REPRESENTAÇÃO INTERVENTIVA E INICIATIVA EXCLUSIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL

SÉRGIO DE ANDREA FERREIRA*

1. A intervenção na Constituição. 2. A Lei n.º 4.337/64 e a representação de inconstitucionalidade. 3. A iniciativa da chefia do Ministério Público. 4. A representação interventiva também é ação. 5. O procurador-geral como dominus litis. *6. O Regimento Interno do STF.*

1. No concernente à intervenção da União nos estados (arts. 10 a 12) a Constituição federal regula minuciosamente, competências, casos, pressupostos e procedimento de ordem constitucional (para o processo civil fica reservada a regulação do processo jurisdicional, no caso em que o Poder Judiciário atua).

Quando, no entanto, a Constituição federal cuida da intervenção estadual no Município, em seu art. 15, § 3.º (inovação da Emenda Constitucional n.º 1), é aquela mais limitada, remetendo à Constituição do estado a competência para regular dita intervenção, e restringindo-se a apresentar o elenco taxativo de casos interventivos, e, nas hipóteses contempladas na alínea *d*, estatui, como pressuposto, o êxito, no Tribunal de Justiça local, de representação formulada pelo chefe do Ministério Público do estado, acrescentando que, em tal caso, o decreto do governador (implicitamente, a Constituição federal estabelece que a intervenção no Município sempre se dará por decreto da chefia do Executivo) se limitará a suspender o ato impugnado, se essa medida bastar ao restabelecimento da normalidade.

O processo jurisdicional correspondente está regulado pela Lei n.º 5.778, de 16 de maio de 1972, que com pequenas alterações adota a procedimento que fora prescrito pela Lei n.º 4.337, de 1.º de junho de 1964, para a representação por inconstitucionalidade de ato que infringisse os chamados *princípios constitucionais federais sensíveis* (à época, elencados no art. 7.º, VII, da Carta de 1946), para o fim de intervenção da União em estado-membro.

* Professor titular de direito administrativo no Rio de Janeiro.

Cabe gizar que a Lei n.º 5.778/72 adotou o mencionado procedimento jurisdicional para todas as hipóteses da letra *d* do § 3.º do art. 15 da Constituição federal, referindo-se, aliás, no plural, às *representações* de que trata aquele dispositivo constitucional.

Manoel Gonçalves Ferreira Filho[1] é expresso:

"É preciso assinalar, por outro lado, que a Constituição federal apenas enumera, taxativamente — repita-se —, os casos em que cabe a intervenção estadual. Deixa, expressamente, à Constituição do estado a disciplina da forma e o modo por que se há de efetivar."

2. A Carta Política do Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, disciplina o assunto em seus arts. 9.º, 10 e 11.

O primeiro é repetição do art. 15, § 3.º, da Constituição federal; o segundo estabelece a competência do governador para decretar a intervenção, dispondo o art. 11, e seus §§, sobre o conteúdo do decreto; seu controle pela Assembléia Legislativa (o § 2.º dispõe que, nas hipóteses de que estamos tratando, que são as do art. 15, § 3.º, *d*, da Constituição federal, ficará dispensada a apreciação do decreto do governador, se a suspensão do ato houver produzido seus efeitos) e sobre a execução da intervenção e a prestação de contas do eventual interventor.

O parágrafo único do art. 10 é que estabelece os pressupostos da intervenção.

A alínea *b* cuida de outros casos que não nos interessam no momento, prescrevendo que o pressuposto respectivo é a "representação fundamentada do órgão a que for atribuída a incumbência de auxiliar a Câmara Municipal no controle externo da fiscalização financeira e orçamentária do Município".

A hipótese da prática, na administração municipal, de — atos subversivos ou de corrupção — não exige qualquer condicionamento prévio, agindo o governador do Estado, de ofício ou por provocação, mas com ampla discricionariedade política quanto à aferição e valoração dos motivos e a prática, ou não, do ato interventivo.

Especificamente no que concerne aos casos do art. 15, § 3.º, *d*, da Constituição federal, o pressuposto é o provimento da representação, formulada pelo Procurador-Geral da Justiça, pelo Tribunal de Justiça, que, em seguida, fará a *solicitação* ao governador, da decretação da intervenção (arts. 9.º, IV, e 10, parágrafo único, *a*, da Constituição estadual).

O art. 112, VIII, *f*, reitera a competência do Tribunal de Justiça (através de seu órgão especial: art. 144, V, da Constituição federal) para processar e julgar, originariamente, as representações "que tiverem como objetivo a intervenção em município".

[1] Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. *Comentários à Constituição brasileira*. 5. ed. São Paulo, Saraiva, 1984. p. 130.

Passando-se pela já citada Lei n.º 5.778/72, quanto aos aspectos de direito judiciário, chega-se ao Regimento Interno do Tribunal de Justiça.

Os arts. 112 e 116 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça fluminense assim estatuem:

Art. 112. O processo de pedido de intervenção do Estado em município, nos casos previstos no art. 15, § 3.º, *d*, da Constituição da República, será instaurado mediante representação do Procurador-Geral da Justiça, observando-se, no que for aplicável, a legislação federal pertinente.

(...)

Art. 116. (...) se, em município, a intervenção será imediatamente requisitada pelo Presidente do Tribunal ao governador do estado."

É de ressalvar-se que, remetendo a Constituição federal à estadual para a regulação do procedimento interventivo nos municípios, é de questionar-se a validade da Lei n.º 5.778/72, que somente pode ser considerada legítima na medida em que regula o procedimento jurisdicional; ou como fonte supletiva, no caso de lacuna do ordenamento jurídico local, embora a legislação suplementar seja, de ordinário, a estadual em relação à federal (art. 8.º, parágrafo único, da Carta Nacional, com exceção do previsto no art. 177). Questão semelhante, em matéria de *crime de responsabilidade* (Cf. arts. 74 e segs., especialmente art. 79, da Lei n.º 1.079, de 10.4.50; Decreto-lei n.º 201, de 27.2.67, art. 5.º), foi assim tratada pelo Ministro Paulo Brossard, em sua conhecida obra O Impeachment (Porto Alegre, 1965):

"A solução que ao problema do *impeachment* no âmbito dos estados foi dada após 1946, assim pelo Supremo Tribunal Federal, como pela legislação da República, e ainda pela maior parte da doutrina, não se compadece com as normas constitucionais que, no particular, como em tantos outros pontos, não se constituíram inovação, mas reiteração do Direito Constitucional republicano.

Dado que os impropriamente chamados crimes de responsabilidade, enquanto infrações políticas, não são crimes, mas ilícitos de natureza política, como política é a pena a eles cominada, cujos efeitos não extravasam da esfera provincial, nada mais condizente com a lógica das instituições federativas que, no círculo dos estados, o direito local regulasse o *impeachment*.

Do mesmo modo quanto aos municípios."

De qualquer forma, a Lei n.º 5.778/72 estende à hipótese de intervenção estadual nos municípios o disposto, "no que for aplicável, pela Lei n.º 4.337, de 1.º de junho de 1964, excetuado o seu art. 6.º (art. 1.º)".

A Lei n.º 4.337/64, por seu turno, regulava a declaração de inconstitucionalidade, para fins interventivos, contemplada no art. 7.º, VII, da Constituição de

1946 (intervenção federal nos estados-membros), disciplinando a representação, pelo Procurador-Geral da República, perante o Supremo Tribunal Federal, lei essa hoje superada, no particular, pelo Regimento Interno da Suprema Corte (arts. 350 e segs.), tendo em vista o disposto no art. 119, § 3.°, *c*, da Constituição federal.

3. Ainda que aplicados por analogia, os arts. 1.° e 2.° da Lei n° 4.337/64 prevêem, respectivamente, que a formulação da representação pela chefia do Ministério Público pode ser *de ofício* ou mediante *provocação* de qualquer interessado.

Nessa última hipótese, utiliza a lei a expressão "representação que lhe seja dirigida por qualquer interessado", no sentido, exatamente, de *provocação*, de exercício do direito de petição ou de representação, contemplado no art. 153, § 30, da Constituição federal.

