

55. Não tem fundamento tal argumentação, pois a competência privativa da União é para legislar sobre o registro do comércio e não sobre os serviços do mesmo, ou seja, sobre o funcionamento das repartições competentes, no tocante ao pessoal, ao material, à disciplina hierárquica etc. . . , matéria a que se refere o § 5.º do art. 3.º da Lei SAN TIAGO DANTAS, que especifica a competência do novo Estado quanto à movimentação, administração e provimento do pessoal nos quadros (§ 5.º do art. 3.º).

56. Por outro lado, a interpretação sistemática não pode fazer depender o *caput* do artigo do parágrafo. O que o legislador quis dizer é que, no caso de ser a competência estadual, continuaria em vigor a legislação federal até que fôsse modificada pela autoridade competente. O § 1.º do mesmo artigo também salienta que a autoridade estadual se exercerá no tocante à *organização dos serviços* e à regulamentação das relações entre o Estado e os seus servidores, não havendo em virtude do § 5.º qualquer restrição à natureza dos serviços transferidos, mas apenas uma providência visando evitar a ocorrência de lacunas ou hiatos legislativos.

57. Concluindo, verificamos que a competência para organizar e executar os serviços do registro do comércio é estadual, não sendo constitucionalmente permitida qualquer ingerência da União, que somente pode fixar, na sua legislação, os princípios gerais aplicáveis de modo uniforme a todo o território nacional.

No caso particular do Estado da Guanabara, é inconstitucional a Lei 4.048 (artigos 48 e 49), pois é norma discriminativa, que regulamenta a junta de comércio de modo diferente para um dos Estados, sem que a União tenha poderes e competência para tanto, violando os princípios constitucionais de acordo com os quais:

- A) somente os poderes taxativos e os implícitos pertencem à União;
- B) todos os Estados devem ser tratados de modo igual;
- c) a lei não deve ferir o direito adquirido e o ato jurídico perfeito.

Pelo exposto, evidencia-se, pois, a inconstitucionalidade da lei mencionada, que deverá ser declarada pelos tribunais a fim de resguardar a autonomia estadual e evitar que a hipertrofia da União possa significar a desigualdade de tratamento entre os Estados e o sacrifício do direito a razões políticas, como teve a ocasião de provara-lo o eminente Ministro VÍTOR NUNES LEAL.

AS PARTES NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA

Procurador do Estado da Guanabara — Professor da Faculdade de Direito da PUC-RJ.

1. Ao redigir a norma do art. 8.º, parágrafo único, da vigente Constituição Federal, mais tarde regulamentada pela Lei n.º 2.271, de 22 de julho de 1954, e hoje pela Lei n.º 4.337, de 1.º de junho de 1964, introduziu o legislador constituinte de 1946, em nosso direito positivo, curiosa e relevantíssima inovação. Quebrando a moldura tradicional em que sempre se fizera caber, entre nós, o *judicial control*, permitiu ao Poder Judiciário, por seu órgão mais alto, e dentro de certos limites, o exame *em tese* de atos tidos por incompatíveis com determinados princípios constitucionais. Tal singularidade já seria bastante para chamar sobre a matéria a atenção dos juristas, mesmo que não se lhe juntassem outras razões de interesse — entre as quais, em primeiro lugar, a sua íntima vinculação ao instituto da intervenção federal nos Estados-membros, ponto sensívelíssimo no mecanismo do regime sob que vivemos. Por acréscimo, as patentes imperfeições da primeira lei regulamentadora estavam a reclamar da doutrina, desde o início, um esforço de elaboração capaz de, suprimindo-lhe as lacunas e dissipando-lhe as obscuridades, forjar os instrumentos para a eficiente aplicação prática do dispositivo constitucional.

Semelhante esforço — seja-nos lícito observar — ainda está por fazer-se. A ciência jurídica brasileira não tem dado à original criação da Carta Magna o tratamento que ela merece. No próprio terreno do Direito Constitucional, não são muito extensas, nem muito profundas, as páginas escritas sobre o tema (1). Quanto à literatu-

(1) Ressalve-se — como era de esperar — o caso de PONTES DE MIRANDA, que dele se ocupa longamente, e com a habitual agudeza, nos *Comentários à Constituição de 1946*, 3.ª ed., t. II, pág. 71 e segs., e t. V, pág. 397/9.

ra processual, ao que nos consta com uma única exceção (2), o que aí se encontra não é mais que esta ou aquela referência accidental. No entanto, há várias faces do instituto que apenas se podem aclarar com as luzes da processualística. Já que a providência do art. 8.º, parágrafo único, se alcança mediante uma verdadeira ação (3), é fora de dúvida que o Direito Processual tem o que dizer a tal respeito. Sirva o presente e breve estudo — onde nos cingiremos a um só item da vasta problemática suscitada pela matéria — de apêlo aos mais doutos para que se disponham a enfrentá-la.

