

Para Luis Fernando Schuartz,
in memoriam



Agradecimentos

Este livro é resultado de pesquisa concebida e desenvolvida com integral apoio da Fundação Konrad Adenauer (FKA), cujos esforços para estimular e viabilizar pesquisas sobre a democracia brasileira são louváveis e devem ser reconhecidos. Desse modo, agradeço, em primeiro lugar, aos representantes da FKA no Brasil, em particular a Wilhelm Hofmeister, por ter apostado neste projeto desde o primeiro momento, e a Peter Fischer-Bollin, por ter assegurado as condições que possibilitaram sua conclusão.

Curiosamente, parte deste livro veio a ser escrita na Alemanha, no inverno de 2010, quando eu me encontrava na condição de pesquisadora visitante do Ibero-Amerikanisches Institut (IAI) de Berlin. Agradeço a Peter Birle, diretor de pesquisas do IAI, pelas ótimas condições de trabalho que ali encontrei. Um agradecimento muitíssimo especial devo a Octavio Amorim Neto, grande e generoso amigo, cujo incentivo e apoio a este projeto foram fundamentais para sua concepção. Fosse a generosidade de Octavio mais frequente entre os intelectuais, a academia seria certamente um lugar mais feliz.

Foi justamente um ambiente de trabalho feliz que encontrei junto com meus colegas do antigo IUPERJ, agora e sempre juntos no IESP, o Instituto de Estudos Sociais e Políticos da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. A meus queridos Argelina Figueiredo, Fabiano Santos e Jairo

Nicolau, devo um agradecimento não apenas pelo convívio fraterno e estímulo constante à minha “virada empírica”, mas também pela leitura e pelo comentário em diversas partes deste livro.

Fora de minha instituição encontrei também colegas que foram fundamentais ao longo do processo de pesquisa que culminou neste livro. Rogério Arantes é certamente um deles, e agradeço seus inúmeros comentários e sugestões ao projeto. Essenciais foram também as leituras críticas e recomendações de meus brilhantes e queridos Cláudio Pereira Souza Neto, Daniel Sarmento e Gustavo Binbenjy, os três mosqueteiros do Direito Constitucional brasileiro.

Muitos benefícios também recebi das leituras e dos comentários de Matthew Taylor, Luciana de Oliveira Ramos e Emiliano Rodrigues Brunet, aos quais agradeço as valiosas sugestões incorporadas neste livro. Incorporado a essas páginas encontra-se ainda o trabalho de meus assistentes de pesquisa, Felipe Asensi e Natália Pacheco Junior, que colaboraram no início e no final da pesquisa, e, em especial, de Jeferson Mariano Silva, cuja competência reflete-se no impecável banco de dados que me ajudou a construir.

Às minhas queridas amigas Ana, Ananda, Carolina, Dayse, Ligia, Rachel, Renata, Sabrina e Oiara, agradeço por estarem sempre perto, mesmo quando estamos longe.

Finalmente, agradeço a meus pais, Elisabeth e Bertoldo, à minha avó Sarah e a meus irmãos, Lara e Alan, pelo amor e apoio incondicionais que só a família pode prover.

Este livro é dedicado a Luis Fernando Schuartz, que, no mesmo momento que eu, convencia-se da importância dos estudos empíricos, mas cujos muitos projetos, infelizmente, não pôde completar. Tivesse a vida lhe dado mais tempo, ele teria certamente realizado muitas pesquisas como esta, e sempre o faria com o rigor e o brilho que lhe eram próprios.

Apresentação

Uma boa obra científica deve ter pelo menos uma das características que se seguem: a) tratar de tema relevante no seu campo de estudo, levantando de maneira exaustiva a bibliografia existente realçando suas qualidades sem deixar de apontar para possíveis fragilidades; b) promover pesquisa inédita sobre o objeto escolhido de tal forma a iluminar acertos de teorias correntes, mas, sobretudo, relevar como tais argumentos não são sustentáveis dadas as informações levantadas, organizadas e analisadas pela pesquisa; c) oferecer resposta criativa para o quadro empírico observado, combinando tanto quanto possível tradições teóricas distintas, propondo, assim, novos caminhos de análise do objeto sob investigação.

Quando nos deparamos com as três qualidades num livro só, podemos dizer que estamos diante de obra exemplar. Este é certamente o caso de, *Judicialização ou Representação? Política, Direito e Democracia no Brasil*, de Thamy Pogrebinski. No trabalho, a autora trata do chamado fenômeno da “judicialização da política” no Brasil, tema de tantos artigos e livros na bibliografia recente nas ciências sociais em nosso país. Em geral, os acadêmicos tratam as decisões do trabalho do Judiciário ao interpretar a Constituição como exercício contramajoritário, usurpação das funções do soberano, o povo, legítima e exclusivamente representado no Congresso Nacional. É tema também de inúmeras matérias e artigos jornalísticos,

quase sempre seguindo o mote de acordo com o qual a intervenção dos juízes na esfera política, em particular, do Supremo Tribunal Federal, decorreria da fraqueza de nosso Poder Legislativo. Em ambas as teses, temos como fio condutor a noção de que as instituições da representação política viveriam grave crise, sendo a judicialização um artifício utilizado por indivíduos, partidos e associações no sentido de defender seus interesses e aspirações fundamentais.

A pesquisa que fornece a base empírica sobre a qual se assenta o livro é por si só serviço essencial ao progresso do conhecimento sobre as instituições democráticas que estamos a construir desde a promulgação da Constituição de 1988. Levantamento minucioso é feito quanto à quantidade, tipos, temas tratados, conteúdo das sentenças proferidas pelos juízes, além de uma bem organizada periodização de uso dos principais instrumentos à disposição do STF para modificar políticas adotadas pelo Legislativo e sancionadas pelo Executivo. Ademais, também são analisadas as reações, expressas em proposições legislativas, do Congresso após as decisões finais do Supremo. Desta forma, resultou cristalino se é possível ainda manter a tese de acordo com a qual o Judiciário agiria no vácuo deixado pelo Legislativo a respeito de questões relevantes da agenda pública, ou se o primeiro seria uma instituição contramajoritária a impedir que decisões de baixa qualidade e que atingem interesses essenciais dos cidadãos possam ser implementadas. A resposta de Thamy Pogrebinski, negativa em ambos os casos, sem dúvida mudará os termos do debate sobre a judicialização da política no Brasil.

Mas o livro não se limita a desmentir teorias em voga, embora se o fizesse apenas já teríamos material de leitura obrigatória na moderna literatura sobre democracia no Brasil. A interpretação proposta face o quadro empírico encontrado, tendo-se assim uma perspectiva macro da trajetória das instituições políticas criadas em 1988, revela autora dotada de importante qualidade para uma jovem cientista social: a ousadia Intelectual. Mediante combinação de perspectivas teóricas, como recentes desdobramentos da escolha racional aplicada ao estudo das instituições e contribuições de ponta

nos estudos sobre deliberação, Thamy Pogrebinschi oferece visão sofisticada e inovadora sobre a dinâmica institucional recente em nosso país. A um só tempo, explicativa e normativa, teórica e empírica, a presente obra se inscreve naquilo que a ciência política brasileira contemporânea tem de mais rico a oferecer aos leitores interessados nos destinos de nossa democracia. O experimentalismo das instituições se vê no livro de Thamy replicado em vigoroso exercício de criação intelectual.

Fabiano Santos

??



Prefácio

Um espectro ronda a democracia contemporânea – o espectro da judicialização da política. Thamy Pogrebinski, pesquisadora oriunda do campo da teoria política, com trabalhos premiados pelas principais associações científicas das áreas de Ciência Política e Ciências Sociais, realiza neste livro a sua “virada empírica”, em busca das reais dimensões deste espectro no caso da democracia brasileira atual. Os resultados dessa investigação não poderiam ser mais surpreendentes e o livro deve alcançar rapidamente o centro do debate público e acadêmico sobre o tema.

O fenômeno da judicialização da política vem sendo acompanhado com interesse por intelectuais, por atores do mundo político e jurídico e pela mídia. De escala global, a transferência de poder das instâncias políticas representativas para os tribunais vem se dando em inúmeros países desde o final da segunda guerra mundial, em ondas associadas a processos de democratização nos diversos continentes. As formas de transferência tem sido várias, desde a adoção de constituições extensas e pródigas em direitos, passando pela criação de tribunais constitucionais, pela ampliação do acesso à justiça a causas coletivas até os impactos da assinatura de tratados internacionais sobre os ordenamentos jurídicos nacionais. Em termos mais específicos, a judicialização da política tem reconfigurado a face da democracia representativa em duas dimensões principais: quando tribunais

constitucionais revisam a constitucionalidade das leis aprovadas pelo parlamento ou dos atos normativos do executivo, e quando tribunais interferem de algum modo na condução governamental das políticas públicas.

Louvada por uns, denunciada por outros, a judicialização da política carrega em si o germe de sua controvérsia. A origem da polêmica remonta a Hamilton, que nos *Artigos Federalistas* 78 a 83 pôs-se a defender a condição privilegiada dos juízes e o papel político do Judiciário na ousada engenharia institucional da Constituição elaborada na Filadélfia. A dificuldade central era: o mesmo movimento que pretendia construir a primeira nação democrática moderna, assentada no governo do povo, parecia elevar a magistratura à condição de corpo independente e reservar ao Judiciário a função contramajoritária de preservar a constituição frente aos atos dos poderes políticos representativos da soberania popular.

A expansão das funções políticas do Judiciário no século XX não ocorreu sem que essas questões clássicas fossem enfrentadas. Em todos os cantos em que juízes tiveram seu poder fortalecido direta ou indiretamente por novas cartas constitucionais, uma volta no parafuso da democracia representativa teve que ser dada para justificar o papel político da magistratura. Do ponto de vista dos operadores do direito, a constitucionalização dos regimes políticos e a adoção de mecanismos de judicialização da política constituiriam desenvolvimentos necessários às democracias, cujos “espetáculos de turbulência e luta – para lembrar Madison – sempre se mostraram incompatíveis com a segurança pessoal ou com os direitos de propriedade, e tiveram em geral vidas tão breves quanto violentamente interrompidas”. Esta seria uma descrição adequada das experiências de Alemanha, Itália e Japão quando sucumbiram a regimes totalitários e posteriormente reconstruíram suas democracias atribuindo ao Direito e a suas instituições típicas a função de domesticar a Política. Caminho semelhante seria seguido pelos países da terceira onda de democratização nos anos 1970/80 e, mais tarde, de muitos países do leste europeu que transitaram para a democracia e para a economia de mercado. Nessa mesma perspectiva positiva da judicialização, recentemente uma visão jurídica ainda mais arrojada passou a defender o Direito não só como freio de

democracias em risco por excesso de velocidade, mas também como acelerador da cidadania nos regimes políticos em marcha lenta.

Do ponto de vista da ciência política, a naturalização da expansão judicial em solo democrático nunca foi bem aceita, muito menos a idéia de que ao adotar constituições e tribunais constitucionais estamos necessariamente melhorando a democracia. Muitos autores chegam mesmo a se perguntar por que políticos teriam interesse em transferir autoridade para instâncias não parlamentares e não executivas de poder como cortes constitucionais e também em reduzir sua discricionariedade por meio da constitucionalização de direitos. A explicação residiria num movimento estratégico de elites políticas em busca de algum tipo de segurança contra as incertezas inerentes à competição política em regimes democráticos.

No Brasil, o modelo de 1988, no qual estão assentadas as bases de nossa judicialização contemporânea da política, foi aclamado por uns e criticado por outros. Os elementos de nossa equação constitucional são bastante conhecidos. Animados pela idéia de remover o “entulho autoritário” deixado pelos militares e determinados a evitar recaídas antidemocráticas e assegurar futuro às suas preferências, nossos constituintes nos legaram uma constituição extensa, detalhada, generosa em direitos e antecipadora de políticas públicas. Também reconstruíram o sistema judicial, ampliando o acesso à justiça para causas coletivas e redesenhando o subsistema de controle constitucional, de modo a torná-lo um dos mais abrangentes do mundo. O Supremo Tribunal Federal, órgão de cúpula do Judiciário, teve seu papel de corte constitucional fortalecido e seu acesso direto franqueado a uma centena de atores políticos e sociais. Elogiado e defendido por muitos, o modelo de 1988 também foi criticado por corresponder a uma visão negativa da política representativa e, em termos práticos, por comprometer decisivamente a governabilidade do país ao esparramar pontos de veto por todo o sistema institucional.

O livro de Thamy Pogrebinski insere-se nesse debate de modo inovador. Segundo a autora, associar a judicialização da política a uma crise da representação é praticar um falso silogismo. Seu mérito não está, portanto,

em tomar partido no debate normativo sobre o caráter positivo ou negativo da judicialização, mas, a partir de dados inéditos de pesquisa, colocar a questão em novos patamares. Defensores e adversários da judicialização da política terão que rever suas posições depois da leitura deste livro.

