

“A FUNGIBILIDADE DAS AÇÕES CONSTITUCIONAIS ABSTRATAS”

Luis Antonio Gonçalves Pires
Monitor de Direito Constitucional

SUMÁRIO

I. Considerações Preliminares.....	2
II. A ADIn nº 526 e a Relativa Fungibilidade entre Ação Direta de Inconstitucionalidade por Ação e por Omissão.....	4
III. Da Admissibilidade pelo STF de Conversão do mecanismo da <i>Reclamação</i> em Ação Direta de Inconstitucionalidade.....	8
IV. Da Fungibilidade das Ações Constitucionais Abstratas Como Preservação da Supremacia Constitucional.....	9
V. Da Conclusão.....	11
Bibliografia.....	12

I

Considerações Preliminares

Inicialmente, o termo *fungibilidade*, no sentido que aqui se emprega, significa a substituição de uma coisa por outra; a troca de uma coisa por outra. Assim, analisar-se-á, através desse trabalho, a possibilidade de conversão entre as ações abstratas, isto é, entre ações que são de competência constitucionalmente prevista do Supremo Tribunal Federal, daqui por diante STF, no que concerne ao seu processo e julgamento. Portanto, podemos chamar, ainda, essas ações de: ações deflagradoras de jurisdição constitucional concentrada¹.

Trata-se de um tema recente, ainda pouco debatido pela doutrina e jurisprudência. Entretanto, questão de suma importância para quem atua ou deseja atuar na seara do direito constitucional processual, perante o Supremo Tribunal Federal.

Acontece que a Suprema Corte, em regra, não aceita a substituição de uma ação constitucional por outra, salvo em hipótese expressamente prevista em lei, tal como veremos a seguir.

A Lei nº 9.868/99, em seu art. 24, cria a possibilidade de fungibilidade entre ações diretas: Ação direta de Inconstitucionalidade (que visa a retirar a norma acoimada de viciada do sistema jurídico) com ação declaratória de constitucionalidade (que tem por escopo elidir a dúvida quanto a constitucionalidade de uma norma, objetivando-se, assim, seja declarado pelo Poder Judiciário a sua perfeita adequação com a Lei Maior), e vice-versa. Hoje,

¹ - *Jurisdição concentrada* porque somente a cúpula do Poder Judiciário (no Brasil: STF) é quem pode apreciar essas respectivas ações. São estas p. Ex.: Ação Direta de Inconstitucionalidade, por ação ou por omissão (ADIn); Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC); Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF); e Ação Genérica Interventiva. Em outras palavras, a *Ação deflagradora de jurisdição constitucional concentrada* significa: ação, constitucionalmente prevista, apta a provocar a manifestação do Supremo Tribunal Federal acerca de determinado caso abstrato (não concreto). Assim, somente podem ajuizar este tipo de ação, aqueles expressa e restritivamente elencados na Constituição da República (Vide seu Art. 103). Portanto, no Brasil o controle concentrado ou abstrato de normas somente pode ser feito pelo Supremo Tribunal Federal (Vide Art. 102, I, "a" da CRFB/88).

somente nessa hipótese é legalmente possível a substituição de uma ação constitucional por outra.

Já em relação às outras ações diretas o STF em alguns casos vem admitindo a possibilidade de cumulação ou, pelo menos, alternatividade, de pedidos de declaração de inconstitucionalidade por omissão e por ação. É o caso, por exemplo, do julgamento da Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADInMC) nº 1.600-UF, de relatoria do Ministro Sydney Sanches².

Nessa esteira, se a Suprema Corte, em certos casos, admite a cumulação (ou alternatividade) de pedidos de determinadas modalidades de ações constitucionais, logo, sob esse prisma, é de se permitir que haja conversão automática - nas hipóteses em que não configurado erro grosseiro ou má-fé, ou outros critérios que venham a ser estabelecidos - de uma ação por outra (fungibilidade), quando essa outra ação for mais adequada para a solução daquela situação. Evita-se dessa maneira uma nova provocação do judiciário constitucional.

Portanto, através da adoção de tal sistemática atenua-se a excessiva formalidade existente, e atende-se a diversos princípios constitucionais e processuais, tais como: o princípio da unidade da jurisdição constitucional; princípio da máxima efetividade do controle de constitucionalidade; princípio da supremacia da constituição; o princípio da instrumentalidade dos atos processuais, da economia processual, da celeridade, entre outros princípios.