2. O exercício do direito de ação, por alguém que pede ao Estado a prestação jurisdicional, dá lugar à constituição de uma especial relação jurídica, o *processo*, que, como toda relação jurídica, se estabelece entre *sujeitos*. São três, normalmente, os sujeitos principais da relação processual: o *juiz* (como órgão do Estado) e as *partes*. Denominam-se *partes* aquêlo que solicita e aquêlo em face de quem se solicita, em nome próprio, a tutela jurisdicional do Estado: *autor*, o primeiro, e *rêu*, o segundo. Até aqui, noções elementares da doutrina processual.

A Lei n.º 2.271 não continha alusão expressa ao réu da ação declaratória de inconstitucionalidade, e só usava a palavra “parte”, no parágrafo único do art. 1.º, para designar a pessoa que provoca a atuação do Procurador Geral da República. Era natural que suscitasse perplexidades de natureza doutrinária. Dever-se-ia concluir que o legislador quisera abandonar o esquema tradicional e criar a figura de um processo sem réu? Por outro lado, seria mesmo *parte*, no sentido técnico, aquêlo que representa contra o ato supostamente inconstitucional ao Procurador Geral da República?

Parece que a ambas as perguntas se há de responder negativamente. Para começarmos pela segunda, é evidente que não assume a posição de parte, no processo da ação declaratória de inconstitucionalidade, a pessoa que oferece ao Procurador Geral da República

(2) É a monografia de ALFREDO BUZÁID, *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*, S. Paulo, 1958, valiosíssima por muitos aspectos, mas onde se omite — decerto intencionalmente — a discussão de importantes problemas.

(3) Demonstra-o cabalmente A. BUZÁID, *ob. cit.*, pág. 101/5. Daí a impropriedade do termo “representação”, todavia largamente admitido na prática judiciária, para a ação do Procurador Geral. Não lhe abona o uso a Constituição, nem as Leis ns. 2.771 e 4.337, que o empregam, como se explica no texto, em outro sentido. A denominação que preferimos foi usada por EDUARDO JIMÉNEZ ARECHAGA (Hijo), *A ação declaratória de inconstitucionalidade na Constituição uruguaia*, in *Rev. For.*, vol. 86, pág. 295.

representação contra ato estadual tido como infringente de qualquer dos princípios insculpidos no art. 7.º, VII, da Carta de 1946. Sua participação é de todo em todo accidental, até porque o Procurador Geral pode agir *motu proprio*, sem necessidade de provocação alguma (Lei n.º 2.771, art. 1.º, *caput*; Lei n.º 4.337, art. 1.º); e limita-se em princípio à fase *pré-processual* da controvérsia: recebida a representação pelo Procurador Geral, a êste fica reservada, com exclusividade, a iniciativa da propositura. Ao signatário da representação jamais será lícito, por exemplo, propor a ação êle próprio, na hipótese de inércia do Procurador Geral, *ad instar* do que ocorre no processo penal, onde o art. 29 do respectivo Código prevê a ação privada subsidiária para a persecução de crimes de ação pública, quando o Ministério Público não a intente no prazo legal.

A situação daquele a quem a Lei n.º 2.771, no art. 1.º, parágrafo único, se referia como “parte interessada” tampouco se equipara à posição do ofendido a cuja representação fica às vêzes condicionada a propositura da ação penal pública (Código Penal, art. 102, § 1.º; Código de Processo Penal, art. 24). Ao contrário do que aqui se dá, ali pode a ação ser proposta sem nenhuma provocação. Também não se trata do exercício do “direito de representar, mediante petição dirigida aos poderes públicos, contra abusos de autoridades, e promover a responsabilidade delas” (Constituição Federal, art. 141, § 37). Ainda que os atos estaduais violadores dos princípios constitucionais do art. 7.º, VII, pudessem enquadrar-se no conceito de “abusos de autoridades”, a ação declaratória de inconstitucionalidade não visa a “promover a responsabilidade” de quem os haja praticado, nem é proponível por “quem quer que seja”, mas apenas pelo Procurador Geral da República.

A posição daquele que representa ao Procurador Geral mais se assemelha à do que leva ao Ministério Público a *notitia criminis*, em caso de ação penal pública (Código de Processo Penal, art. 27). Nem se objete que a lei processual penal fala em “qualquer pessoa do povo”, ao passo que a Lei n.º 2.771 exigia que se tratasse de “parte interessada”. Não há como impedir que qualquer pessoa do povo se julgue interessada em representar ao Procurador Geral contra ato de Estado-membro a seu ver inconciliável com os princípios do art. 7.º, VII, da Constituição Federal. Se o Procurador Geral tem ou não tem o dever de atender à representação, e se pode deixar de fazê-lo por entender que inexistente *interêsse* no pronuncia-

mento do Supremo Tribunal Federal, é outra questão, que a seu tempo será examinada.

