

USO EXCLUSIVO

REVISTA DE  
**PROCESSO**

Ano 47 • vol. 330 • agosto 2022

# CAPACIDADE POSTULATÓRIA E CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE: UMA ANÁLISE CRÍTICA DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

## *STANDING TO SUE AND THE CONCENTRATED CONTROL OF CONSTITUTIONALITY: A CRITICAL ANALYSIS OF THE BRAZILIAN FEDERAL SUPREME COURT JURISPRUDENCE*

**RAVI PEIXOTO**

Doutor em direito processual pela UERJ. Mestre em Direito pela UFPE.  
Procurador do Município do Recife.  
ravipeixoto@gmail.com

Recebido em: 27.01.2022

Aprovado em: 01.03.2022

**ÁREAS DO DIREITO:** Processual; Constitucional

**RESUMO:** O STF tradicionalmente estabelece diversas regras diferenciadas para o controle concentrado de constitucionalidade e as demais espécies de processo. Uma dessas regras refere-se à capacidade postulatória, na qual a Corte concede a alguns legitimados uma capacidade postulatória que eles não detêm em outros tipos de processos. Ainda nesse tema, embora mantendo um posicionamento restrito quanto ao ajuizamento da ação, a Corte tem evoluído para conceder maior protagonismo ao advogado no decorrer do procedimento. O objetivo do artigo é investigar as razões do STF para esse posicionamento, a sua evolução e analisar criticamente esse posicionamento à luz da teoria geral do processo.

**PALAVRAS-CHAVE:** Controle de constitucionalidade – Controle concentrado de constitucionalidade – Capacidade postulatória – Advocacia Pública.

**ABSTRACT:** The Brazilian Federal Supreme Court usually develops different rules to the concentrated control of constitutionality in comparison to the other procedures. One of those rules is about the Standing to sue, because the Court allow some of the legitimates an ability to sue that they don't have in other procedures. The Court maintains a restrict position about the beginning of the procedure, but it's changing to give more protagonism to the lawyers in the rest of the procedure. The objective of the essay is to investigate the reasoning of the Court, its evolution and to criticize those precedents.

**KEYWORDS:** Constitutionality control – Concentrated control of constitutionality – Standing to sue – State attorney.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O processo constitucional e a teoria do processo. 3. O que é a capacidade postulatória. 4. A capacidade postulatória no controle concentrado de constitucionalidade. 5. Críticas à jurisprudência do STF sobre a capacidade postulatória no controle concentrado de constitucionalidade. 5.1. A advocacia pública no controle concentrado de constitucionalidade. 6. Conclusão. 7. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

No controle concentrado de constitucionalidade, é inegável a existência de diversas particularidades em relação ao regime do direito processual como um todo. Muitas delas foram desenvolvidas pela Supremo Tribunal Federal e incorporadas à legislação, mas várias outras, até hoje, contam apenas com a jurisprudência do STF.

Uma dessas particularidades refere-se à capacidade postulatória. Enquanto a regra, no processo civil, é a necessidade de representação técnica por meio das pessoas naturais e jurídicas, o mesmo não ocorre no controle concentrado. Nessas ações, entende o STF que os órgãos públicos possuem capacidade postulatória derivada diretamente da Constituição. Ainda sobre esse mesmo tema, contando com recente desenvolvimento jurisprudencial, está a (im)possibilidade da prática de atos por aqueles que possuem capacidade postulatória no regime tradicional de forma isolada no controle concentrado.

Afigura-se necessária a realização de uma análise da própria evolução da jurisprudência do STF sobre o tema, de forma a tentar compreender seus fundamentos e as devidas nuances. Uma vez ultrapassada essa primeira fase, passa a ser possível submeter o entendimento da Corte a uma devida análise crítica, que indique os fundamentos pelos quais está ou não justificada a posição do STF em relação à capacidade postulatória no controle concentrado de constitucionalidade.

Para tanto, o texto analisará inicialmente qual(is) a(s) conexão(ões) entre o processo constitucional e o processo civil. Após tal análise, será analisado o regime jurídico da capacidade postulatória no direito brasileiro e, então, a própria jurisprudência do STF para, então, passar ao ponto principal, que é uma abordagem crítica de seus fundamentos e conclusões.

## 2. O PROCESSO CONSTITUCIONAL E A TEORIA DO PROCESSO

Até hoje, ainda não há unanimidade doutrinária sobre o conceito de processo constitucional.<sup>1</sup> No entanto, parece possível adotar um conceito amplo, no sentido de que o

---

1. Sobre o tema, cf.: DANTAS, Ivo. Teoria do processo constitucional. In: LARREA, Arturo Zaldívar Lelo de; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *Estudos de direito processual constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2009. Há quem entenda não seria correta essa diferenciação, pois todo processo é constitucional (ZANETI JR., Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 171 e ss.).

direito processual constitucional ocupa-se de dois objetos: a) a jurisdição constitucional e os órgãos que a exercem e as ações que objetivam a defesa da própria Constituição, aquelas que fazem parte do controle de constitucionalidade concentrado e difuso e b) as ações tipicamente constitucionais, relacionadas com a jurisdição constitucional das liberdades, também denominadas de remédios constitucionais, a exemplo do *habeas corpus*, mandado de segurança, *habeas data* e outras.<sup>2</sup>