² - Transcrevamos, em parte, a Ementa da ADIn nº 1.600-UF:

“EMENTA: - DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO.
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO. MEDIDA CAUTELAR. I.C.M.S. – NAVEGAÇÃO AÉREA. TRANSPORTE AÉRE. TRANSPORTES INTERESTADUAL E INTERMUNICIPAL POR QUALQUER VIA. LEI COMPLEMENTAR Nº 87, DE 16 DE SETEMBRO DE 1996.

1. **A um primeiro exame, a petição inicial parece conter a cumulação de pedidos de declaração de inconstitucionalidade por omissão e por ação.**

(...)

3. **O Tribunal, então, por unanimidade de votos, conhece da Ação Direta de Inconstitucionalidade por violação positiva da Constituição.**

(...).”

(grifou-se)

II

A ADIn nº 526 e a Relativa Fungibilidade entre ADIn por ação e ADIn por omissão

Os primeiros indícios, demonstrado pelo STF, no sentido de se cogitar sobre a viabilidade da respectiva conversibilidade entre demandas constitucionais, fora daquela possibilidade prevista na Lei 9.868/99, resta evidenciado pelo Min. Gilmar Ferreira Mendes (STF) quando da observação da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) nº 526, oferecida em face da Medida Provisória nº 296, de 1991, cujo qual configurou-se aí uma relativa fungibilidade entre Ação direta de inconstitucionalidade por ação e ação de inconstitucionalidade por omissão³.

Antes de adentrarmos aos detalhes desse citado caso (da ADIn nº 526), mister se faz ressaltar que o nosso sistema normativo prevê a existência de duas modalidades de Ação Direta de Inconstitucionalidade genérica: **1) Ação direta de inconstitucionalidade por ação** (ADIn por ação); que tem por objeto lei ou ato normativo federal, estadual ou do Distrito Federal, e tendo como paradigma de controle a própria Constituição (Vide Art. 102, I, alínea “a”, 1ª parte da CRFB/88); e **2) Ação direta de inconstitucionalidade por omissão**; que tem como pressuposto uma omissão normativa perante uma norma constitucional de eficácia limitada (norma não auto-aplicável).

Assim, de maneira bem breve, a ADIn por ação tem por fito seja declarada a incompatibilidade de determinada norma com a Constituição e, por fim, seja sua eficácia paralisada.

Em contrapartida, a ADIn por omissão tem por objeto uma omissão normativa do Estado diante de um comando da *lex fundamentalis*. Dessarte, ocorre uma inconstitucionalidade por omissão quando há na

³ - Essa constatação feita pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes, acerca dessa mencionada fungibilidade, pode ser conferida em texto avulso, de sua autoria, que pode ser encontrado junto ao site www.idp.org.br, sob o título *A declaração de Inconstitucionalidade sem a Pronúncia de Nulidade na Ação Direta de Inconstitucionalidade e no processo de Controle abstrato da omissão*; mais especificamente em seu tópico nº 4.5.

Constituição uma norma que para se tornar aplicável depende de ulterior manifestação legislativa, todavia, o Estado, neste sentido, acaba por quedar-se inerte. E em virtude dessa inércia estatal, diante de uma ordem constitucional, é que também se configura uma afronta aos ditames da lei maior.

Como podemos perceber, existe uma unidade em relação aos efeitos mediatos pretendido, porquanto sejam diversos os efeitos imediatos dessas duas modalidades de Ação.

Isto posto, agora, especificamente sobre a ADIn por omissão, cabe dizer que ocorre uma omissão legislativa não apenas quando o Estado não cumpre seu dever de legislar/ normatizar, mas, também, quando o satisfaz de forma incompleta. Desta forma, podemos notar que a omissão normativa pode ser: **1) total**, quando a mencionada inércia viabiliza um vazio normativo na matéria; ou **2) parcial**, que se subdivide em: **a) propriamente dita** (manifestação legislativa insuficiente relativa à obrigação imposta, nesse caso não há violação do princípio da isonomia); ou **b) relativa** (quando a lei criada exclui determinada categoria do seu campo de incidência, configurando-se, sobremaneira, aqui, ofensa ao princípio da isonomia)⁴.

Fizemos essa efêmera explicação para que possamos analisar o caso da ADIn nº 526. Teve-se neste, como já salientado, uma relativa fungibilidade entre ADIn por ação e ADIn por omissão. Senão vejamos.

