



Universidade de Brasília – UnB
Faculdade de Direito – FD
Programa de Graduação em Direito

**A DESEJÁVEL UNIFICAÇÃO DAS AÇÕES DE CONTROLE CONCENTRADO DE
CONSTITUCIONALIDADE**

LUIZ FELIPE GALLOTTI RODRIGUES

Brasília

2022

LUIZ FELIPE GALLOTTI RODRIGUES

**A DESEJÁVEL UNIFICAÇÃO DAS AÇÕES DE CONTROLE CONCENTRADO DE
CONSTITUCIONALIDADE**

Monografia apresentada como requisito parcial
para a obtenção do grau de Bacharel em Direito
pelo Programa de Graduação da Faculdade de
Direito da Universidade de Brasília (FD-UnB).

Orientador: Professor Doutor JORGE OCTAVIO
LAVOCAT GALVÃO.

Brasília

2022

Gd Gallotti, Luiz
A desejável unificação das ações de controle concentrado de constitucionalidade / Luiz Gallotti, Felipe Rodrigues; orientador Jorge Octávio Lavocat Galvão. -- Brasília, 2023. 55 p.

Monografia (Graduação - Direito) -- Universidade de Brasília, 2023.

1. A origem da pluralidade de ações de controle abstrato. 2. As consequências da multiplicidade de vias de acesso à jurisdição constitucional abstrata. 3. A desejável unificação das ações de controle concentrado de constitucionalidade. I. Rodrigues, Felipe. II. Lavocat Galvão, Jorge Octávio, orient. III. Título.

Citar como: GALLOTTI, Luiz Felipe Rodrigues. A desejável unificação das ações de controle concentrado de constitucionalidade. 2023. 55 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Universidade de Brasília, Brasília, 2023.

LUIZ FELIPE GALLOTTI RODRIGUES

**A DESEJÁVEL UNIFICAÇÃO DAS AÇÕES DE CONTROLE CONCENTRADO DE
CONSTITUCIONALIDADE**

Monografia apresentada como requisito parcial
para a obtenção do grau de Bacharel em Direito
pelo Programa de Graduação da Faculdade de
Direito da Universidade de Brasília (FD-UnB).

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor **JORGE OCTAVIO LAVOCAT GALVÃO**
Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (FD-UnB)
Orientador

Professor Doutor **JOÃO COSTA-NETO**
Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (FD-UnB)
Coorientador

Professor Doutor **PAULO GUSTAVO GONET BRANCO**
Instituto Brasileiro de Ensino Desenvolvimento e Pesquisa (IDP)
Examinador Externo

Professora Doutora **PAULA PESSOA PEREIRA**
Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (FD-UnB)
Examinadora

GABRIEL CAMPOS SOARES DA FONSECA
Doutorando no PPGD-USP
Suplente

Brasília

2022

AGRADECIMENTOS

“As coisas tangíveis tornam-se insensíveis à palma da mão, mas as coisas findas muito mais que lindas, essas ficarão”

CARLOS DRUMMOND DE ANDRADE

Desde novo, ao ser questionado sobre planos para o futuro, sempre respondi com brilho nos olhos que queria ser estudante da UnB. Em 26 de janeiro de 2018, enfim, alcancei o que tanto sonhava: estudar na mesma instituição que trinta anos antes havia formado meus pais.

Cinco anos depois, sinto-me grato por tudo o que a Universidade de Brasília me proporcionou: pelos ensinamentos, pelas experiências, mas sobretudo pelas pessoas que me acompanharam nesse período.

Nada mais justo, então, que agradecer àqueles que fizeram parte das histórias dos "dias de ouro", que em breve contarei aos meus filhos.

À minha mãe, Maria Isabel Gallotti, meu pai, Walton Rodrigues, e meu avô, Luiz Octavio Gallotti, meus maiores exemplos pessoais e profissionais, pela vida adorável que levamos juntos há vinte e três anos.

Ao meu irmão, Eduardo Gallotti, meu grande companheiro de vida e, mais recentemente, de curso.

À toda minha família, o que faço na pessoa do meu padrinho, Douglas Alencar Rodrigues, que desde jovem estimulou meu interesse pelo meio acadêmico.

Ao orientador desta monografia, Jorge Octávio Lavocat Galvão, que com suas aulas fez despertar meu interesse pelo direito constitucional e posteriormente honrou-me com o convite para estagiar no escritório Ilmar Galvão Advocacia, onde muito aprendi e cresci profissionalmente.

Aos professores Paulo Gustavo Gonet Branco, Paula Pessoa e João Costa-Neto, examinadores dessa monografia, pelos quais tenho profunda admiração acadêmica. Estendo meus agradecimentos ao Gabriel Fonseca, que gentilmente aceitou compor a banca examinadora.

A todos os funcionários da Universidade de Brasília, o que faço na pessoa da Diretora da Faculdade de Direito, Daniela Marques de Moraes, que, além das qualidades acadêmicas, impressiona pela diligência e pela sensibilidade no trato com os estudantes.

Aos queridos amigos que me acompanham desde novo: Lucas Azuma, João Pedro Assis, Rodrigo Garcia, Gabriel Cabral, Henrique Barbosa, Elisa Menezes e Maria Eduarda Morato, a vida sem vocês certamente não teria a mesma graça.

Aos que partilharam da vida universitária comigo e, desde 2018, tornaram a Faculdade de Direito da Universidade de Brasília minha segunda casa, em especial: Artur Cochito, Amanda Rabêlo, Bruna Franco, Clara Libório, Fernando Izuka, Gustavo Outerelo, Igor Cortizo, Isabela Gurgel, Janderson Junior, João Henrique, Lucas Orsi, Lucas Valente, Luísa Perez, Maria Fernanda, Matheus Pelanda, Matheus Toralles, Marina Correia, Pedro Frazão, Raphael Lorrán, Rodrigo von, Thamires Camacho, Thiago Sancler, Vitor Barradas e Vitor Imbroisi, todos presentes nas melhores memórias da até então melhor época da minha juventude.

À minha confraria jurídica favorita: Thiago Rodrigues, Pedro Gonet Branco, Gabriel e Rodrigo, amigos pelos quais nutro admiração e carinho.

A vida está em permanente mudança, mas espero que a presença de todos os mencionados seja uma constante. A estes, deixo registrado meu muito obrigado!

“Mas, senhores, os que madrugam no ler, convém madrugarem também no pensar. Vulgar é o ler, raro o refletir. O saber não está na ciência alheia, que se absorve, mas, principalmente, nas ideias próprias, que se geram dos conhecimentos absorvidos, mediante a transmutação, por que passam, no espírito que os assimila.”

RUI BARBOSA¹

¹ BARBOSA, Rui. **Oração aos moços**. São Paulo: Editora Martin Claret, 2006.

RESUMO: A presente monografia analisa a origem e as consequências do atual arranjo do sistema de controle concentrado de constitucionalidade brasileiro, dotado de quatro ações autônomas, porém ajuizadas pelos mesmos legitimados, perante o mesmo tribunal, com procedimentos muito semelhantes e munidas do mesmo objetivo: a tutela da ordem constitucional objetiva. Busca-se oferecer respostas aos seguintes questionamentos relacionados à pluralidade de ações de controle abstrato: (i) qual é a sua origem: um processo de decisão lógica do constituinte originário ou o suprimento gradual de lacunas; (ii) este modelo ainda se justifica: quais seriam as vantagens e as desvantagens da multiplicidade de vias de acesso à jurisdição constitucional abstrata; e (iii) seria possível unificar as ações de controle abstrato: quais seriam os benefícios e a forma adequada para tanto.

Palavras-chave: Controle de constitucionalidade. Pluralidade de ações de controle abstrato. Fungibilidade. Unificação.

ABSTRACT: This paper analyzes the origin and the consequences of the current Brazilian abstract judicial review system, formed by four autonomous instruments that can be filed by the same legitimate parties, before the same court, with very similar procedures and with the same objective: the enforcement of the supremacy clause of the Constitution. The following questions should be answered about the plurality of abstract judicial review instruments: (i) its origin: a logical decision of the original constituent or the result of the gradual filling of gaps; (ii) whether the system justifies itself: which would be the advantages and disadvantages of the plurality of judicial review actions; and (iii) if it would be possible to unify these instruments: what would be the benefits of the unification and the proper way to do it.

Key-words: Abstract judicial review. Plurality of instruments. Unification

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO I – A ORIGEM DA PLURALIDADE DE AÇÕES DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE.....	13
1. A representação de inconstitucionalidade e o controle concentrado de constitucionalidade antes da Constituição de 1988.	14
2. A expansão do escopo da jurisdição constitucional abstrata sob a égide da Constituição de 1988 e o a jurisprudência inicialmente restritiva do Supremo Tribunal Federal.	16
3. A Emenda Constitucional 3/1993 e a criação da ação declaratória de constitucionalidade (ADC).	21
4. A Lei 9.882/1999 e a regulamentação da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF).....	23
5. A Lei 12.063/2009 e a regulamentação da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO).....	27
6. O contraste entre o arranjo originalmente idealizado pelo constituinte e o vigente atualmente.	30
CAPÍTULO II – AS CONSEQUÊNCIAS DA MULTIPLICIDADE DE VIAS DE ACESSO À JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ABSTRATA.	32
1. A zona de penumbra entre as ações de controle concentrado de constitucionalidade.....	32
1.1 ADI e ADPF: o requisito da subsidiariedade e a dúvida a respeito da via adequada.	32
1.2 ADI e ADO: a omissão parcial e o estreitamento das fronteiras entre inconstitucionalidade por ação e por omissão.....	35
1.3 ADI e ADC: o pedido de interpretação conforme e a aproximação entre os instrumentos.	40
2. A fungibilidade entre as ações de controle abstrato: a falta de critério objetivo na opção entre conversão ou julgamento sem resolução de mérito.	41
3. A complexidade e a falta de racionalidade de um sistema dotado de quatro ações voltadas à tutela da ordem constitucional objetiva.....	43
CAPÍTULO III - A DESEJÁVEL UNIFICAÇÃO DAS AÇÕES DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE.....	46
1. Os obstáculos e os benefícios de uma possível unificação das ações de controle concentrado de constitucionalidade.	46
2. O esboço de uma ação unificada de controle abstrato de constitucionalidade.	50
CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS	52
BIBLIOGRAFIA.....	53

Lista de siglas e abreviaturas

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade

ADO – Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão

ADPF – Arguição de descumprimento de preceito fundamental

CF/88 – Constituição Federal de 1988

DJe - Diário de Justiça Eletrônico

EC – Emenda Constitucional

MC – Medida Cautelar

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

INTRODUÇÃO

Decorridos mais de trinta 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.

Nessa toada, a presente monografia busca responder se a pluralidade de ações de controle abstrato de constitucionalidade ainda se justifica em um contexto no qual quase todos os atos do poder público tornaram-se impugnáveis em sede de controle abstrato de constitucionalidade

O primeiro capítulo investiga qual é a origem e a razão de ser do arranjo do sistema de controle concentrado de constitucionalidade vigente, dotado de quatro ações de controle concentrado de constitucionalidade propostas pelos mesmos legitimados, julgadas pela mesma corte e com ritos muito parecidos.

Busca-se entender se a multiplicidade de vias de acesso à jurisdição constitucional abstrata é fruto de processo de decisão lógico e racional do constituinte ou tão somente a forma adotada para ampliar o escopo do sistema de controle concentrado de constitucionalidade brasileiro, inicialmente restrito pela jurisprudência pós 1988 do Supremo Tribunal Federal.

Em seguida, o capítulo II explora a zona de penumbra entre os instrumentos de controle abstrato, que cada vez mais se aproximam um dos outros, impondo dificuldades aos requerentes para identificar a via correta para provocar a jurisdição constitucional abstrata e levando a Suprema Corte a admitir a fungibilidade entre as ações diretas.

Por derradeiro, o terceiro capítulo deste trabalho visa a analisar a viabilidade prática de unificar as quatro ações de controle concentrado de constitucionalidade em um único instrumento e se essa medida seria capaz de oferecer ganhos de racionalidade e sistematicidade ao processo constitucional brasileiro, bem como torná-lo menos complexo e imprevisível.

Em breve síntese, esta monografia busca oferecer respostas aos seguintes questionamentos relacionados à pluralidade de ações de controle concentrado de constitucionalidade: (i) qual é a sua origem: um processo de decisão lógica do legislador ou o suprimento gradual de lacunas; (ii) este modelo ainda se justifica: quais seriam as consequências da multiplicidade de vias de acesso à jurisdição constitucional abstrata; e (iii) seria possível unificar as ações de controle abstrato: quais seriam os benefícios e a forma adequada para tanto.

O estudo tomará como premissa a necessária simplificação e racionalização do sistema de controle abstrato de constitucionalidade brasileiro, que deve proporcionar aos entes legitimados e aos julgadores a possibilidade de não terem como foco principal questões formais, mas sim a resolução de controvérsias constitucionais complexas com desdobramentos perante toda a sociedade.

CAPÍTULO I – A ORIGEM DA PLURALIDADE DE AÇÕES DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE.

Em paralelo ao controle de constitucionalidade pela via incidental, que permite a qualquer juiz do país aferir a partir de um caso concreto a compatibilidade entre norma infraconstitucional e a Constituição, o ordenamento jurídico pátrio também dispõe de instrumentos que permitem provocar a jurisdição constitucional pela via principal e de maneira abstrata.

Com efeito, diante dos problemas intrínsecos ao controle difuso de constitucionalidade – em especial, a insegurança jurídica decorrente da falta de uniformidade entre os juízos de constitucionalidade exercidos por todos os magistrados do país e o baixo grau de vinculatividade dessas decisões² –, a Constituição Federal de 1988 notabilizou-se pela ampliação do escopo do controle concentrado de constitucionalidade.

Atualmente, existem quatro espécies de ações diretas intrinsecamente ligadas à tutela da ordem constitucional objetiva e dissociadas da defesa de interesses subjetivos: (i) ação direta de inconstitucionalidade (ADI); (ii) ação declaratória de constitucionalidade (ADC); (iii) ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO); e (iv) arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF).

No entanto, o texto originário da Constituição da República não previa a existência de todos os instrumentos supramencionados tampouco já lhes atribuíra os contornos pelos quais hoje em dia são identificados. Na verdade, as características de cada uma das ações de controle concentrado de constitucionalidade foram definidas posteriormente por meio de alterações normativas e evolução jurisprudencial.

Nesse contexto, o presente capítulo destina-se a explorar o histórico do controle abstrato de constitucionalidade no Brasil em geral e de cada um de seus elementos especificamente, com enfoque na comparação entre o arranjo da jurisdição constitucional abstrata idealizado pelo constituinte originário e o vigente atualmente.

² Eis comentário de Hans Kelsen quanto às desvantagens intrínsecas ao controle difuso de constitucionalidade: “A desvantagem dessa solução consiste no fato de que os diferentes órgãos aplicadores da lei podem ter opiniões diferentes com respeito à constitucionalidade de uma lei e que, portanto, um órgão pode aplicar a lei por considerá-la constitucional, enquanto outro lhe negará aplicação com base na sua alegada inconstitucionalidade. A ausência de uma decisão uniforme sobre a questão da constitucionalidade de uma lei, ou seja, sobre a Constituição estar sendo violada ou não, é uma grande ameaça à autoridade da própria Constituição.” (KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 303.)

Busca-se entender se a pluralidade de ações de controle concentrado é fruto de decisão lógica e racional do legislador constituinte ou decorrência de outras circunstâncias.

1. A representação de inconstitucionalidade e o controle concentrado de constitucionalidade antes da Constituição de 1988.

