

DANIEL AMORIM ASSUMPÇÃO NEVES



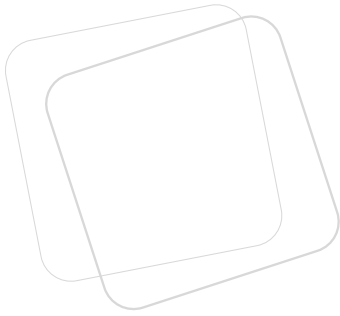
AÇÕES CONSTITUCIONAIS

**7^a
edição**

revista
atualizada
ampliada

2023

 **EDITORA**
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br



AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Sumário • 1.1. Processo objetivo – 1.2. Competência – 1.3. Legitimidade: 1.3.1. Legitimidade passiva; 1.3.2. Legitimidade ativa – 1.4. Procedimento: 1.4.1. Petição inicial; 1.4.2. Posturas do juiz diante da petição inicial – 1.5. Tutela de urgência – 1.6. Decisão: 1.6.1. Conteúdo; 1.6.2. Efeitos – 1.7. Recorribilidade – 1.8. Intervenção de terceiros – 1.9. *Amicus curiae* – 1.10. Coisa julgada material: 1.10.1. Limites objetivos da coisa julgada; 1.10.2. Eficácia vinculante das decisões; 1.10.3. Limites subjetivos da coisa julgada; 1.10.4. Coisa julgada *pro et contra* – 1.11. Declaração de inconstitucionalidade e relativização da coisa julgada material.

1.1. PROCESSO OBJETIVO

É indiscutível na doutrina o entendimento de que a ação direta de inconstitucionalidade é espécie de processo objetivo, considerando-se a ausência de um conflito de interesses específico a ser resolvido pelo órgão jurisdicional. Costuma-se afirmar com acerto que a finalidade do processo objetivo não é a aplicação de uma norma jurídica ao caso concreto, tomando-se por fundamento o suporte fático apresentado, mas tão somente a de discutir a adequação de uma lei ou ato normativo ao texto constitucional. Ao invés de resolver um conflito de interesse, nascido da pretensa violação ou ameaça de violação a um direito subjetivo, na ação direta de inconstitucionalidade analisa-se a lei em tese, decidindo-se pela adequação das normas infraconstitucionais às normas constitucionais.

Nas lições tradicionais da doutrina no tocante às principais características da jurisdição, fica clara a atipicidade do processo objetivo no âmbito da jurisdição contenciosa. Apesar da ausência de conflito, característica típica dessa espécie de processo, parece inegável que a ação direta de inconstitucionalidade não pode ser considerada de jurisdição voluntária, mas também é

indiscutível que algumas características dessa espécie diferenciada de jurisdição encontram-se presentes na ação ora analisada.

Na jurisdição voluntária não há caráter substitutivo, considerando-se que o juiz não substitui a vontade das partes pela vontade do Direito quando profere sua decisão, até porque não haverá a necessária resistência à pretensão do autor. Na realidade, as ações de controle concentrado de constitucionalidade podem ser consideradas como ações declaratórias necessárias, pelas quais se persegue um bem da vida que não poderá ser obtido sem a indispensável intervenção jurisdicional. Pelo mesmo motivo, na jurisdição voluntária não há propriamente a aplicação do direito material ao caso concreto para resolver um conflito existente entre as partes, até mesmo porque esse conflito não existe, mas certamente a análise de adequação da norma impugnada ao texto constitucional demonstra a existência de aplicação do direito ao caso concreto. Advirta-se que, no processo objetivo, em regra não existe a integração jurídica da vontade das partes, característica muito marcante da jurisdição voluntária¹.

Não existe, na jurisdição voluntária, um conflito de interesse entre as partes, porque as suas vontades são convergentes. Ambas as partes pretendem obter o mesmo bem da vida; têm a mesma pretensão, mas precisam da intervenção do Poder Judiciário para que esse acordo de vontades produza os efeitos jurídicos almejados. Apesar de também não ser identificável a lide tradicionalmente conceituada como sendo um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida nos processos objetivos, é evidente que há uma insatisfação do autor, que por expressa previsão legal não pode obter o bem da vida desejado sem a intervenção do Poder Judiciário. Diferente do que ocorre nos processos de jurisdição voluntária, não existe acordo de vontade entre as partes, mas a obrigatoriedade de propor a ação de controle concentrado de constitucionalidade afasta a exigência da lide no processo objetivo para fins de configuração de interesse de agir.

Segundo a corrente clássica, na jurisdição voluntária não há partes, somente interessados, porque nela só existem sujeitos que pretendem obter um mesmo bem da vida e, portanto, não estão em situação antagônica na demanda judicial². Corrobora o entendimento a expressa previsão contida no art. 721 do CPC de que serão citados todos os interessados nos processos de jurisdição voluntária. Apesar de se tratar de uma questão meramente semântica, não trazendo relevância prática chamar os sujeitos que participam de demanda de jurisdição voluntária de partes ou interessados, cumpre observar

¹ Daniel Amorim Assumpção Neves, *Manual*, n. 1.7.2, p. 26-27.

² Arruda Alvim, *Manual*, p. 254; NERY Jr., *Intervenção*, p. 11.

que em nenhum conceito de *parte* é possível encontrar a necessidade de que estejam os sujeitos em conflito, em posições antagônicas³. Conforme será devidamente exposto, entendo que não existe réu no processo objetivo, mas o autor naturalmente é parte e como tal será tratado no processo⁴.

Conclusivamente, parece que o mais correto é conceituar-se o processo objetivo como um especial processo que se desenvolve no âmbito da jurisdição contenciosa.

1.2. COMPETÊNCIA

Segundo previsão do art. 102, I, *a*, da CF, o Supremo Tribunal Federal tem competência originária para o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual, quando alegada contrariedade à Constituição Federal. Sendo o Supremo Tribunal Federal uma corte constitucional, por isto conhecido como “guardião da Constituição Federal”, é natural que seja sua a competência para dizer a última palavra a respeito de eventuais violações às normas constitucionais. No controle difuso, dependerá da atuação das partes em levar o processo até o tribunal pela via recursal, enquanto no controle concentrado, sua manifestação é garantida pela competência originária.

Importante destacar que também os Tribunais de Justiça são competentes para o julgamento de ação direta de inconstitucionalidade, mas, nesse caso, a alegada ofensa atinge a Constituição Estadual. Aduz o art. 125, § 2º, da CF a possibilidade de representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais, considerados em face da Constituição Estadual. Registre-se a correta lição doutrinária a apontar a incorreção gramatical do texto constitucional, considerando-se que a chamada “representação” nada mais é do que uma ação direta de inconstitucionalidade. Mesmo na hipótese de lei municipal que se limite a reproduzir dispositivo da Constituição Federal de observância obrigatória pelos Estados, quando contestada em face da Constituição Estadual, a ação direta de inconstitucionalidade será de competência do Tribunal de Justiça⁵, restando a participação do Supremo Tribunal Federal relegada ao julgamento de eventual recurso extraordinário⁶.

Na realidade o entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema é até mais amplo, admitindo o cabimento da “representação de inconstitucionalidade” perante o Tribunal de Justiça mesmo que não haja

³ Silva-Gomes, *Teoria*, p. 78-79.

⁴ Para Marcelo Novelino (*Direito*, n. 13.2, p. 259), não existem partes formais no processo objetivo.

⁵ STF, Tribunal Pleno, Rcl 12.653 AgR/RR, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 20/06/2012, DJe 15/10/2012.

