REPRESENTAÇÃO — DIREITO DE AÇÃO — PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

— O titular único da representação de inconstitucionalidade é o Procurador-Geral da República, cabendo-lhe a faculdade de oferecer a representação ou arquivá-la.

— Ao interessado fica reservada a via processual comum para argüição da inconstitucionalidade diante de caso concreto.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Ordem dos Advogados do Brasil — Seção do Estado do Rio de Janeiro *versus* Procurador-Geral da República
Reclamação nº 121 — Relator: Sr. Ministro DJACI FALCÃO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plena, à unanimidade de votos e na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, julgar improcedente a reclamação nos termos do voto do Ministro Relator.

Brasília, 3 de dezembro de 1980. — *Antonio Neder,* Presidente. *Djaci Falcão,* Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Djaci Falcão: Trata-se de reclamação movida pelo Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil — Seção do Estado do Rio de Janeiro, contra ato do Procurador-Geral da República, expondo textualmente:

"O cabimento da reclamação

Formulada *Representação* ao Exmo. Sr. Dr. Procurador-Geral da República, no sentido de que S. Exa. oferecesse *Argüição de Inconstitucionalidade,* aquela digna autoridade decidiu não dar andamento à representação para ser declarada a inconstitucionalidade de ato normativo baixado pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

Ora, é induvidoso o cabimento da presente reclamação por parte do órgão recla-

mante, tendo em vista o que dispõe o art. 161, do Regimento Interno desse Colendo Tribunal, *in verbis:*

'Art. 161. Caberá reclamação do Procurador da República *ou do interessado na causa,* para *preservar a competência do Tribunal,* ou garantir a autoridade das suas decisões.'

De fato, na medida em que o Exmo. Sr. Dr. Procurador-Geral da República não formula a argüição de inconstitucionalidade, subtrai do exame do Egrégio Tribunal o conhecimento e o conseqüente julgamento da inconstitucionalidade alegada, havendo, pois, necessidade de o Tribunal preservar a sua competência.

Foi prevendo casos tais que o legislador regimental estabeleceu o cabimento de Reclamação, *também pelo interessado,* de modo a permitir ao Tribunal preservar a sua competência pois, não fosse assim, o Exmo. Sr. Dr. Procurador-Geral da República teria a última palavra, seria o autor da decisão irrecorrível, em matéria de constitucionalidade de leis e atos, tema em que é, expressa e maior, a competência específica do Excelso Supremo Tribunal Federal.

Tal matéria, ora trazida ao exame deste Colendo Órgão, não é nova, já tendo sido objeto de apreciação por parte desse mesmo Egrégio Tribunal, conforme se verifica:

"VOTO

O Sr. Ministro Adaucto Cardoso:

— Sr. Presidente, encontro-me diante de uma encruzilhada deveras difícil.

Leio o art. 2º, da Lei nº 4 337, de 1.6.64, que declara de maneira peremptória:

'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 argüição perante o Supremo Tribunal Federal.'

Considero o § 1º, do art. 174, do Regimento Interno, cuja letra é a seguinte:

'Provocado por autoridade ou por terceiro para exercitar a iniciativa prevista neste artigo, o Procurador-Geral, entendendo improcedente a fundamentação da súplica, poderá encaminhá-la com parecer contrário.'

Tenho ouvido da parte de alguns dos eminentes desta Corte que exerceram o cargo de Procurador-Geral da República o argumento de autoridade de que sempre consideraram prerrogativa deste o oferecimento da representação. É de ver-se que defendem com ênfase um ponto de vista assentado não no exercício do cargo de juiz desta Corte, mas no exercício da alta função de Chefe do Ministério Público Federal.

Por outro lado, Sr. Presidente, a conjuntura em que nos vemos e o papel do Supremo Tribunal Federal estão a indicar, para minha simplicidade, que o art. 1º, da Lei nº 4 337, de 1.6.64, o que estabeleceu para o Procurador-Geral da República foi o dever de apresentar ao STF, em prazo certo, a argüição de inconstitucionalidade formulada por qualquer interessado.

O nobre Dr. Procurador apreciou desde logo a representação, não para encaminhá-la, com parecer desfavorável, como lhe faculta o Regimento, mas para negar-lhe a tramitação marcada na lei e na nossa Carta Interna. Com isso, ele se substituiu ao Tribunal e declarou, ele próprio, a constitucionalidade do Decreto-lei nº 1 077/70.

