

DOCTRINA

DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Joaquim Correa de Carvalho Júnior
Procurador-Geral do Estado de Pernambuco

1. Até 1946, o Direito Positivo Brasileiro só admitia a declaração de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo **incidenter tantum**, a cargo de qualquer órgão do Poder Judiciário, estando a decisão final proferida na instância ordinária sujeita a recurso voluntário de caráter extraordinário para o Supremo Tribunal Federal.(1)

2. Somente com a vigência da Constituição promulgada a 18 de setembro de 1946 surgiu a possibilidade de se ter tal declaração como objeto principal da causa, através da figura da **representação** prevista no parágrafo único do seu art. 8.º, segundo o qual a intervenção federal nos Estados, com vistas a assegurar a observância de determinados princípios constantes da Constituição (forma republicana representativa; independência e harmonia dos Poderes; temporariedade das funções eletivas, limitadas a duração destas à das funções federais correspondentes; proibição da reeleição de governadores e prefeitos para o período imediato; autonomia municipal; prestação de contas de administração; e garantias do Poder Judiciário), estaria condicionada à decretação, pelo Supremo Tribunal Federal, da inconstitucionalidade da Lei ou do ato impugnado, mediante provocação do Procurador-Geral da República.

3. Como salientou, à época, o Ministro CASTRO NUNES, relator da Representação n.º 94, onde se questionava acerca da constitucionalidade de dispositivos da recém-promulgada Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, constituía a representação "atribuição nova" que o Supremo Tribunal Federal era chamado a exercer pela primeira vez.

3.1. Nova, porque se tratava de inconstitucionalidade **em tese**, que não se resolvia "na inaplicação da lei ao caso ou no julgamento do direito questionado por abstração do texto legal comprometido; resolve-se por uma fórmula legislativa ou quase legislativa, que vem a ser a não vigência, virtualmente decretada, de uma dada lei". (2).

Dalí, as conseqüências práticas da maior relevância: na declaração de inconstitucionalidade **incidenter tantum**, o Tribunal não suspende a lei, que continuará a vigor e a ser aplicada, até que o Senado suspenda a sua execução; na representação, a inconstitucionalidade é "declarada **erga omnes**, e não somente entre as partes; a lei não foi arredada apenas em concreto, foi cassada para todos os efeitos", importando a declaração de inconstitucionalidade "na abrogação da lei ou na derrogação dos dispositivos alcançados."(3)

4. O novo instituto, tal como então estruturado, tinha alcance limitado, restrito como se achava às hipóteses expressamente previstas no inciso VII do art. 7.º, da Constituição, antes referida, como ainda mencionou o Ministro CASTRO NUNES:

"A enumeração é taxativa, é limitativa, é restritiva, e não pode ser ampliada a outros casos pelo Supremo Tribunal. Mas cada um desses princípios é dado doutrinário que tem de ser examinado no seu conteúdo e delimitado na sua extensão". (4).

5. A Lei n.º 2.271, de 22 de julho de 1954, regulamentou o dispositivo constitucional, estabelecendo prazos, mandando aplicar o rito do mandado de segurança e prevendo o recurso de embargos quando não unânime a decisão. Essa lei foi revogada pela de n.º 4.337, de 1.º de junho de 1964 que, disciplinando a matéria, previu, ademais, a intervenção dos órgãos estaduais interessados, a cujo Procurador assegurou o direito de sustença oral, lei essa que continuou sendo aplicada na vigência da Emenda Constitucional n.º 1/69, por força da Lei n.º 5.778, de 16 de maio de 1972.

6. Vê-se, portanto que, em sua feição originária, a representação dependia de iniciativa do Procurador-Geral da República e só podia ser ajuizada quando em jogo aqueles princípios que a Constituição consagrara como fundamentais e imperativos para os Estados membros.

A sua aplicação, assim, dizia apenas com as Constituições e as leis estaduais — tanto que a representação foi prevista para as hipóteses de intervenção federal.

7. A Emenda Constitucional n.º 16, de 26 de novembro de 1965, ampliou o campo das representações de inconstitucionalidade, ao acrescentar, às hipóteses de competência originária do Supremo Tribunal Federal, o julgamento da

"representação contra inconstitucionalidade de lei ou de ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhadas pelo Procurador-Geral da República" (art. 101, I, k).

8. Desde então, manteve-se inalterado o instituto, certo de que a Constituição de 24 de janeiro de 1967 (art. 114, I, "I"), a Emenda Constitucional n.º 1, de 17 de outubro de 1969 (art. 119, I, I), e a Emenda Constitucional n.º 7, de 13 de abril de 1977, repetiram a mesma regra, dando-lhe todavia nova redação, que melhor definiu o poder discricionário atribuído ao Procurador-Geral da República de propor, ou não, a representação de inconstitucionalidade (5), valendo destacar que essa última Emenda criou também a figura da representação "para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual".

9. Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal, usando da competência legiferante que lhe fora assegurada pela alínea "c" do parágrafo único, do art. 115, da Constituição de 1967, repetida nas Emendas n.º 1/69 (art. 120, parágrafo único, g) e 7/77 (art. 119, § 3.º, c), regulamentou em seu Regimento Interno essas formas de representação.

10. O primeiro Regimento, baixado pelo Supremo Tribunal Federal já no exercício daquela competência, data de 18 de junho de 1970

e sofreu oito emendas, tendo sido substituído pelo atual, em vigor desde 1.º de dezembro de 1980, com as modificações introduzidas pelas emendas n.º 1, de 25 de novembro de 1981, e n.º 2, de 4 de dezembro de 1985.