A medida provisória nº 296/91, objeto da ADIn 526, concedeu aumento de remuneração a segmento expressivo do funcionalismo público civil e militar, em manifesto desrespeito ao disposto no Art. 37, X, da CRFB/88 e, em especial, ao princípio da isonomia.

Acontece que segmentos que não foram abarcados por esse aumento de salário, ajuizaram Ação direta de inconstitucionalidade por ação⁵, tendo como tese justamente o fato de a MP 296/91 ter violado de maneira direta a previsão constitucional do Art. 37, X, *in verbis*:

⁴ - V. Luis Roberto Barroso. *O Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, 2004, p. 34-36.

⁵ - Temos como exemplo a própria ADIn 526, proposta pela Federação Nacional dos Sindicatos e Associações de Trabalhadores da Justiça do Trabalho - FENASTRA, D.J. 06.02.98, e a ADIn 525, ajuizada pelo Partido Socialista Brasileiro (PSB). Ambas as ADIn's pleiteiam a suspensão liminar da eficácia da MP 296/91, sendo que, enquanto a ADIn 525 almeja que o STF declare, ao final, a total inconstitucionalidade desse ato normativo, a ADIn 526 pretende seja apenas declarado a invalidade do art. 1º ao 6º.

Antes da E.C. nº 19/98 (à época da ADIn nº 526)

“Art. 37. (...)

X - a revisão geral da remuneração dos servidores públicos, sem distinção de índices entre servidores públicos civis e militares, far-se-á sempre na mesma data;” (Grifou-se)

Depois da E.C. nº 19/98

“Art. 37. (...)

X – a remuneração dos servidores públicos e o subsídio de que trata o § 4º do art. 39 somente poderão ser fixados ou alterados por lei específica, observada a iniciativa privada em cada caso, assegurada revisão geral anual, sempre na mesma data e sem distinção de índices”; (Grifou-se)

Neste segmento, ao receber a supramencionada Ação (ADIn 526), a Suprema Corte, indagou-se sobre o seguinte dilema, qual seja, se se constituía numa via adequada e menos gravosa, à resolução da lide abstrata, a ADIn por ação, ou se defrontava ali numa Inconstitucionalidade por omissão parcial, porquanto:

“[s]e, entretanto, admitida a plausibilidade da arguição assim dirigida ao art. 1º da MProv. 296/91, se entende ser o caso de inconstitucionalidade por ação e se defere a suspensão do dispositivo questionado, o provimento cautelar apenas prejudicaria o reajuste necessário dos vencimentos da parcela mais numerosa do funcionalismo civil e militar, sem nenhum benefício para os excluídos do seu alcance.

Se, ao contrário, se divisa, no caso, inconstitucionalidade por omissão parcial, jamais se poderia admitir a extensão cautelar do benefício aos excluídos, efeitos que nem a declaração definitiva de invalidade da lei poderá gerar (CF, art. 103, parágrafo 2º)⁶.

Ao final, o Relator do caso, o Min. Sepúlveda Pertence, em seu voto, concluiu, após exaustiva ponderação, que uma eventual declaração de inconstitucionalidade da MP 296/91 não lograria salvaguardar o princípio da isonomia, ao revés, traduzir-se-ia numa injustiça para com os beneficiados da Medida. Acenou, por outro lado, pela viabilidade de se aplicar a tese da inconstitucionalidade por omissão parcial.

Com efeito, da assertiva de que a declaração de nulidade da MP 296 não configuraria técnica adequada capaz de erradicar a situação de inconstitucionalidade, nesses casos de omissão parcial, é que o Min. Gilmar Ferreira Mendes evidenciou essa relativa fungibilidade entre Ações Diretas.

Impende afirmar, outrossim, que configurou-se nesse caso uma relativa fungibilidade, e não uma fungibilidade de fato entre ações constitucionais, porque no julgamento final, o Supremo Tribunal não conheceu da ação, pelo que consta, pela carência da ação, por ilegitimidade ativa.

Porém, com esse julgado, pode-se evidenciar que a Corte Constitucional, mormente através do voto do Min. Sepúlveda Pertence (Relator), suscitou a possibilidade de se aceitar uma argüição de inconstitucionalidade distinta daquela em que ajuizada.

Daí é que surge um primeiro argumento favorável (para o nosso estudo aqui) advindo do próprio Supremo, para se discutir a possibilidade de conversão entre ações abstratas. Ao menos, por um lapso, um pequeno subsídio inicial.