Por outro lado, parece necessário agregar a esse conceito amplo, um estrito. Este seria voltado tão apenas ao processo de controle *concentrado* de constitucionalidade, ou seja, ao “complexo de actos e formalidades tendentes à prolação de uma decisão judicial relativa à conformidade ou desconformidade constitucional de actos normativos públicos”.<sup>3</sup>

O processo constitucional em sentido estrito merece uma denominação à parte pelo seu caráter bastante peculiar, chegando-se a falar que há, aqui, o grau máximo de objetivação de uma tutela jurídica. Não há, nesses processos, sequer duas partes em posições distintas, sem que haja um direito subjetivo a ser tutelado.<sup>4</sup> A finalidade do processo objetivo é a simples “tutela do ordenamento jurídico positivo”, não havendo a afirmação de “qualquer pretensão de direito material resistida ou insatisfeita”.<sup>5</sup> É comum a afirmativa de que sequer há lide, tendo em vista a inexistência de um conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida.<sup>6</sup>

Essas particularidades apontam para um distanciamento do processo objetivo em relação às regras processuais próprias dos conflitos intersubjetivos.<sup>7</sup> A doutrina vem defendendo a autonomia do processo constitucional, com bases científicas autônomas,<sup>8</sup> não podendo ser tido como mero apêndice do processo civil.<sup>9</sup>

2. DANTAS, Ivo. Teoria do processo constitucional... cit., p. 144-145. De forma bastante semelhante: MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Aproximación al derecho procesal constitucional. In: *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional*. Madri: Marcial Pons, 2013. p. 49.
3. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2003. p. 965.
4. TAVARES, André Ramos. Teoria processual e processo constitucional “objetivo”. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo (Coords). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2008. p. 77.
5. COSTA, Eduardo Fonseca da. Jurisdição constitucional, jurisdição coletiva e tutela de instituições. *Revista de Processo*, n. 244, jun. 2015. p. 276-277. Igualmente: CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Afiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 2000. p. 112-113.
6. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Afiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro... cit.*, p. 112-113. Na jurisprudência do STF, cf.: STF, Tribunal Pleno, Rcl 397 MC-QO, rel. Min. Celso de Mello, j. 25.11.1992, DJ 21.05.993.
7. TAVARES, André Ramos. Teoria processual e processo constitucional “objetivo”... cit., p. 78.
8. ABOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 2016. p. 133.
9. DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017. p. 34, nota n. 29.

Aqui surge o primeiro problema: até que ponto as regras processuais próprias do direito processual são aplicáveis às ações do controle concentrado de constitucionalidade? É inegável que o processo objetivo é especial e, nesse sentido, requer adaptações. A própria legislação estabelece um regime de legitimidade e de coisa julgada específicos.

Mas o que fazer em relação às categorias que não possuem um regime legislativo específico? De que formas incidem os direitos fundamentais processuais? Como aplicar os requisitos processuais, em especial, no que é pertinente a esse texto, a capacidade postulatória? É inegável que o CPC deve ser aplicado subsidiariamente e supletivamente ao controle abstrato de constitucionalidade, nos termos do art. 15, bem como os direitos fundamentais, mas, ao mesmo tempo, impõe-se a investigação da sua compatibilidade com as especificidades desses procedimentos especiais. Não há muitas reflexões sobre o tema. As principais obras costumam focar nas técnicas e limites da decisão de inconstitucionalidade.

O STF já afirmou que a aplicação subsidiária das regras comuns do direito processual “não tem vigência irrestrita e nem se revela ordinariamente invocável nas ações diretas”.<sup>10</sup> Parece-nos, então, que há aplicação subsidiária, apenas exige-se um maior cuidado ao aplicar as regras processuais dos processos objetivos às ações diretas.

Doutrinariamente, por exemplo, Clèmerson Merlin Clève afirma que “as garantias processuais previstas pela Constituição não se aplicam, em princípio, à ação direta de inconstitucionalidade”.<sup>11</sup> Tal afirmativa parece estar incorreta, afinal, não há justificativa para que o controle abstrato de constitucionalidade seja imune aos direitos fundamentais processuais. Ainda mais quando a tendência é a ampliação da incidência das garantias processuais fundamentais. Não parece possível, por exemplo, excluir do controle concentrado a exigência de justificação constante do art. 489, § 1º, do CPC. O objetivo dos próximos itens é o de aprofundar sobre apenas um requisito processual: a capacidade postulatória no controle concentrado de constitucionalidade.

### 3. O QUE É A CAPACIDADE POSTULATÓRIA

A capacidade postulatória é requisito processual, que é uma espécie de capacidade técnica, que permite ao sujeito a prática de atos postulatórios, nos quais se solicita ao Estado-juiz alguma providência.<sup>12</sup>

10. STF, Tribunal Pleno, ADI 2187 QO, rel. Min. Octavio Gallotti, j. 24.05.2000, DJ 12.12.2003.

11. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro...* cit., p. 114.

12. DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 141. Mais especificamente sobre os atos postulatórios: Sobre o conceito de atos postulatórios, cf.: GOUVEIA FILHO, Roberto Campos. *A capacidade postulatória como uma situação jurídica processual simples*: ensaio em defesa de uma teoria das capacidades em direito. Dissertação de Mestrado. Recife: Unicap, 2008. p. 115-118; GOUVEIA FILHO, Roberto Campos. *Da recorribilidade ao recurso*: um caso emblemático do movimento processual. Tese de Doutorado. Recife: Unicap, 2020. p. 125-145.

A regra é a de que apenas possuem a capacidade postulatória os advogados regularmente inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil (art. 103, CPC), o Ministério Público (art. 127, CF)<sup>13</sup> e a Defensoria Pública (art. 4º, § 6º, da LC 80/1994).<sup>14</sup> Uma vez que as regras de direito possuem natureza técnica, em especial as processuais, a atuação das partes em juízo, de forma autônoma, seria deficiente, dificultando também a atuação do juiz, sendo papel da pessoa especializada suprir tais deficiências.<sup>15</sup> Assim, a capacidade postulatória é concedida a apenas alguns indivíduos, para a prática de atos postulatórios, que exigem maiores conhecimentos técnicos-científicos.<sup>16-17</sup>

As pessoas naturais e jurídicas, em regra, não possuem capacidade postulatória, sendo possível apontar, como exceções, a atuação nos Juizados Especiais Cíveis, nas causas com valores inferior a vinte salários mínimos (art. 41, § 2º, da Lei 9.099/1995), nos Juizados Especiais Federais e da Fazenda Pública (art. 10, da Lei 10.259/2001), no *habeas corpus* (art. 1º, § 1º, da Lei 8.906/1994) e na Justiça do Trabalho (art. 791, da CLT). Em todos esses casos, há previsão expressa, permitindo a postulação pelas pessoas naturais e jurídicas em geral.

De toda forma, trata-se de requisito processual que permite a atuação autônoma no processo, o qual *depende de alguma autorização no ordenamento jurídico*. Como se verá, no entanto, tendo por base a jurisprudência do STF, a lógica da capacidade postulatória é bastante diversa no controle concentrado de constitucionalidade e apenas para alguns dos legitimados.

#### 4. A CAPACIDADE POSTULATÓRIA NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

No direito brasileiro, há uma considerável amplitude em relação aos legitimados para a propositura das ações do controle concentrado de constitucionalidade perante o STF

13. GODINHO, Robson. Notas acerca da capacidade postulatória do Ministério Público. In: DIDIER JR., Fredie. (Coord). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2010. v. 2. p. 802-803. Como já ressaltado pelo STJ, “o Ministério Público está legitimado a defender os interesses públicos patrimoniais e sociais, ostentando, a um só tempo, *legitimatío ad processum* e capacidade postulatória que pressupõe aptidão para praticar atos processuais. É que essa capacidade equivale a do advogado que atua em causa própria” (STJ, 1ª T., REsp 749.988/SP, rel. Min. Luiz Fux, j. 08.08.2006, DJ 18.09.2006. p. 275).
14. O STF, no RE 1.240.999, fixou a tese de que “É inconstitucional a exigência de inscrição do Defensor Público nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil” (tema 1.074 da Repercussão Geral).
15. BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. v. 1. p. 231.
16. GOUVEIA FILHO, Roberto Campos. *A capacidade postulatória como uma situação jurídica processual simples*: ensaio em defesa de uma teoria das capacidades em direito... cit., p. 120.
17. Para uma reflexão sobre as limitações à capacidade postulatória no direito brasileiro, cf.: SILVA, Fernando Antonio de Souza. *O direito de litigar sem advogado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.



Para os objetivos do estudo da capacidade postulatória, dividiremos os legitimados em três grupos, tendo por base a jurisprudência do STF: i) os que possuem capacidade postulatória tradicional, que é o Procurador-Geral da República (art. 103, VI, CF); ii) os que possuem capacidade postulatória especial, no caso, o Presidente da República, a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados, a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal, o Governador de Estado ou do Distrito Federal e o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (art. 103, I a VII, CF) e iii) os que não possuem capacidade postulatória, que são o partido político com representação no Congresso Nacional e a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (art. 103, VII a IX, CF).

O primeiro grupo tem a análise mais simples, qual seja, aquele que já possui a capacidade postulatória tradicional, podendo praticar atos processuais em qualquer espécie de processo. Esse é o caso do Procurador-Geral da República.

O segundo grupo requer maiores considerações, tendo por base a jurisprudência do STF.

Na ADI 127<sup>18</sup>, o STF discutiu a capacidade postulatória do governador para ajuizar, por si só, a ação do controle concentrado. Uma primeira definição foi a de que o legitimado é o próprio governador e não o Estado.<sup>19</sup> Também se afirmou que o governador não tem um direito subjetivo de ajuizar a ADI, sendo esta uma função de competência do chefe do Poder Executivo para provocar, no interesse da coletividade, o controle abstrato.

Em relação à capacidade postulatória, foi afastada a aplicação das regras processuais sobre a capacidade postulatória porque seria “levar muito longe a assimilação formal entre o mecanismo político do controle abstrato de normas e o processo de partes, concebido como instrumento de composição judicial de lides intersubjetivas”. Mais ainda, a atuação do governador seria assemelhada à do Ministério Público no processo penal, que atua apenas como parte no sentido formal, o que significaria que “tanto como o órgão jurisdicional, exerce uma função do Estado, a de viabilizar a estruturação contraditória do processo, a qual é pressuposto do exercício da jurisdição”, tal como já sugerira Hans Kelsen.