Sob a égide das Constituições de 1946 e de 1967, o sistema de controle concentrado de constitucionalidade possuía escopo muito mais reduzido em relação ao vigente atualmente. À época, a Emenda Constitucional 16/1965 atribuiu ao Supremo Tribunal Federal competência para julgar o seguinte instituto:

k) a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República;³

Cuidava-se do único instrumento que permitia até então questionar pela via direta e de maneira abstrata a constitucionalidade de atos normativos perante o STF. Como se vislumbra a partir da leitura da norma transcrita, a representação de inconstitucionalidade prevista pelas Cartas de 1946 e de 1967 era dotada de contornos muito diferentes em relação ao arranjo da jurisdição constitucional abstrata vigente atualmente.

A um, pois havia tão somente um agente apto a propor a ação: o Procurador-Geral da República, que, segundo o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal⁴, possuía plena discricionariedade para decidir se e quando deveria ser oferecida representação de inconstitucionalidade contra lei.

Desse modo, o chefe do Ministério Público Federal - selecionado pelo regime militar e demissível *ad nutum* pelo Presidente da República -, era alçado à condição de

³ Redação atribuída pela EC 16/1965, disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Apesar de mudanças redacionais, a Constituição de 1967 manteve o teor do dispositivo: “Art. 114 - Compete ao Supremo Tribunal Federal: I - processar e julgar originariamente: (...) I) a representação do Procurador - Geral da República, por inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual”.

⁴ RECLAMAÇÃO. DESPREZADA A PRELIMINAR DO SEU NÃO CONHECIMENTO, POR MAIORIA DE VOTOS DEU-SE, NO MÉRITO, PELA SUA IMPROCEDENCIA, AINDA POR MAIORIA, **VISTO CABER AO DR. PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA A INICIATIVA DE ENCAMINHAR AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL A REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.** JURISPRUDÊNCIA DO STF, QUE SE HARMONIZA COM ESSE ENTENDIMENTO. (Rcl 849 primeira, Rel. Min. Adalício Nogueira, Tribunal Pleno, julgado em 10.3.1971, DJ 13-12-1971). No mesmo sentido: Rcl 811 primeira, Rel. Min. Eloy da Rocha, Tribunal Pleno, julgado em 22/04/1971, DJ 29-06-1973; e Rcl 160, Rel. Min. Néri da Silveira, Tribunal Pleno, julgado em 15.8.1984, DJ 16.10.1992.

juiz último da constitucionalidade das leis⁵ e tinha poder para obstar a análise abstrata pelo STF da compatibilidade entre leis ordinárias e a ordem constitucional vigente⁶⁻⁷.

A dois, visto que o comando introduzido pela EC 16/1965 contemplava apenas atos normativos federais e estaduais, de sorte que aqueles editados pelos milhares de municípios brasileiros eram, até então, excluídos do alcance da jurisdição constitucional abstrata e só poderiam ser impugnados pela via incidental, portanto, sem efeito erga omnes⁸.

Em síntese, a ordem constitucional vigente até a promulgação da Constituição de 1988 era marcada por um sistema de controle concentrado de constitucionalidade sem a mesma expansão que há hoje em dia seja pelo monopólio da legitimidade para propor a representação de inconstitucionalidade seja pelo objeto até então restrito.

⁵ RIBEIRO BASTOS, Celso. Curso de direito constitucional, 22. ed. atual., São Paulo: Saraiva, 2001, p. 414.

⁶ A este respeito, merece destaque comentário do Ministro Barroso em sede doutrinária: “Foi no tocante à legitimação ativa para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade que se operou a maior transformação no exercício da jurisdição constitucional no Brasil. Desde a criação da ação genérica, em 1965, até a Constituição de 1988, a deflagração do controle abstrato e concentrado de constitucionalidade era privativa do Procurador-Geral da República. Mais que isso, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido da plena discricionariedade do chefe do Ministério Público Federal no juízo acerca da propositura ou não da ação, sem embargo de posições doutrinárias importantes em sentido diverso. Desse modo, era ele o árbitro exclusivo e final acerca da submissão ou não da discussão constitucional ao STF. Registre-se, por relevante, que o Procurador-Geral da República ocupava cargo de confiança do Presidente da República, do qual era exonerável ad nutum. **Assim sendo, o controle de constitucionalidade por via de representação ficava confinado às hipóteses que não trouxessem maior embaraço ao Poder Executivo.**” (BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2016, pp. 124 e 125).

⁷ Eis exemplo emblemático do poder do Procurador-Geral da República para obstar a apreciação da constitucionalidade de leis alinhadas aos interesses do regime militar: “em 1970, o MDB, único partido da oposição representado no Congresso Nacional, solicitou ao Procurador-Geral da República a instauração do controle abstrato de normas contra o decreto-lei que legitimava a censura prévia de livros, jornais e periódicos. Este se negou a submeter a questão ao Supremo Tribunal Federal, uma vez que, na sua opinião, não estava constitucionalmente obrigado a fazê-lo”. (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 1766)

⁸ “Note-se que no tocante aos atos normativos municipais, a Emenda Constitucional 16/65 não aludiu a eles como objeto dessa representação de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal e em face da Constituição Federal. (...) Por isso a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal se firmou no sentido de que a constitucionalidade de ato normativo municipal em face da Constituição Federal não poderia ser atacada por meio de representação de inconstitucionalidade, perante ele ou o Tribunal de Justiça estadual, por falta de previsão constitucional” (MOREIRA ALVES, José Carlos. A evolução do controle de constitucionalidade no Brasil. In: Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.). Garantias do cidadão na justiça. São Paulo, Saraiva, 1993, p. 6).

2. A expansão do escopo da jurisdição constitucional abstrata sob a égide da Constituição de 1988 e o a jurisprudência inicialmente restritiva do Supremo Tribunal Federal.

Em contraponto à ordem constitucional anterior e buscando romper com a lógica até então vigente, na qual o controle concentrado de constitucionalidade servia tão somente aos interesses do governo, a Assembleia Nacional Constituinte de 1987 aprovou a Constituição de 1988 com amplo rol de agentes aptos a provocar a jurisdição constitucional abstrata⁹. Eis a redação original do art. 103 da CF/88:

Art. 103. Podem propor a ação de inconstitucionalidade:
I - o Presidente da República;
II - a Mesa do Senado Federal;
III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
IV a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
V o Governador de Estado ou do Distrito Federal;
VI - o Procurador-Geral da República;
VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; e
VI – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

A expansão da legitimação para propor ação direta de inconstitucionalidade provocou mudanças mais significativas no perfil da jurisdição constitucional brasileira do que a própria introdução da representação de inconstitucionalidade ao ordenamento jurídico pátrio (EC 16/1965). É que a atribuição a um único agente de legitimidade para impugnar pela via direta e de maneira abstrata atos normativos federais e estaduais não alterou significativamente a natureza do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, que permaneceu predominantemente difuso e pela via incidental.

No entanto, a inclusão de entes da oposição, da sociedade civil e das esferas locais dos Poderes Executivo e Legislativo no rol de legitimados tornou o controle concentrado de constitucionalidade aspecto essencial para compreensão da democracia brasileira. Foram suprimidos os óbices de natureza política para que uma controvérsia constitucional

⁹ “Se a intensa discussão sobre o monopólio da ação por parte do Procurador-Geral da República não levou a uma mudança na jurisprudência consolidada sobre o assunto, é fácil de constatar que ela foi decisiva para a alteração introduzida pelo constituinte de 1988, com a significativa ampliação do direito de propositura da ação direta”. (MENDES, Gilmar Ferreira. A evolução do direito constitucional brasileiro e o controle de constitucionalidade da lei. In: Revista de informação legislativa, v. 32, n. 126, p. 87-102, abr./jun. 1995, p. 97)

relevante fosse levada ao conhecimento do STF, visto que sempre haveria agentes dispostos a provocar o Tribunal¹⁰.

Nessa toada, naturalmente mais ações de controle concentrado passaram a ser ajuizadas, como descreveu o Ministro Moreira Alves, que à época compunha a Corte, em texto publicado cinco anos após a promulgação da Carta de 1988:

Com a larga ampliação da legitimidade para propor ação direta de inconstitucionalidade, aumentou consideravelmente o número dessas ações. Basta atentar para que, de 1934 a 1988 (de 1934 a 1965, só havia representações de inconstitucionalidade interventivas; de 1965 a 1988, tanto interventivas quanto contra atos normativos em abstrato), não chegaram a 1700 as representações de inconstitucionalidade ajuizadas perante o Supremo Tribunal Federal, ao passo que, de 5 de outubro de 1988 até fevereiro de 1992, em pouco mais de três anos de vigência da atual Constituição, já foram ajuizadas mais de 680 ações diretas de inconstitucionalidade, a maioria com pedido de suspensão liminar das normas impugnadas.¹¹

Diante desse contexto, o Supremo Tribunal Federal firmou jurisprudência restritiva quanto ao cabimento de ação direta de inconstitucionalidade e, em um primeiro instante, excluiu, por exemplo, as leis municipais¹², as normas pré-constitucionais¹³ e os

¹⁰ No ponto, eis o magistério de Gilmar Mendes: “A Constituição de 1988 conferiu ênfase, portanto, não mais ao sistema difuso ou incidente, mas ao modelo concentrado, uma vez que, praticamente, todas as controvérsias constitucionais relevantes passaram a ser submetidas ao Supremo Tribunal Federal, mediante processo de controle abstrato de normas. A ampla legitimação, a presteza e a celeridade desse modelo processual, dotado inclusive da possibilidade de suspender imediatamente a eficácia do ato normativo questionado, mediante pedido de cautelar, constituem elemento explicativo de tal tendência”. (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 1790)

¹¹ MOREIRA ALVES, José Carlos. A evolução do controle de constitucionalidade no Brasil. In: Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.). Garantias do cidadão na justiça. São Paulo, Saraiva, 1993.

¹² “Ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal proposta, perante este Supremo Tribunal Federal, por Mesa de Câmara Municipal. - Dois são os óbices para o conhecimento da presente ação direta de inconstitucionalidade: o de que a Mesa de Câmara Municipal não tem legitimidade ativa para propor ação dessa natureza por não estar arrolada no "caput" do artigo 103 da Constituição Federal, e o de que há impossibilidade jurídica do pedido, uma vez que, em face do disposto no artigo 102, I, "a", da Carta Magna, **só cabe ação direta de inconstitucionalidade perante esta Corte quando se tratar de lei ou ato normativo federal ou estadual, e não de lei ou ato normativo municipal.** Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida.” (ADI 1803, rel. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 19.3.1998, DJ 24.4.1998) (grifo nosso)

¹³ **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - IMPUGNAÇÃO DE LEI PRE-CONSTITUCIONAL E DE ATO REGULAMENTAR EDITADO SOB A EGIDE DA NOVA CONSTITUIÇÃO - INIDONEIDADE DO REGULAMENTO DE EXECUÇÃO PARA EFEITO DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO - INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE DA LEI - INOCORRENCIA - HIPÓTESE DE REVOGAÇÃO DO ATO HIERARQUICAMENTE INFERIOR POR AUSÊNCIA DE RECEPÇÃO - IMPOSSIBILIDADE DE INSTAURAÇÃO DO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE - AÇÃO DIRETA NÃO CONHECIDA.** – (...) A regulamentação de lei pré-constitucional por ato estatal editado sob a égide de novo ordenamento constitucional não basta para autorizar, em sede de ação direta, o confronto da espécie legislativa com a Constituição superveniente. - A ação direta de inconstitucionalidade não se revela

atos normativos revogados¹⁴ e secundários¹⁵ da apreciação da Corte em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

A exclusão das leis municipais do alcance da jurisdição constitucional abstrata, assim como já ocorria sob a égide da ordem constitucional anterior, é decorrência da interpretação literal art. 102, I, “a” da Constituição, que contempla os atos normativos estaduais e federais, mas não os editados pelos municípios.

O entendimento no sentido do não cabimento de ação direta em face de atos normativos revogados e secundários, por seu turno, é fruto de construção jurisprudencial e foi objeto de discussão na Corte, como se vislumbra a partir de outra passagem da obra do Ministro Moreira Alves:

Não tem nossa Suprema Corte admitido que o decreto regulamentador da lei possa ser objeto de representação como instrumento de controle abstrato de normas, por entender que, nesse caso, ou a inconstitucionalidade é da própria lei regulamentada, ou, se for do decreto, este será ilegal por extravasar do âmbito da regulamentação. De outra parte, em rigor, não deveria o Supremo Tribunal admitir que essa representação fosse julgada, quando, no curso de seu processamento, fosse revogada a norma nela impugnada, caso em que a representação perderia o seu objeto; tem, porém, entendido o Tribunal que a representação deve ser julgada se a norma, embora revogada depois da impugnação, haja produzido efeitos concretos. Se a revogação se deu antes do ajuizamento da representação, esta não é conhecida.¹⁶

instrumento juridicamente idôneo ao exame da legitimidade constitucional de atos normativos do Poder Público que tenham sido editados em momento anterior ao da vigência da Constituição sob cuja égide foi instaurado o controle normativo abstrato. A fiscalização concentrada de constitucionalidade supõe a necessária existência de uma relação de contemporaneidade entre o ato estatal impugnado e a Carta Política sob cujo domínio normativo veio ele a ser editado. **O entendimento de que leis pré-constitucionais não se dispõem, vigente uma nova Constituição, a tutela jurisdicional de constitucionalidade "in abstracto" - orientação jurisprudencial já consagrada no regime anterior (RTJ 95/980 - 95/993 - 99/544) - foi reafirmado por esta Corte, em recentes pronunciamentos, na perspectiva da Carta Federal de 1988.** – (...) (ADI 129, rel. Min. Francisco Rezek, rel. p/ Acórdão: Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 7.2.1992, DJ 28.8.1992) (grifo nosso)

¹⁴ AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. (...) HÁ, PORÉM, NO CASO, IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO, PORQUANTO ESTA CORTE JA FIRMOU JURISPRUDÊNCIA NO SENTIDO DE QUE A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE NÃO E CABIVEL QUANDO A ARGÜIÇÃO SE FAZ EM FACE DE CONSTITUIÇÃO JA REVOGADA, NEM QUANDO O ATO NORMATIVO IMPUGNADO FOI REVOGADO ANTES DA PROPOSITURA DELA. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE NÃO CONHECIDA. (ADI 3, rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 7.2.1992, DJ 18.9.1992) (grifo nosso)

¹⁵ “CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. REGULAMENTO: NÃO ESTÁ, DE REGRA, SUJEITO AO CONTROLE EM ABSTRATO. I. - **O regulamento, ato normativo secundário, não está, de regra, sujeito ao controle de constitucionalidade. É que, quando o regulamento vai além do conteúdo da lei, não prática inconstitucionalidade, mas ilegalidade.** II. - Precedentes do STF. III. - Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida.” (ADI 940, rel. Min Carlos Velloso, Tribunal Pleno, julgado em 30.6.1994, DJ 23.9.1994) (grifo nosso)

¹⁶ MOREIRA ALVES, José Carlos. Op. Cit., p. 7.

No entanto, o mais ilustrativo exemplo da jurisprudência inicialmente defensiva da Suprema Corte quanto ao cabimento das ações diretas é o entendimento firmado no sentido de que a análise da compatibilidade entre ato normativo e Constituição promulgada posteriormente à sua edição configura juízo de recepção ou revogação e não de constitucionalidade.

Isto porque a conclusão a que chegou a Suprema Corte assentou a inexistência de inconstitucionalidade superveniente no direito pátrio¹⁷ e retirava até então do alcance da jurisdição constitucional abstrata todas as leis aprovadas antes da promulgação da Constituição de 1988.