Essa é para mim uma realidade diante da qual não sei como fugir.

. . . . . .

. . . . . .

Considero o argumento de Vossa Excelência com o maior apreço, mas com melancolia. Tenho a observar-lhe que, de janeiro de 1970 até hoje, não surgiu, e certamente nem surgirá, ninguém a não ser o Partido Político da Oposição, que a duras penas cumpre o seu papel, a não ser ele, que se abalance a argüir a inconstitucionalidade do Decreto-lei que estabelece a censura prévia.

. . . . . .

. . . . . .

V. Exa. está argumentando com virtualidades otimistas, que são do seu temperamento. Sinto não participar das suas convicções e acredito que o Tribunal, deixando de cumprir aquilo que me parece a clara literalidade da Lei nº 4 337, e deixando de

atender também à transparente disposição do § 1º, do art. 174 do Regimento, se esquiva de fazer o que a Constituição lhe atribui e que a Lei nº 4 337 já punha sobre seus ombros, que é julgar a constitucionalidade das leis, ainda quando a representação venha contestada na sua procedência, na sua fundamentação, pelo parecer contrário do Procurador-Geral da República.

É assim que entendo a lei, que entendo a Constituição e é assim também que entendo a missão desta Corte, desde que a ela passei a pertencer, há quatro anos.

O meu voto, portanto, Sr. Presidente, é pela procedência da reclamação' (*RTJ*, v. 59, p. 347/348, 1972).

Demonstrado, portanto, no caso, o indiscutível cabimento da reclamação ora interposta.

De meritis

Impõe-se, permissiva venia, o provimento da presente reclamação, para o fim de ser declarada a *inconstitucionalidade do ato normativo baixado pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro,* consubstanciado no extrato da ata, cuja certidão é anexada à presente, impondo-se, consoante ora se impetra, o deferimento de *medida liminar para suspender a execução do estabelecido no referido ato normativo.*

Realmente, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, chamado a apreciar a que classe — advogados ou membros do Ministério Público — pertencia a última vaga, a primeira *ímpar,* reservada ao quinto constitucional, resolveu no dia 26 de agosto de 1980, por treze (13) votos contra sete (7), o que segue:

'... decidiu o Órgão Especial, por maioria, que a décima terceira vaga destinada ao quinto constitucional caberia ao Ministério Público. Votaram nesse sentido os Desembargadores Aloysio Maria Teixeira, Marins Peixoto, Salvador Pinto Filho, Alcides Ventura, Rangel de Abreu, Roque Batista, A. Pires e Albuquerque, Hamilton de Moraes e Barros, Gonçalves de Oliveira, Oduvaldo Abritta, Graccho Aurélio, Raphael Cirigliano Filho e Amilcar Laurindo; e, contrariamente, os Desembargadores Martins de Almeida, Marcelo Santiago Costa, Gonçalves da Fonte, Plínio Coelho, Ebert Chamoun, Olavo Tostes Filho e Basileu Ribeiro Filho' (certidão anexo).

E já, em publicação inserta no *Diário da Justiça* no dia 11 de setembro de 1980, p. 2, foi publicado edital, convocando nova sessão do Órgão Especial para o próximo dia 17 de setembro de 1980, às 13 h, a fim de tratar dos seguintes assuntos:

'1) .....

2) Elaboração de lista tríplice, *constituída de membros do Ministério Público,* para preenchimento de vaga de desembargador, cargo criado pela Lei nº 272, de 7.11.79;

3) .....

4) .....

Ocorre, no entanto, que *esta vaga de quinto do Tribunal pertence aos advogados e não ao Ministério Público,* pelo que o referido ato normativo está *Fulminado por Inafastável Inconstitucionalidade.*

Senão vejamos:

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro compõe-se de *sessenta e quatro desembargadores,* sendo que, no momento, retirados da *classe dos advogados,* tem-se os *Desembargadores Antonio Marins Peixoto, Ebert Vianna Chamoun, José Carlos Barbosa Moreira, Paulo Joaquim da Silva Pinto, Jorge Fernando Loretti e Edgard Maria Teixeira, em número de seis (6).* O mesmo número (6) é o daqueles oriundos do Ministério Público, a saber: *Salvador Pinto Filho, Antônio Joaquim Pires de Carvalho e Albuquerque, Raphael Cirigliano Filho, Paulo Dourado de Gusmão, Hermano Odilon dos Anjos e Arnaldo Rodrigues Duarte.*

Nessa conformidade, considerando que 1/5 de 64 corresponde a 12,8 e atentos à regra contida no § 3º, do art. 166, do Código de Organização e Divisão Judiciárias do Estado do Rio de Janeiro, que dispõe:

'Na apuração do quinto a que alude o parágrafo primeiro deve ser considerada a fração de meio como unidade.'

foi baixado, na sessão de 26.8.80, conforme *ata* aprovada em sessão de 9.9.80, *ato normativo* entendendo que a décima terceira (13ª) vaga, ímpar, portanto, haveria de ser

preenchida por membro originário do Ministério Público.

