



RD
PI

Revista de Direito Público

Repositório de Jurisprudência autorizado
pelo Supremo Tribunal Federal sob n. 005/85

N. 80 — OUTUBRO-DEZEMBRO DE 1986 — ANO XIX

e vantagens de seus servidores a prestação vai incidindo sucessivamente sobre as parcelas em atraso quinquenal e respectivos juros" (cf. RDA 111/168).

E essa prescrição somente ocorrerá de 1985 em diante, nos termos das manifestações do Supremo Tribunal Federal, antes citadas e do enunciado da Súmula 443: "A prescrição das prestações anteriores ao período previsto em lei não ocorre quando não tiver sido negado, antes daquele prazo o próprio direito reclamado, ou a situação jurídica de que ele resulta".

Incidirão, certamente, os juros e a correção monetária devidos, inclusive por se tratar de dívida de valor, de natureza alimentar.

16. De qualquer modo, ainda que se admitisse, *ad argumentandum*, que se tivesse consumado a prescrição, tal fato jurídico de nada impediria a revisão, *ex officio*, do ato de reforma, por parte do Poder Público.

É princípio comezinho do Direito Administrativo, consagrado pelo enunciado de duas Súmulas do Eg. STF (ns. 346 e 473), que a Administração Pública pode — e deve — rever seus próprios atos, revogá-los ou anulá-los, o que, segundo lição incontestada da doutrina e da jurisprudência, pode ser feita *de officio* ou *por provocação* do interessado.

Se esse já não pode exigir, por ter tido encobertas sua pretensão e sua ação, pode a Administração Pública, por provocação ou sem ela, proceder à revisão.

A revisão, conforme antes sublinhado, envolve poder ou direito *potestativo*, nunca sujeito a prescrição mas, quando previsto em lei — o que não ocorre na espécie — a prazos de *decadência*, *caducidade* ou *preclusão*.

A Formulação 222 do DASP enuncia: "A nulidade dos atos administrativos pode, a qualquer tempo, ser declarada pela própria Administração" (o grifo é nosso).

Como vimos alguns trechos antes, o que é suscetível de *declaração* ou de *desconstituição* de *oficio*, não está sujeito a convalidação por transcurso de tempo.

Nem seria, outrossim, ratificável o ato, eis que eivado de invalidade, e não de mera irregularidade.

É mister sublinhar, também, que mesmo que se tratasse de *ato administrativo anulável* (categoria que Hely Lopes Meirelles não aceita no campo do Direito Administrativo: ob. cit., p. 183), a decretação de *oficio*, pela Administração Pública, caberia, eis que a anulabilidade traduz, no Direito Público, tão-somente, as características da *presunção de legitimidade* e de *imperatividade*, do ato administrativo, que produziu efeitos até ser desconstituído.

A aceitação da existência da *anulabilidade* no Direito Público, limitada à produção de efeitos enquanto não se dá a anulação, e a sujeição, no mais, ao regime de nulidade (já que o interesse público assim o exige), permite essa posição harmoniosa: prescrição quinquenal progressiva das prestações periódicas de ordem patrimonial; imprescritibilidade do direito ou poder, que se insere no nosso estatuto de servidores ou de administrados; e do direito ou poder da Administração de rever, sob o aspecto da legalidade, seus próprios atos viciados.

17. Em conclusão podemos afirmar que nenhum prazo preclusivo ou prescricional se venceu, que impeça o interessado de exigir sua pretensão e de agir; e a Administração Pública de rever a posição daquele, facultando-lhe, por conseguinte, juntar novos elementos que comprovem a base de sua postulação.

É de acentuar-se que, tendo em vista o próprio teor dos pareceres da Consultoria-Geral da República, não se pode falar de esgotamento ou exaurimento da via administrativa, eis que elas próprias, chanceladas pela aprovação da Chefia do Executivo Federal, são expressas em admitir a atuação do interessado, na comprovação de seu direito, uma vez superada a questão da prescrição, que sabemos inexistente.

Rio de Janeiro, 8 de maio de 1986.