Quanto à suposta inexistência de réu, na ação declaratória de inconstitucionalidade, demonstrou-se que não passava de aparência enganosa e que seria absurdo, dada a natureza da controvérsia, excluir “a presença de um defensor da legitimidade do ato”; ademais, da própria sistemática da Lei n.º 2.771, e sobretudo da norma do seu art. 4.º — que remetia ao rito do mandado de segurança e concedia o recurso de embargos contra as decisões não unânimes — emergia, um tanto ensombrado pela técnica defeituosa, o esquema clássico do *actus trium personarum* (4). Aqui, como alhures, a relação processual é angular: entre o autor e o órgão jurisdicional (no caso, o Supremo Tribunal Federal), e entre este e o réu (5), com peculiaridades devidas à visão curta do legislador.

Mas quaisquer dúvidas, se ainda as havia, ficaram dirimidas pela Lei n.º 4.337. Com muito melhor técnica, o novo diploma, por um lado, evitou usar o termo “parte” na referência àquele que provoca a atuação do Procurador Geral da República — o art. 2.º fala, simplesmente, em representação dirigida “por qualquer interessado”; — e, por outro lado, transferiu para a fase judicial a audiência do órgão (ou dos órgãos) de que emanou o ato: é o Relator da arguição de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal, e não o próprio Procurador Geral da República, quem manda ouvi-lo, no prazo de 30 dias (art. 3.º). O sistema é decerto mais lógico, mais razoável que o da Lei n.º 2.271, onde se consagrara a esdruxularia de só se manifestar ao Juízo uma pretensão *através* do titular da pretensão contrária... Nada havia ali que impedisse, por exemplo, um Procurador Geral pouco escrupuloso de escamotear ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal as razões oferecidas pelo órgão estadual em defesa da constitucionalidade do ato.

A Lei n.º 4.337, indiscutivelmente, faz ressaltar com muito maior nitidez a posição de *parte passiva* assumida, no processo, pelo

(4) A. BUZARD, *ob. cit.*, pág. 105/9.

(5) Parece-nos preferível essa concepção, que remonta, em sua primeira formulação rigorosa, a HELFWIG, e entre nós é adotada, *v. g.*, por PONTES DE MIRANDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 2.ª ed., t. I, pág. XIX e segs., e HÉLIO TORNAGHI, *Instituições de Processo Penal*, vol. I, pág. 234/5, à da *triangularidade*, sustentada por WACH e ainda hoje, no Brasil, por LOPES DA COSTA, *Direito Processual Civil Brasileiro*, 2.ª ed., vol. I, pág. 208; JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Instituições de Direito Processual Civil*, 2.ª ed., vol. II, pág. 81/2; MOACIR AMARAL SANTOS, *Direito Processual Civil*, 1.º vol., pág. 354.

órgão estadual. O parágrafo único do art. 4.º dá o último retoque a tal caracterização, dispondo que, “na sessão de julgamento (...) poderão usar da palavra (...) o Procurador Geral da República, sustentando a arguição, e o Procurador dos órgãos estaduais interessados, defendendo a constitucionalidade do ato impugnado”. Como na Lei n.º 2.271, ensejou-se também, seja qual fôr o conteúdo da decisão, a interposição de embargos, se bem que limitada à hipótese de serem “três ou mais os votos divergentes”. Tanto pode, é óbvio, embargar o Procurador Geral da República, se negada a violação a qualquer dos “princípios constitucionais sensíveis”, quanto o órgão estadual, se afirmada a violação. Partes, sem dúvida, este e aquele.

3. *O Autor.* A ação declaratória de inconstitucionalidade só pode ser proposta pelo Procurador Geral da República (Constituição Federal, art. 8.º, parágrafo único, e Lei n.º 4.337, art. 1.º). Se outra pessoa qualquer tem direito subjetivo lesado ou ameaçado de lesão por ato estadual contrário a um (ou a vários) dos princípios constitucionais do art. 7.º, VII, defenderá seu direito por outra via processual, perante o órgão competente, que em regra não será o Supremo Tribunal Federal, e cuja decisão apenas colherá a hipótese, o caso concreto, pronunciando a inconstitucionalidade, se existir, *incidenter tantum*.

Afirmou-se que o Procurador Geral da República “opera como *substituto processual*, isto é, age em nome próprio, mas por interesse alheio. Não o move um interesse *pessoal*; êle representa toda a coletividade, empenhada em expurgar a ordem jurídica de atos políticos, manifestamente inconstitucionais e capazes de pôr em risco a estrutura do Estado” (6). Não obstante a autoridade de quem a subcreve, parece-nos menos exata a doutrina, que repousa, ao nosso ver, sobre falso pressuposto. O interesse substancial submetido, por via da ação direta, à apreciação do Supremo Tribunal Federal, não é o interesse da coletividade em “expurgar a ordem jurídica de atos políticos, manifestamente inconstitucionais e capazes de pôr em risco a estrutura do Estado”. Se assim fôsse, não se compreenderia a limitação que o texto constitucional e o art. 1.º da Lei n.º 4.337 põem ao âmbito do instituto.

