

TRÊS PROBLEMAS DO PROCESSO OBJETIVO

GUILHERME JALES SOKAL*

Sumário - 1. Uma linha a ser repensada. 2. A ascensão do controle abstrato de constitucionalidade. 3. O descompasso com as garantias fundamentais do processo: três problemas. 3.1. A imparcialidade dos julgadores. 3.2. O princípio do contraditório. 3.3. A incidência supletiva do CPC: a questão do prazo em dobro. 4. O processo objetivo no divã: aportes da jurisdição como imparcialidade. 5. Conclusão: vão-se os anéis e ficam os dedos.

1. Uma linha a ser repensada

Teorias são feitas, no direito, geralmente com a intenção de sistematizar um conjunto talvez não tão claro de regras, conferindo-lhes um fio condutor que permita ao intérprete identificar a razão que lhes é subjacente para (i) amoldar e temperar sua aplicação aos casos concretos e (ii) balizar o desenvolvimento do direito pensado para o futuro. Por razões óbvias, essa necessidade de atribuir coerência é ainda mais marcante quando o domínio investigado surge antes como uma criação da jurisprudência do que como fruto do trabalho do legislador: ditando soluções pontuais para cada conflito com que têm de se deparar, nem sempre os Tribunais conseguem, de antemão, vislumbrar todas as repercussões de uma guinada em tal ou qual sentido na sua linha de decidir. Para essas hipóteses, a coerência comumente tenta ingressar como um elemento *a posteriori* na equação, e não no próprio berço de criação do regime jurídico, muito mais natural à preparação que antecede a atividade legislativa.

As boas intenções que alimentam o surgimento de teorias, porém, por vezes passam, no decorrer do tempo, por um processo perigoso de transformação. É muito comum que algumas teses, ao assumirem um grau tal de enraizamento na comunidade jurídica, comecem a produzir um efeito opaco, impedindo o intérprete de enxergar com clareza o outro lado, *i.e.*, a ponta final da aplicação do direito. Deixando-se assim conduzir cegamente pela lógica porventura consagrada, corre-se o risco de abandonar a sensibilidade para aquilatar se dela decorrem mais resultados perniciosos do que bem-vindos. Por mais tradicional que seja a linha, no entanto, ou por mais convidativa que seja a inércia, a ninguém é dado fechar os olhos para o presente ou para o futuro a bem do passado; constatando-se consequências piores, hoje, com uma dada teoria do que sem ela, manda a coragem que se dê adeus ao que

* Mestre em Direito Processual pela UERJ. Procurador do Estado do Rio de Janeiro e Advogado. Ex-Assessor de Ministro no Supremo Tribunal Federal. Ex-Assessor de Desembargador no Tribunal Regional Federal da 2ª Região.

até então se pregava, reconhecendo-se os frutos proveitosos eventualmente colhidos, mas abrindo-se espaço para um novo caminho a ser trilhado.

Seguindo essa ordem de ideias, este trabalho tem por meta demonstrar os sensíveis prejuízos que a assim chamada *teoria do processo objetivo* acarreta para as garantias fundamentais do processo nas ações do controle abstrato de constitucionalidade, de longa data proclamada pelo Supremo Tribunal Federal. Para esse fim, inicialmente será traçado um breve panorama do perfil do controle abstrato no direito brasileiro, que cada vez mais ofusca o controle difuso. No passo seguinte, foram pinçados para análise, dentre um amplo leque de possíveis tópicos, três problemas sensíveis provocados pela jurisprudência do Supremo sob a bandeira da referida teoria, organizados em torno (i) da tutela da imparcialidade dos julgadores, (ii) da preservação da garantia do contraditório participativo e (iii) do injustificável afastamento de regras do processo civil comum¹. Depois de expostos esses resultados indesejáveis, ao final será demonstrado como nem mesmo no plano conceitual a ideia de processo objetivo merece guarida, sobretudo à luz da moderna compreensão da *jurisdição como imparcialidade*. Por essas razões é que se sugerirá, em conclusão, o abandono da postura de erigir tal teoria, no desenrolar do controle abstrato de normas, como uma espécie de escudo contra a plena incidência das garantias fundamentais do processo.

2. A ascensão do controle abstrato de constitucionalidade

No núcleo da ideia de constitucionalismo reside a tentativa de limitar, organizar e direcionar o poder do Estado, através da consolidação em um texto escrito de valores superiores de moralidade política.

Para que tal desiderato não fosse burlado pela adoção de meras leis em dissonância com o texto constitucional, foram criados diversos mecanismos de garantia da observância da Constituição, em grande parte motivados por um *voto de confiança* no Poder Judiciário como a mais adequada instância para essa elevadíssima missão. É assim, por exemplo, que desde 1803 nos Estados Unidos se reconhece a possibilidade de juízes negarem a aplicação, em um caso concreto, às leis que se choquem com as normas constitucionais, conforme decidido no célebre caso *Marbury v. Madison*². Por essa linha, se a premissa para o julgamento da causa

¹ Como o controle abstrato, por definição, envolve a preservação ou o aniquilamento de atos normativos editados pelo poder público, cada um dos três problemas destacados repercute de forma direta no regime processual da Fazenda Pública, que sempre há de figurar ao menos como no polo passivo da demanda, ainda que por um de seus órgãos específicos. No último dos três, porém, essa relação será ainda mais intensa, já que nele será explorada a frágil orientação, até hoje consolidada no STF, de recusar a incidência do benefício de prazo em dobro para os entes públicos quando da interposição de recurso extraordinário contra julgamentos de representação de inconstitucionalidade nos Tribunais locais.

² Sobre esta decisão, e com detalhes, BARROSO, Luis Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência, São Paulo: Ed. Saraiva, 2012, p. 25-32; e BINENBOJM, Gustavo. A nova jurisdição constitucional brasileira – legitimidade democrática e instrumentos de realização, Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2004, p. 25 e

se fundar no exame de uma lei que tenha sido adotada sem o devido processo legislativo previsto na Constituição, ou sem observar o conteúdo dos direitos fundamentais, o juiz lhe negará eficácia para aquele caso concreto, afastando-lhe a força cogente em prestígio às normas constitucionais.

Essa técnica de proteção da Constituição é denominada *controle judicial de constitucionalidade das leis* na modalidade *incidental, concreta* ou *difusa*. Os três últimos termos são utilizados para designar ângulos sutilmente distintos de se enxergar fenômenos que por vezes se sobrepõem³. O controle é tido por *concreto* por ser exercido no seio de um conflito de interesses já instaurado, levado ao Judiciário para resolvê-lo. Não se trata, portanto, de discussão quanto à constitucionalidade das leis apenas em tese, desvinculada de uma controvérsia intersubjetiva. Usa-se também o termo *incidental* tendo em vista que o exame da constitucionalidade da lei é exercido como uma premissa, como um passo no caminho lógico a ser percorrido para alcançar o resultado último do processo judicial, que é a solução do conflito entre autor e réu. Por aí já se vê que, nesta modalidade de controle de constitucionalidade, o pedido não se volta especificamente para a declaração da violação à Constituição praticada pelo ato normativo supostamente viciado. Ao contrário, a constitucionalidade funciona como uma questão prévia ao exame do pedido, por exemplo, de declaração de inexistência de débito tributário por conta de a lei instituidora do tributo ter sido editada por ente incompetente para tanto. Por fim, o termo *difuso* tem em mira os órgãos judiciais que podem exercer o controle. No Brasil, confere-se a todo e qualquer juiz, indistintamente, o poder-dever de afastar uma disposição legal que se choque com a Constituição, mas com a ressalva da observância do art. 97 da Constituição Federal em relação aos órgãos colegiados nos Tribunais.

De outro lado, nos anos vinte do século passado foi engendrada, pela criatividade de HANS KELSEN, uma nova forma de proteção da força normativa da Constituição⁴. Ao elaborar o texto constitucional austríaco de 1920, posteriormente aperfeiçoado por emenda em 1929, o pai da teoria pura do direito teve de refletir sobre o modo como seria definida a defesa da Constituição pelo Judiciário, particularmente tendo em vista o exemplo norte-americano já posto em prática há

segs. Manifestações mais antigas da mesma lógica podem ser encontradas na Grécia Antiga e na Inglaterra do século XVII, conforme narrado por CAPPELLETTI, Mauro. O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999, p. 49 e segs.

³ A afirmação, porém, tem de ser entendida em termos. Na Alemanha, por exemplo, há controle concentrado e incidental, uma vez que a inconstitucionalidade, para ser reconhecida em um caso concreto, tem de ser levada à apreciação, incidentalmente, ao Tribunal Constitucional, como narra DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; e OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Aspectos processuais da ADIN (Ação Direta de Inconstitucionalidade) e da ADC (Ação declaratória de Constitucionalidade)*, In: *Ações constitucionais*, Fredie Didier Jr. (org.), Salvador: Ed. Juspodivm, 2012, p. 461. Ademais, como aponta SILVA, Bruno Boquimpani. *Controle Incidental nas Ações Diretas de Constitucionalidade*, Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, vol. 66, 2011, p. 50-63, nada obsta que ocorra o controle incidental de constitucionalidade no julgamento de uma ação direta de inconstitucionalidade, a exemplo do controle sobre a validade das normas que regem o próprio procedimento a pautar a atuação do STF.

⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 41.

mais de cem anos na época. HANS KELSEN observou, no entanto, que o modelo americano de controle difuso se ajustava bem à doutrina dos precedentes, que marca o direito dos EUA, pois só assim se poderia conciliar a margem de liberdade que o exame da constitucionalidade das leis conferiria a cada juiz com a isonomia e a uniformidade no tratamento dos jurisdicionados. Com efeito, é o princípio do *stare decisis* que assegura que a compreensão da Constituição já traçada pela Suprema Corte norte-americana seja seguida pelos outros julgadores quando lhes for levada questão idêntica a julgamento. Esse princípio, no entanto, não é seguido com o mesmo afinco nos países de tradição romano-germânica, como são os da Europa continental. Assim, a pura adoção do modelo difuso poderia levar a que cada juiz tivesse a sua própria compreensão do significado da Constituição, em um cenário de insegurança quanto às leis que, de fato, deveriam ser observadas na vida em sociedade⁵.

Para preservar a isonomia e manter o ideal de defesa da Constituição, HANS KELSEN criou a figura do *controle abstrato de constitucionalidade*, por vezes também chamado de controle *concentrado* ou por *via principal*. No centro desta ideia estava o Tribunal Constitucional, que seria um órgão à parte na tradicional divisão de Poderes, atuando como vigia da observância da Constituição diante dos atos praticados pelos demais Poderes constituídos. A esse Tribunal seria conferida a função de tutelar em abstrato a supremacia da Constituição, assegurando que as leis a respeitassem no conteúdo e na forma. A uniformidade de tratamento dos jurisdicionados, que não se conseguiria alcançar com o controle difuso desacompanhado da doutrina do precedente, foi resguardada pela forma de atuação do Tribunal, cujas decisões teriam por objeto a própria lei em tese, produzindo efeitos em relação a todas as pessoas. É assim que se explica a denominação desta espécie de controle: é *abstrato*, pois desvinculado de qualquer conflito de interesses concretamente configurado; é *concentrado*, já que somente o Tribunal Constitucional poderia exercê-lo, não sendo dado aos demais juízes o afastamento da legislação ordinária sob o argumento de choque com a Constituição; e, por fim, é exercido por *via principal*, uma vez que o pedido do legitimado a provocá-lo é dirigido diretamente à declaração de inconstitucionalidade da lei, constituindo tal questão o próprio mérito, e não apenas uma etapa lógica prévia ao julgamento do pedido.

Embora sua origem tenha sido, como dito, a Constituição austríaca de 1920, logo após o fim da segunda guerra mundial esse modelo de controle abstrato de constitucionalidade alcançou uma franca expansão pelo globo. Foi assim que o adotaram a Alemanha, em 1949, a Itália, em 1948, a Espanha, em 1978, e Portugal, em 1976⁶.

⁵ Fez-se, no texto, uma evidente simplificação do pensamento do autor, que avançava também para divergir do direito norte-americano em outros pontos relevantes, notadamente no que toca à chamada *doutrina da nulidade da lei inconstitucional*, perfilhando, ao contrário, a compreensão de que a lei proclamada como vigente no Diário Oficial deveria ser desconstituída – em um vício, portanto, de anulabilidade – para perder a especial força cogente decorrente do que denominava de “princípio de autolegitimação dos atos das autoridades públicas”. Sobre o ponto, cf. CAPPELLETTI, Mauro. *Op. cit.*, p. 76 e segs.; e KELSEN, Hans. *A garantia jurisdicional da Constituição*, In: *Jurisdição constitucional*, São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2013, p. 140-141, onde consta a expressão entre aspas antes referida, e, quanto à desuniformidade fruto do controle difuso, p. 145.

⁶ BINENBOJM, Gustavo. *Op. cit.*, p. 39-40.

A tradição brasileira, como se sabe, sempre foi a do modelo difuso. Contribuiu significativamente para isso o papel de RUI BARBOSA na elaboração da Constituição de 1891⁷, incorporando a técnica do direito norte-americano que nos acompanha até os dias de hoje. Não se pode ignorar, evidentemente, que o passar dos anos trouxe inovações e adaptações desse controle às necessidades sociais. Por exemplo, com a Constituição de 1934 foi criada a já mencionada *cláusula de reserva de plenário*, como meio de resguardar a força das leis, conferindo-lhes uma espécie de presunção de constitucionalidade. Também foi a Constituição de 1934 que introduziu no direito brasileiro a técnica de suspensão da eficácia das leis, pelo Senado Federal, após a declaração de inconstitucionalidade pronunciada pelo Supremo Tribunal Federal, como hoje prevê o art. 52, X, da Constituição Federal, também pautada pela promoção da isonomia quando então predominava o controle incidental⁸. De forma mais atual ainda, há profunda discussão no cenário acadêmico e no próprio Supremo Tribunal Federal quanto à eficácia das declarações de inconstitucionalidade proferidas no controle difuso, principalmente em razão de uma suposta abstrativização desta modalidade de controle, que levaria, segundo alguns, à equiparação de seus efeitos àqueles produzidos em sede de controle abstrato⁹.

De outro lado, a introdução, no Brasil, do controle concentrado de constitucionalidade das leis se deu com a Emenda nº 16/65 à Carta Constitucional de 1946, embora mais remotamente já tivesse sido criada a chamada representação interventiva¹⁰. Por certo, o histórico desta modalidade de controle já foi suficientemente esmiuçado pelos autores que se dedicaram ao tema. O que importa

⁷ MENDES, Gilmar Ferreira; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. *Curso de direito constitucional*, São Paulo: Ed. Saraiva, 2011, p. 1.094.

⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Controle de constitucionalidade*, Revista Forense, Rio de Janeiro: Forense, n. 341, jan.-mar./1998, p. 03 e segs.

⁹ O tema dos efeitos do controle difuso foi objeto de rica discussão no julgamento da Reclamação nº 4.335/AC, Rel. Min. Gilmar Mendes, no Supremo Tribunal Federal, concluído em 21/03/2014, mas cujo acórdão ainda não se encontra disponível para consulta. Em doutrina, já se manifestaram quanto ao ponto, dentre outros, DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; e OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Op. cit.*, p. 455-460; BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 157 e segs.; MENDES, Gilmar Ferreira; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. *Op. cit.*, p. 1.161 e segs.; e CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza, & SOUZA, Débora Cardoso de. *Os riscos para a democracia de uma compreensão indevida das inovações no controle de constitucionalidade*, In: *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*, SOUZA NETO, Cláudio Pereira de, SARMENTO, Daniel, & BINENBOJM, Gustavo (orgs.), Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2008, p. 93 e segs. De forma mais geral, o fenômeno da abstrativização do recurso extraordinário vem sendo identificado pela doutrina em atenção (i) à exigência de repercussão geral; (ii) à atenuação de requisitos de admissibilidade meramente formais em prol da apreciação da tese de fundo; (iii) o redimensionamento do requisito do prequestionamento; (iv) a formulação de decisões-quadro pela técnica de julgamento de recursos por amostragem; (v) a fixação de parâmetros específicos para disciplinar hipóteses distintas do caso concreto, com balizas materiais que extrapolam o necessário para a solução da causa; e (vi) a abertura para a intervenção de *amicus curiae*, ampliando o contraditório para além das partes. Sobre o tema, v. TALAMINI, Eduardo. *Novos aspectos da jurisdição constitucional brasileira: repercussão geral, força vinculante, modulação dos efeitos do controle de constitucionalidade e alargamento do objeto do controle direto*, Tese apresentada para o concurso à livre-docência do Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, mimeografado, 2008, p. 23 e segs.; e DIDIER Jr., Fredie. *Transformações do recurso extraordinário*, In: *Reforma do Judiciário: análise interdisciplinar e estrutural do primeiro ano de vigência*, Bruno Freire e Silva e Rodrigo Mazzei (org.), Curitiba: Juruá, 2006, p. 237-250.

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 85.

destacar neste passo, no entanto, é a incomparável ascensão que o controle abstrato teve no Brasil após a promulgação da Constituição Federal de 1988. Com efeito, foi por força do atual texto constitucional que se ampliou o leque de legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal, conforme prevê o art. 103 da Constituição. E, de outro lado, foi também o texto constitucional de 88, após alterações por Emendas, que incrementou de forma significativa o catálogo de instrumentos processuais hábeis a provocar o controle concentrado de constitucionalidade. Se antes cabia a exclusividade à ação direta de inconstitucionalidade, chamada à época de representação de inconstitucionalidade, hoje o cenário é compartilhado também com a ação direta de inconstitucionalidade por omissão, a ação declaratória de constitucionalidade (CF, art. 102, inc. I, 'a') e com a arguição de descumprimento de preceito fundamental (CF, art. 102, § 1º), ao lado da já mencionada ação direta interventiva (CF, art. 36, inc. III) e da representação de inconstitucionalidade de âmbito local (CF, art. 125, § 2º).

Todos esses fatores contribuíram para deslocar o foco principal de atenção do controle de constitucionalidade no direito brasileiro: a primazia que, como dito, antes cabia ao controle difuso, hoje cedeu lugar à notória tendência de centralidade do controle abstrato de constitucionalidade no cenário nacional¹¹.