LEI MUNICIPAL *

CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

GILMAR FERREIRA MENDES

Procurador da República

1. Trata-se de representação pela qual o Exmo. Sr. Procurador-Geral submete a exame e julgamento do STF a arguição de inconstitucionalidade da Resolução 267/83, da Câmara Municipal de Aracruz, que introduziu alteração no Regimento Interno daquela Casa Legislativa, estabelecendo que, em caso de empate nas eleições da Mesa, "será proclamado vencedor o concorrente mais votado nas eleições municipais". Alterou-se, assim, o critério então vigente segundo o qual, em caso de empate, seria considerado eleito o mais idoso. Ressaltou o Exmo. Sr. Procurador-Geral da República, que a "representação envolve, já quanto à preliminar de sua *admissibilidade*, já no que toca ao *mérito* da arguição de inconstitucionalidade suscitada, questões relevantes sobre as quais parece conveniente e oportuna ao representante provocar a decisão de Alta Corte". Acentuou S. Exa. que, não obstante o entendimento do Excelso Pretório no sentido da invalidez das normas constitucionais que atribuíram aos Tribunais locais o controle, por ação direta, da constitucionalidade de leis municipais e a despeito da expressão literal do art. 119, I, "I", CF, que limita o objeto da representação por inconstitucionalidade do Procurador-Geral da República, perante o Supremo Tribunal Federal, ao "*ato normativo federal ou estadual*", existem valiosos pronunciamentos que entendem dever as normas municipais ter-se por subentendidas na menção aos atos normativos estaduais. Foram mencionados, a propósito, os votos proferidos pelos eminentes Mins. Cunha Peixoto e Rafael Mayer (RE 92.169, RTJ 103/1.085).

2. Solicitadas as informações, o ilustre Presidente da Câmara de Vereadores de Aracruz, ao prestá-las, sustentou a plena regularidade e adequação do ato normativo impugnado (fls.).

3. No RE 92.169-SP defendeu o Min. Cunha Peixoto a competência do STF para conhecer da arguição de inconstitucionalidade de lei municipal sob os seguintes fundamentos, *in verbis*:

"Trata-se, na hipótese *sub judice*, de arguição de inconstitucionalidade de lei municipal em face da Constituição Federal. Neste caso, esta Colenda Corte foi além, ao aceitar o voto do eminente Min. Moreira Alves, que sustentou ser inaplicável, quando se trata de inconstitucionalidade de lei municipal, o controle por via direta.

Escreveu S. Exa.: "...o controle de constitucionalidade *in abstracto* (principalmente em países em que, como o nosso, se admite, sem restrições, o *incidenter tantum*) é de natureza excepcional, e só se permite nos casos expressamente previstos pela própria Constituição, como *consectário*, aliás, do princípio da harmonia e independência dos Poderes do Estado. Não há que se falar, portanto, nesse terreno, de omissão da Constituição Federal que possa ser preenchida — principalmente quando se trata, como no caso, de meio de controle para a preservação da obediência dela — por norma *spletiva* de Constituição Estadual. Se nem o STF pode julgar da constitucionalidade, ou não, em tese, de lei ou ato normativo municipal diante da Constituição Federal, como admitir-se que as Constituições Estaduais, sob o pretexto de omissão daquela, dêem esse poder, de natureza, como disse, eminentemente política, aos Tribunais de Justiça locais, e, portanto, ao próprio STF, por via indireta, em grau de recurso extraordinário?

"Ocorre, pois, no caso, impossibilidade jurídica que reconheço de *oficio*" (RTJ 93/462).

"Demos nossa adesão a este pronunciamento, mas, em face da gravidade da conclusão e a importância do tema, resolvemos reexaminá-lo.

"E, fora a assertiva de ser impossível o suprimento da omissão por via de norma supletiva da Constituição Estadual, no mais, *data venia*, discordamos de S. Exa.

"É que nossa Constituição, embora postulando a independência e harmonia dos Poderes, fez do Judiciário um Superpoder, pela prerrogativa que lhe concedeu de considerar inconstitucionais e, portanto, sem efeito, as leis e os atos dos demais Poderes. A forma pela qual este Superpoder é exercido constitui uma determinação da própria Constituição e, consequentemente, não se pode dizer que, fixados dois sistemas pela Constituição, um é o normal e o outro excepcional. Ambos estão colocados no mesmo pé de igualdade e, se se pudesse considerar anormal um deles, seria, sem dúvida, a nosso ver, o método difuso, pois nele se permite que um juiz de primeiro grau decreta a inconstitucionalidade de um ato do Chefe do Poder Executivo, enquanto que, no sistema concentrado, esta atribuição pertence à cúpula do Poder Judiciário — STF.