11. Os arts. 169 a 175 do novo Regimento regulam o instituto aqui analisado, mantendo, em suas linhas mestras, a disciplina anterior, a que acresceu a proibição da assistência a qualquer das partes (art. 169, § 2.º, acrescentado pela emenda n.º 2/85).

12. Consoante se verifica das normas regimentais — que sobre constituírem lei no sentido material, por força da regra constitucional que atribuiu ao Supremo competência legiferante, cristalizava o entendimento daquela Corte sobre a matéria — a representação por inconstitucionalidade tinha, tal como já previsto na Constituição, como único legitimado ativo o Procurador-Geral da República, a quem cabia livremente o exame da conveniência do seu ajuizamento. Objeto da representação era qualquer dispositivo legal ou ato normativo federal ou estadual (6); ato comissivo, portanto, e não também ato omissivo.

13. Apesar de haver o Supremo Tribunal Federal dado tratamento unitário a essas duas modalidades de representação, a **interventiva**, prevista no art. 11, § 1.º, c, da Emenda Constitucional n.º 1/69, e a **geral**, a que aludia o art. 119, I, I, da mesma Emenda, é indiscutível que se tratava de figuras distintas, ainda que de muito semelhantes, consoante ressaltado por VICTOR NUNES LEAL, em trabalho que apresentou à VII Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil e depois publicado na **Revista de Direito Público** (7). É que, enquanto na primeira se visava obrigar os Estados — sob pena de intervenção federal — à obediência a princípios constitucionais indispensáveis, na segunda se buscava, não mais aquela subordinação, mas, genericamente, o primado da Constituição Federal sobre qualquer lei ou ato normativo tanto federal como estadual.

14. E porque a representação interventiva, conquanto atacando **lei em tese**, objetivava antes compelir concretamente os Estados membros à observância de princípios fundamentais da Constituição Federal ou à execução de lei federal ou de decisão judicial mediante intervenção federal, não havia como se negar a essa forma de representação a natureza de verdadeira **ação**. Vale dizer processo de caráter contencioso dirigido contra o órgão de que tinha emanado o ato, e a quem haveria de ser assegurado o direito de defesa.

15. Muito embora esse direito de defesa não estivesse explícito na Lei n.º 2.271/54 — que se limitava a determinar a audiência daquele órgão perante o Procurador-Geral da República (art. 2.º), e a mandar aplicar o rito do mandado de segurança (art. 4.º) —, a sua existência foi proclamada por ALFREDO BUZAIID como irrecusável (8).

15.1 Posteriormente, a Lei n.º 4.337/64 supriu a aparente omissão, ao prever a audiência, já na fase judicial, dos órgãos, estaduais, que houvessem elaborado ou praticado o ato (art. 3.º), o direito de sustença oral por parte do Procurador desses órgãos (art. 4.º, § único), a

prévia ciência “das partes”, na hipótese de antecipação do julgamento (art. 5.º) e o recurso de embargos, quando vencidos três ou mais ministros (art. 6.º).

16. O Regimento Interno baixado pelo Supremo Tribunal Federal, já no uso da prerrogativa constitucional de legislar sobre processo nos feitos da sua competência originária (art. 119, § 3.º.c), ao mesmo tempo em que deu tratamento igual às duas modalidades de representação, criou situações que conduziram à perplexidade: primeiro, previu a possibilidade do encaminhamento da representação com parecer contrário do Procurador-Geral da República (RISTF/1970, art. 174, § 1.º); depois proibiu a sua desistência, permitindo, todavia, que pudesse o Procurador modificar o pedido original, para se manifestar, pela improcedência da representação (RISTF/1970, art. 174, § 2.º, RISTF/1980, art. 169, § 1.º); por último, admitiu o seu julgamento sem a audiência do órgão de que tivesse emanado o ato impugnado, em casos de urgência (RISTF/1970, art. 175, § 1.º e 177; RISTF/1980, art. 170, §§ 2.º e 3.º, e 172), muito embora cabível a medida cautelar (EC n.º 7/76, art. 119, I, p; RISTF/1980, art. 170, § 1.º).

16.1. Se o Procurador-Geral da República podia oferecer a Representação com parecer contrário ou alterar, no curso dela, a sua posição, e se o julgamento podia se fazer sem a audiência do órgão representado, impossível seria, já então, vislumbrar-se nesse processo a natureza de uma verdadeira ação, desprovido que era de autor e de réu.

16.2. Daí, as conseqüências inusitadas admitidas pelo Supremo, tais como a possibilidade de o Procurador-Geral da República oferecer embargos infringentes ainda quando o julgado acolhesse a representação (9), a inexistência de impedimento de qualquer membro da Corte no julgamento dela (10), e a proibição de o Estado interessado participar do processo assistindo o Procurador-Geral da República (11), muito embora assegurado ao representado o direito de apresentar embargos infringentes (12).

16.3. Em verdade, as normas regimentais aludidas e a jurisprudência firmada apenas refletiram aquela perplexidade, agravada pelo tratamento unitário dado às duas modalidades de representação e por força do qual se aplicou à representação interventiva — em que nitidamente havia a figura do demandado — princípios que talvez fossem apenas pertinentes à representação geral.