3. O descompasso com as garantias fundamentais do processo: três problemas

Este papel destacado do controle abstrato exige que se analise, em viés crítico, a forma como o Supremo o coloca em prática, particularmente à luz das garantias fundamentais do processo. E nesse tema é que os impactos da *teoria do processo objetivo* se mostram mais sensíveis, pois, sob o argumento de se tratar de um processo que não se presta à tutela de posições subjetivas individuais, construíram-se diversos consectários que acabam por distanciar em muito o tratamento que o Supremo confere aos postulantes do núcleo duro do devido processo legal. É o que se passa a examinar.

3.1. A imparcialidade dos julgadores

Dentre todos os seus atributos, a imparcialidade é a nota mais marcante da jurisdição, como traço que lhe é historicamente inseparável¹². Designa ela a ideia de formação de um juízo equidistante sobre atos postulatórios, para eleger, dentre eles, o que seja dotado de razão. É o denominado *desinteresse objetivo*, assim, que serve de pauta para a figura do juiz, ditando soluções imperativas com atenção exclusiva

¹¹ Assim, MENDES, Gilmar Ferreira; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. *Op. cit.*, p. 1.117.

¹² CALAMANDREI, Piero. *Justicia y politica: sentencia y sentimiento*. In: *Proceso y Democracia*, Trad. Hector Fix Zamudio, Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1960, p. 60, para quem “históricamente la cualidad preponderante que aparece inseparable de la idea misma del juez, desde su primera aparición en los albores de la civilización, es la *imparcialidad*”.

aos comandos que decorram do direito em vigor¹³. Nessa linha dispõem a Convenção Americana de Direitos Humanos, no art. 8º, e a Convenção Européia de Direitos Humanos, no art. 6º, todas a proclamarem o direito a um tribunal independente e imparcial¹⁴.

Esse conceito maior de imparcialidade, expressando o fato de o julgador ser um terceiro diante do conflito, desdobra-se em dois outros, que lhe concretizam o sentido: a *independência* e a *imparcialidade em sentido estrito*. A *independência* diz respeito à série de condições prévias que asseguram que o julgador não sofrerá consequências pelo conteúdo dos atos que venha a proferir, por represália seja das partes, seja dos agentes políticos do Estado, ou, ainda, seja de grupos de pressão ou de interesses presentes na sociedade¹⁵. Seria incompatível com a segurança de que deve se revestir a atividade de julgar que o juiz pudesse se ver sob a ameaça, por exemplo, de atos dos Poderes Legislativo ou Executivo, capazes, suponha-se, de incutir-lhe o temor sobre o modo como deve decidir diante do risco de que tivesse sua competência alterada *ad hoc*, ou fosse transferido da localidade em que atua¹⁶. É assim, portanto, que a Constituição Federal, no art. 95, assegura aos magistrados a vitaliciedade, a irredutibilidade dos subsídios e a inamovibilidade, sempre como forma de impedir que haja pressões externas ao julgador para, tolhendo-lhe a serenidade, influenciar de qualquer modo o julgamento.

De outro lado, a *imparcialidade em sentido estrito*, que, a bem da verdade, só pode ser efetivada quando já pressuposta a garantia da independência¹⁷, liga-se à concreta configuração subjetiva e objetiva do processo judicial¹⁸. Um juiz imparcial,

¹³ AROCA, Juan Montero. La incompatibilidad de funciones en el proceso (Crítica de la jurisprudencia del TEDH sobre imparcialidad judicial y del texto del CEDH sobre incompatibilidad de funciones en el mismo proceso), In: *Proceso (civil y penal) y garantía – el proceso como garantía de libertad y de responsabilidad*, València: Tirant lo Blanch, 2006, p. 667 e 669.

¹⁴ Convenção Americana sobre os Direitos Humanos, “Artigo 8º - Garantias judiciais – 1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”. Convenção Européia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, “Artigo 6º - Direito a um processo equitativo – 1. Qualquer pessoa tem direito a que a sua causa seja examinada, equitativa e publicamente, num prazo razoável por um tribunal independente e imparcial, estabelecido pela lei, o qual decidirá, quer sobre a determinação dos seus direitos e obrigações de caráter civil, quer sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela. O julgamento deve ser público, mas o acesso à sala de audiências pode ser proibido à imprensa ou ao público durante a totalidade ou parte do processo, quando a bem da moralidade, da ordem pública ou da segurança nacional numa sociedade democrática, quando os interesses de menores ou a proteção da vida privada das partes no processo o exigirem, ou, na medida julgada estritamente necessária pelo tribunal, quando, em circunstâncias especiais, a publicidade pudesse ser prejudicial para os interesses da justiça”.

¹⁵ LLOBREGAT, José Garberí. *Constitución y derecho procesal – los fundamentos constitucionales del derecho procesal*, Navarra: Civitas/Thomson Reuters, 2009, p. 44; e AROCA, Juan Montero. *Op. Cit.*, p. 666.

¹⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *Las garantías constitucionales de las partes en el proceso civil italiano*, In: *Proceso, ideologías, sociedad*, Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América, 1974, p. 536.

¹⁷ TARUFFO, Michele. La cultura de la imparcialidade en los países de common law y de derecho continental, In: *Páginas sobre justicia civil*, Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 39-40.

¹⁸ Nesse sentido, v. AROCA, Juan Montero. *Op. Cit.*, p. 667, que afirma que “la imparcialidad no puede determinarse com relación a estatuto alguno, no es algo abstracto, sino que guarda

nesse sentido, é alguém marcado pela distância quanto à pretensão apreciada e quanto aos sujeitos que figuram em determinada causa. Assim, quebra-se a imparcialidade quando esteja presente uma relação particular, de natureza econômica ou pessoal, entre o juiz e uma das partes ou o juiz e o objeto da demanda, ou mesmo quando o julgador é conclamado a apreciar um ato decorrente de sua própria atuação já exercida em função distinta no mesmo processo¹⁹. E é justamente para garantir a imparcialidade que são previstos, no Código de Processo Civil, institutos como o impedimento (art. 134) e a suspeição (art. 135), cada qual com um rol próprio de hipóteses que justificam o afastamento do juiz em relação à causa em julgamento, mas que não podem ser interpretados como se exaurissem todas as possibilidades de controle da imparcialidade do juiz à luz do núcleo conceitual da jurisdição, que repousa na própria Constituição Federal.

Pois bem. Apesar da relevância da imparcialidade para o conceito de jurisdição, a verdade é que o Supremo Tribunal Federal, no que toca ao controle abstrato de constitucionalidade, já proferiu diversas decisões *afastando* a aplicabilidade dos institutos do impedimento e da suspeição, em razão da natureza objetiva do processo que nele se desenvolve. Segundo a Corte, por não haver interesses subjetivos em jogo no exercício do controle, a atuação dos julgadores não poderia ser tendenciosamente dirigida a um dos lados, até porque, segundo se diz, sequer há lados no controle abstrato de constitucionalidade²⁰. São exemplos dessa posição os julgamentos proferidos nas ADIn's nº 2.321/DF²¹ e 3.741/DF²²,

“necesariamente relación com un proceso determinado, y por ello es concreta, de un juez y en un proceso”. E, na mesma linha, FISS, Owen. *The limits of judicial independence*, Miami Inter-American Law Review, vol. 25:1, 1993, p. 58.

¹⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *Las garantías constitucionales de las partes em el proceso civil italiano*, In *Proceso, ideologias, sociedad*, Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América, 1974, p. 536.

²⁰ Mencionando esse entendimento, BINENBOJM, Gustavo. *Op. cit.*, p. 148; e MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle abstrato de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO – comentários à Lei n. 9.868/99*, São Paulo: Ed. Saraiva, 2012, p. 77.

²¹ “(...) FISCALIZAÇÃO NORMATIVA ABSTRATA - PROCESSO DE CARÁTER OBJETIVO - INAPLICABILIDADE DOS INSTITUTOS DO IMPEDIMENTO E DA SUSPEIÇÃO - CONSEQÜENTE POSSIBILIDADE DE PARTICIPAÇÃO DE MINISTRO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (QUE ATUOU NO TSE) NO JULGAMENTO DE AÇÃO DIRETA AJUIZADA EM FACE DE ATO EMANADO DAQUELA ALTA CORTE ELEITORAL. - O Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, embora prestando informações no processo, não está impedido de participar do julgamento de ação direta na qual tenha sido questionada a constitucionalidade, "in abstracto", de atos ou de resoluções emanados daquela Egrégia Corte judiciária. Também não incidem nessa situação de incompatibilidade processual, considerado o perfil objetivo que tipifica o controle normativo abstrato, os Ministros do Supremo Tribunal Federal que hajam participado, como integrantes do Tribunal Superior Eleitoral, da formulação e edição, por este, de atos ou resoluções que tenham sido contestados, quanto à sua validade jurídica, em sede de fiscalização concentrada de constitucionalidade, instaurada perante a Suprema Corte. Precedentes do STF. - Os institutos do impedimento e da suspeição restringem-se ao plano exclusivo dos processos subjetivos (em cujo âmbito discutem-se situações individuais e interesses concretos), não se estendendo nem se aplicando, em consequência, ao processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, que se define como típico processo de caráter objetivo destinado a viabilizar o julgamento, em tese, não de uma situação concreta, mas da validade jurídico-constitucional, a ser apreciada em abstrato, de determinado ato normativo editado pelo Poder Público. (...)” (STF, ADI nº 2.321-MC, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2000, DJ 10-06-2005).

²² Consta do voto do Relator, Min. Ricardo Lewandowski: “Assim, convém assentar, desde logo, que inexistem qualquer óbice a que os ministros desta Corte, que subscreveram a Resolução em tela no Superior Tribunal

e na ADPF nº 144/DF²³.

Um dos raros casos em que se afastou *em parte* essa jurisprudência foi na decisão da ADIn nº 55/DF²⁴. Nesse julgado, reconheceu-se o impedimento do Min. SEPÚLVEDA PERTENCE no processo pelo fato de ter rejeitado, enquanto atuava como Procurador-Geral da República, a provocação para pleitear junto ao Supremo a declaração de inconstitucionalidade da lei que, então, estava em julgamento, emitindo parecer, na ocasião anterior, apontando os motivos pelos quais deixaria de fazê-lo por reputá-la constitucional. A mesma decisão, contudo, rejeitou a arguição de impedimento do Min. PAULO BROSSARD, que se fundara na participação dele, como Ministro de Estado, na sanção presidencial da lei cuja constitucionalidade se discutia²⁵.

Há quem afirme, nesse campo, que o parâmetro adotado pelo Supremo Tribunal Federal seria o reconhecimento de impedimento apenas quando fundado em *atuação endoprocessual*, isto é, quando o julgador tivesse participado naquele mesmo processo no exercício de outras funções, ao proferir, por exemplo, parecer como Procurador-Geral da República ou atuar como Advogado-Geral da União²⁶. Seria louvável se o Supremo se pautasse, de fato, *ao menos* por essa linha de raciocínio, pois, como prega o adágio latino, ninguém é bom juiz de si mesmo²⁷, e o papel desempenhado pelas funções essenciais à justiça não atingiria seu fim se o julgador, que deveria apreciar as manifestações com imparcialidade, utilizando-as como elementos para decidir, cumulasse as duas posições, apreciando seus próprios atos no processo.

Eleitoral, participem deste julgamento. Isso porque, segundo a jurisprudência do Supremo, não se aplicam ao controle normativo abstrato os institutos do impedimento e da suspeição contemplados no Código de Processo Civil, pois estes, em nosso ordenamento jurídico, restringem-se exclusivamente aos processos subjetivos, ou seja àqueles que envolvam interesses individuais e situações concretas” (STF, ADI nº 3.741, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 06/08/2006, DJ 23-02-2007).

²³ STF, ADPF nº 144, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 06/08/2008, DJe-035 DIVULG 25-02-2010.

²⁴ STF, ADI nº 55 MC-QO, Rel. Min. Octavio Gallotti, Tribunal Pleno, julgado em 31/05/1989, DJ 16-03-1990. O caso é citado por BINENBOJM, Gustavo. *Op. cit.*, p. 148.

²⁵ Uma tentativa de defesa – data vênua insuficiente – dessa última orientação consta de MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle abstrato de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO – comentários à Lei n. 9.868/99*, São Paulo: Ed. Saraiva, 2012, p. 79, para quem “com relação a Ministro de Estado ou membros do Poder Executivo, a mera participação em fases do *procedimento legislativo* que tenham originado a norma atacada em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade não se caracteriza como razão ensejadora do impedimento. Aqui, o fundamento do não impedimento encontra-se justificado a partir da clássica distinção entre *mens legis* e *mens legislatoris*. Logo, a participação na fase de legiferação ou produção de normas não há de ser confundida com a etapa de posterior impugnação da constitucionalidade ou inconstitucionalidade de ato normativo”.

²⁶ É o que sustenta BINENBOJM, Gustavo. *Op. cit.*, p. 148. Como relata MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle abstrato de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO – comentários à Lei n. 9.868/99*, São Paulo: Ed. Saraiva, 2012, p. 77-78, foi o que ocorreu no julgamento da ADI 4, Rel. Min. Sydney Sanches, Tribunal Pleno, julgado em 07/03/1991, DJ 25-06-1993, quando afirmado o impedimento de Ministro que atuara como PGR, proferindo parecer no próprio processo.

²⁷ É curioso que a invocação da fórmula “ninguém pode ser juiz em causa própria” mesmo para a jurisdição constitucional já constava inclusive dos textos do idealizador do controle abstrato, conforme se lê de KELSEN, Hans. *Quem deve ser o guardião da Constituição?*, In: *Jurisdição constitucional*, São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2013, p. 240. O ponto será retomado adiante no texto, no item 4.

A verdade, no entanto, é que o Supremo não é fiel nem mesmo a esta regra. Em primeiro lugar, o caso da ADIn nº 55/DF, citado logo acima em relação a Ministro que rejeitara ajuizamento de demanda enquanto PGR, teve por fundamento para o impedimento a atuação *prévia e fora* do processo de um dos julgadores. Daí se extrai que o Supremo já foi capaz, sim, de vislumbrar na atuação ainda que *extraprocessual* motivo para a quebra da imparcialidade – apesar de fazê-lo, frise-se bem, acanhadamente e sem qualquer dose de coerência. Além disso, o STF, no julgamento da ADIn nº 3.345/DF, afastou o impedimento de Ministro que *havia prestado informações no processo como presidente* do Tribunal Superior Eleitoral, bem como dos demais membros que compunham também o TSE e que participaram da edição do ato normativo impugnado²⁸. Sendo assim, sequer o critério do impedimento *endoprocessual* pode ser tido como um norte seguro para o exame da jurisprudência da Corte Suprema.

De outro lado, também ainda está por merecer análise mais detida a questão relativa aos Ministros que, antes de comporem o tribunal, atuavam no campo da advocacia privada, emitindo pareceres sobre o tema pertinente a eventual ação de controle abstrato de constitucionalidade. Parece lógico que o distanciamento do conflito, que baseia a ideia de imparcialidade, não estaria satisfeito se um dos julgadores já tivesse formado seu convencimento por uma atuação privada prévia, manifestando-se favoravelmente a um dos lados sob a inevitável influência de honorários contratados, ainda que com os olhos postos apenas na tese jurídica discutida²⁹. A própria ideia de *terzietà*, haurida da doutrina italiana e que remete a

²⁸ “FISCALIZAÇÃO NORMATIVA ABSTRATA - PROCESSO DE CARÁTER OBJETIVO - LEGITIMIDADE DA PARTICIPAÇÃO DE MINISTRO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (QUE ATUOU NO TSE) NO JULGAMENTO DE AÇÃO DIRETA AJUIZADA CONTRA ATO EMANADO DAQUELA ALTA CORTE ELEITORAL - INAPLICABILIDADE, EM REGRA, DOS INSTITUTOS DO IMPEDIMENTO E DA SUSPEIÇÃO AO PROCESSO DE CONTROLE CONCENTRADO, RESSALVADA A POSSIBILIDADE DE INVOCAÇÃO, POR QUALQUER MINISTRO DO STF, DE RAZÕES DE FORO ÍNTIMO. - O Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, embora prestando informações no processo de controle concentrado de constitucionalidade, não está impedido de participar de seu julgamento, não obstante suscitada, em referida causa, a discussão, "in abstracto", em torno da constitucionalidade (ou não) de resoluções ou de atos emanados daquela Alta Corte. Também não incidem, nessa situação de incompatibilidade processual, considerado o perfil objetivo que tipifica o controle normativo abstrato, os Ministros do Supremo Tribunal Federal que hajam participado, como integrantes do Tribunal Superior Eleitoral, da formulação e edição, por este, de atos ou resoluções que tenham sido contestados, quanto à sua validade jurídica, em sede de fiscalização concentrada de constitucionalidade instaurada perante a Suprema Corte. Precedentes do STF. - Os institutos do impedimento e da suspeição restringem-se ao plano dos processos subjetivos (em cujo âmbito discutem-se situações individuais e interesses concretos), não se estendendo nem se aplicando, ordinariamente, ao processo de fiscalização concentrada de constitucionalidade, que se define como típico processo de caráter objetivo destinado a viabilizar o julgamento, não de uma situação concreta, mas da constitucionalidade (ou não), "in abstracto", de determinado ato normativo editado pelo Poder Público. - Revela-se viável, no entanto, a possibilidade de qualquer Ministro do Supremo Tribunal Federal invocar razões de foro íntimo (CPC, art. 135, parágrafo único) como fundamento legítimo autorizador de seu afastamento e consequente não-participação, inclusive como Relator da causa, no exame e julgamento de processo de fiscalização abstrata de constitucionalidade (...)"(ADI 3345, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 25/08/2005, DJe-154 DIVULG 19-08-2010 PUBLIC 20-08-2010). Em defesa da orientação da Corte, cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle abstrato de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO – comentários à Lei n. 9.868/99*, São Paulo: Ed. Saraiva, 2012, p. 79, que se baseia na “predominância do caráter objetivo” para afirmar que “a manifestação de Ministros do Tribunal Superior Eleitoral, nesse caso, não se configura quanto pronunciamento dotado de jurisdição constitucional competente relativamente ao objeto específico da Ação Direta de Inconstitucionalidade”.

