"No cumprimento das suas atribuições e dentro dos limites estabelecidos na Constituição e nas leis, compete ao Conselho Regional:

(2) anular, suspender ou modificar as resoluções e decisões dos órgãos a ele subordinados, quando infringjam a Constituição, as leis, os decretos-leis, os decretos, os regulamentos ou as resoluções dos órgãos superiores do Estado ou quando afetem os interesses de outras comunidades ou os interesses gerais do país;"

Art. 98

"(1) Nos feitos submetidos a julgamento não podem os tribunais aplicar normas que infringjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consagrados.

(2) A questão da inconstitucionalidade pode ser levantada oficiosamente pelo tribunal, pelo Ministério Público ou por qualquer das partes;

(3) Admitida a questão da inconstitucionalidade, o incidente sobe em separado à Assembléia Nacional Popular, que decidirá.

(4) As decisões tomadas em matéria de inconstitucionalidade pela Assembléia Nacional Popular terão força obrigatória geral e serão publicadas no Boletim Oficial."

1.8.

Da Arguição de Inconstitucionalidade na Itália

O controle da constitucionalidade dos atos normativos na Itália esta previsto nos artigos 134; 136; 137 da Constituição daquela nação, com precisão expressa de competência para julgamento pela Corte Constitucional.

Constituição da Itália:

Art. 134

"A Corte Constitucional julga:

(-) das controvérsias relativas à legitimidade constitucional das leis e dos atos com força de lei, do Estado e das regiões;

(-) dos conflitos de atribuição entre os poderes do Estado daqueles entre o Estado e as regiões e entre as próprias regiões;

(-) das acusações feitas contra o Presidente da República e os Ministros, de acordo com a Constituição."

Art. 136

"Quando a Corte declara a ilegitimidade constitucional de uma norma de lei ou de um ato com força de lei ou de um ato com força de lei, a norma cessa de ter eficácia a partir do dia sucessivo à publicação da decisão.

A decisão da Corte é publicada e comunicada às Câmaras e aos Conselhos Regionais interessados, a fim de que, se o reputarem necessário, recorram na forma constitucional."

art. 137

"Uma lei constitucional estabelece as condições, as formas, os prazos de apresentação dos julgamentos de legitimidade constitucional, e as garantias de independência dos juizes da Corte.

Mediante lei ordinária são estabelecidas as demais normas necessárias para a constituição e o funcionamento da Corte.

Contra as decisões da Corte constitucional não é admitida impugnação alguma.

1.9. Da Arguição de Inconstitucionalidade no Japão

O controle da constitucionalidade dos atos normativos no Japão está previsto no artigo 81 da Constituição daquela nação, com precisão espessa de competência para julgamento pela Corte Suprema.

Constituição do Japão:

Art. 81

"A Corte Suprema é o tribunal de última instância com poder para determinar a constitucionalidade de qualquer lei, ordem, regulamento ou ato oficial."

1.10. Da Arguição de Inconstitucionalidade no México

O controle da constitucionalidade dos atos normativos no México está previsto no artigo 107, VIII (a,c,f) da Consti-

tuição daquela nação, com precisão expressa de competência para julgamento pela Suprema Corte de Justiça.

Constituição do México:

Art. 107

"(VIII) Contrás las sentencias que pronuncien en amparo los jueces de distrito, procede revision. De ella conocerá la Suprema Corte de Justicia:

(a) Cuando se impugne una ley por estimarla inconstitucional.

(c) Cuando se reclamen de Presidente de la República, por estimarlos constitucionales, reglamentos en materia federal expedidos de acuerdos con el artículo 89, fracción I, de esta Constitución.

(f) Cuando en materia penal se reclame solamente la violación del artículo 22 de esta Constitución.

En los casos no previstos en los incisos anteriores, así como en los amparos promovidos contra actos de las autoridades administrativas, constituidas conforme a la fracción VI, base primera del artículo 73 de esta Constitución, conocerán de la revisión los Tribunales Colegiados de Circuito y sus sentencias no admitirán recurso alguno;"

1.11.