Fixou, nesse caso, o art. 2.° o prazo de 30 dias para o procurador-geral atuar, mas sem qualquer sentido, à evidência de imperatividade, de cogência, de automaticidade nessa argüição, mesmo porque a lei, nos mencionados arts. 1.° e 2.°, alude a ter o procurador-geral "conhecimento de ato que infrinja(...)"; e a "se o conhecimento da inconstitucionalidade resultar de representação que lhe seja dirigida por qualquer interessado", o que pressupõe que aquela ocorra, e, por isso, no art. 1.°, emprega a expressão "cabe ao procurador-geral (...) promover"; e, no art. 2.°, "o procurador-geral (...) terá o prazo de 30 dias, a contar do recebimento da representação (do interessado) para apresentar a argüição".

Como se trata de valoração, de aferição jurídica, somente ao procurador-geral — quer na hipótese de auto-iniciativa, quer na de provocação por terceiro — cabe apreciar a legitimidade do ato, segundo seu entendimento técnico.

A lei refere expressamente a *apresentação da argüição* porque — como se vê de sua própria redação, eis que alude a "conhecimento pelo procurador-geral" — pressupõe que o chefe do *Parquet conheça* de *fatos* e os *reconheça*, juridicamente, como hábeis para a promoção da medida judicial.

A redação é semelhante à de qualquer estatuto societário, associativo ou fundacional, ou de qualquer simples convenção de condomínio, quando dizem caber à assembléia-geral ou a algum conselho *aprovar as contas* de outro órgão: evidentemente que está implícito o poder de *não aprovar*.

Verifique-se que a lei usa o mesmo termo *conhecimento*, quer para a atuação *ex-officio*, quer para a *provocada:* ora, seria sem sentido pensar-se em automatismo na primeira hipótese.

4. A margem de apreciação que compete à chefia do Ministério Público é a da valoração da *existência de fato e de direito dos motivos* do *fundamento jurídico*, o que é próprio ao Ministério Público, como *fiscal da lei*.

Do contrário, o terceiro — e a lei não fez qualquer distinção entre particulares, pessoas físicas ou jurídicas, e entidades ou órgãos públicos — é que seria esse fiscal, e o Ministério Público estaria obrigado a encaminhar, sem qualquer triagem, às dezenas de provocações que recebe mensalmente na matéria.

Na interpretação sistemática da lei, vê-se, pelo parágrafo único do seu art. 4.º, que o procurador-geral, na sessão de julgamento, *sustentará a argüição*, o que só poderá fazer se estiver convencido da pertinência da representação.

A Lei n.º 5.778/72, em seu art. 2.º, ainda reforçou a posição do Ministério Público na matéria, pois só mediante requerimento de seu chefe, pode o relator da representação suspender liminarmente o ato.

A preocupação com o afastamento de representações descabidas é tão grande que os Regimentos Internos dos Tribunais (art. 351, II, do RISTF; art. 113, parágrafo único, I, do RITJ-RJ) prevêem que, se o Ministério Público tomar erradamente a iniciativa por má valoração dos fundamentos ou inadequação da via representativa, o Presidente do Tribunal poderá arquivar a representação.

Seria realmente inconcebível que a chefia do Ministério Público estivesse obrigada a encaminhar uma representação incabível, e ver-se sujeita a um indeferimento liminar que já sabia iria ocorrer, o que é a negação mais completa de sua *autonomia funcional*.

É o que, *data venia*, de modo surpreendente, sustenta Paulo Bonavides:[2] "(...) deve o Procurador-Geral da República encaminhar a representação, ainda que com parecer contrário, de sorte que, em assim procedendo, não subtrairá a matéria, argüida de inconstitucionalidade, ao conhecimento da Corte, e esta, se entender que há no caso representação sem titular, determinará o seu arquivamento."

Desse modo, melhor seria que o terceiro fizesse a sua provocação diretamente ao Tribunal, do que o procurador-geral passar por situação tão vexatória.

Como se viu, a lei não distingue entre qualquer tipo de interessado, de terceiro, não sendo assim a chefia do *Parquet* uma simples *encaminhadora de representações*.

Pela própria leitura do art. 350 do Regimento Interno do STF, verifica-se que a requisição, por esse, ao Presidente da República, de intervenção em estado-membro, é que depende, especificamente, da representação do Procurador-Geral da República (inc. IV), nos casos da alínea *c*, do § 1.º do art. 11 da Constituição federal (exatamente as hipóteses que nos interessam *in casu*), não podendo ser feita *de ofício* nem *a pedido* de terceiros, ao contrário do que ocorre nas demais hipóteses (incisos I a III do art. 350).

[2] Bonavides, Paulo. *Direito constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1986. p. 265.

A automaticidade na atuação da chefia do *Parquet* levaria, ou a uma iniciativa *de ofício* travestida do Tribunal, ou ao reconhecimento da capacidade da iniciativa a terceiros, o que não tem cabimento.

O mesmo sistema foi adotado pelo Regimento Interno do Tribunal de Justiça fluminense, em seus arts. 111 e 112.

Distingue-se bem entre os casos de atuação de ofício do Tribunal de Justiça; representação por qualquer de seus membros, de outros Tribunais, de juízes de primeiro grau, bem como de requerimento do Ministério Público ou da parte interessada, quando se trata de pedido de intervenção federal para as hipóteses que não estão em jogo no momento; e nos casos de intervenção do estado nos seus municípios — todos eles —, o pedido do Tribunal ao governador dependerá sempre da representação do Procurador-Geral da Justiça (art. 112).

5. O Regimento Interno do STF previa, inicialmente, que o procurador-geral poderia encaminhar a representação com parecer contrário — o que era um contra-senso — mas tal disposição foi revogada.

Diferente é ser indisponível a ação ou a representação, não poder dela desistir o Ministério Público, ou, após o contraditório, concluir por sua improcedência e opinar contrariamente (cf. parágrafo único do art. 169 do Regimento Interno do STF).

É de citar-se, ainda assim, a opinião sempre abalizada de Sergio Ferraz, eminente jurista e ex-Presidente do Instituto dos Advogados Brasileiros, que defende com brilhantismo a tese da viabilidade da desistência:

"Há os que sustentam ser ela impossível, traçando analogia entre a ação declaratória e a ação penal pública. Nessa enganosa esteira, afirmam que, após formular a argüição, não mais tem o Procurador-Geral da República a possibilidade de subtraí-la a uma decisão. A ação, por sua natureza e finalidade, não mais lhe pertenceria, incorporando-se à atividade necessária e inevitável do Supremo Tribunal Federal. Tal como na ação penal, em que a sociedade tem interesse impostergável em que seja pronunciada uma sentença, na argüição de inconstitucionalidade tal interesse também seria irremovível pela relevância inegável de que se reveste o controle da constitucionalidade. O equívoco, contudo, parece-nos manifesto. Em primeiro lugar importa ele num desconhecimento da estrutura processual da ação declaratória de inconstitucionalidade, em que o procurador-geral assume efetivamente a posição de autor, com todos os ônus e atributos daí decorrentes. Inclusive, como já assentou a melhor doutrina, não tem ele qualquer obrigação de ajuizá-la quando, *motu proprio* ou por iniciativa de terceiro, vem a tomar conhecimento da prática de ato ou expedição de norma possivelmente inconstitucional. Ademais, conquanto possa entre elas haver alguma semelhança, são contudo inconfundíveis a argüição e a ação penal pública. Essa

última envolve matéria de interesse exclusivo e inapartável da sociedade e da justiça. Já a argüição, a par do relevante problema jurídico da constitucionalidade, tem em seu bojo palpitante questão de conveniência política, como pressuposto necessário que é do ato eminentemente político de intervenção nos estados-membros. Essa nova consideração já evidencia a importância que, na prática, pode assumir a possibilidade de desistência, que não pode ser truncada sob pena de sérios gravames à própria ordem institucional. Ademais, sempre poderá a dúvida ser levada ao Supremo, em casos concretos."

6. É mister lembrar que a Constituição do Estado do Rio de Janeiro é daquelas que prevêm, além da *representação interventiva*, a *representação sobre a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo municipal em tese* (arts. 79, parágrafo único, e 112, VIII, *f*).