16.4. Tal perplexidade existia até no saber se, ao julgar uma representação, estava o Supremo exercendo uma função caracteristicamente jurisdicional. Pela afirmativa, posicionaram-se ALFREDO BUZUID (13), AMARAL SANTOS e VÍCTOR NUNES LEAL (14). Em sentido contrário, MOREIRA ALVES, para quem “o Tribunal não presta jurisdição, tanto assim que não julga caso concreto, mas fiscaliza a atuação dos outros Poderes em face da Constituição Federal”, sendo, portanto, a representação “um processo de natureza política” (15).

17. Embora entendendo que, em qualquer das modalidades de representação, a atividade desenvolvida pelo Supremo Tribunal Federal

era de natureza jurisdicional — entendida a jurisdição como o poder de julgar (16) —, cuidou que, a rigor, não seria de se admitir os extremos a que antes aludimos, principalmente em se tratando de representação interventiva, sob o pretexto de que à representação, interventiva ou geral, por sua natureza de instrumento especial de controle jurisdicional da constitucionalidade, não se aplicam os princípios que regem a teoria do processo civil, senão à medida que os consagrou o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (17).

17.1 Sem negar a natureza especialíssima do processo de representação, de índole constitucional e com efeitos *erga omnes* e sem negar também que, com a Constituição de 1967, passou o Supremo a legislar sobre os processos de sua competência originária com os limites decorrentes tão só da própria Constituição, penso que melhor teria sido dar à representação os contornos estabelecidos na Lei n.º 4.337/64, em que se tinha o Procurador-Geral da República como autor da ação e o órgão que editara o ato impugnado (Lei ou ato normativo), como réu, podendo participar do processo o seu representante judicial.

17.2. Em razão disso, os embargos infringentes só deveriam ser interpostos pela parte vencida: o Procurador-Geral da República, ou o órgão interessado, conforme o julgamento desse pela improcedência ou pela procedência da representação.

17.3. A natureza especialíssima da representação por certo seria relevante para o fim, v. gr., de não se admitir a possibilidade de sua desistência, em face da importância do interesse público em jogo, que tornaria indisponível o seu objeto (18), nem a figura do assistente ou mesmo do litisconsorte facultativo, nem ainda a ação rescisória, pela circunstância de que, declarada a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade *erga omnes* de lei ou ato normativo, interessaria à ordem jurídica a inalterabilidade da situação assim constituída (19); não, porém, como já exposto, para o fim de suprimir a angularidade existente em todo processo contraditório e o direito de defesa, que a própria Constituição consagrara.

18. A nova Constituição da República, embora mantendo a dicotomia da representação interventiva (art. 36, III), ainda que com outro elenco de princípios a serem observados (art. 34, VII), e da representação geral, alterou substancialmente o quadro até agora analisado.

18.1. Em primeiro lugar, estendeu a legitimidade ativa, ao Presidente da República, às Mesas do Senado Federal, da Câmara dos Deputados, das Assembléias Legislativas Estaduais, aos Governadores de Estado, ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, aos partidos políticos com representação no Congresso Nacional e às confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional (art. 103, *caput*).

18.2. Previu a possibilidade da arguição de inconstitucionalidade por omissão, com vistas a tornar efetiva norma constitucional programática ou de eficácia contida (art. 103, § 2.º).

18.3. Fixou de forma a não suscitar dúvidas a natureza contraditória

tória do Instituto, seja ao nominá-lo de **ação direta de inconstitucionalidade** e não mais de **representação** (art. 102, I, a); seja ao determinar a citação do Advogado-Geral da União, para promover a defesa do ato ou texto impugnado (art. 103, § 3.º).

18.4. Por último, permitiu aos Estados instituírem a representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual (art. 125, § 2.º).

19. Examinemos cada uma dessas inovações.

20. A ampliação do elenco das partes legitimadas a promover a ação direta de inconstitucionalidade decorreu da interpretação restritiva adotada na vigência das anteriores Constituições, quando não só se entendia que o Procurador-Geral da República era o único autor das representações de inconstitucionalidade, como também que somente a ele cabia aferir da conveniência ou não do ajuizamento, de tal forma que o seu despacho arquivando o pedido de qualquer interessado era irrecorrível.

20.1. O reconhecimento desses poderes assim ilimitados causou profundo mal-estar, especialmente porque não se reconhecia ao Procurador-Geral, nomeado **ad nutum** pelo Presidente da República, a independência necessária para promover representações contra ato da autoridade que lhe nomeara e da qual dependia. Mal-estar que se agravou com o julgamento da Reclamação n.º 849, formulada pelo Movimento Democrático Brasileiro (MDB) contra ato do Procurador-Geral da República que arquivara representação contra o Decreto-Lei n.º 1.077, de 26 de janeiro de 1970, quando, vencido apenas o Ministro ADAUTO LÚCIO CARDOSO, ficou assentado, em definitivo, que ao Procurador-Geral cabia a iniciativa de encaminhar ao Supremo Tribunal Federal a representação de inconstitucionalidade, não estando o ato que determinasse o arquivamento do pedido formulado por qualquer interessado sujeito a exame judicial (20).

20.2. Sensível aos reclamos — pode-se dizer unânimes — da sociedade civil, corporificados nos inúmeros trabalhos jurídicos apresentados antes e durante os trabalhos da Constituinte (21), a Carta Política de 1988 consagrou a solução antes mencionada, atribuindo a legitimação ativa não só ao Procurador-Geral da República, como às demais autoridades e entidades que expressamente designou.