²⁹ Nesse sentido, BINENBOJM, Gustavo. *Op. cit.*, p. 149.

um terceiro estranho às partes e ao litígio, portanto, recomenda que se estenda também a esta hipótese o reconhecimento da quebra de imparcialidade, e isso em plena consonância com o citado precedente da ADIn nº 55/DF: neste último caso, como visto, o que também motivou o impedimento acolhido pelo STF foi a emissão de parecer em função *pública* previamente exercida por um dos julgadores sobre a matéria discutida, ao passo que, na hipótese aqui cogitada, a única distinção se deve ao fato de o parecer ser fruto de atuação *privada* prévia.

3.2. O princípio do contraditório

A garantia do contraditório, prevista no art. 5º, LV, da CF, é a expressão processual do princípio constitucional da participação democrática, e, segundo a lição de LEONARDO GRECO, desdobra-se em diversas consequências, como o direito à ciência real dos acontecimentos no processo, através dos atos processuais de comunicação, a audiência bilateral das partes, o princípio da motivação das decisões, o direito de defender-se provando e a ampla oportunidade de deduzir alegações sobre os aspectos relevantes da causa, sobre os quais incidirá a cognição do julgador para firmar as premissas da decisão a ser tomada³⁰.

A formatação que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e a Lei nº 9.868/99 deram ao exercício do controle abstrato de constitucionalidade, no entanto, nem sempre consegue andar em harmonia com este princípio³¹. Isso se expressa de forma mais evidente quanto (i) à abertura da causa de pedir, (ii) à abreviação do procedimento prevista no art. 12 da Lei nº 9.868/99, (iii) à profundidade da cognição exercida no julgamento, (iv) ao regime da intervenção de terceiros, e (v) às consequências práticas da impossibilidade de desistência do pedido.

A causa de pedir é um dos temas mais intrincados do direito processual civil, e que repercute diretamente em diversos outros institutos, como a coisa julgada, o princípio dispositivo, o regime da identificação e da modificabilidade da demanda, e, ainda, a conexão e a litispendência³². Para o que importa a este trabalho, porém, não é preciso adentrar a fundo nas polêmicas que a envolvem. O que é relevante é apenas o cotejo do regime da causa de pedir em um processo civil ordinário e a forma como o Supremo a compreende no controle abstrato de constitucionalidade. Com efeito, no processo civil comum, cabe ao demandante delimitar o conjunto de fatos jurígenos a partir dos quais nasce o direito alegado³³. Tal delimitação serve

³⁰ GRECO, Leonardo. *O princípio do contraditório*, in *Estudos de direito processual*, Rio de Janeiro: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 541-556.

³¹ A ausência, no processo objetivo, do “contraditório clássico”, que se verifica nas demandas onde se travam discussões de caráter subjetivo” é afirmada por CIANCI, Mira; e ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual do controle da constitucionalidade*, São Paulo: Ed. Saraiva, 2011, p. 106. Na mesma linha, MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*, São Paulo: Ed. Saraiva, 1990, p. 250, para quem o controle abstrato se trata de um “processo unilateral, não contraditório”.

³² Sobre esses e os demais aspectos da causa de pedir, TUCCI, José Rogério Cruz e. *A causa petendi no processo civil*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

³³ A respeito, com a distinção entre fatos jurígenos e fatos simples, GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil – Introdução ao direito processual civil*, vol. I, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 201 e segs.

como limite para a atuação do órgão jurisdicional, que, por se submeter ao princípio da demanda (CPC, art. 2º), não pode levar em conta fatos jurídicos distintos do que os alegados³⁴, dado que a causa de pedir é um dos elementos que compõem a própria identidade da demanda (CPC, art. 301, § 2º). Em tal narrativa, no entanto, e conforme majoritariamente entendido, não se incluem os dispositivos legais que servem para examinar a procedência ou improcedência do pedido do autor, que podem ser livremente examinados pelo julgador³⁵.

Em relação ao processo do controle abstrato de constitucionalidade, porém, o Supremo acolhe a ideia de *abertura da causa de pedir*. Essa expressão traduz a possibilidade de os julgadores, diante de pedido de declaração de inconstitucionalidade de uma lei, levarem em consideração não só a específica alegação de inconstitucionalidade formulada pelo autor, mas também quaisquer outros fundamentos que possam conduzir ao reconhecimento da violação ao texto constitucional³⁶. Como justificativa, o STF afirma que a natureza objetiva do processo impediria que o exame da validade da lei ficasse pautada apenas pela atuação dos sujeitos formais do processo, que muitas vezes pode ser tecnicamente insuficiente^{37 38}.

³⁴ Mas com a ressalva do art. 462 do CPC, cujo sentido e alcance não cabe analisar nesta sede.

³⁵ Mesmo o princípio *jura novit curia*, entretanto, deve ser objeto de nova leitura à luz do princípio do contraditório, como ensina GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil – Introdução ao direito processual civil*, vol. I, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 203-4.

³⁶ DUTRA, Carlos Roberto de Alckmin. *Controle abstrato de constitucionalidade: análise dos princípios processuais aplicáveis*, São Paulo: Ed. Saraiva, 2012, p. 154: “Segundo o princípio da causa de pedir aberta, o Tribunal tem ampla liberdade na escolha do parâmetro para a declaração de inconstitucionalidade, podendo valer-se, para tanto, de todo o espectro constitucional, não ficando adstrito ao dispositivo ou dispositivos indicados pelo requerente na petição inicial”.

³⁷ Como exemplo, confira-se o seguinte trecho de ementa da jurisprudência do STF: “(...) 4. ADIN. Cognição aberta. O Tribunal não está adstrito aos fundamentos invocados pelo autor, podendo declarar a inconstitucionalidade por fundamentos diversos dos expendidos na inicial. 5. Repartição das Competências legislativas. (...)” (ADI 2396 MC, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 26/09/2001, DJ 14-12-2001 PP-00023 EMENT VOL-02053-03 PP-00605). Na mesma linha, os acórdãos proferidos na ADIn nº 28, Rel. Octavio Gallotti, e na ADIn nº 3.576, Rel. Min. Ellen Gracie. Segundo o STF, porém, não é possível o exame de inconstitucionalidades materiais quando arguidos exclusivamente vícios formais em relação ao ato impugnado na petição inicial, conforme decidido na ADIn nº 2.182/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, *verbis*: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. 1. QUESTÃO DE ORDEM: PEDIDO ÚNICO DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DE LEI IMPOSSIBILIDADE DE EXAMINAR A CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. 2. MÉRITO: ART. 65 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DA LEI 8.429/1992 (LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA): INEXISTÊNCIA. 1. Questão de ordem resolvida no sentido da impossibilidade de se examinar a constitucionalidade material dos dispositivos da Lei 8.429/1992 dada a circunstância de o pedido da ação direta de inconstitucionalidade se limitar única e exclusivamente à declaração de inconstitucionalidade formal da lei, sem qualquer argumentação relativa a eventuais vícios materiais de constitucionalidade da norma. (...)”. (STF, ADI nº 2.182, Rel. Originário Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão Min. Carmen Lucia, Tribunal Pleno, julgado em 12/05/2010, DJe-168 DIVULG 09-09-2010).

³⁸ Não é suficiente, para justificar tal posição, afirmar que a causa de pedir nas ações do controle de constitucionalidade seria formada apenas por argumentos de direito, que, como já visto, não restringiriam a atuação do julgador nem mesmo no processo civil comum, em razão do princípio *iura novit curia*. Com efeito, a alegação de violação à Constituição, em uma ADIn, teria, a princípio, o mesmo regime da causa de pedir na ação rescisória por violação a literal disposição de lei (CPC, art.

Ocorre que a abertura da causa de pedir, como realizada pelo Supremo Tribunal Federal, pode conduzir a sérias violações ao princípio do contraditório. Ao adotá-la, o STF permite que sejam apreciados argumentos não suscitados por nenhuma das partes. Por consequência, é possível que a sorte de um julgamento no controle abstrato seja definida por um fundamento não abordado na fase postulatória, a respeito do qual, então, não tenham se manifestado nem o requerente nem a autoridade que editou o ato impugnado. O princípio constitucional do contraditório participativo, porém, deve ser compreendido de modo a afastar a ocorrência de surpresas processuais, que consistem em motivos para decisão que não foram submetidos ao debate no processo.

Com efeito, no núcleo da garantia do contraditório participativo reside o reconhecimento às partes do direito de influir da maneira mais eficaz possível sobre a formação da decisão judicial que repercutirá em suas respectivas esferas jurídicas³⁹. Tal concepção, fortemente calcada na ascensão axiológica do princípio da dignidade da pessoa humana no segundo pós-guerra, revela uma imbricação entre a garantia do contraditório e o princípio democrático, de modo a assegurar que o processo civil, como forma particular de manifestação do poder do Estado, seja conduzindo com a participação dos cidadãos que sofrerão as consequências da decisão judicial, garantindo-lhes voz. Para assegurar a efetividade dessa participação democrática, não basta conceber o contraditório como a imposição de um equilíbrio entre as posições subjetivas das partes no processo; muito ao contrário, é preciso que a garantia do contraditório seja entendida como dirigida também ao juiz, a quem cabe assumir a postura ativa de construção de um diálogo humano com as partes. O juiz que se pauta pela observância do contraditório participativo é, necessariamente, um juiz que quebra o distanciamento e o abismo de comunicação existente entre ele e os litigantes, permitindo que estes saibam a exata medida em que suas alegações e provas repercutem na construção do ato de inteligência e de vontade que, ao final, determinará a sorte do litígio, isto é, a sentença judicial. É através desse diálogo de dupla via – com o perdão da redundância – que se concretiza do modo mais eficaz possível, e não apenas formalmente, o direito de influência em que se desdobra a garantia do contraditório, construindo juntos, julgador e partes, através da interação, a solução da causa⁴⁰.

485, V), tratada pela doutrina como *funcionalmente fática*. A consequência disso é a restrição do julgador ao exame apenas das violações à lei alegadas pelo autor da ação rescisória, como ensina MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Considerações sobre a causa de pedir na ação rescisória*, in *Temas de direito processual – 4ª série*, São Paulo: Editora Saraiva, 1989, p. 210, cenário radicalmente diverso do que se passa no controle abstrato.

³⁹ GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*. In: Estudos de direito processual, Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 241.

⁴⁰ GRECO, Leonardo. *O princípio do contraditório*. In: Estudos de direito processual, Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 544-5.

Essas premissas teóricas conduzem, dentre outras consequências, à vedação aos julgamentos de surpresa. Toda a perspectiva de participação das partes através dos atos postulatorios dirigidos a influenciar o juiz na construção do raciocínio judicial se vê cerceada de forma cabal quando a decisão toma por base fundamento não debatido anteriormente no processo. Ao assim atuar, o juiz prolata as chamadas “decisões de terceira via”, de vez que baseadas em fundamentos não suscitados nem pelo autor e nem réu, que apenas tomam conhecimento da relevância jurídica de tais questões para o desate da controvérsia em que se inserem em momento já tardio, após a publicação da sentença. A concepção participativa do contraditório exige, portanto, a prévia intimação das partes para que se manifestem acerca de fundamento que o julgador considere, de ofício, como pertinente à causa, através do chamado *dever de advertência*⁴¹, permitindo que elas exerçam o direito de influência sobre todos os pontos relevantes para a decisão judicial⁴². É com base nessa visão humanizada da prestação da jurisdição que o Novo Código de Processo Civil prevê, no art. 10, a imposição do dever de advertência como condição de validade dos julgamentos em todo e qualquer grau de jurisdição⁴³.

Para preservar o princípio do contraditório em relação à causa de pedir, então, o Supremo poderia adotar uma de duas soluções. A primeira, de cunho mais restritivo, seria perfilhar de forma rigorosa a teoria da causa de pedir *funcionalmente fática*, tal como aplicável à ação rescisória, de modo a restringir, no controle abstrato, o exame apenas aos argumentos expostos pelo autor da ação. Já a segunda consistiria em manter a teoria da abertura da causa de pedir, mas combinada com a concessão de oportunidade de manifestação às partes sempre que visualizada a perspectiva de um fundamento não abordado influir na solução da causa. Com efeito, poder levar em consideração um fundamento não suscitado, como prega a jurisprudência do Supremo, não deve significar, forçosamente, decidir a seu respeito sem ouvir previamente os partícipes do contraditório. Assim, o relator deveria provocar o autor e a autoridade que editou o ato a se pronunciarem sobre o ponto, se visualizado antes do início do julgamento; se já iniciada a sessão, dever-se-ia suspendê-la para que sobre a matéria se manifestassem as partes, seja oralmente ou por escrito. Só dessa forma é que se

⁴¹ A expressão “dever de advertência” tem origem no direito alemão, por força do qual cabe ao juiz, sob pena de nulidade, intimar as partes para que se manifestem sobre qualquer ponto de fato e de direito até então não debatido e que seja por ele considerado como relevante para o julgamento da causa, conforme lição de MURRAY, Peter L., e STÜRNER, Rolf. *German Civil Justice*, Caroline Academic Press, 2004, p. 166 e segs.

⁴² GRECO, Leonardo. Ob. cit. p. 551.

⁴³ “Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.”

preservaria a inteireza do princípio do contraditório, entendido como a ampla oportunidade de influir eficazmente na formação da decisão⁴⁴.

É interessante também submeter ao crivo do contraditório o art. 12 da Lei nº 9.868/99. Tal dispositivo prevê uma espécie de *abreviação procedimental* no plano do controle abstrato de constitucionalidade. Segundo sua redação, o relator da ação poderá submeter o caso diretamente ao Plenário para solução definitiva nas hipóteses em que, cumulativamente, (i) houver pedido de medida cautelar, (ii) a matéria for relevante e (iii) estiver presente especial significado para a ordem social e a segurança jurídica⁴⁵. Essa abreviação, ultrapassando o exame apenas do pedido liminar, será feita pelo encurtamento dos prazos para prestação de informações – de trinta (art. 6º, parágrafo único) para dez dias – e para manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República – de quinze (art. 8º) para cinco dias.

A agressão à garantia do contraditório que decorre de tal regra é patente, pois de seus pressupostos de aplicação não se extrai qualquer justificativa razoável para o regime instituído. Com efeito, a urgência, que justifica o pedido de medida cautelar⁴⁶, deve, sempre, dar lugar a uma decisão formada sob cognição sumária, que tenha por meta apaziguar o perigo de forma provisória. Após essa proteção interina, deve-se abrir a oportunidade para que o contraditório seja plenamente exercido, pois é assim que se preserva a paridade de armas e o direito de defesa. Somente assim, com o amplo debate inerente à cognição exauriente, é que se legitima a formação da coisa julgada material, como assenta a moderna doutrina à

⁴⁴ Precursora, nessa linha, foi a postura do Min. Luiz Fux na condução da ADC nº 29, tendo por objeto a declaração de constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa. Na mesma decisão que determinou a aplicação do rito do art. 12 ao feito, objeto de análise a seguir no texto, promoveu-se a intimação prévia do autor para que se manifestasse sobre fundamento não abordado na petição inicial, mas tido por relevante para o julgamento do pedido, nos seguintes termos: “(...) De outro lado, a cognição nas ações do controle abstrato de constitucionalidade, conforme reconhece esta Corte, é informada pela “teoria da causa de pedir aberta” (v.g., ADI 28, Rel. Octavio Gallotti, e ADI 3576, Rel. Min. Ellen Gracie), mostrando-se lícito o conhecimento de outros fundamentos constitucionais ainda que não suscitados na petição inicial. *In casu*, ao lado da alegada violação ao princípio da irretroatividade da lei (CF, art. 5º, XXXVI e XL), a proclamação de constitucionalidade em abstrato da Lei da Ficha Limpa dependerá também da interpretação do *princípio constitucional da presunção de inocência* (CF, art. 5º, LVII), notadamente quanto às alíneas 'c', 'd', 'e', 'h', 'j', 'l', 'n' e 'p' do inc. I do art. 1º da LC nº 64/90, na redação que lhes foi conferida pela LC nº 135/10, o que se infere da discussão travada nesta Corte no julgamento da ADPF nº 144/DF. Assim, em obediência à garantia fundamental do contraditório participativo (CF, art. 5º, LV), impõe-se, preliminarmente, determinar a intimação do requerente para que se manifeste a respeito desse fundamento, porquanto mesmo as questões cognoscíveis de ofício devem ser submetidas ao crivo do contraditório, o que deverá ser feito no prazo imprerterível de 5 dias. (...)”.

⁴⁵ Lei nº 9.868/99, “Art. 12. Havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação”.

⁴⁶ Ressalte-se que, por vezes, o STF substitui o requisito da urgência pelo exame de uma mera conveniência na suspensão de eficácia do ato impugnado, conforme afirmado, por exemplo, na ADI 768 MC, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 07/10/1992, DJ 13-11-1992. Em sentido diametralmente oposto, porém, a ausência de *periculum in mora* foi erigido como óbice intransponível à concessão de medida cautelar no julgamento da ADI 1182 MC, Rel. Min. Francisco Rezek, Tribunal Pleno, julgado em 22/03/1995, DJ 04-08-1995.

luz das garantias fundamentais do processo⁴⁷. Portanto, fazer, como faz o dispositivo da Lei nº 9.868/99, do motivo de urgência a causa para um prejuízo *definitivo* ao contraditório, com a fixação de prazos exíguos para manifestação, inclusive menores do que os normalmente deferidos a um particular em conflito ordinário regido pelo CPC – quinze dias, segundo o art. 297 do Código –, é medida evidentemente desproporcional, batizando de imutável decisão não revestida do adequado contraditório que caracteriza a cognição exauriente.

E esse regime é ainda mais danoso quando se tem em vista os demais requisitos para a aplicação da regra, que dizem respeito à presença de relevância na matéria e de especial significado para a ordem social e jurídica. Ora, como bem se sabe, o controle de constitucionalidade das leis é marcado por um certo desconforto democrático, já que através dele as decisões tomadas na esfera política são derrubadas por interpretações extraídas de um texto normativo vazado em termos predominantemente abertos e flexíveis⁴⁸. Neste contexto, o exercício da jurisdição constitucional deveria buscar a legitimação pela participação plural no julgamento, e não apenas pela velocidade. E o pior: justamente naquilo que apresenta mais relevância e significado social, como diz a lei, o Supremo acaba cerceando ou dificultando a participação de outras vozes no julgamento, como que presumindo que a sua própria palavra, sozinha, já seria suficiente para a decisão. O cenário fica ainda mais perigoso quando se tem em mente que, conforme recente pesquisa, 57% das ADIn's em tramitação no STF entre os anos de 1999 e 2013 foram submetidas ao rito do art. 12 da Lei nº 9.868/99, transformando essa abreviação procedimental muito mais em regra do que em exceção⁴⁹.