⁶ Luís Roberto Barroso, *O controle*, p. 150-151.

a reprodução da norma presente na Constituição Federal na Constituição Estadual, mas que nesta haja cláusula de caráter remissivo que, inscrita na Constituição Estadual, remeta, diretamente, às regras normativas constantes da própria Constituição Federal, assim incorporando-as, formalmente, mediante referida técnica de remissão, ao plano do ordenamento constitucional do Estado-membro⁷.

A limitação ao cabimento ora analisado encontra-se quando a norma violada constante da Constituição Estadual não seja reprodução obrigatória do texto da Constituição Federal. Nesse caso eventual julgamento pelo Tribunal de Justiça é considerado como usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal⁸.

A possibilidade de ingresso de ações diretas de inconstitucionalidade nos Tribunais de Justiça e no Supremo Tribunal Federal permite a existência concomitante de duas ações objetivando a declaração de inconstitucionalidade de uma mesma norma estadual, no primeiro caso, em face de Constituição Estadual e, no segundo, em face de Constituição Federal. Sempre que essa concomitância se verificar, como a decisão do Supremo Tribunal Federal naturalmente deve prevalecer, caberá o sobrestamento da ação perante o Tribunal de Justiça⁹.

1.3. LEGITIMIDADE

1.3.1. Legitimidade passiva

Afirma-se em doutrina que a relação jurídica de direito processual é formada por demandante, demandado e pelo Estado-Juiz, sendo essa sua composição mínima. Ainda que excepcionalmente possa existir processo sem autor (excepcionais demandas iniciadas de ofício pelo juiz) e mesmo sem réu (*v.g.*, reconhecimento de paternidade de pessoa morta sem herdeiros ou sucessores), realmente essa estrutura mínima é o que normalmente se verifica no caso concreto¹⁰. Diante da presença desses três sujeitos, sendo dois parciais (demandante e demandado) e um imparcial (juiz), é tranquilo o entendimento de que a relação processual é tríplice.

Sempre me pareceu que o processo objetivo, do qual faz parte a ação direta de inconstitucionalidade, ora tratada, é uma exceção à regra da relação

⁷ STF, Tribunal Pleno, Rcl 10.500 AgR/SP, rel. Min. Celso de Mello, j. 22/06/2011, DJe 29/09/2011.

⁸ STF, Tribunal Pleno, Rcl 4.329/MG, rel. Min. Ayres Britto, j. 17/11/2011, DJe 12/12/2011.

⁹ STF, Tribunal Pleno, ADI 2.361 MC/CE, rel. Min. Maurício Corrêa, j. 11/10/2001, DJ 01/08/2003, p. 100; Luís Roberto Barroso, *O controle*, p. 149-150; Dirley da Cunha Jr., *Controle*, p. 181-182; STF, Rcl 383/SP, Tribunal Pleno, rel. Min. Moreira Alves, j. 11/06/1992.

¹⁰ Bermudes, *Introdução*, p. 85; Galeno Lacerda, *Teoria*, p. 59.

jurídica processual tríplice, porque, nesse tipo de ação, não haverá propriamente um réu, ainda que os órgãos ou autoridades responsáveis pela lei ou pelo ato normativo objeto da ação sejam convocados a prestar informações no processo e o Advogado-Geral da União funcione, ao menos em regra, como o defensor de sua constitucionalidade.

Entendo equivocada a afirmação de que o Advogado-Geral da União formará o polo passivo da demanda¹¹, porque, apesar de participar do processo se opondo a pretensão do autor, não é contra ele voltado o pedido formulado na petição inicial, o que já é o suficiente para concluir que ele não pode ser considerado réu¹². Ademais, se fosse realmente réu, sua manifestação a favor da inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo – o que é plenamente aceitável, ainda que excepcional – significaria um reconhecimento jurídico do pedido, levando a resolução do processo a um julgamento por homologação, nos termos do art. 487, III, “a”, do CPC, o que naturalmente não é admissível, podendo o Supremo Tribunal Federal julgar o pedido improcedente mesmo com a manifestação do Advogado-Geral da União corroborando o pedido elaborado pelo autor em sua petição inicial. É preferível o entendimento de que atua no processo na qualidade de curador da presunção de constitucionalidade da lei ou ato normativo impugnado¹³.

Por outro lado, também não entendo que figurem no processo objetivo como réus o órgão ou autoridade responsáveis pela lei ou pelo ato normativo impugnado, porque não são eles os sujeitos passivos da pretensão do autor, sendo chamados somente em razão de sua responsabilidade pela criação da norma ou ato impugnado.

Apesar da atipicidade da situação, acredito que, no processo objetivo ora analisado, a tradicional relação processual tríplice não é formada, não sendo possível se atribuir a nenhum dos órgãos ou pessoas que participam desse processo a qualidade de réu¹⁴. Até porque, caso realmente existisse réu, seria também possível falar em parte sucumbente na hipótese de procedência do pedido, o que ensejaria inclusive a condenação do “réu” nas verbas sucumbenciais, situação que, no processo subjetivo, beira o teratológico.

1.3.2. Legitimidade ativa

No polo ativo, o art. 103 da CF prevê um amplo rol de legitimados, o que se mostra positivo em termos de incentivo à propositura dessa espécie de

¹¹ Teori Albino Zavascki, *Processo*, n. 11.4, p. 264; Didier Jr.-Braga-Oliveira, *Aspectos*, p. 363.

¹² Dirley da Cunha Jr. *Controle*, p. 174.

¹³ Peña de Moraes, *Curso*, n. 4.10.3, p. 245; Cunha Júnior, *Controle*, p. 212.

¹⁴ Novelino, *Curso*, p. 198.

demanda e, por consequência, natural fortalecimento do controle concentrado de constitucionalidade¹⁵.

Sendo o direito discutido no processo subjetivo de natureza difusa (direito da coletividade a um sistema constitucional coeso), o legitimado ativo não está em juízo defendendo em nome próprio um interesse próprio, não sendo o caso, portanto, de legitimidade ativa ordinária. O autor estará em juízo em nome próprio defendendo direito da coletividade.

Excepcionalmente admite-se que alguém em nome próprio litigue em defesa do interesse de terceiro, hipótese em que haverá legitimação extraordinária. Mesmo na vigência do diploma processual revogado, no qual era exigida a previsão legal expressa para se autorizar a legitimidade extraordinária no caso concreto, a melhor doutrina já entendia que essa espécie de legitimação, mesmo quando não prevista expressamente em lei, poderia decorrer logicamente do sistema¹⁶, como ocorre com a legitimação recursal da parte em apelar do capítulo da sentença que versa sobre os honorários advocatícios.

O art. 18, *caput*, do CPC, parece ter adotado expressamente tal entendimento, passando a prever que “ninguém poderá pleitear direito alheio em nome próprio, salvo quando autorizado pelo ordenamento jurídico”. A atual redação do dispositivo legal permite a conclusão de mesmo quando não houver previsão legal expressa a legitimação extraordinária ela pode ser admitida quando decorrer do ordenamento jurídico.

Registre-se a existência de corrente doutrinária que defende a limitação da legitimação extraordinária à tutela individual, afirmando que, por meio dessa espécie de legitimação, defende-se em juízo um direito subjetivo singular de titularidade de pessoa determinada. Sendo o direito difuso de titularidade da coletividade (sujeitos indeterminados e indetermináveis) e o direito coletivo de uma comunidade – classe, grupo ou categoria de pessoas (sujeitos indeterminados, mas determináveis), seria inaplicável a eles a legitimação extraordinária. Sob forte influência dos estudos alemães a respeito do tema, defendem os autores adeptos de tal tese que a legitimação ativa nas ações que têm como objeto direito difuso ou coletivo é uma terceira espécie de legitimidade, chamada de legitimidade autônoma para a condução do processo¹⁷.