"A expressão literal da norma constitucional que estabelece o controle constitucional pelo método concentrado (art. 119, I, "I") é, sem dúvida, lacunosa, ao omitir referência à lei ou ato normativo municipal.

"Acontece, porém, que os municípios são entidades político-administrativas e, consequentemente, parte integrante da União, e que o STF foi erigido em guardião da Constituição.

"Não seria lógico que os desvios constitucionais das leis e atos normativos federais e estaduais estejam sob o crivo direto do STF, através de representação do Procurador-Geral da República, e os municípios fiquem sobranceiros a esta espécie de censura.

"Assim, o silêncio da Constituição relativamente às leis municipais obriga o STF a enfrentar o problema, preenchendo a lacuna pela interpretação integradora da plenitude do sistema. E este impõe que as normas constitucionais sejam controladas pelo mais Alto Poder Judiciário do País, sejam elas federais, estaduais ou municipais.

"Na verdade, as leis contrárias à Constituição são absolutamente nulas, e não seria possível que uma lei municipal, maculada de tal vício, pudesse prevalecer para sempre, apenas porque os municípios não a impugnaram.

"Por outro lado, tem, hoje, foros de cidade, entre os Doutores, que qualquer autoridade está obrigada a zelar pela constitucionalidade das leis e, assim, um Prefeito tem o poder-dever de negar cumprimento a uma lei inconstitucional, defendendo, desta maneira, a Constituição.

"Não é possível, assim, que, dentro da sistemática brasileira, se negue ao Procurador-Geral da República o direito de acionar o STF para, diretamente, invalidar uma lei que traga tal defeito, apenas porque é da órbita municipal e a ela não se referiu a Constituição.

"Nem se objete que a competência do STF é de ordem constitucional, porque aqui, a nosso ver, se trata de competência implícita, ou por força de compreensão, que plenamente se justifica e foi muitas vezes reconhecida pela Excelsa Corte, como assinalava o saudoso Min. Luiz Gallotti, escreveu S. Exa.: "...a competência implícita, ou por força de compreensão, foi em face da Carta de 1891, muitas vezes admitida pelo STF, quer no tocante às suas atribuições originárias, quer relativamente às da Justiça Federal.

"Quanto a estas, é de lembrar o que ocorreu com relação ao processo e julgamento dos crimes que interessam à Administração Federal (peculato, moeda falsa, contrabando, etc.). A Constituição de 1891 não cogitara da competência da Justiça Federal para processá-los ou julgá-los. Apesar disso, o Supremo Tribunal considerou implícita essa competência, como decorrente da índole do nosso sistema federativo (v. Acórdão de 27.10.1894, em *Mendonça de Azevedo, A Constituição Federal Interpretada*) e logo se seguiu o pronunciamento do legislador, consagrando essa jurisprudência, na Lei 221, de 20.11.1894.

"E no tocante à competência originária do Supremo Tribunal, este a reconheceu em mais de uma hipótese não prevista expressamente pela Constituição de 1891.

"Assim, para a homologação de sentença estrangeira. Assim para o *habeas corpus* que se fundasse em coação do Presidente da República ou de Ministro de Estado. E assim, também para o *habeas corpus* no caso de partir a coação de um tribunal estadual ou de um juiz federal" (RTJ 57/477).

"A estes exemplos podemos acrescentar o decorrente da decisão proferida na Queixa Crime 206, norma ainda hoje dominante no STF, de que "nos processos por crimes contra a honra, em que forem querelantes pessoas que a Constituição sujeita à jurisdição do STF, compete a este o julgamento da exceção da verdade, quando oposta e admitida".

"No caso enunciado, o Supremo Tribunal reconheceu a constitucionalidade do art. 85 do CPP, embora a Constituição atribua ao STF a competência apenas para processar e julgar originariamente, nos crimes comuns e de responsabilidade, os Ministros de Estado,

membros dos Tribunais Superiores da União e dos Tribunais de Justiça dos Estados, dos Territórios e do Distrito Federal, os Ministros do Tribunal de Contas da União e os Chefes de missão diplomática de caráter permanente.

"A Constituição não se refere à *exceptio veritatis* e esta, como é sabido, não representa sequer uma reconvenção, pois não visa a agredir o autor, tanto que o reconhecimento da exceção não levará à condenação do querelante.

