

ANÁLISE DA ADI 6764/DF SOB A ÓTICA DO PROCESSO JURISDICIONAL BRASILEIRO

Anderson Luiz Ribeiro¹

Carlos Barbosa Ribeiro²

Raphael de Andrade Naves³

Resumo

No contexto da pandemia de COVID-19, o Presidente da República ajuizou, perante o Supremo Tribunal Federal, a ação direta de inconstitucionalidade (ADI) 6764/DF, impugnando decretos expedidos por governadores de estados que haviam determinado a adoção de medidas restritivas, como o fechamento de atividades não essenciais e toque de recolher. Sob a ótica das normas que regem o processo constitucional brasileiro, o presente estudo faz uma breve discussão sobre a decisão monocrática proferida pelo relator, Ministro Marco Aurélio de Mello, o qual indeferiu a petição inicial. Assim, buscou-se apoio metodológico na legislação, na doutrina e na jurisprudência, com o propósito de apresentar os principais aspectos técnicos de tal ação constitucional e promover discussão sobre a aderência – ou não – de tal decisão ao posicionamento historicamente adotado pela Suprema Corte. Por fim, concluiu-se que a decisão monocrática desrespeitou as normas fundamentais do processo jurisdicional brasileiro, afastando-se das interpretações anteriormente exaradas pelo Supremo Tribunal Federal.

Palavras-chave: Processo Constitucional. Controle de Constitucionalidade. Precedentes.

ANALYSIS OF ADI 6764/DF UNDER THE RULES OF BRAZILIAN JURISDICTIONAL PROCESS

¹Mestre em Concretização dos Direitos Sociais, Difusos e Coletivos pela UNISAL. Especialista em Direito Civil.

²Especialista em Processo Civil pela Universidade Federal Fluminense.

³Mestre em Concretização dos Direitos Sociais, Difusos e Coletivos pela UNISAL. Especialista em Direito Empresarial.

Abstract

In the context of the COVID-19 pandemic, the President of the Republic filed a direct action of unconstitutionality (ADI) 6764/DF in the Federal Supreme Court, challenging decrees issued by state governors that had determined the adoption of restrictive measures, such as the closure of non-essential activities and curfews. From the perspective of the norms that govern the Brazilian constitutional process, the present study makes a brief discussion about the monocratic decision rendered by the rapporteur, Minister Marco Aurélio de Mello, who rejected the initial petition. Thus, methodological support was sought in legislation, doctrine and jurisprudence, with the purpose of presenting the main technical aspects of such constitutional action and promoting discussion about the adherence - or not - of such decision to the position historically adopted by the Supreme Court. Finally, it was concluded that the monocratic decision disrespected the fundamental norms of the Brazilian judicial process, moving away from the interpretations previously issued by the Federal Supreme Court.

Keywords: Constitutional Process. Control of Constitutionality. Precedents.

Introdução

O presente trabalho analisará, à luz da técnica processual, a decisão monocrática proferida pelo Min. Marco Aurélio do Supremo Tribunal Federal, na ADI nº 6764/DF, proposta pelo Presidente da República com o objetivo de ver declarados inconstitucionais os decretos expedidos por Governadores de Estados impondo medidas restritivas no combate à pandemia da Covid-19.

Inicialmente será identificado o objeto da ação proposta pelo Presidente bem como o teor da decisão proferida pelo Ministro Relator. Em seguida, serão trazidas à baila as balizas gerais do processo, em especial, as condições da ação e os pressupostos processuais.

Apresentar-se-á o entendimento firmado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal bem como o posicionamento doutrinário a respeito da legitimidade e da capacidade processual nas ações direta de controle de constitucionalidade.

Por fim, serão analisadas as possíveis violações da decisão ao sistema de valorização de precedentes judiciais, às regras do procedimento especial e comum e às normas fundamentais do processo brasileiro.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade N.º 6.764/DF

O objeto da demanda

Em 19 de março de 2021, foi proposta pelo Presidente da República, Sr. Jair Messias Bolsonaro, a ação direta de inconstitucionalidade contra decretos expedidos pelos Chefes do Executivo nos Estados da Bahia, do Distrito Federal e do Rio Grande do Sul. Os referidos decretos têm por objeto medidas restritivas como o fechamento de atividades não essenciais e toque de recolher, com vistas ao combate à pandemia da Covid-19.

Em fundamento à pretensão da declaração da inconstitucionalidade dos atos normativos expedidos pelos Governadores daqueles Estados-membros, o postulante alegou a violação aos princípios constitucionais da legalidade e da razoabilidade, razão pela qual mereceriam ser banidos do ordenamento jurídico brasileiro.

No que tange ao princípio da legalidade, os decretos estaduais teriam natureza de atos administrativos e, conseqüentemente, deveriam buscar fundamento de validade na lei, e não diretamente na Constituição Federal. Isso porque o agente público está subordinado à lei, só podendo praticar atos que lhe sejam permitidos ou determinados pelo legislador. E no caso sob exame, segundo o postulante, não haveria lei conferindo poderes ao Chefe do Executivo Estadual para impor medidas restritivas à locomoção de pessoas saudáveis ou ao exercício de atividades econômicas.

Noutro giro, alegou o postulante que, ainda que os decretos tenham sido respaldados em avaliações técnicas, as medidas restritivas teriam sido irrazoáveis.