Entendo não existir justificativa para a criação dessa terceira espécie de legitimação, sendo irrelevante a natureza do direito discutido em juízo, bem

¹⁵ Mendes-Coelho-Branco, *Curso*, São Paulo, Saraiva, 2007, p. 1.049.

¹⁶ Nery-Nery, *Código*, p. 178; Barbosa Moreira, *Notas*, p. 33.

¹⁷ Nery Jr.-Nery, *Código*, p. 178.

como o titular desse direito. Seja como for, a discussão se exaure no plano acadêmico, sendo o conteúdo da legitimação ativa ora analisado incontestável: o autor atua em nome próprio na defesa de interesse da coletividade.

Trata-se de legitimidade concorrente, porque existem vários legitimados, e disjuntiva, porque qualquer um dos legitimados pode ingressar sozinho com a ação judicial, o que não impede a formação de um litisconsórcio ativo facultativo.

Dentre os legitimados previstos pelo dispositivo constitucional mencionado, existe uma interessante divisão doutrinária¹⁸: (a) legitimados universais, cujo papel institucional permite a defesa da Constituição em qualquer hipótese: Presidente da República, Mesa do Senado Federal, Mesa da Câmara dos Deputados, Procurador-Geral da República, Conselho Federal da OAB, partido político com representação no Congresso Nacional; (b) legitimados especiais, com atuação restrita às questões que repercutem diretamente sobre a esfera jurídica do grupo de pessoas sobre as quais tenham representatividade adequada: Mesa de Assembleia Legislativa, Governador de Estado, Governador do Distrito Federal e as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional.

Importante ressaltar que a legitimidade desses sujeitos será analisada tão somente no momento de propositura da demanda, não havendo extinção da ação por perda superveniente de legitimidade ativa. Dessa forma, ainda que o partido político deixe de ter representação no Congresso Nacional durante o trâmite procedimental de ação direta de inconstitucionalidade proposta por ele, a ação seguirá normalmente¹⁹. Excepcionalmente, portanto, não haverá carência superveniente na hipótese de o autor deixar de ter legitimidade²⁰.

Característica singular do processo objetivo é a existência de uma excepcional capacidade postulatória das autoridades previstas pelo art. 103 da CF, considerando o Supremo Tribunal Federal que, nesse caso, ao menos enquanto ostentarem a condição prevista em lei, estão habilitadas a praticar atos privativos de advogado²¹. Essa exótica capacidade postulatória, entretanto, não se estende aos partidos políticos, às confederações sindicais

¹⁸ Barroso, *O controle*, p. 153.

¹⁹ STF, Tribunal Pleno, ADI 4.900/DF, rel. Min. Roberto Barroso, rel. p/ acórdão Min. Roberto Barroso, j. 11/02/2015, DJe 20/04/2015; STF, Tribunal Pleno, ADI 2.618 AgR-Agr/PR, rel. Min. Carlos Velloso, rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 12/08/2004.

²⁰ Expondo a carência superveniente como regra: Theodoro Jr., *Curso*, n. 320, p. 356; Nery Jr.-Nery, *Código*, p. 503; Yarshell, *Ação*, n. 41, p. 133.

²¹ STF, Tribunal Pleno, ADI 127 MC-QO/AL, rel. Min. Celso de Mello, j. 20/11/1989: DJ 04/12/1992, p. 23.057; STF, Tribunal Pleno, ADPF 33/PA, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 07/12/2005, DJ 27/10/2006, p. 31.

e às entidades de classe, dos quais se exige a presença de advogado devidamente constituído²², sendo nesse caso necessária procuração específica com poderes para impugnar por meio de processo objetivo a constitucionalidade de norma, ainda que dispensável a individualização dos dispositivos a serem atacados²³.

Mesmo que limitados a apenas alguns legitimados ativos, considero absolutamente irrazoável o entendimento consagrado pelo Supremo Tribunal Federal, não havendo qualquer sentido lógico ou jurídico para permitir atos privativos de advogados a sujeitos que não tenham a devida capacidade postulatória, salvo o Procurador-Geral da República, que naturalmente tem capacidade postulatória funcional²⁴. Com relação ao tema, registre-se precedente do Supremo Tribunal Federal no sentido de dispensar a assinatura do Governador do Estado caso a petição inicial esteja devidamente assinada pelo Procurador-Geral do Estado²⁵.

A legitimidade ativa do Presidente da República é ampla e irrestrita, sendo irrelevante sua participação na elaboração e/ou aprovação da lei ou ato normativo reputado por inconstitucional. Dessa forma, caso tenha seu veto derrubado ou mesmo quando tenha participado do procedimento legislativo por meio de iniciativa ou sanção, poderá ingressar com ação direta de inconstitucionalidade²⁶.

As questões mais polêmicas a respeito da legitimidade ativa são reservadas ao entendimento do que seria efetivamente uma confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional. A dificuldade em se precisar o conceito dos sujeitos ora descritos não significa que, nesses casos, o Supremo Tribunal Federal faça uma análise concreta da representação adequada, verificação estranha ao sistema coletivo atualmente existente no direito brasileiro, considerando-se ser a legitimação ativa coletiva *ope legis*²⁷. Na realidade, caberá ao Supremo Tribunal Federal precisar o conceito legal, mas jamais poderá negar legitimidade a um sujeito que se enquadre nesse conceito legal por uma suposta incapacidade técnica ou de qualquer outra natureza de ingressar com a ação direta de inconstitucionalidade, salvo a ausência de pertinência temática, que será analisada em seu devido tempo.

²² STF, Tribunal Pleno, ADI 127 MC-QO/AL, rel. Min. Celso de Mello, j. 20/11/1989, DJ 04/12/1992, p. 23.057.

²³ STF, Tribunal Pleno, ADI 2.728/AM, rel. Min. Maurício Correa, j. 28/05/2003, DJ 20/02/2004, p. 16.

²⁴ Cunha Junior, *Controle*, p. 217.

²⁵ STF, Tribunal Pleno, ADI 2.906/RJ, rel. Min. Marco Aurélio, j. 01/06/2011, DJe 29/06/2011.

²⁶ Barroso, *O controle*, p. 153-154; Peña de Moraes, *Curso*, pp. 228-229; Fernandes, *Curso*, p. 1.588.

²⁷ Andrade-Masson-Andrade, *Interesses*, 2.2.4, p. 47-48; Venturi, *Processo*, 7.1.8, p. 219-227; Nery-Nery, *Código*, p. 1.144; Abelha Rodrigues-Klippel, *Comentários*, p. 35; Assagra, *Direito*, p. 519.

Registre-se, entretanto, corrente doutrinária²⁸ e decisões do Superior Tribunal de Justiça²⁹ no sentido de ser a presunção legal criada pela legitimação ativa *ope legis* para as ações coletivas apenas relativa, sendo, portanto, admissível a produção de prova em sentido contrário. Partindo-se dessa premissa, além dos requisitos legais, outros poderiam ser analisados pelo juiz no caso concreto para definir se o autor representa adequadamente o direito a ser tutelado e os seus titulares.

Por entidade de classe o Supremo Tribunal Federal tem entendido uma entidade cujos filiados estejam vinculados entre si pelo exercício da mesma atividade econômica ou profissional, tendo, portanto, um interesse comum, não se admitindo a legitimidade de entidades criadas circunstancialmente por membros que não tenham homogeneidade de interesses³⁰.