De outro lado, a profundidade da cognição exercida pelo Supremo Tribunal Federal, nos julgamentos do controle abstrato, também sofreu consequências em razão da teoria do processo objetivo. Como premissa à análise do ponto, é importante que se diga que uma das facetas do princípio do contraditório se resolve no direito de defender-se provando. A proteção, pelo Judiciário, da efetividade das regras de direito material só pode ser cumprida se estiver ao alcance dos sujeitos do processo a possibilidade de demonstrar os pressupostos de fato para a sua incidência. Por isso, deve estar ao alcance do interessado os instrumentos hábeis à reconstrução, no processo, da parcela da realidade da vida narrada nas alegações, pois só assim é

⁴⁷ GRECO, Leonardo. Cognição sumária e coisa julgada, Revista Eletrônica de Direito Processual, v. X, 2012, p. 280-1 (disponível em http://www.redp.com.br/arquivos/redp_10a_edicao.pdf; acesso em 25/09/2014), ressaltando que “a certeza do direito material, que a coisa julgada induz, para que não possam mais as partes discuti-la, pressupõe que a estas não tenham sido impostas restrições à alegação de certas matérias, à produção de certas provas ou ao tempo mínimo necessário para que essas atividades sejam desenvolvidas com proveito, para que a cognição do juiz efetivamente se exerça em profundidade sobre todo o material disponível e acessível”.

⁴⁸ É vasta a literatura sobre a relação entre jurisdição constitucional e democracia. Cf., dentre outros, BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.*, p. 74-85; e BINENBOJM, Gustavo. *Op. Cit.*, p. 47-120.

⁴⁹ Os dados constam de FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar A.; e CHAVES, Vitor P. *III Relatório Supremo em Números: o Supremo e o tempo*, Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2014, p. 55 (disponível em <http://supremoemnumeros.fgv.br/relatorios/relatorio-3-o-supremo-e-o-tempo.html>, acesso em 25/09/2014)

que se asseguram meios de influir de forma efetiva na formação do convencimento do julgador sob a questão litigiosa como um todo.

Apesar dessa forte conexão entre o direito à prova e o princípio do contraditório, o Supremo Tribunal Federal possuía forte jurisprudência pela inviabilidade de dilação probatória em sede de controle abstrato. Tal posição se ligava à consideração de que, no controle, só se discutiria o direito em tese, de forma desprezada de qualquer interesse ou fato concreto. Em suma, na raiz da inadmissibilidade da produção de provas no curso do processo estava, novamente, a ideia de processo objetivo⁵⁰.

A Lei nº 9.868/99, em seu art. 9º, § 1º, veio a pôr fim ao problema, permitindo a designação de peritos e de audiências públicas para o esclarecimento de matéria de fato⁵¹. Ocorre que, se interpretada literalmente, tal disposição pode levar ao descompasso com o princípio do contraditório por outro ângulo. É que, pelo *caput* do art. 9º, a designação de peritos deve ocorrer após a prestação de informações pela autoridade que editou o ato, mais precisamente na oportunidade em que o relator pediria dia para julgamento no Plenário. Assim, a redação fria da lei pode permitir que a perícia seja concluída sem que, após isso, e antes do julgamento, as partes possam se manifestar sobre o laudo dos peritos, o que, evidentemente, desrespeita a regra da audiência bilateral das partes quanto aos elementos sobre os quais incidirá a cognição do julgador. Apesar da redação da lei, portanto, o que há de ser feito é a posterior abertura de oportunidade a todos os sujeitos processuais para que apreciem e submetam à crítica a dilação probatória realizada.

Vale abordar, ainda, o regime da intervenção de terceiros no controle abstrato de constitucionalidade. A natureza objetiva do controle, neste ponto, sempre impediu, mesmo antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, a intervenção de terceiros nas modalidades clássicas previstas no CPC/73, especialmente quanto à assistência simples⁵². A própria ideia de um interesse

⁵⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. *Op. cit.*, p. 1.213-4. Na jurisprudência, exemplifica tal postura o decidido na ADI 794, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 09/12/1992, DJ 21-05-1993: “I. Ação direta de inconstitucionalidade: inidoneidade, se dependente da previa solução de questões controvertidas de fato e de direito local. 1. O controle direto de constitucionalidade das leis pressupõe a exata compreensão do sentido e do alcance das normas questionadas, a qual há de ser possível de obter-se no procedimento sumário e documental da ação direta. 2. Se, ao contrário, a pré-compreensão do significado da lei impugnada pende da solução de intrincada controvérsia acerca da antecedente situação de fato e de direito sobre a qual pretende incidir, não é a ação direta de inconstitucionalidade a via adequada ao deslinde da quizília. II. Ação direta de inconstitucionalidade: inidoneidade para impugnar ato concreto atinente a uma pluralidade determinada de servidores”.

⁵¹ Lei nº 9.868/99, “Art. 9º. Vencidos os prazos do artigo anterior, o relator lançará o relatório, com cópia a todos os Ministros, e pedirá dia para julgamento. § 1º. Em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos, poderá o relator requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou fixar data para, em audiência pública, ouvir depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria”.

⁵² “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - INTERVENÇÃO ASSISTENCIAL - INADMISSIBILIDADE - RISTF (ART. 169, PAR. 2.) - NORMA REGIMENTAL RECEBIDA COM EFICACIA DE LEI PELA CF/88 - FORMAÇÃO DE LITISCONSORCIO PASSIVO REQUERIDA

jurídico subordinado à sorte de uma das partes na demanda, inseparável da assistência simples, já soa desarmoniosa com a feição objetiva do controle, ao menos tal como afirmada pelo Supremo. Essa tendência se cristalizou em definitivo no art. 7º, *caput*, da Lei nº 9.868/99⁵³.

A mesma lei, no entanto, temperou a vedação com a previsão de intervenção do chamado *amicus curiae*, pelo § 2º do mesmo art. 7º⁵⁴. Ainda assim, devem ser realçadas as sensíveis diferenças entre os regimes dessa intervenção especial e a clássica modalidade de assistência simples, prevista no CPC⁵⁵. Em primeiro lugar, os requisitos para o ingresso como *amicus curiae* são previstos de forma vaga e imprecisa, com alusão à representatividade do postulante e à relevância da matéria, ao contrário do que se passa com o art. 50 do CPC⁵⁶. A decisão que inadmite o ingresso de *amicus curiae*, além disso, é irrecorrível, ao passo que o assistente simples tem ao seu alcance todo o instrumental recursal previsto no CPC. Segundo a jurisprudência do STF, ademais, o *amicus curiae* não tem legitimidade para opor embargos de declaração contra a decisão de mérito no controle concentrado⁵⁷, o que em nada se compara com o regime de coadjuvação definido pelos arts. 52 e 53 do CPC, no qual o assistente pode, sim, recorrer, desde que não contrarie a conduta processual do assistido. Por fim, apenas em 2003 o Supremo Tribunal Federal passou a permitir que o *amicus curiae* participasse da sustentação oral nos julgamentos, conforme decidido na ADIn nº 2.777/SP⁵⁸.

POR PARTICULARES - IMPOSSIBILIDADE EM AÇÃO DIRETA - AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. - A norma regimental inscrita no art. 169, PAR. 2., do RISTF, que veda a intervenção assistencial no processo de controle normativo abstrato instaurado perante o Supremo Tribunal Federal, foi recebida com força e eficácia de lei pelo novo ordenamento constitucional. Tratando-se de *lex specialis*, a norma regimental prevalece sobre o disposto no art. 50, parágrafo único, do Código de Processo Civil, que admite a intervenção assistencial em qualquer dos tipos de procedimento e em todos os graus de jurisdição. - A natureza eminentemente objetiva do processo de controle abstrato de constitucionalidade não dá lugar a intervenção de terceiros que pretendam, como assistentes, defender interesses meramente subjetivos. - A formação litisconsorcial passiva, no processo de ação direta de inconstitucionalidade, só se legitima em face dos órgãos estatais de que emanou o próprio ato normativo impugnado. O mero particular não se qualifica como litisconsorte passivo em processo de controle abstrato, em face da necessária estatalidade do ato normativo nele impugnado” (STF, ADI 575 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 09/12/1992, DJ 01-07-1994).

⁵³ Lei nº 9.868/99, “Art. 7º. Não se admitirá intervenção de terceiros no processo de ação direta de inconstitucionalidade”.

⁵⁴ Lei nº 9.868/99, “Art. 7º, § 2º. O relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades”.

⁵⁵ A respeito do tema, cf., de forma ampla, CABRAL, Antônio do Passo. *Pelas asas de Hermes: a intervenção do amicus curiae, um terceiro especial*, Revista de Processo, nº 117, set.-out./2004, p. 17 e segs.

⁵⁶ CPC, “Art. 50. Pendendo uma causa entre duas ou mais pessoas, o terceiro, que tiver interesse jurídico em que a sentença seja favorável a uma delas, poderá intervir no processo para assisti-la. Parágrafo único. A assistência tem lugar em qualquer dos tipos de procedimento e em todos os graus da jurisdição; mas o assistente recebe o processo no estado em que se encontra”.

⁵⁷ STF, ADI 2359 ED-AgR, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 03/08/2009, DJe-162 DIVULG 27-08-2009.

⁵⁸ Conforme notícia BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.*, p. 216.

Por todas essas razões, não basta invocar a admissibilidade de intervenção como *amicus curiae* para compensar a vedação à intervenção de terceiros no controle abstrato de constitucionalidade, já que há sensíveis restrições para a participação eficaz do interveniente no contraditório processual⁵⁹.

Também é por decorrência da inexistência de direitos subjetivos em causa, que consiste no núcleo da concepção do processo objetivo, que a jurisprudência do Supremo Tribunal veda, de longa data, a possibilidade de desistência do pedido formulado nas ações do controle abstrato⁶⁰. A lógica é simples: como não está nas mãos do requerente a efetiva titularidade de um direito em jogo, funcionando antes como um mero gatilho para iniciar a atividade de controle puro de normas, não pode ele, pela sua vontade, obstar que o Supremo promova o saneamento do ordenamento jurídico alegadamente maculado. O raciocínio que embasa essa conclusão foi levado ao ponto de vedar mesmo a desistência de pedido de liminar,

⁵⁹ Críticas igualmente severas devem ser feitas à tendência de vedar que, após ajuizada a demanda pelo autor, um dos demais co-legitimados no controle abstrato nela ingresse através da chamada intervenção litisconsorcial voluntária, tendência essa que se lastreia nos vetos apostos pelo Presidente da República ao § 1º do art. 7º (“§ 1º Os demais titulares referidos no art. 2º poderão manifestar-se, por escrito, sobre o objeto da ação e pedir a juntada de documentos reputados úteis para o exame da matéria, no prazo das informações, bem como apresentar memoriais”) e ao § 1º do art. 18 (“§ 1º Os demais titulares referidos no art. 103 da Constituição Federal poderão manifestar-se, por escrito, sobre o objeto da ação declaratória de constitucionalidade no prazo de trinta dias a contar da publicação do edital a que se refere o artigo anterior, podendo apresentar memoriais ou pedir a juntada de documentos reputados úteis para o exame da matéria”) da Lei nº 9.868/99. Defendendo tal intervenção, mas denominando-a de assistência litisconsorcial, cf. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; e OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Op. cit.*, p. 503-4.

⁶⁰ A desistência veio a ser acolhida inicialmente no Supremo Tribunal Federal, conforme consta de STF, Rp 287, Rel. Min. Nelson Hungria, Tribunal Pleno, julgado em 30/12/1957, DJ 28-07-1958. Posteriormente, prevaleceu a corrente oposta, que hoje é espelhada pelo seguinte precedente: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - DESISTÊNCIA - IMPOSSIBILIDADE - PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE - REGIMENTO INTERNO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ART. 169, § 1º - APLICAÇÃO EXTENSIVA - PRELIMINAR INDEFERIDA. LEI COMPLEMENTAR ESTADUAL - DIRETOR DE ESCOLA PÚBLICA - FORMA ELETIVA DE PROVIMENTO DO CARGO - CARREIRAS TÉCNICO-CIENTÍFICAS - PISO SALARIAL - VINCULAÇÃO AO SALÁRIO MÍNIMO - LIMINAR DEFERIDA. ANEXO - GRADE DE CLASSIFICAÇÃO DE CARGOS DE PROCURADOR DA FAZENDA - CARREIRA INEXISTENTE - AUSÊNCIA DE NORMATIVIDADE - IMPUGNAÇÃO NÃO CONHECIDA. O princípio da indisponibilidade, que rege o processo de controle concentrado de constitucionalidade, impede a desistência da ação direta já ajuizada. O art. 169, § 1º, do RISTF/80, que veda ao Procurador-Geral da República essa desistência, aplica-se, extensivamente, a todas as autoridades e órgãos legitimados pela Constituição de 1988 para a instauração do controle concentrado de constitucionalidade (art. 103). A impugnação isolada de parte do Anexo da Lei Complementar, que se apresenta desprovido de qualquer normatividade, não pode ter sede em ação direta de inconstitucionalidade, cujo objeto deve ser, necessariamente, ato estatal de conteúdo normativo” (STF, ADI 387 MC, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 01/03/1991, DJ 11-10-1991 PP-14247). Sobre o ponto, em doutrina, v. CIANCI, Mirna; e ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Op. cit.*, 2011, p. 99; DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; e OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Op. cit.*, p. 492-3; e BINENBOJM, Gustavo. *Op. cit.*, p. 153, e com a narrativa histórica que consta de STF, Rp 1405, Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 18/05/1988, DJ 01-07-1988.

como decidido na ADIn nº 892⁶¹. Hoje, o art. 5º da Lei nº 9.868/99 dispõe nesse sentido⁶², e a tendência é que esse regime de vedação à desistência se estenda também à arguição de descumprimento de preceito fundamental, apesar de não haver regra expressa na Lei nº 9.882/99⁶³.

Cabe refletir, porém, se esse regime é mesmo o ideal. Uma vez já estabelecido o cenário em que o autor da ADIn passe a pretender que ela naufrague, melhor seria permitir, sim, que ele se desvestisse do papel de porta-voz de um dos polos do processo. Essa alternativa se revela melhor do que forçar o autor original a permanecer, contra a sua vontade, no processo, criando um *simulacro de contraditório*, pois é evidente que o requerente, já com o intuito de desistir do pedido, não defenderá a posição que lhe cabia com o vigor de antes. Assim, o ideal seria a permissão para que o requerente se afastasse da causa, mas combinada com a instituição de mecanismo similar ao previsto no § 3º do art. 5º da Lei da Ação Civil Pública, que trata da possibilidade de assunção do polo ativo pelos demais legitimados à propositura da demanda⁶⁴. Isso poderia ser viabilizado pela publicação de atos convocatórios⁶⁵, e, se não atendidos por nenhum dos co-legitimados, poderia dar ensejo à condução forçada da causa pelo Procurador-Geral da República, a menos que manifestamente infundada. Essa solução parece mais adequada do que o contraditório fantasioso que a pura e simples vedação do art. 5º da Lei nº 9.868/99 pode provocar, sobretudo quando se considera a natureza dúplice das ações do controle abstrato e a coisa julgada *erga omnes* que assim pode se formar⁶⁶.

⁶¹ “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR - DESISTÊNCIA - IMPOSSIBILIDADE - PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE - PEDIDO DE DESISTÊNCIA INDEFERIDO. - O princípio da indisponibilidade, que rege o processo de controle normativo abstrato, impede - por razões exclusivamente fundadas no interesse público - que o autor da ação direta de inconstitucionalidade venha a desistir do pedido de medida cautelar por ele eventualmente formulado. (...)” (STF, ADI 892 MC, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 27/10/1994, DJ 07-11-1997).

⁶² Lei nº 9.868/99, “Art. 5º. Proposta a ação direta, não se admitirá desistência”.

⁶³ Nestes termos, MENDES, Gilmar Ferreira; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. *Op. cit.*, p. 1.274.

⁶⁴ Lei nº 7.347/85, “Art. 5º, § 3º. Em caso de desistência infundada ou abandono da ação por associação legitimada, o Ministério Público ou outro legitimado assumirá a titularidade ativa”.

⁶⁵ Lógica similar guiou a preocupação dos votos dos Mins. Sepúlveda Pertence, Ilmar Galvão e Carlos Velloso no julgamento da ADC 1 QO, Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 27/10/1993, DJ 16-06-1995, referente à validade da introdução da Ação Declaratória de Constitucionalidade pela EC nº 03/93 no ordenamento brasileiro, defendendo a convocação dos demais legitimados à propositura da ADIn para, querendo, apresentar argumentos pela inconstitucionalidade do ato impugnado no julgamento da ADC.

⁶⁶ Os riscos postos em destaque no texto, neste ponto, compartilham da mesma preocupação que marca de maneira geral as ações coletivas, em paralelo que será retomado com mais vagar no item 4 deste trabalho, a exigir, segundo a doutrina, a conhecida representatividade adequada do condutor do processo, como forma de assegurar uma *defesa vigorosa* do direito dos substituídos. Sobre a natureza dúplice e a coisa julgada no controle abstrato, de maneira geral, v. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula

3.3. A incidência supletiva do CPC: a questão do prazo em dobro

O terceiro e último problema a ser destacado, neste trabalho, poderia ser tido, à primeira vista, como mais singelo, quando comparado com os dois anteriores. Na verdade, porém, o que se verá é que a polêmica quanto à incidência do art. 188 do CPC para a interposição do recurso extraordinário nos julgamentos, pelos Tribunais de Justiça locais, de representações de inconstitucionalidade (CF, art. 125, § 2º) traduz uma espécie de *fotografia reduzida* de um problema de muito maior ordem: a forte resistência do Supremo Tribunal Federal em admitir a incidência supletiva de regras do processo civil comum ao controle abstrato⁶⁷.