Isso porque as restrições previstas impactariam de forma excessiva na liberdade de locomoção e na liberdade econômica.

Pretendeu-se ainda que, enquanto tramitasse a ação, fosse concedida uma medida provisória de urgência visando à suspensão dos referidos atos normativos (BRASIL, 2021).

A Decisão Monocrática de Indeferimento

Distribuída a relatoria da demanda ao Ministro Marco Aurélio Mendes de Farias Mello, por prevenção da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 806 – ação proposta pelo Partido Trabalhista Brasileiro (PTB) contra a decretação de lockdown e toque de recolher por governadores e prefeitos de todo o país como forma de combater a disseminação do novo coronavírus e o colapso do sistema de saúde – a petição inicial foi indeferida, com fundamento no art. 4º, caput, da Lei n.º 9.868/99.

Eis o teor da decisão monocrática:

DECISÃO LEGITIMIDADE – CAPACIDADE POSTULATÓRIA – DISTINÇÃO. 1. O assessor Hazenclever Lopes Caçado Júnior prestou as seguintes informações: O Presidente da República, Jair Bolsonaro, mediante petição por si subscrita, ajuizou ação direta, com pedido liminar, buscando interpretação conforme à Constituição Federal aos artigos 2º, incisos I, II e IV, 3º, incisos I e II, da Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019 – Lei de liberdade econômica –, 2º, incisos I e II, e 3º, incisos II e VI, da Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, a versar medidas de enfrentamento à crise sanitária decorrente do novo coronavírus, e a declaração de inconstitucionalidade dos Decretos nº 41.874/2021 do Distrito Federal, editado pelo Governador, Ibaneis Rocha; 20.233/2021 elaborado pelo Governador do Estado da Bahia, Rui Costa; 55.782/2021 e 55.789/2021, do Estado do Rio Grande do Sul, governador Eduardo Leite, por meio dos quais determinado fechamento total e toque de recolher em virtude da pandemia covid-19. Tem como cabível a via escolhida, afirmando que os atos impugnados inovaram no ordenamento jurídico. Aponta inobservados os princípios da legalidade, da proporcionalidade, as liberdades econômica e de locomoção – artigos 5º, incisos II, XV e LIV, da Carta da República. Refere-se à edição do Decreto nº 10.212/2020, mediante o qual internalizado o Regulamento Sanitário Internacional. Ressalta a pertinência do isolamento e quarentena. Destaca prevista, no artigo 3º, incisos I, II e VI,

alíneas “a” e “b”, da Lei nº 13.979/2020, restrição excepcional e temporária à entrada e saída de pessoas no País, à locomoção interestadual e intermunicipal. Articula com reserva de lei para estabelecer redução da locomoção de pessoa saudável e do exercício de atividade econômica. Alega ser possível apenas em estado de sítio a limitação do direito de ir e vir. Sublinha competir ao Chefe do Poder Executivo nacional, mediante autorização do Congresso, a decretação. Evoca doutrina. Diz não caber aos entes federados restringir o funcionamento de atividade econômica não essencial. Tem como desproporcionais as providências adotadas. Realça não haver comprovação científica a justificá-las. Sob o ângulo do risco, frisa dano à liberdade e à economia. Requer, no campo precário e efêmero, a interpretação conforme à Constituição aos artigos 2º, incisos I, II e IV, 3º, incisos I e II, da Lei nº 13.874/2019, 2º, incisos I e II, e 3º, incisos II e VI, da Lei nº 13.979/2020, assentando-se que fechamento de serviço não essencial, mesmo em caso de emergência sanitária, exige previsão em lei e deve preservar a autonomia econômica considerada a subsistência individual e familiar, e a suspensão da eficácia dos Decretos nº 41.874/2021 do Distrito Federal, 20.233/2021 do Estado da Bahia, 55.782/2021 e 55.789/2021 do Estado do Rio Grande do Sul. Postula, alfim, a confirmação da tutela de urgência. Consulta ao termo de recebimento e autuação sinaliza distribuído o processo a Vossa Excelência por prevenção à arguição de descumprimento de preceito fundamental nº 806. 2. O artigo 103, inciso I, da Constituição Federal é pedagógico ao prever a legitimidade do Presidente da República para a propositura de ação direta de inconstitucionalidade, sendo impróprio confundir-la com a capacidade postulatória. O Chefe do Executivo personifica a União, atribuindo-se ao Advogado-Geral a representação judicial, a prática de atos em Juízo. Considerado o erro grosseiro, não cabe o saneamento processual. Eis o consentâneo com a Constituição Federal de 1988. Conforme ressaltai no exame da medida acauteladora na ação direta de inconstitucionalidade nº 6.341, redator do acórdão ministro Luiz Edson Fachin, acórdão publicado no Diário da Justiça eletrônico de 13 de novembro de 2020, há um condomínio, integrado por União, Estados, Distrito Federal e Municípios, voltado a cuidar da saúde e assistência pública – artigo 23, inciso II. Ante os ares democráticos vivenciados, imprópria, a todos os títulos, é a visão totalitária. Ao Presidente da República cabe a liderança maior, a coordenação de esforços visando o bem-estar dos brasileiros. 3. Indefiro a inicial, observado o artigo 4º, cabeça, da Lei nº 9.868/1999. 4. Publiquem. Brasília, 23 de março de 2021. Ministro MARCO AURÉLIO Relator (BRASIL, 2021).

