

Controle de constitucionalidade por unidade de matéria: fungibilidade e princípio do pedido no âmbito do processo constitucional

Paulo Frederico Paiva*

Introdução

A presente comunicação tem como escopo transpor às paragens do processo de controle de constitucionalidade a primazia do princípio da instrumentalidade das formas, ou do caráter instrumental/meio do processo. Nesse sentido, buscaremos refletir sobre a adaptação dos princípios da fungibilidade e do pedido ao processo de controle da legitimidade constitucional dos atos normativos.

Aqui, dar-se-á o primeiro passo de um esforço maior, pois acreditamos que a construção de técnicas processuais adequadas à tutela dos direitos e princípios constitucionais deve iniciar pela revisão, à luz da natureza radicalmente objetiva (processo sem partes) e política do processo constitucional, dos institutos e princípios moldados pela processualística civil tradicional. Anima-nos a convicção de que a natureza do interesse constitucional repele limites formais que se fundam na atividade das partes. Na condução do processo de controle de legitimidade da lei, a jurisdição constitucional deve agir *solutus partibus* e, por vezes, *solutus lege*.

1 O princípio da fungibilidade no âmbito do controle de constitucionalidade

1.1 Notas históricas e visão tradicional da processualística civil acerca da fungibilidade

Evitando os esforços de arqueologia jurídica que nos remeteriam ao desenvolvimento alemão do princípio da fungibilidade¹, e apenas registrando a presença expressa do princípio nos Códigos de Processo portugueses de 1939 (art. 688) e 1961 (art. 687, 3)², interessaria notar que, entre nós, não foi a fungibilidade recursal acolhida

* Graduado em História e Direito, Especializado em Filosofia e Bioética e Especializando em Direito Constitucional (IDP).

¹ O longo itinerário que levou os alemães da teoria subjetiva até a chamada teoria do maior favorecimento (*Grundstaz der Meitbegünstigung*) não caberia em uma comunicação como a presente.

² Código de Processo Civil de Portugal: “Artigo 687. (...) 3. Junto o requerimento ao processo, será indeferido quando se entenda que a decisão não admite recurso, ou que este foi interposto fora de tempo, ou que o requerente não tem as condições necessárias para recorrer. *Mas não pode ser indeferido com o fundamento de ter havido erro na espécie de recurso:*”

expressamente pelo direito processual vigente, depois de constar no art. 810 do Código de Processo revogado, de 1939³. Buzaid justificou, na exposição de motivos do Código de 1973, a não recepção do princípio: “Esta solução não serviu para melhorar o sistema, porque a freqüência com que os recursos, erroneamente interpostos, não são conhecidos pelo Tribunal evidenciou que a aplicação do art. 810 tem valor limitadíssimo”.

Curiosamente, embora em relação ao sistema anterior fossem verdadeiras as palavras do ilustre processualista, foi como princípio implícito, já depois de 1973, que a fungibilidade recursal fez carreira em nossa prática processual⁴. Depois de alguns acórdãos que se ativeram à revogação tácita do art. 810 do Código de 1939⁵, doutrina e jurisprudência voltaram a admitir a fungibilidade entre recursos, mantendo inalterado o seu entendimento como remédio contra a insegurança, quer doutrinária, quer jurisprudencial, acerca de qual seria o recurso adequado⁶. Entre outros, confira-se o RE 111.117/SP: “Ementa: Processo civil. Princípio da fungibilidade dos recursos onde a dúvida sobre o cabimento do tipo de irresignação não parece absolutamente infundada, nem se vislumbra má-fé”⁷.

De forma progressiva, contudo, o princípio da fungibilidade recursal foi sendo ampliado, quase fundido-se com a instrumentalidade das formas ou, ao menos, surgindo como uma de suas principais ferramentas. A partir de disposições legais como o § 7º do art. 273 e o art. 250, ambos do Código de Processo Civil, arranca a doutrina para firmar

tendo-se interposto recurso diferente do que competia, mandar-se-ão seguir os termos do recurso que se julgue apropriado”. (Grifamos)

³ Código de Processo Civil brasileiro de 1939: “Art. 810. Salvo a hipótese de má-fé ou erro grosseiro, a parte não será prejudicada pela interposição de um recurso por outro, devendo os autos ser enviados à Câmara, ou Turma, a que competir o julgamento”. Acerca dessa disposição, controvertia-se no concernente ao que seria má-fé e erro grosseiro, para tanto, cf., Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro, 1949, t. V, p.43.

⁴ Luís Cerqueira, *O princípio da fungibilidade e os embargos de declaração no STJ e no STF*. In: Revista de Processo, ano 32, nº 143, jan. 2007, p. 180.

⁵ Exemplificativamente, RE 83.756 / PR – Paraná, Rel. Cunha Peixoto, Julgamento: 20/08/1976, RTJ vol. 83, p. 181: “Ementa: Recurso - Infungibilidade. Não estando mais em vigor o Art. 810 do Código de Processo Civil de 1939, não é possível a conversão de um recurso, erroneamente interposto, por outro. Recurso não conhecido”.

⁶ Nesse sentido, Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 251: “Absurdo recusar o benefício ao recorrente em hipótese a cujo respeito divergem os doutrinadores e vacila a jurisprudência”.