Chegou-se, assim, à conclusão de que a propositura da ação direta seria “o exercício de uma função estatal do órgão público competente e não de um direito subjetivo do funcionário” e, por consequência “a capacidade postulatória do signatário competente lhe advém da própria investidura no cargo, somada à legitimação constitucional”.

---

18. STF, Tribunal Pleno, ADI 127 MC-QO, rel. Min. Celso de Mello, j. 20.11.1989, DJ 04.12.1992. Concordando expressamente com o raciocínio do STF: MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, versão digital, item 8.20.1.

19. Assim, por exemplo, não seria admissível que o Estado recorresse em nome do governador, pois ao ente público não caberia legitimidade seja de iniciar, seja de recorrer no controle concentrado (STF, Tribunal Pleno, ADI 2.906, rel. Min. Marco Aurélio, j. 01.06.2011, DJe 29.06.2011).

Consta, durante a discussão, a afirmativa de que “os demais órgãos públicos” também teriam a mesma capacidade postulatória. Essa questão foi, inclusive, destacada na ementa, no sentido de que “o governador do Estado e as demais autoridades e entidades referidas no art. 103, incisos I a VII, da Constituição Federal, (...) possuem capacidade processual plena e dispõem, *ex vi* da própria norma constitucional, de capacidade postulatória”. Esse raciocínio foi utilizado para reconhecer a capacidade postulatória do Conselho Federal da OAB na ADI 4.409.<sup>20</sup>

A discussão sobre a capacidade postulatória, no entanto, ganhou diversos novos capítulos.

Há decisões admitindo que o Procurador-Geral do Estado atuasse de forma autônoma. Na ADI 2.906, prevaleceu a posição de que bastaria a assinatura do Procurador-Geral do Estado, que teria legitimidade para representar o governador do estado.<sup>21</sup> Na ADI 2.728, chegou-se a afirmar que seria desnecessário mandato para a representação, por parte do Procurador-Geral do Estado, para representar o governador.<sup>22</sup> Em decisão monocrática, a ADI 6.764 foi extinta, pois assinada apenas pelo Presidente da República, que não teria capacidade postulatória, o que pertenceria apenas à AGU.<sup>23</sup>

Em outras situações, também prevaleceu a posição de que seria possível ao procurador, independentemente de mandado específico, porque atuaria representando o ente público, interpor recursos. E, nessa hipótese, sem a assinatura do prefeito/governador.<sup>24</sup>

Parece possível afirmar, no entanto, que, de acordo com o STF, “cabe ao próprio Governador de Estado ou do Distrito Federal subscrever a petição inicial, sendo-lhe facultado fazê-lo isoladamente ou em conjunto com o Procurador-Geral do Estado ou advogado habilitado.”<sup>25</sup>

Em outros termos, o procurador não pode ajuizar a ação de forma isolada, mas apenas acompanhado do Governador/Presidente/Prefeito.

---

20. STF, Tribunal Pleno, ADI 4409, rel. Min. Alexandre de Moraes, j. 06.06.2018, DJe 23.10.2018.

21. STF, Tribunal Pleno, ADI 2906, rel. Min. Marco Aurélio, j. 01.06.2011, DJe-123 29.06.2011.

22. STF, Tribunal Pleno, ADI 2728 ED, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 19.10.2006, DJ 05.10.2007. Importa destacar que a ementa da decisão não representada o que foi discutido no caso. A ementa afirma que “A representação processual do governador do estado no processo objetivo se faz por meio de credenciamento de advogado, descabendo colar a personalidade considerado aquele que, à época, era o chefe do Poder Executivo”, dando a entender que ele não teria capacidade postulatória. Essa afirmativa em nada representa o que consta do inteiro teor.

23. STF, ADI 6764, Decisão monocrática do rel. Min. Marco Aurélio, j. 23.03.2021, DJe 24.03.2021.

24. STF, Tribunal Pleno, RE 570.392, rel. Min. Cármen Lúcia, j. 11.12.2014, DJe 19.02.2015; STF, 2ª T., RE 1.126.828 AgR, rel. Min. Edson Fachin, rel. p/ Acórdão: Cármen Lúcia, j. 04.02.2020, DJe 21.02.2020.

25. STF, ADI 5.084, rel. min. Rosa Weber, decisão monocrática, j. 20.02.2014, DJe de 25.02.2014. De forma semelhante: STF, 1ª T., RE 899.382 AgR, rel. Min. Roberto Barroso, j. 24.02.2017, DJe 10.03.2017.



Essa situação também refletia na capacidade postulatória recursal. Assim, eventuais advogados não poderiam assinar, de forma isolada os recursos, dependendo da assinatura do chefe do Poder Executivo.<sup>26</sup> Embora seja importante destacar que, em relação a esse segundo ponto, a jurisprudência do STF seja bem mais vacilante, variando bastante.

Em recente julgado, ao decidir embargos de divergência, o STF teve a oportunidade de rediscutir a temática. Na situação analisada pela Corte, havia instrumento de mandato outorgado pelo prefeito, dentre eles, os que assinaram a petição inicial. O mesmo documento concedia poderes para a interposição de recursos e houve interposição do recurso extraordinário assinado apenas por procurador.