Segundo a decisão, a previsão contida no art. 103, inciso I da Constituição Federal, o qual dispõe sobre um dos legitimados ativos para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, não deve ser confundida com a capacidade postulatória, isto é, com a capacidade técnica de postular em juízo.

Para o Ministro Relator, o Chefe do Poder Executivo personifica a União, atribuindo-se ao Advogado-Geral da União a representação judicial, isto é, a prática de atos processuais.

Por fim, o Ministro Relator considerou como erro grosseiro a referida ausência de capacidade postulatória e, conseqüentemente, decidiu pela impossibilidade de saneamento processual, com a convalidação do ato pelo Advogado-Geral da União, o que levou ao indeferimento da petição inicial e a extinção do feito sem análise de mérito.

Traçada a síntese da decisão monocrática, cumpre tecer alguns comentários sobre a referida decisão, em especial, sobre a mudança de entendimento do tema da legitimidade e da capacidade postulatória nas ações diretas de controle concentrado de constitucionalidade, bem como sobre as normas fundamentais consagrados no Código de Processo Civil.

Aspectos gerais da teoria processual

A legitimidade

A ação é o fenômeno que permite a movimentação do aparelho estatal com função jurisdicional. No entanto, o direito de ação não se limita ao “direito de dar início ao processo”, o que se esgotaria com o ajuizamento da petição inicial. Ele é exercido por ambas as partes e ao longo de todo o processo, através da prática de atos destinados a influir na formação do resultado do processo.

O direito de ação encontra previsão constitucional no inciso XXXV do art. 5º da Constituição da República, por força do qual se garante o acesso à justiça. Esse direito existe mesmo que seu titular não tenha, efetivamente, o direito material alegado. Isso

porque todos têm o direito de participar do processo e buscar um resultado favorável. Aquele que não tem razão tem, no mínimo, o direito de ficar vencido no estrito limite daquilo em que não tenha razão. Isso é acesso à justiça, é acesso a um resultado justo.

O exercício do direito de ação será regular se preenchidos dois requisitos, tradicionalmente conhecidos como “condições da ação”: *legitimidade* e *interesse*, que estão previstas no artigo 17 do Código de Processo Civil.

Pode-se definir a legitimidade como a aptidão específica para, numa determinada ação, praticar atos de exercício do direito de ação, tais como demandar, contestar, requerer a produção de uma prova, recorrer etc. Faltando essa aptidão, o ato deve ser considerado inadmissível. Se essa inaptidão for para demandar, mais do que inadmissível, deve o processo ser julgado extinto sem resolução de mérito, na forma do artigo 485, inciso VI, do Diploma Adjetivo.

Em regra, essa aptidão é conferida ao sujeito da relação jurídica material que está sendo discutida no processo. É a denominada legitimidade ordinária. É a regra porque ninguém poderá pleitear em juízo direito alheio em nome próprio.

No entanto, esse mesmo dispositivo ressalva as situações em que o ordenamento jurídico autoriza que alguém pleiteie em juízo, em nome próprio, direito alheio. Essa é a chamada legitimidade extraordinária. Essa autorização pode estar prevista na lei ou num negócio jurídico processual.

Por fim, registra-se que a legitimidade extraordinária se justifica, com maior relevo, na defesa de interesses difusos e coletivos, ante a óbvia impossibilidade de serem tutelados pelas vias ordinárias.

A Capacidade Postulatória

O processo é o instrumento pelo qual o Estado exerce a sua atividade jurisdicional. Esse instrumento pode ser definido pelos seus aspectos extrínsecos, ou seja, pela forma como se instaura e termina; e, também, pelos seus aspectos intrínsecos, ou seja, pelo vínculo que une os sujeitos que nele atuam. Em razão disso,

o processo, objetivamente analisado, é um procedimento animado contraditório. Por outro lado, numa análise subjetiva, o processo é uma relação jurídica que se estabelece, ao menos, entre juiz, autor e réu com vistas à prestação da tutela jurisdicional.

A instauração e regular desenvolvimento do processo dependem do preenchimento de alguns requisitos, conhecidos como *pressupostos processuais*. Estes se dividem em duas categorias: *pressupostos de existência* e *pressupostos de validade*. Um dos pressupostos processuais de validade é a capacidade processual das partes. Desse modo, o desenvolvimento regular do processo, que é aquele capaz de conduzir à resolução do mérito pelo Estado-juiz, depende que as partes tenham aptidão para estar no processo, aptidão para defender os próprios interesses no processo e aptidão técnica para se dirigir ao Juízo. Esse conjunto de aptidões formam o que a doutrina denomina de capacidade processual.

A capacidade processual, portanto, é a soma da capacidade de ser parte, da capacidade de estar em juízo e a da capacidade postulatória. Faltando uma dessas capacidades, ou aptidões, a parte não terá capacidade processual e faltará um dos pressupostos processuais de validade.