Da Arguição de Inconstitucionalidade no Paraguai

O controle da constitucionalidade dos atos normativos no Paraguai está previsto no artigo 200, da Constituição daquela nação, com precisão expressa de competência para julgamento pela Corte Suprema de Justiça.

Constituição do Paraguai:

Art. 200

"La Corte Suprema de Justicia tendrá facultad para declarar la inconstitucionalidad de las leyes y la inaplicabilidad de las disposiciones contrarias a esta Constitución en cada caso concreto y en fallo que sólo tendrá afecto con relación a ese caso. El procedimiento podrá iniciarse por acción ante la Corte Suprema de Justicia, y por excepción en cualquier instancia, y se elevarán sus antecedentes a dicha Corte. El incidente no suspenderá el juicio, que proseguirá hasta el estado de sentencia.

1.12.

Da Arguição de Inconstitucionalidade em Portugal

O controle de constitucionalidade dos atos normativos em Portugal esta previsto nos artigos 137 (f,g); 139 (1,4) ; 207 ; 213 ; 277 a 283; 285, da Constituição daquela nação, com precição expressa de competência para julgamento pelo Tribunal Constitucional.

Constituição de Portugal:

Art. 137

"(Competência para a prática de atos próprios)
Compete ao Presidente da República, na prática de atos próprios:

(f) requerer ao Tribunal Constitucional a apreciação preventiva da constitucionalidade de normas constantes de leis, decretos-leis e convenções internacionais;

(g) requerer ao Tribunal Constitucional a declaração da inconstitucionalidade por omissão;"

Art. 139

"(Promulgação e veto)

(1) No prazo de vinte dias contados da recepção de qualquer decreto da Assembléia da República para ser promulgado como lei, ou da publicação da decisão do Tribunal Constitucional que não se pronuncie pela inconstitucionalidade de forma dele constante, deve o Presidente da República promulgá-lo ou exercer o direito de veto, solicitando nova apreciação do diploma em mensagem fundamentada.

(4) No prazo de quarenta dias contados da recepção de qualquer decreto do Governo para ser promulgado ou da publicação da decisão do Tribunal Constitucional que não se pronuncie pela inconstitucionalidade de norma dele constante, deve o Presidente da República promulgá-lo ou exercer o direito de veto, comunicando por escrito ao Governo o sentido do veto."

Art. 207

"(Apreciação da Inconstitucionalidade)

Nos feitos submetidos a julgamento não podem os tribunais aplicar normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados.

Art. 213

"(Tribunal Constitucional)

(1) Compete ao Tribunal Constitucional apreciar a inconstitucionalidade e a ilegalidade, nos termos dos artigos 177 e seguintes.

(2) Compete ainda ao Tribunal Constitucional:
(a) Verificar a morte e declarar a impossibilidade física permanente do Presidente da República, bem como verificar os impedimentos temporários do exercício das suas funções;
(b) verificar a perda do cargo de Presidente da República, nos casos previstos no nº 3 do artigo 132 e no nº 3 do artigo 133;
(c) verificar a morte e declarar a incapacidade para exercício da função presidencial de qualquer candidato a Presidente da República, para efeitos do disposto no nº 3 do artigo 127;
(d) verificar previamente a constitucionalidade e a legalidade das consultas diretas aos eleitores a nível local;
(e) exercer as demais funções que lhe sejam atribuídas pela Constituição e pela lei."

Art. 277

"(Inconstitucionalidade por ação)

(1) São inconstitucionais as normas que infrinjam o disposto na Constituição ou os princípios nela consignados.

(2) A inconstitucionalidade orgânica ou formal de tratados internacionais regularmente ratificados não impede a aplicação das suas normas na ordem jurídica portuguesa, desde que tais normas sejam aplicadas na ordem jurídica da outra parte, salvo se tal inconstitucionalidade resultar de violação de uma disposição fundamental."