No julgamento da ADI 2¹⁸, de relatoria do Ministro Paulo Brossard, o STF teve a oportunidade de discutir amplamente o tema, ocasião em que o Ministro Sepúlveda Pertence registrou sua divergência com a orientação firmada pelo Tribunal por entender que excluir a hipótese de ação direta em face de normas pré-constitucionais seria expurgar do STF responsabilidade que é sua. Eis passagem do voto vencido:

A mim me basta a convicção de que a tese da inconstitucionalidade superveniente – em qualquer das suas modalidades – além, data vênua, de estar longe de absurda -, resiste, e resiste bem, às críticas mais ferozes que lhe tem sido assestadas.

E, sendo assim, prefiro-a àquela da simples revogação, porque entendo que a consequência básica da sua adoção – o cabimento da ação direta -, é a que serve melhor às inspirações do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade.

Reduzir o problema às dimensões da simples revogação da norma infraconstitucional pela norma constitucional posterior – se é alvitre que tem por si a sedução da aparente simplicidade -, redundaria em fechar-lhe a via da ação direta. E deixar, em consequência, que o deslinde das controvérsias

¹⁷ Ressalva-se dessa afirmação a hipótese de reconhecimento de mutação constitucional, fenômeno que o professor Gilmar Mendes explica nos seguintes termos: “por vezes, em virtude de uma evolução na situação de fato sobre a qual incide a norma, ou ainda por força de uma nova visão jurídica que passa a predominar na sociedade, a Constituição muda, sem que as suas palavras hajam sofrido modificação alguma. O texto é o mesmo, mas o sentido que lhe é atribuído é outro. Como a norma não se confunde com o texto, repara-se, aí, uma mudança da norma, mantido o texto. Quando isso ocorre no âmbito constitucional, fala-se em mutação constitucional”. (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2020. pp. 195 e 196)

¹⁸ **CONSTITUIÇÃO. LEI ANTERIOR QUE A CONTRARIE. REVOGAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE. IMPOSSIBILIDADE.** 1. A lei ou é constitucional ou não é lei. Lei inconstitucional é uma contradição em si. A lei é constitucional quando fiel à Constituição; inconstitucional na medida em que a desrespeita, dispondo sobre o que lhe era vedado. O vício da Inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração. Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente; nem o legislador poderia infringir Constituição futura. A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes: revoga-as. Pelo fato de ser superior, a Constituição não deixa de produzir efeitos revogatórios. Seria ilógico que a lei fundamental, por ser suprema, não revogasse, ao ser promulgada, leis ordinárias. A lei maior valeria menos que a lei ordinária. 2. Reafirmação da antiga jurisprudência do STF, mais que cinquentenária. 3. Ação direta de que se não conhece por impossibilidade jurídica do pedido. (ADI 2, rel. Min. Paulo Brossard, Tribunal Pleno, julgado em 6.2.1992, DJ 21.11.1997)

suscitadas flutue, durante anos, ao sabor dos dissídios entre juízes e tribunais de todo o País, até chegar, se chegar, à decisão da Alta Corte, ao fim de longa caminhada pelas vias frequentemente tortuosas do sistema de recursos. De resto, nem a decisão do Supremo Tribunal, despida de força vinculante erga omnes, encerrará as contradições. Perderão com tudo isso, inevitavelmente, não só a rapidez, mas a uniformização dos resultados da tarefa jurisdicional de conformação do direito velho às novas diretrizes da Lei Fundamental, com patente perda da efetividade desta e da segurança jurídica dos jurisdicionados.¹⁹

Como assentado pelo Ministro Pertence, o controle concentrado de constitucionalidade tem o condão de uniformizar a análise da compatibilidade entre o direito ordinário e o texto constitucional, conferindo maior segurança jurídica para os jurisdicionados.

Com efeito, excluir de seu escopo todos os atos normativos pré-constitucionais – assim como os municipais, os revogados e os secundários – implica relegar a resolução de controvérsias constitucionais de grande impacto nacional “ao sabor dos dissídios entre juízes e tribunais de todo o País, até chegar, se chegar, à decisão da Alta Corte, ao fim de longa caminhada pelas vias frequentemente tortuosas do sistema de recursos”²⁰.

Nesse cenário, o legislador conformou – em nível ordinário e constitucional – as demais ações diretas visando a suprir as lacunas criadas pela jurisprudência defensiva do STF e a expandir o alcance da jurisdição constitucional abstrata.

É que o arranjo originalmente idealizado pelo constituinte era dotado apenas de ação de inconstitucionalidade genérica; não de uma ação específica para arguir omissões inconstitucionais, de outra para requerer a declaração de constitucionalidade de ato normativo e de um instrumento subsidiário para impugnar os demais atos do poder público.

Na verdade, a ação declaratória de constitucionalidade, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e a arguição de descumprimento de preceito fundamental só ganharam os contornos que possuem atualmente com posteriores

¹⁹ Voto do Ministro Sepúlveda Pertence na ADI 2/DF, DJ de 21-11-1997.

²⁰ Na mesma linha: “(...) conforme o grau de variação do sentido que os agentes de interpretação-aplicação jurídica atribuem às normas constitucionais e infraconstitucionais, estas podem ser consideradas inconstitucionais por agentes de interpretação-aplicação e para outros constitucionais. O mesmo se procede em relação às normas pré-constitucionais; estas podem ser consideradas novadas por certos setores e por outros não. Com isso, naturalmente há excessivo aumento de demandas nos inúmeros tribunais pátrios, que podem culminar em recursos extraordinários que desaguam no Supremo Tribunal Federal trazendo controvérsias sociais decorrentes da incerteza acerca da novação ou não de uma norma pré-constitucional, e assim contribuindo com o aumento das estatísticas de processos julgados na alta Corte e acentuando o sentimento de insegurança jurídica e de ineficácia da força normativa da Constituição”. (GUGLIANO, Renato Herani. Controle de constitucionalidade das leis pré-constitucionais. São Paulo: Método, 2010, p. 267)

inovações legislativas, mais especificamente, com a promulgação da Emenda Constitucional 3/1993 e das Leis 9.868/1999, 9.882/1999 e 12.063/2009, como se explicará nos tópicos seguintes.

3. A Emenda Constitucional 3/1993 e a criação da ação declaratória de constitucionalidade (ADC).

Em um sistema misto de controle de constitucionalidade, como o brasileiro, faz-se relevante conferir à Suprema Corte instrumentos não apenas para declarar a inconstitucionalidade de ato normativo, mas também para assentar a compatibilidade do direito ordinário com a ordem constitucional²¹.

Isto porque o ordenamento jurídico pátrio atribuí a todo e qualquer juiz o dever de afastar a aplicação de leis eivadas por vício de inconstitucionalidade. No entanto, o juízo de conformidade entre norma infraconstitucional e a Constituição frequentemente enseja divergências entre os magistrados do país – alguns consideram a lei constitucional e outros deixam de aplicá-la por entender o contrário. No ponto, eis o magistério do Ministro Barroso:

A ação declaratória de constitucionalidade não apresenta similar rigorosamente próximo no direito comparado, embora alguns autores procurem demonstrar ter ela antecedentes no próprio direito brasileiro. Sua criação se deveu à constatação de que, sem embargo da presunção de constitucionalidade que acompanha os atos normativos do Poder Público, essa questão se torna controvertida em uma variedade de situações. **Previu-se, assim, um mecanismo pelo qual se postula ao Supremo Tribunal Federal o reconhecimento expresso da compatibilidade entre determinada norma infraconstitucional e a Constituição, em hipóteses nas quais esse ponto tenha se tornado objeto de interpretações judiciais conflitantes. Trata-se de uma ratificação da presunção. A finalidade da medida é muito clara: afastar a incerteza jurídica e estabelecer uma orientação homogênea na matéria.** É certo que todos os operadores jurídicos lidam, ordinariamente, com a circunstância de que textos normativos se sujeitam a interpretações diversas

²¹ “Parece estranho cogitar-se de ação declaratória de constitucionalidade, tendo em vista que a constitucionalidade de lei é presumida, em razão dos controles no próprio processo legislativo. A ideia de inseri-la em nossa Constituição surgiu da situação na qual o Presidente da República, em face de controvérsias surgidas em torno da constitucionalidade de certas leis, tinha interesse em ver deslindada a questão o quanto antes, para viabilizar a execução de seu programa de governo, com a certeza de que os atos praticados com fundamento naquelas leis não seriam depois invalidados. Ouvi certa vez de um Consultor da República manifestação neste sentido, e sugeri que propusesse a declaratória de inconstitucionalidade, posto que, sendo esta julgada improcedente, teria sido alcançado o objetivo desejado pelo Presidente da República. Mas não lhe pareceu, e realmente não é adequado promover uma declaratória de inconstitucionalidade, quando na verdade se pretende a declaração de constitucionalidade. Certo é que a grande quantidade de questionamentos, sobretudo em matéria de tributos, aumentou a preocupação do governo com a necessidade de garantir a prevalência de atos praticados com base em leis cuja constitucionalidade se estava a discutir com muita frequência”. (MACHADO, Hugo de Brito. Ação declaratória de constitucionalidade. Revista dos Tribunais, v. 697, 1993).

e contrastantes. Por vezes, até câmaras ou turmas de um mesmo tribunal firmam linhas jurisprudenciais divergentes. Porém, em determinadas situações, pelo número de pessoas envolvidas ou pela sensibilidade social ou política da matéria, impõe-se, em nome da segurança jurídica, da isonomia ou de outras razões de interesse público primário, a pronta pacificação da controvérsia (grifo nosso).²²

Ainda sob a égide da Constituição de 1967, o Supremo Tribunal Federal já reconhecia o caráter dúplice da representação de inconstitucionalidade e admitia a propositura de ações dessa natureza com manifestação do Procurador-Geral da República pugnando por sua improcedência, com a conseqüente declaração de constitucionalidade pela Suprema Corte²³. A promulgação da Constituição de 1988 não alterou essa prática.

A partir da promulgação da Emenda Constitucional 3/1993²⁴, contudo, criou-se instrumento próprio e específico para que fosse pleiteada a declaração de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal com efeito *erga omnes* e eficácia vinculante.

A Associação dos Magistrados do Brasil (AMB) chegou a questionar a constitucionalidade da implementação da ADC pela EC 3/93, sob o fundamento de que, em síntese, o instrumento tenderia a abolir cláusulas pétreas, tais quais, o acesso à justiça, o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa e a separação dos poderes²⁵.

²² BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 158.

²³ O Regimento interno do Supremo Tribunal Federal na versão 1970: “Art. 174, § 1º: Provocado por autoridade ou por terceiro para exercitar a iniciativa prevista nesse artigo, o Procurador-Geral, entendendo improcedente a fundamentação da súplica, poderá encaminhá-la com parecer contrário”

²⁴ A EC 3/1993 é oriunda do Projeto de Emenda à Constituição 48/1991, que, por seu turno, absorveu parte das disposições presentes na PEC 130/1992, elaborada com base em estudos dos professores Ives Gandra e Gilmar Mendes. Eis trecho da justificativa desta proposta: “Entre as vantagens do presente projeto sobre aquele que pretende reintroduzir a advocatária, militam: (i) a competência do STF será originária e não decorrencial; (ii) os motivos para sua proposição serão jurídicos e não meramente políticos; (iii) não haverá interferência direta nas decisões de 1º instância suspendendo sua eficácia sem fundamentos jurídicos, mas decisão definitiva sobre a questão suscitada; e (iv) em questões polêmicas, a unificação far-se-á com rapidez, ofertando-se ao cidadão e ao Estado uma interpretação definitiva. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/169446>.

²⁵ Destaca-se manifestação doutrinária que foi encampada pela ação proposta pela AMB no sentido da inconstitucionalidade da introdução da ADC ao ordenamento jurídico pela EC 3/93: “Em conclusão a ação declaratória de constitucionalidade da lei está maculada pela eiva de inconstitucionalidade, porque afronta vários princípios consagrados pela ordem jurídica, a saber: (a) a presunção de constitucionalidade da lei, albergada pelo sistema jurídico vigente; (b) o princípio do contraditório, na medida em que impossibilita o exercício do direito de defesa; (c) a independência dos poderes, pois transforma o Supremo Tribunal Federal em órgão sancionador da atividade legislativa. Enfim, impede em última análise a evolução do direito, que busca fundamentos na jurisprudência, a qual só se consolida pelas reiteradas decisões dos juízes nos diversos graus de jurisdição. E, além de criar o desequilíbrio entre os poderes estatais, restringe indevida e inconstitucionalmente a atividade do Poder Judiciário” (SCARTEZZINI, Ana Maria. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva & MENDES, Gilmar Ferreira (coord.). Ação declaratória de constitucionalidade. São Paulo, Saraiva, 1995, p. 12).

Entretanto, no julgamento da ADC 1, como questão preliminar, a Suprema Corte afastou as alegações da AMB e assentou a constitucionalidade da introdução da ação declaratória de constitucionalidade ao ordenamento jurídico pátrio²⁶.

Anos depois o escopo da ação declaratória de constitucionalidade foi ampliado: a Emenda Constitucional 45/2004 equiparou o rol de entes legitimados para propor ADC – que inicialmente só contemplava o Presidente da República, o Procurador-Geral da República e as Mesas da Câmara e do Senado Federal - ao da ação direta de inconstitucionalidade.

Porém, o objeto da ADC permaneceu restrito ao direito federal, continuando excluída de seu alcance a legislação estadual e municipal.

De todo modo, com a aprovação da Emenda Constitucional 3/93, o controle concentrado de constitucionalidade passou a ser exercido tanto pela via da ação direta de constitucionalidade quanto da posteriormente introduzida ação declaratória de constitucionalidade.

4. A Lei 9.882/1999 e a regulamentação da arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF).

A partir das considerações até aqui apresentadas, vislumbra-se que a ampliação da legitimação para propositura de ação direta de inconstitucionalidade pela Carta de 1988 e a introdução da ação declaratória de constitucionalidade ao ordenamento jurídico pela Emenda Constitucional 3/1993 alteraram o perfil da jurisdição constitucional brasileira, que passou a dar ênfase ao controle concentrado em detrimento do difuso.

Nada obstante, como já explorado anteriormente, a jurisprudência inicialmente restritiva da Suprema Corte quanto ao cabimento de ações diretas de inconstitucionalidade excluiu do escopo da jurisdição constitucional abstrata a apreciação

²⁶ Eis passagem do voto do relator, Ministro Moreira Alves: “é também inteiramente improcedente a alegação de que essa ação converteria o Poder Judiciário em legislador, tornando-o como que órgão consultivo dos Poderes Executivo e Legislativo. Essa alegação não atenta para a circunstância de que, visando a ação declaratória de constitucionalidade à preservação da presunção de constitucionalidade do ato normativo, é ínsito a essa ação, para caracterizar-se o interesse objetivo de agir por parte dos legitimados para propô-la, que pré-exista controvérsia judicial no exercício do controle difuso de constitucionalidade, por ser esta que caracteriza inequivocamente esse risco. Dessa controvérsia, que deverá ser demonstrada na inicial, afluem, inclusive, os argumentos pró e contra a constitucionalidade, ou não, do ato normativo em causa, possibilitando a essa Corte o conhecimento deles e de como têm sido eles apreciados judicialmente. Portanto por meio dessa ação, o Supremo Tribunal Federal uniformizará o entendimento judicial sobre a constitucionalidade, ou não, de um ato normativo federal em face da Carta Magna, sem qualquer caráter, pois, de órgão consultivo de outro Poder, e sem que, portanto, atue, de qualquer modo, como órgão de certa forma participante do processo legislativo. Não há, assim, evidentemente, qualquer violação ao princípio da separação de Poderes”. (ADC 1 QO, Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 27.10.1993).

da constitucionalidade de atos normativos pré-constitucionais, secundários, revogados e municipais. Ou seja, as controvérsias constitucionais relacionadas às mencionadas espécies normativas eram até então relegadas ao controle difuso de constitucionalidade.