Com efeito, de longa data a jurisprudência do STF reputa inaplicáveis os benefícios de prazo instituídos pelo Código de Processo Civil, seja no art. 188, seja no art. 191, quando em pauta o controle abstrato de sua *própria* competência originária (CF, art. 102, I, 'a')⁶⁸. Funda-se tal orientação, mais uma vez, na natureza objetiva do processo, impedindo a incidência pura e simples das regras do processo subjetivo nos espaços deixados pela disciplina que é própria àquele. Não tardou, por óbvio, para que a mesma lógica fosse transposta para o recurso extraordinário interposto pela Fazenda contra acórdãos de representação de inconstitucionalidade nos Tribunais locais, admissível quando o parâmetro estadual constitui norma de reprodução obrigatória haurida da Constituição Federal⁶⁹, considerando que também em tais casos o processo é reputado como de índole objetiva⁷⁰, muito embora

Sarno; e OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Op. cit.*, p. 465 e 521 e segs.; SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; e MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*, São Paulo, Ed. RT, 2012, p. 944-949; CIANCI, Mirna; e ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Op. cit.*, 2011, p. 101-2; e LEITE, Fábio Carvalho. *ADIN e ADC, e a ambivalência possível: uma proposta*, Revista de Direito do Estado, nº 10, abr/jun 2008, p. 67-99.

⁶⁷ Nesse sentido, veja-se a afirmação do Min. Celso de Mello em decisão monocrática proferida na ADIn nº 2.995/PE, para quem “não se pode deixar de reconhecer, por isso mesmo, no plano do controle normativo abstrato de constitucionalidade, a *absoluta autonomia* que o processo de fiscalização concentrada ostenta, ordinariamente, em relação aos institutos e normas peculiares de índole meramente subjetiva” (grifos acrescentados).

⁶⁸ Exemplificam tal orientação os seguintes julgados: STF, ADI 1797 AgR, Rel. Min. Ilmar Galvão, Tribunal Pleno, julgado em 22/11/2000, DJ 23-02-2001; e ADI 2130 AgR, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 03/10/2001, DJ 14-12-2001.

⁶⁹ Nesse sentido, STF, AI 694.299-AgR, Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 13-8-2013, Primeira Turma, DJE de 17-2-2014, e, na doutrina, CIANCI, Mirna; e ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Op. cit.*, p. 253; e ANACLETO, Sidraque David Monteiro. *Recurso extraordinário em ADI estadual*, São Paulo: Ed. Saraiva, 2014, p. 144 e segs.

⁷⁰ Emblemática é a ementa do seguinte precedente: “RECURSO. Embargos de declaração. Caráter infringente. Embargos recebidos como agravo. Controle abstrato de constitucionalidade de lei local em face de Constituição estadual. Processo de cunho objetivo. Prazo recursal em dobro. Inaplicabilidade. Recurso extraordinário não conhecido. Agravo regimental improvido. Precedentes. São singulares os

algumas vezes minoritárias tenham se levantado contra tal inclinação⁷¹.

Também aqui, como nos tópicos anteriores, o que se vê é um resultado absolutamente insustentável provocado pela teoria do processo objetivo. Não há, na Lei nº 9.868/99, qualquer disposição que afaste de modo expresso a incidência do art. 188 do CPC, relativo ao prazo em dobro para a Fazenda Pública recorrer. Em outras palavras, em meio a diversas incorporações da “teoria do processo objetivo” feitas pela referida lei, silenciou o legislador no que toca a esse ponto, simplesmente omitindo-se quanto à incidência dos benefícios de prazos processuais. Diante de tal lacuna, nada deveria impedir, como já feito assistematicamente em outras hipóteses pontuais⁷², a incidência das disposições do CPC, que constitui, como bem se sabe, o diploma geral a reger o processo civil no Brasil⁷³.

Ademais, a *ratio* do art. 188 do CPC consiste na deficiência organizacional da advocacia pública, que tem de conviver não com a agilidade e a flexibilidade das estruturas do direito privado, mas sim com a dificuldade de obtenção de informações

prazos recursais das ações de controle abstrato de constitucionalidade, em razão de seu reconhecido caráter objetivo” (STF, RE 579760 ED, Rel. Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, julgado em 27/10/2009, DJe-218 DIVULG 19-11-2009 PUBLIC 20-11-2009). Na mesma linha, STF, AI 633998 AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 25/08/2009, DJe-200 DIVULG 22-10-2009 PUBLIC 23-10-2009; AI 788453, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 09/03/2010, publicado em DJe-049 DIVULG 17/03/2010 PUBLIC 18/03/2010; AI 715020, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado em 07/04/2011, publicado em DJe-072 DIVULG 14/04/2011 PUBLIC 15/04/2011; RE 473809, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 16/02/2011, publicado em DJe-043 DIVULG 03/03/2011 PUBLIC 04/03/2011; e AI 827810, Rel. Cármen Lúcia, julgado em 01/02/2011, publicado em DJe-030 DIVULG 14/02/2011 PUBLIC 15/02/2011.

⁷¹ STF, AI nº 505.378, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 01/09/2005, publicado em DJ 23/09/2005 PP-00068, ao fundamento de que o controle de constitucionalidade exercido pelo STF no julgamento do recurso extraordinário seria de natureza difusa e concreta, e por isso mesmo “submetido à regulação especial prevista na Lei 8.038/90 e, subsidiariamente, ao Código de Processo Civil”. Apesar de adequada no resultado, a tese peca em seu fundamento, considerando que o efeito substitutivo inerente aos recursos, na hipótese de *error in iudicando*, confere à decisão do Tribunal *ad quem* a mesma natureza da decisão recorrida, razão pela qual tal controle é, sim, abstrato, e não concreto, na hipótese de representação de inconstitucionalidade.

⁷² STF, ADPF 187, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 15/06/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-102 DIVULG 28-05-2014 PUBLIC 29-05-2014, oportunidade em que se decidiu pela impossibilidade de o *amicus curiae* aditar o pedido formulado na inicial por aplicação do art. 50, parágrafo único, parte final, do CPC, segundo o qual o assistente simples recebe o processo no estado em que se encontra. De outro lado, entende o STF pela possibilidade de aditamento ao pedido pelo autor da ADIn somente até o momento processual em que ocorra a requisição de informações à autoridade que editou o ato impugnado, por aplicação do art. 294 do CPC, conforme decidido na ADI 437 QO, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 01/03/1991, DJ 19-02-1993.

⁷³ Em lição lapidar, Barbosa Moreira assevera que “a aplicação supletiva das normas do Código nos procedimentos regulados por leis extravagantes não depende de regra expressa que a preceitue. O direito processual civil codificado é o direito comum, a que obedece todo e qualquer procedimento, salvo naquilo que o texto específico diversamente porventura discipline, ou que com o seu sistema seja incompatível. É para afastar a incidência das disposições contidas no Código que, em princípio, se há de reclamar a existência de regra na lei extravagante”; e, mais à frente, analisando especificamente a aplicação do benefício pertinente ao prazo recursal, afirma o autor não poder haver “dúvida alguma sobre a incidência da regra no que tange a quaisquer recursos contemplados no Código de Processo Civil, ordinários ou extraordinários que sejam. Ela também se aplicará, salvo disposição expressa em contrário, a todos os recursos interponíveis em procedimentos especiais regulados por leis extravagantes” (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O benefício da dilatação de prazo para a fazenda pública*, In: Temas de direito processual, São Paulo: Ed. Saraiva, 1977, p. 48 e 53).

internas e externas que são inerentes à burocracia estatal⁷⁴. Tais fatores impedem, ainda hoje, que os membros das procuradorias judiciais dos entes públicos façam frente ao volume de casos em que devam atuar, do que poderia decorrer, se não previsto o benefício processual em lei, sensível prejuízo ao interesse público, notadamente em questões de alta complexidade. Ora, não há caso mais expressivo da presença de interesse público do que o ataque a atos normativos alegadamente inconstitucionais, editados por representantes do povo com a vocação para disciplinar todas as múltiplas e imprevisíveis circunstâncias que se enquadrem em sua *fattispecie*, de modo que também aí deve incidir, e com muito mais razão, o benefício do prazo em dobro⁷⁵.

Esta é a orientação consolidada até o momento, mas com alguns sinais de luz ao final do túnel⁷⁶.

4. O processo objetivo no divã: aportes da jurisdição como imparcialidade

Deste breve apanhado se percebe que as consequências que decorrem, hoje, da *teoria do processo objetivo* são extremamente negativas, transformando o controle abstrato em algo refratário aos cânones do devido processo legal. Isto já seria, por si só, motivo o bastante para abandoná-la, porquanto nem mesmo a mais refinada das construções teóricas deve encontrar assento se produz, como

⁷⁴ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Benefício de prazo*, Revista Brasileira de Direito Processual, v. 19, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1979, p. 16, assinalando que o prazo em dobro para recorrer em prol da Fazenda é medida que se justifica “em virtude da complexidade dos serviços estatais e da necessidade de formalidades burocráticas”.

⁷⁵ Cabe, no ponto, traçar uma ressalva. É que nos procedimentos especiais em que a Fazenda Pública figura necessariamente como sujeito processual, não se aplica, de regra, o benefício do art. 188 para os prazos fixados expressamente na legislação extravagante. O exemplo mais emblemático, neste tema, consiste no mandado de segurança, cujo prazo de informações, fixado expressamente no art. 7º, I, parte final, da Lei nº 12.016/09, não se sujeita à quadruplicação pelo art. 188 do CPC: se o benefício do prazo tem em mira as razões peculiares da Fazenda Pública, é natural que não possa ser aplicado a um prazo legal cuja estipulação, pelo legislador, *já teve em vista um ato que apenas pode ser praticado por uma autoridade pública*. Não é disso, contudo, que se trata na hipótese. É que, apesar de inserido no seio de um controle abstrato de normas, o prazo processual em jogo diz respeito à interposição de recurso extraordinário contra o acórdão do Tribunal de Justiça estadual. Tal prazo, como se sabe, é disciplinado por disposição da lei processual geral – art. 508 do Código de Processo Civil –, que rege a interposição para todo e qualquer recurso extraordinário, fixando-o em 15 (quinze) dias. Assim, considerando que tal regra não atenta para a posição peculiar da Fazenda Pública, deve-se ter por aplicável o benefício do prazo em dobro para recorrer, à luz do art. 188 do CPC.

⁷⁶ Em primeiro lugar, recente precedente da lavra do Min. Dias Toffoli foi proferido, na 1ª Turma do STF, assentando a total aplicabilidade do prazo em dobro na hipótese aqui versada, considerando incidente subsidiariamente o CPC na disciplina do processo objetivo (STF, ARE 661288, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 06/05/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJE-185 DIVULG 23-09-2014 PUBLIC 24-09-2014). E, de forma ainda mais profunda, houve afetação do tema para rediscussão em plenário, ocorrida nos autos de Agravo de Instrumento da relatoria da Min. Carmen Lúcia (AI nº 827.810 AgR/MG), que inicialmente votara pela manutenção da jurisprudência, mas, após voto-vista proferido pelo Min. Luiz Fux em sentido oposto, deliberou a 1ª Turma pela submissão da matéria a debate no colegiado maior. Embora a afetação tenha sido deliberada em 28.6.2011, o julgamento em Plenário não ocorreu até o momento.

consectário, um descompromisso com as garantias fundamentais do processo acolhidas pela Constituição.

Sem embargo, cabe ainda investigar se, ao menos no rigor da lógica, a própria ideia de processo objetivo pode, verdadeiramente, servir de nota definidora do controle abstrato de constitucionalidade, como um elemento diferenciador a justificar um regime jurídico ímpar frente as demais manifestações da atividade jurisdicional. O que se verá, no entanto, é que tampouco nesse plano a postura do STF merece aplausos, já que nada há que separe o controle abstrato do núcleo conceitual da jurisdição e, por consequência, do necessário respeito às garantias fundamentais do processo.

Por processo objetivo se designa a ideia de um processo “sem partes, que não se presta à tutela de direitos subjetivos”⁷⁷, onde “não há o exercício de função judicial – prestação de jurisdição”⁷⁸, considerando que a provocação ali formulada para a preservação da Constituição “não é uma ação, no sentido clássico, genuíno do Direito Processual”⁷⁹. Essa qualificação é afirmada colocando ênfase em algumas características do controle abstrato, que giram em torno dos seguintes eixos: (i) a inexistência de lide, *i.e.*, sem um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida⁸⁰; (ii) a ausência de análise de situações subjetivas individuais e concretas⁸¹; e (iii) a finalidade de defesa da ordem jurídica, em um puro exame de validade de normas⁸².

Pois bem. A doutrina do processo já percorreu um longo caminho, até os dias atuais, para identificar qual seria a essência definidora da atividade jurisdicional⁸³. No limiar do chamado cientificismo processual, foi conferido destaque à meta principal de *atuação da vontade concreta da lei*, na garantia da autoridade das regras de conduta adotadas pelo Estado-Legislador. Com razão, porém, redarguiu-se que, se essa finalidade objetiva de tutela da norma fosse a força que alimenta o espírito da jurisdição, inexistiria motivo para impedir o juiz de agir de ofício, convidando-o a

⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Op. cit.*, p. 180; e BINENBOJM, Gustavo. *Op. cit.*, p. 220.

⁷⁸ STF, Rp 1405, Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 18/05/1988, DJ 01-07-1988; e, na mesma linha, o voto do Min. Moreira Alves no STF, AR 878, Rel. Min. Soares Muñoz, Tribunal Pleno, julgado em 19/03/1980, DJ 06-06-1980.

⁷⁹ Como consta do voto do Min. Aliomar Baleeiro proferido em STF, Rp 700 AgR, Rel. Min. Victor Nunes, Rel. p/ Acórdão: Min. Amaral Santos, Tribunal Pleno, julgado em 08/11/1967, DJ 28-06-1968.

⁸⁰ CIANCI, Mirna; e ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito processual do controle da constitucionalidade*, São Paulo: Ed. Saraiva, 2011, p. 104; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Ações constitucionais*, São Paulo: Ed. Método, 2013, p. 02; e DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; e OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Op. cit.*, p. 463.

⁸¹ STF, ADI 1434 MC, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 29/08/1996, DJ 22-11-1996. Também assim aponta SLAIBI FILHO, Nagib. *Ação declaratória de constitucionalidade*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2000, p. 106.

⁸² STF, Rp 1016, Rel. Min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 20/09/1979, DJ 26-10-1979. Na doutrina, ZAVASCKI, Teori Albino. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*, São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014, p. 54; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Op. cit.*, p. 01; e MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*, São Paulo: Ed. Saraiva, 1990, p. 249-250.

⁸³ A exposição a seguir tem por base a preciosa lição de GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil – Introdução ao direito processual civil*, vol. I, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 65-74.

uma permanente vigilância da sociedade para identificar e reprimir as violações ao ordenamento⁸⁴. O princípio da inércia, porém, como uma conquista civilizatória intimamente vinculada à preservação da imparcialidade, impede que a este extremo se chegue, denotando que a necessidade de provocação pelo interessado, para só então impulsionar a atuação do juiz, desloca o foco principal da jurisdição para a tutela de *interesses particulares*, figurando a atuação da lei apenas como um meio *contingente* para este fim.

E é contingente, veja-se bem, porque nem mesmo é possível afirmar que sempre que há jurisdição há atuação da lei. Certo, cabe ao juiz, para proferir uma solução justa ao pedido do autor, de regra pautar-se pelas prescrições do ordenamento⁸⁵. Casos há, porém, em que essa linha é afastada por um parâmetro muito mais amplo de equidade, conferindo a lei a atribuição ao juiz de decidir para além de um critério de legalidade estrita, como se passa com a chamada Jurisdição Voluntária⁸⁶ – fração integrante do todo que compõe a atividade jurisdicional, como logo se verá. E, de parte isto, a menção à Jurisdição Voluntária é ainda relevante para afastar outro critério tido como definidor da jurisdição: a *solução de conflitos de interesses*⁸⁷.

De fato, em determinadas situações, a lei fixa que interesses relevantes sejam protegidos pelo exame do juiz ainda que não haja um conflito instaurado. Por exemplo, a nomeação de tutor para um órfão é atividade do juiz, ou, ainda, a interdição de um incapaz, mesmo que queridas por todos. O juiz, nesses casos, funciona como uma garantia de que tais relações jurídicas sejam criadas,

⁸⁴ Revelando o extremo a que pode chegar a teoria do processo objetivo, há quem defenda até mesmo a possibilidade de o Supremo iniciar de ofício o processo de controle abstrato de normas, ainda que sem provocação de qualquer legitimado, como uma verdadeira “Corte Constitucional ativa” a patrulhar a higidez do ordenamento jurídico. É o que sustentam CIANCI, Mirna; e ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Op. cit.*, p. 149-150, baseando a posição “em razão do interesse público sempre presente no controle abstrato de concentrado da constitucionalidade e também por se tratar de controle que é exercido em processo do *tipo objetivo*”, e frisando que “como não se trata de direito subjetivo, não há risco ao *princípio da imparcialidade*, até porque há, nos casos de tutela de direito objetivo, incidência preponderante do *princípio inquisitório*”.

⁸⁵ A justiça de uma decisão judicial, como proclama a moderna teoria do processo, se resolve na correta interpretação e aplicação da lei aos fatos apurados através de provas que revelem de modo tão fiel quanto possível a realidade ocorrida no mundo da vida, sem apelo, portanto, a discussões metafísicas, conforme lição de TARUFFO, Michele. *Leyendo a Ferrajoli: consideraciones sobre la jurisdicción*, In: Páginas sobre justicia civil, Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 21-29.

⁸⁶ CPC, Art. 1.109. “O juiz decidirá o pedido no prazo de 10 (dez) dias; não é, porém, obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna”.