Art. 278

"(Fiscalização preventiva da constitucionalidade)

(1) O Presidente da República pode requerer ao Tribunal Constitucional a apreciação preventiva da constitucionalidade de qualquer norma constante de tratado internacional que lhe tenha sido submetido para ratificação, de decreto que lhe tenha sido enviado para promulgação como lei ou como decreto-lei ou de acordo internacional cujo decreto de aprovação lhe tenha sido remetido para assinatura.

(2) Os Ministros da República podem igualmente requerer ao Tribunal Constitucional a apreciação preventiva da constitucionalidade de qualquer norma constante de decreto legislativo regional ou de decreto regulamentar de lei geral da República que lhes tenham sido enviados para assinatura.

(3) A apreciação preventiva da constitucionalidade deve ser requerida no prazo de cinco dias, a contar da data da recepção do diploma.

(4) O Tribunal Constitucional deve pronunciar-se no prazo de vinte dias, o qual, no caso do nº 1, pode ser encurtado pelo Presidente da República, por motivo de urgência."

Art. 279

"(Efeitos da decisão)

(1) Se o Tribunal Constitucional se pronunciar pela inconstitucionalidade de norma constante de qualquer decreto ou acordo internacional, deverá o diploma ser vetado pelo Presidente da República ou pelo Ministro da República, conforme os casos, e devolvido ao órgão que o tiver aprovado.

(2) No caso previsto no nº 1, o decreto não poderá ser promulgado ou assinado sem que o órgão que o tiver aprovado expurgue a norma julgada inconstitucional ou, quando for o caso disso, o confirme por maioria de dois terços dos Deputados presentes.

(3) Se o diploma vier a ser reformulado, poderá o Presidente da República ou o Ministro da República, conforme os casos, requerer a apreciação preventiva da constitucionalidade de qualquer das suas normas.

(4) Se o Tribunal Constitucional se pronunciar pela inconstitucionalidade de normas constantes de tratado, este só poderá ser ratificado se a Assembleia da República o vier a aprovar por maioria de dois terços dos Deputados presentes."

Art. 280

"(Fiscalização concreta da constitucionalidade e da legalidade)

(1) Cabe recurso para o Tribunal Constitucional das decisões dos tribunais:

(a) Que recusem a aplicação de qualquer norma com fundamento na sua inconstitucionalidade;

(b) Que apliquem normas cuja inconstitucionalidade haja sido suscitada durante o processo.

(2) Quando a norma cuja aplicação tiver sido recusada constar de convenção internacional, de ato legislativo ou de decreto regulamentar, o recurso previsto na alínea a do nº 1 é obrigatório para o Ministério Público.

(3) Cabe igualmente recurso para o Tribunal Constitucional das decisões dos tribunais:

(a) Que recusem a aplicação de norma constante de diploma regional com fundamento na sua ilegalidade por violação do estatuto da região autónoma ou de lei geral da República;

(b) Que recusem a aplicação de norma constante de

diploma emanado de um órgão de soberania com fundamento na sua ilegalidade por violação do estatuto de uma região autónoma;

(c) Que apliquem norma cuja ilegalidade haja sido suscitada durante o processo, com qualquer dos fundamentos referidos nas alíneas a e b.

(4) Os recursos previstos na alínea b do nº 1 e a alínea C do nº 3 só podem ser interpostos pela parte que haja suscitado a questão da inconstitucionalidade ou da ilegalidade, devendo a lei regular o regime de admissão desses recursos.

(5) Cabe ainda recurso para o Tribunal Constitucional, obrigatório para o Ministério Público, das decisões dos tribunais que apliquem norma anteriormente julgada inconstitucional ou ilegal pelo próprio Tribunal Constitucional.

(6) Os recursos para o Tribunal Constitucional são restritos à questão da inconstitucionalidade ou da legalidade, conforme os casos."