A autora se contrapõe a duas fortes interpretações da judicialização da política à brasileira. A primeira vê no modelo de 1988 e nos reforços trazidos pela reforma constitucional do Judiciário de 2004 as bases de uma suposta “supremocracia”. A segunda vai mais longe na história republicana e remonta à corrente estadonovista que considerava o arranjo liberal da democracia representativa insuficiente ou inviável entre nós. Essa corrente teria sido responsável, dentre outras inovações, pela idéia da “representação funcional” como forma de adensar o espaço político e melhorar a qualidade da condução do Estado. Atualizada na forma do modelo de 1988, essa tradição crítica vê na judicialização da política a expressão e a possibilidade de correção de nosso histórico déficit democrático.

Ambas as interpretações estariam equivocadas por não encontrarem amparo nos fatos e por sustentarem seus argumentos de modo meramente funcionalista. Postulada a crise da representação, a judicialização da política seria a resposta funcional do sistema. Em termos mais concretos, o ativismo judicial seria consequência da retração do parlamento e do vácuo legislativo aberto por um Congresso paralisado por ineficiência e corrupção. Todavia, como diz a autora, o duplo argumento da crescente intervenção do judiciário e da fragilidade do legislativo nunca foi empiricamente demonstrado de modo a confirmar aquelas hipóteses.

Afinal, o STF exerce de fato sua função contramajoritária e anula com frequência as leis produzidas por um parlamento errático e frágil? Frente às decisões judiciais, o legislativo permaneceria inerte e incapaz de editar normas sobre os assuntos roubados pela apreciação judicial? Escapando da técnica chamada por ela de “exemplaridade dos casos” (técnica pela qual diversos analistas procuram demonstrar empiricamente a *supremocracia*, isto é, recorrendo a alguns poucos mas exemplares casos de intervenção judicial em questões políticas) Thamy Pogrebinski reuniu em banco de dados as 4.574 ações protocoladas no STF

entre 1988 e 2009, relativas ao controle constitucional direto e abstrato. São 4.347 Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI), 202 Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) e 25 Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC). Procedendo a sucessivos recortes, a autora reduzirá este universo a 810 ADIs e ADPFs que tiveram como objeto leis e atos normativos do Poder Legislativo federal. É a partir da análise do que realmente aconteceu com esse conjunto de ações que as hipóteses presentes no debate público e também no meio acadêmico são sistematicamente testadas pelo livro.

Para não estragar o prazer da leitura e da descoberta pelos próprios leitores, não anteciparei aqui os resultados, que podem ser aquilatados desde as primeiras páginas do livro. Devo dizer, entretanto, que eles levarão a uma profunda revisão dos argumentos convencionais sobre a judicialização da política no Brasil.

Embora o livro esteja estruturado em quatro capítulos, ele pode ser dividido em duas grandes partes. Os três primeiros capítulos são principalmente descritivos e se encarregam de testar empiricamente as hipóteses, nas duas direções do falso silogismo apontado pela autora. Na primeira direção (Capítulos 1 e 2), a quantidade e a qualidade das decisões do STF (incluindo temas principais, tipos de autores das ações, quais os vícios de inconstitucionalidade que comprometem a legislação federal) são examinadas. Na segunda direção (Capítulo 3) a atividade legislativa anterior e posterior às decisões judiciais é investigada de modo a enfrentar o argumento sobre o “vácuo legislativo”, e um estudo de caso ilustra a interação entre Supremo Tribunal Federal e Congresso Nacional em torno da política constitucional.

O Capítulo 4 é responsável por uma segunda parte do estudo, dedicada à reflexão teórica sobre as relações entre judicialização da política e representação. Inspirada pelas descobertas empíricas, a autora defende que tais processos não são contraditórios e que a participação do Judiciário em questões políticas não expressa nem reforça uma suposta crise da representação. Reivindicando a possibilidade de algum “experimentalismo democrático”, Thamy Pogrebinski argumenta que a revisão judicial das leis

pode operar no sentido de fortalecer o caráter representativo da democracia e de aperfeiçoar o trabalho do poder legislativo. De fato, parece sumir no retrovisor aquela imagem exclusivamente contramajoritária dos tribunais constitucionais, que hoje não atuam apenas de modo retrospectivo e negativo, mas também atuam prospectando a constituição e inovando positivamente o ordenamento jurídico.

É verdade que tomar a atuação dos juízes como atividade de representação política nestes novos tempos exige uma reelaboração conceitual dessa última, particularmente da questão do vínculo formal estabelecido entre representantes e representados por meio de eleições periódicas. E a autora não deixa de realizar essa revisão, argumentando que o que torna uma instituição representativa, em sentido político, não é necessariamente ou exclusivamente o vínculo de tipo eleitoral, mas as conseqüências engendradas por sua própria atuação. Nas suas palavras, “é o compartilhamento das conseqüências políticas de uma determinada atividade (seja esta a promulgação de uma lei, a execução de uma política pública ou a tomada de uma decisão judicial) e sua correspondência às demandas presentes na sociedade o que a torna representativa”.

Deste ponto de vista, não cabe dúvida de que o padrão de atuação do STF, revelado pelo livro, nos levaria a considerá-lo como instituição representativa, não só por sua função de legislador negativo, mas pela interação positiva – e matizada por diversos expedientes institucionais – que tem mantido com o Legislativo. Por ser uma conclusão bastante controversa, creio que é em torno dela que se dará o debate entre os interessados pelo espectro da judicialização da política, agora bem mais informados sobre a sua real extensão na democracia brasileira.

Rogério Bastos Arantes

????????????????????????????????????

Sumário

Agradecimentos	vii
Apresentação	ix
Prefácio	xiii
INTRODUÇÃO	
O falso silogismo da judicialização	1
Sobre o banco de dados	13
CAPÍTULO 1	
Contramajoritarianismo ou deferência judicial?	17
1.1. Controle de constitucionalidade de leis e atos normativos do Congresso Nacional	25
1.2. As decisões liminares	53
CAPÍTULO 2	
Judicialização da política ou aperfeiçoamento legislativo?	61
2.1. Os casos	64
2.1.1. Os temas impugnados	65
2.1.2. Os governos impugnados	75
2.1.3. Os autores das impugnações	82
2.2. As decisões	87
2.2.1. Os vícios de inconstitucionalidade	91
2.2.2. Aperfeiçoamento legislativo	98

CAPÍTULO 3

A prevalência da vontade majoritária	107
3.1. A falácia do vácuo legislativo	120
3.2. As respostas do poder legislativo	128
3.3. Tipos e tempo de resposta do Congresso Nacional	137
3.4. Diálogo institucional? Um estudo de caso	148

CAPÍTULO 4

Judicialização como representação	163
4.1. Ampliando a representação política para instituições não majoritárias: em torno de um experimentalismo democrático	166

Referências	185
--------------------	-----

INTRODUÇÃO

O falso silogismo da judicialização



Poucos temas no Brasil parecem ter sido simultaneamente tão abraçados pela mídia e pela academia nos últimos anos quanto o da chamada judicialização da política. O discurso de que o Poder Judiciário se agiganta fazendo sombra aos demais poderes parece igualmente persuadir jornalistas e intelectuais, os quais, por vezes, unem suas vozes em uníssono para cantar o coro de uma suposta crise da representação política. À medida que avança a tese da judicialização, ganha corpo a crença de que esta teria como causa e efeito a crise da representação. Um falso silogismo que não poderia resultar senão em falácia: a de que uma crise institucional ameaça a democracia brasileira.

O discurso não é novo, porém agora parece ter encontrado no Poder Judiciário uma trincheira estratégica de onde atacar o Poder Legislativo. Em suas várias roupagens, o silogismo falaz se reproduz nas páginas dos jornais, que insistem em dizer àqueles dispostos a acreditar que, no Brasil, “a maioria das leis é considerada inconstitucional e acaba ocupando ainda mais os tribunais com a rotina de descartá-las”. A “baixa qualidade da produção legislativa”, nos informou ainda recentemente o maior veículo de imprensa do país, responderia pela invalidação de leis “que não se baseiam em princípios constitucionais” (*O Globo*, 19 de junho de 2011, p. 3). Acusado de legislar pouco e mal, o Legislativo seria ainda apresentado como responsável pela sobrecarga do Poder

4 Judicialização ou representação?

Judiciário, que não apenas habilitar-se-ia a legislar por ele, como muito trabalho teria para sanar os vícios da legislação supostamente malfeita. Apequenado o Legislativo, o Judiciário é projetado como um gigante, enquanto a política brasileira converte-se em uma metáfora de si mesma aos olhos daqueles que ainda se deixam encantar pelas fábulas contadas pela imprensa.

Mais problemática vem a ser a reiteração desse tipo de argumento nos meios acadêmicos. As Ciências Sociais e o Direito vêm realizando importantes e interessantes esforços de compreensão do processo de judicialização da política e do papel do Poder Judiciário. Mesmo sem dialogar entre si, a literatura política e sociológica (Arantes, 1997 e 2007; Arantes e Kerche, 1999; Carvalho, 2004 e 2009; Castro, 1996; Maciel e Koerner, 2002; Sadeck, 2001, 2009 e 2010; Marchetti, 2008; Marchetti e Cortez, 2009; Oliveira, 2005; Pacheco, 2007; Taylor, 2007; Taylor e Da Ros, 2008; Vianna et alli, 1999 e 2007; Vianna, 2002 e 2008) e a literatura jurídica e constitucional (Barroso, 2010; Binbenbom, 2001; Cittadino, 2004; Sarlet, 2009; Sarmiento, 2000, 2006 e 2010; Sarmiento e Souza Neto, 2008; Souza Neto, 2005 e 2006; Vieira, 1994 e 2008) aportam relevantes contribuições ao debate, ainda que enfocando aspectos distintos e apoiando-se em abordagens diversas. No entanto, amparando-se apenas em casos e não em dados, parte dessa literatura colabora para a difusão da crença de que judicialização implica “avanço do direito em detrimento da política e consequente ampliação da esfera de autoridade dos tribunais em detrimento dos parlamentos” (Vieira, 2008: 442).

Repete-se, assim, no Brasil, o diagnóstico dos autores estrangeiros sistemática e recorrentemente usados pela literatura nacional que se dedica ao estudo da judicialização, qual seja, o de que o Judiciário, ao buscar suprir supostas lacunas deixadas pelo sistema representativo, contribui para aprofundar a crise da democracia (Garapon, 1999). Recorrendo muitas vezes a um mesmo (e bastante limitado) repertório de casos como suporte para seus argumentos, assume-se por aqui que a judicialização não ocorreria se as instituições majoritárias fossem efetivas e respeitadas; tampouco o ativismo judicial floresceria em um

cenário no qual os valores dos juízes se identificassem com os das instituições majoritárias (Tate e Valinder, 1995).

É tendo por base essas referências comuns que alguns parecem ter se convencido de que “a judicialização da política ocorre porque os tribunais são chamados a se pronunciar onde o funcionamento do Legislativo e do Executivo se mostram falhos, insuficientes ou insatisfatórios” (Castro, 1996) ou, ainda, que o Poder Judiciário é convocado “ao desempenho do papel de um *tertius* capaz de exercer funções de *checks and balances* no interior do sistema político, a fim de compensar a tirania da maioria, sempre latente na fórmula brasileira de presidencialismo de coalizão” (Vianna et alli, 1999: 51). A suposta atrofia do Legislativo e do Executivo levaria ainda a uma hipertrofia do Judiciário: “o STF está hoje no centro de nosso sistema político, fato que demonstra a fragilidade de nosso sistema representativo” (Vieira, 2008: 441).

Entimema e democracia à parte, estaríamos, assim, de acordo com essas leituras, diante de uma “supremocracia”; termo que se refere à autoridade do Supremo Tribunal Federal (STF) em relação às demais instâncias do Judiciário, bem como à expansão de sua autoridade “em detrimento dos demais poderes” (Vieira, 2008: 445). Como derradeira conclusão dessas que reputo como falsas premissas estaria o suposto fato de que “o descrédito da representação política trará consigo a emergência da representação funcional” (Vianna, 2008).

O pressuposto de que o Poder Judiciário expande-se em um vácuo normativo deixado pelo Poder Legislativo jamais foi demonstrado empiricamente, de modo a confirmar a hipótese de que a uma eventual inércia ou disfuncionalidade do segundo corresponderia algum ativismo do primeiro. A comprovação da não correlação entre uma suposta deficiência da produção legislativa e um suposto excesso de prestação jurisdicional faz-se, assim, mais do que necessária, embora isso certamente não seja suficiente para livrar a democracia brasileira dos contínuos ataques que vêm sofrendo suas instituições representativas.

Se no Brasil, como em outros países que adotaram o sistema americano de freios e contrapesos, o controle de constitucionalidade apresenta-se

6 Judicialização ou representação?

como uma solução liberal para problemas democráticos (Arantes, 1999), por aqui, o arranjo institucional de imposição de freios à vontade majoritária jamais se revelou decorrência de um eventual esmorecimento da legitimidade das decisões das casas representativas da soberania popular. Se o fortalecimento do Poder Judiciário tributa-se às variegadas causas mencionadas pela literatura tanto das Ciências Sociais como do Direito, dentre elas ainda não se comprovou estar, seja uma expansão de sua competência constitucional contramajoritária, seja uma retração da vocação majoritária dos poderes Legislativo e Executivo.