Nesse contexto, a Lei 9.882/1999 conformou a arguição de descumprimento de preceito fundamental como instrumento apto a sanar lacunas²⁷ criadas em parte pela jurisprudência defensiva do Supremo Tribunal Federal e expandir o alcance da jurisdição constitucional abstrata a controvérsias constitucionais até então fora do seu escopo²⁸.

Ao contrário da ADC, a ADPF já estava prevista na redação original da Constituição da República. No entanto, seria equivocado afirmar que esta foi idealizada pelo constituinte na forma que possui atualmente.

Com efeito, não se sabia precisamente qual era a natureza e a função da arguição de descumprimento de preceito fundamental até a promulgação da Lei 9.882/1999²⁹, como se observa a partir de passagem do voto do Ministro Sepúlveda Pertence no julgamento da ADPF nº 1, na qual o magistrado chegou a atribuir-lhe o rótulo de “esfinge”:

“a Lei 9.882, de dezembro último, veio dar eficácia ao art. 102, § 1º, da Constituição, que previu na competência do Supremo Tribunal, o

²⁷ A respeito das lacunas na jurisdição constitucional abstrata, destaca-se consideração do professor André Ramos Tavares em texto escrito pouco após a promulgação da Lei 9.882/1999: “há de se aduzir que, se o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade já fosse, realmente, um dos mais completos, decerto não se encontraria um campo viável para a atuação de uma nova ação (arguição com caráter residual. A premissa, portanto, não é verdadeira, apesar de vir reafirmada por inúmeros estudiosos. O sistema brasileiro é complexo, mas isso não lhe confere a completude assinalada por muitos. Outros, menos complexos, são bem mais ricos em termos de sindicabilidade. É, v.g., o caso português, que admite o controle de leis e atos normativos anteriores à Constituição. É também o caso alemão, que prevê graduação quanto ao efeito das decisões. O dogma da completude, pois, não se sustenta a uma análise mais atenta do cerne da questão”. (TAVARES, André Ramos. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Aspectos Essenciais do Instituto na Constituição e na Lei. In: TAVARES, André Ramos & ROTHENBURG, Walter Claudius (orgs.). Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da Lei 9.882/99. São Paulo, Atlas, 2001, pp. 43-44).

²⁸ “O que é certo afirmar é que as ações tradicionais de controle de constitucionalidade perderam parte de seu objeto para a arguição que, ademais, contemplou hipóteses outras que, embora relacionadas ao controle de constitucionalidade, nunca estiveram no espectro daquelas ações e, assim, encontravam-se fora do alcance do controle concentrado de constitucionalidade brasileiro”. Ibidem.

²⁹ “Uma ideia que se tinha para a arguição de descumprimento de preceito fundamental prevista pela Constituição de 1988 – a justificar o instituto diante de um bem engendrado sistema de controle de constitucionalidade e especialmente desenvolvido quanto à fiscalização abstrata – era de um instrumento de controle que, embora concentrado (competência exclusiva do Supremo Tribunal Federal), se detinasse a resolver casos concretos: “uma fiscalização concreta de constitucionalidade por meio de ação direta” (Clèmerson Merlin Clève). A imagem era confessadamente inspirada no instituto alemão da Verfassungsbeschwerde (que traduzimos por reclamação constitucional, embora a tradução mais corrente seja recurso constitucional)”. (ROTHENBURG, Walter Claudius. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In: TAVARES, André Ramos & ROTHENBURG, Walter Claudius (orgs.). Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da Lei 9.882/99. São Paulo, Atlas, 2001, pp. 200-201).

juízo do instituto – ainda, para mim, com todo o mistério de uma esfinge – da chamada ‘arguição de descumprimento de preceito fundamental’. Cuida-se, à primeira vista, de remédio transplantado de ordenamentos – a exemplo da Alemanha e da Espanha – que não dispunham dos mecanismos que permitem levar à Corte Constitucional violações de qualquer sorte de preceitos constitucionais, fundamentais ou não, dos quais, entretanto, dispõe, com amplitude sem paralelo, o direito brasileiro: basta pensar – afora o recurso extraordinário por contrariedade direta da Constituição contra decisão de qualquer Tribunal – na ampla competência originária e de recurso ordinário, do Supremo, para julgar habeas corpus, mandado de segurança, habeas data e assim por diante...” (grifo nosso)³⁰

Em relação à compreensão doutrinária sobre o papel da arguição de descumprimento de preceito fundamental, o professor Lênio Streck discorreu sobre as posições à época de expoentes do direito constitucional brasileiro: alguns, como José Afonso da Silva, defendiam que a ADPF se assemelharia ao recurso constitucional alemão (*Verfassungsbeschwerde*); outros, como Gilmar Mendes, não compartilhavam dessa posição. Veja-se:

“Para uma melhor compreensão do problema, faz-se necessário uma incursão no direito alienígena, uma vez que o dispositivo em tela é inovador na história constitucional brasileira, sem qualquer precedente nas Constituições anteriores. Por isso, desde logo, a pergunta que se impõe é: estariam as raízes do dispositivo brasileiro na Lei Fundamental da Alemanha, mais especialmente no art. 93, alínea 1, n° 4, introduzido pela Décima Nona Lei Modificadora, de 29 de janeiro de 1969, que estabelece o recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) individual? A doutrina brasileira divergiu a respeito do tema. José Afonso da Silva respondeu afirmativamente, acrescentando que a lei de que fala o dispositivo brasileiro poderia vir a ter a importância da Lei 17.451 da República Federal da Alemanha que instituiu o *Verfassungsbeschwerde*. Na mesma linha, Pinto Ferreira e Celso Bastos. Agregue-se que o próprio Supremo Tribunal Federal, na apreciação do Agravo regimental no mandado de segurança n° 22.427-5, deu a entender que a arguição de descumprimento de preceito fundamental guarda semelhança com o *Verfassungsbeschwerde* alemão. Tais opiniões, entretanto, não são compartilhadas por autores como Celso Agrícola Barbi, que entendeu não existir no direito comparado instituto do mesmo tipo, e Gilmar Ferreria Mendes, o qual, comparando o modelo constitucional alemão com o nosso, acentua que “a existência de processos diversos ressalta uma importante diferença entre as duas Cortes de uma perspectiva processual. A ordem constitucional brasileira não conhece processos como o conflito entre órgãos (*Organstreitigkeit*) nem instrumentos com múltiplas funções como o recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*)”.”³¹

³⁰ Voto do Ministro Pertence no julgamento da ADPF 1 QO, rel. Min. Néri da Silveira, Tribunal Pleno, julgado em 3.2.2000, DJ 7.11.2003.

³¹ STRECK, Lênio Luiz. Os meios e acesso do cidadão à jurisdição constitucional, a arguição de descumprimento de preceito fundamental e a crise de efetividade da constituição brasileira. In: SAMPAIO, José Adércio Leite & CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Hermenêutica e jurisdição constitucional. Belo Horizonte, Del Rey, 2001, p. 261.

De toda sorte, até o ano de 1999 o ordenamento jurídico só tratava da ADPF no art. 102, § 1º, da CF/88, em termos vagos e sem regulamentação na legislação ordinária: “a arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente desta Constituição será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei” (art. 102, § 1º, CF/99)³², o que foi objeto de justa crítica do professor da Universidade de São Paulo, Elival da Silva Ramos, *in verbis*:

“Ora, com a norma do § 1º do art. 102, pretendeu-se instituir um novo instrumento de tutela da supremacia de determinados preceitos da Constituição Federal. Era de se exigir, portanto, do Legislador Constituinte que manifestasse sua vontade de modo mais claro e preciso. (...) Na espécie, portanto, diante da inexistência em nosso Direito positivo, constitucional ou infraconstitucional, anteriormente à Constituição de 1988, do instituto da arguição de descumprimento de preceito fundamental, não se afigura tolerável o descompromisso do Constituinte com um mínimo de densidade significativa do dispositivo-matriz, que permitisse a adequada compreensão do que se estava a se instituir”³⁴.

O legislador, então, aproveitou-se do instrumento previsto em norma constitucional de eficácia limitada e atribuiu-lhe contornos de ação de controle concentrado subsidiária, cabível diante de controvérsias constitucionais que fujam do escopo das demais, tal como, a análise da compatibilidade do direito pré-constitucional com a ordem constitucional vigente³⁵.

³² “A pouca importância dada ao mandado de injunção pelo Poder Judiciário somente é comparada com o desprezo que, tanto a doutrina constitucional, o Poder Legislativo e o próprio Poder Judiciário, deram ao dispositivo constitucional que estabeleceu a arguição de descumprimento de preceito fundamental decorrente da Constituição”, a ser apreciada pelo Supremo Tribunal Federal na forma da lei (art. 102, parágrafo 1º). Com efeito, somente 11 anos após a promulgação da Constituição foi regulamentado esse dispositivo constitucional, através da Lei 9.883, de 3 de dezembro de 1999. De registrar que, antes do advento da Lei 9.882, todas as arguições de descumprimento de preceito fundamental foram rejeitadas exatamente pelo argumento de falta de lei regulamentadora”. *Ibidem*.

³³ Devido à incerteza a respeito do papel da arguição de descumprimento de preceito fundamental e à ausência de regulamentação infraconstitucional do instituto, o primeiro julgamento de mérito em sede de STF ocorreu apenas no ano de 2005, portanto, dezessete anos após a promulgação da Constituição da República. Sobre o tema: https://www.conjur.com.br/2005-dez-07/supremo_julga_primeira_adpf_define_contorno_acao.

³⁴ RAMOS, Elival da Silva. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Delineamento do Instituto In: TAVARES, André Ramos & ROTHENBURG, Walter Claudius (orgs.). Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da Lei 9.882/99. São Paulo, Atlas, 2001, p. .

³⁵ Outra crítica do professor Elival da Silva Ramos merece destaque, esta relacionada à legitimidade da legislação ordinária para atribuir a instituto de natureza dúbia caráter de ação de controle concentrado de constitucionalidade: “De toda sorte, de há muito assentou o Supremo Tribunal Federal que toda e qualquer manifestação do controle de constitucionalidade em abstrato de atos normativos exige previsão expressa na Constituição Federal por não ser esse ínsito à função jurisdicional, temperando a rigidez da arquitetura clássica da teoria da separação dos Poderes. (...) Diante disso, não nos parece aceitável extrair-se de um dispositivo com um conteúdo significativo tão fluído, como é o caso do § 1º do art. 102, a interpretação de que ali se permitiu ao Legislador Infraconstitucional a instituição de um instrumento a mais voltado ao controle de constitucionalidade de leis ou atos normativos diante da Constituição Federal, controle esse,

Dentre as mudanças no sistema de controle concentrado de constitucionalidade provocadas pela regulamentação da ADPF, o Ministro Gilmar Mendes lista as seguintes: (i) a antecipação de decisões sobre controvérsias constitucionais relevantes, evitando que elas venham a ter um desfecho definitivo após longos anos; (ii) a resolução de controvérsia relevante sobre a legitimidade do direito ordinário pré-constitucional em face da nova Constituição que, até o momento, somente poderia ser veiculada mediante a utilização de recurso extraordinário; e (iii) o fornecimento pelo Supremo Tribunal Federal, à luz da eficácia erga omnes e do efeito vinculante próprios das decisões em ADPF, de diretriz segura para o juízo sobre a legitimidade ou a ilegitimidade de atos de teor idêntico, editados pelas diversas entidades municipais ³⁶.

Como se verifica a partir do magistério de Gilmar Mendes, a Lei 9.882/1999 deu aplicabilidade à arguição de descumprimento de preceito fundamental e viabilizou a resolução de controvérsias constitucionais até então excluídas do escopo da jurisdição constitucional abstrata com a segurança jurídica e a celeridade próprias do controle concentrado de constitucionalidade³⁷.

5. A Lei 12.063/2009 e a regulamentação da ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO).

A Constituição de 1988 inovou em relação às anteriores ao prever no § 2º de seu art. 103 o seguinte³⁸: “declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção

conforme gizado pelo Pretório Excelso, de natureza extraordinária, a exigir expressa manifestação de vontade do Constituinte”. Ibidem.

³⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 1748

³⁷ “Nesse contexto, cabe enfatizar que a ADPF vem completar o sistema de controle de constitucionalidade de perfil relativamente concentrado no Supremo Tribunal Federal, uma vez que as questões, até então excluídas de apreciação no âmbito do controle abstrato de normas e de outras ações diretas, podem ser objeto de exame no âmbito do novo instituto”. Ibidem.

³⁸ “Em termos de direito positivo, o fenômeno da inconstitucionalidade por omissão só recebeu previsão nos textos constitucionais, e mesmo assim timidamente, a partir da década de 1970, com sua incorporação à Constituição da então Iugoslávia (1974) e à de Portugal (1976). Nada obstante, em sede jurisprudencial, o tema já vinha sendo discutido em alguns países desde o final da década de 50 e início da década de 1960, como na Itália e na Alemanha. E também na Espanha, a partir da Constituição de 1978. Nesses países, a fiscalização da omissão tem sido efetuada pelos tribunais constitucionais, independentemente da existência de qualquer norma regendo a matéria”. (BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 43).

das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”.

A partir da disposição transcrita, o constituinte reconhece, em paralelo à tradicional inconstitucionalidade decorrente de atos comissivos praticados em desacordo com a Constituição, o fenômeno da inconstitucionalidade por omissão, isto é, a inércia do poder público na prática de atos necessários à concretização de mandamentos constitucionais³⁹.

Cuida-se de dispositivo com significativo potencial para influir no arranjo da jurisdição constitucional brasileira, visto que a Carta de 1988 é dotada de uma série de normas constitucionais de baixa densidade jurídica que consagram diretrizes, metas e objetivos para as condutas do Estado brasileiro nos campos social, econômico, cultural etc⁴⁰. Ou seja, tem caráter inegavelmente programático⁴¹ e confere largo espaço para a declaração da inconstitucionalidade das condutas omissivas do poder público⁴².

A doutrina majoritária, então, passou a tratar o § 2º do art. 103 como norma que, além de admitir expressamente o fenômeno da omissão inconstitucional, disponibilizava instrumento específico para combatê-lo pela via direta e de maneira abstrata: a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO), categoria independente em relação à ação direta de inconstitucionalidade genérica (ADIIn)⁴³.

³⁹ “A simples inércia, o mero não fazer por parte do legislador não significa que se esteja diante de uma omissão inconstitucional. Esta se configura com o descumprimento de um mandamento constitucional no sentido de que atue positivamente, criando uma norma legal. A inconstitucionalidade resultará, portanto, de um comportamento contrastante com uma obrigação jurídica de conteúdo positivo”. *Ibidem*.

⁴⁰ Cite-se, como exemplo, o art. 3º da CF/88, que estabelece os objetivos da república: “constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

⁴¹ “Essa disjunção de modelos de Constituição para efeitos taxinômicos não deve levar o observador a perder de vista que todas as constituições fazem opções ideológicas sobre o papel do Estado nos planos social e econômico. Até quando não o expressam, assumem, nesse silêncio mesmo, uma opção política, vinculada a uma dada ideia sobre o que deve incumbir aos poderes públicos. De toda sorte, associa-se a constituição-garantia a uma concepção liberal da política, enquanto a constituição programática remete-se ao ideário do Estado social de direito. A Constituição brasileira de 1988 tem invidiosa propensão dirigente” (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 88).

⁴² “A ação direta de inconstitucionalidade por omissão está intimamente relacionada com o próprio perfil da Constituição de 1988. Em virtude do volume e extensão de normas constitucionais não dotadas de plena aplicabilidade, inseridas na Carta de 1988, é que se introduz o instrumento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a fim de que tornem efetivas as regras constitucionais”. (PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. São Paulo: Ed. RT, 2003, p. 112).