"Acolhendo esta tese — de ser o STF competente para, por ação direta, examinar a constitucionalidade ou não de lei municipal em face da Constituição Federal — escreveu Frederico Marques:

"A omissão do mandamento constitucional, que só menciona lei federal ou estadual (e ato normativo federal ou estadual) não impede que se estenda ao âmbito do município, o que ali está escrito, pois, *a fortiori* há de poder-se a lei ou ato normativo municipal que vulnera a Constituição da República" (*Reforma do Poder Judiciário*, vol. 1.º, p. 316, n. 175).

"A titularidade para a arguição de inconstitucionalidade da lei ou ato normativo por ação direta é do Procurador-Geral da República.

"Daí conhecer do recurso e lhe dar provimento para anular ação e, consequentemente, o Acórdão recorrido, tanto pela falta de titularidade do Procurador do Estado para propor a ação, como pela incompetência do Tribunal a quo para julgá-la, já que se trata de inconstitucionalidade da lei municipal em face da Constituição Federal" (RTJ 103/1.102-1.104).

No mesmo sentido pronunciou-se o Min. Rafael Mayer, *in verbis*:

"Tenho por válida a tese do douto Relator no sentido de ser implícita a competência do STF para julgar — e exercitável pelo Procurador-Geral da República — a ação direta para a declaração da inconstitucionalidade de leis municipais em tese, pois a interpretação construtiva faria compreender no âmbito do estadual os seus componentes municipais.

"Dir-se-ia, em detrimento da tese, que o propósito do constituinte corresponderia ao limite verbal, pois aí confinaria com a própria Federação, que somente ela está em causa, e não os municípios que não comparecem à sua composição.

"Todavia, ao formal se deve sobrepor a realidade de exigências incontornáveis. Pela sua autonomia, também, constitucionalmente reconhecida, o Município tem atividade legislativa significativa, que pode interessar à própria Federação como um todo, bastando ver a sua integração no Sistema Nacional Tributário e as possíveis repercussões que, neste, as suas normas possam causar".

4. A despeito dos ponderosos argumentos deduzidos em favor da ação direta de inconstitucionalidade da lei municipal perante o Excelso Pretório, a tese parece encontrar obstáculos intransponíveis na própria sistemática do controle "concentrado" de constitucionalidade. O controle de constitucionalidade, tal como conhecido hodiernamente, teve sua origem na interpretação perfilhada por Marshall do disposto no art. 6.º, cláusula 2.ª, da Constituição Americana, no célebre caso *Marbury vs. Madison* (1803), no qual se assentou, de forma definitiva, o princípio da supremacia da Constituição (Mauro Cappelletti, *O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado*, 1984, pp. 45-47; Carl Brent Swisher, *Decisões Históricas da Corte Suprema*, 1964, pp. 10-14; cfr. também Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, *O Federalista*, UnB, 1984, pp. 577-578). Surgia, assim, o método de controle judicial de constitucionalidade que a doutrina viria a chamar de "sistema difuso", de vez que o poder de controle, atribuído a todos os órgãos judiciários integrantes do ordenamento jurídico, é exercitado incidentalmente nas decisões das causas de sua competência (Cappelletti, *ob. cit.*, p. 67). O método de controle de constitucionalidade "difuso ou por via de exceção não carece de disposição expressa no texto constitucional, afigurando-se, as mais das vezes, implícito no próprio ordenamento jurídico. Nesse sentido, observa Kelsen que, "se a Constituição nada preceitua sobre a questão de saber quem há de fiscalizar a constitucionalidade das leis, os órgãos a quem a Constituição confere poder para aplicar as leis, especialmente os tribunais, portanto, são por isso mesmo tornados competentes para efetuar esse controle" (*Teoria Pura do Direito*, 1974, p. 368).

5. A adoção pura e simples do método "difuso" do controle de constitucionalidade por sistemas jurídicos não dotados do mecanismo do *stare decisis* mostrou-se, todavia, problemática, uma vez que os efeitos da declaração cingiam-se à hipótese decidida. Ademais, a declaração de inconstitucionalidade de um ato normativo por determinados juízes ou tribunais, nesses sistemas, não impedia a aplicação daquela regra por outros juízes ou tribunais (Cappelletti, *ob. cit.*, pp. 77-78). Os inconvenientes do sistema "difuso" foram superados, de início, com a introdução de instrumentos que atribuíram eficácia *erga omnes* às decisões das Cortes Superiores em matéria constitucional (Cappelletti, *ob. cit.*, p. 87).