Ao jogo retórico de premissas invertidas e conclusões falsificáveis é preciso confrontar fatos e dados. Um dos principais alicerces sobre os quais se construiu a tese da judicialização da política no Brasil é o significativo e crescente volume de ações ajuizadas por meio do controle concentrado de constitucionalidade. O número de Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) impetradas no STF passou a ser tomado como uma espécie de indicador do nível de judicialização do país. O volume do uso desse recurso institucional por atores políticos, como partidos e governadores, passou a ser usado para mensurar a natureza da judicialização como propriamente política, ou seja, conducente a confirmá-la como “um recurso das minorias contra as majorias parlamentares” (Vianna et alii, 1999:51).

É chegada a hora de identificar algumas premissas que vêm convertendo o silogismo da judicialização em um entimema, a fim de evitar que a democracia brasileira seja enredada pela falácia da crise institucional. Se o Poder Judiciário vem sendo crescentemente procurado pela sociedade, disso não decorre logicamente que o Poder Legislativo, lócus principal da soberania popular, tenha se tornado menos apto a representá-la. Se o número de ADIs impetradas no STF cresceu significativamente desde 1988, disso não decorre logicamente que em nossa corte constitucional tenha se instalado um ativismo, tampouco que este decorra de “uma retração do Legislativo, que passa por uma crise de funcionalidade e de representatividade” (Barroso, 2010: 35).

Tanto a imprensa quanto a literatura especializada das Ciências Sociais e do Direito usualmente baseiam seus argumentos de que a judicialização da política redunda em ativismo judicial do STF em um seletivo e limitado conjunto de casos que, por mais que não se apresente de modo estático, não tende a variar muito. As decisões sobre fidelidade partidária, verticalização das coligações, cláusula de barreira e número de vereadores, assim como outras sobre objetos de natureza menos explicitamente política, como criação de municípios, greve dos servidores públicos e células-tronco, parecem ter sido suficientes para converter o STF em “centro do sistema político” (Vieira, 2008), como se não bastasse seu suposto lugar de “muro das lamentações” (Vianna, 2008).

As falsas premissas do silogismo da judicialização não resistem ao teste dos fatos. Para concluir-se que a política é judicializada, o STF é ativista e o Legislativo encontra-se enfraquecido, faz-se necessário olhar não apenas para o volume de ações impetradas, mas também para os resultados daquelas efetivamente decididas pelo STF. Como ele decide as ações contra normas promulgadas pelo Legislativo? E como ele as decide no mérito, e não apenas liminarmente, de modo a efetivamente limitar a expressão da vontade majoritária? Essas perguntas ainda não foram respondidas pela literatura sobre judicialização, assim como não o foram outras igualmente relevantes para uma defesa minimamente consistente do argumento de que há algum tipo de retração do Legislativo, seja na origem, seja nos efeitos do processo de judicialização.

É possível comprovar empiricamente a existência de um vazio normativo no Congresso Nacional a respeito daqueles temas nos quais o STF é chamado a decidir no controle abstrato de constitucionalidade? E essas decisões tendem a refrear a produção legislativa, permitindo ao Congresso que o STF substitua sua vontade pela dele? Seriam muitas as questões a serem respondidas para que se pudesse operar a passagem da premissa que se apoia no grande volume de ADIs impetradas no STF para a conclusão que o Congresso legisla pouco e mal.

O limitado repertório de casos que usualmente acompanham os libelos que associam a expansão do poder judicial do STF à retração da capacidade

8 Judicialização ou representação?

de representação do Legislativo também não é, de nenhum modo, suficiente para conferir lógica ao falaz silogismo da judicialização. Ademais, tais casos já mencionados consistem naquilo que, em Estatística, denomina-se *outliers*, isto é, registros que se desviam significativamente do restante dos dados componentes de uma amostra.

Alguns dos habituais exemplos são mesmo casos em que a decisão do Supremo não necessariamente colide com a expressão da vontade majoritária ou ancora-se em sua ausência. Há, inclusive, entre os casos tomados como paradigmáticos do suposto ativismo do STF, alguns que sequer foram decididos por meio do controle concentrado de constitucionalidade, a partir do qual acostumou-se a medir o grau de judicialização do país por meio do número de ADIs impetradas.

Decisões como a do caso Mira Estrela, em que o STF estabeleceu novos números mínimos e máximos de vereadores para os municípios, deram-se por meio de recurso extraordinário – instrumento do controle difuso de constitucionalidade que tem efeitos bastante restritos. O caso da fidelidade partidária repercutiu mais em torno de mandados de segurança, tendo as ADIs impetradas sobre esse tema julgadas improcedentes. Ressalte-se ainda que nesse caso, como também no da verticalização das coligações, a contestação iniciou-se no Tribunal Superior Eleitoral (TSE), a arena judicial natural dos conflitos políticos. Isso também deve ser levado em conta na mitigação do cálculo do ativismo com base na exemplaridade de casos, a despeito de o TSE ser composto por alguns dos membros do STF ou este tender a confirmar suas resoluções e consultas (Marchetti, 2008).

Algo que a literatura sobre judicialização aponta e não pode realmente deixar de ser afirmado é o reconhecimento do Judiciário como instituição política (Arantes, 2007) e, especificamente, do papel do STF no processo decisório e na dinâmica institucional que envolve o Executivo e o Legislativo (Taylor, 2007). Definitivamente, a conhecida interpretação sobre o presidencialismo de coalizão no Brasil (Abranches, 1988; Santos, 2003), que sustenta que a governabilidade do país depende do sucesso de acordos e alianças majoritárias entre o Executivo e o Legislativo, deve ser estendida

de modo a abranger também o Judiciário, por meio de análises sobre o comportamento do STF e seu papel no processo político-decisório.

É um passo nessa direção que este livro pretende dar, ao tomar como objeto as relações entre Judiciário e Legislativo no Brasil, mais especificamente as relações entre o STF e o Congresso Nacional. Com o escopo de falsificar as premissas sob as quais vem se assentando o silogismo da judicialização, este livro tenta mostrar, por um lado, que, se há expansão da atuação do STF, ela não se dá em razão de um suposto vácuo deixado pelo Congresso, tampouco se exercita em detrimento de sua produção legislativa. Ao contrário, ao decidir as ações impetradas contra normas do Legislativo federal, o Supremo parece agir com bastante parcimônia, chegando mesmo a indicar algum tipo de deferência, quando não uma disposição, de preservar e aperfeiçoar o trabalho do Congresso. Ao mesmo tempo, a atividade legislativa, que já se mostra constante e diversificada ao tempo dos julgamentos do STF, vê-se impulsionada pela atuação deste quando alguma de suas normas é declarada inconstitucional, o que leva a uma resposta do Congresso, que acaba, então, por dar a última palavra.

Esta última palavra consiste justamente naquela que expressa a prevalência da vontade majoritária na democracia brasileira. O que este livro revela, dito de outro modo, é que desde 1988 o STF vem exercendo sua função contramajoritária de modo bastante parcimonioso e, mais do que isso, vem contribuindo, no exercício do controle de constitucionalidade, para o fortalecimento da vontade majoritária expressa pelas instituições representativas, isto é, pelos poderes Legislativo e Executivo. Ajustadas as premissas, tem-se como conclusão do silogismo da judicialização o fortalecimento da representação.

São dois os modos pelos quais a representação se fortalece por meio da judicialização. De um lado, como já mencionado, pela atitude do STF de convalidar a expressão da vontade majoritária realizada no Congresso, ao abster-se de exercitar sua função contramajoritária de invalidar normas ou exercê-las de modo a preservar e aperfeiçoar a produção legislativa. É esse argumento que os três primeiros capítulos deste livro pretendem

10 Judicialização ou representação?

empiricamente sustentar. De outro lado, este livro também defenderá, em seu quarto e último capítulo, que o conceito de representação política deve ser alargado de modo a abranger as cortes constitucionais, que não podem, afinal, deixar de ser reconhecidas como instituições políticas. A análise empírica aqui cederá lugar a uma argumentação normativa que, por meio de uma discussão dos conceitos de delegação, legitimidade e *accountability*, buscará defender que o que se chama de judicialização pode vir a ser encarado como representação.

Não se trata, nesse último ponto citado, ressalte-se, da defesa de uma “generalização da representação” no sentido da afirmação de uma “representação funcional”, tampouco da percepção desta como substabelecimento da representação política (Vianna, 2002). Trata-se, ao contrário, de ampliar a representação política como expressão da vontade majoritária, concebendo novos arranjos institucionais para sua vocalização. Os dados discutidos nos três primeiros capítulos deste livro pretendem demonstrar que, no que tange às relações entre Judiciário e Legislativo, não há de se falar em crise institucional que ameace a estabilidade da democracia brasileira. Ao contrário, como será argumentado no quarto e último capítulo, tais relações permitem vislumbrar um experimentalismo político que tem o potencial de fortalecer a democracia representativa no Brasil.

Com base em uma análise das decisões finais das ações constitucionais contra leis federais julgadas pelo STF e da produção legislativa do Congresso Nacional no período compreendido entre 1988 e 2009, este livro defende as seguintes proposições:¹

Primeira: o STF não sofre efetivamente de uma “dificuldade contramajoritária”, sendo muito inexpressivo o total de suas decisões que declararam a inconstitucionalidade, no todo ou em parte, de leis e atos normativos pro-

¹ Como já resta dito, o escopo deste livro é estudar as relações entre Legislativo e Judiciário, de modo que são analisadas as decisões do STF em ações (ADIs e ADPFs) contra normas promulgadas pelo Congresso Nacional. Contudo, sabendo-se que 85% das leis aprovadas pelo Legislativo federal têm sua origem no Poder Executivo (Figueiredo e Limongi, 1999), a análise realizada aqui claramente o envolve.

mulgados pelo Congresso Nacional. O STF confirma a expressiva maioria da produção legal do Congresso Nacional que julga no mérito, ao julgar procedentes, no todo ou em parte, apenas 13,32% das ADIs e Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPFs) que buscam impugnar suas normas. Tal proporção corresponde a apenas 67 decisões do STF, as quais resultaram na contestação de somente 47 normas do Congresso Nacional, das quais apenas 3 foram integralmente declaradas inconstitucionais (sendo uma delas anterior ao regime constitucional inaugurado em 1988). Tem-se, assim, que o STF logrou invalidar menos de 0,02% das 12.749 normas promulgadas pelo Congresso Nacional entre 1988 e 2009.

Segunda: o STF reforça a vontade majoritária expressa no Poder Legislativo federal, sendo muito expressivo o total de suas decisões que se abstiveram preliminarmente de apreciar a inconstitucionalidade (e, portanto, convalidaram ou revalidaram) de leis e atos normativos promulgados pelo Congresso Nacional e contestados por meio do controle concentrado de constitucionalidade. Em outras palavras, o STF também confirma a expressiva maioria das normas do Congresso Nacional ao negar provimento às ADIs e às ADPFs ajuizadas contra suas leis e atos normativos: de todas as impugnações de leis emanadas pelo Congresso nos últimos 21 anos decididas pelo STF, 74,35% foram indeferidas sem sequer ter seu mérito discutido. Isso significa que o STF considera que apenas um quarto, ou 25,65%, das ADIs e ADPFs que impugnaram leis promulgadas pelo Poder Legislativo federal tem robustez para contestá-las. Tem-se, assim, que o STF confirma a expressiva maioria da produção legal do Congresso Nacional ao indeferir, com ou sem julgamento de mérito, 86,68% das ações que foram ajuizadas contra suas leis e demais atos normativos durante os últimos 21 anos.

Terceira: o STF não ocupa um suposto vácuo normativo deixado pelo Poder Legislativo. Nos últimos 21 anos, no momento em que o STF julgava precedente (no todo ou em parte) uma ADI ou ADPF contra norma do Congresso Nacional (e, portanto, declarava, no todo ou em parte, sua inconstitucionalidade) havia uma média de 11,75 projetos de lei em

12 Judicialização ou representação?

tramitação no Congresso Nacional sobre exatamente o mesmo assunto específico da norma contestada. Além disso, nos últimos 21 anos, a cada momento em que o STF prolatou decisões procedentes ou procedentes em parte (declarando, portanto, a inconstitucionalidade, no todo ou em parte) em julgamentos contra leis e atos normativos do Poder Legislativo federal, havia, em média, 2,6 normas vigentes promulgadas pelo Congresso Nacional que tratavam exatamente dos temas sobre os quais o STF se manifestou.