⁷ Rel. Francisco Rezek, *DJ* 15.04.1987.

a natureza pública e instrumental do processo, e, não apenas em relação aos recursos⁸, postula-se a incidência da fungibilidade sobre o pedido⁹ e, mesmo, sobre as ações:

Não só na esfera dos recursos ocorrem situações como esta. Com efeito, às vezes a parte fica em dúvida até quanto ao tipo de ação que deve manejar! (*omissis*) Obviamente, esta situação não tem lugar exclusivamente no plano dos recursos. E razão genuinamente jurídica inexistente para que não se faça incidir em casos fora desta esfera o princípio da fungibilidade¹⁰.

Antes de exigências estritas de conversibilidade procedimental e cotejo de prazos, afirma-se, no processo civil de hoje, uma aplicação geral do princípio da fungibilidade, desde que questões como a natureza puramente jurídica do ponto, o contraditório e os efeitos práticos da decisão sejam respeitados e mostrem-se compatíveis.

1.2 A fungibilidade no âmbito do controle de constitucionalidade

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal também contam-se casos de aplicação do princípio da fungibilidade, entendido, por vezes, como instrumento de conversão recursal, embora em outras ocasiões pareça ter sido usado como via de acesso imediato ao mérito constitucional, não obstante os equívocos de propositura que impediriam seu conhecimento¹¹.

Como método de conversão recursal, caso menos problemático, o princípio da fungibilidade foi aplicado, *v. g.*, nos seguintes precedentes:

Rel 5.598 ED/MG, Relator: Min. Menezes Direito, *DJ* de 28-03-2008. Ementa: Embargos de declaração. Recebimento como agravo regimental. Reclamação. ADI nº 3.823/DF. Férias forenses. Tempestividade. Apelação. 1. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, tendo em vista o entendimento da Corte de que não cabem embargos declaratórios contra decisão monocrática do relator.

⁸ Luiz Wambier, *Curso avançado de processo civil*, São Paulo: RT, 2006, p. 72: “Parte da doutrina vem esboçando entendimento extremamente afeiçoado à visão que exige seja o processo fundamentalmente instrumental, produzindo resultados no mundo empírico, no sentido de que esse princípio incide não mais limitadamente à esfera dos recursos”.

⁹ Fungibilidade do pedido, aqui, como esclareceu Cândido Dinamarco, *A reforma da reforma*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 92, está “no sentido de que nominalmente postula uma daquelas medidas, ao juiz é lícito conceder a tutela a outro título”. Voltaremos ao problema da relativização do princípio do pedido mais adiante.

¹⁰ Tereza Wambier, *O óbvio que não se vê: a nova forma do princípio da fungibilidade*. In: Revista de Processo, ano 31, nº 137, jul. 2006, p. 135.

¹¹ Como um *obter dictum*, gostaríamos de ressaltar que, recentemente, em sede de controle de constitucionalidade, se tem observado intensa transformação na postura do Tribunal. No julgamento do RE 418.918, Rel. Ellen Gracie, *DJ* de 1º.7.2005, o Plenário ignorou a falta de prequestionamento presente no extraordinário e seguiu no julgamento do mérito. Parece superada a tendência defensiva na admissibilidade do recurso que marcou por muitos anos nossa jurisdição constitucional.

RE 410.964 ED/PE, Relator: Min. Gilmar Mendes, *DJ* de 02-04-2004, Ementa: Embargos de declaração em recurso extraordinário. 2. Decisão monocrática do relator. Embargos de declaração conhecidos como agravo regimental. Precedentes.

MC 3.598/RJ, Relator: Min. Cezar Peluso, *DJ* de 10.02.2006, Ementa: Cumpre desde logo reconhecer a admissibilidade da via eleita. A propósito, a Corte ainda não firmou posição definitiva, oscilando entre considerar adequada ora a reclamação, ora a medida cautelar, ou até o agravo de instrumento, para que a parte prejudicada com a retenção do recurso extraordinário, na forma do art. 542, § 3º do CPC, lhe obtenha processamento imediato (...) Em primeiro lugar, porque, diante da incerteza da jurisprudência do Tribunal, não seria lícito prejudicar a parte com o eventual não conhecimento do remédio que, dentre aqueles, se entenda impróprio. Em segundo lugar, porque a pretensão de que se cuida – o desbloqueio de recurso extraordinário retido, cujo julgamento compete à Corte – parece quadrar no âmbito de admissibilidade das três medidas processuais, que, para esse efeito, devem ter-se por fungíveis.

Assentada a excelência desses julgados, gostaríamos de destacar uma leitura do princípio da fungibilidade que não mais responde às razões com que a processualística civil, até agora, lhe calçou a legitimidade. Exsurge, diante da relevância do interesse constitucional e da urgência e necessária racionalidade sistemática das decisões em controle de constitucionalidade, uma nova leitura do princípio em tela.

Ao menos entre os instrumentos de controle abstrato de constitucionalidade, subsídios há, doutrinários e jurisprudenciais, para a postulação de uma fungibilidade geral e recíproca. Nesse sentido, *v. g.*, advoga-se pela fungibilidade entre, de um lado, ADI ou ADPF, e de outro, a ADO:

Tem-se, pois, aqui, uma relativa mas inequívoca fungibilidade entre ação de inconstitucionalidade – direta ou no contexto da arguição de descumprimento – e o processo de controle abstrato da omissão, uma vez que as duas espécies – o controle de normas e o controle da omissão – acabam por ter, formal e substancialmente, o mesmo objeto, isto é, a inconstitucionalidade da norma em razão de sua incompletude¹².