Inexistem normas constitucionais ou legais da União sobre a matéria. O Regimento Interno do Tribunal de Justiça fluminense regula-a procedimentalmente nos seus arts. 105 a 110.

A representação não-interventiva por inconstitucionalidade de norma em tese é mais ampla do que a interventiva, sob o aspecto de que a primeira pode ter por *causa petendi* a afronta a qualquer disposição constitucional, enquanto a segunda apenas pode lastrear-se na vulneração dos chamados *princípios constitucionais sensíveis.*

Inexiste, outrossim, controle em tese, por via de ação direta, da norma estadual com relação à Constituição local, nem tampouco da regra jurídica municipal com referência à Constituição federal: em ambos os casos, nem por atuação do Ministério Público federal, nem pela do *Parquet* estadual.

No que diz mais de perto com a presente questão, é pacífica a jurisprudência do Colendo Supremo Tribunal Federal:

"Declarada a inconstitucionalidade dos dispositivos da Constituição do Estado de São Paulo, que atribuem ao Tribunal de Justiça competência para julgar ação direta não-interventiva de inconstitucionalidade de lei municipal em face da Carta Magna da República, por não existir essa ação no ordenamento jurídico brasileiro, despiciendo é decidir acerca da disputa entre o Procurador-Geral do Estado e o Procurador-Geral da Justiça sobre qual deles teria legitimidade ativa para a propositura da pretensa ação. Embargos declaratórios rejeitados" (RE n.º 93.088-4, SP. Rel. Min. Soares Muños; *DJ* de 11.9.81. p. 8.791).

Nem mesmo na representação não-interventiva, sobre lei ou ato normativo municipal em tese, há previsão de compulsoriedade da atuação do Procurador-Geral da Justiça: o parágrafo único do art. 79 da Constituição do estado (inexistem normas federais, constitucionais ou legais, a respeito) é expresso em atribuir a competência ao chefe do *Parquet*, "por iniciativa própria ou mediante provoca-

ção do governador, de prefeito ou de presidente da Câmara Municipal interessada".

Provocação é o termo para a *notitia facti*, com a criação da obrigação de o procurador-geral examinar o caso e deliberar, mas não, automaticamente, encaminhar a representação, pois que ele é o *fiscal da lei.*

Aliás, é o que acontece, reiteradamente, na vivência diária do Ministério Público: o arquivamento de representações, ainda que diante da provocação das citadas autoridades.

7. As hipóteses enumeradas no art. 15, § 3.°, *d*, da Constituição federal, são: a) garantia da observância dos princípios indicados na Constituição estadual; b) promoção da execução de lei; c) promoção da execução de ordem ou decisão judiciária.

Esses casos correspondem, *mutatis mutandis*, aos contemplados, em matéria de intervenção federal nos estados-membros, no item VII do art. 10 da Constituição federal para a letra *a* do parágrafo anterior; e no art. 10, VI, para as letras *b* e *c* correspondentes.

Interessam-nos, *in casu*, as hipóteses das letras *a* e *b*.

Para a intervenção federal, igualmente a Constituição federal estabelece como pressuposto da decretação da intervenção, pelo Presidente da República, nas duas hipóteses em tela, o provimento, pelo Supremo Tribunal Federal, de representação formulada pelo Procurador-Geral da República (art. 11, § 1.°, *c*).

8. O primeiro caso é o da representação para fins interventivos, para decretação de inconstitucionalidade de ato que infrinja os denominados *princípios constitucionais sensíveis* e não qualquer princípio constitucional.

Aqueles têm de ser específica e taxativamente enumerados.[3]

O art. 10, VII, faz tal enumeração, no que toca à intervenção federal nos estados, e sobre o respectivo processo é que dispuseram originariamente, ainda na vigência da Carta de 1946, a Lei n.° 2.271, de 22 de julho de 1984 e a Lei n.° 4.327, de 1.° de junho de 1964; e hoje o fazem os arts. 350, IV, e 351 a 354 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

É a *ação direta de decretação* (ou para alguns *declaração) de inconstitucionalidade da norma em tese para fins interventivos*, sendo o tema da inconstitucionalidade *quaestio iuris principalis.*

Foi inovação da Constituição de 1946 (art. 8.°, parágrafo único), eis que, até então o sistema vigente somente admitia a apreciação de inconstitucionalidade *incidenter tantum*, como *quaestio iuris praejudicialis.*[4]

[3] Pontes de Miranda. *Comentários à Constituição de 1967, com a Emenda n.° 1, de 1969*. 2. ed. São Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 1970. v. 2, p. 230.

[4] Buzaid, Alfredo. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo, Saraiva, 1958. p. 95.

9. Desde logo, discutiu-se a natureza jurídica do poder do procurador-geral.

A Carta de 46, no seu art. 8.º, parágrafo único, dizia:

"No caso do n.º VII, o ato argüido de inconstitucionalidade será submetido pelo Procurador-Geral da República ao exame do Supremo Tribunal Federal, e, se este a declarar, será decretada a intervenção."

Não falava de *representação*, como tampouco o fazia a Lei n.º 2.271/54, tendo cabido a Pontes de Miranda tal caracterização.[5]

Alfredo Buzaid, ilustre jurista e ex-Ministro da Justiça, autor do Anteprojeto do Código de Processo Civil (op. cit., p. 104), qualificou-o, desde logo, como *direito de ação*, tendo a Constituição federal e a lei citada determinado a *"legitimidade* do órgão agente e do órgão judicante, conferindo ao primeiro o *poder de requerer* e impondo ao segundo o *dever de decidir* sobre a inconstitucionalidade do ato".

Classificou, posteriormente, Pontes a *representação* como *remédio jurídico processual — ação* de direito processual veiculador da ação constitutiva negativa por inconstitucionalidade.[6]

Nos seus *Comentários* à Constituição vigente[7] explicou com precisão que, efetivamente, "sobreveio a criação de ação de representação ao Supremo Tribunal Federal, conforme a Lei n.º 2.271, de 22 de julho de 1954, a que se seguiu a Lei n.º 4.337, de 1.º de junho de 1964(...). A técnica legislativa(...) criou ação onde não havia, e isso ocorreu com a ação constitutiva negativa, dita ação de representação".

9.1 A representação interventiva também é *ação.*

José Carlos Barbosa Moreira,[8] um dos maiores processualistas do atual direito pátrio, é enfático: o poder da chefia do Ministério Público se traduz "mediante uma verdadeira ação" que "dá lugar à constituição de uma espécie de relação jurídica, o *processo*".

O Judiciário não tem por função, no caso, responder a uma consulta, mas decidir uma questão concreta (Buzaid, op. cit., p. 107).

O Ministro Prado Kelly formulou acertada afirmativa (*RTJ*, 46:352), válida também para os Tribunais de Justiça:

"O Supremo Tribunal Federal, desde os seus primeiros julgados, recusou a função de órgão consultivo no tocante à constitucionalidade das leis."

[5] Pontes de Miranda. *Comentários à Constituição de 1946.* 2. ed. São Paulo, Max Limonad, 1953. v 1, p. 488.
[6] Pontes de Miranda. *Comentário à Constituição de 1967...* op. cit. v. 4, p. 43-4.
[7] Id. ibid. v. 2, p. 254 e segs.
[8] Moreira, José Carlos Barbosa. As partes na ação declaratória de inconstitucionalidade. *Revista de Direito da PGE-GB*, v. 13, p. 68

O procurador-geral é, pois, o *dominus litis*, podendo agir *motu proprio* ou mediante *provocação*.

9.2 Já naquela época, reconhecia-se a não-automaticidade da atuação da chefia do Ministério Público na hipótese, mesmo diante dos termos da Lei n.º 2.271/54, que assim dispunha:

"Art. 1.º Cabe ao Procurador-Geral da República, toda vez que tiver conhecimento da existência de ato que infrinja algum dos preceitos assegurados no art. 7.º, inc. VII, da Constituição Federal, submeter o mesmo ao exame do Supremo Tribunal Federal.

Parágrafo único. Havendo representação de parte interessada, a qual deverá ser em duas vias, o ato argüido de inconstitucionalidade será submetido pelo Procurador-Geral da República ao Supremo Tribunal Federal, dentro de 90 dias, a partir do seu recebimento.