Quarta: o STF não enfraquece o Poder Legislativo sobrestando suas decisões à vontade majoritária expressa pelo Congresso Nacional. Sempre quando, nos últimos 21 anos, o STF julgou procedente (no todo ou em parte) uma ADI ou ADPF contra lei ou ato normativo emanado pelo Poder Legislativo federal, o Congresso Nacional respondeu posteriormente, propondo uma média de 6,85 projetos de lei supervenientes sobre exatamente o mesmo assunto específico da norma que teve sua inconstitucionalidade declarada (no todo ou em parte). Além disso, nos últimos 21 anos, a cada momento em que o STF prolatou decisões procedentes ou procedentes em parte (declarando, portanto, a inconstitucionalidade, no todo ou em parte) em julgamentos contra leis e atos normativos do Poder Legislativo federal, seguiu-se, em média, 1,29 norma promulgada pelo Congresso Nacional que tratava exatamente os mesmos temas sobre os quais o STF se manifestou.

Quinta: o STF propulsiona a agenda do Congresso Nacional, impelindo-o a legislar sobre determinadas matérias e a fazê-lo em determinados momentos. Após decisão do STF que declara a inconstitucionalidade (no todo ou em parte) de norma do Poder Legislativo federal, este responde apresentando projetos de lei, em média, 16 meses após a decisão judicial. Considerando-se o primeiro projeto sobre cada um dos objetos de normas declaradas inconstitucionais, nota-se que 45,83% deles são apresentados em menos de 6 meses após o julgamento do STF. Quanto à legislação aprovada, é de 32 meses a média de tempo decorrido entre a declaração de inconstitucionalidade de uma norma e a promulgação pelo Congresso Nacional de norma superveniente cuja iniciativa legislativa tenha sido

posterior à decisão do STF e cujo assunto seja o mesmo da lei ou ato normativo invalidado (no todo ou em parte).

Sexta: o STF não se comporta, sistemática e univocamente, de forma favorável ou desfavorável a nenhuma coalizão majoritária formada no Congresso ao longo de todos os governos federais eleitos no Brasil desde 1988. A proporção de ADIs e ADPFs contra normas do Poder Legislativo federal julgadas procedentes e improcedentes durante todo o período analisado é absolutamente simétrica, o que demonstra, sabendo-se que 85% das leis aprovadas pelo Poder Legislativo têm sua iniciativa no Executivo (Figueiredo e Limongi, 1999), que não há de se falar em um STF opositorista ou governista.

Finalmente, sétima: o STF, no julgamento das decisões procedentes e procedentes em parte, tem se valido de três recursos institucionais (interpretação conforme a Constituição, declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto e modulação dos efeitos da decisão) que tendem à preservação do trabalho do Poder Legislativo, limitando os efeitos de suas decisões, quando não evitando a nulidade das leis declaradas inconstitucionais. Isso indica a adoção de uma postura corretiva ou aperfeiçoadora, que atenua o caráter contramajoritário das decisões procedentes e procedentes em parte do STF.

Esses e outros dados que serão analisados nas próximas páginas apontam para a confirmação da proposição central deste livro: o STF, longe de ameaçar a expressão da vontade majoritária e enfraquecer o Congresso Nacional, revalida aquela e impulsiona este, contribuindo, assim, à chamada judicialização para o fortalecimento da representação política e para o revigoreamento da democracia representativa no Brasil.

SOBRE O BANCO DE DADOS

O banco de dados que serve de base à pesquisa apresentada neste livro foi construído em duas etapas. Na primeira delas, procedeu-se a uma

14 Judicialização ou representação?

classificação de todas as ADIs (incluindo-se aqui as ADIs por omissão), ADPFs e ações declaratórias de constitucionalidade propostas em face de leis e atos normativos emanados pelo Congresso Nacional durante o período compreendido entre 1988 e 2009. Na segunda etapa, foram adicionadas informações sobre todas as proposições legislativas (leis, emendas constitucionais, projetos de lei e propostas de emenda constitucional) que tiveram trâmite no Congresso Nacional durante o mesmo período e com o mesmo objeto das ADIs e das arguições de preceitos fundamentais julgadas procedentes (mesmo que apenas parcialmente) e classificadas na primeira etapa.

No que tange às ADIs, o banco de dados compreende todas as impetradas contra leis e atos normativos do Congresso Nacional – que inclui, no universo de objetos das ações analisadas, não apenas leis ordinárias e complementares, emendas constitucionais e resoluções das casas legislativas, mas também medidas provisórias convertidas em lei. Mais especificamente, as ADIs contra medidas provisórias estão excluídas do universo da pesquisa por consistirem em atos normativos emanados pelo Poder Executivo; porém, estão incluídas as ADIs que têm por objeto medidas provisórias convertidas em lei, mesmo que no ato de sua propositura tal conversão não tivesse ainda ocorrido. Isso se deve não apenas ao fato de a lei de conversão, naturalmente, ser ato do Poder Legislativo, mas também ao entendimento consolidado do STF no sentido de admitir o controle de constitucionalidade de leis que resultaram de conversão de medida provisória durante o próprio curso do processo de impugnação da medida provisória que deu origem à lei. Uma vez que a petição inicial de uma ADI originalmente interposta contra medida provisória seja aditada pelo proponente, o STF considera que ela passa a arguir a constitucionalidade da nova lei.² Assim, o banco de dados inclui as ADIs originariamente propostas contra medidas provisórias e posteriormente aditadas para alcançar as leis convertidas no curso de seu processo de tramitação, porém exclui as ADIs que arguem a

² Ver, a respeito, ADIN 1.882-DF, Relator Ministro Carlos Britto.

constitucionalidade de medidas provisórias convertidas em lei durante o processo de julgamento que não tiveram, contudo, suas petições iniciais aditadas. Esses casos, quando levados a julgamento pelo STF, são considerados prejudicados. Como não foram computadas no banco de dados pelas razões expostas, essas ADIs não se encontram dentre as classificadas como prejudicadas na análise que se seguirá nas próximas páginas.

No caso das ADPFs, o banco de dados compreende todas aquelas impetradas contra leis e atos normativos do Poder Legislativo federal – o que inclui, no universo de objetos das arguições analisadas, não apenas leis ordinárias e complementares, dispositivos constitucionais e propostas de emenda à Constituição, mas também um número significativo de decretos-lei e leis emanados antes do regime legal inaugurado pela Constituição de 1988. Não poderia ser diferente, tendo em vista que a ADPF é considerada, pelo STF, além de fórmula processual subsidiária do controle concentrado de constitucionalidade, a via adequada de impugnação de normas pré-constitucionais, isto é, promulgadas antes do advento da Constituição de 1988. O caráter subsidiário da ADPF deve-se ao fato de que não se admite propositura de ADI contra leis e atos normativos promulgados antes do início da vigência da Constituição de 1988.

No que diz respeito às Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs), o banco de dados abrange todas aquelas que tenham por objeto a declaração de constitucionalidade de normas emanadas pelo Congresso Nacional – o que inclui leis ordinárias, leis complementares e resoluções das casas legislativas, além de decretos-leis do regime constitucional anterior a 1988 que foram recepcionados pelo atual ordenamento jurídico, sempre na forma de leis ordinárias.



CAPÍTULO 1

**Contramajoritarianismo
ou deferência judicial?**



No período compreendido entre 1988 e 2009, foi protocolado e distribuído no Supremo Tribunal Federal um total de 4.574 ADIs, ADPFs e ADCs. Dos três instrumentos do controle concentrado de constitucionalidade, as ADIs são recordistas naturais, com 4.347 processos protocolados e distribuídos, o que corresponde a 95,05% do total. As ADIs são seguidas em ocorrência pelas ADPFs, com 202 casos, ou 4,42% do total, e, finalmente, pelas ADCs, com apenas 25 processos protocolados e distribuídos, correspondendo a apenas 0,55% do total. É o que mostra a Tabela 1.1.

TABELA 1
ADIs, ADPFs e ADCs distribuídas (1988-2009)*

Tipo de ação	Quantidade distribuída	%
ADIs	4.347	95,03
ADPFs	202	4,42
ADCs	25	0,55
Total	4.574	100

* Elaboração a partir de estatísticas do STF obtidas em 10 de janeiro de 2009.

As causas que explicam o número relativamente baixo de ADPFs e ADCs são conhecidas. Apesar de as ADIs terem sido regulamentadas

20 Judicialização ou representação?

no final de 1999 pela Lei 9868, elas veem sendo usadas como o principal instrumento do controle concentrado de constitucionalidade desde o dia seguinte da promulgação da Constituição de 1988, tendo sido a primeira ADI protocolada e distribuída no dia 6 de outubro de 1988. Já a ADPF apenas passou a ser usada após a promulgação da norma que regulamenta seu uso, dispondo sobre seu processo e julgamento, a Lei 9882, de 3 de dezembro de 1999.

A primeira ADPF foi impetrada pouco mais de um mês após a edição dessa lei, em 26 de janeiro de 2000. O primeiro julgamento de mérito de ADPF deu-se, contudo, em dezembro de 2005, quando, então, o instrumento teve definitivamente seus contornos jurídicos definidos.

No que diz respeito às ADCs, a despeito da grande controvérsia acerca tanto de sua natureza jurídica como do eventual fundamento político que motivou sua criação, e a despeito também da razoabilidade do argumento de que tal controvérsia por si só responde pelo baixo número relativo de processos, o fato é que, no contexto do sistema de controle de constitucionalidade que rege a Carta de 1988, trata-se da mais jovem das três ações. Como se sabe, a ADC foi introduzida pela Emenda Constitucional n. 03, de 1993, tendo sido a primeira ação dessa espécie protocolada cerca de quatro meses depois, em 21 de julho daquele ano. Assim como a ADI, a ADC foi regulamentada pela Lei 9868, de 1999, e sofreu ainda recente e relevante regulamentação por meio da Emenda Constitucional n. 45, de 2004, que ampliou consideravelmente o rol de legitimados a propô-la, igualando-o ao da ADI – o que, a propósito, parece justificar a considerável ampliação de seu uso após esse ano.

Do total de 4.574 processos protocolados e distribuídos desde 1988, entre ADIs, ADPFs e ADCs, até o fim de 2009, o STF julgou – ou seja, proferiu decisão final – 65,19%, ou seja, 2.982 casos. O percentual de ADIs e ADCs julgadas é bastante próximo entre si, 65,61% e 64% respectivamente, de modo que o percentual das duas acompanha o do total de casos julgados. Já as ADPFs receberam decisão final em apenas cerca da metade dos processos, ou seja, 56,44%, ficando, assim, abaixo da média geral de

65,19% de casos já julgados dentre os protocolados e distribuídos desde 1988. Até o final de 2009, encontravam-se ainda aguardando julgamento, portanto, 34,81% do total dos processos de controle concentrado de constitucionalidade. É o que revela a Tabela 1.2.

TABELA 1.2
ADIs, ADPFs e ADCs, por resultado final (1988-2009)*

Resultado final	ADIs	%	ADPFs	%	ADCs	%	Total	%
Aguardando julgamento	1.495	34,39	88	43,56	9	36,00	1.592	34,81
Julgadas	2.852	65,61	114	56,44	16	64,00	2.982	65,19
Total	4.347	100	202	100	25	100	4.574	100

* Elaboração a partir de estatísticas do STF obtidas em 12 de janeiro de 2009.

Contudo, não se pode fazer inferências e avaliações a respeito do percentual de processos que ainda aguardam julgamento sem conhecer diversas outras variáveis, como, por exemplo, o tempo médio de tramitação das ações, a média de ações julgadas por ano e sua relação com a média anual de ações impetradas e também com a média anual de julgamentos realizados. Há, ainda, diversos outros fatores que deveriam ser considerados caso se desejasse apreciar tal percentual de processos ainda não julgados – o que todavia escapa claramente aos propósitos desta pesquisa.

Seriam estes o caso da relação entre a média de processos do controle concentrado e aqueles oriundos do controle difuso, além da relação entre a média de processos de ambas as formas de controle de constitucionalidade, isolada ou agregadamente, com a média de processos de outras naturezas. Ademais, haveria, no caso, de se considerar também fatores contextuais, alguns deles de ordem institucional, como é a recente mudança de padrão do STF no sentido de priorizar os julgamentos finais em face de julgamentos de medida liminar. De acordo com declaração recente do Ministro Marco Aurélio de Melo, do STF, antes “nós sempre trazíamos a ação para o Plenário apreciar o pedido de concessão de medida liminar. Agora, nós

22 Judicialização ou representação?

acionamos a legislação regedora e buscamos julgar em definitivo, fazer um único julgamento no processo”.¹

Os dados apresentados na Tabela 1.2 interessam a esta pesquisa apenas no que dizem respeito aos processos que têm por objeto leis e atos normativos emanados pelo Poder Legislativo federal. Do universo total de 4.574 processos de revisão constitucional abstrata que receberam trâmite no STF entre 1988 e 2009, apenas 857 têm por objeto o questionamento de normas emanadas pelo Poder Legislativo federal, o que equivale a 18,74% dos casos. Os demais 81,26% dos casos, ou seja, 3.717 leis e atos normativos questionados, têm sua origem fora do Congresso Nacional.