20.3 Trata-se de enumeração taxativa, muito embora a alusão à "confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional" comporte uma gama expressiva de instituições, com os riscos que necessariamente daí podem resultar, quais sejam a vulgarização das ações diretas de inconstitucionalidade e o maior volume de trabalho para o Supremo Tribunal Federal (22), máxime quando se considerar que, segundo nosso parecer, a legitimidade que se confere a essas entidades, como de resto aos demais legitimados relacionados no art. 103 da Constituição, não está subordinada ao interesse próprio delas ou de seus associados, que este só é de se exigir no mandado de segurança individual ou coletivo e no mandado de injunção (Constituição,

art. 5.º, LXIX e LXX, b, e LXXI). O que não quer dizer, todavia, que se deva reconhecer aos órgãos e autoridades locais (Mesas das Assembleias Legislativas, Governadores) uma legitimação que transcenda o interesse do próprio Estado que representam.

20.4. O conceito do que seja **confederação sindical** não suscita maiores controvérsias, porque estabelecido em lei (C.L.T. arts. 533 e ss.), o mesmo já não se podendo dizer quanto ao que seja **entidade de classe de âmbito nacional**, à qual deve ser dada uma interpretação restritiva, pelos motivos expostos no subitem anterior. Assim, como tal, devem ser entendidas apenas aquelas entidades de âmbito nacional que, congregando toda uma categoria, a representem por força de disposição estatutária e estejam registradas na forma do art. 588 da C.L.T..

21. A figura da inconstitucionalidade por omissão não existia no Direito Pátrio, muito embora há muito se clamasse contra a falta de cumprimento de dispositivos constitucionais carecedores de leis regulamentadoras jamais baixadas. Exemplo clássico: a participação do trabalhador nos lucros da empresa, prevista, sucessivamente, nas Cartas de 1946 (art. 157, IV), de 1967 (art. 158, V) e na Emenda n.º 1/69 (art. 165, V).

21.1. A fim de assegurar o cumprimento de preceitos constitucionais programáticos ou de eficácia contida, a Constituição criou dois institutos: o mandado de injunção, de âmbito mais restrito, porque visa o exercício dos direitos e liberdades constitucionais, e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania (art. 5.º, LXXI), embora exercitável por qualquer pessoa, desde que demonstre ter legítimo interesse; e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, que pode alcançar todo e qualquer preceito constitucional; podendo ser proposta apenas por aquelas pessoas e entidades relacionadas no art. 103, inclusive o Procurador-Geral da República.

Mais: o mandado de injunção, constituindo garantia individual, visa assegurar o exercício **em concreto** daqueles direitos, liberdades e prerrogativas, e a decisão nela proferida há de produzir efeitos apenas entre as partes, ao contrário da ação direta de inconstitucionalidade, que visa efeito **erga omnes**.

21.2. Em favor da existência das ações diretas de inconstitucionalidade por omissão conspira o argumento de que a norma que não seja auto-aplicável nem por isso deixa de ser norma constitucional que deve ter assegurada a sua eficácia (23).

21.3. Em contrário — especialmente quando se cuida de suprir omissão legislativa — ressalta a dificuldade de se adequar os mecanismos a tanto necessários ao princípio da separação dos Poderes e aos próprios critérios de julgamento dos órgãos jurisdicionais, que hão de ser, na essência, critérios jurídicos, enquanto que, na elaboração da lei, hão de predominar os critérios de conveniência e de oportunidade, de índole política (24).

21.4. Daí a precariedade da solução adotada na República portuguesa, cuja Constituição serviu, no particular, de modelo ao Brasil.

Com efeito, o art. 279, no texto original da Constituição de 25 de abril de 1974, dispunha que

“Quando a Constituição não estiver a ser cumprida por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais, o Conselho da Revolução poderá recomendar aos órgãos legislativos competentes que as emitam em prazo razoável.”

E o texto adotado na Revisão Constitucional (art.263) estabelece:

“1. A requerimento do Presidente da República, do Procurador da 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 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.”

21.5. A Constituição brasileira, repetindo praticamente a regra dessa segunda parte, dispõe que:

“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.”

21.6. Como se vê, cogita-se aqui também de hipótese não prevista na Carta portuguesa; a de omissão decorrente de órgão administrativo, e não apenas do Poder Legislativo.

21.6.1. Com referência a essa forma de omissão, a sanção à desobediência já se contém no ordenamento jurídico vigente, que apenas por diversas formas o desrespeito às decisões judiciais.

21.7. Mas em se tratando de omissão legislativa, **quid juris?**

27.7.1. A mera ciência para a adoção das providências necessárias, que equivale à **recomendação** de que falava a Constituição de Portugal, em sua primitiva redação, terá apenas efeito moral, desprovido de executoriedade, semelhantemente às chamadas leis imperfeitas, a que falta sanção.

Por isso mesmo, se afigura de precária utilidade a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, em casos que tais (25).

Contrariamente no mandado de injunção, em que a sentença é plenamente exequível, cabendo ao Juiz, no caso concreto e sem se substituir ao legislador, suprir a ausência ou omissão da lei, observando inclusive a regra dos arts. 4.º e 5.º da Lei de Introdução ao Código Civil.

22. A Constituição, como já exposto, ao denominar de **ação direta** a arguição em tese da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo e ao estabelecer a citação do Advogado-Geral da União para promover a defesa do texto ou ato impugnado, deu contornos novos ao Instituto, o qual já não mais poderá ser tido conforme acontecia anteriormente — como procedimento de caráter não-contencioso, em que, por isso mesmo, podia não haver a figura do réu, mas apenas a da autoridade ou do órgão informante, a quem competia, tão só, prestar informações, que poderiam até ser dispensadas, em caso de urgência, em face do relevante interesse de ordem pública acaso existente (RISTF, art. 170, §§ 2.º e 3.º).