6. Não obstante a possibilidade de se adotar fórmula substitutiva do *stare decisis*, desenvolveu-se em determinados países o chamado controle judicial direto ou concentrado (v.g., Constituição austríaca, 1920-29; Lei Fundamental de Bonn, 1949; Constituição italiana, 1947), segundo o qual se atribuiu exclusiva e expressamente a um órgão judiciário o exercício do controle de constitucionalidade *in abstracto*. Diversamente do método "difuso", que tem em vista a inconstitucionalidade de forma incidental, em face do caso concreto, o sistema judicial concentrado outorga ao órgão judiciário um autêntico poder político, assumindo tal atividade verdadeiro caráter legislativo ainda que índole negativa (*Gesetzgebung oder negative Gesetzgebung*). (Cappelletti, ob. cit., pp. 89-90; cfr. também Otto Kimminich, "Verfassungsgerichtsbarkeit und das Prinzip der Gewaltenteilung" in *Auf dem Weg zum Richterstaat*, Herderbücherei, Munique, 1979, pp. 77-78; Erhard Mock, "Richter machen Politik", in *Auf dem Weg zum Richterstaat*, p. 174). Vê-se, assim, que a adoção desse sistema representa não a simples eleição de um método de controle de constitucionalidade, mas a escolha de um modelo constitucional próprio, que atribui ao Juiz o poder de dar conformação às formas políticas, como já observado por René Márcic há mais de 20 anos ("Die politischen Formen bewegen sich auf die Gestalt des Richters zu"). (Erhard Mock, art. cit., ob. cit., p. 170), desconhecendo, às vezes, até mesmo os tradicionais princípios da "political-questions-Doktrin" e "judicial-self-restraint" (Kimminich, ob. cit., p. 78; Erwin Stein, "Vergassungsgerichtliche Interpretation der Grundrechte als Konkretisierung des Rechtsstaates", ob. cit., p. 94). Prova da formidável tarefa política desempenhada pelos Tribunais Constitucionais é a definição formulada pela Corte Constitucional alemã (*Bundesverfassungsgericht*) a respeito dessa espécie de jurisdição, *in verbis*:

"A jurisdição constitucional diferencia-se de qualquer outra jurisdição (v.g., da jurisdição civil, penal ou administrativa) fundamentalmente pelo fato de se ocupar de uma controvérsia jurídica peculiar, que é a controvérsia jurídica de caráter político. Entende-se por controvérsia jurídica de caráter político aquela na qual se discute o Direito Político e o Político (das Politische) em si mesmo é transformado no ponto central do pronunciamento jurisdicional".

"Die Verfassungsgerichtsbarkeit unterscheidet sich von jeder anderen Gerichtsbarkeit (z.B. der Zivil, Straf — und Verwaltungsgerichtsbarkeit) grundsätzlich dadurch, dass sie allein es mit einer besonderen Art von Rechtsstreitigkeiten, nämlich den, politischen Rechtsstreitigkeiten zu tun hat. Unter politischen Rechtsstreitigkeiten sind dabei solche Rechtsstreitigkeiten zu verstehen, bei denen über politisches Recht gestritten und das Politische selbst anhand der bestehenden Normen zum Gegenstand der richterlichen Beurteilung gemacht wird" (Kimminich, art. cit., ob. cit., p. 78).

Também Cappelletti, ao investigar as razões que determinaram o surgimento e desenvolvimento método "concentrado" de controle, destaca as especificidades do modelo, nos seguintes termos, *in verbis*:

"Certo é que as normas das Constituições modernas são algo de profundamente diverso das usuais normas de lei, que os juizes das Cortes Supremas européias, chegados já ao cume ou ao término de sua longa carreira na Magistratura, foram, por decênios, habituados a interpretar, a observar e a fazer observar, com uma técnica hermenêutica que refoge daquele tipo de *policy-making decisions* que estão, inevitavelmente, implicadas, ao invés, em uma atividade de controle da validade substancial das leis e de atuação da norma constitucional. As Constituições modernas não se limitam, na verdade, a dizer estaticamente o que é o direito, a "dar uma ordem" para uma situação social consolidada; mas, diversamente das leis usuais, estabelecem e impõem, sobretudo, *diretrizes e programas dinâmicos de ação futura*. Elas contêm a indicação daqueles que são os supremos valores, as *rationes*, os *Gründe* da atividade futura do Estado e da sociedade: consistem, em síntese, em muitos casos, como, incisivamente, costumava dizer Piero Calamandrei, sobretudo em uma *polêmica contra o passado e em um programa de reformas em direção ao futuro*. Disto decorre que a atividade de interpretação e de atuação da norma constitucional não é, absolutamente, uma atividade a que possa, sempre, julgar-se preparado sobretudo o juiz "de carreira", amadurecido nas salas fechadas dos tribunais onde, dos tumultuosos acontecimentos e das exigências que prorrompem da sociedade, não entram, com frequência, senão os ecos atenuados. A atividade de interpretação e de atuação da norma constitucional, pela natureza mesma desta norma, é, não raro, uma atividade necessária e acentuadamente discricionária e, *lato sensu*, equitativa. Ela é, em suma, uma atividade mais próxima, às vezes — pela vastidão de suas repercussões e pela coragem e a responsabilidade das escolhas que ela necessariamente implica — da atividade do legislativo e do homem de governo que da dos juizes comuns: de maneira que pode-se bem compreender como Kelsen na Áustria, Cala-

mandrei na Itália e outros não poucos estudiosos tenham considerado, ainda que, erradamente, em minha opinião, dever falar aqui de uma atividade de natureza legislativa ("*Gesetzgebung*" ou, pelo menos, "*negative Gesetzgebung*") antes que de uma atividade de natureza propriamente jurisdicional" (ob. cit., pp. 88-90).

7. Tais considerações estão a demonstrar que o controle judicial de constitucionalidade concentrado outorga ao Poder Judiciário uma excepcional atividade de natureza política, ensejando dúvidas sobre a possibilidade de se ampliarem os limites fixados no texto constitucional por via de interpretação, em face do princípio da *correção funcional (funktionelle Richtigkeit)*, que recomenda o rigoroso respeito às funções atribuídas (Konrad Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, 1982, p. 27).

8. Embora o constituinte republicano tenha buscado inspiração no Direito norte-americano, a evolução do controle de constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro assumiu características próprias. O Dec. 510, de 22.6.1890, instituiu o recurso para o Supremo Tribunal Federal da decisão da justiça do Estado, em última instância, "quando se contestar a validade de leis ou atos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos os atos ou essas leis impugnadas" (art. 58, § 1.º, "b"). Posteriormente, o Dec. 848, de 11.10.1890, instituiu, de forma expressa, o sistema de controle por via de exceção, estabelecendo que "na guarda e aplicação da Constituição e das leis nacionais a Magistratura Federal só intervirá em espécie e por provocação da parte". Tal orientação foi mantida pela Carta Magna de 1891 (arts. 59, § 1.º, e 60). A Lei 221, de 10.11.1894, veio completar o sistema difuso de controle de constitucionalidade, fixando, no art. 13, § 10, que "os juizes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição" (Alfredo Buzaid, *Da Ação Direta*, 1958, pp. 30-31; Celso Agrícola Barbi, "Evolução do Controle da Constitucionalidade das Leis no Brasil", RDP 04/35; Ronaldo Polletti, *Controle de Constitucionalidade das Leis*, 1985, p. 90).

9. A Constituição de 1934 inovou significativamente o sistema de controle, estabelecendo o quorum especial para a declaração de inconstitucionalidade nos Tribunais (art. 179) e admitindo a suspensão de execução pelo Senado Federal da lei declarada inconstitucional pela Excelsa Corte (art. 91, IV).

Pode-se atribuir, destarte, eficácia *erga omnes* à declaração de inconstitucionalidade proferida pelo Supremo Tribunal Federal. E, foi com a Constituição de 1934 que se introduziu entre nós, ainda que de forma incipiente, o controle de constitucionalidade por via de ação, atribuindo ao Procurador-Geral da República a legitimidade para provocar o exame do Supremo Tribunal Federal sobre a constitucionalidade da lei declaratória da intervenção, no caso de violação aos chamados princípios constitucionais sensíveis (art. 12, § 2.º, c/c art. 7.º, I, a a h). (Ronaldo Polletti, ob. cit., p. 93; Barbi, art. cit., p. 38). A Constituição de 1946 preservou, em linhas gerais, o sistema de Constituição de 1934, condicionando a intervenção federal, na hipótese de violação aos princípios sensíveis (art. 7.º, VII), à prévia declaração de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal do ato de governo estadual submetido a seu exame e julgamento mediante representação do Procurador-Geral da República (art. 8.º, parágrafo único).