Nem todos os atos infringentes da Constituição e danosos à estrutura do Estado, com efeito, comportam o uso do remédio em questão. Em primeiro lugar, só podem ser objeto de exame pelo Supremo

(6) A. BUZARD, *ob. cit.*, pág. 107.

Tribunal Federal, mediante ação direta, atos *dos poderes estaduais* suspeitos de inconstitucionalidade. Não seria lícito à Corte Suprema conhecer de pedido de declaração de inconstitucionalidade, em tese, de atos emanados de qualquer dos poderes da União, ou de algum Município (7). E mais: *nem todos* os atos de poderes estaduais, reputados embora contrários à Carta da República, estão sujeitos a ataque por meio de ação direta. Não é *qualquer* alegação de inconstitucionalidade que legitima a propositura dessa ação, mas unicamente a alegação de incompatibilidade entre o ato e algum (ou alguns) dos princípios constitucionais discriminados no art. 7.º, inciso VII, do texto de 1946. Se não estiver em causa a observância de um desses princípios, o Supremo Tribunal Federal não entrará sequer na apreciação da constitucionalidade do ato estadual, ainda que se hajam apontado outros dispositivos da Lei Maior supostamente infringidos (8).

Suponhamos, por exemplo, que certo Estado, por seu Poder Legislativo, tenha editado norma sobre matéria reservada, pela Constituição, à exclusiva competência federal. Por mais grave que seja tal violação ao texto constitucional, e por mais capaz de “pôr em risco a estrutura” da Federação, não é dado ao Procurador Geral da República provocar, em ação direta, a declaração de tal inconstitucionalidade. Os titulares de direitos subjetivos feridos ou ameaçados terão, naturalmente, à sua disposição, os remédios adequados, por via dos quais poderá o Judiciário conhecer, *incidenter tantum*, da questão, e pronunciar, se fôr o caso, a inconstitucionalidade. Mas o ordenamento jurídico brasileiro não reconhece, em hipóteses tais, a existência de um *interêsse genérico* na supressão de atos inconstitucionais, pertencente à coletividade e dotado de tutela jurisdicional própria e direta, a traduzir-se na apreciação, *in abstracto*, da sua compatibilidade ou incompatibilidade com a Lei Maior.

Ora, se interêsse desse tipo não é suficiente, em nosso sistema positivo, para dar lugar ao exercício específico do *judicial control*, não se pode identificar nêle a situação jurídica que forma o con-

(7) O art. 1.º da Lei n.º 4.337 é expresso a respeito; mas já antes, apesar da redação vaga, indeterminada, do art. 1.º da Lei n.º 2.271, a doutrina afirmava a tese, que resulta da interpretação sistemática do próprio texto constitucional, apenas regulamentado por aquêl diploma. V., por exemplo, o pronunciamento nítido de MIGUEL REALTE, em parecer publicado na *Rev. For.*, vol. 185, pág. 83.

(8) Cf. SAMPAIO DÓRIA, *Comentários à Constituição de 1946*, vol. II, pág. 73/4.

teúdo do “objeto do juízo” na ação direta. Desde que se discuta a violação de um dos “princípios constitucionais sensíveis”, surge indubitavelmente um *plus*, ao qual se deve, à evidência, o efeito de permitir o exercício da função jurisdicional pelo modo particular de que se trata aqui. Qual é esse *plus*? Sua identificação não é difícil quando se atenta no regime especial a que a Constituição submeteu os atos estaduais infringentes dos princípios do art. 7.º, VII, para êles cominando a sanção da *intervenção federal*. A controvérsia sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade, à luz do art. 7.º, VII, de qualquer ato emanado de órgão estadual, a rigor, nada mais é do que uma discussão sobre a existência ou inexistência de *pressuposto bastante* à decretação de intervenção no Estado. O que se quer saber, no fundo, é se há razão para que o Governo Federal intervenha.

Mas, se assim é, do raciocínio acima exposto claramente emerge a afirmação de *outro* interêsse, *específico*, distinto daquele interêsse *genérico* da coletividade na eliminação de quaisquer atos inconstitucionais: o interêsse *da União*, como guardião da convivência federativa, em aplicar aos Estados violadores dos “princípios constitucionais sensíveis” a sanção prevista na Carta da República. Quando se pede ao Supremo Tribunal Federal, em ação direta, que se pronuncie sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de um ato estadual, em confronto com o art. 7.º, VII, da Lei Maior, o que se pede, em última análise, é um juízo prévio sobre o cabimento da intervenção (9). Se o Supremo Tribunal Federal declara inconstitucional o ato, é como se dissesse: “Cabe a intervenção”; se não, implicitamente diz: “Não cabe a intervenção”. No pedido de declaração da inconstitucionalidade do ato estadual manifesta-se, pois, o interêsse do Governo Federal na intervenção. Esse, em nosso entender, o *interêsse substancial* em causa. Quanto ao *interêsse processual*, de natureza *instrumental*, será o de obter o indispensável pronunciamento jurisdicional sobre se surgiu ou não, para a União, o poder (ou, segundo alguns, o dever) de intervir.