Ora, a Constituição da República, no particular, dispõe no inciso IV do art. 144, o que segue:

'IV — na composição de qualquer Tribunal, um quinto dos lugares *será preenchido por advogados,* em efetivo exercício da profissão e membros do Ministério Público, todos de notório merecimento e idoneidade moral, com dez anos, pelo menos, de prática forense' (nosso o grifo).

A Lei Complementar nº 35, de 14.3.79, no § 2º, além de repetir, no *caput* de seu art. 100, a precedência que, na composição do quinto constitucional, dá aos advogados, frente àqueles originários do *Parquet,* no seu parágrafo, quando se cuidar de número ímpar.

Confira-se:

'Art. 100. .....

§ 2º Nos Tribunais em que for *ímpar o número de vagas,* destinadas ao quinto constitucional, uma delas, será, *alternada e sucessivamente, 'preenchida por advogado* e por membro do Ministério Público, de tal forma que, também sucessiva e alternadamente, os representantes de uma dessas classes, superem os da outra em uma unidade.'

O próprio parágrafo primeiro do art. 166, do Código de Organização e Divisão Judiciárias, porque conforme o mandamento constitucional, estabeleceu, claramente:

'Art. 166. .....

§ 1º Um quinto dos lugares do Tribunal será composto por *advogados* em efetivo exercício da profissão e membros do Ministério Público, conforme se abra a vaga do primeiro ou segundo quadro, todos de notório merecimento e idoneidade moral, com dez anos pelo menos de prática forense, indicados em lista tríplice (Constituição da República, art. 144, nº IV).'

É, pois, de uma clareza solar que todos os textos citados, especialmente a imperativa norma constitucional, dão *uma indiscutível precedência, para a composição do quinto constitucional àqueles provenientes da classe dos advogados.*

Relembre-se que, historicamente, a precedência para a composição do quinto constitucional sempre foi daqueles provenientes da classe dos advogados.

Veja-se, *verbi-gratia,* o que a Constituição de 1946 estabelecia a respeito do tema:

'Art. 124. .....

.....

V — Na composição de qualquer tribunal, 1/5 dos lugares serão preenchido por advogados e membros do MP.'

No entanto, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, ao se apresentar a oportunidade de preenchimento da *vaga ímpar do quinto constitucional, que, pelas normas constitucionais e aquelas da Lei Complementar nº 35, de 1979, pertence aos advogados,* baixou, com flagrante, evidente e indiscutível *inconstitucionalidade, o ato normativo,* que deferiu aquela vaga aos provenientes do Ministério Público.

Finalmente, é bem de ver que a falta de qualquer outro critério — o que como visto não é o caso, como exaustivamente demonstrado — bastaria a permanente referência nos textos legais mencionados, aos *advogados em primeiro lugar,* para justificar a indicação dos oriundos da classe dos advogados.

Confia o Reclamante, Ordem dos Advogados do Brasil — Seção do Estado do Rio de Janeiro, que VV. Exas. conheçam e dêem provimento à presente *reclamação* para o fim de, diante do exposto, *declarar a inconstitucionalidade do ato normativo baixado pelo órgão especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro,* consubstanciada no extrato da ata, cuja certidão é anexada à presente, reconhecendo, via de conseqüência, que a última vaga, a primeira *ímpar,* reservada ao quinto constitucional, é de ser *preenchida por advogado* e não por aqueles provenientes do Ministério Público, como medida de Justiça!" (fls. 2 a 10).

Afirmou impedimento o Sr. Ministro Cordeiro Guerra (fls. 21).