Art. 2.º Nesse prazo, por 45 dias improrrogáveis, contados da comunicação da respectiva assinatura, o Procurador-Geral da República ouvirá sobre as razões da impugnação do ato, os órgãos que o tiverem elaborado ou expedido.

Art. 3.º A falta, ou retardamento, da manifestação dos órgãos em apreço, não prejudicará a observância do prazo constante do parágrafo único do art. 1.º desta lei.

A propósito lecionou Buzaid (op. cit. p. 109/110):

"Um exame superficial pode levar a crer que o procurador, havendo representação da parte interessada, deva sempre e necessariamente argüir a inconstitucionalidade. Mas essa interpretação não se compadece com a natureza de sua função. O Procurador-Geral da República só deve argüir 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 argüido é inconstitucional, proporá a ação; em caso contrário, determinará o arquivamento."

A Lei n.º 4.337/64 alterou a sistemática da atuação da Procuradoria-Geral, tornando mais clara a não-compulsoriedade daquela:

"Art. 1.º Cabe ao Procurador-Geral da República, ao ter conhecimento de ato dos poderes estaduais que infrinja qualquer dos princípios estatuídos no art. 7.º, inc. VII, da Constituição Federal, promover a declaração de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

Art. 2.º Se o conhecimento da inconstitucionalidade resultar de representação que lhe seja dirigida por qualquer interessado, o Procurador-Geral da República

terá o prazo de 30 dias, a contar do recebimento da representação, para apresentar a argüição perante o Supremo Tribunal Federal."

José Luiz de Anhaia Mello sustenta peremptoriamente:

"Somente o procurador pode ser sujeito ativo da ação, por si ou provocado, mas sempre como agente impulsionador e titular do procedimento.

Essa via extraordinária, não a pode seguir o particular e nem mesmo o poder público, a não ser por via do representante do Ministério Público federal.

Devem as partes interessadas dar conhecimento das possíveis inconstitucionalidades ao Procurador-Geral da República, o qual, se assim entender, submeterá o ato, ou atos, ao Supremo Tribunal Federal.

Essa atividade do Procurador-Geral não é meramente decorativa e sem maior significado, pois não é ele simples encaminhador.

O chefe do Ministério Público Federal opina e submete. O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, não fica adstrito à opinião do procurador, o que seria ilógico, pois se daria ao primeiro uma posição que estaria acima do Tribunal que é o Supremo.

Pode o Supremo Tribunal examinar toda a matéria; necessário é que o mesmo lhe seja submetida.

Se o procurador-geral não submeter a questão ao Supremo Tribunal, por entendê-la constitucional em face da omissão da lei, afigura-se-nos que o assunto estará arquivado."[9]

José Celso de Mello Filho sustenta:[10]

"O PGR não está obrigado nem pode ser compelido a ajuizar, perante o STF, a ação direta de declaração de inconstitucionalidade. Em conseqüência, torna-se perfeitamente lícito ao PGR determinar o arquivamento de qualquer representação que lhe tenha sido dirigida. O PGR atua discricionariamente. Nesse sentido: *RTJ*, 98/3, 48/156, 100/1.013, 100/954, 100/1."

José Carlos Barbosa Moreira, em seu lúcido e substancioso trabalho já citado,[11] após argumentar que, no caso, tal como na ação penal, o Ministério Público não é substituto processual, mas parte, quer *em sentido formal*, quer *em sentido material*, deduzindo em juízo, não *pretensão alheia, senão própria*,[12] conclui de maneira definitiva:

[9] Mello, José Luiz de Anhaia. *Da separação dos pobres à guarda da Constituição*. São Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 1968. p. 193; ———. *Os princípios constitucionais e sua proteção*. São Paulo, 1966. p. 24.
[10] Mello Filho, José Celso de. *Constituição Federal anotada*. 2. ed. São Paulo, Saraiva, 1986. p. 334.
[11] Moreira, José Carlos Barbosa. As partes na ação declaratória ... cit. v. 13, p. 67 e segs.
[12] Id. ibid., p. 75-6.

"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 de 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.

Não se objete que assim se deixaria ao desamparo eventuais direitos subjetivos de terceiros, vulnerados pelo ato estadual. Os titulares desse direito terão sempre a possibilidade de reclamá-los através de outro remédio judicial, em ação própria, onde a inconstitucionalidade do ato poderá ser reconhecida *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 desse tipo. Se o legislador constituinte quisesse facultar, a qualquer do povo, a provocação de julgamento em tese sobre a constitucionalidade ou 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 argüição 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 do interessado e já na sua vigência, a doutrina predominante opinava no sentido de não ser obrigatória a argüição.

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 projeto 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 dias, a contar do recebimento da representação, para apresentar a argüição 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 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 argüição. 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 aquele poder de disponibilidade acima referido, mostra-o, aliás, o texto mesmo do Projeto primitivo, traçado por mão sabidamente afeita ao trato da matéria jurídica" (p. 76-8).

No concernente à natureza e ao valor da provocação, por terceiro, da chefia do *Parquet*, assim doutrina o insigne processualista contemporâneo:

"(...) 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 representação contra ato estadual tido como infringente de qualquer dos princípios insculpidos no art. 7.º, VII, da Carta de 46. Sua participação é de todo em todo acidental, até porque o procurador-geral pode agir *motu proprio*, sem necessidade de provocação alguma (Lei n.º 2.771, art. 1.º, 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 este fica reservada, com exclusividade, a iniciativa da propositura. Ao signatário da representação jamais será lícito, por exemplo, propor a ação ele 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 intenta 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 vezes 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 autoridade, 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 '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 casos 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 (p. 68-9).

É a mesma a opinião de outro eminente processualista, Celso Agricola Barbi,[13] do ilustrado membro do Ministério Público Walter Theodósio,[14] e de Sérgio Ferraz.[15]

O primeiro ensina:

"Segundo a legislação citada, a legitimação para promover essa declaração de inconstitucionalidade é privativa do Procurador-Geral da República, o qual deverá fazê-lo quando tiver conhecimento de ato dos poderes estaduais que infrinjam o art. 7.º, n.º VII, da Constituição federal.

Todavia, qualquer interessado poderá representar ao procurador-geral para que este promova a argüição, hipótese em que ele terá o prazo de 30 dias, a contar do recebimento da representação, para apresentar a argüição. Evidentemente, deve-se entender que o procurador-geral poderá não apresentar a argüição, se entender que não existe infração daquele artigo."[16]

[13] Barbi, Celso Agrícola. Evolução do controle da constitucionalidade das leis no Brasil. *Revista de Direito Público*, v. 4, p. 34 e segs.
[14] Theodosio, Walter. Da declaração de inconstitucionalidade de lei. *Justitia*, v. 118, p. 97 e segs.
[15] Ferraz, Sergio. Contencioso constitucional. *Revista de Direito da PGE-GB*, v. 20. p. 210.
[16] Barbi, Celso Agricola. Evolução de controle da constitucionalidade... cit. p. 40.

O segundo é taxativo no afirmar que inexistem dúvidas de que o Procurador-Geral da República não poderá ser compelido a submeter ao Supremo Tribunal Federal a representação em foco(...). O pensamento jurisprudencial do excelso Pretório é no caminho da disponibilidade, ficando discricionariamente ao Procurador-Geral da República, a decisão de apresentar, ou não, a representação.[17]

O último afirma:

"(...) o procurador-geral assume, efetivamente, a posição de autor, com todos os ônus e atributos daí decorrentes, inclusive, como já assentou a melhor doutrina, não tem ele qualquer obrigação de ajuizá-la, quando, *motu proprio* ou por iniciativa de terceiro, vem a tomar conhecimento da prática de ato ou expedição de normas possivelmente inconstitucional."[18]

Na mesma linha, João de Oliveira Filho:[19]

"O chefe do Ministério Público local tanto poderá ter a iniciativa da representação de ofício, como poderá ser ela provocada pelo interessado ou por terceiro, seguindo-se o processo estabelecido na Lei Federal n.º 2.771, de 22 de julho de 1954, e nos Regimentos Internos dos Tribunais de Justiça. O chefe do Ministério Público poderá arquivar a representação."