O Supremo Tribunal Federal superou antigo entendimento, passando a admitir associação nacional de associações estaduais como legitimada à propositura da ação direta de inconstitucionalidade, considerando que a defesa dessa associação nacional não seria propriamente das associações estaduais, mas dos interesses da classe. Além disso, como corretamente admitido pelo voto do Ministro Sepúlveda Pertence, nas confederações sindicais existe fenômeno semelhante (os associados não são pessoas físicas, mas associações), não sendo legítimo tratamento diverso no tocante a associações nacionais não sindicais³¹.

Definido o conceito de entidade de classe de âmbito nacional e confederação sindical, cabe analisar os requisitos a serem atendidos no caso concreto por tais sujeitos para legitimar o ajuizamento da ação de controle concentrado. Segundo o Supremo Tribunal Federal, são quatro os requisitos cumulativos: “a) abrangência nacional; b) delimitação subjetiva da associação; c) pertinência temática; e d) compatibilidade entre a abrangência da representação da associação e o ato questionado”³².

Apesar de algumas críticas doutrinárias, o Supremo Tribunal Federal consolidou a aplicação analógica da Lei Orgânica dos Partidos Políticos para objetivar a dimensão nacional da entidade de classe, de forma que somente será considerada nacional a entidade que tiver membros em pelo menos nove

²⁸ Grinover, *Novas questões*, p. 213-214; Gidi, *Class actions*, p. 3.5.10, p. 129-135; Costa, *Comentários*, p. 390-391; Didier Jr.-Zaneti, *Curso*, p. 209; Leonel, *Manual*, 5.2.6, p. 173.

²⁹ STJ, 4ª Turma, REsp 1.213.614/RJ, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 01/10/2015, DJe 26/10/2015; STJ, 4ª Turma, REsp 1.405.697/MG, rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 17/09/2015, DJe 08/10/2015.

³⁰ Barroso, *O controle*, p. 157; Mendes-Coelho-Branco, *Curso*, p. 1050.

³¹ Informativo 361 do STF: ADIN nº 3.153 AgR/DF, rel. Min. Celso de Melo, rel. p/ acórdão Min. Sepúlveda Pertence, j. 12/08/2004.

³² STF, Tribunal Pleno, ADI 4.912/MG, rel. Min. Edson Fachin, j. 11/05/2016, DJe 24/05/2016.

Estados da Federação e atuação transregional, sendo irrelevante a expressa menção formal ao caráter nacional nos atos constitutivos da entidade³³.

Nos termos do art. 535 da CLT, a confederação sindical deve estar organizada com no mínimo três federações (três Estados), sendo entendimento pacificado do Supremo Tribunal Federal a exigência de seu registro no órgão estatal com atribuição para tanto, nos termos do art. 8º, I, da CF³⁴. É tranquilo o entendimento pela ilegitimidade ativa das associações, federações ou qualquer outra organização de índole sindical que não a confederação sindical.

Além dessa abrangência nacional, só se admitirá a propositura da ação direta de inconstitucionalidade na hipótese de existir um vínculo de afinidade temática entre a entidade de classe ou confederação sindical e o objeto litigioso³⁵.

De forma resumida, pode-se extrair de julgamento do Tribunal Pleno as condições para a legitimidade ativa nas ações de controle concentrado de constitucionalidade por parte de confederações sindicais e entidades de classe: “(a) a caracterização como entidade de classe ou sindical, decorrente da representação de categoria empresarial ou profissional; (b) a abrangência ampla desse vínculo de representação, exigindo-se que a entidade represente toda a respectiva categoria, e não apenas fração dela; (c) o caráter nacional da representatividade, aferida pela demonstração da presença da entidade em pelo menos 9 (nove) estados brasileiros; e (d) a pertinência temática entre as finalidades institucionais da entidade e o objeto da impugnação”³⁶.

Embora a Ordem dos Advogados do Brasil seja considerada uma entidade de classe, a expressa previsão da legitimidade no art. 103 da CF afasta a exigência da “pertinência temática”³⁷. As associações de magistrados, por exemplo, não escapam da exigência de pertinência temática para terem legitimidade ativa no processo objetivo³⁸.

Existe interessante debate acadêmico a respeito do fundamento da extinção do processo na hipótese de não restar configurada a chamada pertinência temática. Todos concordam pela extinção por carência da ação, mas a doutrina se divide entre aqueles que defendem como fundamentos a

³³ Mendes-Coelho-Branco, *Curso*, p. 1.052; STF, ADI 912/RS, Tribunal Pleno, rel. Min. Néri da Silveira, j. 04/08/1993.

³⁴ STF, Tribunal Pleno, ADI 4.422 AgR/DF, rel. Min. Celso de Mello, j. 06/11/2014, DJe 19/02/2015.

³⁵ STF, Tribunal Pleno, ADI 3.906 AgR/DF, rel. Min. Menezes Direito, j. 07/08/2008; Rcl 5.914 AgR/BA, Tribunal Pleno, rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 25/06/2008.

³⁶ Informativo 995/STF, Plenário, ADI 6.465 AgR/DF, rel. Min. Alexandre de Moraes, julgamento virtual finalizado em 19.10.2020.

³⁷ STF, Tribunal Pleno, ADI 4.650/DF, rel. Min. Luiz Fux, j. 17/09/2015, DJe 24/02/2016.

³⁸ STF, Tribunal Pleno, ADI 4.400/DF, rel. Min. Ayres Britto, rel. p/ acórdão Min. Marco Aurélio, j. 06/03/2013, DJe 03/10/2013.

ilegitimidade ativa³⁹ e a ausência de interesse de agir⁴⁰. O Supremo Tribunal Federal dá sinais de compartilhar do primeiro entendimento⁴¹, que realmente parece ser o mais correto, considerando-se que a admissão ou não de determinado sujeito no polo ativo de uma demanda judicial diz respeito à sua legitimação para a propositura da ação. Na prática, como se nota, não há consequência relevante da distinção, sendo o acórdão sempre fundado no art. 485, VI, do CPC.

Por fim, a compatibilidade entre a abrangência da representação da associação e o ato questionado impede que entidades que congregam mera fração ou parcela de categoria profissional em cujo interesse pretendem litigar tenham legitimidade de agir⁴².

1.4. PROCEDIMENTO

1.4.1. Petição inicial

Apesar da relevância da matéria tratada na ação direta de inconstitucionalidade, aplica-se no caso o princípio da inércia da jurisdição (princípio da demanda), de forma que cabe exclusivamente aos legitimados pelo art. 103 da CF e art. 2º da Lei 9.868/1999, em grupo ou isoladamente, dar início ao processo por meio de uma petição inicial. O início do processo de ofício, portanto, é vedado.

Ainda que o art. 3º da Lei 9.868/1999 preveja alguns requisitos formais que a petição inicial deve conter, é imprescindível uma aplicação subsidiária do art. 319 do CPC naquilo que não for incompatível com a natureza e procedimento do processo objetivo. Ressalte-se desde já a exigência contida no art. 3º da Lei 9.868/1999 de que a petição inicial seja apresentada em duas vias.

É natural que a petição inicial seja devidamente endereçada ao Supremo Tribunal Federal (art. 319, I, do CPC), bem como que o autor – e também o réu para aqueles que acreditam em sua existência – sejam devidamente qualificados, ainda que não com todos os dados constantes do art. 319, II, do CPC. Entendo pela desnecessidade de requerimento de produção de provas (art. 319, VI, do CPC), já que, no caso de processo objetivo, ainda que se admita produção de prova, não existe preclusão probatória por ausência de requerimento do autor. Também é dispensável o requerimento de não

³⁹ Didier Jr.-Braga-Oliveira, *Aspectos*, p. 371.