¹² Gilmar Mendes, *Arguição de descumprimento de preceito fundamental*, São Paulo: IDP/Saraiva, 2007, p. 76. O autor volta ao ponto mais adiante, pp. 113-114: “Assim, tendo em vista o caráter acentuadamente objetivo da arguição de descumprimento, o juízo de subsidiariedade há de ter em vista, especialmente, os demais processos objetivos já consolidados no sistema constitucional. Nesse caso, cabível a ação direta de inconstitucionalidade ou de constitucionalidade, ou, ainda, a ação direta por omissão, não será admissível a arguição de descumprimento. Em sentido contrário, não sendo admitida a utilização de ações diretas de constitucionalidade e inconstitucionalidade, isto é, não se verificando a existência de meio apto para solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla e geral e imediata, há de se entender possível a utilização da arguição de descumprimento de preceito fundamental”.

A toda evidência, a *ratio* da fungibilidade não é mais a incerteza da parte em relação ao remédio recursal cabível. Tudo parece indicar, nesse passo, que a relevância e urgência que caracterizam os provimentos em controle de constitucionalidade conduzem o uso da fungibilidade sob uma égide de oportunidade política. Em outras palavras, há questões que demandam resolução imediata, devendo-se aproveitar os feitos. Ressalte-se, sobretudo, aqueles casos em que a espera do Tribunal por uma nova ocasião para resolver o tema constitucional possa colocar um sem número de situações jurídico-subjetivas sob a sombra da precariedade.

Essa, exatamente, a hipótese posta na ADPF-72, ocasião em que a Relatora ressaltou que a “gravidade da questão trazida aos autos manifesta-se tanto pela clara situação de litígio entre dois Estados da federação brasileira como pela existência de circunstância causadora de sérios prejuízos à economia e à população do Estado do Maranhão”. A par da circunstância fática de relevo evidente, convivia vício de propositura que esbarrava na subsidiariedade ínsita à arguição: “todavia – prosseguiu Sua Excelência –, verifico que o cabimento da via eleita, a ADPF, encontra obstáculo intransponível, relativo ao requisito exigido pelo disposto no art. 4º, § 1º, da Lei 9.882/99”¹³.

Seria razoável postergar a definição da questão em face de vícios formais de propositura? Evidente que não, e chancelando esse entendimento foi que o Tribunal, sem votos dissidentes (mesmo em face da literalidade do *caput* do art. 4º da Lei nº 9882/99¹⁴), determinou a fungibilidade das ações nos termos do voto da Ministra Relatora: “demonstrando-se patente a relevância e a seriedade da situação trazida aos autos, referente à conflito entre dois Estados da federação, resolvo a presente questão de ordem propondo o aproveitamento do feito como ação direta de inconstitucionalidade”¹⁵.

O precedente em destaque revela dois elementos importantes para o estudo do controle de constitucionalidade no Brasil. Em um primeiro plano, desvela a inadequação da lógica (da litigância) processual civil ao processo objetivo de controle de legitimidade da lei.

¹³ ADPF-72-QO, Rel. Ellen Gracie, *DJ* de 02.12.2005, p.4.

¹⁴ Lei nº 9.882/99, art. 4º: “A petição inicial será indeferida liminarmente, pelo relator, *quando não for o caso de arguição de descumprimento de preceito fundamental*, faltar algum dos requisitos prescritos nesta lei ou for inepta”. (Grifamos)

¹⁵ ADPF-72-QO, Rel. Ellen Gracie, *DJ* de 02.12.2005, p. 5.

Por outro lado, evidencia a potencialidade do princípio da fungibilidade como instrumento de racionalização do trabalho do Supremo Tribunal Federal, surgindo, de imediato, como solução adequada ao problema da constante alteração, por força de Emenda Constitucional, dos parâmetros evocados em ações abstratas de controle já propostas, circunstância que verte o dispositivo de lei atacado em direito pré-constitucional e o exclui do campo das ações diretas. Em tais ocasiões, pensamos que o Tribunal, quando presentes as mesmas razões determinantes da decisão na ADPF-72-QO, poderá prosseguir - por óbvio, apenas no caso de indeferimento do pedido de declaração de inconstitucionalidade -, no julgamento da lei atacada também em relação ao parâmetro superveniente, afim de que cessem, com efeitos imediatos e gerais, as discussões acerca da sua legitimidade constitucional.

A fungibilidade entre ADI e ADPF como forma de resolução dos problemas de economia processual que derivam, para a jurisdição constitucional, da superveniência constante de Emendas Constitucionais, porém, esbarra em um obstáculo: o saber em que momento ela dar-se-ia. Vislumbramos duas possibilidades de solução para o entrave procedimental.

Poder-se-ia, p. ex., depois de apurado o resultado que firmasse a improcedência da ADI, sobrestar o processo sem proferir a decisão, abrindo prazo ao proponente e ao Procurador-Geral da República (o *Parquet* tendo a possibilidade de aditar oralmente a inicial quanto ao parâmetro de controle novel) para que aditassem o pedido, agora para cotejar o direito tornado pré-constitucional com o novo texto constitucional, pela via da ADPF. Ao cabo do julgamento dessa segunda ação abstrata, o Tribunal proferiria as duas decisões simultaneamente, da ADI e da ADPF. Firmando a constitucionalidade da norma em relação aos dois parâmetros de controle, ou, se procedente a ADPF, firmando sua constitucionalidade em relação ao parâmetro antigo (recobrando com o manto da juridicidade os atos praticados antes da Emenda Constitucional) em uma decisão, e proferindo outra, em sede de arguição, expungindo do ordenamento, desde já, a lei atacada.