23. Daí decorrerem as seguintes conseqüências:

a — só pode ser proposta através de quem tenha capacidade postulatória, ou seja através de advogado regularmente constituído, à exceção do Procurador-Geral da República, que a detém em razão do próprio cargo. Essa conclusão, que decorre do disposto no art. 36 do C.P.C., tem hoje também assento no art. 133 da Constituição;

b — a Inicial deve obedecer, no que couber, aos requisitos do art. 282 do Código de Processo Civil;

c — a defesa, deduzida em forma de informações, a exemplo do que ocorre nos mandados de segurança, há de ser subscrita pela autoridade ou pelo representante do órgão de que tenha emanado a norma legal;

d — o procedimento — enquanto lei não venha a ser baixada regulando a matéria — continua a ser, naquilo que for aplicável, o previsto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, por força do princípio da recepção, aplicando-se subsidiariamente a legislação sobre Mandado de Segurança e o Código de Processo Civil. Hão de se ter por revogados — Incompatíveis que são com os princípios da Constituição —, os arts. 170 em seus §§ 2.º e 3.º, partes finais, e 172, quanto à expressão “dispensadas as informações em razão da urgência”, daquele Regimento;

e — sem embargo das informações prestadas pelas entidades interessadas, citar-se-á o representante judicial da União e/ou do Estado para acompanhar o processo;

f — é possível o litisconsórcio.

24. Das conclusões acima deduzidas as duas últimas estão a merecer melhores explicações.

24.1. O § 3.º do art. 103 da Constituição determina a citação prévia do Advogado-Geral da União, atribuindo-lhe o encargo de promover a defesa do ato ou texto impugnado.

24.1.1. Indaga-se: esse encargo caberia quando a controvérsia dissesse respeito também à lei ou ato normativo estaduais, ou somente quando estivesse em jogo lei ou ato normativo federais?

Apesar do texto constitucional aludir genericamente a “norma legal ou ato normativo”, cuida de que a participação do Advogado-Geral da União só tem cabimento nessa segunda hipótese e jamais na primeira.

Admitir-se outra conclusão, importaria em consagrar um absurdo, qual seja o de se impor àquela autoridade federal a defesa da lei ou de ato normativo estadual acoimado de inconstitucional por importar, v. gr., em invadir competência da União, da qual é o representante judicial.

Pensamos, assim, que a regra em análise há de ser interpretada no sentido de que, quando estiver em jogo lei ou ato normativo federais, a citação far-se-á na pessoa do Advogado-Geral da União; quando se tratar de lei ou ato normativo estaduais, citar-se-á o Advogado ou Procurador-Geral do Estado interessado.

Muito embora — como já exposto — não conste no texto constitucional, alusão a essa última autoridade, parece-me que a sua citação, na hipótese aqui versada, é uma consequência necessária das regras de interpretação sistemática e teleológica, que, como é sabido, têm especial relevo em tema constitucional (26).

24.1.2. Outra questão que o dispositivo em apreço suscita é o de conciliar o encargo ali atribuído ao Advogado-Geral da União (e, por extensão, ao Advogado ou Procurador-Geral do Estado) de promover a defesa do texto ou ato impugnado, naqueles casos em que a ação direta de inconstitucionalidade tenha sido promovida pelo Chefe do Poder Executivo; que lhe nomeou **ad nutum** e a cujos atos deve assistir.

Conquanto se possa dizer que o que está em jogo, no litígio, é a defesa da norma legal ou ato normativo por cuja validade deveria a União pugnar, até porque goza da presunção de legitimidade (27) é de se contrapor o argumento de que a ela cabe, por seus representantes, velar superlativamente pelo primado da Constituição. De qualquer modo, a questão maior reside no conflito entre as atribuições concedidas ao Advogado-Geral de representar judicialmente a União, assistindo ao Presidente da República, e de defender a lei ou o ato atacado por essa autoridade.

Mais correto, portanto, será admitir-se que a citação do Advogado-Geral não será necessariamente para promover a defesa da lei ou do ato normativo impugnado, exceto quando o réu seja o Presidente da República ou o Governador do Estado, mas para acompanhar a ação, podendo, a exemplo do que ocorre nas ações populares, “abster-se de contestar o pedido ou atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público” (Lei n.º 4.717, de 29.06.1965, art. 6, § 3.º).

A interpretação literal do § 3.º do art. 103 da nova Constituição irá transformar o Advogado-Geral em um Jano, obrigado que será a defender, nas ações de inconstitucionalidade, a validade de determinado dispositivo legal por ele próprio contestado nos demais processos judiciais em que a União seja parte, com vistas a fazer valer esse mesmo dispositivo legal, a que o Poder Executivo tenha negado cumprimento por entender seja ele inconstitucional.

24.2. Quanto ao problema do litisconsórcio e, por extensão, da assistência, devemos ter em conta que o fato de haver agora a Constituição atribuído, de forma expressa, o carácter de ação à arguição direta da inconstitucionalidade, não modifica o seu objeto, que continua a ser a declaração da invalidade em tese de lei de ato normativo. Tal ação não visa, portanto, a composição de pretensões subjetivas, mas a “manter o equilíbrio entre os Poderes Políticos do Estado e a preservação de suas instituições” (28).