Quando ausente um pressuposto processual de validade, como falamos, o processo deve ser extinto sem resolução de mérito, na forma do art. 485, inc. IV do CPC. No entanto, essa análise precisa ser feita com um pouco mais de cautela pois, se a falta de capacidade processual for no polo passivo, ou seja, do demandado, o processo não será extinto sem resolução de mérito por esse motivo. Neste caso, deve ser decretada a revelia do réu, como determina o artigo 76, parágrafo primeiro, inciso II, do Código de Processo Civil.

De todo modo, antes de julgar extinto o processo ou decretar a revelia, deve o juiz suspender o processo e fixar um prazo razoável para que a parte regularize a situação. Descumprida a determinação, aí sim, poderá o juiz decretar a revelia ou julgar extinto o processo, conforme o caso.

Art. 76. Verificada a incapacidade processual ou a irregularidade da representação da parte, o juiz suspenderá o processo e designará prazo razoável para que seja sanado o vício.

§ 1º Descumprida a determinação, caso o processo esteja na instância originária:

I - o processo será extinto, se a providência couber ao autor;

II - o réu será considerado revel, se a providência lhe couber;

III - o terceiro será considerado revel ou excluído do processo, dependendo do polo em que se encontre.

§ 2º Descumprida a determinação em fase recursal perante tribunal de justiça, tribunal regional federal ou tribunal superior, o relator:

I - não conhecerá do recurso, se a providência couber ao recorrente;

II - determinará o desentranhamento das contrarrazões, se a providência couber ao recorrido.

A capacidade de ser parte diz respeito à aptidão para figurar como parte do processo, seja no polo ativo, seja no polo passivo. E aqui, pessoal, deve ser feita uma análise abstrata, sem se considerar o objeto do processo. Indaga-se, apenas, se quem está no polo ativo ou no polo passivo do processo pode ser parte, independentemente do conflito que se busca resolver.

A lei confere capacidade de ser parte a todas as pessoas, naturais ou jurídicas. E curiosamente, para ser parte, a lei nem exige que tenha personalidade jurídica, pois são vários os entes despersonalizados que o legislador permite demandar ou ser demandado, como é o caso da massa falida e do condomínio.

No que se refere à capacidade de estar em juízo, a orientação legal é da que toda pessoa que se encontre no exercício de seus direitos tem capacidade de estar em juízo. Logo, a aptidão para estar em juízo depende da capacidade civil de fato.

Percebam que as pessoas jurídicas são naturalmente incapazes juridicamente. Seus atos dependem sempre de representação. Logo, para pessoa jurídica estar em juízo, é necessário que ela se faça presente por seu representante legal.

Segundo a Constituição, as pessoas jurídicas da administração pública direta são representadas pelo Chefe do Poder Executivo. No entanto, a representação no processo não se fará na pessoa do Chefe do Executivo no âmbito federal, distrital e estadual. Segundo o artigo 75 do Código de Processo Civil, essa representação no processo será feita pela Advocacia Pública do ente político.

A capacidade postulatória, por seu turno, é a aptidão técnica para atuar no processo. Segundo o artigo 103 do CPC, as partes devem ser representadas por advogados inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil. Por advogado, devemos entender o advogado público – que é o representante técnico das pessoas jurídicas de direito público – e a defensoria pública – que é um órgão integrante da estrutura do estado para prestar assistência jurídica aos hipossuficientes. Os poderes desses órgãos são delegados por lei, dispensando, portanto, a apresentação de procuração.

Por fim, é importante frisar que a capacidade postulatória é dispensada em alguns casos pelo legislador, como ocorre no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, cujas causas não ultrapassem vinte salários-mínimos. Pode-se dizer que, quando isso ocorre, o sujeito da demanda é dotado da referida capacidade por força de lei.

Aspectos gerais do controle concentrado de constitucionalidade

A Legitimidade para a Propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade

Uma das características do movimento constitucionalista é a supremacia da constituição. Isso porque, ao limitar os poderes do Estado, coloca-se no vértice do sistema jurídico do país e, conseqüentemente, institui o sistema da compatibilidade vertical das normas jurídicas desse país.

Essa supremacia só se sustenta, no entanto, se a constituição for rígida – que é aquela que possuiu um processo mais dificultoso de alteração de suas normas – e se houver um sistema de controle de constitucionalidade. A Constituição da República Federativa do Brasil prevê dois sistemas: o difuso, que será exercido em casos concretos, por qualquer órgão do Judiciário; e o concentrado, que será realizado exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal, no bojo das ações diretas.

Nesse passo, o art. 103 da CF/88 disciplina um rol de legitimados para a propositura da ação direta de inconstitucionalidade, demonstrando um verdadeiro incentivo à guarda dos preceitos constitucionais e unicidade do ordenamento jurídico. No plano infraconstitucional, coube à Lei Federal n.º 9.868/99 regulamentar o

procedimento da ação em comento, o que restou por replicar o rol de legitimados ativos.

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:

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

Art. 2º Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade:

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

Dentre os legitimados, a doutrina os dividiu em legitimados universais e legitimados especiais. Àqueles, em razão do papel institucional que possuem, é permitida a defesa da Constituição em qualquer hipótese. Dos especiais é necessária a demonstração da denominada pertinência temática, pois sua atuação fica restrita às questões que repercutem diretamente sobre as esferas jurídicas do grupo de pessoas sobre as quais tenham representatividade adequada.