Art. 281

"(Fiscalização abstrata da constitucionalidade e da legalidade)

(1) O Tribunal Constitucional aprecia e declara, com força obrigatória geral:

(a) A inconstitucionalidade de quaisquer normas, a requerimento do Presidente da República, do Presidente da Assembléa da República, do Primeiro-Ministro, do Provedor de Justiça, do Procurador-Geral da República, de um décimo dos Deputados à Assembléa da República ou, com fundamento em violação dos direitos das regiões autónomas, das respectivas assembléias regionais ou dos presidentes dos governos regionais;

(b) A ilegalidade de quaisquer normas constantes de diploma regional, com fundamento em violação do estatuto da região ou de lei geral da República, a requerimento de qualquer das entidades referidas na alínea a ou do Ministro da República para a respectiva região autónoma;

(c) A ilegalidade de qualquer norma constante de diploma emanado dos órgãos de soberania, com fundamento em violação dos direitos de uma região consagrados no seu estatuto, a requerimento de qualquer das entidades referidas na alínea a, bem como do presidente da assembléa regional, do presidente do governo regional ou de um décimo dos deputados à assembléa regional da respectiva região autónoma.

(2) O Tribunal Constitucional aprecia e declara ainda, com força obrigatória geral, a inconstitucionalidade ou a ilegalidade de qualquer norma, desde que tenha sido por ele julgada inconstitucional ou ilegal em três casos concretos."

Art. 282

"(Efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade)

(1) A declaração de inconstitucionalidade ou de ilegalidade com força obrigatória, geral produz efeitos desde a entrada em vigor da norma declarada in constitucional ou ilegal e determina a re^{pr}istinacão das normas que ela, eventualmente, haja revoga^do.

(2) Tratando-se, porém, de inconstitucionalidade ou de ilegalidade por infração de norma constitucional ou legal posterior, a declaração só produz efeitos desde a entrada em vigor desta última.

(3) Ficam ressalvados os casos julgados, salvo decisão em contrário do Tribunal Constitucional quando a norma respeitar a matéria penal, disciplinar ou de ilícito de mera ordenação social e for de conteúdo menos faforável ao arguido.

(4) Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restritivo do que o previsto nos nºs 1 e 2."

Art. 283

"(Inconstitucionalidade por omissão)

(1) A requerimento do Presidente da República, do Provedor de Justiça ou, com fundamento em violação de direitos das regiões autónomas, dos presidentes das assembleias regionais, o Tribunal Constitucional aprecia e verifica o não-cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequível as normas constitucionais.

(2) Quando o Tribunal Constitucional verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão, dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente."

Art. 285

"A lei pode prever o funcionamento do Tribunal Constitucional por seções não especializadas para efeito de fiscalização concreta da constitucionalidade e legalidade."

1.13. Da Arquição de Inconstitucionalidade na Suíça

O Controle de constitucionalidade dos atos normativos na Suíça esta previsto nos artigos 6º (a); 102 (2), da Constituição daquela nação, com precisão expressa de competência para julgamento pelo Tribunal Federal.

Constituição Federal da Suíça:

Art. 6º

"(1) Cumpre aos cantões solicitarem à Confederação a garantia das suas constituições.

(2) Esta garantia é concedida, contanto que:

(a) estas constituições não contenham nada que seja contrário às disposições da constituição federal;"

Art.102

"As atribuições do Conselho Federal são, nos limites da presente constituição, nomeadamente as seguintes:

(2) Vigia pelo cumprimento da constituição, das leis e resoluções da Confederação, assim como das prescrições dos acordos federais; toma, por sua própria iniciativa ou a pedido dos queixosos, as medidas necessárias para as fazer cumprir, quando o recurso não for daqueles que devam ser levados perante o Tribunal Federal conforme o teor do artigo 113.

1.14. Da Arquição de Inconstitucionalidade na URSS

O controle de constitucionalidade dos atos normativos na URSS esta previsto nos artigos 73 (11); 121 (4), da Constituição daquela nação, com precisão expressa de competência para julgamento pelo Presidium do Soviete Supremo da URSS.

Constituição da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas:

Art. 73

"Incumbe à União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, personificada nos seus órgãos máximos do Poder e da administração do Estado:

(11) controlar o cumprimento da Constituição da URSS e assegurar a correspondência das constituições das repúblicas federadas com a Constituição da URSS;"

Art. 121

"O Presidium do Soviete Supremo da URSS:

(4) Controla o cumprimento da Constituição da URSS e garante a correspondência entre as Constituição' e as leis da URSS;"

1.15.

