Velloso e Branco: O conhecimento de ADI prejudicada como ADPF

Há controvérsia, no âmbito doutrinário, acerca da (im)possibilidade de se prosseguir com o julgamento de ação direta de inconstitucionalidade cujo objeto haja sido revogado, alterado ou se exaurido [1]. O principal argumento a favor da prejudicialidade é o de que a função do controle abstrato de normas seria a de resguardar a ordem constitucional e, por isso, a análise de efeitos concretos da norma estaria restrita às vias difusas [2]. Em contraste, a justificativa precípua contrária ao reconhecimento da perda do objeto é no sentido de que a lei revogada/modificada continua sendo parâmetro de controle de atos praticados durante a sua vigência. Assim, o controle abstrato se prestaria a eliminar as "consequências de existir.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca do tema também não tem se mostrado consistente ao longo dos anos [4]. Entre o início dos anos 1960 e a segunda metade da década seguinte, prevaleceu o entendimento segundo o qual *"revogada a lei arguida de inconstitucionalidade, julga-se prejudicada a representação"* [5]. Em 1978, o STF passou a admitir que, quando a lei impugnada fosse revogada no curso da ação, *"não se julga prejudicada a representação de inconstitucionalidade"* [6]. Durante a década de 1980, ademais, alguns julgados afastaram a prejudicialidade da ação direta *"em virtude dos efeitos concretos que resultaram dos dispositivos impugnados, enquanto vigentes"* [7].

A partir de 1990, verifica-se certa predominância do entendimento no sentido de que a alteração/revogação/exaurimento da norma impugnada impediria o prosseguimento da ação direta, em face da perda de objeto [8]. Nada obstante, a jurisprudência do STF tem excepcionado algumas hipóteses. Relativamente à prejudicialidade de normas que tenham sido integralmente *revogadas* ou tenham sua eficácia exaurido, extraem-se duas exceções.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

A *primeira* diz respeito a casos em que se identifica fraude à jurisdição do Supremo Tribunal Federal; *i.e.*, quando houver indícios de que a autoridade legislativa revogou a lei apenas para se evitar a declaração de inconstitucionalidade com efeitos *ex tunc*. Afinal, como se sabe, a declaração de inconstitucionalidade produz, em regra, efeitos retroativos, fulminando todos os atos praticados com base na lei invalidada. A revogação, porém, teria alcance apenas *pró-futuro*. Nessa linha, seguiu, *e.g.*, o julgamento da ADI 3.306, em que foi reconhecida a tentativa de manobra em razão de o ato normativo que buscou revogar a norma impugnada ter sido proposto após o ajuizamento da ação direta [9]; da ADI 951-ED, no qual o STF decidiu que a autoridade legislativa não poderia *comunicar* a revogação da norma após julgamento desfavorável do mérito da ação direta [10], entre outros.

Destaque-se, a propósito, que a exceção referente à tentativa de manipulação da jurisdição também é aceita nos Estados Unidos da América, onde a regra geral é a da prejudicialidade (*mootness doctrine*). Em *City of Mesquitte v. Aladdin's Castle* [11], a Suprema Corte estadunidense deliberou acerca de lei municipal que criara restrições para a abertura de centros de lazer no âmbito do município de Mesquitte, Texas. Logo que a lei teve a constitucionalidade judicialmente desafiada, o legislativo local alterou a redação da norma, na tentativa de evitar decisão judicial desfavorável. Mesmo com a derrogação do texto, a Suprema Corte resolveu a discussão de fundo, assentando que havia indícios de que o município reeditaria a norma caso não houvesse a declaração de inconstitucionalidade [12].

A *segunda* exceção, por sua vez, consiste na hipótese em que evita reconhecer a prejudicialidade de ações diretas que tenham por objeto *leis de eficácia temporária*, quando: I) houve impugnação em tempo adequado; II) a ação foi incluída em pauta; e III) seu julgamento foi iniciado antes do exaurimento da eficácia [13].

Quanto a normas que apenas tenham sofrido *modificações* ao texto, o STF admitiu uma exceção: afastar a prejudicialidade em casos nos quais a alteração da lei impugnada não se mostre substancial, mas apenas simbólica. É dizer: quando, a despeito da modificação, as razões de inconstitucionalidade subsistem, o requerente da ADI poderia *aditar* o pedido inicial, viabilizando-se o prosseguimento do julgamento da ação direta [14].

Como se vê, tem prevalecido, no âmbito do STF, o entendimento de que, em regra, não se deve dar prosseguimento a ações diretas de inconstitucionalidade que tenham por objeto leis revogadas/alteradas/exauridas. Ainda que seja assim, é preciso reconhecer que não há óbice para que ações diretas "supervenientemente prejudicadas" sejam conhecidas como arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). De fato, é certo que *"o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a fungibilidade entre ação direta de inconstitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental"* [15], até mesmo porque *"existe relação de subsidiariedade entre essas ações"* [16].