10. A EC/16, de 26.11.65, introduziu, dentre as atribuições do STF, a competência para processar e julgar originariamente a representação do Procurador-Geral da República, por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual (CF/1946, art. 101, I, "k"), estendendo o controle direto às leis federais e desvinculando o exercício da ação de inconstitucionalidade do processo interventivo (Celso Ribeiro Bastos, *Curso de Direito Constitucional*, 1982, p. 65; Celso Agrícola Barbi, art. cit., p. 41; Ronaldo Polletti, ob. cit., p. 96). Adotou-se, assim, ao lado de amplo sistema de controle difuso, o julgamento da constitucionalidade da norma federal ou estadual, em tese, sem outra finalidade que não a de preservar o ordenamento jurídico da intromissão de leis com ele incompatíveis.

11. A Exposição de Motivos do Projeto de Emenda subscrita pelo Ministro da Justiça dedicou o seguinte trecho ao novo instituto, *in verbis*:

"Ao lado desse conjunto de providências, outras foram aventadas em direção oposta: a do reforço da competência do Supremo, através de dois novos institutos de "legitimidade constitucional", que ele mesmo propôs: a) "uma representação de inconstitucionalidade de lei federal, em tese, de exclusiva iniciativa do Procurador-Geral da República, à semelhança do que existe para o direito estadual (art. 8.º, parágrafo único, da CF)"; b) "uma prejudicial de inconstitucionalidade, a ser suscitada, exclusivamente, pelo próprio STF ou pelo Procurador-Geral da República, em qualquer processo em curso perante outro Juízo".

"A "representação", limitada em sua "iniciativa", tem o mérito de facultar desde a definição da "controvérsia constitucional sobre leis novas, com economia para as partes, formando precedente que orientará o julgamento dos processos congêneres". Afeioa-se, no rito, às "representações" de que cuida o citado preceito constitucional para forçar o cumprimento, pelos Estados, dos "princípios" que integram a lista do inc. VII do art. 7.º de algum modo a inovação, estendendo a vigilância às "leis federais em tese", completa o sistema de pronto resguardo da lei básica, se ameaçada em seus mandamentos" (DCN de 5.11.65, p. 9.297).

Embora o documento aludido fizesse menção tão-somente à lei federal, o Projeto de Emenda já se referia expressamente a "lei ou ato de natureza normativa federal ou estadual". Todavia, não cuidou o referido Projeto — e também a Emenda 16 — do controle de constitucionalidade *in abstracto* da lei municipal em face da Constituição Federal. Não se tratava, porém, de olvido ou omissão. Ao revés, atento à relevância do controle direto de constitucionalidade da lei municipal, estabeleceu o constituinte, no art. 124, XIII, a seguinte norma, *in verbis*:

"Art. 124. (.....).

".....";

"XIII — a lei poderá estabelecer processo de competência originária do Tribunal de Justiça, para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato do Município em conflito com a Constituição do Estado".

A Constituição de 1967 reproduziu os artigos da Carta Magna de 1946 relativos ao controle de constitucionalidade, omitindo, porém, o dispositivo que permitia a criação de processo de competência originária dos Tribunais de Justiça dos Estados, para a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato dos municípios que contrariasse a Constituição Estadual. Com a Emenda 1/1969, viria a ser introduzida, em nosso sistema jurídico, a representação interventiva da lei municipal (art. 15, § 3.º, "d").