Através dela — como já se disse também — o Supremo Tribunal Federal “não julga caso concreto, mas fiscaliza a atuação dos outros Poderes em face da Constituição Federal” (29).

24.2.1. Partes na lide serão, portanto, o argüente ou argüentes (qualquer dos legitimados enumerados no art. 103, **caput**, da Constituição) no pólo ativo e, no pólo passivo, a autoridade ou órgão de que tenha emanado o ato ou lei impugnado e, quando se tratar de ato complexo (inclusive de lei que haja recebido sanção ou em que a iniciativa de projeto caiba a outro Poder), todos os que participaram da sua formação (30).

24.2.2. Cabível, pois, é o litisconsórcio, tanto ativo (pluralidade de argüentes), como passivo (pluralidade de interessados, assim considerados apenas os que participaram da elaboração do ato ou da lei, não porém, os que reflexamente sofram as consequências da declaração de inconstitucionalidade).

24.2.3. Também será litisconsorte necessário o Advogado-Geral da União ou do Estado interessado, ao teor do art. 103, § 3.º, da Constituição, podendo assumir qualquer das posições antes mencionadas.

24.2.4. Não nos parece, no entanto, cabível nem recomendável a admissão da figura do assistente, por não ser possível vislumbrar-se interesse jurídico na discussão em tese acerca da lei ou do ato normativo, sendo ainda invocável, no particular, a jurisprudência firmada na vigência das anteriores Constituições (31).

25. Inovação da maior importância foi a prevista no art. 125, § 2.º, através do qual se permitiu aos Estados a faculdade de instituírem a representação geral por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estaduais ou municipais, em face da Constituição Estadual.

26. É verdade que, na vigência da Constituição anterior, existia também a figura da representação interventiva, no âmbito dos Estados, mas unicamente para assegurar a observância, pelos municípios, dos princípios indicados nas Constituições estaduais, bem como para prover a execução de lei, ou de ordem ou de decisão judiciária (E

C n.º 1/69, art. 15, § 3.º, d), tal como previsto também na Constituição atual (art. 35, IV).

27. De qualquer modo, ficava excluída a representação geral e a representação envolvendo lei ou ato normativo estadual contestado frente à Constituição do próprio Estado.

28. Abre-se, portanto, agora, aos Estados, a oportunidade de adotarem um instrumento que tem se mostrado extremamente útil, na medida em que assegura uma solução mais rápida e uniforme para uma vasta gama de prováveis conflitos entre os Poderes estaduais e municipais, ou entre eles e particulares.

29. A ação direta de inconstitucionalidade, de que agora se cogita, há de ser disciplinada nas Constituições estaduais, e não através de lei.

29.1 Ao Constituinte estadual a Constituição da República impôs duas regras imperativas: a primeira no sentido de que não lhe é dado atribuir a legitimação ativa a um único órgão (art. 125, § 3.º); a segunda, no sentido de que a declaração de inconstitucionalidade só se pode dar pelo voto da maioria absoluta dos membros do Tribunal ou do respectivo órgão especial (art. 97).

29.2. O princípio da simetria, que deve orientar as Cartas estaduais, não deve inibir os seus constituintes na elaboração das demais normas pertinentes ao instituto agora estendido aos Estados.

29.3. Aconselhável, portanto, que o elenco dos legitimados a promover a ação direta de inconstitucionalidade não seja tão estreito que possa obstar o seu exercício pelos órgãos mais representativos da sociedade civil, nem tão amplo que a transforme em panacéia dos litígios entre os Poderes do Estado e dos Municípios ou entre eles e os particulares.

29.4. Oportuna, também, será uma melhor disciplina acerca da participação do representante judicial do Estado ou do Município interessado, com vistas a afastar as dúvidas que o texto da Constituição da República suscita, como antes observado.

30. A possibilidade que agora surge de ser questionada, por via da ação direta, a constitucionalidade de lei ou de ato normativo municipais em face da Constituição Estadual, supre, em grande parte, a vedação ainda hoje existente do uso desse remédio processual, quando a controvérsia se faça entre lei ou ato daquela natureza e a Constituição da República (32), bastando para tanto que se reproduzam nas Constituições Estaduais aqueles preceitos da Carta de 1988 aplicáveis aos Estados e Municípios, em especial os artigos referentes à Administração Pública, Sistema Tributário e Finanças Públicas. Nessas condições, eventual lei ou ato normativo municipal que os contrarie terá importado em ofensa também à Constituição do Estado, sendo, portanto, passível de ser invalidado através da ação direta de inconstitucionalidade com efeitos *erga omnes*.

31. Está assente no Direito brasileiro que as ações diretas de in-

constitucionalidade são **declaratórias**, produzindo efeitos **ex tunc**, a exemplo do que ocorre no Direito norte-americano (33). Nesse sentido, firmou-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (34) e a do antigo Tribunal Federal de Recursos (35) (36).

32. A decisão proferida na ação direta de inconstitucionalidade produz efeitos **erga omnes**, não só quando acolhida a arguição, mas também quando seja ela rejeitada, com o reconhecimento da constitucionalidade da lei ou do ato normativo impugnado, não mais podendo, desde então, ser questionada a sua legitimidade, o que se explica pela idêntica natureza da decisão proferida, sempre de caráter declaratório e com aquela eficácia **erga omnes** própria a esse tipo de ação.