O relator, Ministro Alexandre de Moraes, afirmou que “basta que conste dos autos manifestação inequívoca do legitimado, conferindo poderes expressos ao advogado ou ao procurador para instauração do processo de controle normativo abstrato de constitucionalidade.”

Ao mesmo tempo, reforçou que o governador e o prefeito são os legitimados, podendo assinar a petição inicial. Caso não houvesse autorização expressa para recorrer, não seria possível a interposição do recurso apenas pelo procurador.

Foi acompanhado pelo Ministro Roberto Barroso, Gilmar Mendes, Rosa Weber, Carmen Lucia, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes. O ministro Marco Aurélio acompanhou o relator, mas adicionou a consideração de que, em sua opinião, sequer haveria necessidade de autorização do chefe do executivo para a atuação do procurador, que teria capacidade postulatória.

A divergência foi iniciada pelo Ministro Edson Fachin, sob o fundamento de que o chefe do Executivo municipal é o único com capacidade postulatória para atuar no controle concentrado abstrato de constitucionalidade. Foi acompanhado pelo Ministro Luiz Fux e Celso de Mello.

Importa destacar que, tendo por base esse julgado mais recente, permanece a capacidade postulatória exclusiva do chefe do poder executivo para ajuizar a ação. Além disso, para a interposição de recursos por parte do procurador/advogado, exige-se o mandato específico para isso.

Voltando, temos o terceiro grupo, daqueles legitimados que não possuem capacidade postulatória. Para os partidos políticos com representação no Congresso Nacional e a confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional, não há capacidade postulatória. Aparentemente, essa é uma jurisprudência que vem por exclusão. Como o STF, na ADI 127 só reconheceu capacidade postulatória para os órgãos públicos, aqueles que não o são, não a tem.<sup>27</sup> Portanto, nesses casos, há necessidade da juntada do instrumento de procuração, nos termos do art. 3º, parágrafo único, da Lei 9.868/1999.

---

26. STF, 2ª T., RE 993.226 AgR, rel. Min. Celso De Mello, DJe 19.12.2016; STF, 2ª T., RE 1.038.014-AgR, rel. Min. Edson Fachin, DJe 01.08.2017.

27. Esse é o raciocínio de Gilmar Ferreira Mendes (MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle abstrato de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO: comentários à Lei n. 9.868./1999*. São Paulo: Saraiva, 2012.

Além disso, ainda é exigida a indicação expressa de poderes específicos para impugnar a norma questionada por meio do ajuizamento da ação do controle concentrado de constitucionalidade, não bastando a procuração com poderes *ad judicium*.<sup>28</sup>

Os principais fundamentos para a exigência advêm de uma preocupação de que, por exemplo, o presidente do partido “tenha o efetivo controle sobre a fidelidade programática das teses”, evitando que eventual advogado possa se utilizar de uma procuração geral para ajuizar uma ADI. Há também uma nítida preocupação de que, em não se admitindo a desistência, poderia o partido se utilizar da tática de, ajuizada a ADI, depois alegar que não havia autorização, de forma a impedir seu prosseguimento. Isso porque, para a Corte, “várias ações são ajuizadas meramente no prolongamento do debate político traduzido no Congresso Nacional”. E, nesse sentido, eventual negociação posterior poderia retirar a vontade do partido político em questionar a norma.

Tendo por base as muitas decisões do STF sobre o tema, vários questionamentos precisam ser respondidos: i) há fundamento para essa capacidade postulatória derivada da Constituição para o chefe do poder executivo?; ii) qual o fundamento para que apenas os órgãos públicos possuam capacidade postulatória?; iii) qual o papel do advogado no controle concentrado de constitucionalidade, mais especificamente o advogado público? Teria ele aptidão para representar o chefe do poder executivo pela representação que lhe é concedida pela lei para representar o ente estatal judicialmente ou há necessidade de um mandato específico?

## 5. CRÍTICAS À JURISPRUDÊNCIA DO STF SOBRE A CAPACIDADE POSTULATÓRIA NO CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE

Na decisão que é tida como a *leading case* para a concessão dessa capacidade postulatória especial, o voto condutor foi do Ministro Sepúlveda Pertence. Um elemento importante para tentar entender o raciocínio por trás do afastamento do tratamento tradicional da capacidade postulatória é a menção em seu voto ao entendimento de Kelsen.

Em texto sobre a jurisdição constitucional, o autor, ao refletir especificamente sobre o processo constitucional, cogita vários possíveis legitimados para provocar o exame da constitucionalidade das leis. Em trecho que parece ser o mesmo utilizado como fundamento do voto, afirma que:

“Uma instituição totalmente nova, mas merecedora da mais séria consideração, seria a de um defensor da Constituição junto ao tribunal constitucional que, à imagem do ministério público no processo penal, tivesse a função de introduzir *ex officio* uma

---

p. 84). Essa tese foi reforçada em outro julgado do STF: STF, Tribunal Pleno, ADI 2187 QO, rel. Min. Octavio Gallotti, j. 24.05.2000, DJ 12.12.2003.