⁴³ “Discute-se na doutrina se se trataria de um instituto autônomo ou se esta figura seria reconduzida à ação direta de inconstitucionalidade. Isto porque o art. 103 da CF/1988 faz expressa menção apenas à ação direta de inconstitucionalidade. Há apenas uma referência ao instituto quando, no § 2º do citado artigo, se

Nada obstante, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão não tinha previsão expressa no ordenamento jurídico e, portanto, não era tratada no direito positivo como instrumento autônomo em relação à ADIn até a promulgação da Lei 12.063/2009⁴⁴, que acrescentou à Lei 9.868/1999 – que já regulamentava a ADI e a ADC – capítulo específico para disciplinar a ADO⁴⁵.

A partir de 2009, então, o Supremo Tribunal Federal passou a catalogar as ações diretas com pedido de declaração de inconstitucionalidade por omissão como instrumento autônomo – com numeração própria – e não como espécie de ADI, como fazia até a promulgação da Lei 12.063/09.

estabelece que “declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”. Barbosa Moreira entende que o preceito não pretendeu introduzir uma nova figura processual (a ação de inconstitucionalidade por omissão), mas sim unicamente deixar claro que o controle abstrato de constitucionalidade, pelo STF, abarca tanto os casos de violação positiva quanto os casos de violação negativa da norma constitucional. Esta posição, segundo a crítica de Segado, direciona a reconhecer que a ação direta de inconstitucionalidade tem dupla característica, de forma que a ação de inconstitucionalidade por omissão perderia sua individualidade processual, seu caráter autônomo. Em posição diametralmente oposta, o Ministro do STF, Gilmar Ferreira Mendes, mantém entendimento de que a ação de inconstitucionalidade por omissão possui caráter autônomo e a considera como sendo uma especial garantia processual para a proteção de direitos subjetivos constitucionalmente assegurados. Neste patamar, Ferreira Mendes afirma que o constituinte brasileiro partiu de uma diferenciação entre a inconstitucionalidade por omissão e a inconstitucionalidade por ação. Esta posição é corroborada por Francisco Segado” (FOLADOR, Patrícia Micheli. *Evolução histórica do controle de constitucionalidade no Brasil e a ação de inconstitucionalidade por omissão*. Revista de Direito Constitucional e Internacional 71/228, São Paulo, abr. 2010). Barbosa Moreira e Gilmar Mendes defendem as referidas posições, respectivamente, nas seguintes obras: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el Brasil: un bosquejo*. In: BAZAN, Victor (coord.). *Desafíos del control de constitucionalidad*. Buenos Aires: Ediciones Ciudad Argentina, 1996, p. 285 e MENDES, Gilmar Ferreira. *O controle da omissão constitucional*. In: SCHÄFER, Jairo (org.). *Temas polêmicos do constitucionalismo contemporâneo*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007, p. 154.

⁴⁴ “No plano infraconstitucional, a matéria também é disciplinada de forma conjunta pela Lei n. 9.868/99. Em sua redação original, o diploma não dispunha expressamente sobre a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o que não impediu sua aplicação, baseada na já referida identidade substancial entre a ação direta por ação e por omissão. Com a edição da Lei n. 12.063, de 27 de outubro de 2009, foi acrescido à Lei n. 9.868/99 um capítulo II-A, dedicado especificamente ao processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Em linhas gerais, a nova lei apenas positivou as linhas jurisprudenciais já assentadas pelo STF, sem prejuízo de algumas particulares que serão objeto de comentário adiante”. (BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 172).

⁴⁵ Destaca-se crítica do Ministro Gurgel de Faria em trabalho escrito anteriormente à promulgação da Lei 12.063/2009: “Interessante anotar que a Lei 9.868/1999 limita-se a regular o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal, nada dispondo acerca da ação em face da omissão, o que precisa ser posteriormente suprido pelo Congresso Nacional, traçando regras específicas para este tipo de ação”. (FARIA, Luiz Alberto Gurgel de. *Controle da constitucionalidade na omissão legislativa: instrumentos de proteção judicial e seus efeitos*. 2. tir. Curitiba: Juruá, 2002, p. 114)

6. O contraste entre o arranjo originalmente idealizado pelo constituinte e o vigente atualmente.

Com base nas considerações elencadas nos tópicos anteriores, chega-se à conclusão de que o arranjo da jurisdição constitucional abstrata idealizado pelo constituinte não corresponde ao vigente atualmente.

Com efeito, o texto aprovado em 5 de outubro de 1988 previa uma única ação de controle abstrato por excelência, a até então denominada “ação de inconstitucionalidade” – sucessora da representação de inconstitucionalidade existente sob a égide da Carta de 1967 e que passou a ser chamada de ação direta de inconstitucionalidade após a promulgação da Emenda Constitucional 3/1993. Nesse sentido, eis o magistério do professor Elival da Silva Ramos:

Ora, a Constituição de 5-10-1988, em matéria de controle da constitucionalidade de leis e demais atos normativos em abstrato previu, originariamente, um único instrumento, qual seja, a ação direta declaratória de inconstitucionalidade, instituindo-a, de pronto, no tocante às leis ou atos normativos federais ou estaduais, discrepantes, em tese, da Lei Maior (art. 102, inciso I) e possibilitando sua instituição no que concerne às leis ou atos normativos federais ou estaduais, discrepantes, em tese, da Lei Maior (art. 102, inciso I) e possibilitando sua instituição no que concerne às leis ou atos normativos estaduais ou municipais, ofensivos, em tese, às Constituições Estaduais (art. 125, § 2º). Posteriormente, por meio da Emenda Constitucional nº 3, de 1993, que deu nova redação à alínea a, do inciso I, do art. 102, da Constituição Federal, e a seus §§ 1º e 2º, foi instituída a ação direta declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal (grifo nosso).

As demais ações cujo histórico foi explorado nesse texto – ADC, ADPF e ADO – ganharam status de ações de controle concentrado de constitucionalidade específicas, autônomas e independentes em relação a ADIn a partir de inovações legislativas promovidas após 1988.

Em breve síntese, a ação declaratória de constitucionalidade foi introduzida pela Emenda Constitucional 3/1993; a ação direta de inconstitucionalidade por omissão só passou a ser tratada pelo ordenamento jurídico como categoria autônoma e independente em relação à ADIn após a promulgação da Lei 12.063/2009; e a ADPF, apesar de já presente no texto originário da CF/88, tinha natureza dúbia e só ganhou contornos de ação de controle concentrado de constitucionalidade após a promulgação da Lei 9.882/1999.

Logo, a pluralidade de ações diretas não é fruto de opção racional do constituinte originário, mas da atuação subsequente e gradual do legislador, que, visando a suprir

lacunas deixadas pela jurisprudência inicialmente restritiva da Suprema Corte, deu origem a um sistema de controle concentrado de constitucionalidade dotado de quatro ações autônomas, porém ajuizadas pelos mesmos legitimados, perante o mesmo tribunal e munidas do mesmo objetivo: a tutela da ordem constitucional objetiva.

CAPÍTULO II – AS CONSEQUÊNCIAS DA MULTIPLICIDADE DE VIAS DE ACESSO À JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ABSTRATA.

1. A zona de penumbra entre as ações de controle concentrado de constitucionalidade.

Como exposto no capítulo anterior, a pluralidade de ações de controle concentrado de constitucionalidade não é decorrência de decisão lógica do constituinte originário, mas, na verdade, fruto de decisões legislativas posteriores que gradualmente foram suprimindo lacunas da jurisdição constitucional abstrata brasileira até o ponto em que praticamente todos os atos do poder público tornaram-se impugnáveis por ações diretas.

Nessa toada, o fato de cada um dos instrumentos de controle abstrato ter sido criado ou regulamentado em momento distinto um do outro provocou problemas de sistematicidade e racionalidade ao sistema de controle concentrado de constitucionalidade pátrio.

Observa-se atualmente cenário no qual existem quatro ações associadas à defesa da ordem constitucional objetiva que cada vez mais aproximam-se uma das outras, como se demonstrará nos tópicos seguintes.

1.1 ADI e ADPF: o requisito da subsidiariedade e a dúvida a respeito da via adequada.

Dispõe o § 1º do art. 4º da Lei 9.882/1999 que “não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade”. Cuida-se da chamada cláusula de subsidiariedade da ADPF.

Muito foi debatido em sede doutrinária e jurisprudencial o sentido do referido dispositivo, visto que a interpretação que lhe fosse atribuída conduziria a ADPF a um papel marginal ou de destaque no arranjo da jurisdição constitucional brasileira⁴⁶.

Parte dos doutrinadores entendia que a arguição seria cabível diante de toda e

⁴⁶ “À primeira vista poderia parecer que somente na hipótese de absoluta inexistência de qualquer outro meio eficaz para afastar a eventual lesão poder-se-ia manejar, de forma útil, a arguição de descumprimento de preceito fundamental. É fácil ver que uma leitura excessivamente literal dessa disposição, que tenta introduzir entre nós o princípio da subsidiariedade vigente no Direito alemão (recurso constitucional) e no Direito espanhol (recurso de amparo), acabaria por retirar desse instituto qualquer significado prático”. (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 2043)

qualquer situação de lesão à preceito fundamental consagrado pela Constituição da República, haja vista que caberia à legislação infraconstitucional apenas dar forma à ADPF e não reduzir o escopo deste instrumento apenas às hipóteses em que nenhum outro meio demonstrasse-se apto a sanar a lesividade⁴⁷.

Outra parcela da doutrina adotava posição diametralmente oposta: a ADPF só seria cabível nos casos em que nenhuma outra ação – seja de índole objetiva seja de índole subjetiva – fosse apta a remediar a lesão a preceito fundamental. Ou seja, mesmo que não fosse hipótese de ADI, ADC ou ADO, a arguição de descumprimento de preceito fundamental não seria cabível caso o ato do poder público lesivo pudesse ser adequadamente combatido por meio de mandado de segurança, reclamação ou qualquer outra ação de cunho individual⁴⁸.

O Supremo Tribunal Federal, todavia, acertadamente firmou sua jurisprudência no sentido da posição intermediária⁴⁹: em regra, o cabimento de ações ou recursos de

⁴⁷ Nesse sentido: “o legislador, ao regulamentar o instituto, não poderia pretender negar-lhe sua situação constitucionalmente delimitada. Seu cabimento está predeterminado pela Constituição. E esse delineamento, não há dúvida, forçou os contornos do campo da ação direta, tal como era compreendida até o advento da Constituição de 1988. Dessa forma seria inadmissível que se considerasse o cabimento da arguição apenas naquelas hipóteses nas quais o sistema, no momento em que foi editada a Lei da Arguição, não previsse outra medida para combater determinada lesão. As hipóteses de cabimento da arguição, no que se refere à exigência de violação da Carta Constitucional, não pode depender da lei. Já vem traçada pela própria Constituição (...) A arguição, portanto, não é instituto com caráter “residual” em relação à ação direta de inconstitucionalidade (genérica ou omissiva). Trata-se, na realidade, de instrumento próprio para resguardo de determinada categoria de preceitos (os fundamentais), e é essa a razão de sua existência. Daí o não poder admitir o cabimento de qualquer outra ação para a tutela direta desta parcela de preceitos, já que, em tais hipóteses, foi vontade da Constituição o indicar, expressamente, que a arguição será a modalidade cabível, o que exclui as demais ações”. (TAVARES, André Ramos. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Aspectos Essenciais do Instituto na Constituição e na Lei. In: TAVARES, André Ramos & ROTHENBURG, Walter Claudius (orgs.). Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da Lei 9.882/99. São Paulo, Atlas, 2001, p. 45).

⁴⁸ “Obviamente, esse mecanismo de efetividade dos preceitos fundamentais não substitui as demais previsões constitucionais que tenham semelhante finalidade, tais como o habeas corpus, habeas data; mandado de segurança individual e coletivo; mandado de injunção; ação popular; ações diretas de inconstitucionalidade genérica, interventiva e por omissão e ação declaratória de constitucionalidade, desde que haja efetividade em sua utilização, isto é, sejam suficientes para evitar ou reparar a lesão a preceito fundamental causada pelo Poder Público. (...) Portanto, o caráter subsidiário da arguição de descumprimento de preceito fundamental consiste na necessidade de prévio esgotamento de todos os instrumentos juridicamente possíveis e eficazes para fazer cessar ameaça ou lesão a preceito fundamental. Se, porém, uma vez utilizados esses instrumentos, houver patente inefetividade na proteção dos preceitos fundamentais, sempre haverá possibilidade de acesso ao Supremo Tribunal Federal, por via da arguição”. (MORAES, Alexandre. Comentários à Lei 9.882/1999: Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. In: TAVARES, André Ramos & ROTHENBURG, Walter Claudius (orgs.). Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da Lei 9.882/99. São Paulo, Atlas, 2001, p. 27).

⁴⁹ “O ajuizamento da ação constitucional de arguição de descumprimento de preceito fundamental rege-se pelo princípio da subsidiariedade (Lei nº 9.882/99, art. 4º, § 1º), a significar que não será ela admitida, sempre que houver qualquer outro meio juridicamente idôneo apto a sanar, com efetividade real, o estado de lesividade emergente do ato impugnado (...). A mera possibilidade de utilização de outros meios processuais, contudo, não basta, só por si, para justificar a invocação do princípio da subsidiariedade, pois, para que esse postulado possa legitimamente incidir - impedindo, desse modo, o acesso imediato à arguição

natureza subjetiva não é óbice ao cabimento de ADPF, mas o de outra ação de controle abstrato o é, dado que estas são dotadas de efeitos erga omnes e eficácia vinculante, de tal modo que, em geral, são mais eficazes do que os instrumentos de cunho individual para sanar lesões a preceitos fundamentais decorrentes de atos do poder público⁵⁰.

Ocorre que nem sempre é claro se a constitucionalidade de determinado ato normativo pode ou não ser analisada em sede de ação direta de inconstitucionalidade (genérica ou omissiva) ou de ação declaratória de constitucionalidade.

Cite-se, como exemplo, a impugnação de decreto no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade. Sabe-se que a Suprema Corte só admite a ADI como via adequada para arguição de inconstitucionalidade desta espécie de ato normativo caso se trate de decreto autônomo, isto é, o que não se limita a regulamentar legislação ordinária, caso contrário o meio adequado é a ADPF⁵¹.

Contudo, a caracterização do decreto como meramente regulamentar ou autônomo depende do juízo exercido pelo magistrado competente, de modo 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:

de descumprimento de preceito fundamental - revela-se essencial que os instrumentos disponíveis mostrem-se capazes de neutralizar, de maneira eficaz, a situação de lesividade que se busca obstar com o ajuizamento desse writ constitucional. - A norma inscrita no art. 4º, § 1º da Lei nº 9.882/99 - que consagra o postulado da subsidiariedade - estabeleceu, validamente, sem qualquer ofensa ao texto da Constituição, pressuposto negativo de admissibilidade da arguição de descumprimento de preceito fundamental, pois condicionou, legitimamente, o ajuizamento dessa especial ação de índole constitucional, à observância de um inafastável requisito de procedibilidade, consistente na ausência de qualquer outro meio processual revestido de aptidão para fazer cessar, prontamente, a situação de lesividade (ou de potencialidade danosa) decorrente do ato impugnado. (ADPF 17 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 5.6.2002, DJ 14.2.2003)

⁵⁰ “A questão central aqui parece estar na eficácia do “outro meio” referido na lei, isto é, no tipo de solução que ele é capaz de produzir. Considerando que a decisão na ADPF é dotada de caráter vinculante e contra todos, quando esses efeitos forem decisivos para o resultado que se deseja alcançar, dificilmente uma ação individual ou coletiva de natureza subjetiva poderá atingi-los. É por esse fundamento que merece adesão a posição intermediária e melhor, que vem conquistando a doutrina e a jurisprudência, no sentido de que, tendo em vista a natureza objetiva da ADPF, o exame de sua subsidiariedade deve levar em consideração os demais processos objetivos já consolidados no sistema constitucional. Isso porque, embora seja possível imaginar exceções pontuais, os efeitos da atuação judicial nas vias ordinárias limitam-se, como regra, às partes. (BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2016, pp. 198 e 199)

⁵¹ “(...) os atos normativos secundários, como decretos regulamentares, portarias, resoluções, por estarem subordinados à lei, não são suscetíveis de controle em ação direta de inconstitucionalidade. Não assim, porém, os atos normativos que, ostentando embora o nome ou a roupagem formal de ato secundário, na verdade pretendem inovar autonomamente na ordem jurídica, atuando com força de lei. Neste caso, poderão ser objeto de controle abstrato, notadamente para aferir violação ao princípio da reserva legal (...)”. Ibidem.