Esses números, de início, revelam que, por mais que o controle concentrado seja acionado com significativa frequência e o número total de processos tenha seu valor absoluto alto, as normas questionadas que têm origem no Poder Legislativo federal são poucas em termos relativos, correspondendo a menos de um quinto do total de normas com a constitucionalidade questionada no STF. Calculando-se a média anual de casos, temos que dos 217,81 processos de controle concentrado protocolados e distribuídos no STF por ano, apenas 40,81 têm por objeto normas do Congresso Nacional.² O valor pequeno do número de normas do Poder Legislativo federal questionadas no STF é inversamente proporcional ao valor da importância desse dado, que é enorme: o suposto ativismo judicial do STF não pode ser justificado pela judicialização das disputas havidas na arena política do Congresso Nacional. Tampouco pode pesar ao Congresso a acusação de que as normas por ele promulgadas respondem pela suposta má qualidade das normas produzidas no país, a julgar pelo vício de constitucionalidade que, em tese, conteriam originalmente.

¹ A declaração encontra-se transcrita no informativo do STF de 10 de novembro de 2009, acessível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=115833&caixaBusca=N>

² Se levarmos em conta que a ADC existe apenas desde 1993, este número muda para 218,18 processos por ano – uma vez calculadas e somadas a média anual de ADIs e ADPFs no período de 21 anos e de ADCs no período de 16 anos. Como o número total de ADCs é relativo e absolutamente baixo, essa diferença é estatisticamente insignificante.

TABELA 1.3
ADIs, ADPFs e ADCs, por origem da norma questionada (1988-2009)*

Origem da norma	ADIs	%	ADPFs	%	ADCs	%	Total	%
Legislativo federal	810	18,63	31	15,35	16	64,00	857	18,74
Outra	3.537	81,37	171	84,65	9	36,00	3.717	81,26
Total	4.347	100	202	100	25	100	4574	100

* Elaboração a partir de estatísticas do STF obtidas em 12 de janeiro de 2009.

A Tabela 1.3 mostra que a proporção de ADIs e ADPFs que impugnaram normas do Poder Legislativo federal em detrimento de normas de outras origens é bastante simétrica entre si, 18,63% e 15,35%, respectivamente. Esses resultados, por sua vez, são bastante simétricos em relação à proporção total de normas do Congresso impugnadas dentro do universo total de normas questionadas, ou seja, 18,74%. O mesmo se verifica com as ADIs e ADPFs que têm por objeto a impugnação de normas de outras origens quando comparadas com as normas do Legislativo federal: 81,37% e 84,65% respectivamente. Esses dois resultados também são simétricos à proporção total de processos que impugnavam normas de origens outras que não o Congresso, ou seja, 81,26%.

Tal simetria não se verifica, contudo, em relação às ADCs, e isso ocorre, naturalmente, em razão da natureza desse instrumento do controle de constitucionalidade. Duas de suas peculiaridades em relação às outras duas espécies de ação importam aqui. Primeiro, as ADCs apenas podem ter por objeto leis e atos normativos federais, o que, naturalmente, faz aumentar significativamente a proporção de normas questionadas com origem no Legislativo federal. As demais normas, classificadas na Tabela 1.3 como tendo outras origens, necessariamente são oriundas do Executivo federal.

Dado que dos dois poderes é o Legislativo que possui competência típica para legislar e dado que “outras origens” aqui diz respeito apenas ao Executivo federal, os 64% de ADCs que têm por objeto normas do Legislativo federal não constituem definitivamente um valor alto. Tampouco

24 Judicialização ou representação?

deve se tomar como assimétrico esse percentual em relação ao percentual total de normas do Legislativo federal questionadas, ou seja, 18,74%. As ADCs são numericamente tão poucas – 25 apenas – que, se descontarmos as 16 que têm por objeto normas do Legislativo federal, as proporções totais identificadas na Tabela 1.3 permanecem praticamente iguais, embora caia ainda um pouco mais a proporção de normas originárias do Congresso Nacional. (Se desagregarmos os dados das ADCs, temos que apenas 18,49% das ADIs e ADPFs impetradas no STF têm por objeto normas do Legislativo federal, enquanto os demais 81,51% das ações questionam normas que possuem outras origens.)

A segunda peculiaridade da natureza das ADCs que precisa ser levada em conta na interpretação da Tabela 1.3 diz respeito ao fato de estas não impugnarem normas, ou seja, não questionarem a constitucionalidade das leis e atos normativos federais. A ADC, como se sabe, busca, ao contrário, confirmar a constitucionalidade da norma que possui por objeto. Não padecem as normas objeto de ADCs, portanto, de presunção de inconstitucionalidade. Assim, para os fins desta pesquisa, o número de ADCs impetradas em face de leis e atos normativos do Congresso Nacional conta de forma inversa ao número de ADIs e ADPFs que buscam,

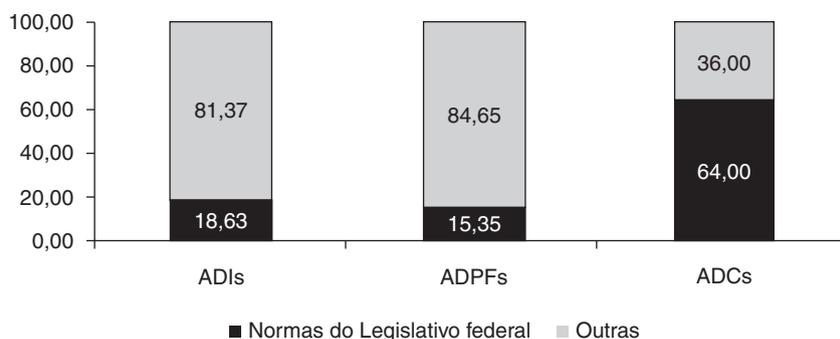


GRÁFICO 1.1 ADIs, ADCs e ADPFs, por tipo de norma questionada (1988-2009)

de fato, impugnar suas leis e os atos normativos. Ou seja, em princípio, um número maior de normas do Legislativo federal como objeto de ADCs testemunha favoravelmente ao desempenho daquele Poder e ao argumento desta pesquisa. Digo em princípio porque, naturalmente, tal favorecimento depende do resultado das decisões do STF em julgamentos de ADCs.

Tendo em vista a peculiaridade que cerca a natureza da ADC e sua diferença em relação à ADI e à ADPF, este livro focará apenas essas duas modalidades de ação. Com efeito, ao escopo desta investigação importam os dados concernentes às ADIs e às ADPFs, tendo em vista que são elas que alimentam a segunda parte do banco de dados analisado aqui, isto é, os dados relativos ao Congresso Nacional e suas proposições legislativas. Uma vez que, ainda no que diz respeito ao escopo desta pesquisa, ADIs e ADPFs possuem natureza semelhante no sentido de impugnarem leis e atos normativos, assim como efeitos semelhantes, ou seja, a declaração de inconstitucionalidade e a conseqüente suspensão de eficácia das normas que têm como objeto, e, uma vez que os resultados dos julgamentos de ADIs e ADPFs podem ser analisados com base em um mesmo critério (que, por sua vez, diverge daquele passível de ser adotado na análise dos resultados dos julgamentos de ADCs), os dados relativos a essas duas ações serão analisados, a partir deste momento, de forma agregada, sendo desagregados apenas quando se fizer necessário.

1.1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS E ATOS NORMATIVOS DO CONGRESSO NACIONAL

Do universo de 841 ADIs e ADPFs impetradas no STF entre 1988 e 2009 que tem por objeto a impugnação de leis e atos normativos do Poder Legislativo federal, 503 ações, ou 59,81%, foram julgadas, enquanto 338, ou 40,19%, encontravam-se ainda aguardando julgamento no final de 2009. É o que mostra a Tabela 1.4.

TABELA 1.4
ADIs e ADPFs, por resultado final (1988-2009)
(Requerido: Legislativo federal)

Resultado final	ADIs	%	ADPFs	%	Total	%
Aguardando julgamento	318	39,26	20	64,52	338	40,19
Julgadas	492	60,74	11	35,48	503	59,81
Total	810	100	31	100	841	100,00

Uma vez considerado o total de ações propostas contra normas do Poder Legislativo federal, observa-se o mesmo padrão notado anteriormente em relação ao universo total de ADPFs impetradas no Supremo: o número de ADPFs é significativamente menor que o número de ADIs – o que, naturalmente, explica-se pelas mesmas razões já aventadas. Entretanto, é interessante observar que para ambos os tipos de ação há um número assimétrico de processos julgados e aguardando julgamento. Das 810 ADIs distribuídas desde 1988, 492 (60,74%) foram julgadas até o fim de 2009 e 318 (39,26%) encontravam-se ainda aguardando julgamento. Dentre as 31 ADPFs analisadas, 11 (35,48%) foram julgadas e 20 (64,52%) ainda aguardavam julgamento ao fim do mesmo período. Verifica-se que a proporção de processos julgados de ADIs contra normas do Legislativo federal é bastante próxima daquela relativa a todos os processos de ADIs julgados pelo STF até o fim de 2009 (65,61%). Esse valor também corresponde à média geral de processos de controle abstrato de constitucionalidade (ADIs, ADPFs e ADCs) já julgados pelo Tribunal (65,19%). Quanto às ADPFs, observamos uma proporção significativamente menor de processos contra normas do Poder Legislativo julgados em relação à proporção total de ADPFs que receberam decisão final do Supremo (56,44%). Essa proporção é ainda menor quando comparada com a proporção geral de processos de controle abstrato de constitucionalidade já julgados pelo STF.

Esses dados não são suficientes para se inferir razões que expliquem o fato de o STF já ter julgado proporcionalmente menos ADPFs contra

normas do Legislativo federal do que aquelas ajuizadas contra outras normas. Seria preciso, para tanto (e se isso fosse relevante para atender ao escopo desta pesquisa, o que não é o caso), considerar-se a data de distribuição e o tempo de trâmite das ações, bem como outras variáveis correspondentes ao universo geral de objetos legais questionados uma vez que, por sua natureza, as ADPFs têm alcançado, na prática, um universo bastante amplo e diversificado de atos normativos oriundos do Poder Executivo. Este último fato, a propósito, também é relevante quando lembramos que, das normas do Legislativo federal questionadas no STF, a menor proporção em relação ao total geral de normas objeto de ações de controle abstrato de constitucionalidade se dá justamente em sede de ADPF (15,35%). De todo modo, o fato de pouco mais de um terço das ADPFs contra normas do Legislativo federal terem recebido decisão final conta como mais uma razão para que os dados relativos a estas sejam aqui analisados agregadamente aos das ADIs, conforme ficará mais claro adiante.

É importante esclarecer que considero pertencentes ao conjunto de ações classificadas como “aguardando julgamento” aquelas que foram julgadas em sede de medida cautelar, isto é, que receberam decisão em caráter liminar, mas, contudo, ainda aguardam decisão final. Em outras palavras,

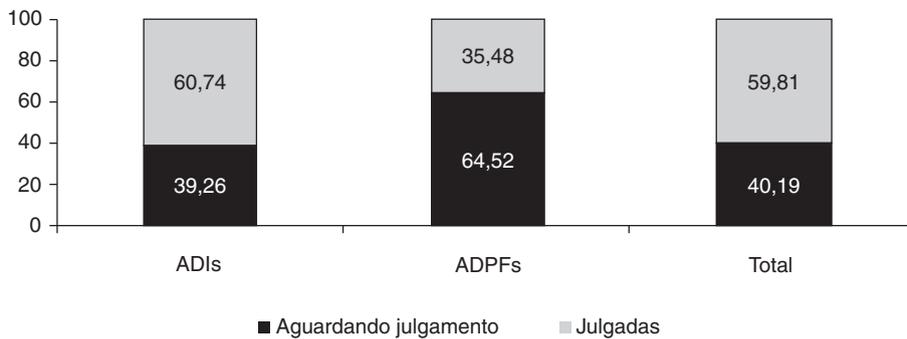


GRÁFICO 1.2 ADIs e ADPFs, por resultado final (1988-2009)
 (Requerido: Legislativo federal)

28 Judicialização ou representação?

considero julgadas apenas aquelas ações que, a despeito de terem tido o pedido de concessão de liminar apreciado pelo STF, ainda não foram objeto de decisão final pelo plenário do Tribunal. Importa prioritariamente aos objetivos desta pesquisa as decisões finais do Supremo, pois são estas que têm eficácia contra todos e efeito vinculante – e, mais importante, são estas que têm o condão de invalidar as leis e atos normativos declarados inconstitucionais, subtraindo-lhes tanto a eficácia como a validade.