Ronaldo Poletti é incisivo a respeito:[20]

"Tem-se entendido que aquele chefe do Ministério Público é o senhor absoluto da ação direta, o *dominus litis*, cuja vontade condicionaria, com primazia absoluta, o exercício e a titularidade do direito de ação. Cabe a ele, e a mais ninguém, a iniciativa de representar perante o Supremo sobre a inconstitucionalidade de lei. A solução da titularidade absoluta, logo exclusiva, se ampara não somente na técnica processual constitucional, como em razões de ordem prática, uma vez que o chefe do *Parquet* não teria condições materiais, sob pena de não cuidar de outra coisa, se representasse ao Supremo todas as reclamações de particulares contra leis em tese, acoimadas por eles de inconstitucionais. Além disso, se tal prática fosse estabelecida, uma série de questões menores, sem qualqur juízo preliminar de admissibilidade, seria colocada perante o mais alto Tribunal do país, aumentando-lhe consideravelmente a pauta de trabalhos."

(...)

"Afinal, a representação é do procurador-geral, nos termos da Constituição. E as normas jurídicas, ainda mais as presentes na Constituição, não são boas ou

[17] Theodosio, Walter. Da declaração de inconstitucionalidade... cit. p. 115.
[18] Ferraz, Sergio. Contencioso constitucional. cit. p. 218.
[19] Oliveira Filho, João de. *Quer conhecer a Constituição?* Rio de Janeiro, Forense, 1974. p. 101-2.
[20] Poletti, Ronaldo. *Controle da constitucionalidade das leis*. Rio de Janeiro, Forense, 1985. p. 156 e segs.

más, são instrumentos para a convivência social, vale dizer, jurídica. Não se dirá injurídica a situação de fazer depender da vontade discricionária de um titular de um cargo, inobstante relevante, um exame pelo Supremo da questão da adequação de uma norma legal à Constituição. Não é verdade que essa conclusão — a de o procurador-geral ser o titular absoluto da ação — implicaria sonegar ao Supremo Tribunal o exame de grave questão constitucional. O fato de o procurador-geral não assumir a representação por inconstitucionalidade, deixando de propor a ação direta, não significa que o assunto da compatibilidade de norma com a Constituição não venha a ser examinado pelo Judiciário noutros processos, através de apreciação incidental provocada pela exceção oposta como matéria de defesa."

(...)

"A representação de inconstitucionalidade de lei, pelo Procurador-Geral da República, é privativa dele. Assim tem decidido, reiteradamente, o Supremo Tribunal.

O procurador-geral é o *dominus litis* da ação direta para a declaração, em tese, de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual. É inadmissível a propositura direta dessa ação pelo interessado eventual nessa inconstitucionalidade. Em conseqüência, qualquer petição objetivando a declaração de inconstitucionalidade de dispositivos legais, por haver o procurador-geral determinado o arquivamento de representação com igual objetivo.

Cabe ao Procurador-Geral da República decidir da conveniência, ou não, do atendimento das representações que lhe forem dirigidas com esse objetivo.

Por outro lado, não pode o representante vir diretamente ao colendo Supremo Tribunal pleitear a declaração de inconstitucionalidade, já que lhe falta legitimidade para propor diretamente esse tipo de ação."

Eduardo Seabra Fagundes, ex-Presidente da OAB e do IAB, Procurador-Geral do Estado e Secretário de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em voto proferido como Conselheiro da Ordem dos Advogados do Brasil, no Processo n.º 1.336/71, sustentou que, se o Procurador-Geral é titular exclusivo do direito de ação, "há de ter liberdade para decidir quando deve intentá-la ou não. Não se pode admitir, sem a infringência do texto constitucional, que ele esteja obrigado a ajuizar a representação sempre que isso lhe seja solicitado. Concluir em sentido contrário importaria em reduzir a nada a privatividade da ação estabelecida na Lei Maior".

Cabe a ele exercer com plenitude a sua competência discricionária como titular da representação. É ele o juiz da conveniência ou não do seu ajuizamento, mesmo porque "nem teria lógica que o constituinte dispusesse como dispôs, apenas para transformar o procurador em simples veículo da representação de qualquer do povo; um mero encaminhador de papéis ou protocolista do Tribunal para certo tipo de ação".

9.3 O verbete n.º 614 da súmula do egrégio Supremo Tribunal Federal tem o seguinte enunciado:

"Somente o Procurador-Geral da Justiça tem legitimidade para propor ação direta interventiva por inconstitucionalidade de lei municipal."

Por tudo isso, consagrando, na hipótese, o princípio da discrição privativa do procurador-geral, alinha-se a iterativa jurisprudência do excelso Pretório, como se vê das ementas de acórdãos abaixo transcritas:

1) "A representação de inconstitucionalidade de lei, pelo Procurador-Geral da República, é decisão privativa dele.

Não há direito líquido e certo, amparável por mandado de segurança, a quem requer do procurador-geral representação por inconstitucionalidade de lei, mas vê indeferida essa pretensão.

Agravo Regimental em mandado de segurança a que se nega provimento" MS n.º 20.294 — AgRg — BA — Tribunal Pleno, in *RTJ*, 100:1.013);

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

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

Petição indeferida" (Petição n.º 66 — DF — Tribunal Pleno, in *RTJ*, 100:1);

3) "Reclamação movida pelo presidente da OAB — Seção do Estado do Rio de Janeiro, contra o Procurador-Geral da República.

O titular da representação de inconstitucionalidade, o Procurador-Geral da República, conforme dispõe o art. 119, inc. I, letra *l*, da Constituição federal bem assim o art. 169 do novo Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal. Destarte, na qualidade de seu titular, tem a faculdade de oferecer a representação ou arquivá-la.

Ao interessado fica a via processual comum para argüição de inconstitucionalidade, diante do caso concreto.

Improcedência da reclamação (Reclamação n.º 121 — RJ — Tribunal Pleno, in *RTJ*, 100:954).

Ao prolatar seu voto na reclamação acima referida, o Ministro Djaci Falcão assim se pronunciou: "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" (*RTJ*, 100:961).

10. Sabemos que há eméritos doutrinadores que são contrários à *discricionariedade* da chefia do *Parquet*: Themístocles Brandão Cavalcanti;[21] Oswaldo Aranha Bandeira de Mello;[22] José Afonso da Silva.[23]

Admitem esses autores, no entanto, o arquivamento, no caso de inépcia da provocação de terceiro.

Outrossim, defenderam a posição de que, não concordando com a representação de terceiro, o procurador-geral opinaria contrariamente ao pedido, mas a encaminharia, de qualquer modo, ao Tribunal. O próprio Anhaia Mello[24] considera essa atitude prudente.

Themístocles Brandão Cavalcanti cita, no entanto, o acurado voto do Ministro Edgar Costa, contrário a tal orientação.[25]

"A representação seria, assim, cabível se a questão submetida ao Tribunal fosse posta sob a alegação, ou argüição, peremptória da inconstitucionalidade do dispositivo; mas, ao que se mostra da representação, o seu fundamento é a dúvida que a respeito da constitucionalidade do mesmo dispositivo — levantada pelo interventor federal e por uma das correntes políticas do Estado — endossou em nome do Governo federal, o Sr. Ministro da Justiça, tornando 'vacilante' a deliberação a tomar no expedir àquele interventor as instruções que solicitou sobre a transferência do governo do estado ao Presidente da Assembléia. Como acentua o eminente Sr. Ministro Relator, a representação traduz antes perplexidades e incertezas, que opugnação, a vilta de inconstitucionalidade não é argüida clara e abertamento por nenhuma das autoridades, inclusive pelo eminente Dr. Procurador-Geral, que, ao invés, reputa perfeitamente constitucional o dispositivo em causa. Ora, na dúvida, não se deve concluir pela inconstitucionalidade; essa, a norma a seguir na aplicação da lei.

A representação tem, assim, não apenas a aparência, mas incontestável caráter de consulta do que propriamente provocação de um julgamento pelo Tribunal sobre inconstitucionalidade argüida. A solução à consulta será um parecer, uma opinião a que o consulente não está obrigado; a representação a que se refere o art. 8.°, parágrafo único, da Constituição, implica decisão do Tribunal, de execução compulsória pelo Executivo.