“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. **No presente caso, o objeto do pedido principal revela-se, indistintamente, como sendo a declaração de inconstitucionalidade de preceito autônomo por ofensa aos dispositivos constitucionais acima apontados**”⁵² (grifo nosso)

No julgado mencionado, questionou-se a constitucionalidade de portaria que estabelece, para fins de arrecadação de ICMS, novo boletim de preços mínimos de mercado. Ou seja, o objeto da ação é ato formalmente infralegal, o que, em regra, justifica o cabimento de arguição de descumprimento de preceito fundamental. No entanto, ao analisar a questão, a Suprema Corte chegou à conclusão de que o ato impugnado, apesar de formalmente secundário, violava diretamente a Constituição e, portanto, seria materialmente primário, de sorte que deveria ser impugnado por ADI.

Como se vislumbra a partir do aludido julgamento, a introdução da cláusula de subsidiariedade ao ordenamento jurídico pelo § 1º do art. 4º da Lei 9.882/1999 e, por conseguinte, a conformação da arguição de descumprimento de preceito fundamental como ação de controle abstrata subsidiária pode por vezes tornar obscuras as fronteiras entre a ADPF e as demais ações diretas, razão pela qual a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já há muito admite a fungibilidade entre a ação direta de inconstitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental⁵³.

1.2 ADI e ADO: a omissão parcial e o estreitamento das fronteiras entre inconstitucionalidade por ação e por omissão.

Atualmente já é sedimentada a noção de que se viola a Constituição tanto praticando ato por ela vedado quanto deixando de tomar conduta por ela imposta. Desse

⁵² ADPF 72 QO, rel. Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgado em 1.6.2005, DJ 2.12.2005

⁵³ Vide: ADI 4163, Rel. Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, julgado em 29.2.2012, DJe PUBLIC 01-03-2013; ADI 2028, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, julgado em 2.3.2017, DJe 8.5.2017; e ADI 6327 MC-Ref, Rel. Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 3.4.2020, DJe19.6.2020.

modo, à luz da imperatividade e da cogência próprias das normas constitucionais, pode-se incorrer em inconstitucionalidade seja por meio de conduta positiva seja por meio de inércia ilegítima, como bem explica o Ministro Celso de Mello em sede do julgamento da ADI 1458, *in verbis*:

O desrespeito à Constituição tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, atendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados. Essa conduta estatal, que importa em um *facere* (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. **Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstando-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional.** Desse non facere ou non praestare, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público (grifo nosso)⁵⁴.

A ideia de violação ao texto constitucional pela ausência de conduta por ele exigida consubstancia o já aludido fenômeno da inconstitucionalidade por omissão⁵⁵, que desafia a doutrina constitucional por estar no centro do ponto de tensão entre, de um lado, a supremacia da Constituição e a efetividade das normas constitucionais e, de outro, o postulado da separação dos poderes e a reserva do possível⁵⁶.

No que toca à edição de atos normativos, incorre-se em inconstitucionalidade por omissão nos casos em que a Constituição atribui ao Poder Legislativo a obrigação de criar

⁵⁴ (ADI 1458 MC, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 23.5.1996, DJ 20.9.1996)

⁵⁵ “Determinadas normas constitucionais impõem ao legislador o dever de regulamentá-las. Valem-se de expressões como “conforme definido em lei” para evidenciar que necessitam de complementação infraconstitucional. Tanto as normas constitucionais ditas de “organização” – como a do art. 178, que afirma que “a lei disporá sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre” –, quanto as normas que propriamente definem direitos – como a do art. 7º, XI, que diz que “são direitos dos trabalhadores (...), além de outros (...), participação nos lucros, ou resultados, (...) conforme definido em lei” –, dão origem a casos de omissão inconstitucional diante da inação do legislador” (SARLET, I. W. ; MARINONI, L. G; MITIDIERO, D. Curso de Direito Constitucional. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. v. 1. p. 1051)

⁵⁶ “É possível que a problemática atinente à inconstitucionalidade por omissão constitua um dos mais tormentosos e, ao mesmo tempo, um dos mais fascinantes temas do direito constitucional moderno. Ela envolve não só a questão concernente à concretização da Constituição pelo legislador e à eficácia das normas constitucionais. A ADO desafia também a argúcia do jurista na solução do problema sob uma perspectiva estrita do processo constitucional. Quando se pode afirmar a caracterização de uma lacuna inconstitucional? Quais as possibilidades de colmatação dessa lacuna? Qual a eficácia do pronunciamento da Corte Constitucional que afirma a inconstitucionalidade por omissão do legislador? Quais as consequências jurídicas da sentença que afirma a inconstitucionalidade por omissão?” (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 1930).

norma integradora da eficácia de suas disposições, porém os parlamentares não o fazem ou fazem-no de modo deficiente ou insuficiente.

No primeiro caso, cuida-se de omissão total, situação em que o legislador ordinário permanece completamente inerte em seu dever de legislar, deixando vácuo legislativo. Levada a questão ao Poder Judiciário em sede de mandado de injunção ou de ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a doutrina lista algumas providências que podem ser tomadas pela Corte: reconhecer a autoaplicabilidade da norma constitucional e aplicá-la diretamente; declarar a inconstitucionalidade por omissão e constituir em mora o órgão inerte; ou criar para o caso a norma ausente⁵⁷.

No segundo, trata-se de omissão parcial, situação em que o legislador agiu positivamente visando a concretizar determinado mandamento constitucional, mas o fez de modo deficiente ou insuficiente⁵⁸.

Insuficiente quando a regulamentação ordinária não atinge o patamar constitucional, hipótese cujo exemplo clássico é a fixação por lei do salário mínimo em valor incapaz de atender às necessidades básicas do trabalhador e de sua família⁵⁹.

⁵⁷ Nesse sentido: BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 44 e 45.

⁵⁸ Em sede doutrinária, o Ministro Gilmar Mendes trata as denominadas sentenças manipulativas de efeitos aditivas como técnica apta a combater as omissões inconstitucionais. Veja-se: “Para solucionar inconstitucionalidade decorrente de omissão, é imperiosa a adoção de novas técnicas de decisão de inconstitucionalidade, como as sentenças manipulativas de efeitos aditivos e a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade” (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 1.695). Em outra passagem do livro, Mendes descreve as sentenças manipulativas aditivas nos seguintes termos: “A doutrina italiana considera manipulativa a decisão mediante a qual o órgão de jurisdição constitucional modifica ou adita normas submetidas a sua apreciação, a fim de que saiam do juízo constitucional com incidência normativa ou conteúdo distinto do original, mas concordante com a Constituição”. Ibidem, p. 2.109.

⁵⁹ “(...) SALÁRIO MÍNIMO - VALOR INSUFICIENTE - SITUAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO PARCIAL. - A insuficiência do valor correspondente ao salário mínimo, definido em importância que se revele incapaz de atender as necessidades vitais básicas do trabalhador e dos membros de sua família, configura um claro descumprimento, ainda que parcial, da Constituição da República, pois o legislador, em tal hipótese, longe de atuar como o sujeito concretizante do postulado constitucional que garante à classe trabalhadora um piso geral de remuneração (CF, art. 7º, IV), estará realizando, de modo imperfeito, o programa social assumido pelo Estado na ordem jurídica. - A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental. - As situações configuradoras de omissão inconstitucional - ainda que se cuide de omissão parcial, derivada da insuficiente concretização, pelo Poder Público, do conteúdo material da norma impositiva fundada na Carta Política, de que é destinatário - refletem comportamento estatal que deve ser repellido, pois a inércia do Estado qualifica-se, perigosamente, como um dos processos informais de mudança da Constituição, expondo-se, por isso mesmo, à censura do Poder Judiciário. (...)” (ADI 1458 MC, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 23.5.1996, DJ 20.9.1996)

Deficiente quando não se inclui grupo que deveria ser contemplado por benefício, à revelia do princípio da isonomia, como no caso em que se exclui ilegitimamente determinada categoria de servidores de situação jurídica mais vantajosa⁶⁰.

De toda sorte, o reconhecimento de agir positivo, apesar de insuficiente ou deficiente, como eivado de inconstitucionalidade por omissão parcial certamente estreita as fronteiras entre a tradicional inconstitucionalidade por ação e a por omissão e, por conseguinte, cria zona de penumbra entre a ADI e a ADO, como bem explica, em sede doutrinária, o Ministro Gilmar Mendes:

“A imprecisa distinção entre ofensa constitucional por ação ou por omissão leva a uma relativização do significado processual-constitucional desses instrumentos especiais destinados à defesa da ordem constitucional ou de direitos individuais contra a omissão legislativa. (...) 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.**”⁶¹ (grifo nosso)

Dessa forma, frequentemente há incerteza se determinado ato deveria ser impugnado por ação direta de inconstitucionalidade genérica ou por ação direta de inconstitucionalidade por omissão, como se observou no julgamento conjunto das ADIs 875, 1.987, 2.727 e 3.243⁶², cujo tema era a constitucionalidade da Lei Complementar

⁶⁰ “ (...) 1. Ação cível originária ajuizada pela Defensoria Pública em face da União e dos Estados-membros, objetivando a extensão, a todos os servidores civis e militares mortos no exercício da função, de indenização por morte/acidente em serviço prevista na Lei nº 11.473/2007. 2. O pedido de extensão da indenização assegurada apenas aos vitimados em ações da Força Nacional de Segurança Pública, com fundamento no princípio da isonomia, caracteriza alegação de inconstitucionalidade por omissão parcial da norma. (...)” (ACO 3061 AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 11.9.2018, DJe 10.12.2018)

⁶¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 1944.

⁶² “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. Fundo de Participação dos Estados - FPE (art. 161, inciso II, da Constituição). Lei Complementar nº 62/1989. Omissão inconstitucional de caráter parcial. Descumprimento do mandamento constitucional constante do art. 161, II, da Constituição, segundo o qual lei complementar deve estabelecer os critérios de rateio do Fundo de Participação dos Estados, com a finalidade de promover o equilíbrio socioeconômico entre os entes federativos. Ações julgadas procedentes para declarar a inconstitucionalidade, sem a pronúncia da nulidade, do art. 2º, incisos I e II, §§ 1º, 2º e 3º, e do Anexo Único, da Lei Complementar n.º 62/1989, assegurada a sua aplicação até 31 de dezembro de 2012.” (ADI 875, rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 24/02/2010, DJe 30.4.2010)

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 pedir⁶³.

Diante da sobreposição entre alegações de inconstitucionalidade total e por omissão parcial – as quais, reitera-se, estavam pautadas nos mesmos fundamentos – o Supremo Tribunal Federal alterou sua jurisprudência⁶⁴ e reconheceu a fungibilidade entre as ações de inconstitucionalidade por ação e omissão, sob o seguinte fundamento:

“é possível observar a intenção dos requerentes de estabelecer uma nítida distinção de pedidos: uns pela declaração da inconstitucionalidade por omissão e outros pela declaração de inconstitucionalidade (por ação), da Lei Complementar nº 62, de 1989 (...) **Em verdade, essa diferenciação de pedidos e causas de pedir, no presente caso, torna-se praticamente impossível, diante de suas próprias características.** (...) O quadro aqui revelado, portanto, está a demonstrar uma clara imbricação de pedidos e causas de pedir e, dessa forma, a evidenciar a patente fungibilidade que pode existir entre a ação direta de inconstitucionalidade e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (grifo nosso)”

Dessa forma, entende-se que a admissão de ação direta de inconstitucionalidade por omissão em face de agir positivo deficiente ou insuficiente cria considerável zona de penumbra entre o objeto da ADI e da ADO, o que, por sua vez, é capaz de gerar dúvida

⁶³ Eis passagem do voto do Min Gilmar: “Afirma o requerente que a impugnação da totalidade da lei justificar-se-ia em razão de a declaração de inconstitucionalidade apenas do § 3º do art. 2º deixar o restante da lei sem significado normativo. Os argumentos são semelhantes aos levantados na ADI nº 1.987/DF, também de autoria do Estado de Mato Grosso, **distinguindo-se as ações apenas pelo fato de que, na ADI 1.987/DF, o pedido é de declaração de inconstitucionalidade por omissão e, na ADI 3.243/DF, o pedido é de declaração de inconstitucionalidade por ação do inteiro teor da Lei Complementar nº 62, de 1989**” (grifo nosso). Ainda a respeito deste paradigmático julgamento, porém em sede doutrinária: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2018. pp. 1847 e 1848; e BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 177.

⁶⁴ Até então, a jurisprudência da Suprema Corte era firme neste sentido: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. (...) SEGUNDO A INICIAL, ESTARIA CONFIGURADA HIPÓTESE DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO DE PORTARIA PARA TORNAR EFETIVA A NORMA CONSTITUCIONAL MENCIONADA. INVIABILIDADE DE CONVERSAO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE EM AÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO, A QUE SE REFERE O PARAGRAFO 2. DO ART. 103 DA LEI MAIOR DE DE 1988. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE NÃO CONHECIDA, PREJUDICADA A MATÉRIA RELATIVA AO REFERENDO DO DESPACHO.” (ADI 986 MC, rel. Min. Neri da Silveira, Tribunal Pleno, julgado em 10.2.1994, DJ 8.4.1994)

e insegurança nos aplicadores do direito a respeito da via adequada para provocar a jurisdição constitucional abstrata.

1.3 ADI e ADC: o pedido de interpretação conforme e a aproximação entre os instrumentos.

A ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade, à primeira vista, parecem instrumentos diametralmente opostos: a primeira tem como finalidade a exclusão do ordenamento jurídico de ato normativo eivado por vício de constitucionalidade; a segunda, o reconhecimento expresso da compatibilidade entre a legislação ordinária e a Constituição.

No entanto, a denominada interpretação conforme à Constituição é fator de aproximação entre as duas ações “de sinal trocado”.

Cuida-se de técnica ligada à preservação da presunção de constitucionalidade própria das normas aprovadas pelos Poder Legislativo: se um dispositivo pode ser interpretado de diversas maneiras - algumas constitucionais, outras não -, deve o Tribunal atribuir-lhe sentido compatível com a ordem constitucional como forma de mantê-lo válido e eficaz no ordenamento jurídico, como bem explica Alexandre de Moraes:

A supremacia das normas constitucionais no ordenamento jurídico e a presunção de constitucionalidade das leis e atos normativos editados pelo poder público competente exigem que, na função hermenêutica de interpretação do ordenamento jurídico, seja sempre concedida preferência ao sentido da norma que seja adequado à Constituição Federal. **Assim sendo, no caso de normas com várias significações possíveis, deverá ser encontrada a significação que apresente conformidade com as normas constitucionais, evitando sua declaração de inconstitucionalidade e consequente retirada do ordenamento jurídico.**⁶⁵

Entretanto, como já assentado pelo Supremo Tribunal Federal, a interpretação conforme “só é utilizável quando a norma impugnada admite, dentre as várias interpretações possíveis, uma que a compatibilize com a Carta Magna, e não quando o sentido da norma é unívoco”⁶⁶, ou seja, não deve o Poder Judiciário substituir-se ao legislador e atribuir ao dispositivo levado ao seu crivo sentido sem pertinência com o texto legal como forma de evitar a declaração de inconstitucionalidade⁶⁷.