De passagem, é oportuno assinalar que a construção aqui proposta fornece a chave para o rigoroso enquadramento dogmático da hipótese em que, por não versar a discussão sobre matéria que in-

(9) Exatissimamente PONTES DE MIRANDA, *ob. cit.*, t. II, pág. 71: “Pôsto que se diga que o ato argüido de inconstitucionalidade será submetido ao Supremo Tribunal Federal, o que em verdade se lhe submete é o ato *como pressuposto possível de intervenção*” (grifo nosso).

teresse à observância dos “princípios constitucionais sensíveis”, o Supremo Tribunal Federal deixa de tomar conhecimento da arguição feita pelo Procurador Geral da República. Decisão desse tipo, em que se costuma declarar, um tanto atênicamente, que “não cabe” a ação direta, ou “não é caso” dela, é decisão que versa sobre a matéria estudada, na doutrina, sob a denominação de “condições de admissibilidade do julgamento da lide” ou, mais especificamente, sob a de “condições de admissibilidade da ação” (10). Porque se recusa o Supremo Tribunal Federal a pronunciar, em casos tais, a inconstitucionalidade do ato impugnado? Exatamente porque semelhante pronunciamento seria inidôneo a produzir o efeito essencial que o sistema jurídico lhe quis vincular. Que adiantaria a declaração da inconstitucionalidade, se, não estando em causa qualquer dos princípios do art. 7.º, VII, afastada fica, *a priori*, a eventualidade de intervenção? O que legitima o exercício da ação direta é a possibilidade que exista de, por meio dela, assentar-se a premissa do cabimento da intervenção. Ora, se, por hipótese, nem mesmo declarando-se inconstitucional o ato seria possível assentar tal premissa, então não há como supor que o Tribunal deva julgar em vão. *Falta interesse* na declaração da inconstitucionalidade por via de ação direta; e a decisão que não a admite tem a natureza das decisões geralmente conhecidas como de “carência de ação” (11).

Objetar-se-á que, ainda assim, à posição do Procurador Geral da República, na ação declaratória de inconstitucionalidade, ajustam-se as características da figura denominada substituição processual. Ao provocar, por tal via, o pronunciamento do Judiciário sobre ato estadual tido como incompatível com os princípios do art. 7.º, VII, êle estaria, de qualquer modo, deduzindo em Juízo um interesse que não é *seu*, mas da *União*. Teria *legitimatío ad causam* sem titularidade no plano do direito material.

Na base desse raciocínio, ao nosso ver, há uma idéia falsa a respeito da verdadeira situação jurídica do Procurador Geral da República, chefe do Ministério Público federal (Constituição, art.

(10) V. a respeito A. BUZARD, *Do agravo de petição*, 2.ª ed., pág. 115/6 e 122 e segs.

(11) Cf. LUIS MACHADO GUIMARÃES, verbete *Carência de ação*, in *Rep. Enc. do Dir. Bras.*, vol. 7, pág. 249: “Na ausência de qualquer das condições da ação apontadas — interesse processual, legitimação, possibilidade jurídica — o pedido se revela inadequado ao conflito de interesses. Verificada essa inadequação, o juiz se abstém de definir o mérito e julga o autor *carecente de ação*” (grifamos).

126). Seja-nos permitido recorrer a um símile, para melhor aclarar este ponto. No campo do direito processual penal — mesmo depois de superadas as antigas resistências ao reconhecimento do Ministério Público como parte —, floresceu também, em certa área da doutrina, a tese de que, pertencendo ao Estado a *res in iudicium deducta*, sendo o Estado, e só êle, o titular do *jus puniendi* e da pretensão punitiva, ao Ministério Público, que a exercita judicialmente, só cabia a qualificação de parte *em sentido formal ou processual*, mas não *em sentido material ou substancial*. Deixando de lado a questão da propriedade terminológica, irrelevante aqui, importa mostrar como outros especialistas souberam refutar uma opinião de aparência tão sedutora. O argumento decisivo foi o de que entre o Ministério Público, como acusador, e o Estado não há “relação de dualidade”: o Ministério Público não é *outra pessoa* em face do Estado, e nem sequer age como *mero representante* deste, mas é o *Estado mesmo*, a manifestar-se por um de seus *órgãos*. Assim, a pretensão deduzida no Juízo Criminal pelo Ministério Público não é pretensão *alheia*, senão *própria* (12).