Pelo reclamado foram prestadas as seguintes informações:

"Com referência ao processo descrito em epígrafe, tenho a honra de prestar a Vossa

Excelência, no prazo regimental, as informações seguintes:

1. Visando a demonstrar que o arquivamento de certo pedido, que me endereçara, de argüição de inconstitucionalidade, caracterizou, de minha parte, uma usurpação da competência dessa excelsa Corte, a Seção fluminense da OAB invoca no contexto da Reclamação nº 849, de 1971 (*RTJ*, 59/333), o voto vencido do Ministro Adaucto Lúcio Cardoso, de imperecível memória.

2. Chamo à minha defesa aquele mesmo precedente, no que dele resultou, por ampla voz majoritária. Cabe ao chefe do Ministério Público 'a iniciativa de encaminhar ao Supremo Tribunal Federal a representação de inconstitucionalidade', dizia a súmula do julgado (p. 333). Ao proferir seu voto, acompanhando o relator, dissera Vossa Excelência:

'O Procurador-Geral da República é, inegavelmente, o titular da representação. Ele é parte, ele é o juiz da conveniência ou não do seu oferecimento e, via de conseqüência, não há cogitar de usurpação de competência desta Corte. É de se atentar para que se trata de titularidade da ação direta, e não de argüição de inconstitucionalidade em face do caso concreto' (p. 348)

3. Permito-me dar conta, por oportuno, a Vossa Excelência, de uma tradição consolidada nesta Casa já ao tempo de meus nobres antecessores, e consistente em não arquivar pedidos de argüição de inconstitucionalidade senão mediante argumentos sólidos, registrados ora em parecer preliminar ou despacho, ora no próprio despacho de arquivamento. Dessarte, o Procurador-Geral não se dirige a essa Corte apenas quando *convencido* da existência do vício de inconstitucionalidade — como pretendem certos setores da doutrina —, mas o faz sempre que reconheça, nas teses que lhe são incessantemente submetidas para esse fim precípuo, uma razoável medida de verossimilhança e consistência. Assim, não apenas descabe falar em usurpação, mas seria ainda injusto supor que o chefe do Ministério Público faça, do *dominium litis*, um uso a qualquer título prejudicial à competência dessa Corte para o controle, em nível supremo, da constitucionalidade das leis.

4. No caso em exame, determinei o arquivamento com base em parecer do Professor José Francisco Rezek, Subprocurador-Geral da República, cujo teor submeto, em anexo, à consideração do Tribunal.

5. Valho-me do ensejo para renovar a Vossa Excelência a garantia de meu especial apreço.

Brasília, 13 de novembro de 1980. — *Firmino Ferreira Paz*, Procurador-Geral da República" (fls. 27 a 29).

O parecer do Subprocurador José Francisco Rezek, que serviu de suporte ao arquivamento tem o seguinte teor:

"1. Resultando *ímpar* o número de vagas integrantes do 'quinto constitucional', no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, ali se cogitou de saber a que classe — advogados ou membros do Ministério Público — se deve atribuir, de início, essa vaga ímpar, para instauração da alternância a que se refere o art. 100, § 2º, da Lei Orgânica da Magistratura.

2. No dia 26 de agosto último, segundo relata a Seção fluminense da OAB,

'... decidiu o Órgão Especial, por maioria, que a décima terceira vaga destinada ao quinto constitucional caberia ao Ministério Público.'

3. Parece-me, de início, inexistente qualquer *ato normativo* que se possa atacar com argüição de inconstitucionalidade. O Tribunal enfrentou, ante a necessidade iminente de prover a vaga ímpar, uma questão preliminar, relacionada à aplicação do art. 100, § 2º, da Lei Orgânica. E, reunido em sessão, o Órgão Especial equacionou a preliminar, submetendo a matéria a voto. Não se saberia jamais classificar, no vasto rol das normas jurídicas, esse suposto ato normativo.

4. Por outro lado, e independentemente do que foi até agora exposto, não atino, na espécie, com uma questão constitucional. O único argumento em favor da tese da precedência dos advogados sobre os membros do Ministério Público, na questão do quinto, é a ordem na qual o texto da Carta faz referência às duas classes. Há de se presumir,

porém, que o constituinte a tanto não se limitaria quando efetivamente desejoso de consagrar a precedência. Nada lhe haveria custado estabelecê-la de modo expresso.

