

Chegou o momento de unificar as ações de controle concentrado

01/10/2022

1. A formação do modelo atual: descompasso entre jurisprudência restritiva e o ímpeto do legislador

Decorridos mais de 30 anos desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, o sistema brasileiro de controle concentrado de constitucionalidade passou por uma série de mudanças em relação ao arranjo originalmente idealizado pelo constituinte.



Como se sabe, atualmente existem quatro instrumentos

intrinsecamente ligadas à tutela da ordem constitucional objetiva e dissociados da defesa de interesses subjetivos: (1) ação direta de inconstitucionalidade (ADI); (2) ação declaratória de constitucionalidade (ADC); (3) ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO); e (4) arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF).

Ocorre que a Carta promulgada em 5 de outubro de 1988 previa a ação direta de inconstitucionalidade como via de acesso por excelência à jurisdição constitucional abstrata, de sorte que as demais ações diretas tiveram seus contornos definidos por inovações legislativas e por evolução jurisprudencial.

Diante da significativa ampliação do rol de legitimados para provocar o controle concentrado de constitucionalidade, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), em um primeiro instante, restringiu consideravelmente o alcance da jurisdição constitucional abstrata. Nessa linha, o STF, inicialmente, excluiu do alcance do sistema de controle concentrado de constitucionalidade, por exemplo, normas pré-constitucionais, atos normativos revogados e

secundários, leis municipais e de efeitos concretos etc — todos atos que posteriormente tornaram-se impugnáveis por ADPF.

Com o passar dos anos, contudo, o legislador e as composições posteriores da corte suprimiram lacunas deixadas por esta orientação jurisprudencial restritiva e tornaram a maior parte dos atos do poder público impugnáveis em sede de controle concentrado. Inicialmente, aprovou-se a EC 3/93, que introduziu a ação declaratória de constitucionalidade ao ordenamento jurídico pátrio, instrumento que posteriormente teve seu rol de legitimados equiparado ao da ADI pela EC 45/2004.

Em seguida, promulgou-se a Lei 9.882/1999, que regulamentou a arguição de descumprimento de preceito fundamental, ação introduzida ao texto constitucional pelo próprio constituinte originário, mas cujos contornos não eram considerados bem delimitados tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, tanto que o primeiro julgamento de mérito em sede de ADPF aconteceu apenas em dezembro de 2005 [1].

Por derradeiro, apesar desta ser decorrência da interpretação sistemática dos artigos 102 e 103, § 2º — normas constitucionais originárias —, o legislador ordinário só atribui previsão expressa e regulamentação à ADO com a promulgação da Lei 12.063/2009, que alterou a Lei 9.868/1999.

É certo que a criação e regulamentação de novos instrumentos de acesso à jurisdição constitucional abstrata expandiu sobremaneira o escopo do sistema de controle concentrado de constitucionalidade, que passou a alcançar questões que, até então, só poderiam ser discutidas pela via do controle difuso. Entretanto, passaram a existir problemas de racionalidade e sistematização normativa a partir da previsão de quatro ações diretas visando o mesmo objetivo — a tutela da ordem constitucional objetiva —, mas dotadas de várias particularidades relacionadas à cabimento, parâmetro e procedimento, especialmente diante do fato de que foram criadas e regulamentadas em momentos distintos.

2. As consequências da pluralidade de ações diretas

Há significativa zona de penumbra entre os objetos das ações de controle concentrado de constitucionalidade, especialmente por conta da natureza subsidiária da ADPF e do caráter dúplice entre ADI e ADC.

Nesse contexto, frequentemente há dúvidas sobre qual é a via correta de acesso à jurisdição constitucional abstrata e concentrada

Cite-se, como exemplo, a impugnação de decreto regulamentar. Sabe-se que o Supremo Tribunal Federal só admite a ADI como via adequada para arguição de inconstitucionalidade desta espécie de ato normativo caso se trate de decreto autônomo, isto é, aquele que não se limita a regulamentar legislação infraconstitucional, caso contrário o meio adequado seria a ADPF.

Ocorre que a caracterização do decreto como meramente regulamentar ou autônomo depende do juízo exercido pelo magistrado competente, de sorte que se torna impossível saber com certeza qual é a via adequada para impugnar esta espécie de ato normativo. Nessa linha,

merece destaque o julgamento da ADPF 72, no qual a ministra Ellen Gracie assentou o não cabimento da via eleita em seu voto, sob o seguinte fundamento:

"Verifico que o cabimento da via eleita, a ADPF, encontra obstáculo intransponível, relativo ao requisito de admissibilidade exigido pelo disposto no art. 4º, § 1º, da Lei 9.882/99. (...)"