33. Conquanto, segundo nos consta, esse aspecto não tenha sido ainda enfrentado pelos tribunais, se afigura indiscutível que a ele se aplica o entendimento consagrado pelo Supremo Tribunal Federal no tema de representação para interpretação de lei em tese e corporificado no art. 187 do seu Regimento Interno, segundo o qual a interpretação adotada em processo daquela natureza tinha força vinculante para todos os efeitos (37).

Nesse sentido parece ser também a regra do art. 101 desse Regimento, cuja parte final (a possibilidade de revisão da jurisprudência assentada em matéria constitucional) há de ser entendida como pertinente apenas aos julgamentos **incidenter tantum** cujos efeitos, como já ressaltado, operam apenas entre as partes, e não **erga omnes**.

Desobedecida decisão proferida em ação direta de inconstitucionalidade, cabe reclamação ao Supremo Tribunal Federal, (Constituição, art. 103, I, l), com vistas a garantir a autoridade do seu julgado.

NOTAS

(1) Esse tipo de controle de constitucionalidade denomina-se de *difuso*, por competir a qualquer juízo, em oposição ao chamado sistema **concentrado**, através do qual a matéria é submetida a um único órgão judicial, geralmente a Corte mais elevada ou um Tribunal especial.

(2) In EDGARD COSTA, **Os grandes julgamentos do Supremo Tribunal Federal**, ed. Civilização Brasileira, 1964, vol. 2.º, p. 141.

(3) op., vol. e loc. citis.

(4) op. e vol. citis., p. 144

(5) Acerca da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal reconhecendo essa discricionariedade, vejam-se, VICTOR NUNES LEAL, "Representação de Inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal: um aspecto inexplorado", in **Revista de Direito Público**, n.º 53/54, p. 25 e ss.: e R.T.J., 59/333 e ss..

(6) A Constituição não previu a ação direta de inconstitucionalidade contra lei ou ato normativo municipais frente à própria Constituição e a jurisprudência do Supremo Tribunal sempre foi no sentido de dar ao texto constitucional uma interpretação restritiva.

(7) **Revista de Direito Público**, n.º 53/54, p. 25 e ss..

(8) ALFREDO BUZAID, **Da Ação Direta de Declaração de Inconstitucionalidade no Direito Brasileiro**, 1958, p. 105 e ss.: "Toda ação pressupõe necessariamente três elementos subjetivos: **autor, réu e juiz**. O exercício da ação abre a via ao direito de defesa, pois ninguém deve ser condenado sem ser ouvido: **audiatur et altera pars**. Não há processo validamente constituído, sem que a outra parte seja citada a fim de defender-se. Porém a lei, que instituiu a ação, não contém nenhuma referência ao réu, que deve res-

ponder ao pedido de decretação de inconstitucionalidade; à primeira vista, pode parecer que o legislador não considerou essencial à estrutura do processo a presença de um defensor da legitimidade do ato. Confluiu na atitude serena do Procurador-Geral da República e na rigorosa imparcialidade da mais alta Corte Judiciária do país. Daí o motivo porque, na doutrina e na jurisprudência, se designou esse fenômeno jurídico de **representação** em vez de **ação**. Mas, a nosso ver, semelhante explicação não corresponde à realidade das coisas. O processo tem caráter dialético e visa a composição de um conflito. Não se compreende a existência de um processo contencioso, iniciado por um autor sem a citação de um réu, do mesmo modo que não se justifica a presença de um réu sem a propositura de ação pelo autor”.

(9) R.T.J., 117/921 e ss..

(10) R.T.J., 117/944.

(11) R.T.J., 113/22 e ss..

(12) R.T.J., 117/951.

(13) ALFREDO BUZAI, op. cit., p. 112

(14) VICTOR NUNES LEAL, op. e vol. cit., p. 29 e ss.

(15) cfr. R.T.J., 94/58; 113/27; 117/925 dentre outros.

(16) MÁRIO GUIMARÃES, **O Juiz e a Função Jurisdicional**, ed. Forense, 1958, p. 53.

(17) R.T.J. 117/944 e ss..

(18) R.T.J. 94/49 e ss..

(19) R.T.J. 94/49 e ss..

(20) R.T.J., 59/333.

(21) cfr., v.g., acórdão do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, in **Revista da Ordem dos Advogados do Brasil**, n.º 6, p. 256 e ss.; cfr. também as diversas teses apresentadas no I.º Congresso Nacional Pró-Constituinte, realizado em 1983, e na XI.ª Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, realizada em 1986.

(22) RAYMUNDO FAORO, no voto que proferiu, quando do julgamento do processo n.º 1.336/71, referido na nota anterior, — depois de aludir que a Corte Constitucional Federal da República Federal Alemã rejeitara arguição de inconstitucionalidade formulada por partido político, por entender que a limitação das partes obedecia a imperativos políticos e jurídicos que só a Constituição podia impor — refere a posição de DELSEN, que, temeroso de aproximar o instituto da **actio popularis**, pugnava pela conveniência de se criar a figura de um procurador constitucional alheio às ordens de todos os poderes, como titular único da ação (cfr., **Revista da Ordem dos Advogados do Brasil**, n.º 6, p. 269).