⁴⁰ Barroso, *O controle*, p. 159; Mendes-Coelho-Branco, *Curso*, p. 1.054.

⁴¹ STF, Tribunal Pleno, ADI 2.551 MC-QQ/MG, rel. Min. Celso de Mello, j. 02/04/2003; ADI 2.831 MC-RJ, rel. Min. Mauricio Correa, j. 11/03/2004.

⁴² STF, Tribunal Pleno, ADI 4.750 AgR/RJ, rel. Min. Luiz Fux, j. 21/05/2015, DJe 15/06/2015.

realização da audiência de mediação e conciliação (art. 319, VII, do CPC), inaplicável ao procedimento ora analisado.

Como o art. 291 do CPC prevê que a toda causa será atribuído um valor, parece necessário que o autor indique um valor à ação ora analisada, nos termos do art. 319, V, do CPC, ainda que se trate de valor aleatório em razão do valor inestimável do bem da vida pretendido. A exigência de indicação de um valor da causa possibilita ao órgão julgador a imposição de multas por deslealdade e má-fé processual, todas fixadas em algum percentual do valor da causa. Registre-se, entretanto, que não se exige a indicação de valor da causa.

Segundo o art. 3º, I, da Lei 9.868/1999, a petição inicial indicará o dispositivo da lei ou do ato normativo impugnado e os fundamentos jurídicos do pedido em relação a cada uma das impugnações. O dispositivo legal parece indicar a causa de pedir (art. 319, III, do CPC), sendo indispensável a indicação específica da norma que se pretende declarar como inconstitucional, mas não existe necessidade de indicação expressa dos artigos de lei que fundamentam a pretensão do autor, até porque fundamentos jurídicos do pedido não podem ser confundidos com fundamentos legais⁴³.

Apesar da exigência feita ao autor de indicar os fundamentos jurídicos de sua pretensão, como ocorre em qualquer petição inicial, corrente doutrinária majoritária defende a aplicabilidade da chamada “*causa petendi* aberta”, de forma que o tribunal não esteja vinculado ao fundamento jurídico exposto pelo autor, podendo motivar sua decisão em fundamentos não arguidos na petição inicial⁴⁴. Existem diversas decisões do Supremo Tribunal Federal acolhendo esse entendimento⁴⁵, inclusive permitindo-se que a natureza de inconstitucionalidade seja diversa daquela narrada pelo autor (alegação de inconstitucionalidade formal e procedência do pedido por inconstitucionalidade material e vice-versa). A causa de pedir aberta, entretanto, não dispensa o autor do ônus de formular uma fundamentação jurídica em sua petição inicial⁴⁶.

Além da causa de pedir, o art. 3º, II, da Lei 9.868/1999 exige da petição inicial a indicação do pedido, com suas especificações (art. 319, IV, do CPC). Na realidade, o pedido é sempre o mesmo, o de declaração de inconstitucionalidade da norma, mas, considerando-se a existência de diferentes espécies de inconstitucionalidade, caberá ao autor a indicação expressa de qual delas representa sua pretensão.

⁴³ STJ, 6ª Turma, AgRg no RMS 19.052/MG, rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 24/11/2015, DJe 07/12/2015.

⁴⁴ Mendes-Coelho-Branco, *Curso*, p. 1068; Guilherme Peña de Moraes, *Curso*, p. 210.

⁴⁵ STF, Tribunal Pleno, ADI 3424, rel. Min. Edson Fachin, rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 19/04/2021, DJe 30/06/2021; STF, Tribunal Pleno, ADI 2.213 MC/DF, rel. Min. Celso de Mello, j. 04/04/2002, DJ 23/04/2004, p. 7.

⁴⁶ STF, Tribunal Pleno, ADI 4.461, rel. Min. Roberto Barroso, j. 11/11/2019, DJe, 04/12/2019.

Entendo ser cabível a cumulação de pedidos, admitindo-se que numa mesma ação direta de inconstitucionalidade se pretenda a declaração de inconstitucionalidade de mais de uma norma legal ou ato normativo. Há, inclusive, decisão do Supremo Tribunal Federal admitindo a cumulação de pedidos típicos de ação direta de inconstitucionalidade e de ação direta de inconstitucionalidade por omissão⁴⁷, e de pedidos típicos de ação direta de inconstitucionalidade e de ação declaratória de constitucionalidade⁴⁸, desde que preenchidos os requisitos de cumulação previstos no Código de Processo Civil (art. 327, § 1º, do CPC).

Segundo o art. 492 do CPC, o juiz não pode conceder diferente ou a mais do que for pedido pelo autor. Trata-se do *princípio da congruência*, também conhecido como princípio da *correlação* ou da *adstrição*. Para significativa parcela doutrina, o princípio da congruência decorre do princípio dispositivo⁴⁹, ficando o juízo condicionado à vontade da parte expressa nos limites por ela traçados em seu pedido.

Esmiuçando tal entendimento, em análise mais minuciosa nota-se que o princípio ora estudado é fundamentado em dois outros princípios: *inércia da jurisdição* (princípio da jurisdição) e *contraditório* (princípio do processo)⁵⁰. A inércia da jurisdição determina que o juízo só se movimenta quando provocado pelo interessado, sendo que essa movimentação ocorre nos estritos limites do pedido e causa de pedir elaborados pelo autor. Por outro lado, o réu limita sua defesa tomando por base a pretensão do autor, não havendo sentido defender-se de pedido não elaborado ou de causa de pedir não narrada na petição inicial. Uma decisão proferida fora desses limites surpreenderá o réu, o que não se pode admitir em respeito ao princípio do contraditório.

A regra da adstrição do juízo ao pedido elaborado pelo autor encontra interessante exceção no processo objetivo com a chamada inconstitucionalidade reflexa, ou por ricochete, também conhecida na doutrina como inconstitucionalidade por consequência, arrastamento ou por atração⁵¹. O Supremo Tribunal Federal admite que, ao declarar a inconstitucionalidade de uma norma, possa também declarar outras normas não impugnadas na ação judicial em razão de sua interdependência com aquela declarada inconstitucional⁵². A adoção do entendimento de inconstitucionalidade consequencial

⁴⁷ STF, Tribunal Pleno, ADI 4.650/DF, rel. Min. Luiz Fux, j. 17/09/2015, DJe 24/02/2016.

⁴⁸ STF, Tribunal Pleno, ADI 5.316 MC/DF, rel. Min. Luiz Fux, j. 21/05/2015, DJe 06/08/2015.

⁴⁹ Nery Jr.-Nery, *Código*, p. 669; Costa Machado, *Código*, p. 468; Arruda Alvim, *Manual*, n. 301, p. 554.

⁵⁰ Theodoro Jr., *Curso*, n. 493-b, p. 574; Arruda Alvim, *Manual*, n. 301, p. 554; Dinamarco, *Instituições*, n. 940, p. 274.

⁵¹ Marcelo Novelino, *Direito*, n. 11.6.4.2.1, p. 237-238.

⁵² STF, Tribunal Pleno, ADI 1.358/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 04/02/2015, DJe 03/03/2015.

ou por arrastamento afasta o princípio da adstrição, admitindo-se que a concessão de tutela pelo órgão jurisdicional seja mais ampla do que aquela expressamente requerida pelo autor.