28. STF, Tribunal Pleno, ADI 2187 QO, rel. Min. Octavio Gallotti, j. 24.05.2000, DJ 12.12.2003.

ação de controle de constitucionalidade para os atos por ele considerados irregulares. Evidentemente, o titular desse cargo deveria contar com todas as garantias imagináveis de independência em relação ao governo e ao parlamento.”<sup>29</sup>

Não parece que, da reflexão de concessão de legitimação a alguns indivíduos para iniciar o processo objetivo de constitucionalidade, possa se conceder automaticamente a capacidade postulatória. Na ADI 127, o STF parece ter o objetivo de afastar o controle de constitucionalidade objetivo do processo civil tradicional afirmando, por exemplo, que se trata de um mecanismo político, sendo a possibilidade de provocar o controle um “exercício de uma função estatal do órgão público competente”, o que volta a aproximar o raciocínio das reflexões de Hans Kelsen.

Um primeiro problema advém da própria aproximação ao texto de Hans Kelsen que, em momento algum, aponta que esse legitimado tenha capacidade postulatória, reflexão que passa ao largo dos interesses do autor. Além disso, se há alguma comparação com o Ministério Público, não se pode ignorar que este já possui, por sua própria função, capacidade postulatória. Isso não significa que algum outro legitimado a teria.

Além disso, não parece ser possível afastar o processo objetivo de sua natureza jurídica, com todas as suas formalidades. Não se trata de uma simples provocação do STF para analisar a constitucionalidade de um determinado texto normativo. Basta aqui observar que não basta uma simples provocação, mas a própria legislação exige a apresentação dos fundamentos jurídicos (art. 3º, I, da Lei 9.868/1999),<sup>30</sup> apesar do entendimento de que a causa de pedir é aberta.<sup>31</sup> É possível compreender que a apresentação de fundamentos jurídicos faz parte do juízo de admissibilidade das ações do controle concentrado de constitucionalidade e, uma vez ultrapassado, abre-se a cognição do STF para uma causa de pedir aberta. Inclusive, é assim que devem ser entendidas as demais exigências formais da petição inicial nas demais ações do controle concentrado de constitucionalidade.

É possível o indeferimento da petição inicial por inépcia, se não estiver devidamente fundamentada (art. 4º, da Lei 9.868/1999), e não são poucas as exigências formais da impugnação dos atos normativos<sup>32</sup>.

- 
29. KELSEN, Hans. A garantia jurisdicional da Constituição (a justiça constitucional). Trad. Jean François Cleaver. *Direito Público*, n. 1, jul.-set. 2003. p. 124.
  30. O que já exigia o STF mesmo antes da regulação legal: STF, Tribunal Pleno, ADI 259, rel. Min. Moreira Alves, j. 11.03.1991, *DJ* 19.02.1993.
  31. Como já afirmado pelo STF, “Embora aberta a causa de pedir, uma vez envolvido o controle concentrado de constitucionalidade, a inicial deve conter as razões pelas quais se tem como inconstitucional o preceito atacado” (STF, Tribunal Pleno, ADI 3.185, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 10.10.2018, *DJe* 29.10.2018). Sobre o tema, cf.: SCALABRIN, Felipe. *Causa de pedir e atuação do Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2014. p. 154-170.
  32. Apontando várias delas, a exemplo da necessidade de impugnação de toda a cadeia normativa: MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle abstrato de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO: comentários à Lei n. 9.868./1999... cit.*, p. 225-237.

Se formos analisar as demais ações do controle concentrado, a complexidade argumentativa é ainda maior. Por exemplo, na ação declaratória de constitucionalidade, compete ao requerente, a indicação de “existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória” (art. 14, III, da Lei 9.868/1999). Na ADPF, a petição inicial deve indicar, para além dos fundamentos, o preceito fundamental violado (art. 3º, I, da Lei 9.882/1999), e, se for o caso, a “comprovação da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do preceito fundamental que se considera violado” (art. 3º, V, da Lei 9.882/1999).

Por fim, e até mais importante, não se pode ignorar a sistemática recursal do controle concentrado. É difícil imaginar que os legitimados, por si só, tenham condições de elaborar agravos internos, embargos de declaração, recursos extraordinários e embargos de divergência. A simples previsão de recursos parece afastar ainda mais o controle de constitucionalidade de um mecanismo político.

Parece perceptível que o controle concentrado de constitucionalidade não é um simples mecanismo político, em que seria possível imaginar que o papel do legitimado seria unicamente o de provocar a Corte a refletir sobre um determinado ato. Trata-se, inclusive como vem sendo amplamente reconhecido pela doutrina, como um processo efetivamente jurisdicional, que não pode, salvo devida justificativa, afastar-se das regras gerais do processo. Se a justificativa para a exigência da capacidade postulatória advém da tecnicidade das regras do direito e, em especial, das processuais, nada há que justifique o seu afastamento no controle concentrado de constitucionalidade. Talvez aqui seja ainda mais importante a exigência de uma capacidade técnica especial, porque o legitimado não atua em causa própria, mas em defesa de uma instituição, a Constituição. A eventual deficiência na defesa dos direitos é ainda mais danosa, porque não atinge apenas o indivíduo e pode, por deficiência técnica, permitir a manutenção da vigência de texto normativo inconstitucional.

Há mais: se a pretensão do STF fosse a de entender que se trata de um instrumento político, não faz sentido exigir capacidade postulatória de alguns legitimados, mas não de outros. Não se conhece precedente que indique fundamentos para essa diferenciação.