Da Arquição de Inconstitucionalidade no Uruguai

O controle de constitucionalidade dos atos normativos no Uruguai esta previsto nos artigos 85 (20); 239 (1º); 256 a 261, da Constituição daquela nação, com precisão expressa de competência para julgamento pela Suprema Corte de Justiça.

Constituição do Uruguai:

Art. 85

"A la Asamblea General compete:

(20º) Interpretar la Constitución, sin perjuicio ' de la facultad que corresponde a la Suprema Corte' de Justicia, de acuerdo con los artículos 256 a 261."

Art. 239

"A la Suprema Corte de Justicia corresponde:

(1º) Juzgar a todos los infractores de la Constitución, sin excepción, alguna; sobre delitos contra' Derecho de Gentes y causas de Almirantazgo; en las cuestiones relativas a tratados, pactos y convenciones con otros Estados; conocer en las causas de los diplomáticos acreditados en la República, en los casos previstos por el Derecho Internacional. Para los asuntos enunciados y para todo otro en ' que se atribuya a la Suprema Corte jurisdicción originaria será la Ley la que disponga sobre las instancias que haya de haber en los juicios, que ' de cualquier modo serán públicos y tendrán su sentencia definitiva modificada con referencias ex presas a la ley que se aplique."

Art. 256

"Las leyes podrán ser declaradas inconstitucionales por razan de forma o de contenido, de acuerdo con lo que se establece en los artículos siguientes."

Art. 257

"A la Suprema Corte de Justicia le compete el conocimiento y la resolución originaria y exclusiva en la materia; y deberá pronunciarse con los requisitos de las sentencias definitivas.

Art. 258

"La declaración de inconstitucionalidad de una ley y la inaplicabilidad de las disposiciones afectadas por aquella, podran soliciarse por todo aquel que se considere lesionado en su enterés directo, personal y legítimo:

(1º) Por via de acción, que dberá entablar ante la Suprema Corte de Justicia.

(2º) Por via de excepción, que podrá oponer en cualquier procedimiento judicial.

El Juez o Tribunal que entendiere en cualquier procedimiento Judicial, o el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo, en su caso, también podrá solicitar de oficio la declaración de inconstitucionalidad de una ley y su inaplicabilidad, antes de dictar resolución.

En este caso y en el previsto por el numeral 2º, se suspenderán los procedimientos, elevándose las actuaciones a la Suprema Corte de Justicia."

Art. 259

"El fallo de la Suprema Corte de Justicia se referirá exclusivamente al caso concreto y sólo tendrá efecto en los procedimientos en que se haya pronunciado."

Art. 260

"Los decretos de los Gobiernos Departamentales que se tengan fuerza de ley en su jurisdicción, podrán también ser declarados inconstitucionales, con sujeción a lo establecido en los artículos anteriores."

Art. 261

"La ley reglamentará los procedimientos pertinentes."

1.16.

Da Arquição de Inconstitucionalidade na Venezuela

O controle de constitucionalidade dos atos normativos na Venezuela esta previsto nos artigos 173; 215 (3º, 4º, 6º) ; 216, da Constituição daquela nação, com previsão expressa de competência para julgamento pela Suprema Corte de Justiça.

Constituição na Venezuela:

Art..173

"O presidente da República promulgará a lei num prazo de dez dias após tê-la recebido, mas poderá, durante esse lapso de tempo, com o consentimento do Conselho de Ministros, pedir a sua reconsideração ao Congresso, mediante exposição de motivos, a fim

de que modifique algumas de suas disposições ou retire a aprovação de toda a lei ou de parte dela. As Câmaras em sessão conjunta decidirão a respeito dos pontos suscitados pelo Presidente da República e poderão dar uma nova redação às disposições rejeitadas ou às que tenham conexão com elas.

Quando a decisão tenha sido tomada por maioria simples, o Presidente da República poderá optar entre promulgar a lei ou devolvê-la ao Congresso, dentro do mesmo prazo de cinco dias, para uma nova e última reconsideração. A decisão das Câmaras em sessão conjunta será definitiva, ainda que por maioria simples, e a promulgação da lei deverá fazer-se dentro dos cinco dias seguintes ao seu recebimento.