5. Lembro a Vossa Excelência que a ordem textual de enunciação antepõe os *tratados internacionais* às *leis federais ordinárias* em mais de uma passagem da Carta Magna vigente. Isso, porém, não serviu sequer como apoio a uma série de melhores argumentos com que se tentava consagrar, entre nós, aquela prevalência, já admitida em diversos outros Estados soberanos (cf. RE 80 004, STF, 1977). Por mais forte razão, é de se repelir a aventada tese da precedência dos advogados sobre os membros do Ministério Público, em matéria de composição do quinto, visto que fundada tão-somente numa seqüência textual, que *nada* autoriza a afirmar não tenha sido ditada pelo puro acaso, ou pela ordem alfabética.

6. Não vendo, assim, por dupla razão, o que se possa submeter à análise da Suprema Corte, opino pelo arquivamento.

Brasília, 18 de setembro de 1980" (fls. 30 a 31).

VOTO

O Senhor Ministro Djaci Falcão (Relator): O caso, na sua essência, é idêntico ao da Reclamação nº 849, relatado pelo eminente Ministro Adalício Nogueira, a 10.3.1971, que guarda a seguinte ementa:

"Reclamação. Desprezada a preliminar do seu não conhecimento, por maioria de votos, deu-se, no mérito, pela sua improcedência, ainda por maioria, visto caber ao Dr. Procurador-Geral da República, a iniciativa de encaminhar ao Supremo Tribunal Federal a representação de inconstitucionalidade.

Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que se harmoniza com esse entendimento" (*RTJ*, 59/333).

Aqui não foi levantada preliminar quanto ao conhecimento da reclamação, e na qualidade de relator não a suscito, pois naquela oportunidade acompanhei a maioria, que entendeu incidível a matéria da preliminar e a do mérito, por envolver a preservação da competência da Corte (art. 161 do Regimento Interno).

Ao votar na reclamação nº 849 teci as singelas considerações:

"Sr. Presidente, acompanho o eminente Relator, tendo em vista que, em face não só do nosso sistema constitucional, mas também diante da própria legislação ordinária, inclusive do que se vê inserido no § 1º, do art. 174, do nosso Regimento Interno. O Procurador-Geral da República é, inegavelmente, o titular da representação. Ele é parte, ele é o juiz da conveniência ou não do seu oferecimento e, via de conseqüência, não há cogitar de usurpação de competência desta Corte. É de se atentar para que se trata da titularidade da ação direta, e não de argüição de inconstitucionalidade em face do caso concreto.

Acompanho o eminente Relator, julgando improcedente a reclamação" (*RTJ*, 59/348).

Sem dúvida, o titular único da representação de inconstitucionalidade é o Procurador-Geral da República, conforme se vê do art. 119, inc. I, letra *l*, da Constituição. É oportuno observar que com a EC nº 16/65, foi conferida ao STF competência para declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, estadual ou federal, mediante ação direta proposta pelo Procurador-Geral da República, independente de qualquer lesão a direito individual.

Aliás, com a EC nº 7/77 houve a inovação "para interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual".

Está expressa no mencionado preceito a legitimação ativa para a representação de inconstitucionalidade.

Segundo dispunha o art. 174 do Regimento Interno do STF:

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

§ 1º Provocado por autoridade ou por terceiro para exercitar a iniciativa prevista neste artigo, o Procurador-Geral entendendo improcedente a fundação da súplica, poderá encaminhá-la com parecer contrário."

O atual Regimento Interno passou a dispor:

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

Como se vê, a ação somente poderá ser proposta pelo Procurador-Geral da República. Na qualidade de seu titular, tem a faculdade de oferecer a representação ou arquivá-la.

Ademais, aos interessados fica reservada a via processual comum para a argüição de inconstitucionalidade, diante do caso concreto.

Ante o exposto, julgo improcedente a reclamação.

EXTRATO DA ATA

Rcl. nº 121-21 — RJ — Rel.: Min. Djaci Falcão. Rclte.: Ordem dos Advogados do Brasil — Seção do Estado do Rio de Janeiro. (Adv.: Paulo Fróes Machado). Rcldo.: Procurador-Geral da República.

Decisão: julgou-se improcedente a reclamação nos termos do voto do Ministro Relator. Votação uniforme. T. Pleno, 3.12.80.

Presidência do Senhor Ministro Antonio Neder. Presentes à sessão os Senhores Ministros Djaci Falcão, Thompson Flores, Xavier de Albuquerque, Leitão de Abreu, Cordeiro Guerra, Moreira Alves, Cunha Peixoto, Soares Muñoz, Decio Miranda e Rafael Mayer.

Procurador-Geral da República, Dr. Firmino Ferreira Paz.