⁸⁷ Conforme lição corrente, e em apertada síntese, os homens vivem em sociedade fazendo uso de bens, que genericamente podem ser identificados como quaisquer elementos que lhes satisfaçam as necessidades. Dada a escassez dos bens, é possível que essa relação entre o bem e a necessidade do homem – que é o interesse – tenha lugar entre dois indivíduos, sem que ambos possam gozar de forma igualmente proveitosa. Quando, então, um quer submeter o interesse alheio ao próprio, surge a pretensão, que é a exigência, formulada por alguém, de subordinar o interesse alheio ao próprio. Quando essa pretensão encontra resistência da outra parte, não sendo satisfeita espontaneamente, surge a *lide*, que é justamente o conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida. Sobre o tema, v. CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*, Vol. I, Buenos Aires: Librería El Foro, 1997, p. 26 e segs.

modificadas ou extinguidas de acordo com o direito, cuidando para que os interesses relevantes não sejam desconsiderados. Não se coloca fim, nessas hipóteses, a conflito de interesses, mas tutelam-se os interesses particulares em uma função assistencial, de proteção, como que prevenindo o litígio. Isso é a chamada Jurisdição Voluntária, quando o concurso da vontade ou do conhecimento do juiz é eleito pela lei como um requisito para a constituição, modificação ou extinção de relações jurídicas especialmente sensíveis⁸⁸. E nesses casos, como se vê, não há conflito de interesses já instaurado, considerando que inexistente lide, mas apenas tutela de interesses particulares por um agente dotado de independência e imparcialidade – e, justamente por isso, ainda assim há jurisdição⁸⁹.

De forma próxima, autorizadas vozes também afirmaram que a jurisdição, diante das demais funções do estado, seria uma *atividade* necessariamente *substitutiva*, no sentido de vir no lugar, como sucedâneo, a um comportamento não adotado pelas partes quando podiam e deveriam tê-lo feito. Ocorre que essa conceituação ignora as chamadas ações constitutivas necessárias, que parcela da doutrina inclusive insere no catálogo da jurisdição voluntária⁹⁰. O exemplo mais notável é o de vício de anulabilidade de um casamento: não é possível que duas pessoas, por acordo, definam que um casamento foi celebrado por coação, pois a relevância de tal relação jurídica na vida em sociedade exige, para que seja desfeita por tal razão, o exame do juiz, como agente dotado de independência e imparcialidade. Não é sequer viável, nesses casos, o concurso de vontades fora da esfera judicial para atingir o mesmo fim, já que o processo é indispensável, inafastável, imprescindível. Não há como ver aí, portanto, aquele traço de substitutividade referido antes, e, mesmo assim, é de jurisdição que se trata.

Há ainda quem afirme que a marca da jurisdição seria a aptidão para produzir a *coisa julgada material*, tornando imutável o conteúdo da decisão definitiva. Mas tal característica está longe de lhe ser universal. É que não há, como regra, coisa julgada nem no processo de execução⁹¹, nem no processo cautelar (CPC, arts. 807 e 810). Em nenhum deles o juiz se debruça com a profundidade sobre os fatos narrados que seria necessária para produzir a coisa julgada material, intimamente vinculada à cognição exauriente. O juiz apenas toca superficialmente nesses fatos, seja como premissa para conduzir a execução, seja para conceder a tutela provisória diante do perigo, sem o mesmo perfil que se passa no processo de conhecimento.

⁸⁸ Assim, GRECO, Leonardo. *Jurisdição voluntária moderna*, São Paulo: Ed. Dialética, 2003, p. 11, definindo-a como a atividade em que “o órgão que a exerce tutela assistencialmente interesses particulares, concorrendo com o seu conhecimento ou com a sua vontade para o nascimento, a validade ou a eficácia de um ato da vida privada, para a formação, o desenvolvimento, a documentação ou a extinção de uma relação jurídica ou para a eficácia de uma situação fática ou jurídica”.

⁸⁹ É o que demonstra GRECO, Leonardo. *Op. cit.*, p. 18: “Ocorre que a função jurisdicional não se resume a solucionar litígios reais ou potenciais. Também tutelar interesses dos particulares, ainda que não haja litígio, é função tipicamente jurisdicional, desde que exercida por órgãos e funcionários revestidos das garantias necessárias a exercer essa tutela com absolutas independência e imparcialidade, exclusivamente no interesse dos seus destinatários”.

⁹⁰ GRECO, Leonardo. *Op. cit.*, p. 25-26, onde a controvérsia é exposta.

⁹¹ ASSIS, Araken de. *Manual da execução*, São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 2013, p. 486-487, considerando a falta de suficiente conteúdo declaratório na sentença que extingue a execução por satisfação da obrigação.

Então, se execução e cautelar são espécies de jurisdição, como hoje não mais se questiona, e, apesar disso, não são aptas a produzir a imutabilidade da sentença, também a coisa julgada material cai por terra como elemento comum à jurisdição.

Se nenhum desses critérios pode ser aceito como denominador comum, o que nos resta de um núcleo essencial da jurisdição? Em outras palavras, qual é – e se é que há – aquele traço, aquele *quid* que, uma vez presente, faz com que seja possível dizer com segurança que se está diante do exercício da atividade jurisdicional? Como um conceito em permanente evolução, aponta a doutrina que este norte hoje se situa na ideia de *jurisdição como imparcialidade*, revelando que o núcleo da jurisdição se situa na tutela de interesses particulares por um agente dotado de independência e imparcialidade⁹². Ainda que se considerem todas as vicissitudes a que é capaz de se submeter o processo, a base permanente em que ele se sustenta é o valor da imparcialidade, que, na linha do que se expôs mais acima no item 3.1, se desdobra nas garantias da independência e da imparcialidade em sentido estrito.

Mas essa imparcialidade de que se reveste o agente também é combinada com uma perspectiva funcional: a jurisdição é uma atividade destinada a tutelar interesses *particulares*, no sentido de que ela não se movimenta no interesse do próprio Estado, mas sim no interesse do destinatário, daquele que provoca o juiz – ou o árbitro – a atuar. E particular, nesta acepção específica, tanto pode significar privado ou público, a depender da natureza das partes e do objeto do processo; particular, assim, está a designar um interesse particularizado ou subjetivado⁹³, na ideia de uma posição de vantagem reduzida a um dos polos da relação jurídica processual e que é defendida por um dos sujeitos do contraditório, ainda que não haja verdadeiramente interesse de um indivíduo em jogo⁹⁴.

Basta que se tenha em mente a concepção de *jurisdição como imparcialidade*, portanto, para que se veja que nenhuma das tentativas de afastar o controle abstrato de normas do perfil da jurisdição realmente procede⁹⁵. Na

⁹² GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil – Introdução ao direito processual civil*, vol. I, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 73.

⁹³ Notas de aula do Professor Leonardo Greco na disciplina Teoria do Processo, ministrada no primeiro semestre de 2010 no Mestrado em Direito Processual no Programa de Pós-Graduação em Direito da UERJ. Cf., também, GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil – Introdução ao direito processual civil*, vol. I, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 73.

⁹⁴ Por conta disso, há aqui em grande parte uma aproximação com o conceito de ato postulatório, entendido como o pleito de um provimento, autorizando afirmar que a jurisdição se caracteriza pelo exame de um ato postulatório por um agente dotado de independência e imparcialidade, no interesse dos postulantes – categoria em que, por óbvio, se enquadram tanto o autor quanto o réu. Para o exame exaustivo do conceito de ato postulatório, cf. OLIVEIRA, Bruno Silveira de. *O juízo de identificação de demandas e de recursos no processo civil*, São Paulo: Ed Saraiva, 2011, p. 37 e segs., que reflete tese de doutorado defendida pelo autor na USP em 2009 sob a orientação do Prof. José Roberto dos Santos Bedaque.

⁹⁵ Também afirmando a natureza jurisdicional do controle abstrato, TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 19, frisando que “o Tribunal atua, também no controle direto e abstrato, como um terceiro imparcial, inserido em estrutura independente e alheia a grupos de interesse e sob o crivo do contraditório – feições típicas de órgão jurisdicional”; e KELSEN, Hans. *A garantia jurisdicional da Constituição*, In: *Jurisdição constitucional*, São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2013, p. 153, afirmando que a atividade de anulação de uma lei, pelo Tribunal Constitucional no desempenho da jurisdição constitucional, é

realidade, a própria ideia do controle judicial de constitucionalidade das leis, como um *voto de confiança* das sociedades contemporâneas no Poder Judiciário para a missão de guarda da Constituição, teve como *ratio essendi* a mirada nos predicados da independência e imparcialidade dos juízes: frente ao controle político pelo Legislativo ou pelo Executivo, a virtude do controle judicial está no distanciamento das tensões e das paixões que dominam a vida pública, com a serenidade que idealmente decorre da dinâmica de um processo judicial e do próprio perfil profissional dos juízes⁹⁶, subtraindo a preservação de valores superiores do alcance do tirocínio nem sempre prudente das maiorias políticas ocasionais. Por isso, o Supremo simplesmente quebra com a própria lógica do controle judicial de constitucionalidade quando impede a incidência da garantia da imparcialidade no controle abstrato, como largamente visto acima, ou quando afasta a incidência das demais garantias fundamentais do processo, considerando que, em um Estado Democrático de Direito, não há jurisdição sem respeito às garantias, tal como não há legislação ou administração sem observância dos direitos fundamentais⁹⁷.

Para comprová-lo, retomam-se, agora, as três *supostas* notas distintivas do processo objetivo frente ao processo subjetivo tradicional. Diz-se, em primeiro lugar, que o controle abstrato seria desprovido de lide, de uma pretensão à qual se contrapõe a resistência do polo passivo, já que todos agiriam no interesse comum de defesa da Constituição. A assertiva caminha na contramão, de início, do forte embate que marca a realidade do contraditório no controle abstrato: tomando-se como exemplo o procedimento da ADIn, militam muitas vezes com fervor no polo passivo não só as autoridades que editaram o ato impugnado em defesa da validade deste, mas também o Advogado-Geral da União, especificamente conclamado a agir para este fim, no processo, pela própria Constituição (CF, art. 103, § 3º)⁹⁸. Contudo,

“efetivamente jurisdicional”. Conferir, ainda, o rico debate entre Kelsen e Carl Schmitt quanto a quem deveria ser o guardião da Constituição, oportunidade em que Kelsen refuta, um a um, todos os argumentos daquele voltados a descaracterizar o controle abstrato como atividade jurisdicional, conforme consta de KELSEN, Hans. *Quem deve ser o guardião da Constituição?*, In: Jurisdição constitucional, São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2013, p. 250 e segs.

⁹⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1999, p. 130; e KELSEN, Hans. *A garantia jurisdicional da Constituição*, In: Jurisdição constitucional, São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2013, p. 148, e, do mesmo autor, *Quem deve ser o guardião da Constituição?*, In: Jurisdição constitucional, São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2013, pp. 240, 248, 253, 275, 276 e 284, sempre frisando a imparcialidade dos juízes como o atributo ou vantagem a justificar a jurisdição constitucional.

⁹⁷ Também no sentido do texto, cf. TALAMINI, Eduardo. *Op. cit.*, p. 20, ao afirmar que “a decorrência maior do reconhecimento da natureza propriamente jurisdicional da jurisdição constitucional consiste na incidência plena das garantias fundamentais do processo no exercício dessa atividade”. Sobre o tema das garantias fundamentais do processo, cf. GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*, Estudos de Direito Processual, Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 225-286; e, focando mais especificamente no problema do déficit garantístico do procedimento de julgamento colegiado nos Tribunais, SOKAL, Guilherme Jales. *O julgamento colegiado nos tribunais: procedimento recursal, colegialidade e garantias fundamentais do processo*, Rio de Janeiro: Forense/São Paulo: Método, 2012, p. 51 e segs.

⁹⁸ Apontando o “caráter contencioso que geralmente adotam” as ações do controle abstrato de constitucionalidade, cf. GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil – Introdução ao direito processual civil*, vol. I, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 75. A mesma lógica já constava de KELSEN, Hans. *Quem deve ser o guardião da Constituição?*, In: Jurisdição constitucional, São Paulo:

ainda que tomada por hipótese como correta, já se viu mais acima que, seja nas ações constitutivas necessárias⁹⁹, seja na Jurisdição Voluntária¹⁰⁰, há desempenho de atividade jurisdicional mesmo nos processos subjetivos tipicamente sem lide, sem que tal rótulo sirva mais, atualmente, de uma espécie de salvo-conduto para o descaso com as garantias fundamentais do processo.

Neste ponto, faz eco também o argumento de que o processo objetivo seria desprovido de partes, no sentido rigoroso do termo, figurando apenas requerente e requerido. A um primeiro lançar de olhos, a ideia de um processo sem partes pode reavivar na memória a concepção de jurisdição que marcou um triste momento da História, quando o autoritarismo difundiu a compreensão de que estaria ao alcance do juiz a solução da causa mesmo que sem qualquer colaboração das partes¹⁰¹. Por certo, não é por tal senda que pretende caminhar a Suprema Corte. Aqui, tal como se passa com a Jurisdição Voluntária, o que inspira a nomenclatura, embora com certo equívoco técnico¹⁰², é um certo receio de fazer uso dos mesmos termos que designam os polos da relação processual clássica: considerando a ausência de lide, tomou o Código de 1973 o cuidado de delimitar a utilização do termo *partes* apenas para a jurisdição contenciosa, reservando para a jurisdição dita graciosa a palavra *interessados* (CPC, arts. 2º, 24, 213, 1.104 e 1.105, dentre outros). Já se viu, porém, que tal distinção progressivamente perde peso na doutrina, sobretudo no que toca à incidência das garantias fundamentais do processo¹⁰³. De todo modo, hoje predomina na doutrina a ideia de um conceito processualmente puro de partes: é parte *na demanda* aquele que pede a tutela

Ed. Martins Fontes, 2013, p. 266, frisando que o pluralismo que caracteriza o Estado Democrático de Direito não se coaduna com a *ficção de unidade* das forças sociais nem mesmo para a definição do sentido da Constituição, passível de defesa em múltiplas vertentes, em um confronto de ideias que melhor se ajusta ao perfil de um processo litigioso, que “serve pelo menos para expor claramente a real conjuntura de interesses”.

⁹⁹ Atribuindo à ADIn a natureza de ação constitutiva necessária, v. DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; e OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Op. cit.*, p. 472, muito embora tal posição seja minoritária em face da questionável tendência de reconhecer a todas as ações do controle abstrato a natureza declaratória, lastreada na denominada *doutrina da nulidade da lei inconstitucional*. Em linha similar, mas aludindo ao controle abstrato como composto de “ações declaratórias necessárias”, cf. NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Op. cit.*, p. 01.

¹⁰⁰ Enxergando na ação declaratória de constitucionalidade um exercício da Jurisdição Voluntária, cf. SLAIBI FILHO, Nagib. *Ação declaratória de constitucionalidade*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2000, p. 111-114.

¹⁰¹ Como aponta GRECO, Leonardo. *O princípio do contraditório*, In: *Estudos de direito processual*, Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 543, no Estado nazista era viva a crença de que, como agentes atuantes da vontade do *Führer*, estava ao alcance dos juizes a solução invariavelmente correta para os conflitos, daí decorrendo a desnecessidade de observância da garantia fundamental do contraditório participativo no processo judicial, o que denota que a inspiração democrática do contraditório cedeu lugar, à época, ao autoritarismo no processo.

¹⁰² É clássica a distinção teórica entre pedidos, que se voltam à tutela jurisdicional, e requerimentos, destinados a provocar medidas no curso do processo. Assim, ressaltando ser “atécnico o emprego dos vocábulos *requerente* e *requerido*” para designar as partes de um processo judicial, cf. DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*, vol. II, São Paulo: Ed. Malheiros, 2005, p. 114. Ainda sobre a distinção entre requerimento e pedido, v. OLIVEIRA, Bruno Silveira de. *O juízo de identificação de demandas e de recursos no processo civil*, São Paulo: Ed Saraiva, 2011, p. 42 e segs.

¹⁰³ Defendendo a eliminação desta “sutileza terminológica”, de modo que “também as demandas destinadas a instaurar processos de jurisdição voluntária indicarão necessariamente *as partes*”, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 117-118.

jurisdicional e aquele em face de quem a tutela é pedida, ao passo que, de forma mais ampla, é atribuída a condição de parte *no processo* a todos aqueles que de qualquer modo participam do contraditório¹⁰⁴. No controle abstrato, por certo há alguém que pede a providência jurisdicional, provocando o Supremo a apreciar a validade do ato normativo – i.e., o autor –, e alguém em face de quem tal providência é pedida – as autoridades que editaram o ato impugnado –, sendo que tanto um como outro participam ativamente do contraditório que se desenvolve no procedimento. Nada, portanto, afasta tais sujeitos da relação processual do conceito de partes no processo e na demanda, que assim muito bem poderiam ser denominados de partes, pura e simplesmente.

Algo de muito similar se passa com outra nota tida como marcante no controle abstrato: a ausência de análise de situações individuais e concretas. Quer isto dizer que o Supremo, quando julga uma ADIn, não aprecia a posição subjetiva específica do postulante ou de quem quer que seja, com as repercussões que a tutela pretendida seria capaz de causar em sua esfera jurídica pessoal¹⁰⁵. Essa limitação, porém, está longe de ser exclusiva ao controle abstrato.

Sabe-se que, no sistema do processo coletivo em vigor no Brasil, há direitos *essencialmente* coletivos – difusos e coletivos (CDC, art. 81, parágrafo único, I e II) – e direitos *acidentalmente* coletivos – direitos individuais homogêneos (CDC, art. 81, parágrafo único, III). Para este último caso, em que ocorre tutela coletivizada de direitos individuais, engendrou o Código de Defesa do Consumidor um sofisticado regime, autorizando que os legitimados a ajuizar a ação coletiva de direitos individuais homogêneos venham a pleitear uma condenação apenas *genérica*, como previsto no art. 95 do CDC. Essa condenação genérica se caracteriza justamente por não ser singularizada, por não formular uma regra individualizada a regular um conflito de interesses entre Caio e Tício. Reconhece ela, antes, apenas a responsabilidade geral do réu sucumbente, em um conteúdo que se limita mais à declaração do que propriamente à condenação¹⁰⁶, e que só pode ser fruída para o proveito individual de cada interessado mediante a prova de que se amolde à condição de vítima – e, claro, em qual extensão – daquele mesmo fato jurígeno, mediante a chamada liquidação individual. Assim, quando em pauta o julgamento de uma ação coletiva com tal perfil, o processo também segue um certo *desprezo às situações individuais*¹⁰⁷, tanto assim

¹⁰⁴ É referência, no ponto, a lição de DINAMARCO, Cândido Rangel. *Litiscônsorcio*, São Paulo: Ed. Malheiros, 2009, p. 22 e segs.