11. Relevante é o fato de que o regimento anterior, do STF, em seu art. 174, § 1.°, ensejava que, "provocado por autoridade ou por terceiro, para exercitar

[21] Cavalcanti, Themístocles Brandão. *Do controle da constitucionalidade*. Rio de Janeiro, Forense, 1966. p. 155 e segs.
[22] Mello, Oswaldo Aranha Bandeira de. *A teoria das constituições rígidas*. 2. ed. São Paulo, José Bushatsky, 1980.
[23] Silva, José Afonso da. Jurisdição constitucional. In: *O direito na década de 80*. São Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 1985, p. 231.
[24] Mello, J. L. de Anhaia. op. cit. p. 193-4.
[25] Cavalcanti, Themístocles Brandão. op. cit. p. 117.

a iniciativa neste artigo, o procurador-geral, entendendo improcedente a fundamentação da súplica", poderia "encaminhá-la com parecer contrário", regra que foi abolida no atual regimento.

Com efeito, tratando-se de *ação*, o esquema aventado corresponderia a uma *ação* sem *pedido*.

Por outro lado, a função do Tribunal "não é responder a uma consulta; é decidir um caso".[26]

Poletti é veemente:[27]

"O direito de ação exercitável pelo procurador-geral é intransferível. Encaminhar a representação com parecer contrário equivaleria transferir a terceiro a titularidade ativa que recebeu na qualidade de repesentante da União. Somente pode encaminhar a representação ao Supremo, quando estiver de acordo com a inconstitucionalidade suscitada. No direito comparado, tem-se o exemplo do Conselho Constitucional francês, perante o qual não atuam os cidadãos, mas apenas os chefes dos Poderes Executivo e Legislativo. O mesmo acontece no caso brasileiro."

12. Costuma citar-se Pontes de Miranda como favorável à tese da obrigatoriedade cega, com a citação de trecho seu, constante da p. 44 do vol. IV de sua obra já citada.

Ali comenta ele a *ação de representação não-interventiva* (art. 119, I, *l*, da Constituição Federal).

Quando trata da *ação de representação interventiva*,[28] mostra que o que é representação no art. 2.º da Lei n.º 4.337/64, é *reclamação* contra ato local, "que o Procurador-Geral da República faz sua, ou não a faz sua, representando, ou não, ao Supremo Tribunal Federal". A lei ainda *exigiu* como pressuposto do conhecimento da reclamação o *interesse* do reclamante, não se tendo criado, de modo nenhum, *actio popularis*.

"A pessoa que se disse interessada", e não foi assim tida pela chefia do Ministério Público, "que lance mão de outra ação, ou das ações que tenha. O Procurador-Geral da República somente é adstrito a representar se recebeu ofício do presidente da República, com intuito de decretação da intervenção. O seu dever, nos demais casos, é o dever que decorre das suas funções", dentro da concepção de que o Ministério Público Federal "é órgão da União, não só a representa, *presenta-a*, como órgão que é".

[26] Buzaid, Alfredo. op. cit. p. 107.
[27] Poletti, Ronaldo. op. cit. p. 154.
[28] Pontes de Miranda. *Comentários à Constituição de 1967*... op. cit. v. 2, p. 256.

Se déssemos à União, ou a órgão dessa, o poder de deflagrar o processo interventivo em município, a subversão constitucional seria completa, tanto que só foi possível no período de exceção recém-findo (AI n.º 5, art. 3.º).

13. E nem se diga que, bastando a suspensão do ato impugnado, não se trata de intervenção: é aquela uma das espécies de intervenção, feita por ato do governador do estado, que vai atingir um ato do governo municipal. A intervenção limita-se a isso, mas é intervenção (art. 15, § 3.º, *d*), e, além disso, só o governador poderia dizer que tal ato bastaria.

Gozando o estado-membro de *autonomia* consistente nas capacidades de auto-organização e de autogoverno (art. 13, Constituição federal); e o município de *autonomia* política, *administrativa e financeira* (art. 15 da Constituição federal e art. 160 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro), a intervenção é sempre uma medida excepcional, justificável, tão-somente, em casos de extrema gravidade.[29]

Diferente é a *ação de representação não-interventiva*, em que o Poder Judiciário está exercendo função jurisdicional ordinária.

O município brasileiro tem identidade constitucional, tem posição, autonomia competência perfeitamente configuradas na Constituição federal (art. 15).

José Afonso da Silva[30] salienta o caráter de *ato político* da intervenção, *punctum dolens* do Estado federal, "a antítese da autonomia", afastada temporariamente. Daí, "decorre que a intervenção é medida excepcional, e só há de ocorrer nos casos taxativamente estabelecidos": exceção ao *princípio da não-intervenção*. "A União não intervirá nos estados, *salvo* para (...); a intervenção nos municípios (...) somente podendo ocorrer."

Demonstra Barbosa Moreira, *ex abundantia*, que, exatamente, a chefia do MP, como órgão da União — e no que nos interessa, do estado-membro — foi escolhido pela Constituição federal para encarná-la e julgar, em termos de deflagração do processo interventivo, do seu interesse específico de intervenção, o que se justifica plenamente, porquanto estão em jogo questões jurídicas, é o órgão de cúpula de cada uma das entidades federativas no exercício do velamento da ordem jurídica. A escolha do constituinte não foi, assim, caprichosa, ilógica ou arbitrária:

"Seja-nos permitido recorrer a um símile, para melhor aclarar este ponto. No campo do direito processual penal — mesmo depois de superadas as antigas

[29] Id. ibid. v. 2, p. 191.
[30] Silva, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 3. ed., São Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 1985. p. 66-7.

BIBLIOTECA MARIO HENRIQUE SIMONSEN
FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS

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 judicium deducta*, sendo o estado, e só ele, 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.

É evidente a analogia entre essa questão e a de que aqui se trata. Ao argüir perante o Supremo Tribunal Federal a inconstitucionalidade 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 — deste 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.*"

Em nota de rodapé, cita a lição de Pontes de Miranda, que considera *exatíssima:* "posto 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*".[31]

14. O certo é que o que não pode o chefe do Ministério Público fazer é quedar-se inerte, deixar de atuar: no prazo de 30 dias — que, diante da omissão da Constituição estadual (competente para regular a matéria), deve prevalecer nos termos do disposto no art. 58, VI, do Decreto estadual n.º 2.030, de 11.8.78, e do art. 2.º da Lei n.º 4.337/64 — quer se tenha a provocação de terceiro como *representação* (forma de controle popular, art. 153, § 30, da Constituição federal), quer como *reclamação*, deverá o procurador-geral propor a ação de representação ou arquivar a provocação.

[31] Moreira, J. C. Barbosa. op. cit. p. 73.

15. Alguns outros autores, como Celso Bastos[32] e Michel Temer[33] fazem uma distinção.

Diz o segundo autor referido, embora advertindo em nota de rodapé que a "posição do STF — convém lembrar — é a de que o Procurador-Geral da República somente encaminhará as representações contra atos normativos que, desde logo, entenda inconstitucionais":

"A nosso ver, a razão está com essa doutrina, cuja síntese é a seguinte:

a) o Procurador-Geral da República é titular da ação direta de declaração de inconstitucionalidade;

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

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

Essa posição é, no entanto, manifestamente cerebrina, se tomada *de lege lata*, só sendo defensável *de lege ferenda*.

E é esse, efetivamente, o sentido da argumentação desses autores.

Celso Bastos, em verdade, cita, expressamente[34] o Projeto de lei n.º 83, de 1971, encaminhado ao Senado Federal, em 17.9.71, pelo então Senador Franco Montoro, alterando o art. 2.º da Lei n.º 4.337/64, que assim passaria a dispor:

"§ 1.º Quando se tratar de representação oriunda de pessoa jurídica de direito público interno, não poderá o Sr. Procurador-Geral da República deixar de encaminhá-la ao Supremo Tribunal Federal, sob pena de responsabilidade.

§ 2.º Na hipótese de representação oriunda de pessoa física ou de pessoa jurídica de direito privado, o Procurador-Geral da República, no prazo previsto neste artigo, fará seu encaminhamento ao Supremo Tribunal Federal ou determinará o seu arquivamento.