Em resumo, apesar de ser um entendimento consideravelmente consolidado (com uma ou outra decisão que afasta a capacidade postulatória dos órgãos públicos, em geral da relatoria do ministro Marco Aurélio), não parece haver justificativa para que os órgãos públicos tenham capacidade postulatória automática para o ajuizamento das ações no controle concentrado.

Mais do que isso, não parece haver qualquer justificativa para que *apenas os legitimados para o ajuizamento tenham capacidade postulatória para a petição inicial*. Afinal, como visto, mesmo na jurisprudência mais recente do STF, a petição inicial *necessariamente* deve ser assinada pelo legitimado. Se não há fundamentos para conceder capacidade postulatória a esses legitimados, menos ainda há para excluir aqueles que já a possuem de assinar de forma autônoma a petição inicial, desde que devidamente autorizados pelo legitimado ativo.

Como sempre apontou o Ministro Marco Aurélio, caberia ao STF diferenciar a legitimidade para a causa da capacidade postulatória. A simples previsão da legitimidade para ajuizar o controle de constitucionalidade abstrato por parte dos órgãos públicos não lhes concede automaticamente a capacidade postulatória.<sup>33</sup> Importa destacar que uma coisa é a legitimidade *ad causam*, mesmo que extraordinária, que limita-se a verificar a pertinência subjetiva da ação,<sup>34</sup> ou seja, se a parte pode exigir o direito por ela alegado, outra é a capacidade postulatória para praticar os atos postulatórios naquele mesmo processo. A título exemplificativo, uma pessoa natural que não é advogada tem legitimidade para ajuizar uma ação de indenização por danos morais contra uma empresa, mas não terá capacidade postulatória. A mesma situação ocorre na legitimidade extraordinária, em ações coletivas, na qual, o órgão público (art. 5º, III, da Lei da ACP) precisa de um indivíduo com capacidade postulatória para atuar em juízo.

Assim, tendo em vista tais considerações, *com exceção do Procurador-Geral da República, os demais legitimados não possuem capacidade postulatória, a qual deve ser suprida por alguém que a tenha.*<sup>35</sup>

Naturalmente, em geral, nada impede que, por exemplo, o representante legal do legitimado ou o próprio legitimado, no caso de pessoas físicas, como o Governador (salvo vedação legal) também sejam advogados e possam postular em juízo.<sup>36</sup>

É inegável que o STF parece estar avançando nas reflexões sobre as capacidades postulatórias, mas parece ser o momento de superar o entendimento tradicional de concessão de capacidade postulatória aos entes públicos pela simples previsão de sua legitimidade para ajuizar as ações do controle concentrado. Trata-se de precedente que não tem fundamentação constitucional ou legal e que está em descompasso com a natureza jurídica do controle concentrado de constitucionalidade e com as próprias exigências formais do STF em relação à petição inicial e aos demais recursos cabíveis.

- 
33. Também em crítica ao posicionamento do STF Araken de Assis destaca que “Essa decisão incorreu em incompreensível confusão entre a capacidade para conduzir o processo, ou legitimidade, conferida por aquela disposição constitucional, e a habilitação técnica do legitimado, em nenhum momento excepcionada na regra” (*Processo civil brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 2015. v. II. t. I. p. 1089).
  34. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 159.
  35. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro...* cit., p. 125. Há quem inclua o CFOAB: CUNHA, Dirley. *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2010. p. 194. Ocorre que, embora seja possível presumir, por exemplo, que os membros do CFOAB tenham capacidade postulatória, isso não decorre de serem membros desse conselho. Nada impede, por exemplo, os membros que assinem a petição inicial façam parte de carreira da advocacia pública que impeça o exercício da advocacia privada.
  36. De forma análoga, sobre a possibilidade de o representante de empresa também ser advogado e poder postular em juízo, cf.: ALVIM, Arruda. *Manual de direito processual civil*. 13. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010. p. 523.

### 5.1. A advocacia pública no controle concentrado de constitucionalidade

Um tema que precisa ser melhor definido, independentemente da superação ou não da capacidade postulatória autônoma dos órgãos públicos no controle objetivo de constitucionalidade, é a exigência ou não de mandato para os advogados públicos ao atuarem nesse procedimento.

Em regra, para que o advogado possa representar a parte em juízo, exige-se o mandato. Mas isso não ocorre em relação à advocacia pública, pois a representação do ente público decorre da lei; em outros termos, “decorre do vínculo legal mantido entre a Administração Pública e o procurador”.<sup>37</sup>

Há, no entanto, uma particularidade no controle concentrado, pois o legitimado a atuar em juízo *não é o ente público*, mas, de forma específica, o *chefe do Poder Executivo* (Presidente, Governador e Prefeito). Da mesma forma, a questão aparece quando o legitimado é a Mesa do Senado Federal, a Mesa da Câmara dos Deputados e a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal. Será que, nesses casos, a atuação da advocacia pública poderia ocorrer *sem o instrumento de mandato, sem a procuração*?