Esse o efeito da solução preconizada: o Tribunal impede que a lei declarada inconstitucional em sede de arguição gere situações concretas de inconstitucionalidade que, importante referir, terminariam em um incalculável número de recursos extraordinários, a serem submetidos ao regime da repercussão geral e levados novamente ao Plenário em um outro momento, forçando reexame da matéria. Nota-se que a solução proposta, embora

perpassada de flagrante experimentalismo procedimental, resulta mais racional (porque dotada de efeitos *erga omnes*) e justa (por evitar a consolidação de situações singulares repulsivas ao parâmetro inaugurado pela Emenda Constitucional).

Em uma segunda hipótese, admitir-se-ia que o Tribunal prosseguisse, *ex officio*, em sede de ADPF, no controle de constitucionalidade da lei atacada na ADI, procedendo em tudo mais segundo o rito definido nos arts. 6º e seguintes da Lei nº 9882/99. Tal solução, contudo, não se faz independente de uma ponderada análise acerca da possível flexibilização, em sede de controle de constitucionalidade, do princípio dispositivo ou do pedido.

Enfrentaremos o problema do controle de constitucionalidade *ex officio* a seguir, porém, cumpriria deixar assentado que o princípio da fungibilidade, no âmbito da jurisdição constitucional, deve ser entendido como instrumento processual viabilizador da cognição imediata do mérito constitucional, e será pertinente não apenas quando exista divergência na doutrina ou na jurisprudência da Corte sobre qual via processual deve-se seguir, mas toda vez que de sua incidência resultar uma prestação jurisdicional socialmente mais adequada e mais efetiva para a defesa dos valores constitucionais. Deve-se, sobretudo, evitar a devolução, ao difuso, de um tema constitucional chegado ao sistema de controle concentrado de constitucionalidade¹⁶.

2 O princípio do pedido no âmbito do controle abstrato de constitucionalidade

2.1 Notas históricas e visão tradicional da processualística acerca do princípio do pedido

¹⁶ Em outras palavras, cumpre superar a lógica que imanta o seguinte precedente: “ADI 737/DF Relator: Moreira Alves, DJ 22-10-1993, Ementa: Ação direta de inconstitucionalidade. Lei n. 8.149, de 07.05.92 (artigo 7.). - Esta Corte, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 709, decidiu que a revogação do ato normativo impugnado ocorrida posteriormente ao ajuizamento da ação direta, mas anteriormente ao seu julgamento, a torna prejudicada, independentemente da verificação dos efeitos concretos que o ato haja produzido, pois eles tem relevância no plano das relações jurídicas individuais, não, porém, no do controle abstrato das normas. Ação direta não conhecida, por estar prejudicada pela perda de seu objeto”. E isso por ser razoável considerar que um tema constitucional que influi na situação jurídica individual de milhares (quando não milhões) de pessoas, tem relevância objetiva, republicana, a dizer nas palavras da EC nº 45, repercussão geral (cf., no sentido da posição preconizada, ADI (QO-QO) 1.244-SP, Rel. Gilmar Mendes, 23.4.2003: “O Min. Gilmar Mendes, considerando que a remessa de controvérsia constitucional já instaurada perante o STF para as vias ordinárias é incompatível com os princípios da máxima efetividade e da força normativa da Constituição, salientou não estar demonstrada nenhuma razão de base constitucional a evidenciar que somente no âmbito do controle difuso seria possível a aferição da constitucionalidade dos efeitos concretos de uma lei. Após, o julgamento foi adiado em virtude do pedido de vista da Ministra Ellen Gracie” – *Informativo STF*, 21 a 25-04-2003).

Poucos princípios gerais do processo têm sua rigidez defendida pela tradição com tantas parênteses: *ne eat iudex ultra petita partium, nemo iudex sine actore, no procedat iudex ex officio* ou *secundum allegata et probata iudex iudicare debet*. Obedientes a tais mandamentos, a legislação¹⁷ e a doutrina¹⁸ erigiram o princípio em condição civilizatória do processo.

Pontes de Miranda, já sob o novo Código, lembrava arresto do Supremo Tribunal Federal, datado de 1950, em que o Plenário definiu o princípio dispositivo como “princípio da adstrição do juiz à vontade das partes”¹⁹. Daí porque, concluía o autor, “se o juiz pode agir de ofício”, ou seja, se pode prestar tutela jurisdicional sem ser provocado, ou prover em mais do que pedido, “só os textos legais é que nos poderão mostrar”²⁰.

O princípio do pedido, em suma, consubstancia a noção de que o processo civil é conduzido sob a ótica da oportunidade, daí a vontade das partes servir como limite ao julgador. Assentava-se, através do princípio, que jamais poderia o juiz defender um interesse da parte, pelo que seu valor é basilar para a teoria da legitimidade processual. Mais uma vez: o que se busca limitar com a vinculação absoluta ao pedido são os poderes processuais do juiz, garantindo a liberdade das partes tanto para iniciar o processo, quanto para a determinar seu objeto, dar-lhe impulso e produzir provas²¹.