Em qualquer caso, se a objeção se fundar em inconstitucionalidade, o Presidente da República poderá, dentro do prazo fixado para promulgar a lei, recorrer à Suprema Corte de Justiça, solicitando a sua decisão sobre a inconstitucionalidade alegada. A Suprema Corte decidirá no prazo de dez dias, contados a partir do recebimento do aviso do Presidente da República. Se a Suprema Corte negar a inconstitucionalidade invocada ou não decidir dentro do referido prazo, o Presidente da República deverá promulgar a lei dentro dos cinco dias seguintes à decisão da Suprema Corte ou no vencimento de tal prazo."

Art. 217

"São atribuições da Suprema Corte de Justiça:

(3º) declarar a nulidade total ou parcial das leis nacionais, e demais atos dos Corpos Legislativos que estejam em conflito com esta Constituição;

(4º) declarar a nulidade total ou parcial das leis estaduais, das disposições municipais e demais atos dos Corpos deliberantes dos Estados ou Municípios que estejam em conflito com esta Constituição.

(6º) Declarar a nulidade dos regulamentos e demais atos do Poder Executivo Nacional quando violarem esta Constituição;"

Art. 216

"As atribuições indicadas nos parágrafos 1º a 6º do artigo anterior serão exercidas pela Suprema Corte, em plenário. Suas decisões serão tomadas pela maioria absoluta da totalidade dos Magistrados."

VI. Conclusões

1. Principais conclusões

Encontramo-nos, por tudo o que foi dito e por todos os argumentos que alinhámos, irremediavelmente na primeira corrente de pensamento, ao lado dos Profs. Dr. Brandão Cavalcanti, Pontes de Miranda, Josaphat Marinho, Caio Mário, Paulo Bonavides, entre outros, que argumentam pela plena vinculação do PGR quando ao encaminhamento da representação por inconstitucionalidade pela via de ação direta interventiva e, principalmente, genérica, não obstante o advento do novo texto constitucional.

Isso não quer dizer, por outro lado, que perfilhamos a tese de que o PGR (ou, agora os demais legitimados previstos no art. 103 da CF/88) é simples órgão material de remessa de petições. Muito pelo contrário, até na qualidade de ex-membro do Ministério Público, entendemos que o PGR, chefe do M.P. Federal, deverá sempre o pinar (na qualidade de defensor da própria Sociedade) (156) de forma imparcial (157) ainda que contrariamente à inconstitucionalidade, formando o necessário e imprescindível contraditório formal.

O que não podemos admitir, mesmo à luz do nosso ordenamento constitucional, pois transcende à própria competência do M.P. e, especialmente, a do PGR -- é o que o PGR (ou qualquer um dos novos legitimados) possa previamente julgar a representação, arquivando-a caso seu particular entendimento seja pela constitucionalidade da norma jurídica em questão.

Certamente, pelo minucioso exame das normas constitucionais e infraconstitucionais pertinentes, esta não pode ter sido a intenção dos respectivos legisladores, como também, não é certamente a intenção posta por estas normas, considerando o objetivo de aperfeiçoamento da democracia política em nosso País. Também, estamos certos que, conforme já salientamos, a interpretação pelo método sociológico não permite esta exegese dos referidos e mencionados dispositivos legais, apesar das alterações introduzidas pela Carta'

Magna de 1988.

De toda sorte, entendemos que a única posição possível e admitida pelo nosso ordenamento jurídico face a própria vigência da Lei 4337/64 e, que ao mesmo tempo não invalida o princípio democrático constitucional implícito dos freios e contrapesos dos poderes de Estado (158), é o da absoluta vinculação do PGR (e demais legitimados) a representação, salvo apenas e tão somente um mínimo de elasticidade relativa à apreciação prévia dos requisitos processuais da mesma pelo PGR (159), previstos expressamente na nova Carta através de obrigatoriedade de manifestação do chefe do Ministério Público nas ações diretas de arguição de inconstitucionalidade conduzidas pelos demais legitimados previstos no art. 103 da CF/88.