É que não obstante tenha o arguente afirmado, em sua inicial, ser incabível, no caso, ação direta de inconstitucionalidade, dada a natureza infralegal do ato contestado, a ensejar, quando muito, a ofensa oblíqua ao texto constitucional, esse entendimento possui temperamentos, sendo imprescindível a análise individualizada da norma que se pretende contestar.

Não foi por outra razão que esta Casa já conheceu uma série de ações diretas de inconstitucionalidade que tiveram como objeto espécies normativas outras (decretos, resoluções, provimentos, portarias e etc) que não lei em sentido estrito, circunstâncias nas quais se detectou o confronto direto, sem intermediários, entre o ato normativo atacado e a Constituição Federal" [2].

As fronteiras entre a ADI e a ADC também se tornaram obscuras a partir do momento em que o STF autorizou o ajuizamento de ADI com pedido de interpretação conforme [3], já que o objetivo da ação passa a ser o reconhecimento de pelo menos uma interpretação que considere a norma constitucional.

Da mesma sorte, há uma série de pontos de contato entre a ADI e a ADO, principalmente diante da noção de omissão parcial inconstitucional — quando há inconstitucionalidade não por completa conduta omissiva, mas sim por insuficiência ou deficiência no cumprimento do mandamento constitucional, conforme explica, em sede doutrinária, o ministro Gilmar Mendes:

*"Dado que no caso de uma omissão parcial existe uma conduta positiva, não há como deixar de reconhecer a admissibilidade, em princípio, da aferição da legitimidade do ato defeituoso ou incompleto no processo de controle de normas, ainda que abstrato. **Tem-se, pois, aqui, uma relativa, mas inequívoca fungibilidade entre a ação direta de inconstitucionalidade (da lei ou ato normativo) e o processo de controle abstrato da omissão, uma vez que os dois processos — o de controle de normas e o de controle da omissão — acabam por ter — formal e substancialmente — o mesmo objeto, isto é, a inconstitucionalidade da norma em razão de sua incompletude**" [4] (grifo nosso).*

A este respeito, frequentemente confunde-se se determinado ato padece de inconstitucionalidade por ação ou por omissão parcial, de modo que não se sabe com certeza qual deveria ser a via eleita — a ação direta de inconstitucionalidade genérica ou a ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Merece destaque, quanto a este assunto, o julgamento conjunto das ADIs 875, 1.987, 2.727 e 3.243 [5], cujo tema era a constitucionalidade da Lei Complementar 62/1989, que estabelecia normas sobre o cálculo, a entrega e o controle das liberações dos recursos de Fundos de Participação dos Estados. Apesar de as quatro ações alegarem violação ao mesmo parâmetro constitucional, as três primeiras arguíam inconstitucionalidade por omissão parcial — em razão da ausência de critérios constitucionalmente adequados para a partição tributária em questão

—, ao passo que a última sustentava a inconstitucionalidade total da lei questionada, com base na mesma causa de pedir.

Diante da sobreposição entre alegações de inconstitucionalidade total e por omissão parcial — as quais, reitera-se, estavam lastreadas nos mesmos fundamentos — o Supremo Tribunal Federal alterou sua jurisprudência e reconheceu a fungibilidade entre as ações diretas de inconstitucionalidade por ação e omissão.

Em que pese a inclinação da jurisprudência da Suprema Corte no sentido de aceitar a fungibilidade entre as ações de controle concentrado, salienta-se que há julgados deste tribunal inadmitindo a conversão por conta de "erro grosseiro" na via escolhida, visando a não legitimar estes equívocos [6].

Ademais, ressalta-se que a fungibilidade entre um instrumento e outro está condicionada ao preenchimento dos elementos intrínsecos à via apropriada — legitimidade ativa, objeto, fundamentação e pedido —, o que frequentemente causa problemas aos requerentes, uma vez que cada ação de controle concentrado é dotada de particularidades próprias.

Assim, a pluralidade de ações visando a tutela da ordem constitucional objetiva não apenas gera dúvida e incerteza em relação à via adequada de acesso à jurisdição constitucional abstrata como também impõe aos requerentes o ônus argumentativo de demonstrar o preenchimento dos requisitos tanto do instrumento que, *a priori*, se entende cabível quanto das demais ações que, porventura, poderiam ser consideradas mais apropriadas pelos julgadores, sob pena de não conhecimento do pleito.

3. A viável unificação dos instrumentos de controle abstrato

Conforme exposto ao longo do texto, a pluralidade de ações de controle concentrado não foi idealizada pelo constituinte originário, surgindo diante do descompasso entre a jurisprudência pós-1988 do Supremo Tribunal Federal, que restringiu o alcance da jurisdição constitucional abstrata, e a intenção do legislador de sanar lacunas deixadas por esta jurisprudência defensiva.