⁶⁵ MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 36. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 1336.

⁶⁶ ADI 1344 MC, Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 18.12.1995, DJ 19.4.1996

⁶⁷ MORAES, Alexandre de. Direito constitucional. 36. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 1337.

Há muito a Suprema Corte, diante de pedido de declaração de inconstitucionalidade de determinado ato normativo em sede de ADI, procede à interpretação conforme, fixa interpretação compatível com a Constituição ao dispositivo impugnado e julga improcedente a ação.

Mais recentemente, contudo, o Supremo Tribunal Federal vem admitindo a formulação na inicial da ação direta de inconstitucionalidade de pedido de interpretação conforme à Constituição pelo próprio requerente:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO - POSSIBILIDADE JURÍDICA. É possível, juridicamente, formular-se, em inicial de ação direta de inconstitucionalidade, pedido de interpretação conforme, ante enfoque diverso que se mostre conflitante com a Carta Federal. Envolvimento, no caso, de reconhecimento de inconstitucionalidade. (...) (ADI 3324, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 16.12.2004, DJ 5.8.2005)

Assim, a técnica deixa de ser restrita aos ministros, para que preservem atos normativos que potencialmente possam ser interpretados de maneira inconstitucional, e torna-se disponível aos requerentes, que passam a dispor da possibilidade de sugerir ao Supremo Tribunal Federal em sede de ADI a fixação de interpretação supostamente compatível com a Constituição às leis de sentido dúbio.

Desse modo, assim como a ação declaratória de constitucionalidade, a ação direta de inconstitucionalidade passa a poder ter como objetivo a declaração de constitucionalidade de algum dos sentidos que possam ser atribuídos ao objeto da ação, o que estreita as fronteiras entre a ADI e a ADC.

2. A fungibilidade entre as ações de controle abstrato: a falta de critério objetivo na opção entre conversão ou julgamento sem resolução de mérito.

A partir das considerações apresentadas no tópico anterior, observa-se que as quatro ações voltadas à tutela da ordem constitucional objetiva não são estanques: há significativa zona de penumbra entre seus objetos, o que provoca incerteza nos requerentes sobre a via correta para acionar a jurisdição constitucional abstrata.

Nessa linha, como já aventado, o Supremo Tribunal Federal vem reconhecendo em alguns julgados a fungibilidade entre as ações de controle abstrato de constitucionalidade. Ao longo desta exposição, por exemplo, já foram examinados julgados que admitiram a conversão de ADPF em ADI; de ADI em ADO; etc.

A fungibilidade é desdobramento dos postulados da primazia da resolução de mérito e da instrumentalidade das formas⁶⁸, que visam a mitigar os rigores da lei em prol da resolução definitiva de controvérsia constitucional relevante levada ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal.

Apesar da ausência de regulamentação legal ou de orientação doutrinária pacífica, é possível extrair da jurisprudência da Suprema Corte algumas diretrizes que, em geral, são invocadas como elemento para justificar a conversão de uma ação de controle abstrato em outra ou a extinção sem resolução de mérito do feito.

A um, demanda-se o preenchimento de todos os requisitos próprios da via adequada para impugnação do objeto da ação, ou seja, a formalização de todos os elementos essenciais do instrumento substituto: legitimidade ativa, objeto, fundamentação e pedido.

A dois, exige-se dúvida razoável a respeito do ajuizamento de uma ação ou outra, isto é, certa imprecisão do texto legal ou dissídios doutrinários e jurisprudenciais a respeito do instrumento cabível para o caso em análise. O Supremo Tribunal Federal busca com essa imposição não legitimar os denominados “erros grosseiros”, ou seja, a opção pela via equivocada apesar de a Corte já ter entendimento pacífico sobre o tema.

A respeito da admissão ou não da fungibilidade entre as ações de controle abstrato, ilustrativa é a seguinte passagem do voto do Ministro Marco Aurélio no julgamento da ADPF 314:

Segundo o entendimento adotado nesses julgados, dúvida razoável sobre o caráter autônomo de atos infralegais impugnados, tais como decretos, resoluções e portarias, e alteração superveniente da norma constitucional dita violada legitimam o Tribunal a adotar a fungibilidade em uma direção ou em outra a depender do quadro normativo envolvido. Para o Supremo, portanto, apenas situações extravagantes autorizam a admissão de arguição de descumprimento de preceito fundamental como ação direta, e vice-versa, revelada postura conciliatória entre instrumentalidade e celeridade processuais, de um lado, e necessidade de não se baratear os institutos, do outro. (...) Em se tratando de impugnação de lei ordinária federal pós-constitucional, propor a arguição em vez de ação direta, longe de envolver dúvida objetiva, encerra incontestável “erro grosseiro”, por configurar atuação contrária ao disposto no § 1º do artigo 4º da mencionada Lei nº 9.882/99. Não estou a defender preocupação com o formalismo em detrimento da relevância da ação constitucional e do acesso ao Supremo, nem amor ao tecnicismo, à forma pela forma, e sim a valorização da jurisdição constitucional, não permitindo que o trabalho deste Tribunal torne-se o de corrigir equívocos procedimentais manifestos e injustificados. **Em síntese, reitero que, para viabilizar a conversão buscada, além da satisfação dos requisitos próprios**

⁶⁸ DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. Curso de Direito Processual Civil, Vol. 3. 14ª ed., Salvador: Editora JusPodivm, 2016, p. 108.

à formalização do instrumento substituto, deve estar presente dúvida objetiva ou inexistir erro grosseiro quando da escolha do meio substituído.
(grifo nosso)⁶⁹

Como exemplos, no julgamento da ADI 6.395, o STF admitiu a conversão em ADPF do feito que discutia a constitucionalidade de resolução do TSE já revogada à época do ajuizamento da ação⁷⁰; porém, no julgamento da ADPF 452, que impugnava lei estadual pós-constitucional, o Tribunal extinguiu a ação sem resolução de mérito por reputar existente erro grosseiro⁷¹.

Em que pese a delimitação jurisprudencial de critérios para admissão ou não da fungibilidade entre as ações de controle abstrato de constitucionalidade, a aferição da existência de dúvida razoável ou de erro grosseiro por vezes parece sujeita à discricionariedade do Tribunal e à sua disposição para julgar ou não determinada questão.

A Corte já admitiu, por exemplo, a conversão em ADPF de ações diretas de inconstitucionalidade que questionavam a validade de atos revogados (ADI 6.395) e anteriores à promulgação da Constituição de 1988 (ADI 6.327-MC), o que, de acordo com a jurisprudência pacífica do STF, foge do escopo da ADI.

No já mencionado julgamento da ADPF 72, ademais, restou consignado no acórdão que um dos fundamentos que justificaria a fungibilidade no caso em questão seria a “relevância da questão trazida aos autos”.

Entende-se, assim, que não há clareza a respeito do que configuraria dúvida razoável ou erro grosseiro e, por conseguinte, de quais equívocos justificariam a conversão de uma ação de controle abstrato em outra ou a extinção sem resolução de mérito do feito.

3. A complexidade e a falta de racionalidade de um sistema dotado de quatro ações voltadas à tutela da ordem constitucional objetiva.

⁶⁹ ADPF 314 AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 11.12.2014, DJe 19.2.2015

⁷⁰ “(...)3. Processo de índole objetiva contra ato normativo já revogado. Segurança jurídica. Relevância do tema ao processo democrático-eleitoral. Ultratividade de efeitos da norma revogada. Fungibilidade das ações de controle abstrato. Conhecimento da ação quanto à norma do Artigo 28, IV, da Resolução nº 21.841/2004 como ADPF. (...)” (ADI 6395, Rel. Min. Gilmar Mendes, Relator(a) p/ Acórdão: Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 31.8.2020, DJe 5.10.2020)

⁷¹ “(...) 4. A fungibilidade entre a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e a Ação Direta de Inconstitucionalidade pressupõe dúvida aceitável a respeito da ação apropriada, a fim de não legitimar o erro grosseiro na escolha. Precedente: ADPF 314 AgR, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, DJe de 19/2/2015”. (ADPF 451 AgR, Rel. Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 9.4.2018, DJe 16.4.2018)

Depreende-se dos pontos até aqui suscitados que: (i) a pluralidade de ações de controle abstrato não é oriunda de decisão lógica e racional do constituinte originário, mas decorrência de inovações legislativas subsequentes; e (ii) os objetos das quatro ações de controle abstrato não são estanques, razão pela qual o Supremo Tribunal Federal admite a fungibilidade entre as vias de acesso à jurisdição constitucional abstrata, ainda que sem critério objetivo.

A partir dessas premissas, sustenta-se que a existência de quatro ações voltadas à mesma finalidade e ajuizadas pelos mesmos legitimados perante o mesmo Tribunal torna o arranjo do sistema concentrado de constitucionalidade desnecessariamente e demasiadamente complexo.

Desnecessariamente, pois, como demonstrado no primeiro capítulo, as ações de controle abstrato foram gradativamente sendo criadas e regulamentadas para suprir lacunas decorrentes da legislação até então vigente e da jurisprudência do STF. Porém, em um contexto como o atual, no qual a maior parte dos atos do poder público, seja por uma via seja por outra, tornaram-se passíveis de serem levados ao conhecimento da Suprema Corte em sede de controle concentrado, entende-se que a especificação das ações de controle abstrato não mais se justifica.

Demasiadamente, visto que, como exposto neste capítulo, há considerável zona de penumbra entre os objetos das quatro ações de controle abstrato de constitucionalidade, de modo que frequentemente deparam-se os requerentes com dissídios doutrinários e jurisprudenciais a respeito da via adequada para provocar a jurisdição constitucional abstrata.

Ainda que o Supremo Tribunal Federal admita a fungibilidade entre os instrumentos de controle concentrado, a conversão de uma ação em outra depende de o julgador entender presente dúvida razoável e não erro grosseiro na escolha do requerente, bem como está condicionada ao preenchimento dos elementos intrínsecos à via apropriada – legitimidade ativa, objeto, fundamentação e pedido -, o que nem sempre acontece.

Impõe-se aos requerentes, portanto, o ônus argumentativo de demonstrar o preenchimento dos requisitos tanto do instrumento que, a priori, se entende cabível quanto das demais ações que, porventura, podem ser consideradas mais apropriadas pelos julgadores, sob pena de não conhecimento do pleito.

A multiplicidade de vias de acesso à jurisdição constitucional abstrata, ademais, implementa nova etapa no julgamento das ações de controle concentrado: a aferição do

cabimento da via eleita pelos ministros, o que, por vezes, desloca o foco do julgamento, que, originariamente, seria a resolução da controvérsia constitucional levada ao conhecimento do STF, porém passa a ser a dimensão procedimental do feito.

Conclui-se, então, que a existência de quatro ações dotadas do mesmo objetivo, ajuizadas pelos mesmos legitimados e perante o mesmo juízo competente torna o sistema de controle concentrado de constitucionalidade brasileiro complexo e carente de racionalidade.

CAPÍTULO III - A DESEJÁVEL UNIFICAÇÃO DAS AÇÕES DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE.

1. Os obstáculos e os benefícios de uma possível unificação das ações de controle concentrado de constitucionalidade.

Como assentado no capítulo anterior, a pluralidade de ações de controle abstrato de constitucionalidade, além de não ser fruto de decisão lógica e racional do constituinte originário, torna o arranjo da jurisdição constitucional abstrata desnecessariamente e demasiadamente complexo.

Os requerentes, de um lado, frequentemente não encontram respostas precisas na doutrina e na jurisprudência a respeito da via adequada para provocar a jurisdição constitucional abstrata tampouco sabem quando a Suprema Corte admitirá a fungibilidade entre uma ação e outra. Os ministros, de outro, gastam valiosa parcela do tempo do julgamento discutindo o cabimento do instrumento proposto, em detrimento da deliberação a respeito do mérito da controvérsia constitucional levada ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal.

Nessa linha, entende-se que, em um contexto no qual quase todos os atos do poder público tornaram-se, por uma via ou por outra, impugnáveis em sede de controle concentrado de constitucionalidade, a existência de quatro ações dotadas do mesmo objetivo, ajuizadas pelos mesmos legitimados e perante o mesmo Tribunal já não se justifica.

Com efeito, a unificação das quatro ações diretas em uma única “ação de aferição de constitucionalidade” teria o condão de simplificar o sistema de controle concentrado de constitucionalidade, eliminando os dissídios doutrinários e jurisprudenciais a respeito do cabimento de cada instrumento e privilegiando nos julgamentos das ações de controle

abstrato a deliberação sobre o aspecto substancial da controvérsia constitucional apresentada à Suprema Corte⁷².

Seria resolvida, ainda, a insegurança jurídica a respeito da admissão ou não da fungibilidade entre os instrumentos de controle abstrato, visto que, como demonstrado no capítulo anterior, o Supremo Tribunal Federal converte uma ação em outra ou determina a extinção do feito sem resolução de mérito a partir de critério aparentemente discricionário, qual seja, a qualificação do equívoco do requerente como decorrência de “dúvida razoável” ou como “erro grosseiro”.

Acredita-se que o aspecto procedimental não seria obstáculo intransponível à unificação dos instrumentos de controle abstrato, visto que estes já têm procedimentos muito semelhantes uns aos outros com pequenas particularidades entre as ações diretas, em geral, associadas à natureza do pedido por ela veiculado, v.g. não intervenção obrigatória do Advogado-Geral da União na ADC; prestação de informações por parte dos órgãos omissos na ADO; etc.

Com efeito, entende-se que não seriam impostas maiores dificuldades ao legislador ordinário na edição de rito apropriado à ação unificada, sendo-lhe facultada a possibilidade de eventualmente estabelecer diferenciações no procedimento a depender do pedido veiculado pela ação.

A regulamentação do procedimento da ação unificada poderia, ainda, solucionar incoerências no regime de concessão de cautelares, que atualmente é regulamentado por dois diplomas legais distintos. O § 1º do art. 5º da Lei 9.882/1999, por exemplo, permite a concessão de liminar monocrática em sede de ADPF em caso de “extrema urgência ou perigo de lesão grave”, o que não encontra paralelo na Lei 9.868/1999 – que regulamente a ADI, a ADC e a ADO -, que só prevê a possibilidade de concessão de cautelar unipessoal no período de recesso.

Na verdade, o maior obstáculo para unificação das ações de controle abstrato parece ser o parâmetro mais restrito da arguição de descumprimento de preceito fundamental em relação às demais⁷³.

⁷² Na mesma linha: TRINDADE, João. A unificação das ações do controle abstrato de constitucionalidade. In: RUFINO, André; QUINTAS, Fábio; e ABOUD, Georges (org.). Processo Constitucional Brasileiro: propostas para reforma, 2022.

⁷³ “Não é todo e qualquer preceito constitucional que pode ser fiscalizado pelo STF por intermédio da arguição de descumprimento. Somente os preceitos que têm magnitude máxima na ordem constitucional é que se caracterizam como fundamentais para os efeitos previstos na CF/1988, art. 102, § 1º, e na LADPF”. (ABBOUD, GEORGES. Processo Constitucional Brasileiro. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais/Thomson Reuters, E-book não paginado).

No ponto, o argumento invocado para justificar o fato de que o direito municipal ou pré-constitucional não pode ser impugnado por ação direta de inconstitucionalidade, porém pode ter sua constitucionalidade analisada em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental, é o de que naquela ação a análise ocorre em face de toda e qualquer norma que integra o bloco de constitucionalidade, ao passo que nesta, apenas dos denominados preceitos fundamentais da Constituição.