§ 3.º Verificando-se o arquivamento, na forma do § 2.º deste artigo, caberá reclamação ao plenário do Supremo Tribunal Federal, que conhecerá da mesma, se a representação tiver fundamentação jurídica válida, avocando, neste caso, o processo para julgamento na forma desta lei."

[32] Bastos, Celso. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo, Saraiva, 1984. p. 68 e segs; ———. Perfil constitucional da ação direta de declaração de inconstitucionalidade. *RDP*, v. 22, p. 78 e segs.
[33] Temer, Michel. *Elementos de direito constitucional*. São Paulo, Ed. Rev. dos Tribunais, 1982. p. 34.
[34] Bastos, Celso. op. cit. p. 74. nota de rodapé.

Ora, como se lê, de modo expresso, no trabalho do Prof. Arnoldo Wald,[35] o projeto se justificava exatamente porque o direito vigente não admite tais distinções.

Nesse sentido — e foi essa a opinião manifestada igualmente por Wald — o opinamento de Seabra Fagundes:[36]

"1.º) Frente ao texto da Constituição vigente, da Lei n.º 4.337 e do art. 174 do Regimento Interno do Supremo Tribunal, o Procurador-Geral da República tem ampla liberdade para decidir acerca da conveniência e oportunidade de ajuizar a representação por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, não comportando o controle jurisdicional a sua decisão de não representar.

2.º) Impõe-se a alteração dos textos vigentes a fim de que o procurador-geral não tenha esse poder incontrastável de impedir o exame, pelo Supremo Tribunal Federal, de quaisquer argüições de inconstitucionalidade *in abstracto*, ainda quando tal exame seja de interesse público.

3.º) A redução do poder atualmente conferido ao Procurador-Geral da República pode ser levada a efeito sem necessidade de emenda à Constituição, mediante edição de lei ordinária, modificativa da Lei n.º 4.337, de 1.º de junho de 1964, na qual sejam estabelecidas as hipóteses de indisponibilidade da ação direta declaratória de inconstitucionalidade."

A modificação por via ordinária não vingou, e teve de ser tentada através da trilha da reforma constitucional.

Com efeito, o Projeto de Emenda Constitucional enviado e, ulteriomente, retirado pelo Presidente João Figueiredo, previa — aliás, para o caso de representação não-interventiva, e não para a interventiva — que a representação por inconstitucionalidade a que se refere a alínea *l* do inciso I do art. 119 da Constituição federal, não poderia "ser recusada pelo Procurador-Geral da República, quando solicitada por chefe de qualquer dos Poderes da União ou dos estados, ou pelo conselho da Ordem dos Advogados do Brasil, em conseqüência de deliberação tomada por maioria de dois terços de seus membros".

Destarte, verifica-se, com extrema clareza, que tal tese: a) é *de lege ferenda*, eis que o direito positivo não lhe dá respaldo; b) exigiria reforma constitucional, pois que atinge a autonomia funcional do Ministério Público; c) não incluiria solicitação feita por Ministro de Estado.

[35] Wald, Arnoldo. Da iniciativa para o exercício da ação direta. In: *Estudos jurídicos em homenagem ao Professor Oscar Tenório*. Rio de Janeiro, Uerj, 1977.
[36] Seabra Fagundes. *Revista da OAB*, v. 6, p. 275.

16. A antítese que alguns querem estabelecer entre os princípios da *obrigatoriedade* e da *disponibilidade* é, de certa forma, falsa, porquanto o que se coloca não é, em absoluto, a questão entre ser inteiramente vinculada ou inteiramente discricionária a competência da chefia do Ministério Público, no caso.

O que se afirma — e se prova — é que existe, assegurada, em favor do procurador-geral, uma margem de *valoração dos motivos*, de aferição de serem esses, ou não, juridicamente hábeis, inclusive quanto às *quaestiones juris* referentes ao cabimento da *ação de representação*.

A oposição não é, pois, como coloca José Afonso da Silva,[37] entre o princípio da *vinculação absoluta* — "solicitada por algum interessado a representação de inconstitucionalidade, teria que encaminhá-la ao STF, ainda que se manifeste pela improcedência" — e o da *disponibilidade* — segundo o qual "ao procurador-geral ficaria facultado o exercício da ação, exercendo-a ou deixando de exercê-la, conforme um juízo subjetivo de conveniência ou oportunidade".

Ambas as posições são ostensivamente extremadas.

O que se sustenta é caber ao procurador-geral, não um papel de autômato, mas o de sua legítima atribuição de *fiscal da lei*, com autonomia funcional, agindo segundo sua convicção jurídica, sua *opinio* — tal como no caso da *opinio delicti*, que leva à denúncia ou ao arquivamento — sobre a existência, ou não, de *justa causa* para agir, através, sempre, de deliberação motivada.

Verificamos, assim, que mesmo no Processo Penal, onde é prevalecendo o *princípio da obrigatoriedade* da propositura da ação pelo Ministério Público, reconhecem-se as distinções que têm de ser necessariamente feitas.

O membro do Ministério Público, quando este é o titular da ação penal, "tem independência funcional" na formação de sua convicção e é "totalmente independente ao avaliar o material probatório da *informatio delicti*, estando apenas adstrito à sua consciência e à lei. Vale consignar que ninguém pode obrigá-lo a oferecer peça acusatória, tanto assim que nem a requisição do Ministro da Justiça, referida no art. 102, § 1.°, do Código Penal, e a representação nos casos exigidos por lei, têm o condão de se erigir em *opinio delicti*. Tanto esta como aquela possibilitam, isto sim, a ação do promotor".[38]

Sobre a *ação pública condicionada à requisição do Ministro da Justiça* (cf. art. 145, parágrafo único, do Código Penal) ensina Hélio Tornaghi[39] (*Instituições de Processo Penal*, Forense, Rio, III: 316):

"A requisição autoriza a mover a ação mas não obriga o Ministério Público, que continua sendo órgão do estado encarregado de dizer se ocorrem as condi-

[37] Silva, José Afonso da. Jurisdição constitucional. op. cit. p. 230-1.
[38] Pirangelli, José Henrique & Aquino, J. C. Gonçalves de. Da oficialidade e da obrigatoriedade. *Justitia*, v. 122, p. 78.
[39] Tornaghi, Helio. *Instituições de processo penal*. Rio de Janeiro, Forense, v. 3, p. 316.

ções que *a contrário sensu* defluem do art. 43 do Código de Processo Penal ou de qualquer outra lei."

É essa, aliás, afinal, a posição de Celso Bastos:[40]

"Desde logo podemos afirmar afigurar-se-nos inadmissível a vinculação da atividade do procurador a qualquer tipo de denúncia de inconstitucionalidade que lhe seja remetida. Isto pelas seguintes razões:

a) na prática, estaria aberta a possibilidade a qualquer do povo de paralisar o funcionamento de todo mecanismo de controle constitucional por ação direta, senão do próprio Supremo, valendo-se, para tanto, do encaminhamento reiterado de sucessivas representações, em número muito superior às possibilidades de seu julgamento pelo Pretório Excelso e sem qualquer fundamentação, relativamente às quais não sobraria outra opção ao titular da ação de representação senão a de encaminhá-la à mais alta Corte de Justiça do país, dado a admitida vinculação de seu agir à chegada em suas mãos de qualquer denúncia, por mais infundade que fosse;

b) ficaria ferida a própria Constituição, que deu competência para o procurador agir toda vez que haja suspeita, indício, de inconstitucionalidade, um mínimo de viabilidade jurídica do acolhimento de sua representação pelo Supremo, mas não a manietou a nenhuma outra vontade senão à dele mesmo. Ele, e somente ele, desfruta de competência constitucional para deliberar, decidir, tomar a iniciativa da ação direta. Estabelecida a vinculação (representação de qualquer um do povo = obrigação do procurador representar ao Supremo) = estaria trasladada a competência constitucional que a Lei Maior inequivocamente concentrou no procurador, para qualquer um do povo. Estaria instaurado entre nós, por via transversa, quer se trate de lei ordinária ou de Regimento do Supremo, a ação declaratória de inconstitucionalidade de lei em tese, exercível por qualquer um do povo. Este, ao pretender mover uma ação de tal natureza, apenas deveria se resignar à impossibilidade de impetrá-la diretamente. Desde, contudo, que se aceitasse a interposta pessoa do procurador, teria atingido o seu desiderato.