As últimas exigências formais do art. 3º da Lei 9.868/1999 estão previstas em seu parágrafo único: procuração, quando a petição inicial for subscrita por advogado, e instrução com cópias da lei ou do ato normativo impugnado e dos documentos necessários para comprovar a impugnação.

Segundo o art. 320 do CPC, a petição inicial deve ser instruída com os documentos indispensáveis à propositura da ação, podendo se compreender que, na ação direta de inconstitucionalidade, esses documentos são aqueles descritos no art. 3º da Lei 9.868/1999 (procuração e cópia da lei ou ato normativo impugnado), sendo de difícil compreensão a exigência para a juntada de outros documentos necessários a comprovar a impugnação. De qualquer forma, o dispositivo legal ora analisado sugere a existência de preclusão para a apresentação desses documentos, o que não parece ser o mais adequado, devendo se aplicar o entendimento consagrado pelo Superior Tribunal de Justiça, que permite a juntada de documentos a qualquer momento do procedimento, desde que não haja má-fé e se respeite o contraditório⁵³, tendo sido tal entendimento, inclusive, consagrado no art. 435, parágrafo único, do CPC.

O Supremo Tribunal Federal aplica a regra da estabilização objetiva da demanda, entendendo que a emenda ou aditamento da petição inicial só são admitidos antes do requerimento de informações à autoridade ou órgão do qual emanou a lei ou ato normativo impugnado, sendo também esse o entendimento majoritário da doutrina⁵⁴.

Interessante questão diz respeito à impugnação de medida provisória que, durante o trâmite procedimental, se converte em lei, sendo entendimento tradicional do Supremo Tribunal Federal que o aditamento só será admitido quando não houver alteração na aprovação da medida provisória; havendo alteração, será caso de extinção da ação por perda superveniente de objeto⁵⁵. Registre-se, entretanto, decisão que admite a continuação do processo, mesmo quando verificada a aprovação da medida provisória em lei, entendendo o Supremo Tribunal Federal que, na hipótese de alteração não substancial do conteúdo na norma, não se deve extinguir a ação sem resolução de mérito⁵⁶.

O entendimento deve ser prestigiado, pois nitidamente consagra princípios fundamentais do processo civil moderno, não tendo qualquer sentido se

⁵³ STJ, 4ª Turma, REsp 795.862/PB, rel. Min. Jorge Scartezini, j. 17/10/2006; Theodoro Jr., *Curso*, n. 459, p. 518; Luiz Fux, *Curso*, p. 712.

⁵⁴ Guilherme Peña de Moraes, *Curso*, p. 210.

⁵⁵ STF, Tribunal Pleno, ADI 1.125 MC/DF, rel. Min. Carlos Velloso, j. 01/02/1995, DJ 31/03/1995, p. 7.773.

⁵⁶ STF, Tribunal Pleno, ADI 4.048 MC/DF, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 14/05/2008, DJE 157.

falar em perda superveniente de objeto, quando a alteração for meramente formal, muitas vezes limitando-se a uma nova redação do texto legal⁵⁷. O que interessa é descobrir, no caso concreto, se a alteração foi substancial, atingindo de forma significativa o conteúdo na norma, de forma a tornar o pedido de declaração de inconstitucionalidade inútil, até porque, isso não ocorrendo e sendo extinta a ação sem a resolução do mérito, certamente o autor ingressará com nova ação direta de inconstitucionalidade pelos mesmos fundamentos, alterando somente a indicação da norma legal que pretende ver declarada inconstitucional.

1.4.2. Posturas do juiz diante da petição inicial

1.4.2.1. Emenda da petição inicial

Em razão do caráter instrumentalista que norteia o processo civil moderno, a emenda – ou complementação – da petição inicial prevista no art. 321 do CPC ganha cada vez mais espaço e importância. Defende-se que, sempre que for possível a escolha entre a emenda da petição inicial e seu indeferimento, deve o juiz optar pelo primeiro caminho, reservando-se o indeferimento da petição inicial a situações de fato absolutamente impossíveis de serem saneadas ou corrigidas⁵⁸. O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, tem entendimento de que a emenda da petição inicial é um direito do autor, não podendo o juiz indeferir a petição inicial antes de oportunizar ao autor seu saneamento, sempre que isso se mostrar possível no caso concreto⁵⁹.

Não há qualquer razão plausível para se afastar tal entendimento do procedimento da ação direta de inconstitucionalidade, sendo também esse o atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema⁶⁰. O relator concederá prazo de 15 dias para que o autor emende ou complemente a petição inicial. Admite-se, no caso concreto, que o relator amplie esse prazo, quando entendê-lo muito exíguo para o saneamento exigido⁶¹, entendimento consagrado pelo art. 139, VI, do CPC.

Esse prazo de emenda, além de ser dilatatório, parece também ser impróprio, já que o seu mero decurso não é o suficiente para impedir o autor de emendar sua petição inicial. Na realidade, conforme correto precedente

⁵⁷ Didier Jr.-Braga-Oliveira, *Aspectos*, p. 379.

⁵⁸ Nery Jr.-Nery, *Código*, p. 551.

⁵⁹ STJ, 4ª Turma, REsp 1.143.968/MG, rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 26/02/2013, DJe 01/07/2013; STJ, 1ª Turma, AgRg no REsp 1.089.211/RJ, rel. Min. Luiz Fux, j. 16/12/2010, DJe 21/02/2011.

⁶⁰ STF, Tribunal Pleno, ADI 1.949 MC/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 18/11/1999, DJ 25/11/2005, p. 5; Informativo 193/STF: Tribunal Pleno, ADI 2.187/BA, rel. Min. Octávio Gallotti, j. 15/06/2000.

⁶¹ STJ, 3ª Turma, REsp 871.661/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 17/05/2007.

do Superior Tribunal de Justiça⁶², caso o autor, entre o decurso do prazo e a efetiva prolação da decisão extintiva do processo, peticione nos autos saneando o vício, o processo deve der seguimento.

1.4.2.2. Indeferimento da petição inicial

Cumpra inicialmente ressaltar a tradicional lição doutrinária de que só haverá indeferimento da petição inicial antes da citação do réu⁶³, a qual, sendo adaptada ao procedimento da ação direta de inconstitucionalidade, significa que o ato deve ser realizado antes de prestadas as informações referidas no art. 6º da Lei 9.868/1999.

Segundo o art. 4º da Lei 9.868/1999, a petição inicial será indeferida pelo relator quando for inepta, não fundamentada e manifestamente improcedente. Numa visão mais instrumentalista, os dois primeiros casos de indeferimento previstos pelo dispositivo legal são hipóteses de emenda da petição inicial.

De qualquer forma, interessante notar que, nas duas primeiras hipóteses de indeferimento da petição inicial, a decisão do relator terá natureza terminativa, considerando-se ter como objeto vícios formais da peça. Já na terceira hipótese, a decisão tem natureza de mérito, considerando-se que a manifesta improcedência decorre da ausência de qualquer fundamento jurídico sério que possa minimamente sustentar a pretensão do autor. Não deixa de ser curioso que na maioria das ações não seja admitida a improcedência liminar na hipótese de manifesta improcedência, já que essa hipótese não está contemplada no art. 332 do CPC. A única ação em que essa solução é admitida é a ação de embargos à execução, em razão do previsto no art. 918, III, do CPC. E na ação ora analisada também é possível em razão do previsto no art. 4º da Lei 9.868/1999.