Assim, podemos concluir que, atendendo ao tradicional entendimento sobre o princípio do pedido advindo da processualística civil, qualquer tese que postule sua relativização, haverá de postular também um juiz quixotesco:

Se nos dissessem que um magistrado, sem ser por ninguém solicitado, se pôs em viagem em busca de tortos a endireitar, nos sentiríamos levados a

¹⁷ Para referirmos apenas a nossa legislação vigente: Código de Processo Civil: “Art. 2º. Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais. Art. 128. O juiz decidirá a lide nos limites em que foi proposta, sendo-lhe defeso conhecer de questões, não suscitadas, a cujo respeito a lei exige a iniciativa da parte. Art. 460. É defeso ao juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado”.

¹⁸ Assim, Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. II, cit., p. 380: “O pedido atua pelo que ele estabelece. Não precisa de aceitação do juiz, nem, tampouco, da aceitação da parte contrária. E é ele que marca a largura de faixa em que se estabelece a relação jurídica processual, até que se profira a sentença, nem além, nem aquém dessas linhas que o *petitum* traçou”.

¹⁹ *Idem*, p. 381.

²⁰ Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. I, cit., p. 91.

²¹ Assim, José Bedaque, *Poderes instrutórios do juiz*, São Paulo: RT, 2001, p. 88.

considerá-lo, menos como um herói da justiça, um monomaníaco perigoso do tipo Dom Quixote²².

A despeito da imensa carga histórica que imanta o princípio dispositivo - a indicar a impossibilidade de sua supressão -, mesmo no processo civil, as exceções impostas a ele tornaram-se significativas, mormente em matéria probatória²³ e de defesa do interesse público²⁴.

2.2 O princípio do pedido no âmbito do processo de controle de constitucionalidade

Fácil é ver, à luz desse apanhado, que o princípio dispositivo ou do pedido sempre encontrou supedâneo no direito à ampla defesa e ao devido processo legal, a dizer, em garantias fundamentais processuais da pessoa humana. Mas qual seria o seu papel em um processo, como o de controle de constitucionalidade, onde não existem partes ou pretensões relacionadas com a condição irrepetível e frágil de um único indivíduo?

A questão da incidência das garantias processuais da pessoa no processo constitucional de feição abstrata foi decidida, já sob o regime constitucional vigente, em uma questão de ordem na ADC 1-1/DF. O então Relator, Ministro Moreira Alves, assentou em seu voto, condutor da maioria plenária:

Afora essas duas características que diferenciam a ação declaratória de constitucionalidade da ação direta de inconstitucionalidade, há um aspecto que se apresenta com mais intensidade na primeira do que na segunda: a da ausência de legitimado passivo. Esta Corte já firmou entendimento, em vários julgados, de que a ação direta de inconstitucionalidade se apresenta como processo objetivo, por ser processo de controle de normas em abstrato, em que não há prestação de jurisdição em conflitos de interesses que pressupõem necessariamente partes antagônicas, mas em que há, sim, a prática, por fundamentos jurídicos, do ato político de fiscalização dos Poderes constituídos decorrente da aferição da observância, ou não, da Constituição pelos atos normativos deles emanados (...) Num processo objetivo, que se caracteriza por ser um processo sem partes contrapostas, não tem sentido pretender-se que devam ser asseguradas as garantias individuais do princípio do contraditório e da ampla defesa, que pressupõem a

²² Osvaldo Gozáni, *El principio de congruencia frente al principio dispositivo*, In: Revista de Processo, ano 32, nº 152, out. 2007, p. 126.

²³ Cf., nesse sentido, Antonio Cintra, *et al.*, *Teoria geral do processo*, São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 71-72.

²⁴ Exemplos de tais exceções são, no vigente Código de Processo Civil: “Art. 113. A incompetência absoluta deve ser declarada de ofício e pode ser alegada, em qualquer tempo e grau de jurisdição, independentemente de exceção; Art. 440. O juiz, de ofício ou a requerimento da parte, pode, em qualquer fase do processo, inspecionar pessoas ou coisas, a fim de se esclarecer sobre fato, que interesse à decisão da causa; e, Art. 989. O juiz determinará, de ofício, que se inicie o inventário, se nenhuma das pessoas mencionadas nos artigos antecedentes o requerer no prazo legal. No Código Civil: “Art. 210. Deve o juiz, de ofício, conhecer da decadência, quando estabelecida em lei”.

contraposição concreta de partes cujo conflito de interesses se visa a dirimir com a prestação jurisdicional do Estado (...) Por outro lado, qualquer que seja o sentido que se dê ao princípio constitucional do due process of law, não é ele violado pela ação declaratória de constitucionalidade (...) Trata-se de garantia individual que não é afastada por instrumento de controle concentrado em abstrato que visa aferir se a presunção de constitucionalidade de um ato normativo procede em decorrência do confronto dele com a Constituição federal²⁵.