(23) Nesse sentido, vejam-se ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ, “Inconstitucionalidade por Omissão: uma proposta para a Constituinte”, in **Revista de Informação Legislativa**, n.º 89, p. 49 e ss.; CELSO BASTOS, “Controle de Constitucionalidade das Leis”, in **Revista de Direito Público** n.º 67, p. 64 e ss.; ISALTINO MORAIS, JOSÉ MÁRIO FERREIRA DE ALMEIDA e RICARDO L. LEITE PINTO, **Constituição da República Portuguesa anotada e comentada**, Lisboa, 1983, págs. 544 e ss.; J.J. CALMON DE PASSOS, **Mandado de Segurança Coletivo, Mandado de Injunção e Habeas Data**, Forense, 1989, p. 79 e ss..

(24) cfr. ISALTINO MORAIS e outros, op. e loc. cit.; CELSO BASTOS, op., vol. e loc. cit..

(25) Com vistas a dar efeito prático à declaração de Inconstitucionalidade por omissão imputada ao Poder Legislativo em ação direta, JOSÉ LAMARTINE CORREA DE OLIVEIRA, sugeriu sanções político-institucionais (voto de desconfiança, perda de mandato) que seriam previstas na própria Constituição (cfr. “Organização do Estado — Poder Judiciário — O Supremo Tribunal Federal e o Tribunal Constitucional”, in **Anais da XI.ª Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil**, p. 229. Por sua vez, ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ, no trabalho antes referido, propôs a reversão da competência legislativa, após determinado prazo, para o Poder Executivo. Tratam-se, todavia, de soluções de **iure condendo** que não foram adotadas pela Constituição.

(26) Nesse sentido, vejam-se CARLOS MAXIMILIANO, **Hermenêutica e Aplicação do Direito**, ed. Freitas Bastos, 4.ª ed., p. 377; e PENSOVECCHIO LI BASSI, **L'Interpretazione Delle Norme Costituzionali**, Giuffrè Editore, 1972, p. 45/46.

(27) CARLOS MAXIMILIANO, op. cit., p. 370.

(28) R.T.J., 113/24.

(29) R.T.J., 113/27.

(30) Na vigência da Constituição anterior, o Supremo Tribunal Federal vedava a participação do Estado interessado na validade da lei ou do ato impugnado, para figurar no pólo ativo da representação, mesmo como assistente. Nesse sentido, R.T.J., 113/22 e ss.

(31) R.T.J., 113/22 e 108/477.

(32) Face à ausência de proibição nas anteriores Constituições Federais, alguns Estados inseriram, em suas Constituições, regras prevendo a representação de inconstitucionalidade, perante o Tribunal de Justiça, de lei ou ato normativo municipal confrontado com a Constituição Federal. Essas regras foram, todavia, invalidadas pelo Supremo Tribunal Federal, com os argumentos de que, pelo sistema constitucional em vigor, a declaração **in abstracto** de inconstitucionalidade frente à Constituição da República era da competência privativa da Corte e visava unicamente dirimir controvérsia envolvendo lei ou ato normativo federal ou estadual — e nunca municipal — e de que aos Estados era vedado disciplinar matéria que, sendo de processo, competia então com exclusividade à União (cfr. R.T.J., 93/45, 97/428 e 104/724).

(33) Nesse sentido, veja-se ALFREDO BUZAI, op. cit., p. 123 e ss..

(34) R.T.J., 87/758; 89/367.

(35) **Revista do Tribunal Federal de Recursos**, vol. 129, p. 75.

(36) O problema dos efeitos da declaração judicial de inconstitucionalidade tem sido objeto de distintas soluções no Direito Positivo de cada país. Se na Itália a solução inicialmente defendida com base numa interpretação literal do art. 136 da Constituição, tenha sido dos efeitos **ex nunc** (cfr. BALLADORE PALLIERI, **Diritto Costituzionale**, Milano, 1949, p. 236 e ss., CALAMANDREI, **La illegittimità Costituzionale delle leggi nel Processo Civile**, Pádova, 1952, p. 72), certo é que o entendimento atualmente predominante é no sentido de que tais efeitos operam **ex tunc**, como ocorre com qualquer anulamento (cfr. CARLO LAVAGNA, **La Costituzione Italiana Commentata con le Decisione della Corte costituzionale**, UTET, 1970, p. 941 e ss.). Na França e em Portugal optou-se por uma terceira alternativa: a do exame prévio da matéria constitucional. Nesse sentido, o art. 61 da Constituição francesa estabelece que as leis orgânicas, antes de sua promulgação, e os regulamentos das Assembléias parlamentares, antes de sua aplicação, deverão ser submetidos ao Conselho Constitucional. Declarados inconstitucionais não poderão ser promulgados, nem aplicados. De seu turno, o art. 278 da Constituição de Portugal prevê a possibilidade de ser requerido ao Tribunal Constitucional a apreciação preventiva da constitucionalidade das normas que menciona (tratado submetido para ratificação, decreto a ser promulgado como lei ou como decreto-lei, decreto de aprovação de acordo internacional, decretos legislativos regionais e decretos — regulamentos de lei geral da República encaminhados para assinatura), dispondo o art. 279 que pronunciada a inconstitucionalidade, **não mais** poderão ser promulgados ou assinados, ressalvada a hipótese de sua confirmação pela maioria de 2/3 dos deputados presentes. A declaração de inconstitucionalidade, quando já vigente o dispositivo impugnado, produz efeitos **ex tunc** e determina a repristinação das normas que ele, eventualmente, haja revogado, podendo, todavia, a Corte Constitucional, fixar efeitos mais restritivos, quando o exigir a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo (Constituição portuguesa, art. 282).

(37) Nesse sentido; veja-se também o acórdão publicado na R.T.J., 108/477.