¹⁰⁵ Narrando, em tom crítico, que tentativas aparentemente nesse sentido foram obstadas pelo STF em decisões monocráticas nas ADIn's nº 3.867/RJ e 2.422/DF, cf. DUTRA, Carlos Roberto de Alckmin. *Op. cit.*, p. 191 e segs., mas com razão ao apontar que eventual deslize na petição inicial não deveria impedir o aproveitamento da parte útil da demanda para provocar o controle.

¹⁰⁶ ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*, Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2000, p. 125 e segs., mas especialmente à p. 132.

¹⁰⁷ Nesse sentido, após aludir à “função abstrata” da condenação genérica (p. 119), é a lição de ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Op. cit.*, p. 120, que assim discorre com a maestria habitual: “A ação referente a interesses individuais, portanto, vale repisar, só admite a feição coletiva porque – e enquanto! – a homogeneidade desses direitos, decorrentes de origem comum, permite que sejam desprezadas e necessariamente desconsideradas as peculiaridades agregadas à situação pessoal e diferenciada de cada interessado. Tornando-se relevante, porém, para o julgamento do feito, à vista da demanda, verificar aspectos pessoais e diferenciados dos titulares dos direitos individuais, a tutela

que mesmo quando pleiteado o ingresso de indivíduo no processo coletivo, como assistente litisconsorcial, os atos postulatórios por ele praticados devem se ater, com rigor, aos limites da possível condenação genérica, sem invocar, sob pena de inadmissibilidade, nuances de sua específica condição subjetiva e concreta¹⁰⁸.

Por outro lado, a própria ideia de situação subjetiva *concreta* reclama um esclarecimento sobre o que se entende por questão de fato. Por certo, não se confundem o cotejo entre normas, fim do controle, com a reconstrução dos acontecimentos históricos ocorridos no mundo da vida, objeto da prova – muito embora, como visto acima, possa haver dilação probatória mesmo naquele procedimento. Se tomarmos, porém, a ideia do fato como um *pressuposto* para a incidência de normas jurídicas, isto é, o direito como o parâmetro e o fato como a hipótese de incidência, em uma perspectiva *funcional*, a distinção passa a apresentar contornos bem menos precisos. É que KELSEN já afirmava, com razão, que, no encadeamento da dinâmica do direito, cujo início se dá com a norma fundamental e caminha até a norma individual em um caso concreto, todas as etapas envolvem ao mesmo tempo um elemento maior ou menor de criação do direito e outro de maior ou menor aplicação, em uma tensão entre liberdade e limitação. A sentença, por certo, aplica a lei a uma dada situação concreta, sendo limitada por esta mas também desenvolvendo o seu conteúdo com margem de criação no caso concreto, e assim inaugurando, por sua vez, uma baliza para a execução material que se seguirá até a ponta final da aplicação do direito. Também assim se passa na relação entre lei e Constituição, pois também a atividade do legislador é em parte criação de algo novo e em parte fruto de aplicação das limitações dispostas na Constituição.

Assim, tanto a edição de uma lei quanto a elaboração de uma sentença apresentam dupla faceta: (i) servem de âmbito de incidência de conteúdos cogentes já predefinidos por atos anteriores na cadeia normativa e (ii) servem de elemento novo a preencher espaços antes de liberdade, ditando imperativos que devem ser observados após sua vinda ao mundo jurídico¹⁰⁹. Em diferentes graus, portanto, lei e sentença são pressupostos e também parâmetros para o fenômeno jurídico, em uma variação muito mais de ordem quantitativa do que qualitativa, de modo que, no plano *funcional*, tanto o exame da incidência da lei sobre um fato do mundo da vida, objeto de uma sentença no processo comum, quanto a verificação da incidência da

coletiva torna-se absolutamente inviável. Por isso, para que seja realmente coletiva a ação respeitante a interesses individuais, é indispensável que seja(m) formulado(s) pedido(s) individualmente indeterminado(s), que desprezem e necessariamente desconsiderem as peculiaridades agregadas à situação pessoal e diferenciada de cada interessado, como diz a doutrina, para permitir a prolação da sentença genérica prevista em lei”.

¹⁰⁸ ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Comentários ao Código de defesa do consumidor – direito processual*, São Paulo: Ed. Saraiva, 2009, p. 127.

¹⁰⁹ KELSEN, Hans. *A garantia jurisdicional da Constituição*, In: Jurisdição constitucional, São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2013, p. 123-126, aludindo ao fenômeno da *regularidade* na criação e aplicação do direito como gênero a abarcar tanto a compatibilidade com a Lei (legalidade) quanto com a Constituição (constitucionalidade). Atualmente, a doutrina do direito público faz uso do conceito de *juridicidade* para expressar a mesma ideia.

Constituição sobre uma lei, objeto do controle, em parte podem ser enxergados sob um mesmo enfoque na dinâmica do direito¹¹⁰.

Se não bastasse, são inúmeras as ações diretas ajuizadas invocando o vício de inconstitucionalidade formal no ato normativo. Como assenta a doutrina, este vício maior, por sua vez, pode se manifestar tanto sob a veste de uma inconstitucionalidade *orgânica*, em que há desrespeito a uma regra de competência para a edição do ato, quanto sob o perfil da inconstitucionalidade *formal propriamente dita*, quando apontada a ofensa ao devido processo legislativo¹¹¹. Tomando esta última hipótese como premissa, imaginemos o caso de alegação de vício na edição de Emenda Constitucional pela inobservância do quórum constitucional de três quintos, ou por inocorrência dos dois turnos constitucionalmente exigidos para a votação em cada Casa (CF, art. 60, § 2º). Por óbvio, o julgamento em que tal alegação seja invocada girará única e exclusivamente em torno de *prova*, para a demonstração da veracidade das alegações de fato quanto aos acontecimentos concretos que se passaram no mundo da vida, situados em um determinado ponto no tempo e no espaço, quanto à conduta dos parlamentares no *iter* de aprovação do ato. Em casos assim, toda aquela pureza e abstração que pretensamente marcam o controle de constitucionalidade dão lugar ao exame de alegações *concretas* vinculadas à conduta de *pessoas*, em um grau tal que não se distingue em muito da que seria necessária para averiguar um vício qualquer em processo administrativo sancionador, reputado nulo, suponha-se, por inobservância de quórum para deliberação do órgão colegiado competente.

Avança-se, então, para o último argumento aventado para justificar a excepcionalidade do processo no controle abstrato, de ordem teleológica e muito conectado com o anterior, que se apóia na afirmação de nele se tem em mira apenas a defesa da ordem jurídica, em um mero exame de validade de normas. Ora, além de tudo o que já se assentou acima, não é sequer possível afirmar que o julgamento da

¹¹⁰ Confira-se, no ponto, a lição de KELSEN, Hans. *Quem deve ser o guardião da Constituição?*, In: *Jurisdição constitucional*, São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2013, p. 256: “O suporte fático [Tatbestand] que deve ser subsumido à norma constitucional quando da decisão sobre a constitucionalidade de uma lei, não é uma norma – fato e norma são conceitos distintos – mas sim a produção da norma, um verdadeiro suporte fático material, aquele suporte fático que é regulado pela norma constitucional e que, porque e na medida em que é regulado pela Constituição, pode ser *subsumido* pela Constituição como qualquer outro suporte fático sob qualquer outra norma. Pois um suporte fático só pode ser *subsumido* a uma norma se esta regular esse suporte fático, ou seja, estabelecê-lo como condição ou consequência. Tanto se um tribunal civil decide sobre a validade de um testamento ou contrato ou declara inconstitucional um decreto para não aplica-lo no caso concreto, ou se um tribunal constitucional qualifica uma lei como inconstitucional, em todos esses casos é o suporte fático da produção de uma norma que é *subsumido* à norma que o regula e que é reconhecido como conforme ou contrário a ela”. Conferir, ainda, no item 3.2. acima, a orientação da doutrina processual civil que atribui à causa de pedir, na ação rescisória fundada em literal disposição de lei, a natureza de *funcionalmente fática*. E, de modo mais específico, a lição de GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil – Introdução ao direito processual civil*, vol. I, Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009, p. 75, para quem a natureza jurisdicional do controle abstrato se deve também à constatação de se tratar “de procedimentos que visam à busca de um provimento sobre uma *situação fática concreta*, no caso a incompatibilidade ou compatibilidade de determinada lei ou de determinado ato normativo com a Constituição” (grifos acrescentados).

¹¹¹ BARROSO, Luis Roberto. *Op. cit.*, p. 48-49.

validade de uma lei seja, por sua natureza, incompatível com as características básicas da jurisdição. Com efeito, nada diferencia, sob o ângulo ontológico, o julgamento de constitucionalidade de uma lei, em uma ADIn, do julgamento da legalidade de uma Resolução ou Portaria infralegal, que, por ser ato normativo de natureza secundária, pode muito bem ser feito por qualquer juiz quando provocado, por exemplo, pelo Ministério Público, através de um pedido específico desconstitutivo em ação civil pública¹¹². Tanto nessa hipótese como no controle abstrato, há a apreciação, por um órgão dotado de independência e de imparcialidade, de uma postulação voltada à aferição da compatibilidade entre um ato normativo e o parâmetro que lhe é hierarquicamente superior¹¹³.

Pois bem. No caminho percorrido até agora, a ninguém parecerá estranha a grande aproximação que existe entre o controle abstrato de constitucionalidade e as variadas feições do processo coletivo no direito brasileiro. Cotejando-se os regimes da ADIn e da ação civil pública, salta aos olhos que ambas se caracterizam, frente ao procedimento comum ordinário, por ostentar (i) um leque específico de legitimados ativos, (ii) regras especiais de competência, (iii) restrições quanto ao objeto admissível, (iv) formatação peculiar do procedimento e (v) a atribuição de efeitos subjetivos da decisão e da coisa julgada para além das partes no processo. Longe de pura coincidência, na realidade essa aproximação se deve a uma *identidade de essência*: também no controle abstrato, o que há é a defesa de um direito essencialmente coletivo, titularizado por todos os brasileiros de maneira transindividual, nomeadamente o *direito difuso* de observância da constitucionalidade na elaboração dos atos normativos do Poder Público¹¹⁴.

¹¹² Como exemplo, STJ, REsp 806.304/RS, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 02/12/2008, DJe 17/12/2008, valendo conferir o seguinte trecho do Min. Relator, que revela a cumulação sucessiva de pedido desconstitutivo – ou, como consta do voto, declaratório negativo – e condenatório, *verbis*: “*In casu*, a pretensão veiculada na Ação Civil Pública *ab origine*, qual seja, o reconhecimento da ilegalidade do item 4.6 (e subitens 4.61 e 4.61.) da Norma 03/98 da ANATEL, notadamente no que pertine à restrição de prazo de validade de 90 dias para utilização de créditos, adquiridos mediante cartões pré-pagos, imposta aos consumidores/usuários do serviço de telefonia celular pré-pago, bem com a condenação das empresas demandadas à reativação do serviço aos usuários que, em razão da não reinserção dos créditos remanescentes após o escoamento do lapso temporal *in foco*, sofreram interrupção na prestação do mencionado serviço, revela hipótese de interesse nitidamente coletivo e por isso apto à legitimação do *Parquet*”. Uma análise de diversas iniciativas do Ministério Público no domínio regulatório com perfil similar pode ser encontrada em ARAGÃO, Alexandre Santos de; e SAMPAIO, Patrícia Regina Pinehiro. *As ações do Ministério Público em matéria de regulação e a importância dos instrumentos consensuais*, Revista Interesse Público, n. 75, Belo Horizonte: Ed. Forum, set./out. 2012, p. 25-50. Defendendo o cabimento de ação popular para o mesmo fim, de controle da legalidade do ato regulamentar, cf. MELLO, Vanessa Vieira de. *Regime jurídico da competência regulamentar*, São Paulo: Ed. Dialética, 2001, p. 119-120.

¹¹³ KELSEN, Hans. *A garantia jurisdicional da Constituição*, In: Jurisdição constitucional, São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2013, p. 151, frisando que “o postulado da constitucionalidade das leis é, teórica e tecnicamente, absolutamente idêntico ao postulado da legalidade da jurisdição e da administração”, e, mais à frente, à p. 158, que “há uma afinidade íntima entre o controle de constitucionalidade das leis e o controle da legalidade dos decretos, devido a seu caráter geral”.

¹¹⁴ Caso se deseje abarcar também a hipótese de controle da legalidade dos atos normativos secundários, parece adequado falar, de maneira mais ampla, em direito difuso à juridicidade dos atos normativos do poder público, que se particulariza em cada caso no parâmetro normativo tido por ofendido pelo autor da demanda.

Tomemos em conta, para demonstrá-lo, um exemplo. Na ADIn nº 3.695/DF, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, que aguarda julgamento até o momento, o Conselho Federal da OAB formulou pedido de declaração de inconstitucionalidade do art. 285-A, *caput* e parágrafos, do CPC, que disciplina a chamada *sentença liminar de improcedência*, invocando, para tanto, ofensa aos princípios da isonomia, segurança jurídica, acesso à tutela jurisdicional efetiva, devido processo legal e contraditório. Esmiuçando-se o perfil desta pretensão, percebe-se, em primeiro lugar, que todos os habitantes do Brasil – além de eventuais estrangeiros que aqui estejam – encontram-se potencialmente submetidos aos efeitos do ato normativo impugnado, já que todos podem assumir a condição de parte em um processo judicial. A providência judicial que mantenha ou retire a norma do ordenamento, portanto, o fará em atenção a uma situação subjetiva *transindividual*, que, para além de uma só pessoa, alcança toda a coletividade. Além disso, esse direito à constitucionalidade do ato normativo é também de natureza *indivisível*, pois os efeitos do art. 285-A do CPC permanecerão atingindo a todos ou serão cessados em relação a todos. Por fim, o vínculo que une todos aqueles submetidos ao ato impugnado é tão tênue, exurgindo da mera condição de efetivo ou potencial jurisdicionado, que convém reputá-los apenas como pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.

Nesta hipótese, e de resto como em qualquer outra manifestação do controle abstrato, estão presentes todas as características que autorizam falar na tutela de um *direito difuso*, segundo a já clássica lição da doutrina¹¹⁵ e a tradicional conceituação prevista em lei (CDC, art. 81, parágrafo único, I). Consequentemente, é o controle abstrato um processo nitidamente *coletivo*, que por isso deve ser tido apenas como uma espécie do gênero das ações coletivas que convive ao lado, *v.g.*, da ação civil pública, do mandado de segurança coletivo, da ação de improbidade administrativa e da ação popular – e nada mais¹¹⁶.

¹¹⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *A ação popular do direito brasileiro como instrumento de tutela jurisdicional dos chamados “interesses difusos”*, In: Temas de direito processual – 1ª série, São Paulo: Editora Saraiva, 1977, p. 110-123; MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses difusos: conceito e legitimação para agir*, São Paulo: Ed. RT, 2011, p. 83 e segs.; e ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Comentários ao Código de defesa do consumidor – direito processual*, São Paulo: Ed. Saraiva, 2009, p. 49-50, para quem “interesses ou direitos difusos são os *transindividuais*, ou seja, aqueles que transcendem a esfera individual, que não pertencem de modo singularizado a quaisquer pessoas, que não admitem disposição exclusiva, e se referem, por isso, a uma coletividade, neste caso indeterminada, porque os interessados não estão ligados por vínculo jurídico definido, mas por circunstâncias simplesmente de fato; ou, na dicção da lei, de que são titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato, como seriam, por exemplo, os moradores de certo bairro, os habitantes de uma cidade, os usuários de determinado serviço público, os consumidores de um mesmo produto, as pessoas expostas a certa publicidade, os frequentadores de uma estância balnear etc”.

¹¹⁶ Não é por outra razão que a doutrina processualística mais moderna alude à existência, no controle abstrato, “de um direito coletivamente considerado, a saber, direito à defesa da ordem constitucional”, como afirmam DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; e OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Op. cit.*, p. 466, destacando logo a seguir a doutrina de Nelson Nery Jr. e Márcio Flávio Mafra Leal no sentido de que “toda ação coletiva para a tutela de direitos difusos geraria processo objetivo”. Em diversas outras passagens, porém, o referido trabalho endossa a teoria do processo objetivo. Também frisando a natureza de ação coletiva do controle abstrato de constitucionalidade, enquadrando-o na categoria do *direito processual coletivo especial* para a tutela de “interesse coletivo objetivo legítimo” como direito difuso, mas igualmente sem questionar a teoria do processo objetivo, cf. CIANCI, Mima; e ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Op. cit.*, p. 82-83 e 122; em linha similar, BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de*

Não é preciso rememorar, neste ponto, que a regência do processo e do procedimento da ação civil pública, mesmo na hipótese de controle de legalidade de um regulamento, deflui das regras e dos princípios do Código de Defesa do Consumidor e da Lei da Ação Civil Pública, no chamado microsistema complementado subsidiariamente pelas disposições da lei geral do processo civil brasileiro – *i.e.*, o Código de Processo Civil. E, felizmente, não há notícia de que se tenha cogitado, até o momento, de subtrair tal processo da força irradiante das garantias fundamentais do processo. Muito ao contrário, o grande desafio do ramo da ciência processual que se dedica às ações coletivas consiste justamente em *preservar* o respeito às garantias fundamentais também nessa onda renovatória do processo, na premissa diametralmente oposta à lógica que perpassa a teoria do processo objetivo.

Certo, o legislador, ao olhar para o controle abstrato de constitucionalidade, entendeu por bem editar a Lei nº 9.868/99, estabelecendo regras específicas para as ações nela previstas, e isso mesmo em face das demais ações coletivas. E o fez com total razão, já que há, sim, particularidades nos julgamentos do controle abstrato que justificam uma disciplina especial, a exemplo dos requisitos da legitimidade ativa, dos requisitos da inicial, dos efeitos da decisão e da vedação à ação rescisória.