É evidente a analogia entre essa questão e a de que aqui se trata. Ao arguir perante o Supremo Tribunal Federal a inconstitu-

(12) Merece transcrição, por expressiva, a réplica de um dos mais autorizados processualistas penais modernos à objeção segundo a qual o Ministério Público não pede para si, mas para o Estado: “Tale obiezione riposa su una confusione fra due concetti profondamente diversi: organo e rappresentanza. Il primo ha attinenza agli enti che, incapaci di agire direttamente in giudizio, appunto perchè enti e non individui, v'intervengono a mezzo di un soggetto fisico; il secondo, a coloro che, colpiti da ragioni giuridiche (e non fisiche) di incapacità, non possono agire che a mezzo di un terzo, o che, capaci, volontariamente agiscono a mezzo di un terzo che interviene in vece e nell'interesse loro: le persone giuridiche agiscono mediante organi; le persone fisiche mediante rappresentanti. Il p. m. quindi è organo, non rappresentante dello Stato; rappresenta lo Stato, secondo il linguaggio comune, *ma come organo*. Il rapporto di dualità, per cui si parla di rappresentato e rappresentante, non è concepibile in tema di organi, in cui ente e persona fisica mediante cui esso agisce sono una cosa sola”. E ainda: “L'organo è l'ente ch'esso rappresenta, e l'ente agisce nell'organo: il p. m. quindi non deduce in giudizio penale pretese altrui, ma pretese che, per essere dell'ente che agisce in lui, sono sue proprie” (DE MARSICO, *Lezioni di Diritto Processuale Penale*, 3.ª ed., pág. 32/3) (destacamos). Entre nós, no mesmo campo, HÉLIO TORNAGHI, *Instituições de Processo Penal*, vol. III, pág. 136: “O Ministério Público é parte como órgão (e não como representante) do Estado”, com breve esclarecimento, em nota, sobre a distinção dos dois conceitos. Acerca dessa distinção, em termos gerais, v., na literatura brasileira, PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, t. I, § 86, n.º 8, §§ 97 a 99, esp. pág. 412/4, 421/2, 426/7. Insuficiente no distinguir, mas também pelo reconhecimento do Ministério Público, no processo penal, como parte inclusive “em sentido material”, JOSÉ FREDERICO MARQUES, *Elementos de Direito Processual Penal*, vol. II, pág. 40.

cionalidade de algum ato de Estado-membro, de que eventualmente possa advir a decretação de intervenção, o Procurador Geral da República age precisamente naquela qualidade, que o texto constitucional lhe atribui, de chefe do Ministério Público da União. Age, pois, como *órgão* desta, e, à semelhança do que ocorre em sede penal, *faz sua* a pretensão deduzida em juízo. O interesse na declaração prévia da legitimidade do ato interventivo, que pertence à União, pertence também, não à *pessoa* do Procurador Geral — dêste ou daquele cidadão que porventura se encontre investido em tal cargo —, mas ao Procurador Geral *como órgão* da União. Assim, se se quisesse usar a discutida terminologia a que acima se aludiu, seria lícito dizer que o Procurador Geral da República, na ação declaratória de inconstitucionalidade, é parte quer “em sentido formal”, quer “em sentido material”.

4. À luz das considerações precedentes, não parece difícil resolver uma questão que tem dividido a nossa doutrina: a provocação do interessado, através da representação a que se refere o art. 2.º da Lei n.º 4.337, cria para o Procurador Geral da República o *dever* de propor, perante o Supremo Tribunal Federal, a ação declaratória de inconstitucionalidade? A resposta que se dará a tal pergunta depende diretamente da concepção que se tenha do interesse substancial deduzido na ação. Se se trata, conforme acima procuramos demonstrar, do *interesse específico da União* em intervir no Estado violador dos “princípios constitucionais sensíveis”, e não do mero *interesse genérico da coletividade* na reintegração da ordem constitucional, então é fora de dúvida que aquela resposta só pode ser negativa.

Com efeito, se a União, por seu órgão, o Procurador Geral da República, entende não haver ofensa a qualquer dos princípios do art. 7.º, VII, nem, portanto, fundamento para cogitar-se de intervenção, a ninguém mais é dado forçar, no caso, o pronunciamento jurisdicional, sob color de ter sido atingido em algum direito subjetivo pelo ato estadual. Mesmo no processo penal, o Ministério Público não está obrigado a oferecer denúncia quando não vê, na matéria que lhe chega ao conhecimento, dados que bastem para tornar ao menos provável a existência, *in casu*, da pretensão punitiva (13).

(13) Cf. H. TORNAGHI, *ob. cit.*, vol. III, pág. 310/11, onde se mostra em que limites se deve entender vigente a regra da obrigatoriedade da ação

Não se objete que assim se deixariam ao desamparo eventuais direitos subjetivos de terceiros, vulnerados pelo ato estadual. Os titulares desses direitos terão sempre a possibilidade de reclamá-los através de outro remédio judicial, em ação própria, onde a inconstitucionalidade do ato poderá ser conhecida *incidenter tantum* pelo juiz, como questão prejudicial da decisão sobre a relação jurídica deduzida. A ação declaratória de inconstitucionalidade, prevista no art. 8.º, parágrafo único, da Constituição Federal, tem outra finalidade, outra serventia. Não foi criada para ocorrer a necessidades dêste tipo. Se o legislador constituinte quisesse facultar a qualquer do povo a provocação de julgamento em tese sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de ato dos poderes públicos que afete sua esfera jurídica, não teria dado ao instituto os contornos restritos que lhe deu.