Esse entendimento encontra supedâneo em norma regimental, a dispensar, *ad referendum* do Plenário, as informações da autoridade responsável pelo ato normativo objeto da dúvida constitucional²⁶, a evidenciar não ser ela considerada parte do processo de controle de constitucionalidade, não tendo direito à *ampla defesa* do ato normativo, por assim dizer. Ademais, a *causa petendi* é aberta, a decisão que em seu bojo é prolatada não é passível de ataque pela via da rescisória, e a ação não é disponível, vedada a desistência. Dentro desse quadro, o princípio do pedido aparece como um sobrevivente, o último estrangeiro, nascido nas terras da litigância civil e que, estranhamente, sobrevive dentro do processo constitucional²⁷:

Ementa: Constitucional. Administrativo. Servidor público: remuneração: vinculação ou equiparação. C.F., art. 37, XIII. Lei Complementar nº 7, de 1991, com a redação da Lei Complementar nº 23, de 2002, do Estado de Alagoas. I. - Objetivando impedir majorações de vencimentos em cadeia, a Constituição Federal, art. 37, XIII, veda a vinculação ou equiparação de vencimentos para o efeito de remuneração de pessoal do serviço público. II. - Inconstitucionalidade de parte da segunda parte do art. 74 da Lei Complementar nº 7, de 1991, com a redação da Lei Complementar nº 23, de 2002, ambas do Estado de Alagoas. III. - *Não obstante de constitucionalidade duvidosa a primeira parte do mencionado artigo 74, ocorre, no caso, a impossibilidade de sua apreciação, em obséquio ao "princípio do pedido" e por não ocorrer, na hipótese, o fenômeno da inconstitucionalidade por "arrastamento" ou "atração", já que o citado*

²⁵ ADC 1-QO, Rel. Moreira Alves, DJ de 16.06.1995, pp. 20-27.

²⁶ RISTF/ Art. 170. O Relator pedirá informações à autoridade da qual tiver emanado o ato, bem como ao Congresso Nacional ou à Assembléia Legislativa, se for o caso. § 1... § 2º As informações serão prestadas no prazo de trinta dias, contados do recebimento do pedido, podendo ser dispensadas, em caso de urgência, pelo Relator, *ad referendum* do Tribunal. (Grifamos)

²⁷ Cf., como exemplos dessa postura, o julgamentos da ADI 2.182, Rel. Marco Aurélio, julgado em julho de 2007, ocasião em que o STF não acatou, por 6 votos a 5, a questão de ordem suscitada pelo Ministro Gilmar Mendes no sentido de que seria possível ao STF apreciar, de ofício, eventuais inconstitucionalidades materiais da Lei 8.429/92, não alegadas na petição inicial da ADI. E, ainda, ADI 3.773, Rel. Menezes Direito, *Informativo STF 537*, 2 A 6-3-2009.

*dispositivo legal não é dependente da norma declarada inconstitucional. IV. ADI julgada procedente, em parte*²⁸.

São duas as hipóteses de relativização do princípio do pedido. Dá-se, por exemplo, em virtude da dependência recíproca entre a norma declarada inconstitucional e outras que não foram abarcadas pelo pedido, mas que, para manterem-se úteis ao sistema jurídico, dependiam daquela (declaração de inconstitucionalidade em virtude de dependência unilateral). A segunda hipótese, é aquela em que a indivisibilidade da lei decorre “de uma forte integração entre as suas diferentes partes”²⁹, dando origem à declaração de inconstitucionalidade em virtude de dependência recíproca.

Não há, aqui, importante notar, uma desconsideração pelo princípio do pedido, apenas a exigência, específica para ações em controle de constitucionalidade, de que o pedido seja de molde a não criar, na hipótese de seu provimento, incoerências jurídico-sistemáticas, nem deixar no ordenamento diplomas inutilizados por uma declaração de nulidade parcial ou decretos que regulamentam leis que não mais existem. Por vezes, os pedidos com tais consequências não são conhecidos³⁰, em outras ocasiões, cada vez mais frequentes, sana-se o vício de propositura com uma sentença que, em última análise, adita esse pedido incompleto na ocasião de sua prolação³¹.

2.3 Controle de constitucionalidade *ex officio* ou controle de constitucionalidade por unidade de matéria

Importaria notar que a lógica que hoje conduz as leituras que atenuam o princípio do pedido, em sede de controle de constitucionalidade, é a da dependência internormativa. Se uma disposição legal *A* tem seu sentido obliterado, ou sua eficácia obstada pela declaração de inconstitucionalidade de uma disposição legal *B*, que lhe regia a existência, então a disposição normativa *A* pode ser alcançada pela declaração de inconstitucionalidade, não obstante a omissão do pedido a seu respeito. Em relação ao dispositivo de lei *A*, o Tribunal realiza controle de constitucionalidade *ex officio*, dito por arrastamento.

²⁸ ADI 2.895, Rel. Carlos Velloso, *DJ* de 25.05.2005. (Grifamos)

²⁹ Gilmar Mendes, *et al.*, *Curso de direito constitucional*, São Paulo: IDP/Saraiva, 2007, p. 1183.

³⁰ Cf., exemplificativamente, ADI 2.133, Rel. Ilmar Galvão, *DJ* de 04.05.2001 e ADI 2.174, Rel. Maurício Corrêa, *DJ* de 07.03.2003.

³¹ Nesse sentido, as decisões nas ADI 1.662, Rel. Maurício Corrêa, *DJ* de 19.09.2003; ADI 2.982-QO, Rel. Gilmar Mendes, *DJ* de 11-12-2004; e ADI 1.144, Rel. Eros Grau, *DJ* de 08.09.2006.

Esse entendimento, atualmente majoritário, exclui da decisão de inconstitucionalidade por atração dispositivos que, embora com teor inconstitucional idêntico, estejam situados em outros diplomas, não referidos na exordial. Em suma, a técnica do arrastamento pressupõe a subserviência do dispositivo arrastado ao arrastante.