Com esse julgado podemos observar uma tendente mudança, ainda que mínima, na mentalidade processual da Suprema Corte, mas que ainda

⁶ - Vide Ementa da ADIn 526.

resiste em se posicionar pelo não cabimento de tal conversibilidade entre ações abstratas.

III

Da Admissibilidade pelo STF de Conversão do Mecanismo da *Reclamação* em Ação Direta de Inconstitucionalidade

Embora tenha-se dito outrora que o STF ainda reside em não permitir a fungibilidade em relação as ações abstratas, podemos evidenciar, após minuciosa pesquisa junto ao site⁷ do Supremo Tribunal, que, ao menos, existe precedente em que se permitiu a conversão de uma *Reclamação*⁸ em ADIn. É o caso da Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 907/RJ, onde figurou como Relator o Min. Ilmar Galvão:

“EMENTA: LEI N. 2.130, DE 16 DE JUNHO DE 1993, DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. PEDIDO DE SUSPENSÃO DE SUA EFICÁCIA MANIFESTADO POR MEIO DE RECLAMAÇÃO, SOB ALEGAÇÃO DE TRATAR-SE DE REPRODUÇÃO DE LEI ANTERIOR (N. 1.914, DE 1991), DA MESMA UNIDADE FEDERADA, CUJOS EFEITOS FORAM SUSPENSOS PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NA ADI N. 669.

Reclamação convertida em ação direta de inconstitucionalidade, na forma de precedentes do STF (ADI N. 864, relator Ministro MOREIRA ALVES), com deferimento de nova cautelar, face a subsistência das razões determinantes da provisória privação dos efeitos da lei reproduzida. Medida liminar deferida.::

(STF, ADI-MC 907/RJ, Rel. Min. Ilmar Galvão. DJU de 03.12.1993)

- Grifou-se -

Nesse episódio, o Supremo Tribunal recebeu uma *Reclamação* da Confederação Nacional do Comércio (Reclamante), em face da Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro (Reclamado), sob a alegação de que a Lei nº 2.130, de 16 de junho de 1993, editada pelo ora reclamado, simplesmente

⁷ - www.stf.gov.br

⁸ - a *Reclamação* se constitui num instrumento processual constitucional, apto a preservar a competência do STF e garantir a autoridade de suas decisões (Vide Art. 102, I, “L” da CRFB/88).

reproduzia o disposto pela Lei nº 1.914, de 1991, cujo efeito desta já havia sido suspenso pelo próprio Tribunal, na ADIn nº 669.

Neste diapasão, o STF, com base em um de seus precedente (ADIn 864/93), entendeu que não seria caso de *Reclamação*, mas sim de outra Ação Direta de Inconstitucionalidade, tendo-se em vista que esta não produz efeito vinculante em relação ao Poder Legislativo.

Por fim, noticia o Ministro Ilmar Galvão (Relator), em seu relatório, que “[n]o curso do último recesso, o eminente Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, no exercício eventual da Presidência, apreciou pedido de medida cautelar” e este último, em seu despacho, explicitamente, converteu a *Reclamação* em Ação Direta de Inconstitucionalidade, determinando a retificação da inicial; bem como concedeu a cautelar almejada, reportando-se aos fundamentos do acórdão que a concedeu na ADIn 669/93.

IV

Da Fungibilidade das Ações Constitucionais Abstratas Como Preservação da Supremacia Constitucional

O nosso sistema normativo é caracterizado por ser um sistema positivo. Ou seja, nosso ordenamento jurídico é composto por uma extensa quantidade de normas produzidas pelo Estado, através do seu poder legislativo.

Em assim sendo, todos esses “bilhões” de normas existentes devem estar em consonância com a Constituição da República, haja vista, ser esta a Lei maior do nosso ordenamento jurídico que funda o Estado e que confere validade àquelas.

A nossa Constituição é consubstanciada em texto escrito (Promulgada em 1988). Ela é suprema a todas as leis e atos normativos existentes dentro do sistema. Se uma norma não estiver de acordo com a Carta Magna, logo, deverá ser a mesma declarada inválida e retirada do sistema.

Para se proceder a essa verificação de validade ou invalidade da lei perante a **lex fundamentalis** é necessário a existência de três pressupostos, quais sejam: 1) Constituição escrita; 2) Supremacia da Constituição; e 3) órgão para proceder a esse controle de constitucionalidade (No Brasil é o STF, no modelo concentrado). É justamente todo esse aparato que pressupõe o controle de constitucionalidade; faltando qualquer um desses pressupostos não há que se falar em tal Controle.