Tampouco prevaleceria, contra a tese, o argumento tirado do art. 2.º da Lei n.º 4.337, que assina ao Procurador Geral o prazo de 30 dias, “a contar do recebimento da representação, para apresentar a arguição perante o Supremo Tribunal Federal”. No processo penal a lei também fixa prazo (Código de Processo Penal, art. 46), e nem por isso se entende, como já vimos, que o Ministério Público esteja *incondicionalmente* obrigado a oferecer denúncia. Aliás, a Lei n.º 2.271 igualmente marcava prazo, no art. 1.º, parágrafo único, para a propositura da ação pelo Procurador Geral, no caso de representação de interessado, e já na sua vigência a doutrina predominante opinava no sentido de não ser obrigatória a arguição (14).

Talvez, enfim, se lembre alguém de recorrer aos trabalhos preparatórios para sustentar a obrigatoriedade da propositura da ação declaratória pelo Procurador Geral da República. De fato, no Pro-

penal pública. V. também o art. 134 do Dec.-lei n.º 8.527, de 21-12-1945 (Código de Organização Judiciária do ex-Distrito Federal), pelo qual o Ministério Público pode deixar de promover a ação penal quando, a juízo seu, não se caracterizarem os elementos de qualquer infração (inciso I), ou quando estiver extinta a punibilidade (inciso III).

(14) A. BUZARD, *ob. cit.*, pág. 110: “O Procurador Geral da República só deve arguir a inconstitucionalidade, quando disso estiver convencido. Sua missão não é a de mero veículo de representações. Recebendo a manifestação do interessado, o Procurador Geral da República a estudará, apreciando se tem ou não procedência. Convencendo-se de que o ato é inconstitucional, proporá a ação; em caso contrário, determinará o arquivamento”. No mesmo sentido, ROSAH RUSSOMANO DE MENDONÇA LIMA, *Manual de Direito Constitucional*, pág. 417. Contra, ALCINO PINTO FALCÃO, *Constituição Anotada*, vol. I, pág. 77.

jeto primitivo, de autoria do Senador MILTON CAMPOS, o art. 2.º era assim redigido:

“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 (trinta) dias, a contar do recebimento da representação, para apresentar a arguição perante o Supremo Tribunal Federal, *desde que a considere procedente*”.

A Câmara dos Deputados suprimiu a cláusula limitativa, sendo óbvia a intenção do autor da emenda, de retirar ao Procurador Geral o poder de *disponibilidade* que o Projeto lhe conferia. Será escusado, todavia, relembrar aqui, mais uma vez, a notória distinção entre a *mens legislatoris* e a *mens legis*. Nem menos inútil se afigura insistir, ainda, nas restrições que a melhor doutrina faz ao valor dos trabalhos preparatórios como subsídio para a interpretação da norma legal. O que importa, na realidade, é verificar se o que afinal ficou dito no texto amarra o intérprete à tese da obrigatoriedade. O único elemento que, à primeira vista, aponta nesse sentido é a fixação de prazo para o oferecimento da arguição. Mas a conclusão seria precipitada: de uma coisa não decorre *necessariamente* a outra, como já se viu a respeito do processo penal e da própria ação declaratória de inconstitucionalidade, ao tempo da Lei n.º 2.271. Que a fixação de prazo não é incompatível com aquêle poder de disponibilidade acima referido, mostra-o, aliás, o texto mesmo do Projeto primitivo, traçado por mão sabidamente afeita ao trato da matéria jurídica.

5. *O Réu*. Réu na ação declaratória de inconstitucionalidade é o órgão estadual que tenha elaborado ou praticado o ato que se submete ao exame do Supremo Tribunal Federal. Já se assinalou como a Lei n.º 4.337, redigida com melhor técnica, veio confirmar o que a respeito ensinava a melhor doutrina, ainda na vigência da Lei n.º 2.271. Cabe ao réu sustentar, quando ouvido pelo Relator, a não infringência de qualquer dos princípios do art. 7.º, VII, da Constituição Federal (Lei n.º 4.337, art. 3.º), defender o ato impugnado na sessão de julgamento (art. 4.º, parágrafo único) e, se fôr o caso, embargar a decisão (art. 6.º). Defender o ato é, evidentemente, negar a ocorrência de motivo bastante, em princípio, para

a decretação da intervenção. É em tórno disso, repita-se, que gira, a rigor, tôda a controvérsia.

Pode acontecer, e com freqüência tem acontecido, que a arguição de inconstitucionalidade se dirija a alguma norma inserta na Constituição Estadual. Logo nos primeiros tempos do regime de 1946, quando os Estados começaram a fazer suas novas cartas políticas, argüiu-se em vários casos a incompatibilidade entre dispositivos delas, de caráter “parlamentarizante”, e o princípio da independência e harmonia dos poderes (art. 7.º, VII, b, da Constituição Federal). Obviamente, se o Estado já tem Constituição, deixou de existir, como tal, o órgão a que fôra outorgado o Poder constituinte originário. Réu na ação declaratória de inconstitucionalidade será, então, o órgão legislativo, no qual o Poder constituinte subsiste residualmente.