Todavia, o raciocínio da interdependência normativa e a técnica da declaração de inconstitucionalidade por arrastamento não são capazes de esgotar, explicar ou oferecer fundamentação teórica para toda atividade de ofício presente no processo constitucional contemporâneo, aqui ou alhures.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, *v. g.*, existem precedentes de verdadeira superação do pedido constante da peça vestibular. Não mais arrastamento por interdependência normativa, mas provimento que, com supedâneo na unidade da matéria lesiva à ordem constitucional, alcançou quem não era parte e o que não era objeto da ação. Por ocasião do julgamento do RE 172.058 – a provar o processo de objetivação do recurso extremo -, ficou assentado que

os limites da lide não revelam os parâmetros da atuação desta Corte, porque foram excedidos na prolação do acórdão atacado. Cabe, ultrapassada a barreira do conhecimento do extraordinário, avançar, em atuação condizente com a atividade precípua que a Constituição Federal impõe ao Supremo – de Guarda Maior dela própria. Indaga-se: o que ocorrerá a não se entender dessa forma? Limitada a apreciação à parte envolvida na lide – desconto na fonte quanto aos cotistas – permanecerá sem o crivo do Supremo Tribunal Federal o provimento do Tribunal Regional Federal no que declarada, também, a inconstitucionalidade do artigo quanto ao acionista e ao titular da empresa individual. Cumpre, na espécie, construir, atento o Plenário ao princípio da razoabilidade³².

O julgamento da AO 499 é ainda mais explícito nesse sentido. Naquela ocasião, o Tribunal, por unanimidade, verteu a questão jurídico-subjetiva em tela em uma oportunidade para o controle de constitucionalidade da norma em que se fundava a pretensão do Impetrante. À decisão do Plenário foi dada a seguinte redação: “O Tribunal indeferiu o mandado de segurança e, ouvido o Procurador-Geral da República, *de ofício*, declarou a inconstitucionalidade do Ato nº 274, de 16 de abril de 1997, do Conselho de Administração

³² RE 172.058, Rel. Marco Aurélio, *DJ* de 13.10.1995, p. 1549.

do Superior Tribunal Militar”³³. A toda evidência, o Plenário do Supremo Tribunal Federal não expandiu o pedido, aqui, em atenção a razões de coerência sistemática.

Mas, se houve controle de ofício, e não pode ser a decisão explicada pela lógica da interdependência normativa, então, teria o Tribunal extrapolado suas competências, já amplas e gravíssimas? Pensamos que não. Quando expande o pedido, em atenção à repercussão jurídica da lesão à Constituição, o juiz constitucional não substitui os legitimados na escolha do objeto da ação, mas deriva todas as implicações do pedido, pondo a descoberto a inteira trama de direito interligada materialmente ao tema constitucional submetido ao Tribunal.

Na Itália, essa noção de controle de constitucionalidade *ex officio*, motivado pela relevância da lesão ao ordenamento constitucional ganhou desenvolvimento, sobretudo, com a prática dos juízes administrativos de ampliarem o conteúdo do pedido, para torná-lo mais abstrato e geral, antes de sobrelevá-lo ao conhecimento da *Corte Costituzionale*. Pignatelli, analisando o processo, logrou lançar luz sobre o fato de que a relação entre jurisdição constitucional e princípio do pedido avança para tornar-se um oxímoro:

Não se pode negar como a noção de relevância, ampliando o acesso ao juízo de constitucionalidade, produz não um simples enfraquecimento do princípio da demanda, mas a sua profunda alteração. Parece que um vício diverso daquele lamentado pode ser imerso no juízo através da sobrelevação da questão constitucional, com o que se dilata o *thema decidendum* (...) A valoração do vínculo genético entre a norma indicada no recurso e aquele objeto da questão de constitucionalidade mostra um interesse abstrato na legitimidade constitucional do fundamento do poder público; a noção mesma de aplicabilidade “*lato sensu*”, relativa à norma sobre poder, porta, em si, um perfil abstrato, apreciável na superação do princípio da demanda³⁴.

Interessante notar que foi de ofício o primeiro caso de controle de constitucionalidade da história da Suprema Corte americana. A situação jurídico-subjetiva de *Marbury* teria sido plena e cabalmente resolvida com o trecho da decisão em que Marshall declara o Tribunal incompetente para a demanda, provimento suficiente para manter a decisão de Madison. Sem que ninguém lhe requisitasse tal juízo, Marshall avança para

³³ AO 499, Rel. Maurício Corrêa, *DJ* de 1º.08.2003. (Grifamos)

³⁴ Nicola Pignatelli, *Le reciproche “incidenze” tra processo amministrativo e processo costituzionale*, disponível em: http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/dottrina/giustizia_costituzionale/pignatelli.html, acesso em: 20.06.2009, item nº 6.

declarar inconstitucional a seção 13 do *Judiciary Act* de 1789, assentando que o Congresso não poderia ampliar a jurisdição para além do que estava previsto na Constituição. Mantendo em mente tal genealogia, que é também a nossa, torna-se possível encarar com naturalidade a notícia que nos deu Hirschl: “Muitas ordens políticas autorizam os juízes de suas cortes constitucionais, por meio de uma capacidade *ex officio*, a iniciar o processo contra leis aparentemente inconstitucionais”³⁵.