Esta é, para todos os efeitos, a nossa posição, agora registrada, com muito orgulho, neste trabalho, não obstante nosso desejo que alterações na Lei nº 4337/64, ainda em vigor, possam tornar expresso a obrigatoriedade da ação direta, após oferecimento da representação por qualquer cidadão ou, por outro lado, que nosso novo legislativo, a ser eleito pelo voto popular, no próximo escrutínio, emende a atual carta constitucional tornando a ação direta de arguição do vício da inconstitucionalidade uma verdadeira ação popular, com legitimação ampla.

(156) Afinal, a tese vigente é que o M.P. é a própria sociedade em juízo.

(157) No aspecto técnico-jurídico como órgão de fiscalização das leis e da constitucionalidade destas.

(158) Uma vez que o PGR é órgão do poder executivo e, assim, deve sempre um outro poder - o judiciário - também participar como freio e contrapeso do mesmo.

(159) Equivalente, neste caso, a fase prévia de saneamento que o juiz realiza antes de apreciar o mérito da questão. Não se confunde, entretanto, com as questões preliminares (que são mais amplas e sobre as quais há decisão terminativa pelo Juiz).

VII. BIBLIOGRAFIA

1. Principais Referências Bibliográficas

1. ALVIM, Arruda. Manual de Direito Processual Civil, vol.1, 2ª ed. Ed. Rev. dos Tribunais, SP, 1986
2. ACCIOLI, Wilson. Instituições de Direito Constitucional, 1ª ed. Rio de Janeiro, Forense
3. ANHAIA MELLO, José Luiz de. Da Separação de Poderes a Guarda da Constituição. 1ª ed. S. Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1968.
4. BARROS, João Paulo Alexandre de. O Ministério Público e a representação por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual. Rev. de Info. Legislativas, Brasília, nº 87, jul/set 1985
5. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O Novo Processo Civil Brasileiro. Rio de Janeiro, Forense
6. BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Inovações Processuais da EC-7: Representação para Interpretação de Norma Jurídica. Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 32: 40 - 57, 1977.
7. BASTOS, Celso Ribeiro. Elementos de Direito Constitucional, 1ª ed. S. Paulo, Saraiva - EDUC, 1975
8. BASTOS, Celso Ribeiro, Comentários à Constituição Federal, 1ª ed. vol. 1, São Paulo, Saraiva, 1988
9. BASTOS, Celso S. Ribeiro. Perfil Constitucional da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade. Revista de Direito Público. Rio de Janeiro, 22 : 78 - 106, 1972
10. BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional, 1ª ed. S. Paulo, Saraiva, 1988
11. BASCUNAN, Alejandro Silva. Tratado de Derecho Constitucional. 1ª ed. Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1963, 3v.
12. BITTENCOURT, Lúcio. O Controle Jurisdicional da Constituição das leis. Atual. José Aguiar Dias. 2ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1968.

13. BONAVIDES, Paulo. Direito Constitucional. 1ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1980.
14. BUZAID, Alfredo. Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro. 1ª ed. S. Paulo, Saraiva, EDUC, 1975.
15. CAVALCANTI, Temístoles Brandão. Do Controle da Constitucionalidade. 1ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1966.
16. CAPPELETTI, Mauro. O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado. 1ª ed. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1984.
17. COSTA, Edgar. Os Grandes Julgamentos do STF. Brasília, Ed. do STF, v.2.
18. CRUZ GUIMARÃES, José Alfredo. Constituinte e Controle de Constitucionalidade. Revista de Direito Público. Rio de Janeiro, 79: 146 - 55, 1986.
19. DIAS, Mário. Ministério Público Brasileiro. 1ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1955.
20. DUARTE, José. A Constituição Brasileira de 1946. 1ª ed. Rio de Janeiro, 1947. 2V.
21. FALCÃO, Djaci. Representação - Iniciativa - PGR. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro, 158: 163 - 73, 1984.
22. FERREIRA DA COSA, Elcias. Comentários Breves à Constituição Federal, 1ª ed. Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1989.
23. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 1ª ed. S. Paulo, Saraiva, 1978.
24. FERREIRA, Wolgran Junqueira. Comentários à Constituição de 1988, vol.2, Julex Livros, 1ª ed. Campinas, SP, 1989.
25. FRIEDRICH, KARL J. La Democratie Constitutionnelle. Trad. Andree' Martirerie. 1ª ed. Paris, Presses Universitaires de France, 1958.
26. JACQUES, Paulino. Curso de Direito Constitucional. 8ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1977.
27. Kelsen, Hans. Teoria Pura do Direito. Trad. João Batista Machado, 1ª ed. Coimbra, Armênio Amado Editor, 1962.
28. LEAL, Victor Nunes. Representação de Inconstitucionalidade Peran