Se o ato impugnado é complexo, haverá litisconsórcio passivo necessário dos órgãos estaduais que concorreram na sua realização. O art. 3.º da Lei n.º 4.337 manda que o relator do processo no Supremo Tribunal Federal ouça “os órgãos que hajam elaborado ou praticado o ato impugnado”, e o art. 4.º, parágrafo único, faculta a sustentação oral, na sessão de julgamento, ao “procurador dos órgãos estaduais interessados” — os mesmos, é claro, a que alude o art. 3.º. Aliás, a despeito da letra do dispositivo, bem pode suceder que cada um dêles tenha seu procurador, hipótese em que não há como negar o uso da palavra *aos vários* procuradores. Também ocorrerá litisconsórcio passivo quando o ato argüido de inconstitucional tiver sido praticado por órgãos *de mais de um Estado* — *v. g.*, um convênio celebrado entre dois governos estaduais.

6. Não é admissível, ao nosso ver, a intervenção de qualquer outra pessoa como litisconsorte ativo ou passivo. Partes no processo são *apenas* o Procurador Geral da República, como órgão da União, e o órgão estadual (ou os órgãos estaduais) de que emanou o ato impugnado. A controvérsia de mérito, por sua natureza mesma, não poderia desenvolver-se senão entre aquêle e êste (ou êstes). Não se alegue que a eventual intervenção pode, em certos casos, “interessar” a algum órgão do próprio Estado. Tal “interesse”, que seria *de fato*, e não *jurídico*, de modo nenhum permitiria a invocação, na espécie, do art. 88, 1.ª parte, do Código de Processo Civil. Aliás, o simples bom senso repele a idéia de considerar *necessário* semelhante litisconsórcio; mas ainda a título *facultativo* não nos parece êle viável.

O litisconsorte é *parte*, e não se pode conceber que seja parte legítima quem não seja titular da relação jurídica deduzida em juízo, nem esteja excepcionalmente autorizado pela lei a deduzir em juízo, em nome próprio, relação jurídica alheia (“substituição processual”). O pedido de declaração de inconstitucionalidade em tese, que é pedido de declaração prévia da legitimidade da intervenção federal no Estado, cabe exclusivamente à União, que só ela tem poder de intervir e interesse jurídico na decretação da intervenção. Não sendo concebível, por motivos óbvios, a cumulação, no mesmo processo, de qualquer outra demanda com essa, excluída fica a possibilidade de litisconsórcio ativo.

Quanto à eventual influência da decisão do Supremo Tribunal Federal sobre relações jurídicas de terceiros, se existe, não é de intervenção litisconsorcial, mas de *assistência*, que se teria de cogitar, à luz do art. 93 do Código de Processo Civil. A Lei n.º 4.337, entretanto, não consagra a admissibilidade da intervenção assistencial, como tampouco a consagrava a Lei n.º 2.771. Ao contrário: da redação do art. 4.º, parágrafo único, infere-se que o legislador quis mesmo excluir a participação, no debate, de quem quer que seja além do Procurador Geral da República e do órgão estadual (ou dos órgãos estaduais). Bom ou mau, *de lege lata*, o sistema é êsse.

RECUO: FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS

RAYMUNDO FAORO

Procurador do Estado da Guanabara

O direito de propriedade tem dupla proteção, derivada do art. 141, § 16, da Constituição: como direito público subjetivo e como garantia (garantia institucional) (1). O Estado assume, além de dever negativo de não perturbar o proprietário, o dever positivo de assegurar-lhe o exercício do direito contra intervenções abusivas, quer partam de seus agentes, quer decorram de movimentos coletivos, irrompidos contra a ordem social (2). A garantia sofre, contudo, a limitação expressa da desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, bem como submete-se a restrições *inerentes*, na própria Constituição consagradas (art. 147, 1.ª parte), ou implícitas no conceito de propriedade, como instituto social e jurídico.

No regime da Constituição de 1891, que assegurava o direito de propriedade “em toda sua plenitude” (artigo 72, § 17), entendia-se ser êle suscetível de limitação, quer pela lei ordinária federal (art. 572 do Código Civil), quer por disposições locais, em virtude do *poder de polícia*, atributo da soberania, “função essencial de todos os governos autônomos”, que “existe independentemente de menção constitucional”, confundido com a interpretação do direito. Trata-se, na expressão de RUI — de um “poder inerente à soberania”, indicando que os direitos só são protegidos com a submissão a “certas restrições, necessárias à existência de todos sem con-

(1) *Das Bonner Grundgesetz* — MANGOLDT-KLEIN, Berlin, 1957, 1.º vol., pág. 415.

(2) ERNST R. HUBER, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, Tübingen, 1954, Zweites Band, pág. 11.