Ainda em sede de processo constitucional comparado, cumpre referir o inciso terceiro, do art. 6º, do Decreto n. 2.067, de 1991, diploma que disciplina o processo constitucional colombiano: “A Corte se pronunciará sobre todas as normas demandadas e poderá assinalar na sentença as que, a seu juízo, conformam unidade normativa com aquelas outras que declara inconstitucionais”³⁶. Valendo-se de tal competência, a Corte constitucional proferiu a Sentença n. C-344/95, ocasião em que assentou:

A jurisprudência da Corte tem sido reiterada no sentido de que, quando entre dois ou mais preceitos existe unidade normativa, ainda que se encontrem incluídos em leis ou estatutos diferentes, a inconstitucionalidade de um deles implica a dos demais, motivo suficiente para que esta Corporação, no exercício de sua função de controle, e em defesa da integridade e supremacia da Carta Política, tenha a faculdade de declarar a inexequibilidade do conjunto de normas, ainda que algumas delas não hajam sido demandadas (...) mas, se o vínculo existente entre as normas, ainda que toquem na mesma matéria, não implica indispensável conexão, enquanto a ligação entre elas carece da contundência suficiente para concluir-se, com certeza, que o preceito de cuja vinculação se trata é também contrário à Constituição pelas mesmas razões encontradas em relação ao outro, ou é de todo acessório que se lhe declare a inexequibilidade, não cabe a estruturação da unidade normativa e, em consequência, a definição da constitucionalidade das normas não atacadas na demanda deverá postergar-se, à espera de posteriores ações³⁷.

A provar que não se trata de uma questão alienígena, recentemente, o Supremo Tribunal Federal iniciou a discussão acerca da possibilidade de avançar sobre norma não aventada na exordial e inserida em diploma normativo de diferente hierarquia. Somos informados que “durante o julgamento da segunda preliminar, o tribunal discutiu

³⁵ Ran Hirschl, *Towards juristocracy*, Cambridge: Harvard University Press, 2004, p. 200.

³⁶ Decreto n. 2.067, de 1991, Diário Oficial n. 40.012, de 4 de setembro de 1991, disponível em: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto/1991/decreto_2067_1991.html, acesso em: 25.07.2009.

³⁷ Corte Constitucional de Colômbia, Sentencia nº 344, de 1995, disponível em: http://www.fiscalia.gov.co/justiciapaz/Documentos/Normativa/Sentencia_C_344_95_Ley418.htm, acesso em: 20.06.2009.

sobre a possibilidade de, no caso, avançar para se pronunciar, *incidenter tantum*, sobre a constitucionalidade, ou não, da referida norma da Constituição estadual, embora não impugnada na inicial”³⁸.

Está tudo isso a indicar que a incidência do princípio do pedido sobre o processo constitucional, o quanto menos, passa por uma redefinição. Tal redefinição talvez torne plausível a tese, aventada acima, no sentido de facultar ao Plenário do STF a instauração de uma ADPF, *ex officio*, nas hipóteses em que superveniente Emenda Constitucional altera o parâmetro de controle evocado por ações diretas já em tramitação.

3 Considerações finais

Concluimos que, a partir da natureza pública do interesse constitucional, deve-se avançar para excluir os limites artificiais fundados na atividade dos legitimados para a provocação do controle de constitucionalidade. Não pretendemos, com isso, excluir a exigência de delimitação do pedido para as ações constitucionais, e muito menos tornar regra a iniciativa pretoriana no processo de controle.

Ao contrário, nosso objetivo foi deixar claro que a teoria da legitimidade processual que se apóia, exclusivamente, sobre a pretensão jurídico-subjetiva não convive, ao menos teoricamente, com os princípios reitores do processo de controle de legitimidade da lei. No conhecimento da ação e no julgamento do mérito constitucional, portanto, não cabe levar em conta os princípios ligados à situação da pessoa em juízo e, por isso, o princípio do pedido deve ser tido como uma diretriz que não vincula o juiz constitucional.

³⁸ *Informativo STF* n. 537, 2 a 6-3-2009, ADI 3.773, Rel. Menezes Direito. A discussão restou esvaziada por razões alheias ao seu mérito, e ficou inane de manifestação do Plenário.

Referência bibliográficas

BEDAQUE, José. *Poderes instrutórios do juiz*, São Paulo: RT, 2001.

CINTRA, Antonio, *et al.*, *Teoria geral do processo*, São Paulo: Malheiros, 2008.

DINAMARCO, Cândido. *A reforma da reforma*. São Paulo: Malheiros, 2002.

HIRSCHL, Ran. *Towards juristocracy*, Cambridge: Harvard University Press, 2004.

MENDES, Gilmar. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental*. São Paulo: IDP/Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar, *et al.*, *Curso de direito constitucional*, São Paulo: IDP/Saraiva, 2007.

MOREIRA, Barbosa. *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. V, Rio de Janeiro: Forense, 2006.

PIGNATELLI, Nicola. *Le reciproche “incidenze” tra processo amministrativo e processo costituzionale*. Disponível em: http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/dottrina/giustizia_costituzionale/pignatelli.html, acesso em: 20.06.2009.

PONTES DE MIRANDA, Francisco. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro, 1949, Tomos I, II e V.

WAMBIER, Luiz. *Curso avançado de processo civil*, São Paulo: RT, 2006.

REVISTA DE PROCESSO, ano 31, nº 137, jul. 2006.

REVISTA DE PROCESSO, ano 32, nº 143, jan. 2007.

REVISTA DE PROCESSO, ano 32, nº 152, out. 2007.