Salienta-se que pertinência temática é o requisito objetivo da relação de pertinência entre a defesa do interesse específico do legitimado e o objeto da própria ação, ou seja, é a relação existente entre o ato normativo impugnado e o interesse que é representado pelo legitimado que propõe a ação.

A Capacidade Processual para a Propositura da Ação Direta de Inconstitucionalidade

Diferentemente da legitimidade, que é a aptidão específica para demandar, a capacidade processual deve ser analisada genericamente, independentemente do objeto da demanda. Nesse sentido, a capacidade processual é ofertada pelo legislador, ao que se destacou nas seções anteriores que:

- (i) a capacidade de ser parte é conferida pelo legislador a todas as pessoas e até mesmo, a entes despersonalizados;
- (ii) a capacidade de estar em juízo, que se identifica com a capacidade jurídica para os atos da vida civil, é determinada pelo legislador; e,
- (iii) a capacidade postulatória é atribuída por lei, em regra, aos advogados (públicos ou privados).

É indubitável que o Presidente da República possui legitimidade extraordinária, portanto, fixada por lei, para propor ações direta de controle de constitucionalidade. Mesmo não possuindo personalidade jurídica, a sua capacidade de ser parte é decorrente lógico a sua legitimidade. Afinal, pode-se ser capaz de ser parte sem ter legitimidade, mas o inverso, não.

Não sendo pessoa jurídica, a capacidade de estar em juízo do Presidente da República merece ser aferida pela sua personalidade jurídica natural, ou seja, pela sua capacidade jurídica. A representação processual dos entes públicos por seus procuradores e advogados públicos definida no artigo 75 do Código de Processo Civil não se aplica aqui.

No que se refere à capacidade postulatória, não se identifica na Lei Maior, nem a Lei n.º 9.868/99, algum direcionamento específico dispensando o pressuposto processual em comento. Nesse sentido, não é de se espantar que sejam aplicadas as regras gerais do processo, exigindo a representação técnica por advogado, no caso, membro da Advocacia Geral da União.

A violação ao sistema de valorização dos precedentes judiciais

Diante das peculiaridades das demandas em que se buscam a proteção do direito coletivo, diga-se, a higidez constitucional, o próprio Supremo Tribunal Federal vem, historicamente, prestigiando o entendimento no sentido da existência de uma excepcional capacidade postulatória das autoridades e entidades arroladas no art. 103 da CF/88, considerando como habilitados a praticar atos privativos de advogado, salvo os partidos políticos, as confederações sindicais e as entidades de classe, conforme se depreende dos precedentes abaixo colacionados:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. QUESTÃO DE ORDEM. GOVERNADOR DE ESTADO. CAPACIDADE POSTULATÓRIA RECONHECIDA. MEDIDA CAUTELAR. DEFERIMENTO PARCIAL.

1. O governador do Estado e as demais autoridades e entidades referidas no art. 103, incisos I a VII, da Constituição Federal, além de ativamente legitimados à instauração do controle concentrado de constitucionalidade das leis e atos normativos, federais e estaduais, mediante ajuizamento da ação direta perante o Supremo Tribunal Federal, possuem capacidade processual plena e dispõem, ex vi da própria norma constitucional, de capacidade postulatória. Podem, em consequência, enquanto ostentarem aquela condição, praticar, no processo de ação direta de inconstitucionalidade, quaisquer atos ordinariamente privativos de advogado. 2. A suspensão liminar da eficácia e execução de leis e atos normativos, inclusive de preceitos consubstanciados em textos constitucionais estaduais, traduz medida cautelar cuja concretização deriva do grave exercício de um poder jurídico que a Constituição da República deferiu ao Supremo Tribunal Federal. A excepcionalidade dessa providência cautelar impõe, por isso mesmo, a constatação, hic et nunc, da cumulativa satisfação de determinados requisitos: a plausibilidade jurídica da tese exposta e a situação configuradora do periculum in mora. Precedente: ADIN nº. 96-9 - RO (Medida Liminar, DJ de 10/11/89). (STF, Tribunal Pleno, ADI 127 MC-QO/AL, Rel. Min. Celso de Mello, j. 20/11/1989, p. DJ 04/12/1992).

No mesmo sentido:

E M E N T A: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE AJUIZADA POR GOVERNADOR DE ESTADO - DECISÃO QUE NÃO A ADMITE, POR INCABÍVEL - RECURSO DE AGRAVO INTERPOSTO PELO PRÓPRIO ESTADO-MEMBRO - ILEGITIMIDADE RECURSAL DESSA PESSOA POLÍTICA - INAPLICABILIDADE, AO PROCESSO DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO, DO ART. 188 DO CPC - RECURSO DE AGRAVO NÃO CONHECIDO. O ESTADO-MEMBRO NÃO