As decisões cautelares que analisam os pedidos de medida liminar não possuem caráter final, de modo que podem sempre ser revertidas. Ademais, por sua natureza, a medida cautelar de ADI possui eficácia contra todos (embora, em princípio, de acordo com a Lei 9868/99, esta será sempre *ex nunc*, salvo decisão em contrário do Tribunal), porém não efeito vinculante. Por mais que o STF tenha já decidido no sentido de conferir efeito vinculante às liminares concedidas em sede de julgamento de ADIs, este restringir-se-ia apenas a suspender a aplicação da norma impugnada, não alcançando a sua validade. Há, contudo, no Supremo, uma controvérsia, suscitada pelo Ministro Gilmar Ferreira Mendes no julgamento de medida cautelar da Reclamação 2256-1 RS, no sentido de que o deferimento de liminar afetaria a vigência da lei tanto no plano fático quanto no plano normativo, de modo que a medida cautelar seria apta a suspender, temporariamente, a própria validade da norma questionada.³ Interessantemente, o que justifica tal entendimento, entre outras razões, é justamente o fato de o deferimento de liminar não dever ser passível de acarretar nem mesmo presunção de inconstitucionalidade da norma impugnada – pois, afinal, o

³ Trata-se, a RE 2256-2, de Reclamação do Estado do Rio Grande do Norte em face de seu Tribunal de Justiça, o qual teria desrespeitado decisão cautelar do Supremo no julgamento da ADI 1730. Quando do julgamento da Reclamação, a ADI em questão já havia sido julgada em caráter final, e a decisão veio a confirmar a orientação da liminar no sentido de declarar inconstitucional a norma arguida – no caso, um dispositivo da Constituição do Estado do Rio Grande do Norte. Ao deferir a cautelar da Reclamação 2256-2, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes, Relator do processo, declarou que “a decisão concessiva de cautelar em ação direta de inconstitucionalidade é também dotada de efeito vinculante. A concessão da liminar acarreta a necessidade de suspensão dos julgamentos que envolvem a aplicação ou a desaplicação da lei cuja vigência restou suspensa”.

Tribunal, ao decidir o mérito, pode sempre reverter a decisão cautelar. Ou seja, a decisão final de uma ação cuja cautelar tenha sido deferida pode vir a ser improcedente, e, assim, ter-se a declaração da constitucionalidade de uma norma em vez de sua inconstitucionalidade.

Esse argumento seria juridicamente robusto para evitar que o Poder Judiciário continuasse aplicando uma norma que tenha tido a cautelar deferida na ADI que propugnava sua inconstitucionalidade. Afinal, decisões de outros órgãos do Judiciário não poderiam ser tomadas presumindo-se seja a confirmação seja a desconfirmação de uma liminar concedida em sede de julgamento de ação cautelar de ADI, de modo que conferir-lhe efeito vinculante seria a única solução jurídica possível.

A despeito de o STF eventualmente em sua jurisprudência fazer uma interpretação ampliativa da Lei 9868/99, a fim de conceder às medidas cautelares de ADIs não apenas eficácia contra todos, mas também efeito vinculante, o fato é que mesmo a aceitação da tese da suspensão simultânea do que os juristas alemães chamam de vigência fática (*faktische Geltung*) e vigência normativa (*normative Geltung*) e a consequente suspensão, não apenas da eficácia mas também da validade da norma impugnada, tudo isso depõe em favor do caráter transitório – e, portanto, precário – das decisões liminares.

No ordenamento jurídico brasileiro, as normas apenas têm sua validade suspensa pelo órgão da qual elas originariamente emanam: o Congresso Nacional. Compete privativamente ao Senado Federal, nos termos do artigo 52, inciso X, da Constituição de 1988, suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do STF. Assim, o Supremo não pode, em decisão que não seja definitiva, subtrair a validade de uma lei – sendo-lhe, contudo, possível suspender temporariamente a sua aplicação. Apenas o Poder competente para introduzir leis no ordenamento jurídico pode também dele retirá-las: o Legislativo.

Antes das decisões finais do STF, as leis e os atos normativos impugnados nos processos de controle abstrato de constitucionalidade podem ter sua eficácia temporariamente suspensa, bem como as respectivas cautelares

30 Judicialização ou representação?

usufruírem provisoriamente de efeito vinculante; porém, as decisões liminares, além de não anteciparem a decisão final, não subtraem a validade jurídica das normas que, por mais que tenham alguns de seus efeitos restringidos pela limitação de sua aplicação, não deixam de existir e de fazer parte do ordenamento jurídico. Antes de uma decisão final, não se pode dizer que o STF realizou a “revisão judicial”, isto é, interpôs sua vontade (na qualidade de guardião da Constituição, naturalmente) em face da vontade majoritária do Poder Legislativo, substituindo sua decisão pela dele. Por todas as razões anteriormente aludidas, carece de sentido abranger neste livro as decisões liminares, assim como considerá-las dentro do universo de processos já julgados. Entretanto, no final deste capítulo, a fim de dirimir quaisquer dúvidas de que a consideração das decisões liminares poderia alterar o resultado da análise aqui realizada e a consistência dos argumentos neste livro defendidos, as investigarei e as correlacionarei com o universo de decisões finais proferidas pelo STF.

Considerando-se, portanto, o universo de 503 ADIs e ADPFs impugnadoras de leis e atos normativos do Congresso Nacional que receberam decisão final do STF, observamos que algumas foram julgadas no mérito e outras, naturalmente, foram objeto de decisões sem julgamento de mérito – isto é, foram indeferidas preliminarmente. O fato de uma decisão não julgar o mérito da questão não retira seu caráter final. Há julgamentos definitivos em que não se impõe conhecer o mérito da questão por variegadas razões que determinam seu indeferimento preliminar. Observa-se que as ADIs e ADPFs com decisão final, porém sem análise de mérito, subdividem-se em cinco categorias, de acordo com seu resultado: prejudicada, não conhecida, negado seguimento, indeferida a inicial e extinto o processo. As ADIs e ADPFs julgadas no mérito, por sua vez, geram apenas três tipos de resultados: improcedentes, procedentes e procedentes em parte.⁴ A Tabela 1.5 mostra como se distribuem, de acordo com o resultado da decisão final do STF, as 503 ADIs e ADPFs questionadoras de leis e atos normativos do Poder Legislativo federal.

⁴ Essa classificação de resultados é conferida pelo próprio STF.

TABELA 1.5
ADIs e ADPFs julgadas, por decisão final (1988-2009)
(Requerido: Legislativo federal)

Resultado final	Número de ações	%
Negado seguimento	80	15,90
Indeferida a inicial	11	2,19
Extinto o processo	30	5,96
Prejudicado	142	28,23
Não conhecido	111	22,07
Procedente em parte	32	6,36
Procedente	35	6,96
Improcedente	62	12,33
Total	503	100,00

O conjunto de decisões finais sem julgamento de mérito é significativo não apenas no que toca à variedade das cinco categorias nas quais se divide, porém também – e sobretudo – pela quantidade de ações que abrange. A análise qualitativa das decisões que se encaixam nessa categoria de julgamentos sem mérito revela a inexistência de um padrão rigoroso, tampouco de um critério consistentemente uniforme de classificação em um dos cinco tipos de resultado final. A análise qualitativa das decisões finais sem julgamento de mérito revela, por exemplo, que uma mesma justificativa de indeferimento chega a figurar em até quatro das cinco categorias, como é o caso da “ilegitimidade ativa”, que fundamenta julgamentos sem mérito classificados pelo STF simultaneamente como “extinto o processo”, “indeferida a inicial”, “negado seguimento” e “não conhecida”.⁵ Há diversas outras justificativas que também figuram, de forma idêntica, em pelo menos duas categorias de decisões finais sem julgamento de mérito, indicando a inexistência

⁵ São exemplos: ADI 4334, extinto o processo por ilegitimidade ativa; ADI 3843, indeferida a inicial por ilegitimidade ativa; ADI 1115, negado seguimento por ilegitimidade ativa; ADI 0398, não conhecida por ilegitimidade ativa.

32 Judicialização ou representação?

de um critério rigoroso para a classificação feita pelo STF das decisões que indefere preliminarmente.⁶

As causas que informam e motivam o indeferimento preliminar dentro de cada um dos cinco tipos considerados isoladamente também parecem bastante heterogêneas. Exemplificativamente, são causas de indeferimento para as decisões sem julgamento de mérito classificadas como “prejudicadas”: a arguição de constitucionalidade de dispositivos de medida provisória que deixaram de ser reeditados (ADI 62), a revogação de dispositivos legais questionados nas ações (ADI 77), o não aditamento da petição inicial das ações contestadoras de medidas provisórias convertidas em lei durante o trâmite da ação (ADI 1713), a alteração do dispositivo constitucional com base no qual se arguia a constitucionalidade de um dispositivo legal (ADI 2089), entre outras. Já para as decisões finais cujo resultado é classificado como “não conhecidas”, servem como exemplos as seguintes justificativas: a impossibilidade jurídica de pedido de arguição de constitucionalidade de norma anterior à Constituição (ADI 05; naturalmente, tratava-se de ADI, tendo em vista que a ADPF veio precisamente suprir essa lacuna do controle concentrado, conforme já mencionado), a Ilegitimidade ativa dos propositores da ação (ADI 398), o não cumprimento de atos processuais, tais como assinatura e juntada da lei impugnada (ADI 760). No subconjunto das decisões sem julgamento de mérito classificadas como “negado seguimento”, encontramos, por sua vez, como exemplos: a acumulação de impugnações a leis emanadas de diversos níveis de governo (ADI 1256), a ausência de procuração (ADI 1720), a acumulação

⁶ São exemplos: ADI 0267, extinto o processo por perda superveniente de objeto, e ADI 0077, prejudicado por perda superveniente de objeto; ADI 2016, extinto o processo por perda superveniente de parâmetro constitucional, e ADI 2089, prejudicado por perda superveniente de parâmetro constitucional; ADI 0812, extinto o processo por perda superveniente de legitimidade ativa, e ADI 1813, negado seguimento por perda superveniente de legitimidade ativa; ADI 3300, extinto o processo por arguição de norma constitucional originária, e ADI 4097, indeferida a inicial por arguição de norma constitucional originária; ADI 3423, extinto o processo por ausência de procuração, e ADI 1720, negado seguimento por ausência de procuração; ADI 2412, indeferida a inicial por acumulação de legitimados passivos, e ADI 1256, negado seguimento por acumulação de legitimados passivos; ADI 4308, indeferida a inicial por arguição de norma anterior à Constituição, e ADI 0005, não conhecida por arguição de norma anterior à Constituição.

de legitimados passivos (ADI 1256), a perda superveniente de legitimidade ativa (ADI 1813), entre outros. Por sua vez, as decisões sem julgamento de mérito cujo resultado final é classificado como “indeferida a inicial”, possuem como justificativa causas tão diversas como, por exemplo: a acumulação de diversos legitimados passivos (ADI 2414), a arguição de norma constitucional originária (ADI 4097), a arguição de norma anterior à Constituição (ADI 4308), entre outras. Por fim, justificam resultados finais classificados como “extinto o processo”, por exemplo: a ilegitimidade ativa por perda de bancada no Congresso ao longo do processo (ADI 812), a perda superveniente de parâmetro constitucional (ADI 2016), a perda superveniente de legitimidade ativa (ADI 0812), a ausência de procuração (ADI 3423), a arguição de norma constitucional originária (ADI 3300), entre outras.

Das cinco categorias de resultados das decisões finais sem julgamento de mérito, a que conta com maior proporção são as ações consideradas “prejudicadas”, somando 28,3%. É essa também a categoria que parece mais homogênea, apresentando aparente maior coerência entre as causas justificadoras do resultado. No entanto, a análise qualitativa revela que muitas das causas de indeferimento preliminar classificadas na categoria “prejudicadas” aparecem também na categoria “extinto o processo”, que responde por 5,96% dos resultados das decisões finais sem mérito. Uma tentativa de deduzir algum

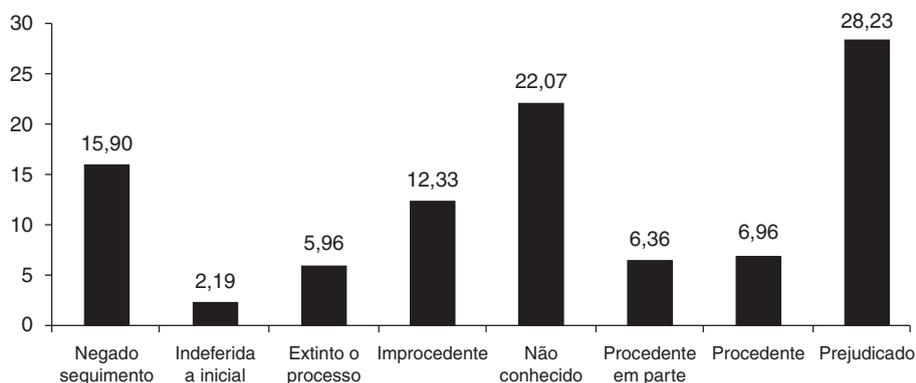


GRÁFICO 1.3 ADIs e ADPFs julgadas, por decisão final (1988-2009)
(Requerido: Legislativo federal)

34 Judicialização ou representação?

rigor do critério de classificação utilizado pelo STF foi supor como hipótese que estas duas categorias (“prejudicadas” e “extinto o processo”) diriam respeito a decisões motivadas por causas supervenientes à propositura da ação, ou seja, questões que surgem no decurso de tempo envolvido no trâmite da ação até seu julgamento. Essa hipótese, contudo, não se confirma, assim como também não a de que as demais três categorias (“indeferida a inicial”, “não conhecida” e “negado seguimento”, que respondem, respectivamente, por 2,19%, 22,07% e 15,90%) refletiriam questões literalmente preliminares, ou seja, que impediriam o próprio trâmite da ação. A significativa superposição de justificativas semelhantes em categorias diferentes perpassa esses dois hipotéticos subconjuntos, como ocorre, por exemplo, com a “arguição de norma constitucional originária”, que motiva tanto extinção de processo (ADI 3300) como indeferimento de petição inicial (ADI 4097).