Segundo o art. 4º, parágrafo único, da Lei 9.868/1999, cabe agravo contra a decisão monocrática do relator que indeferir a petição inicial. Trata-se do agravo interno previsto pelo art. 1.021 do CPC. Como já tive oportunidade de defender, sempre que se admite a decisão monocrática do relator, sua participação dá-se como de um “porta-voz avançado”⁶⁴ do órgão colegiado, que, por razões de facilitação procedimental ou urgência da situação, recebe de forma delegada do órgão colegiado a competência, ou seja, o poder de decidir legitimamente. No caso presente, é inegável que o princípio da celeridade processual⁶⁵ incentivou o legislador a permitir expressamente o

⁶² STJ, 3ª Turma, REsp 871.661/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 17/05/2007.

⁶³ Dinamarco, *Instituições*, n. 1.026, p. 401; Nery Jr.-Nery, *Código*, p. 685; Greco Filho, *Direito processual*, p. 116.

⁶⁴ Barbosa Moreira, *Algumas*, p. 324.

⁶⁵ Mendes-Coelho-Branco, *Curso*, p. 1069.

juízo monocrático pelo relator, mas o reconhecimento de sua atuação com competência delegada justificou a expressa previsão do cabimento do recurso de agravo, que seguirá fundamentalmente o trâmite previsto no art. 1.021 do CPC, com aplicação subsidiária do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (art. 317, apesar de o presente agravo ser legal e não regimental, o qual, inclusive, perdeu completamente sua utilidade com o Código de Processo Civil de 2015⁶⁶).

1.4.2.3. Pedido de informações

Não sendo caso de indeferimento da petição inicial, o relator pedirá informações aos órgãos ou às autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado. Apesar do silêncio da lei, esse “pedido” se dará por meio da intimação pessoal do representante legal do órgão ou da autoridade. Aduz o art. 6º, parágrafo único, da Lei 9.868/1999, que o prazo para a prestação dessas informações é de 30 dias, contados do recebimento do pedido, parecendo tratar-se de prazo impróprio, que, uma vez descumprido, não gera a preclusão temporal, de forma que se admita, após o transcurso do prazo, a prestação válida das informações.

Ainda que se admita a natureza imprópria do prazo legal de prestação das informações, o procedimento não pode ser paralisado em razão da inércia do órgão ou da autoridade, de forma que, mesmo sem a prestação das informações, caberá ao relator dar continuidade ao procedimento.

Em edições anteriores defendi que nesse caso haveria uma preclusão mista (temporal/consumativa), a partir do momento da manifestação do Advogado-Geral da União. Pensando melhor a respeito do tema, entretanto, e sem abandonar a ideia de preclusão mista na hipótese ora analisada, entendo que o termo de tal preclusão deve ser estendido para o julgamento da causa.

Ainda que haja inegavelmente uma inversão da ordem processual, a prestação de informações depois da oitiva do Advogado-Geral da União, e mesmo do Procurador-Geral da República, não há prejuízo ao andamento procedimental, sendo importante ao órgão julgador ter em seu poder ambas manifestações para melhor decidir. Naturalmente que, depois do julgamento, será tarde demais para a prestação de informações.

1.4.2.4. Manifestações do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República

Aduz o art. 8º da Lei 9.868/1999 que, após as informações dos órgãos ou às autoridades das quais emanou a lei ou o ato normativo impugnado,

⁶⁶ Neves, *Manual*, n. 72,1, p. 1.558.

num prazo sucessivo de 15 dias, serão ouvidos o Advogado-Geral da União e o Procurador-Geral da República.

Com relação à atuação do Advogado-Geral da União existe viva controvérsia. Para alguns doutrinadores, o Advogado-Geral da União não precisa necessariamente impugnar a pretensão do autor, não havendo sentido forçar órgão constitucional a defender uma lei ou norma nitidamente inconstitucional⁶⁷. A própria Advocacia-Geral da União por vezes se manifesta no sentido de não ser obrigada a defender o ato ou texto impugnado, ainda mais quando o próprio Tribunal já se manifestou pela inconstitucionalidade da tese jurídica apresentada⁶⁸.

Não é esse, entretanto, o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que prefere atribuir ao Advogado-Geral da União uma atuação de curador da presunção de constitucionalidade dos atos emanados do Poder Público, cabendo a ele, em qualquer circunstância, concretizar o contraditório ao impugnar a pretensão do autor.⁶⁹

Na realidade, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema centra-se na fiel aplicação do art. 103, § 3º, da CF, que, sem margens para dúvidas, prevê que caberá ao Advogado-Geral da União a defesa do ato ou do texto impugnado na ação direta de inconstitucionalidade. Como bem observado por parcela doutrinária, pode não ter sido feliz o texto constitucional, que mereceria, portanto, revisão, mas é inegável que, sem uma modificação do texto legal, a atuação do Advogado-Geral da União é de defensor, não podendo se limitar à elaboração de um mero parecer, inclusive apontando a inconstitucionalidade pretendida pelo autor⁷⁰.

Há, entretanto, duas exceções a esse entendimento, já que o Supremo Tribunal Federal admite que o Advogado-Geral da União deixe de defender a constitucionalidade do ato ou norma impugnado quando já houver no tribunal declaração anterior de inconstitucionalidade⁷¹, e quando a pretensão do autor coincidir com o interesse da União no caso concreto⁷².

Não existem discussões na doutrina a respeito da função do Procurador-Geral da República nesse caso, que, atuando como fiscal da ordem jurídica, deverá elaborar um parecer com seu entendimento a respeito da alegada

⁶⁷ Mendes-Coelho-Branco, *Curso*, p. 1071-1072.

⁶⁸ STF, Tribunal Pleno, ADI 3.259/PA, rel. Min. Eros Grau, j. 16/11/2005, DJ 24/02/2006, p. 5; ADI 2.687/PA, rel. Min. Nelson Jobim, j. 20/03/2003, DJ 06/06/2003, p. 30.

⁶⁹ STF, Tribunal Pleno, ADI 3.522/RS, rel. Min. Marco Aurélio, j. 24/11/2005, DJ 12/05/2006, p. 4. Na doutrina: Marcelo Novelino, *Direito*, n. 13.7, p. 270.

⁷⁰ Didier Jr.-Braga-Oliveira, *Aspectos*, p. 383.

⁷¹ STF, Tribunal Pleno, ADI 1.616/PE, rel. Min. Maurício Corrêa, j. 24/05/2001, DJ 24/08/2001, p. 41.

⁷² Informativo 562/STF, Plenário, ADI 3.916/DF, rel. Min. Eros Grau, j. 07/10/2009.

inconstitucionalidade. O único tema relevante a respeito dessa atuação se verifica na hipótese de ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Procurador-Geral da República. Sendo autor, deverá funcionar também como fiscal da ordem jurídica? Devem existir dois membros diferentes do Ministério Público Federal no processo, um como autor e outro como fiscal da ordem jurídica?

No sistema processual anterior, no qual a legitimidade ativa era exclusiva do Procurador-Geral da República, tinha sentido o ingresso de ação direta de inconstitucionalidade e posterior manifestação como fiscal da ordem jurídica, até mesmo no sentido da declaração de constitucionalidade. No atual sistema, entretanto, com a pluralidade de legitimados ativos, caso o Procurador-Geral da República ingresse com a ação, cobra-se uma atuação de autor, inclusive com o pedido expresso de declaração de inconstitucionalidade, como já teve oportunidade de decidir o Supremo Tribunal Federal.