POSSUI LEGITIMIDADE PARA RECORRER EM SEDE DE CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO. - O Estado-membro não dispõe de legitimidade para interpor recurso em sede de controle normativo abstrato, ainda que a ação direta de inconstitucionalidade tenha sido ajuizada pelo respectivo Governador, a quem assiste a prerrogativa legal de recorrer contra as decisões proferidas pelo Relator da causa (Lei nº 9.868/99, art. 4º, parágrafo único) ou, excepcionalmente, contra aquelas emanadas do próprio Plenário do Supremo Tribunal Federal (Lei nº 9.868/99, art. 26). Não há prazo recursal em dobro no processo de controle concentrado de constitucionalidade. - Não se aplica, ao processo objetivo de controle abstrato de constitucionalidade, a norma inscrita no art. 188 do CPC, cuja incidência restringe-se, unicamente, ao domínio dos processos subjetivos, que se caracterizam pelo fato de admitirem, em seu âmbito, a discussão de situações concretas e individuais. Precedente. Inexiste, desse modo, em sede de controle normativo abstrato, a possibilidade de o prazo recursal ser computado em dobro, ainda que a parte recorrente disponha dessa prerrogativa especial nos processos de índole subjetiva. (STF, Tribunal Pleno, ADI 2130 AgR/SC, Rel. Min. Celso de Mello, j. 03/10/2001, p. DJ 14/12/2001).

Da análise dos precedentes supramencionados, verifica-se que o entendimento do Pleno do STF é no sentido de que o Presidente da República possui capacidade processual plena, dispondo, também, de capacidade postulatória.

Seguindo a orientação pacificada do Supremo Tribunal Federal, a doutrina constitucional reproduz o entendimento, conforme se retira das lições de Uadi Lammêgo Bulos, *in verbis*:

Somente os partidos políticos, as confederações sindicais e as entidades de classe necessitam de patrocínio de advogado, exigindo-se, nesses casos, procuração com poderes especiais para propor a direta genérica e poderes específicos para atacar a norma objeto do pedido. Os demais legitimados do art. 103 da Carta Magna podem peticionar sem a presença de advogados, pois possuem capacidade postulatória. (BULOS, 2015, p. 293)

Na mesma linha, a doutrina de Ingo Wolfgang Sarlet e Daniel Mitidiero, salienta a diferença entre legitimidade e capacidade postulatória, porém, ressalva o entendimento do Supremo quanto à matéria, consoante abaixo transcrito:

Ademais, há diferença entre ter legitimidade para pedir a declaração de inconstitucionalidade de lei e ter capacidade para postular, sem mediação de advogado, a tutela jurisdicional de inconstitucionalidade, bem como diretamente atuar no processo jurisdicional que lhe é correspondente. É inquestionável que ter legitimidade para determinada ação não significa ter capacidade de postular em juízo, em regra, a circunstância de ter legitimidade não confere capacidade para postular a respectiva ação, assim como capacidade de postular do advogado obviamente nada tem a ver com legitimidade para a causa. Porém, tratando-se de ação direta, entende-se que os legitimados delineados entre os insc. I e VII do art. 103 da CF – com exceção, assim, de partidos políticos com representação no Congresso Nacional e de confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional – igualmente incorporam capacidade postulatória, podendo postular e atuar no processo objeto sem a dependência de advogado para tanto. Neste sentido, decidiu o STF, na Adin 127, EU O Governador do Estado e demais autoridades e entidades referidas no art. 103, I a VII da C, além de ativamente legitimados à instauração do controle concentrado de constitucionalidade das leis e atos normativos federais e estaduais, mediante ajuizamento de ação direta perante o STF, possuem capacidade processual plena e dispõem, ex vi da própria norma constitucional, de capacidade postulatória, podendo, em consequência, enquanto ostentarem aquela condição, praticar, no processo de ação direta de inconstitucionalidade, quaisquer ordinariamente privativos de advogados. (MITIDIERO; SARLET, 2016)

Importante ressaltar que a doutrina processualista já vinha criticando a possibilidade dos legitimados dispostos no art. 103, I a VII da CF/88 terem a capacidade postulatória; todavia, esse não era o entendimento pacificado do STF, conforme se depreende da leitura dos arestos anteriormente citados.

Visando demonstrar a assertiva acima, vale mencionar a doutrina do processualista Daniel Amorim Assumpção Neves, que considera absolutamente irrazoável o entendimento do Supremo, conforme trecho colacionado de sua obra:

Mesmo que limitados a apenas alguns legitimados ativos, considero absolutamente irrazoável o entendimento consagrado pelo Supremo Tribunal Federal, não havendo qualquer sentido lógico ou jurídico para permitir atos privativos de advogados a sujeitos que não tenham a devida capacidade postulatória, salvo o Procurador-Geral da República, que naturalmente, tem capacidade postulatória funcional. (NEVES, 2017, p.33)

Conforme precedentes da Suprema Corte, os quais são retratados pela doutrina a fim de demonstrar o posicionamento do Pleno do STF, torna-se evidente a mudança de entendimento do Ministro Marco Aurélio no julgamento da ADI nº 6764/DF, o que revela certa atecnia.

O atual processo jurisdicional brasileiro, baseado num sistema de valorização dos precedentes judiciais, possui ferramentas adequadas para a revisão de entendimentos firmados pela Corte Suprema, com vistas a se evitar o engessamento do Poder Judiciário.

Dentre as ferramentas, duas merecem destaque. A *overlose*, que pode ser compreendida como a via reversa para se obter a superação do precedente estampado numa súmula vinculante, possui previsão constitucional, podendo ser manuseada pelos mesmos legitimados para propor uma ação direta de inconstitucionalidade.