Nenhuma dúvida deve subsistir sobre este ponto: tornada automática a atuação do procurador-geral, implantada estaria entre nós a ação direta de inconstitucionalidade, utilizável por qualquer um do povo. No fundo, que diferença faria ao autor dirigir seu pedido diretamente ao STF ou ao Procurador-Geral da República, para que este, num gesto mecânico, uma vez que lhe é vedado adentrar o mérito da representação — a encaminhasse, então, ao pretório Excelso?

[40] Bastos, Celso. *Curso de direito constitucional*. op. cit. p. 70 e segs.; ———. Perfil constitucional... cit. p. 94 e segs.

Do até aqui examinado resultam insatisfatórias as duas posições extremas analisadas: a da absoluta vinculação e a da livre apreciação. Com efeito, a resposta adequada ao problema não poderá ser encontrada numa teoria homogênea e uniforme, mas, sim, numa que atenda aos matizes, às sutilezas e às particularizações que o tema exige.

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

O que existe, isto sim, é uma outorga de certa margem de apreciação subjetiva do agente quanto à ocorrência ou não, na hipótese, dos motivos tidos pelo ordenamento normativo ensejadores do ato."

Finalmente, em trabalho mais recente[41] reconhece a orientação que prevalece no STF, no concernente à posição do procurador-geral:

"Quanto à competência deste agente, devemos analisar, em síntese, se ele encontra-se obrigado a encaminhar todas as argüições de inconstitucionalidade que cheguem ao seu conhecimento ou se ele pode decidir sobre elas, arquivando algumas e encaminhando outras, a seu juízo. Mais uma vez o Supremo Tribunal Federal agiu de forma infeliz, nos idos de 1971, ao conhecer de uma representação promovida pelo MDB (Movimento Democrático Brasileiro) de então, que increpava de inconstitucional um decreto-lei que impunha censura prévia a jornais e a periódicos. O Supremo Tribunal Federal considerou legítima a atitude do Procurador-Geral da República que arquivou a representação deixando de a encaminhar à Suprema Corte. O fundamento utilizado pelo Supremo Tribunal Federal para justificar tal atitude foi o de que a via concentrada não é absolutamente indispensável, vez que ela pode ser substituída pelo sistema difuso. Em outras palavras, os ministros de nossa Suprema Corte proferiram a seguinte decisão: quem sofrer lesão em seu direito subjetivo deverá argüi-la através da via de defesa (sistema difuso). E, sob esta justificativa, acabou por considerar legítima a atitude do Procurador-Geral da República, entendendo ser ele o titular absoluto desta ação, interpondo ou não, conforme seu critério, sendo inviável a utilização de qualquer via para se obter a revisão dessa decisão."

17. Não bastam, contudo, indícios remotos ou mínimos de invalidade, eis que se presumem constitucionais as normas jurídicas.

É o próprio STF que proclama: "A inconstitucionalidade não se presume. Há de resultar de manifesta ofensa à Lei Magna" (*RTJ*, 66:631).

[41] Bastos, Celso. Controle da constitucionalidade da lei. *RDP*, v. 67, p. 69.

Não há que se falar, conseqüentemente, em *zona cinzenta*, ou em *dúvida* a justificar a atividade comissiva do chefe do Ministério Público.

Como diz Pontes,[42] não se admite *dúvida* da autoridade quanto à constitucionalidade ou inconstitucionalidade; inexiste o "princípio de hesitação e de confissão de ignorância da Constituição mesma", o que corresponderia ao "absurdo" de uma "regra que se pretendeu e se pretende inocular no direito brasileiro" e que "resulta da preguiça de pensar"; que "seria ilógico que se admitisse a dúvida sobre a interpretação da Constituição como argumento para se *pender* para a declaração de constitucionalidade"; que o 'juiz não se pode escusar alegando a própria ignorância do direito".

Toda essa argumentação vale para a posição do procurador-geral diante da provocação de terceiro sobre a eventual propositura de uma *ação de representação, interventiva ou não-interventiva.*

18. Tampouco se poderia vislumbrar qualquer tipo de ilícito para o caso de não-propositura, pelo procurador-geral, da *ação de representação.*

É princípio inerente a qualquer Magistratura não poder ser punida pelas opiniões que manifestar, no seu ministério, ou pelo teor do que decidir (cf. art. 41 da Loman). Do contrário, haveria ilícito, sempre que uma decisão fosse reformada.

O membro do Ministério Público só responde, tal como os juízes, por dolo, fraude ou inércia. Regra diversa corresponde à negação da *autonomia funcional.*

Não estamos diante, pois, da hipótese de *arbitrariedade* a que alude Celso Bastos,[43] sendo impossível sua caracterização, em face das copiosas manifestações doutrinárias e jurisprudenciais citadas a favor da tese aqui defendida, e até da posição, mais radical, da *discricionariedade absoluta.*

Principalmente por se tratar de *ação direta de representação por inconstitucionalidade interventiva,* cuja diferença para com a *não-interventiva* é proclamada pelos autores. Cite-se Celso Agrícola Barbi,[44] que sublinha não ser a primeira a "verdadeira, cabal, juridicamente perfeita e acabada ação de inconstitucionalidade", mas um meio-termo entre o controle por *via de exceção* e a *ação direta não-interventiva.*

É que, na *interventiva,* como se vê na límpida e irretorquível lição de Barbosa Moreira, tem de estar presente um *interesse específico,* o que alarga a margem discricionária de atuação do procurador-geral.

Abordando, à luz do texto da Constituição federal de 46, a intervenção federal em estado-membro, o ilustre jurista contemporâneo traça, com mão firme,

[42] Pontes de Miranda. *Comentários à Constituição de 1967*... op. cit. v. 3, p. 614.
[43] Bastos, Celso. Perfil constitucional... cit. p. 99.
[44] Barbi, Celso Agrícola. Evolução do controle da constitucionalidade... cit. v. 4, p. 38.

a distinção entre o *interesse de direito material* em causa, conforme se trate de *ação interventiva* ou *não-interventiva*:[45]

"Mas, se assim é, do raciocínio acima exposto claramente emerge a afirmação de outro interesse, específico, distinto daquele interesse genérico da coletividade na eliminação de quaisquer atos inconstitucionais: o interesse da União, como guardiã 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 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. Se o Supremo Tribunal Federal declara inconstitucional o ato, é como se dissesse: 'Cabe a intervenção'; se não, implicitamente diz: 'Não cabe intervenção'. No pedido de declaração da inconstitucionalidade do ato estadual manifesta-se, pois, o interesse do Governo federal na intervenção. Esse, em nosso entender, o interesse substancial em causa. Quanto ao interesse 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."

19. É evidente que toda a doutrina e toda a jurisprudência sobre a ação de *representação interventiva,* em termos de intervenção da União Federal nos estados-membros, aplica-se à intervenção do estado em município seu, sendo de lembrar que a disposição contida no art. 15, § 3.º, *d,* é inovação da Emenda Constitucional n.º 1/69 (v. nesse sentido, Manoel Gonçalves Ferreira Filho).[46]

As poucas vozes que se manifestam em favor da obrigatoriedade absoluta, cega, automática, não se acanham em querer impor ao Ministério Público a posição subalterna de mero veículo do julgamento da matéria pelo Poder Judiciário (Josaphat Marinho)[47] obrigado a propor uma ação sem *pedido* (lembremo-nos: a chamada *representação* não é uma mera *provocação,* é uma ação e, como tal, tem que atender às respectivas condições, e ter *causa petendi* e *petitum*); ou o absurdo lógico, psicológico, jurídico e institucional de propô-la, mas pedindo que seja julgada improcedente.

[45] Moreira, Barbosa. op. cit. p. 73.
[46] Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. op. cit. p. 136.
[47] Marinho, Josaphat. *RDP,* v. 12, p. 150.