12. Nessas condições, caberia indagar se o silêncio do texto constitucional, no que concerne à disciplina da representação não-interventiva de lei municipal, configuraria lacuna suscetível de ser comatada através de uma interpretação integradora, atribuindo-se ao STF competência para conhecer do pedido de arguição de inconstitucionalidade formulado pelo Procurador-Geral da República. Há de se observar que a moderna doutrina costuma distinguir as lacunas da lei em dois tipos básicos. As chamadas lacunas *autênticas*, de *lege lata*, ou "*Formulierungslücke*" ("lacuna na formulação") dizem respeito à própria formulação de norma legal, afetando a sua inteligência, tornando-a contraditória ou incompleta. Por seu turno, as lacunas *inautênticas*, de *lege ferenda* ou *Wertungslücke* ("lacuna axiológica ou de valoração") não envolvem propriamente uma contradição do texto legal, decorrendo da própria "intuição jurídica" ou do próprio "sentimento jurídico" ("Rechtsgefühl"). ("Eine Formulierungslücke liegt also dann vor, wenn das Gesetz schon seinem Wortlaut nach keine komplette Verhaltensrichtlinie gibt"; "Von Wertungslücken sprechen wir dort, wo eine Rechtsnorm zwar ihrem Wortlaut nach ohne Ergänzung widerspruchsfrei anwendbar wäre, aber nach dem Rechtsgefühl einer Ergänzung bedarf"). (Reinhold Zippellius, *Einführung in die juristische Methodenlehre*, C. B. Becke, Munique, 1980, pp. 73-74; cfr. também Tércio Sampaio Ferraz Jr., *A Ciência do Direito*, 1977, pp. 80-86).

13. O próprio desenvolvimento do controle de constitucionalidade no Brasil está a demonstrar que a norma constante do art. 119, I, "l", da CF vigente, não contém lacuna ou omissão autêntica (*Formulierungslücke*) que pudesse ser preenchida por via interpretativa, de vez que não se há de considerar implícita no referido dispositivo a lei municipal (cfr. Victor Nunes Leal, "Lei Municipal", in *Estudos de Direito Público*, 1960, pp. 162-175). Tanto é, assim, que, na EC 16/65, houve por bem o constituinte diferenciar o controle de constitucionalidade das leis estaduais e federais daquele relativo às leis municipais (CF/1946, com a EC 16/1965, arts. 101, I, "k", e 124, XIII). E, a disposição constante do art. 15, § 3.º, "d", da CF/1967, com a EC 1/1969, que atribui ao Tribunal de Justiça a competência para conhecer da representação interventiva proposta pelo Chefe do Ministério Público local, ressalta, de forma nítida, tal entendimento.

14. Tendo em vista a amplitude do controle direto de constitucionalidade da lei estadual e federal, poder-se-ia vislumbrar, porém, na ausência do mecanismo de controle direto de constitucionalidade de lei municipal, uma lacuna de ordem axiológica ou de *lege ferenda*, tal como cogitado no ilustrado voto proferido pelo Min. Cunha Peixoto. Nesse caso, dever-se-ia indagar sobre a legitimidade da ampliação, por via interpretativa, das excepcionais tarefas políticas outorgadas pelo constituinte ao Procurador-Geral da República e ao STF.

15. É evidente que a interpretação há de estar vinculada ao texto da lei. E, no tocante à hermenêutica constitucional, não parece haver dúvida quanto à necessária observância da sistemática de distribuição de funções, sendo vedado ao intérprete alterar os mecanismos inerentes à divisão de poderes. Tem-se aqui o princípio que a doutrina constitucional alemã denomina "*correção ou exatidão funcional*" ("*funktionelle Richtigkeit*"). (Konrad Hesse, *ob. cit.*, pp. 27-28, nota 73). Por outro lado, é de acentuar-se, com Hesse, que os limites da hermenêutica constitucional admitem a interpretação construtiva ou evolutiva ("*Verfassungswandel*"), mas excluem terminantemente tanto a possibilidade de violação do texto constitucional, através de um afastamento ou desvio ("*Abweichung*"), quanto a hipótese de sua modificação pela via interpretativa (*Verfassungsänderung durch Interpretation*). Ressalta Hesse que, quando o intérprete se desvincula do texto constitucional, deixa ele de exercer atividade interpretativa, provocando alteração ou violação da norma, o que lhe é vedado ("*Wo der Interpret sich über die Verfassung hinwegsetzt, interpretiert er nicht mehr, sondern er ändert oder durchbricht die Verfassung. Beides ist ihm durch das geltende Recht verwehrt*") (*ob. cit.*, p. 29).

16. Vê-se, assim, que, ante as considerações expendidas, não se afigura possível afirmar a competência do STF para conhecer da ação direta de inconstitucionalidade sem proporcionar a ampliação do poder político que lhe defere expressamente a Carta Constitucional. Em última instância, tal extensão de competência resultaria na própria alteração da norma constitucional, com a conseqüente modificação da sistemática da divisão de poderes.

17. Nessas condições, em face da inadmissibilidade da Representação, opina a Procuradoria-Geral da República pelo seu não conhecimento.

Brasília, 23 de agosto de 1985.