Outra ferramenta, o *distinguishing*, é o ato pelo qual se demonstra a inaplicabilidade do precedente, ante a existente de alguma peculiaridade do caso que o difere da premissa maior que ensejou a súmula vinculante.

É certo que, dentre as ferramentas disponíveis, não se cogita da possibilidade de uma decisão monocrática romper com o precedente firmado pelo plenário da Corte Suprema.

A Violação ao Procedimento Definido na Lei N.º 9.868/99

Vencida a análise da decisão sob o viés da legitimidade ativa, é de se destacar que o Ministro Relator considerou que o Presidente da República teria cometido erro grosseiro ao, frise-se, agir de acordo com a orientação jurisprudencial sedimentada no âmbito do Supremo Tribunal Federal. E, ao considerar a existência do mencionado erro grosseiro, a relatoria entendeu por bem indeferir a petição inicial, de plano.

É certo que o legislador admite o indeferimento da petição inicial da ação direta de inconstitucionalidade pelo seu relator: “A *petição inicial inepta, não fundamentada*

e a manifestamente improcedente serão liminarmente indeferidas pelo relator” (art. 4º, caput, da Lei n.º 9.868/99).

Observe-se que as hipóteses de indeferimento monocrático da ação direta de inconstitucionalidade – que é regulamentada por legislação específica – não coincidem com aquelas previstas no Código de Processo Civil.

Art. 330. A petição inicial será indeferida quando:

- I - for inepta;
- II - a parte for manifestamente ilegítima;
- III - o autor carecer de interesse processual;
- IV - não atendidas as prescrições dos arts. 106 e 321.

As hipóteses de inépcia da petição inicial da ação direta de inconstitucionalidade não estão relacionadas na Lei n.º 9.868/99, razão pela qual se aplicam as disposições gerais do Diploma Adjetivo:

Art. 330.

§ 1º Considera-se inepta a petição inicial quando:

- I - lhe faltar pedido ou causa de pedir;
- II - o pedido for indeterminado, ressalvadas as hipóteses legais em que se permite o pedido genérico;
- III - da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão;
- IV - contiver pedidos incompatíveis entre si.

Da sucinta fundamentação da decisão em comento, extrai-se que a causa do indeferimento da petição inicial seria um erro grosseiro quanto à legitimidade e à capacidade de estar em juízo e a capacidade postulatória. Eis os equívocos da decisão.

Um, que a ilegitimidade não foi elencada na legislação especial – Lei n.º 9.868/99 – como causa para o indeferimento da petição inicial de ação direta de inconstitucionalidade.

Dois, que, ainda que se admitisse a aplicação da norma geral – em subversão ao critério hermenêutico da especialidade –, a ilegitimidade que justifica o indeferimento da petição inicial deve ser manifesta. No caso em exame, a lei é precisa ao elencar o Presidente da República como legitimado.

Três, que a ausência de capacidade processual – seja a de estar em juízo, seja a postulatória – não é hipótese de indeferimento da petição inicial, nem mesmo na norma geral que define o procedimento comum. É caso, como mencionado alhures, de fixação de prazo para que a parte regularize sua representação processual, sob pena de extinção do processo sem resolução de mérito, caso o vício se instaure no polo ativo da demanda.

A violação às normas fundamentais do processo jurisdicional brasileiro

Considerada a inexistência de erro grosseiro do demandante quanto à legitimidade – seja pela interpretação do disposto no art. 103 da Constituição Federal e no art. 3º da Lei nº 9.868/99, seja pelos precedentes firmados pelo Plenário da Corte Suprema –, eventual irregularidade na representação processual não poderia ensejar o indeferimento da petição inicial, sob pena de flagrante a violação de princípio da primazia do mérito.

De acordo com o artigo 4º do Código de Processo Civil, o órgão julgador deve priorizar a decisão de mérito, devendo dar oportunidade para que vícios existentes sejam sanados, visto que o objetivo do processo é a integral solução de mérito.

Nessa linha de intelecção, a doutrina do professor Fredie Didier Jr. (2015, p. 136), ensina que o órgão julgador deve priorizar a decisão de mérito, tê-la como objetivo e fazer o possível para que ocorra. Para o Autor a demanda deve ser julgada – seja ela a demanda principal (veiculada a petição inicial), seja um recurso, seja uma demanda incidental.

No mesmo sentido, leciona Elpídio Donizetti (2016, p. 40) sobre o princípio da primazia do julgamento de mérito: “*o julgador deve, sempre que possível, priorizar o julgamento de mérito, superando ou viabilizando a correção de vícios processuais e, conseqüentemente, aproveitando todos os atos do processo.*”

Nota-se que a orientação doutrinária, conforme a *mens legis*, é de que o julgador busque sempre que possível o enfrentamento do mérito, permitindo a correção de vícios formais, o que não ocorreu no caso em apreço, em razão de um

entendimento totalmente diverso da orientação sedimentada do STF. Assim, torna-se evidente a flagrante violação ao princípio da primazia do mérito, em especial, ao analisar a linha de precedentes do próprio Supremo, o qual possuía jurisprudência tranquila sobre a capacidade postulatória dos legitimados do Art. 103, I a VII da CF/88.