Ou seja, por ter parâmetro mais restrito do que o da ADI, não seriam impugnáveis em sede de ADPF todos os atos do poder público contrários a algum dispositivo constitucional, mas tão somente aqueles que ferissem normas constitucionais específicas “que se singularizam por seu caráter estrutural ou por sua estatura axiológica”⁷⁴.

A doutrina e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal costumam reconhecer um conjunto de normas constitucionais como dotadas do status de preceito fundamental: os princípios fundamentais, agrupados entre os arts 1º a 4º, que compõem o Título I da Constituição; os direitos fundamentais: individuais, sociais e políticos, consagrados nos arts. 5º e seguintes; os princípios constitucionais sensíveis, que ensejam intervenção federal (art. 34, VII, CF/88); e as cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, CF/88).

Não se trata, todavia, de rol exaustivo, sendo possível ao requerente demonstrar na inicial da ADPF que a norma constitucional dita violada representa preceito fundamental da Constituição da República. Com efeito, não há no ordenamento jurídico definição do que seria “preceito fundamental” tampouco especificação de quais dispositivos constitucionais gozam desse status, assim como não há orientação doutrinária clara e pacífica sobre o assunto. A este respeito, eis passagem do voto do Ministro Gilmar Mendes na ADPF nº 33

“É muito difícil indicar, a priori, os preceitos fundamentais da Constituição passíveis de lesão tão grave que justifique o processo e o julgamento da arguição de descumprimento. Não há dúvida de que alguns desses preceitos estão enunciados, de forma explícita, no texto constitucional. (...) É o estudo da ordem constitucional no seu contexto normativo e nas suas relações de interdependência que permite identificar as disposições essenciais para a preservação dos princípios basilares dos preceitos fundamentais em um determinado sistema. (...) Dessarte, um juízo mais ou menos seguro sobre a lesão de preceito fundamental consistente nos princípios da divisão de Poderes, da forma federativa do Estado ou dos direitos e garantias individuais exige, preliminarmente, a identificação do conteúdo dessas categorias na ordem constitucional e, especialmente, das suas relações de interdependência. Nessa linha de entendimento, a lesão a preceito fundamental não se configurará apenas quando se verificar possível afronta a um princípio fundamental, tal

⁷⁴ BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2016, p. 192.

como assente na ordem constitucional, mas também a regras que confirmam densidade normativa ou significado específico a esse princípio”⁷⁵.

O Ministro Neri da Silveira assentou já no julgamento da ADPF nº 1 que: “compete ao STF o juízo acerca do que se há de compreender, no sistema constitucional brasileiro, como preceito fundamental”⁷⁶. Nessa toada, a Suprema Corte já conheceu de arguições de descumprimento de preceito fundamental que alegavam, por exemplo, violação ao direito à saúde e ao meio ambiente equilibrado, previstos, respectivamente, nos arts. 196 e 225 do texto constitucional (vide ADPF 101); desrespeito à liberdade de cátedra, garantida pelo art. 206, II, CF/88 (vide ADPF 526); e violação à moralidade administrativa, consagrada pelo caput do art. 37 da Constituição (vide ADPF 590).

Como se vê, além de não existir rol taxativo de normas constitucionais que justificam o cabimento de ADPF, os dispositivos que em geral são reconhecidos como preceitos fundamentais são dotados de alto grau de indeterminação jurídica, v.g. dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88); vedação à discriminação (art. 3º, IV, CF/88); princípio da isonomia (art. 5º, I, CF/88); etc.

Assim, não há maiores dificuldades para que o requerente enquadre o ato do poder público que se deseja impugnar como lesivo a preceito fundamental, de tal sorte que o parâmetro mais restrito da ADPF não representa na prática óbice para o ajuizamento dessa ação. O verdadeiro obstáculo, todavia, é o reconhecimento por parte dos ministros de que a norma constitucional dita violada configura preceito fundamental, o que, devido à indeterminação deste conceito jurídico, parece sujeito à discricionariedade dos julgadores.

Com efeito, a qualificação ou não do parâmetro da arguição como preceito fundamental faz as vezes de filtro para que a Corte decida quais controvérsias constitucionais relativas aos atos normativos revogados, aprovados anteriormente à Constituição, editados pelos milhares de municípios brasileiros ou desprovidos de natureza primária devem ser conhecidas em sede de ADPF.

Seria mais apropriado, então, estabelecer que a impugnação dos atos do poder público que atualmente só podem ser levados ao conhecimento do Supremo Tribunal Federal pela via direta e de maneira abstrata por ADPF está condicionada a filtro de relevância propriamente dito, análogo à demonstração de controvérsia judicial relevante

⁷⁵ ADPF 33, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 7.12.2005, DJ 27.10.2006

⁷⁶ ADPF 1 QO, Rel. Min. Néri da Silveira, Tribunal Pleno, julgado em 3.2.2000, DJ 7.11.2003

na ação declaratória de constitucionalidade ou de repercussão geral nos recursos extraordinários.

Desse modo, conferir-se-ia à Suprema Corte ferramenta para evitar a banalização da jurisdição constitucional abstrata sem que fosse necessário recorrer a conceito jurídico indeterminado (preceito fundamental) para disfarçar a discricionariedade na escolha de quais temas relacionados ao direito municipal, pré-constitucional ou a atos normativos secundários ou revogados devem ser dirimidos com os efeitos erga omnes e a eficácia vinculante próprios do controle concentrado de constitucionalidade.

2. O esboço de uma ação unificada de controle abstrato de constitucionalidade.

Para fins ilustrativos, esboça-se desenho de ação de aferição de constitucionalidade que comporta os pedidos que atualmente podem ser veiculados em sede de ação direta de inconstitucionalidade (genérica e omissiva), ação declaratória de constitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental. Veja-se:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação de aferição de constitucionalidade;

(...)

§ 1º A ação de aferição de constitucionalidade terá como pedido:

I – a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade de leis federais, estaduais e municipais;

II – a declaração de inconstitucionalidade por omissão total ou parcial para tornar efetiva norma constitucional;

III – evitar ou reparar lesão decorrente de ato do poder público a preceito desta Constituição.

§ 2º Está condicionado à demonstração de relevância da controvérsia constitucional, na forma da lei, o conhecimento da ação de aferição de constitucionalidade.

§ 3º Presume-se preenchido o requisito do § 2º deste dispositivo quando a ação de aferição de constitucionalidade tiver como pedido a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos primários estaduais ou federais.

O hipotético § 2º estabelece filtro de relevância análogo à demonstração de repercussão geral no recurso extraordinário ou de controvérsia judicial relevante na ação declaratória de constitucionalidade.

O objetivo seria conferir aos ministros da Suprema Corte discricionariedade para decidir quais controvérsias constitucionais relativas ao direito municipal, pré-constitucional ou a atos normativos revogados ou não dotados de natureza primária – seja

pela sensibilidade seja pela capacidade de replicação entre os municípios brasileiros – devem ser analisadas e resolvidas com efeitos erga omnes e eficácia vinculante.

O § 3º, por seu turno, consagra a relevância presumida das ações que tenham por pedido a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos primários estaduais ou federais, como forma de assegurar o cumprimento do papel de guardião da Constituição que o constituinte atribuiu ao Supremo Tribunal Federal.

Isto porque o texto originário da Constituição de 1988 já atribuía à Suprema Corte a responsabilidade de julgar a à época denominada “ação de inconstitucionalidade” em face das leis estaduais e federais vigentes, de tal sorte que não se entende apropriado facultar a este Tribunal a possibilidade de desincumbir-se desse dever sob o fundamento de ausência de relevância da controvérsia relacionada à compatibilidade de ato normativo federal ou estadual com a ordem constitucional.

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

CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

Diante das considerações apresentadas ao longo desta monografia, chega-se à conclusão de que a pluralidade de ações de controle abstrato de constitucionalidade não é fruto de decisão lógica e racional do constituinte originário, mas resultado de inovações legislativas subsequentes e oriundas do ímpeto do legislador em expandir o escopo da jurisdição constitucional abstrata.

Conclui-se, ademais, que as hipóteses de cabimento dos instrumentos de controle abstrato vêm se aproximando por conta de fatores como a cláusula de subsidiariedade da ADPF, o reconhecimento de condutas positivas como eivadas por omissão parcial inconstitucional e a admissão do pedido de interpretação conforme em sede de ADI, tornando, assim, as fronteiras entre as ações de controle concentrado obscuras.

Criam-se, dessa forma, dissídios doutrinários e jurisprudenciais a respeito do instrumento adequado para provocar a jurisdição constitucional abstrata, o que provoca incerteza nos requerentes a respeito de qual ação propor e longas discussões entre os ministros sobre a adequação da via eleita pelo legitimado, que ocupam parcela valiosa do tempo de julgamento em detrimento da deliberação do aspecto substancial da controvérsia constitucional levada ao conhecimento da Suprema Corte.

Com efeito, a multiplicidade de vias de acesso à jurisdição constitucional abstrata já não se justifica em um contexto no qual praticamente todos os atos do poder público tornaram-se impugnáveis em sede de controle concentrado de constitucionalidade, tornando-se fator de complexificação desnecessária da jurisdição constitucional abstrata brasileira.

Entende-se, por conseguinte, que a unificação de quatro ações dotadas do mesmo objetivo, propostas pelos mesmos legitimados e perante o mesmo Tribunal não é apenas viável, como também é desejável. A criação de uma “ação de aferição de constitucionalidade” que contemple os pedidos que atualmente são veiculados em ADI, ADC, ADO e ADPF teria o condão de simplificar o sistema de controle concentrado de constitucionalidade pátrio, conferindo-lhe racionalidade e sistematicidade.

Cuida-se de discussão relevante, em especial, diante da disposição da comunidade jurídica e do legislador em rever premissas há muito consolidadas na seara da jurisdição constitucional brasileira, o que é evidenciado pela convocação pela Câmara dos

Deputados de Comissão de Juristas para elaborar anteprojeto de legislação que sistematize as normas de processo constitucional brasileiro⁷⁷.

BIBLIOGRAFIA

ABBOUD, GEORGES. *Processo Constitucional Brasileiro*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais/Thomson Reuters, 2019. v. 1. 1502p.

AMENDOEIRA JR., Sidnei. *Fungibilidade de meios*. São Paulo: Atlas, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2016.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental e legislação regulamentadora*. In: TAVARES, André Ramos & ROTHENBURG, Walter Claudius (orgs.). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da Lei 9.882/99*. São Paulo, Atlas, 2001.

BITTENCOURT, Lúcio. *O controle jurisdicional da constitucionalidade das leis*, 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1968.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2º Ed. São Paulo: Saraiva: Almedina, 2018.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Algumas considerações em torno da arguição de descumprimento de preceito fundamental*. In: SAMPAIO, José Adércio Leite & CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte, Del Rey, 2001.

DIMOULIS, Dimitri. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: problemas de concretização e limitação*. RT 832/22, São Paulo, fev. 2005.

FARIA, Luiz Alberto Gurgel de. *Controle da constitucionalidade na omissão legislativa: instrumentos de proteção judicial e seus efeitos*. 2. tir. Curitiba: Juruá, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O sistema constitucional brasileiro e as recentes inovações no controle de constitucionalidade (Leis n. 9.868, de 10 de novembro e n. 9.982, de 3 de dezembro de 1999)*. Revista de Direito Administrativo, v. 220.

⁷⁷ Ato do Presidente da Câmara dos Deputados, de 24.11.2020 (DOU 25.11.2020).

FIGUEIREDO, Marcelo. *A ação declaratória de constitucionalidade — inovação infeliz e inconstitucional*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva & MENDES, Gilmar Ferreira (coord.). *Ação declaratória de constitucionalidade*. São Paulo, Saraiva, 1995.

FOLADOR, Patrícia Micheli. *Evolução histórica do controle de constitucionalidade no Brasil e a ação de inconstitucionalidade por omissão*. Revista de Direito Constitucional e Internacional 71/228, São Paulo, abr. 2010.

GOMES, Frederico Barbosa. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: uma visão crítica*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

GUGLIANO, Renato Herani. *Controle de constitucionalidade das leis pré-constitucionais*. São Paulo: Método, 2010.

KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

PAGANELLA, Marco Aurélio. *A arguição de descumprimento de preceito fundamental no contexto do controle de constitucionalidade*. São Paulo: Ltr, 2004.

MACHADO, Hugo de Brito. *Ação declaratória de constitucionalidade*. Revista dos Tribunais, v. 697, 1993.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle concentrado de constitucionalidade*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira (org.). *Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei 9.868, de 10.11.1999*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. *A ação declaratória de constitucionalidade: a inovação da Emenda Constitucional n. 3, de 1993*, In: MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira (Orgs.). *Ação declaratória de constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1994.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Moreira Alves e o controle de constitucionalidade no Brasil*. São Paulo: Celso Bastos, Editor, 2000.

MODESTO, Paulo. *Inconstitucionalidade por omissão: categoria jurídica e ação constitucional específica*. Revista de Direito Público, v. 99, 1991.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional* – 36. ed. – São Paulo: Atlas, 2020.

MORAES, Alexandre de. *Comentários à lei n. 9.882/99 — arguição de descumprimento de preceito fundamental*. In: TAVARES, André Ramos & ROTHENBURG, Walter Claudius (orgs.). *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: análise à luz da Lei 9.882/99*. São Paulo, Atlas, 2001.

MOREIRA ALVES, José Carlos. *A evolução do controle de constitucionalidade no Brasil*. In: Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.). *Garantias do cidadão na justiça*. São Paulo, Saraiva, 1993.

PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. São Paulo: Ed. RT, 1995.

QUINTAS, Fábio Lima. *Por uma sistematização no tratamento das omissões inconstitucionais*. In: RUFINO, André; QUINTAS, Fábio; e ABBOUD, Georges (org.). *Processo Constitucional Brasileiro: propostas para reforma*, 2022.

RUFINO, André. *Em busca de sistematização e uniformização: algumas propostas para a reformula do processo constitucional brasileiro*. In: RUFINO, André; QUINTAS, Fábio; e ABBOUD, Georges (org.). *Processo Constitucional Brasileiro: propostas para reforma*, 2022.

RAMOS, Elival da Silva. *A Evolução do Sistema Brasileiro de Controle de Constitucionalidade e a Constituição de 1988*. In: Alexandre de Moraes. (Org.). *Os 20 Anos da Constituição da República Federativa do Brasil*. São Paulo: Atlas, 2009, v., p. 139-161.

RAMOS, Elival da Silva. *Controle de Constitucionalidade no Brasil: perspectivas de evolução*, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 239 a 339.

SAES, Wandimara Pereira dos Santos. *A extensão e o conteúdo de preceito fundamental na arguição de descumprimento*. *Revista de Direito Constitucional e Internacional* 59/294, São Paulo, abr. 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 563.

SILVEIRA, José Néri da. *A reforma constitucional e o controle de sua constitucionalidade*. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul (Ajuris)* 64/207, 1995.

SLAIBI FILHO, Nagib. *Ação declaratória de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

TAVARES, André Ramos. *Tratado da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*. São Paulo: Saraiva, 2001, pp. 11 e seguintes.

TEIXEIRA, Guilherme Freire de Barros. *Teoria do princípio da fungibilidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

TRINDADE, João. *A unificação das ações do controle abstrato de constitucionalidade*. In: RUFINO, André; QUINTAS, Fábio; e ABBOUD, Georges (org.). *Processo Constitucional Brasileiro: propostas para reforma*, 2022.

WALD, Arnaldo. *Alguns aspectos da ação declaratória de constitucionalidade*. *RePro* 76/7, São Paulo, out. 1994.