Desse regramento especial não se deve extrair, no entanto, um motivo para entender que o processo no controle abstrato de constitucionalidade seja compreendido como algo totalmente alheio aos princípios gerais do processo civil, privilegiando um convite ao arbítrio de longa data praticado pela jurisprudência em

direito processual civil: direito processual coletivo e direito processual público, vol. 2, tomo III, São Paulo: Ed. Saraiva, 2010, p. 13 e 204; e MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*, São Paulo: Ed. RT, 2014, p. 268, assentando que “o objeto da ADIn – o interesse subjetivo público a que leis e atos normativos do Poder Público sejam conformes à Constituição – é um interesse difuso, já que esparsos por toda a coletividade”. Embora de modo não exposto, a mesma ideia de controle abstrato como processo coletivo está subjacente à lição de diversos outros autores: DUTRA, Carlos Roberto de Alckmin. *Op. cit.*, p. 187, ao afirmar que o “interesse de retirar do ordenamento jurídico as normas inconstitucionais (como igualmente, de declarar a sua constitucionalidade ou de reconhecer a omissão inconstitucional) não é exclusivo dos legitimados ativos para o processo objetivo; é um interesse de toda a coletividade, portanto, não se trata aqui de direito disponível. Aos legitimados ativos para o controle abstrato é apenas atribuída a prerrogativa que os legitima a dar início à ação”; BASTOS, Celso Ribeiro, *Curso de direito constitucional*, São Paulo: Ed. Saraiva, 1982, p. 68, para quem a atribuição, à época, do Chefe do Ministério Público Federal para instaurar o controle foi prevista “não na qualidade de alguém que defenda interesse próprio, pessoal, mas, sim, na condição da função de defender o interesse coletivo, traduzido na preservação do ordenamento constitucional”; BUZAID, Alfredo. *Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro*, São Paulo: Ed. Saraiva, 1958, p. 107, frisando, sob a égide da Lei nº 2.271/54 e diante do perfil então atribuído à ação direta interventiva, que “o Procurador-Geral da República é o autor da ação e opera como *substituto processual*, isto é, age em nome próprio, mas por interesse alheio. Não o move um interesse pessoal; ele representa toda a coletividade, empenhada em expurgar a ordem jurídica de atos políticos, manifestamente inconstitucionais e capazes de pôr em risco a estrutura do Estado”; e GRINOVER, Ada Pellegrini. *Controle de constitucionalidade*, Revista Forense, Rio de Janeiro: Forense, n. 341, jan.-mar./1998, p. 04, asseverando que, no controle concentrado, a “coisa julgada valerá *erga omnes*, por força da própria substituição processual que se opera na pessoa ou ente titular da ação, o qual age em nome próprio, mas como substituto processual da coletividade”. Percorrendo caminho inverso, há quem frise que a ação civil pública se aproxima em muito de um processo objetivo, mas para atrair ao regime processual daquela restrição presentes no controle abstrato, como feito por MENDES, Gilmar Ferreira; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco, *Op. Cit.*, p. 1.169-1.179.

relação ao mandado de segurança¹¹⁷. E com um agravante, porque aqui, ao contrário do que se passa com o *writ*, o caso é de tentar arvorar a teoria do processo objetivo como um óbice à própria incidência das garantias fundamentais do processo, e não apenas das regras gerais do CPC.

A verdade é que a lógica de enxergar uma tamanha excepcionalidade no processo do controle abstrato se justifica muito mais como um peso retórico para um cenário datado. Na vigência da CF/46, e diante da lacuna da disciplina processual da ação direta interventiva, coube à jurisprudência do STF um papel de destaque na construção das balizas do rito a ser seguido¹¹⁸. Sobrevieram, após, as Leis nº 2.271/54, que determinava a aplicação à hipótese do processo do mandado de segurança, e, mais a frente, a de nº 4.337/64, que instituiu regras mais minuciosas para o procedimento. Quer sob um ou quer sob o outro diploma, porém, permanecia um largo espaço de atuação do Regimento Interno do STF como norma supletiva, em um canal através do qual naturalmente desaguava a jurisprudência em construção da Corte sobre o controle. Com a EC nº 01/69, o Regimento Interno do STF foi alçado a um patamar muito superior, transformando-se em fonte primária do processo dos feitos de competência originária da Corte¹¹⁹. Nestes sucessivos cenários, todos anteriores à Lei nº 9.868/99, a natureza especial do controle abstrato era invocada como um argumento simbólico para afastar as regras do processo civil comum mesmo nas lacunas¹²⁰, guiando o STF na construção e afirmação dos pormenores de um regime diferenciado. Esta missão norteadora no vazio, porém, perde hoje grande parte de seu sentido, considerando que a Lei nº 9.868/99 já é a consolidação de inúmeras regras que nada mais são do que os frutos *queridos* da jurisprudência do STF, até então defendidos com base na teoria do processo objetivo¹²¹.

Três últimos pontos merecem menção, e que denotam uma certa incoerência na própria postura do STF. Em primeiro lugar, parcela considerável da doutrina afirma que o requisito da pertinência temática, construído pela jurisprudência do Supremo em relação a alguns dos legitimados para provocar o controle abstrato, não se ajusta muito bem à tônica do processo objetivo, por nele introduzir um exame similar ao *interesse de*

¹¹⁷ Cai como uma luva, no ponto, a crítica enfática de Barbosa Moreira à referida orientação dos Tribunais, assentando que o mandado de segurança “não é um *monstrum* sem parentesco algum com o resto do universo, uma singular esquisitice legislativa, uma peça exótica, uma curiosidade a ser exibida em vitrine ou em jaula para assombro dos passantes; é uma ação, uma *espécie* de gênero bem conhecido e familiar, cujas peculiaridades, sem dúvida dignas de nota, não a desligam do convívio da outras espécies, não a retiram do contexto normal do ordenamento jurídico, não a condenam a degredo em ilha deserta. À semelhança do que acontece com as figuras congêneres, o mandado de segurança está contido no âmbito normativo do processo civil e submete-se aos respectivos princípios e normas, sem prejuízo da regulamentação especial constante das leis que a ele especificamente dizem respeito” (MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Recorribilidade das decisões interlocutórias no processo do mandado de segurança*, In: Temas de direito processual – Sexta Série, São Paulo: ed. Saraiva, 1997, p. 212).

¹¹⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle de constitucionalidade: aspectos jurídicos e políticos*, São Paulo: Ed. Saraiva, 1990, p. 183.

¹¹⁹ A afirmação decorre do art. 120, parágrafo único, ‘c’, da EC nº 01/69. Sobre esses e outros aspectos que envolvem o papel do Regimento Interno como fonte normativa, cf. SOKAL, Guilherme Jales. *O julgamento colegiado nos tribunais: procedimento recursal, colegialidade e garantias fundamentais do processo*, Rio de Janeiro: Forense/São Paulo: Método, 2012, p. 125-154.

¹²⁰ DUTRA, Carlos Roberto de Alckmin. *Op. cit.*, p. 98.

¹²¹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; e OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Op. cit.*, p. 464-5.

agir, próprio às controvérsias concretas intersubjetivas¹²². Muito embora válido para realçar mais uma das contradições do assim chamado processo objetivo, a verdade é que o argumento tem de ser recontextualizado, partindo da premissa agora já fixada da natureza *coletiva* do controle. É que parece muito mais acertado situar a pertinência temática efetivamente no requisito da *legitimidade ativa*, mas com um fundamento axiológico mais profundo, ligado à garantia do contraditório e à *representatividade adequada* nos processos coletivos¹²³: considerando que os efeitos do controle abstrato são produzidos contra todos, é imprescindível que o interesse dos substituídos – isto é, a coletividade – seja sustentado por *portadores no processo* que o defendam de maneira vigorosa, o que somente é possível se o legitimado apresentar algum liame com a matéria objeto de impugnação. É para permitir um exame deste vigor na defesa judicial dos direitos da coletividade, portanto, que a pertinência temática faz sentido, e que por isso merece ser mantida, não se satisfazendo com a pura previsão abstrata no rol do art. 103 da Constituição¹²⁴.

Em segundo lugar, há uma forte tendência, no Supremo Tribunal Federal, de reconhecer a denominada abstrativização do controle difuso, atribuindo aos julgamentos proferidos em recurso extraordinário, em processos subjetivos, os mesmos efeitos que decorrem do controle abstrato¹²⁵. Em defesa a essa tese, sustenta-se que seria uma demasia exigir que o Plenário do STF, mesmo após já julgar um RE, tenha de aguardar o ajuizamento de uma ação no controle abstrato para proferir um julgamento cujo resultado já se sabe qual será, sem qualquer distinção entre as atividades. Por certo, não é esta a sede adequada para enfrentar todas as nuances que cercam tal controvérsia. Vale ao menos, porém, destacar outra ligeira incoerência: se procede essa equiparação entre os modos de controle quanto ao *resultado*, já que tidos por *essencialmente idênticos*, haveria de ser reputada como devida a equiparação também em outra via, agora quanto ao respeito às garantias fundamentais do processo, presente no difuso mas, como hoje ainda se proclama, ausente no abstrato¹²⁶.

¹²² Submetem-se ao requisito da pertinência específica com o tema do processo, com alguma variação terminológica, o Governador de Estado, a Mesa de Assembleia Legislativa, confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional, conforme expõe BARROSO, Luis Roberto. *Op. Cit.*, p. 188, asseverando que tais entes só podem atuar no controle quando houver relação entre a norma impugnada e os interesses que a eles cabe legitimamente tutelar, e relatando, às p. 194-195, a crítica formulada na doutrina quanto ao requisito. No mesmo sentido, MENDES, Gilmar Ferreira; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco, *Op. Cit.*, p. 1.185; e CIANCI, Mirna; e ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Op. cit.*, p. 120, para quem o requisito “pode, de alguma forma, vir a descaracterizar o processo objetivo, que, como já tivemos oportunidade de analisar, tem como principal característica a dispensabilidade de demonstração de um interesse jurídico específico”.

¹²³ Destacando a conexão entre o controle da representatividade adequada nos processos coletivos e a preservação do devido processo legal em prol dos substituídos, cf. RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Ação civil pública e meio ambiente*, Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária, 2009, p. 33; e GUEDES, Clarissa Diniz Guedes. *Legitimidade ativa e representatividade na ação civil pública*, Rio de Janeiro: GZ Ed., 2012, especialmente às p. 131 e segs.

¹²⁴ Nessa linha, DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; e OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Op. cit.*, p. 482.

¹²⁵ Além julgamento da Reclamação nº 4.335, tanto o Min. Roberto Barroso como o Min. Gilmar Mendes defendem tal inclinação em sede doutrina, como já referido acima, asseverando o primeiro que “uma decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal, seja em controle incidental ou em ação direta, deve ter o mesmo alcance e produzir os mesmos efeitos” (BARROSO, Luis Roberto. *Op. cit.*, p. 157).

¹²⁶ A mesma perplexidade é ressaltada por GRINOVER, Ada Pellegrini. *Op. cit.*, p. 07-08, e isso mesmo em um cenário anterior à tendência de abstrativização do controle difuso, *verbis*: “Quando a declaração

Em terceiro lugar, de longa data a jurisprudência do STF afirmava a impossibilidade de leis orçamentárias serem objeto de ações no controle abstrato. Fundava-se tal orientação na ideia de que tais atos, apesar de revestidos da roupagem formal de lei, seriam, na realidade, atos materialmente administrativos, sem ostentar os atributos da generalidade e abstração¹²⁷. A contar de 2008, porém, essa jurisprudência foi abandonada, autorizando-se que medida provisória de abertura de crédito extraordinário seja impugnada por ADIn, como decidido, por exemplo, na ADIn nº 4.048/DF, Rel. Min. GILMAR MENDES¹²⁸. Com essa guinada pela abertura do objeto do controle, os contornos de mais uma incoerência no suposto perfil puramente abstrato do controle passaram a se revelar, já que passível de impugnação também atos administrativos tidos, no plano conceitual, como concretos, desde que revestidos da forma de lei, e por isso até então apenas suscetíveis de exame no controle difuso¹²⁹.

Se lançarmos os olhos para o sistema constitucional inaugurado em 1988 pela Constituição Federal, por fim, veremos como ainda mais gritantes são os impactos da teoria do processo objetivo. Muito embora a realidade às vezes se desprendia da narrativa ideal, tentou a Constituição instituir um processo legislativo vocacionado a franquear a participação democrática, através de representantes eleitos e dos mecanismos de atuação direta do povo (CF, arts. 14 e 59 e segs.). O processo administrativo, por sua vez, como organização lógica do atuar do Estado na consecução do interesse público, é igualmente informado pelo princípio da participação democrática, assegurando-se textualmente a incidência também a ele do devido processo legal (CF, art. 5º, LV). Ao processo judicial, por fim, é destinado todo um complexo feixe de garantias, todas iluminadas pela garantia-síntese do contraditório participativo, e que se destinam justamente a transformar o processo em um meio democrático de manifestação de poder¹³⁰. Essa tônica de participação está, portanto, no coração da própria Constituição, centrada no valor democrático proclamado em fortes tintas no art. 1º, parágrafo único, ao assentar que “todo o

de constitucionalidade ocorre no processo comum, via controle difuso, a questão prejudicial é submetida a contraditório pleno. Ao contrário, quando a questão é objeto da própria ação declaratória de constitucionalidade, o contraditório não se estabelece, a pretexto de um pretense caráter objetivo da ação direta, que não envolveria o interesse de partes. No entanto, o contraditório não é apenas direito subjetivo da parte, mas sim garantia objetiva do próprio processo e fator legitimamente do exercício da jurisdição, de modo que não é possível tolerar processos sem contraditório, ao menos eventual, qualquer que seja a natureza da causa”.

¹²⁷ Nesse sentido, v. BARROSO, Luis Roberto. *Op. cit.*, p. 198-9; e MENDES, Gilmar Ferreira; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branco. *Op. Cit.*, p. 1.193. Na jurisprudência, a linha é espelhada pela decisão proferida na ADI 2100, Rel. Min. Néri da Silveira, Rel. p/ Acórdão: Min. Nelson Jobim, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/1999, DJ 01-06-2001

¹²⁸ STF, ADI 4048 MC, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 14/05/2008, DJe-157 DIVULG 21-08-2008 PUBLIC 22-08-2008. No mesmo sentido, STF, ADI 4049 MC, Rel. Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, julgado em 05/11/2008, DJe-084 DIVULG 07-05-2009 PUBLIC 08-05-2009.

¹²⁹ Veja-se, no ponto, a seguinte passagem da ementa da já referida ADIn 4048 MC, Rel. Min. Gilmar Mendes: “(...) O Supremo Tribunal Federal deve exercer sua função precípua de fiscalização da constitucionalidade das leis e dos atos normativos quando houver um tema ou uma controvérsia constitucional suscitada em abstrato, independente do caráter geral ou específico, *concreto ou abstrato de seu objeto*. Possibilidade de submissão das normas orçamentárias ao controle abstrato de constitucionalidade. (...)” (grifos acrescentados).

¹³⁰ GRECO, Leonardo. *Garantias fundamentais do processo: o processo justo*, In: Estudos de direito processual, Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005, p. 226.

poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Em um cenário como esse, e admitindo ao menos por ora que o controle abstrato seja tido como algo diferente de um processo judicial – o que não é –, como explicar que precisamente nele essa preocupação com a participação, tão querida aos olhos da Constituição e canalizada através das garantias, possa ser negligenciada? Pior: como admitir, sem pecar na coerência, que justamente o Supremo Tribunal Federal, cujo fim maior é a “guarda da Constituição” (CF, art. 102, *caput*), possa se imunizar do respeito a inúmeras previsões do texto constitucional no *meio* a ser percorrido para atingir aquele mesmo *fim*?

5. Conclusão: vão-se os anéis e ficam os dedos

A teoria do processo objetivo, além de equivocada, simplesmente não vale mais a pena. Cumpriu ela, por certo, um decisivo papel ao tempo em que se deu a construção do controle abstrato de constitucionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em um norte à luz do qual podia se guiar a Corte. Com a entrada em vigor das leis especiais que disciplinam o controle abstrato, a exemplo das Leis nº 9.868/99 e 9.882/99, aquilo de proveitoso que a referida teoria ostentava já alcançou *status* próprio de cogência, sem que se tenha de recorrer àquela pretensa feição objetiva para afirmá-lo. De outro lado, no espaço deixado pela legislação, quando então ainda se poderia cogitar de alguma utilidade para a invocação da natureza objetiva do processo, viu-se largamente neste trabalho que os resultados assim alcançados pela Corte Suprema são perigosos e de difícilima justificação à luz dos princípios que balizam a prestação da jurisdição.

No acerto de contas, portanto, hoje a teoria do processo objetivo, usada como simples escudo contra as garantias fundamentais do processo, corre o sério risco de servir de *calcanhar de Aquiles* em toda a engenharia institucional que cerca o controle de constitucionalidade, deslegitimando-o em seu resultado por um vício absolutamente *descartável* que lhe mina o caminhar. Por certo, nada há que justifique esse risco, que bem poderia ser evitado com uma reaproximação em direção aos princípios do processo, revelada até mesmo pela composição literal da expressão *processo objetivo*, onde o adjetivo “objetivo” não pode ser lido a ponto de praticamente *nulificar* o conteúdo semântico do substantivo “processo”, classicamente entendido como o veículo através do qual se presta a jurisdição.

Por esses motivos, melhor seria o abandono da teoria do processo objetivo, como forma de impulsionar a adaptação do controle abstrato de constitucionalidade às garantias fundamentais do processo, que devem incidir com vigor também nessa seara, seja quando exercido pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento de ADIn’s, ADC’s ou ADPF’s, seja quando levado a cabo pelos Tribunais de Justiça, na apreciação das denominadas *representações de inconstitucionalidade* (CF, art. 125, § 2º).



**PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
CENTRO DE ESTUDOS JURÍDICOS**

ERRATA

Informamos aos leitores que o artigo “Três Problemas do Processo Objetivo”, de Guilherme Jales Sokal, foi redigido previamente ao Novo Código de Processo Civil (Lei 13.105 de 16 de março de 2015), tendo sido submetido pelo autor no ano de 2014 e publicado somente em 2018 por questões internas deste Centro de Estudos Jurídicos. Assim, ressaltamos que há referências no artigo ao diploma processual revogado.

Rua do Carmo, nº 27
Centro – Rio de Janeiro – RJ CEP: 20011-020
Tel: (21) 2332-9344 – www.pge.rj.gov.br