Tudo leva a crer que a certeza do STF em indeferir uma ação sem julgar seu mérito é maior do que sua necessidade de estabelecer categorias fixas e estáveis que comportem os critérios de classificação dos resultados finais das decisões. É importante frisar que a ausência de estabilidade, coerência e homogeneidade diz respeito meramente à forma de classificação dos resultados das decisões em uma daquelas cinco categorias; não há qualquer elemento nesta análise que me permita concluir que carecem de estabilidade, coerência e homogeneidade os critérios que orientam a tomada de decisão, tampouco a própria decisão de optar pelo indeferimento sem julgamento de mérito.

TABELA 1.6
ADIs e ADPFs julgadas, por decisão final (1988-2009)
(Requerido: Legislativo federal)

Resultado final	Número de ações	%
Sem julgamento de mérito	374	74,35
Improcedente	62	12,33
Procedente em parte	32	6,36
Procedente	35	6,96
Total	503	100,00

Agregadas, as cinco categorias de indeferimento sem julgamento de mérito respondem por 374 ações, o correspondente a 74,35% do universo de decisões finais nos processos contra normas do Poder Legislativo federal. Isso significa que praticamente três quartos das ações que questionam a constitucionalidade de normas promulgadas pelo Congresso Nacional são rejeitadas preliminarmente pelo STF. Em outras palavras, o Tribunal considera que apenas 25,65%, somente um quarto dos pedidos de impugnação de normas do Poder Legislativo federal, são robustos o suficiente para ter seu mérito apreciado. Excetuando-se essas 129 ações, o STF considerou que todas as demais ADIs e ADPFs impetradas entre 1988 e 2009 não preenchiam sequer os requisitos mínimos necessários para desafiar e questionar uma norma emanada pelo Poder Legislativo federal.

Considerando-se o conjunto de 25,65% de decisões definitivas de mérito, tem-se que 12,33% foram julgadas improcedentes, o que corresponde a 62 ADIs e nenhuma ADPF. Foram julgadas procedentes 6,96% das ações impetradas contra normas do Legislativo federal com decisão final, o que abrange 34 ADIs e somente 1 ADPF. As demais 6,36% foram julgadas procedentes em parte, o que inclui 32 ADIs e nenhuma ADPF. Tendo em vista que o conjunto das 5 categorias de decisões sem julgamento de mérito e o conjunto de decisões improcedentes têm o mesmo efeito, parece razoável agregá-las, o que faço na Tabela 1.7 sob a categoria “indeferidas”. Todos os resultados desses dois conjuntos de decisões (prejudicada, não conhecida, negado seguimento, indeferida a inicial, extinto o processo e improcedente) consistem em rejeitar o pedido de declaração de inconstitucionalidade, com a única diferença que as cinco primeiras categorias o fazem sem apreciar o mérito e a última o faz no mérito. Agregados, esses dois conjuntos (sem julgamento de mérito + improcedente) revelam que 86,68% das decisões do STF em ações de inconstitucionalidade impugnadoras de leis e atos normativos do Poder Legislativo federal indeferem os pedidos formulados, confirmando, assim, a constitucionalidade das normas emanadas pelas casas máximas da representação política e endossando a vontade majoritária nelas expressa.

TABELA 1.7
ADIs e ADPFs julgadas, por decisão final (1988-2009)
(Requerido: Legislativo federal)

Resultado final	Número de ações	%
Indeferida	436	86,68
Procedente e procedente em parte	67	13,32
Total	503	100,00

Uma vez que apenas logram obter a declaração de constitucionalidade das normas que contestam aquelas ADIs e ADPFs que recebem decisão “procedente” ou “procedente em parte”, a fim de realizar um contraste com o conjunto de decisões que indeferem as pretensões de inconstitucionalidade, a Tabela 1.7 e o Gráfico 1.4 agregam também essas duas modalidades. Conforme visto na Tabela 1.6, os totais dessas duas modalidades de decisões que consideram proceder as arguições de inconstitucionalidade são quase simétricos: 35 (6,96%) consideraram o pedido como um todo procedente e 32 (6,36%) consideraram procedente apenas parte do pedido de declaração de inconstitucionalidade. Verifica-se, assim, que apenas 13,32% das leis e atos normativos promulgados pelo Congresso Nacional que tiveram sua constitucionalidade arguida no STF entre 1988 e 2009 foram efetivamente impugnados, ainda que parcialmente. Apenas 67 ações, entre ADIs e ADPFs, lograram obter a declaração de inconstitucionalidade das normas ou de dispositivos das normas que contestaram.

Vê-se, portanto, que não apenas o número de normas com vícios de inconstitucionalidade aprovadas pelo Congresso Nacional é extremamente reduzido, como também – e principalmente – o STF se abstém de declarar inconstitucionais quase 90% das normas que têm sua constitucionalidade contestada. Percebe-se, assim, que, por mais que os mecanismos das ADIs e ADPFs sejam acionados com intensidade significativa no STF, ele o é com bem menor intensidade para as leis do Congresso Nacional e, mais importante, na expressiva e absoluta maioria das vezes, o STF se abstém de “judicializar a política”, confirmando as normas emanadas pelo Poder

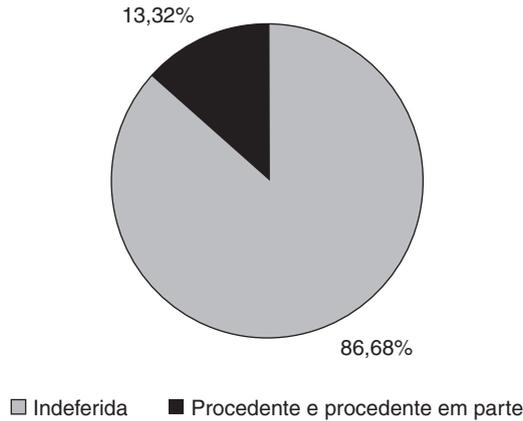


GRÁFICO 1.4 ADIs e ADPFs julgadas, por decisão final (1988-2009)
(Requerido: Legislativo federal)

Legislativo e preservando a expressão da vontade majoritária no lugar à qual originalmente pertence. O grande número de decisões finais sem julgamento de mérito, que indeferem preliminarmente os pedidos de declaração de inconstitucionalidade, deve ser considerado também um forte sinal da deferência que o STF faz ao Poder Legislativo – assim como um indício não desprezível de que o Tribunal não se vale de critérios não jurídicos para tomar para si toda e qualquer tentativa de “judicialização” dos conflitos políticos havidos na arena legislativa. É possível afirmar que, em alguma medida, o STF realiza uma espécie de controle preventivo da juridicidade das questões que lhe são levadas, antes de discutir sua constitucionalidade. Como explicar, afinal, a média de 74,35% das decisões sobre normas do Legislativo federal em que se indefere preliminarmente o pedido em face da média geral de 42,25% (41,8% para ADIs e 53,00% para ADPFs) das decisões definitivas em que o STF se abstém de conhecer as ações? Não havendo motivos aparentes e razoáveis para supor que a qualidade da média das ações que não têm por objeto normas do Congresso é maior que daquelas que têm, infere-se que o Tribunal parece ser claramente mais rigoroso na aceitação de pedidos de julgamento da constitucionalidade dos

38 Judicialização ou representação?

atos legislativos daqueles representantes que foram escolhidos e legitimados pelo eleitorado nacional.

Em 21 anos, o STF entendeu que mereciam ter seu mérito apreciado apenas 129 ações que desafiavam normas do Congresso Nacional. Desagregando da categoria “indeferidas” as decisões julgadas, no mérito, “improcedentes” e contrastando-as isoladamente com aquelas que obtiveram resultado “procedente” e “procedente em parte”, verificamos que estas constituem cerca da metade, de modo a estabelecer uma simetria com o conjunto de decisões “procedentes” e “procedentes em parte”: 62 ações julgadas improcedentes figuram ao lado das 67 julgadas procedentes e procedentes em parte, ou seja, há uma diferença estatisticamente insignificante de 48,06% e 51,94%, respectivamente.

TABELA 1.8
ADIs e ADPFs com julgamento de mérito, por decisão final (1988-2009)
(Requerido: Legislativo federal)

Resultado final	Número de ações	%
Improcedente	62	48,06
Procedente e procedente em parte	67	51,94
Total	129	100

Considerando todo o universo de ADIs e ADPFs impetradas contra normas do Congresso Nacional, as decisões procedentes e procedentes em parte representam apenas 7,97%. É essa a chance de uma ação impetrada contra norma do Congresso Nacional ser bem-sucedida. Vimos que, excluindo-se desse universo as ações que ainda aguardam julgamento e considerando-se apenas as que receberam decisão final, o percentual de decisões procedentes e procedentes em parte eleva-se pouquíssimo, atingindo apenas 13,32%. Foram impetradas em 21 anos 841 ações, entre ADIs e ADPFs, contra normas do Legislativo Federal, o que resulta em uma média de 40,05 ao ano. Já as ADIs e ADPFs julgadas procedentes e procedentes em parte perfazem, juntas, uma média de 3,19 ao ano.

Uma análise mais qualitativa das 67 decisões procedentes e procedentes em parte revela uma reserva ainda maior do STF em face da atividade legiferante do Congresso Nacional. O fato de 67 decisões julgarem procedentes os pedidos de declaração de inconstitucionalidade não significa que foram 67 as leis invalidadas pelo Supremo. Tampouco o fato de 35 ações terem sido julgadas procedentes e 32 procedentes em parte significa que 35 leis foram integralmente invalidadas e as outras 32 apenas o tenham sido parcialmente. Ocorre que o deferimento do pedido formulado na petição inicial – isto é, o resultado procedente da decisão – não necessariamente coincide com a declaração de inconstitucionalidade de uma norma. Tampouco o resultado “procedente em parte” implica que apenas parte da norma foi declarada inconstitucional, senão que o pedido feito na ação foi parcialmente atendido. A extensão e a natureza dos pedidos podem ser muito variáveis. Há ações que pedem a declaração de inconstitucionalidade de uma norma inteira, outras pedem que sejam invalidados apenas alguns de seus dispositivos, e outras contestam simultaneamente a constitucionalidade de várias normas. De forma análoga, as decisões do STF variam na extensão com a qual atendem aos pedidos formulados nas ações e o fazem de forma não necessariamente correspondente a estes: há decisões que declaram inconstitucionais normas inteiras, decisões que invalidam apenas dispositivos de uma norma, outras que afirmam serem inconstitucionais dispositivos de várias normas simultaneamente e, ainda, há decisões que, mesmo julgadas como “procedente” ou “procedente em parte”, indeferem os pedidos de declaração de inconstitucionalidade de normas do Congresso Nacional. Sobre este último caso, providerei mais detalhes adiante.

A Tabela 1.9 revela que, do universo de 67 decisões julgadas procedentes ou procedentes em parte, 47 julgaram ações que tinham por objeto a declaração de inconstitucionalidade de apenas um ou mais dispositivos de uma única norma. O STF atendeu ao pedido de todas essas ações, declarando a inconstitucionalidade de apenas alguns trechos da norma questionada, o que equivaliu a 70,15% dos casos totais. Outras 11 decisões com resultado “procedente” ou “procedente em parte” julgaram ações que pediam a declaração de inconstitucionalidade de uma norma inteira, isto

40 Judicialização ou representação?

é, da lei ou ato normativo como um todo. Dessas ações, o STF concedeu a inconstitucionalidade integral da norma em apenas 5 decisões, e nas outras 6 considerou que apenas alguns trechos da norma contestada eram inconstitucionais. Essas decisões correspondem a 7,46% e 8,96% dos julgamentos, respectivamente. Por fim, das 67 decisões, 9 julgaram ações que tinham por objeto declarar a inconstitucionalidade de dispositivos de mais de uma norma do Congresso Nacional. Dessas ações, o STF atendeu ao pedido de 2 no sentido de declarar a inconstitucionalidade de trechos de várias normas (embora não necessariamente de todas as que foram pedidas) e para 7 declarou a inconstitucionalidade de dispositivos de uma única das normas contestadas. Essas decisões correspondem, respectivamente, a 2,99% e 10,45% do total de casos analisados. Dentre as ações que pedem a inconstitucionalidade de dispositivos de diversas normas, 2 decisões (o correspondente a 2,99% do total) indeferem o pedido de inconstitucionalidade de trechos da norma do Congresso Nacional questionada, embora sejam classificadas no conjunto de decisões procedentes e procedentes em parte – e o são uma vez que, de fato, é esse o seu resultado.