O STF vem exigindo a procuração com poderes específicos, o que também pode ser justificado pelos grandes impactos que uma decisão no controle concentrado de constitucionalidade tem no ordenamento jurídico. Além disso, como reconhecido na ADI 2187, há também um componente político na decisão de iniciar o controle de constitucionalidade, o que deve ser somado à impossibilidade da desistência.

Por mais que a advocacia pública atue com mandado *ex lege*, deve ser exigido algum documento que comprove, *de forma inequívoca*, a manifestação de vontade do legitimado (seja ele chefe do Poder Executivo, Presidente de mesa do Poder Legislativo). Por mais que não deva ser exigida a procuração em si, porque o mandato do advogado público decorre *ex lege*, impõe-se que seja apresentado em juízo ao menos alguma comunicação interna comprovando que há interesse do legitimado em ingressar com a ação do controle concentrado de constitucionalidade para que seja promovido pela procuradoria.

## 6. CONCLUSÃO

O controle concentrado é permeado por inúmeras particularidades processuais, muitas delas desenvolvidas pela própria jurisprudência do STF. Dentre elas está a capacidade postulatória, na qual reconhece a Corte que a concede de forma automática, a partir da previsão da legitimidade para agir diretamente da constituição, a todos aqueles com natureza pública. Isso exclui apenas os partidos políticos e as confederações sindicais.

---

37. CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 6.



Como defendido no texto, trata-se de uma particularidade injustificável. Não há qualquer justificativa para que se exija representação técnica de alguns legitimados, mas não de outros. Na verdade, não há fundamentos para que aqueles que não possuem capacidade postulatória nos processos civis subjetivos a tenham no controle concentrado. Trata-se de procedimento de alta complexidade técnica, não bastando uma simples provocação da Corte, o que poderia justificar a concessão de capacidade postulatória para os que não a tem ordinariamente. Portanto, com a exceção do Procurador-Geral da República, deve ser exigida a comprovação da capacidade postulatória/comprovação da representação de quem a tenha para os demais legitimados.

Em relação à comprovação da representação, exige o STF que o mandado conceda poderes específicos para impugnação das normas. No que se refere à advocacia pública, embora sua atuação seja *ex lege*, adaptando o entendimento para essas carreiras, é de se exigir alguma espécie de manifestação de vontade expressa do legitimado a ser representado, como forma de garantir que houve manifestação de vontade em impugnar as normas por meio do controle concentrado de constitucionalidade.

## 7. REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. *Processo Constitucional brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 2016.
- ALVIM, Arruda. *Manual de Direito Processual Civil*. 13. ed. São Paulo: Ed. RT, 2010.
- ASSIS, Araken de. *Processo Civil brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 2015. v. II. t. I.
- BARBI, Celso Agrícola. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981. v. 1.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. São Paulo: Ed. RT, 2000.
- COSTA, Eduardo Fonseca da. Jurisdição constitucional, jurisdição coletiva e tutela de instituições. *Revista de Processo*, n. 244, jun. 2015.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A fazenda pública em júízo*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- CUNHA, Dirley. *Controle de constitucionalidade: teoria e prática*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2010.
- DANTAS, Ivo. Teoria do processo constitucional. In: LARREA, Arturo Zaldívar Lelo de; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. *Estudos de direito processual constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos processuais e condições da ação*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional: controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2017.
- GODINHO, Robson. Notas acerca da capacidade postulatória do Ministério Público. In: DIDIER JR., Fredie. (Coord). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2010, v. 2.

- GOUVEIA FILHO, Roberto Campos. *A capacidade postulatória como uma situação jurídica processual simples: ensaio em defesa de uma teoria das capacidades em direito*. Dissertação de Mestrado. Recife: Unicap, 2008.
- GOUVEIA FILHO, Roberto Campos. *Da recorribilidade ao recurso: um caso emblemático do movimento processual*. Tese de Doutorado. Recife: Unicap, 2020.
- KELSEN, Hans. A garantia jurisdicional da Constituição (a justiça constitucional). Tradução de Jean François Cleaver. *Direito Público*, n. 1, jul.-set. 2003.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Trad. Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Aproximación al derecho procesal constitucional. In: *Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional*. Madri: Marcial Pons, 2013.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLETT, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2020, versão digital.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Controle abstrato de constitucionalidade: ADI, ADC e ADO: comentários à Lei n. 9.868/1999*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- SCALABRIN, Felipe. *Causa de pedir e atuação do Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2014.
- SILVA, Fernando Antonio de Souza. *O direito de litigar sem advogado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- TAVARES, André Ramos. Teoria processual e processo constitucional “objetivo”. In: DIDIER JR., Fredie; JORDÃO, Eduardo (Coords). *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2008.
- ZANETI JR., Hermes. *Processo constitucional: o modelo constitucional do processo civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.



## PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREAS DO DIREITO: Processual; Constitucional

### Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Controle de Constitucionalidade na Ibero-América: principais aspectos e análise comparada entre Brasil, Colômbia e Venezuela, de Cláudia Regina de Azevedo – *RDCI* 131/349-362;
- Em defesa da ampliação da capacidade postulatória, de Rocco Antonio Rangel Rosso Nelson – *RePro* 977/241-264 e *Doutrinas Essenciais - Novo Processo Civil* 2/329-351; e
- O controle de constitucionalidade brasileiro: onde estamos e para onde vamos, de Luciano Rosa Vicente – *RDCI* 128/123-142.