Nessa linha, diante da expansão do escopo do sistema de controle concentrado de constitucionalidade aos mais diversos atos do poder público, sustenta-se que a previsão de quatro ações diretas não mais se justifica. Com efeito, seria perfeitamente possível condensar os objetos das demais ações diretas no escopo da ADI, único instrumento de acesso à jurisdição constitucional abstrata idealizado pelo constituinte originário.

Não haveria grande obstáculo em relação à unificação da ADI com a ADC, visto que são ações de caráter dúplice ou "com o sinal trocado". Da mesma sorte, uma vez reconhecida a fungibilidade entre ADI e ADO — à luz da já mencionada zona de penumbra entre a inconstitucionalidade por ação e a omissão parcial inconstitucional — também não haveria óbice à unificação destes instrumentos. Assim, seria necessário basicamente alterar os contornos da ADI no tocante à possibilidade de manifestação do requerente em favor da constitucionalidade do ato normativo sob análise e expandir o alcance desta ação à arguição de inconstitucionalidade por omissão.

No ponto, cumpre ressaltar que no julgamento da ADI 5.316 [7] o Supremo Tribunal Federal reconheceu a possibilidade de cumulação de pedidos distintos típicos de ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade em uma única ação de controle concentrado, sob o seguinte fundamento:

"Em primeiro lugar, a cumulação de ações é não só compatível como também adequada à promoção dos fins a que se destina o processo objetivo de fiscalização abstrata de constitucionalidade, vocacionado que é 'à defesa, em tese, da harmonia do sistema constitucional'" (ADI-MC nº 1.434, rel. min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 29/8/1996, DJ de 22-11-1996). (...) *Não há nada na noção de 'processo objetivo' que seja inconciliável com a cumulação objetiva de demandas de fiscalização abstrata, em particular ADI e ADC. Pelo contrário, a tutela da higidez da ordem constitucional é fortalecida com a possibilidade de conhecimento e julgamento conjunto de ADIs e ADCs relacionadas entre si."*

No mesmo sentido, não haveria óbice ao alargamento do objeto da ação direta de inconstitucionalidade para abarcar questões que atualmente só podem ser levadas pela via direta e abstrata ao Supremo Tribunal Federal por meio de ADPF, tais quais, atos normativo secundários, leis municipais e direito pré-constitucional.

Far-se-ia necessário basicamente unificar os parâmetros de controle de constitucionalidade destes dois instrumentos, uma vez que naquela se avalia a conformidade do ato impugnado com o bloco de constitucionalidade como um todo, ao passo que nesta, com os preceitos fundamentais, que, por sinal, não têm definição e delimitação objetiva e estanque na doutrina e na jurisprudência.

Como contraponto à ampliação do parâmetro, seria possível inserir um filtro à ação unificada análogo à exigência de demonstração de controvérsia constitucional relevante para o cabimento de ação declaratória de constitucionalidade ou de repercussão geral para a admissão de recurso extraordinário, para que sejam discutidas em sede de controle concentrado de constitucionalidade apenas questões com significativas repercussões jurídicas, políticas, econômicas ou sociais.

Por óbvio, o presente artigo não tem a finalidade de exaurir a complexa e delicada discussão apresentada, mas busca apresentar uma reflexão que visa a sanar a problemática relacionada à incerteza quanto a via correta de acesso à jurisdição constitucional, bem como a conferir coerência, organicidade e sistematização normativa ao sistema de controle concentrado de constitucionalidade brasileiro.

[1] Cf. https://www.conjur.com.br/2005-dez-07/supremo_julga_primeira_adpf_define_contorno_acao

[2] ADPF 72 QO, rel. min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgado em 1/6/2005.

[3] ADI 3324, rel. min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 16/12/2004.

[4] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 13ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 2030.

[5] "*Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI n.º 875/DF, ADI n.º 1.987/DF, ADI n.º 2.727/DF e ADI n.º 3.243/DF). Fungibilidade entre as ações diretas de inconstitucionalidade por ação e por omissão (...)*" (ADI 875, rel. min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 24/2/2010, DJe 30/4/2010)

[6] "*(...) Inadmitida a arguição de descumprimento de preceito fundamental ante “erro grosseiro” na escolha do instrumento, considerado o artigo 4º, § 1º, da Lei nº 9.882/99, descabe recebê-la como ação direta de inconstitucionalidade.*" (ADPF 314 AgR, rel. min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 11/12/2014, DJe 19/2/2015)

[7] (ADI 5.316 MC, rel. min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 21/5/2015, DJe 6/8/2015)

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2022-out-01/observatorio-constitucional-chegou-momento-unificar-aco-es-controle-concentrado/>