Caso não entenda inconstitucional a norma, não tem qualquer sentido ingressar com ação, deixando tal tarefa ao legitimado que tenha diversa percepção. Entendo que não há qualquer sentido abrir prazo para manifestação do Procurador-Geral da República quando ele próprio ingressou com demanda, porque, de duas uma: ou reforça seus fundamentos, o que demonstra a inutilidade do ato; ou muda de ideia e pede a improcedência do pedido, o que não parece ser permitido em razão do fenômeno processual da preclusão lógica⁷³.

Apesar de entendimento contrário de parcela doutrinária⁷⁴, e do procedimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal⁷⁵, não parece que a aplicação do art. 103, § 3º, da CF seja justificativa suficiente para a emissão de parecer como fiscal da ordem jurídica nesse caso, considerando-se que o texto constitucional determina que o Procurador-Geral da República seja previamente ouvido, o que naturalmente já ocorre quando a petição inicial da ação é por ele elaborada.

1.4.2.5. Instrução probatória

É tradicional a afirmação de que a ação direta de inconstitucionalidade versa exclusivamente sobre matérias de direito, de forma que bastaria ao Supremo Tribunal Federal a verificação da norma questionada à luz da norma constitucional superior. Contrariando esse entendimento, o art. 9º, § 1º, da Lei 9.868/1999, prevê que, em caso de necessidade de esclarecimento de matéria

⁷³ Contra: Marcelo Novelino, *Direito*, n. 13.6, p. 270; Fernandes, *Curso*, p. 1.596.

⁷⁴ Luis Roberto Barroso, *O controle*, p. 161; Guilherme Peña de Moraes, *Curso*, p. 195.

⁷⁵ STF, Tribunal Pleno, ADI 3.259/PA, rel. Min. Eros Grau, j. 16/11/2005, DJ 24/02/2006, p. 5.

ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria.

O Supremo Tribunal Federal já vem se valendo do dispositivo legal nos processos objetivos de controle de constitucionalidade⁷⁶, nitidamente superando seu anterior posicionamento de não cabimento da ação direta de inconstitucionalidade para o deslinde da questão, quando mostrar-se indispensável exame da matéria de fato. Registre-se, entretanto, que o desenvolvimento probatório do procedimento ora analisado não é voltado propriamente aos fatos constitutivos do direito do autor, recaindo sobre fatos relativos ao processo legislativo, forma de incidência e repercussão prática da declaração de constitucionalidade ou não da norma impugnada⁷⁷.

1.5. TUTELA DE URGÊNCIA

A Seção II do Capítulo II da Lei 9.868/1999 prevê a medida cautelar em ação direta de inconstitucionalidade, regulando o procedimento para sua concessão nos arts. 10, 11 e 12. É interessante notar que, apesar de prever uma medida cautelar, a lei expressamente dispensa o ingresso de ação autônoma cautelar, cabendo ao autor elaborar seu pedido como tópico da petição inicial. Pode-se afirmar que tal realidade foi precursora da extinção do processo cautelar autônomo incidental pelo Código de Processo Civil de 2015, sendo agora admitida para qualquer pedido de natureza cautelar sua elaboração como tópico da petição inicial da ação principal.

Antes de propriamente analisar o procedimento para a concessão de tutela de urgência na ação direta de inconstitucionalidade, cumpre apontar a imprecisão do texto legal, que indevidamente confunde diferentes espécies de tutela de urgência, ainda que na prática não haja consequências significativas do equívoco consagrado na literalidade da norma ora comentada.

É tradicional na doutrina a distinção entre a tutela cautelar e a tutela antecipada com fundamento na explicação de que a primeira assegura o resultado útil do processo, enquanto a segunda satisfaz faticamente o direito da parte (geralmente o autor, mas não exclusivamente)⁷⁸. Parece claro que a pretensão do autor com a chamada “medida cautelar” prevista nos artigos já

⁷⁶ STF, Tribunal Pleno, ADI 4.066/DF, rel. Min. Rosa Weber, j. 24/08/2017, DJe 07/03/2018.

⁷⁷ Guilherme Peña de Moraes, *Curso*, p. 213.

⁷⁸ Theodoro Jr., *O processo*, p. 89; Dinamarco, *A Reforma*, p. 140-141; Batista Lopes, *Tutela*, p. 40-41; Fidélis dos Santos, *Novíssimos*, p. 25; Araken de Assis, *Antecipação*, p. 15-19; Nery Jr.-Nery, *Código*, p. 524.

mencionados é a consequência prática imediata da declaração de ineficácia da lei ou ato normativo impugnado, o que, inclusive, vem confirmado pelo art. 11, § 1º, da Lei 9.868/1999. Sendo a ineficácia uma consequência prática da declaração de inconstitucionalidade, a chamada “medida cautelar”, na realidade, atua como “tutela antecipada”, antecipando os efeitos executivos da tutela pretendida em sede principal⁷⁹.

Esse entendimento acaba sendo refletido na praxe forense, já que é comum constar da petição inicial da ação direta de inconstitucionalidade um pedido de liminar, que, quando utilizado como espécie de tutela de urgência – como parece ser o caso –, é tutela de urgência satisfativa, exatamente com a mesma função da tutela antecipada. Existem, inclusive, decisões do Supremo Tribunal Federal deferindo a liminar pleiteada, sem a indicação expressa à “medida cautelar” prevista em lei⁸⁰, por vezes, inclusive, reconhecendo expressamente sua natureza antecipatória⁸¹.

Apesar da nítida natureza de tutela antecipada, o Supremo Tribunal Federal entende que a concessão da “medida cautelar” na ação direta de inconstitucionalidade depende da presença no caso concreto dos tradicionais elementos cautelares do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*⁸². O art. 300, *caput*, do CPC prevê que os requisitos para a concessão da tutela de urgência – tanto cautelar como antecipada – dependem de elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo. A utilização das tradicionais expressões *fumus boni iuris* e *periculum in mora* deve se adequar a essa nova realidade legislativa.

Cumpra ainda registrar entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido de dispensa do *periculum in mora* (perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo), valendo-se, em seu lugar, do chamado “critério de conveniência”, por meio do qual o tribunal analisa o que será mais conveniente: manter os efeitos da lei ou ato impugnado até o julgamento da ação direta de inconstitucionalidade ou conceder a tutela de urgência para impedir imediatamente seus efeitos⁸³.

Com a unificação dos critérios para a concessão da tutela antecipada e cautelar no art. 300, *caput*, do CPC, pode parecer não haver mais consequência

⁷⁹ Teori Albino Zavascki, *Processo*, n. 11.6, p. 268; Didier Jr.-Braga-Oliveira, *Aspectos*, p. 405; Guilherme Peña de Moraes, *Curso*, p. 214-215.

⁸⁰ STF, Tribunal Pleno, ADI 3.937 MC/SP, rel. Min. Marco Aurélio, j. 04/06/2008, *DJE* 192, 09/10/2008; ADI 2.527 MC/DF, rel. Min. Ellen Gracie, j. 16/08/2007, *DJE* 147, 22/11/2007.

⁸¹ STF, Tribunal Pleno, MS 31.816 MC-AgR/DF, rel. Min. Teori Zavascki, j. 27/02/2013, *DJE* 13/05/2013.

⁸² STF, Tribunal Pleno, ADI 4.062 MC/SC, rel. Min. Joaquim Barbosa, j. 04/06/2008, *DJE* 112, 19/06/2008; ADI 3.923 MC/MA, rel. Min. Eros Grau, j. 16/08/2007, *DJE* 26, 14/02/2008.

⁸³ STF, Tribunal Pleno, ADI 2.487 MC/SC, rel. Min. Moreira Alves, j. 13/03/2002, *DJ* 01/08/2003, p. 101.