Isto posto, vimos que uma norma eivada de vícios, que não se coadune com os preceitos da Constituição, deve ser retirada do ordenamento jurídico, o quanto antes, pois, a mesma é dotada de vício que impede a máxima efetivação da Constituição, trazendo, por conseguinte, prejuízos àqueles que estão sob sua égide.

Muitas vezes quando o Supremo Tribunal aprecia uma ação constitucional qualquer, e entende que era para ser ajuizada uma outra ação, e julga improcedente a demanda por carência de ação (falta de interesse de agir, isto é, inadequação do provimento pleiteado), logo, o que está fazendo esse Tribunal é alongar ainda mais o tempo de vida de uma norma viciada (que está gerando efeitos dentro do sistema). Desta maneira, configura-se uma tendência exacerbadamente formalista, ao invés de se atender aos diversos princípios processuais e constitucionais, como já mencionamos aqui, e, em especial, ao *princípio da instrumentalidade da forma* (que significa que o que deve prevalecer é o fim proposto pela Constituição, e não a forma processual existente).

Então, a justificativa que temos para defender a possibilidade de fungibilidade das ações constitucionais, é evitar ao máximo que uma lei viciada gere efeitos por longo tempo dentro do ordenamento jurídico; atendo-se também, assim, à preservação da máxima realização da supremacia da constituição, e elidindo ao máximo os efeitos de lei viciada que, por via reflexa, ferem direitos.

Para mais além, existem hipóteses, fora daquela única e legalmente prevista (art. 24 da lei 9.868/99), em que é “visual” e tecnicamente possível falar-se em fungibilidade de uma ação constitucional por outra. É o caso, por exemplo, como acima explicitado, de uma ação declaratória de nulidade de ato

normativo (ADIn) por uma ação de controle abstrato da omissão legislativa (ADIn por omissão).

Assim, a finalidade maior de se admitir a supramencionada fungibilidade consiste na preservação *in totum* da supremacia da constituição. “Esse é o valor que informa a instituição do controle abstrato, e é em função dele que as normas que disciplinam seu procedimento devem ser interpretadas, visando a sua máxima realização” (BARROSO, 2004).

Destarte, visando-se à máxima realização da supremacia da constituição, sendo essa, sobretudo, um pressuposto necessário para existência do controle de constitucionalidade, logo, em determinadas hipóteses, restaria a mesma ameaçada quando negado pelo STF a possibilidade de se *fungir* (converter) ações constitucionais.

V DA CONCLUSÃO

Diante de tudo que se expôs no presente trabalho, consignemos que o objetivo central deste é, portanto, buscar facilitar o acesso do demandante⁹ à prestação jurisdicional do STF, através da seguinte possibilidade: em sendo proposta uma ação formalmente inadequada, no lugar desta poderá, o supramencionado Tribunal, convertê-la por uma outra que seja mais adequada, desde que atendido aos diversos princípios constitucionais e processuais existentes no nosso ordenamento jurídico, e, em especial, ao Princípio da Supremacia da Constituição.

⁹ - Somente pode ser autor em ações constitucionais deflagradoras de **jurisdição concentrada**, aqueles elencados no rol taxativo (isto é, aqueles expressamente previstos) do Art. 103 da Constituição da República.

Enfim, com esse estudo, almeja-se aperfeiçoar a sistemática processual do controle de constitucionalidade brasileiro, criando, para isso, a possibilidade de fungibilidade¹⁰ entre ações constitucionais abstratas¹¹.

Bibliografia

1 – BARROSO, Luis Roberto. **Controle de Constitucionalidade no direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2004.

2 - BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

3 – MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 17ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

4 – SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

5 – SARMENTO, Daniel. **Ponderação de Interesses na Constituição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

6 – CLÈVÈ, Clemerson Merlin. **A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

7 – CÂMARA, Alexandre Freitas Câmara. **Lições de Direito Processual Civil**. 13ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

¹⁰ - Reprise-se, uma vez mais, que na atual conjuntura constitucional o STF posiciona-se, ainda, pela não admissão de tal fungibilidade.

¹¹ - Aqui, quando se fala em *ações constitucionais abstratas* é o mesmo que se falar: *ações constitucionais deflagradora de jurisdição concentrada*; e vice-versa.