A decisão tomada se mostra contrária à linha de orientação sedimentada, afastando o alegado erro grosseiro e, conseqüentemente, permitindo a regularização do suposto vício. O pronunciamento violou, também, a segurança jurídica e o princípio da proteção à confiança legítima. Segundo Ricardo Lodi Ribeiro (2011, p. 341), a segurança jurídica é valor fundamental de todos os direitos, sendo o que impulsionou os homens a construir uma sociedade e um Direito. Por essa razão, a jurisprudência dos Tribunais Superiores uma vez estabelecida de forma constante e consolidada acaba por se constituir objeto de confiança para o cidadão que passa a utilizar o precedente e a interpretação conferida.

O autor cita o entendimento de Robert Alexy no qual a força do precedente deriva de três razões, quais sejam: previsibilidade, proteção da confiança e tratamento igualitário em casos semelhantes.

Dito isto, nota-se que a decisão proferida afasta a segurança jurídica e quebra a confiança nos precedentes da Corte Superior que, até então, autorizava a propositura de ação direito de inconstitucionalidade diretamente pelo Presidente sem a atuação conjunta do Advogado-Geral da União, não conferindo tratamento igualitário em casos semelhantes já julgados pela Corte.

Vale ressaltar, ainda que o erro fosse grosseiro, o princípio da primazia do mérito autoriza oportunidade de regularização do suposto vício, sob pena de indeferimento da inicial. Visando finalizar a análise das afrontas aos princípios processuais, há que se falar na violação ao princípio da cooperação, disposto no art. 6º do CPC, o qual prevê que todos os sujeitos processuais devem cooperar entre si, a fim de que se obtenha uma solução integral do mérito.

O processo deve ser um diálogo entre as partes e o juiz, e não necessariamente um combate ou um jogo de impulsos egoísticos, conforme preceitua a doutrina de Elpidio Donizetti. O juiz não pode conhecer e levar em consideração, no julgamento

da causa, circunstâncias sobre a qual as partes não puderam se manifestar, com exceção das dispostas no art. 332 do CPC.

Considerações finais

Por todo o exposto nestes breves apontamentos, verifica-se que a decisão monocrática analisada adotou posicionamento totalmente contrário à jurisprudência historicamente sedimentada no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Como visto, não se nega a existência de vozes críticas na doutrina, no que diz respeito ao entendimento esposado pelo Excelso Pretório. Todavia, o colegiado há de ser prestigiado e, por tal razão, eventual mudança no entendimento deveria ter sido tomada pelos onze ministros que compõem o Tribunal Pleno.

Avançando-se na análise da decisão em apreço, restou constatada a violação da principiologia eleita pelo legislador processual, haja vista que a decisão monocrática, ao romper com o entendimento historicamente adotado, deveria ter permitido ao legitimado sanar o alegado vício. Nesse contexto, a mudança de entendimento do Ministro Relator, diante da orientação pacífica de sua própria corte, revela, pelo menos, a necessidade única de se permitir a regularização como forma de homenagear os princípios da primazia do mérito, da cooperação e da confiança.

Por fim, merece registro que não se analisou, neste trabalho, outros aspectos formais do processo, nem mesmo o seu mérito, de modo que, em que pese se conclua pelos vícios da decisão monocrática do Ministro Relator, não se pode assegurar que o mérito da ADI nº 6764/DF mereça ser apreciado e, muito menos, que sejam julgadas procedentes as pretensões nela estampadas.

Referências

BUENO, Cassio Scarpinella Bueno. **Manual de direito processual civil**: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, Lei n. 13.105, de 16/03/2015, volume único. São Paulo: Saraiva, 2015.

BULOS, Uadi Lammêgo Bulos. **Curso de Direito Constitucional**, 9º ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Lei n.º 9.868, de 10 de novembro de 1999**. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9868.htm#:~:text=LEI%20No%209.868%2C%20DE%2010%20DE%20NOVEMBRO%20DE%201999.&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20processo%20e,perante%20o%20Supremo%20Tribunal%20Federal. Acesso em: 05 abr. 2021.

_____. **Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015**. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 05 abr. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Bolsonaro questionou decretos sobre fechamento de comércio e toque de recolher**. Notícias STF, Brasília, 19 de mar. de 2021. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=462626>. Acesso em: 26 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade n.º 6.764/DF**. Relator Ministro Marco Aurélio. Pesquisa de Processos, 05 de abr. de 2021. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6136024>. Acesso em: 05 abr. 2021.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**, Vol. 1, 17ª ed. Salvador: Jus Podium, 2015.

_____. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento, volume 1. 15ª edição. Salvador: Editora Juspodivm, 2013.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso Didático de Direito Processual Civil**. 19 ed. São Paulo Lumen Iuris, 2016.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. **Novo curso de direito processual civil**, volume I. São Paulo: Saraiva, 2016.

MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang Sarlet. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Ações Constitucionais**, 3ª Ed. Salvador: Jus Podium, 2017.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. **Direito processual civil contemporâneo**, v. I: teoria geral do processo. 6ª edição. São Paulo: Saraiva, 2015.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. **A Segurança Jurídica na Jurisprudência do STF**. In: Direito Fundamentais no Supremo Tribunal Federal: Balanço e Crítica. Org. Daniel Sarmento e Ingo Wolfgang Salert. Rio de Janeiro, Editora Lumen Iuris, 2011.