- te o STF: Um Aspecto Inexplorado. Revista de Direito Público. Rio de Janeiro, 53/54:25/37, 1980.
29. LOEWENSTEIN, Karl. Teoria de La Constitucion. Trad. Alferdo Gallego Anabitarte. 1ª ed. Barcelona, ed. Ariel, 1965.
 30. MARINHO, Josaphat. Inconstitucionalidade de lei. Revista de Direito Público.
 31. MEDINA, Paulo Roberto Gouvea - Revista de Direito Público, V. 16, pág. 169.
 32. MELO FRANCO, Afonso Arinos de. Curso de Direito Constitucional Brasileiro. 1ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1958.
 33. MIRANDA, Pontes de. Comentários à Constituição de 1946, 1ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1950, 5V.
 34. MIRANDA, Pontes de, Comentários à Constituição de 1967. 3ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1987, 5V.
 35. PRICE, Waterhouse. Constituição do Brasil 1988 comparada e comentada, 1ª ed. S. Paulo, 1989.
 36. PLINER, Adolf. Inconstitucionalidad de las Leves. 1ª ed. B. Aires, Abeledo - Penot, 1961.
 37. REALE, Miguel. Lições Preliminares do Direito. 1ª ed: S. Paulo Bushatsky - EDJJC, 1973
 38. ROMANO, Santi. Princípios de Direito Constitucional Geral. Trad. Maria Helena Diniz, 1ª ed., S. Paulo, Editora Revista dos Tribunais.
 39. RUFFIA, Paolo Biscarettidi. Direito Constitucional. Trad. Maria Helena Diniz. 1ª ed. S. Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 1984.
 40. SAMPAIO DORIA, Antônio de. Direito Constitucional. 3ª ed. São Paulo, ed, Nacional, 1953.
 41. SCHIMIDT Carls. La Defensa de la Constitucione. 1ª ed. Madri, ed. Revista de Derecho Privado.
 42. SANTOS, Amaral. Primeiras Linhas do Direito Processual, 5ª ed. S. Paulo, 5 vol. Saraiva, 1977.
 43. SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 2ª ed., S. Paulo. Ed. Revista dos Tribunais. 1984.

44. SICHES, Ricasens. Estudios de Filosofia Del Derecho. 1ª ed. Barcelona, 1936.
45. SENADO FEDERAL. Constituição do Brasil e Constituições Estrangeiras. Subsecretaria de Edições Técnicas. Brasília. 1987.
46. SILVA PEREIRA, Caio Mário da. Revista da OAB, São Paulo 6: 256-65.
47. TELLES JÚNIOR, Gogredo da Silva, Filosofia do Direito. 1ª ed. S. Paulo, edição Max Limonad.
48. TEMER, Michel. Elementos de Direito Constitucional. 1ª ed. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1983.
49. TEMER, Michel, Elementos de Direito Constitucional. edição adaptada à luz da CF/88, S. Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1988.
50. THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil, 2ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 1986.
51. TOJRINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal, 4 vol. 9ª ed., S. Paulo, Saraiva, 1986.
52. WALD, Arnoldo. Da iniciativa para o Exercício da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade. Revista de Direito Público. Rio de Janeiro, 16:163-71, 1971.