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Destaque-se, ainda, que, na forma do parágrafo primeiro do artigo 4º da Lei 9.868/99, mostra-se cabível a arguição sempre que houver lesão a preceito fundamental, por parte do poder público, "*sem que haja outro meio eficaz para saná-la"* [17] (princípio da subsidiariedade). É dizer: sempre que não for admissível o manejo de outra ação do controle concentrado (ADI, ADC), deve ser possível o ajuizamento de ADPF, já que o controle subjetivo, em tese, não é capaz de proteger o preceito fundamental com a mesma amplitude e eficácia [18] das vias diretas. Por isso mesmo, a jurisprudência do STF tem afirmado que *"a existência de recursos extraordinários não devem excluir, a priori, a utilização de ADPF em virtude da feição objetiva dessa ação"* [19].

Dessa forma, caso o STF venha a assentar a impossibilidade de seguimento de ação direta por perda superveniente de objeto, a hipótese não seria de arquivamento do feito. Em vez disso, como demonstrado, é possível que a ADI seja conhecida como ADPF, viabilizando-se o julgamento da inconstitucionalidade dos efeitos da norma impugnada durante a sua vigência.

[1] Sobre o tema, v. Jorge Galvão e Sophia Guimarães, *A subjetivação do controle abstrato e a perda de objeto em ADI*, Revista Consultor Jurídico, jul./2019.

[2] Nesse sentido, v. Zeno Veloso, *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*, 1999, p. 67, *apud* , Jorge Galvão e Sophia Guimarães, *A subjetivação do controle abstrato e a perda de objeto em ADI* , Revista Consultor Jurídico, jul./2019.

[3] Sobre o tema, v. Gilmar Ferreira Mendes, *Jurisdição Constitucional: o controle de constitucionalidade de normas no Brasil e na Alemanha*, 6a Ed., 2014, p. 173 e ss.

[4] V., sobre o tema, Luís Roberto Barroso, *O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro* , 7a Ed., 2016, p. 210. A propósito, Ministro Luís Roberto Barroso, no julgamento da ADI 951 ED/SC, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 21.06.2017, traçou preciso relato histórico dessa variação jurisprudencial. Cf., ademais, Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gonet Branco, *Curso de Direito Constitucional*, 14ª Ed., 2019, p. 1.130 e ss.

[5] STF, RP 974, Rel. Min. Cordeiro Guerra, DJ 30.09.1977.

[6] STF, RP 971, Rel. Min. Djaci Falcão, DJ 07.11.1978.

[7] STF, ADI-MC 543, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 04.10.1991. No mesmo sentido, *e.g.*, STF, RP 1.068, Rel. Min. Cunha Peixoto, DJ 13.11.1981; STF, RP 1.224, Rel. Min. Francisco Rezek, DJ

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

10.05.1985.

[8] A despeito da predominância dessa posição, trata-se de questão ainda em aberto, a ser definida por esse Eg. Supremo Tribunal Federal. De fato, uma proposta de ampla revisão da jurisprudência prevalecente está posta na ADI 1.244, em que o eminente relator, Ministro Gilmar Mendes, já votou no sentido de afastar a ocorrência de perda de objeto (ADI 1.244, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento pendente). O julgamento, porém, ainda não chegou a termo, em razão de pedido de vista. Na ADI 3.106, o plenário desse Eg. STF chegou a afastar a prejudicialidade da ação, exatamente para decidir acerca dos "*efeitos da lei inconstitucional no período em que vigorou*" (ADI 3.106, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 30.05.2019). V., nesse sentido, ADI 709, Rel. Min. Paulo Brossard, DJ 20.05.1994.

[9] STF, ADI 3.306, Re. Min. Gilmar Mendes, DJe 08.03.2019.

[10] STF, ADI 951 ED, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 03.07.2017.

[11] *City of Mesquitte v. Aladdin's Castle*, 455 U.S. 283 (1982).

[12] V., a propósito, Erwin Chemerinsky, *Constitutional Law: Principles and policies*, 5a Ed., 2018, p. 660.

[13] STF, ADI 951 ED, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 03.07.2017.

[14] Nesse sentido, citem-se, a título ilustrativo, **ADI 2.418**: o objeto consistia em dispositivos do Código de Processo Civil de 1973. A redação dada aos dispositivos havia sido singelamente alterada com a promulgação do Código de 2015. No entanto, essa Eg. Corte acolheu o pedido de aditamento da inicial, sob o fundamento de que a nova redação não teria comprometido "*o que era essencial*" na legislação anterior (ADI 2.418, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe 05.12.2016) e **ADI 763**
: não há perda de objeto quando o suposto vício de inconstitucionalidade permanece no ordenamento jurídico (ADI 763, Rel. Min. Edson Fachin, DJe 04.12.2015).

[15] STF, ADPF 72, Relª. Minª. Ellen Gracie, DJ 02.12.2005.

[16] STF, ADPF 72, Relª. Minª. Ellen Gracie, DJ 02.12.2005.

[17] Lei n. 9.868/99: "*Art. 4*. […] *§ 1o. Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental* ***quando houver outro meio eficaz*** *de sanar a lesividade*" (destaque acrescentado).

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

[18] ADPF 33/PA, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 07.12.2005.

[19] ADPF 33/PA, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ 07.12.2005.

Date Created
08/05/2020

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.