TABELA 1.9
ADIs e ADPFs procedentes e procedentes em parte (1988-2009)
(Requerido: Legislativo federal)

	Decisões								
	Trechos da norma		Trechos de várias normas		Íntegra da norma		Total		
		%		%		%		%	
Pedidos	Trechos da norma	47	78,33	0	0	0	0	47	70,15
	Íntegra da norma	6	10,00	0	0	5	100	11	16,42
	Trechos de várias normas	7	11,67	2	100	0	0	9	13,43
	Total	60	100	2	100	5	100	67	100

O que ocorre nesses dois casos é que ambas as ADIs de que tratavam as decisões questionavam, simultaneamente, uma norma do Congresso

Nacional e um ato normativo emanado por outro órgão, ou seja, com origem diversa que não o Legislativo federal. O primeiro caso é o da ADI 2970, que questionava concomitantemente uma norma do Congresso Nacional e o regimento interno do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. O segundo caso é o da ADI 3566, que impugnava, de forma simultânea, uma norma do Legislativo federal e o regimento interno do Tribunal Regional Federal da 3ª Região. No caso da ADI 2970, o STF não conheceu a ação quanto à lei impugnada. Já no caso da ADI 3566, haviam sido questionados apenas o *caput* e o parágrafo 1º de um único artigo da lei federal impugnada. Ao decidir, o STF julgou a ação improcedente quanto ao *caput* e prejudicada quanto ao parágrafo. Nos dois casos o STF manteve íntegras e intactas as normas do Poder Legislativo, declarando inconstitucionais apenas dispositivos dos mencionados regimentos. Ou seja, mesmo sendo essas duas decisões contabilizadas, por seu resultado, como procedente (ADI 2970) e procedente em parte (ADI 3566), nenhuma das duas atinge, mesmo que parcialmente, normas emanadas pelo Poder Legislativo.

O Gráfico 1.5 revela que 89,55% das decisões procedentes e procedentes em parte proferidas declaram a inconstitucionalidade somente de parte(s) da norma questionada. Nesses casos, tem-se que a norma impugnada continua a vigorar e surtir efeitos no ordenamento jurídico brasileiro. Apenas os dispositivos declarados inconstitucionais têm a sua eficácia suspensa, deixando, com a decisão, de vigorar. A situação, nesses casos, é a mesma que se verifica, por analogia, nos vetos parciais do Presidente da República às normas promulgadas pelo Congresso Nacional.

Vê-se, assim, que, mesmo quando dá provimento às ações contra leis e atos normativos do Congresso Nacional, julgando procedentes (e procedentes em parte) os pedidos de declaração de inconstitucionalidade, o STF age com grande reserva, abstando-se, na grande maioria dos casos, de entregar tudo o que lhe é pedido pelos atores que, em tese, tentam judicializar a política. Vimos que predominam os casos em que o pedido restringe-se a alguns dispositivos de uma mesma norma. A decisão que predomina é a que lhe corresponde, ou seja, que declara a inconstitucionalidade de alguns dispositivos

42 Judicialização ou representação?

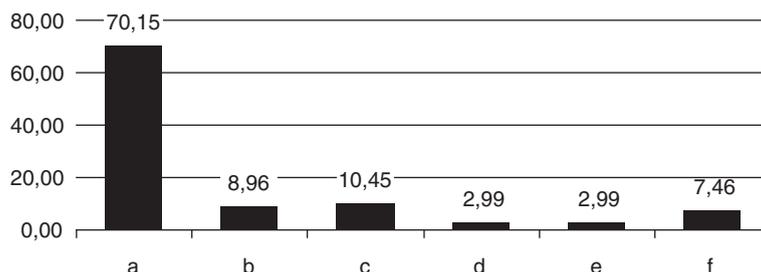


GRÁFICO 1.5 ADIs e ADPFs procedentes e procedentes em parte (1988-2009)
(Requerido: Legislativo federal)

a = Pedido: inconstitucionalidade parcial. Decisão: inconstitucionalidade parcial.

b = Pedido: inconstitucionalidade *in totum*. Decisão: inconstitucionalidade parcial.

c = Pedido: inconstitucionalidade parcial de várias normas. Decisão: inconstitucionalidade parcial.

d = Pedido: inconstitucionalidade parcial de várias normas. Decisão: inconstitucionalidade de norma não emanada pelo Legislativo federal.

e = Pedido: inconstitucionalidade parcial de várias normas. Decisão: inconstitucionalidade parcial de várias normas.

f = Pedido: inconstitucionalidade *in totum*. Decisão: inconstitucionalidade *in totum*.

de uma mesma norma, mantendo intacto o restante dela. Contudo, não é uma regra que todos os dispositivos questionados na ação sejam declarados inconstitucionais pelo Tribunal; às vezes, apenas parte deles o é, e o resultado da ação permanece sendo procedente – o que pode fazer o leigo supor que o STF tenha invalidado a norma questionada por inteiro.

Ao contrário, os casos nos quais o STF invalidou *in totum* lei ou ato normativo emanados pelo Congresso Nacional são tão poucos que chegam a ser estatisticamente irrelevantes. Eles são ainda menores que os 7,46% de decisões procedentes e procedentes em parte que deferem integralmente os pedidos de declaração de inconstitucionalidade *in totum* da norma impugnada. Como vimos na Tabela 1.9, das 11 ações que pleiteavam a declaração de inconstitucionalidade de alguma norma integralmente, apenas 5 foram atendidas pelo STF na mesma extensão do pedido, tendo as demais 6 decisões se circunscrito a declarar inconstitucionais apenas alguns dos dispositivos da norma que havia sido impugnada na íntegra. Analisando-se essas cinco decisões que, de acordo com o resultado proferido, declararam

inconstitucionais normas inteiras, percebe-se que, na verdade, foram menos que cinco as afetadas. Vejamos como.

Uma das decisões refere-se à ADPF 130; ou seja, como sói ser com as ADPFs, tem por objeto norma anterior à Constituição de 1988. A declaração de inconstitucionalidade, portanto, não atingiu nenhuma norma promulgada pelo Congresso Nacional após 1988. Outra decisão, relativa à ADI 3682, tratava de inconstitucionalidade por omissão; ou seja, a inconstitucionalidade não se encontrava na norma, porém na ausência desta. A declaração de inconstitucionalidade, portanto, não afetou nenhuma lei ou ato normativo.⁷ Das três decisões restantes, duas referem-se a ações (ADI 2797 e ADI 2860) que têm por objeto a declaração de inconstitucionalidade de uma mesma lei. Ambas as ADIs foram julgadas conjuntamente e lograram obter a declaração de inconstitucionalidade da norma *in totum* – no caso, a Lei 10628/02, que havia apenas acrescentado dois parágrafos ao artigo 84 do Código de Processo Penal. Em outras palavras, foram declarados inconstitucionais apenas os dois parágrafos do Código de Processo Penal que haviam sido acrescentados pela lei impugnada. Por fim, tem-se a decisão da ADI 447, que declarou a inconstitucionalidade da Lei 8155/90, que havia instituído uma taxa de conservação rodoviária. O Tribunal considerou a lei inconstitucional por ter criado fato gerador (no caso, a tributação de combustíveis), o que é proibido pela Constituição.

Assim, das cinco decisões procedentes e procedentes em parte que declaram a inconstitucionalidade total (e não apenas parcial) da norma impugnada, tem-se que apenas três efetivamente declaram inconstitucionais leis promulgadas no atual regime constitucional e duas delas referem-se à mesma lei, de modo que, pode-se afirmar com exatidão, o STF invalidou, por meio do controle concentrado de constitucionalidade, apenas duas leis promulgadas pelo Poder Legislativo federal entre 1988 e 2009. Para dizer o mesmo com outras palavras, nos últimos 21 anos de história democrática,

⁷ Vale notar que esse é o único caso de inconstitucionalidade por omissão deferido (julgado procedente ou procedente em parte) em face de norma emanada pelo Congresso Nacional entre 1988 e 2009.

44 Judicialização ou representação?

o Congresso Nacional promulgou apenas duas leis inconstitucionais. Esse número, já inexpressivo quando considerado de forma absoluta, torna-se tanto mais insignificante quando expresso em termos relativos: das 810 ações impetradas contra normas do Poder Legislativo federal, apenas 3 lograram a declaração de inconstitucionalidade total, sendo que isso resultou na invalidação de apenas 2 normas, ou seja, 0,2% do total aproximado de normas impugnadas no controle abstrato de constitucionalidade.⁸

TABELA 1.10
Normas com declaração de inconstitucionalidade (1988-2009)
(Requerido: Legislativo federal)

Extensão da inconstitucionalidade	Quantidade de normas	%
Parcialmente inconstitucional	44	93,62
Integralmente inconstitucional	3	6,38
Total	47	100,00

A Tabela 1.10 mostra que no universo de 67 decisões julgadas procedentes e procedentes em parte, são 47 as normas com vícios de inconstitucionalidade, no todo ou em parte. Há normas que são questionadas em mais de uma ADI (e, em geral, as decisões que apreciam sua constitucionalidade resultam de julgamentos conjuntos), conforme deixa antever a Tabela 1.11, a qual relaciona cada uma das normas declaradas inconstitucionais, com a extensão da inconstitucionalidade (se parcial ou total) e as respectivas ações (ADIs e ADPF) que as questionaram perante o STF. A Tabela 1.11 considera a lei anterior a 1988 que foi invalidada pela ADPF 130, porém, naturalmente, não considera o dispositivo constitucional que ensejou a declaração de inconstitucionalidade da ADI 447. São computadas, assim, 3 normas declaradas integralmente inconstitucionais, o que equivale a 6,38%

⁸ Esse total é aproximado porque há casos, embora raros, em que há mais de uma ADI que tem por objeto a impugnação de uma mesma norma. Tal fato sempre foi mais comum no controle difuso, especialmente antes do advento da súmula vinculante, quando o número de recursos extraordinários com objetos idênticos era bastante significativo, e claramente pesava na média de processos julgados pelo Tribunal e no tempo hábil a fazê-lo.

do total de normas eivadas de vícios de inconstitucionalidade. As demais 44 normas foram declaradas apenas parcialmente inconstitucionais, perfazendo juntas 93,62% do total de normas com vícios de inconstitucionalidade. Vê-se, mais uma vez, que o STF exerce com grande parcimônia e reserva o seu poder de tornar inválidas as normas legisladas pelo Congresso Nacional. A tendência, como se percebe, é que o Tribunal preserve, na maior extensão possível, o trabalho do Poder Legislativo, apenas censurando-o de forma restrita e parcial, na exata medida do vício de inconstitucionalidade que atinge a norma questionada judicialmente.

TABELA 1.11
ADIs e ADPFs com declaração de inconstitucionalidade (1988-2009)
(Requerido: Legislativo federal)

Norma	Ação	Decisão	Inconstitucionalidade
EC 03/1993	ADI 0939	Procedente em parte	Parcial
EC 20/1998	ADI 1946	Procedente em parte	Parcial
EC 21/1999	ADI 2031	Procedente em parte	Parcial
EC 41/2003	ADI 3105 ADI 3128	Procedente em parte	Parcial
EC 52/2006	ADI 3685	Procedente	Parcial
LC 75/1993	ADI 0994 ADI 1371	Procedente Procedente em parte	Parcial
LC 77/1993	ADI 0939	Procedente em parte	Parcial
LC 86/1996	ADI 1459	Procedente em parte	Parcial
LC 87/1996	ADI 1600	Procedente em parte	Parcial
Lei 05250/1967	ADPF 130	Procedente	Integral
Lei 07689/1988	ADI 0015	Procedente em parte	Parcial
Lei 07711/1988	ADI 0041 ADI 0173 ADI 0394	Procedente	Parcial
Lei 07721/1989	ADI 0014	Procedente em parte	Parcial
Lei 07872/1989	ADI 0306	Procedente	Parcial
Lei 07873/1989	ADI 0306	Procedente	Parcial
Lei 08039/1990	ADI 0319	Procedente em parte	Parcial
Lei 08069/1990	ADI 0869	Procedente	Parcial
Lei 08112/1990	ADI 0449 ADI 0492 ADI 0609 ADI 0837	Procedente	Parcial

46 Judicialização ou representação?

Norma	Ação	Decisão	Inconstitucionalidade
Lei 08134/1990	ADI 0513	Procedente	Parcial
Lei 08155/1990	ADI 0447	Procedente	Integral
Lei 08162/1991	ADI 0790	Procedente em parte	Parcial
Lei 08212/1991	ADI 1102 ADI 1108 ADI 1116	Procedente	Parcial
Lei 08213/1991	ADI 1252	Procedente em parte	Parcial
Lei 08215/1991	ADI 0581	Procedente em parte	Parcial
Lei 08216/1991	ADI 0574	Procedente	Parcial
Lei 08625/1993	ADI 1274 ADI 1377	Procedente Procedente em parte	Parcial
Lei 08713/1993	ADI 0958 ADI 0966	Procedente em parte	Parcial
Lei 08870/1994	ADI 1074 ADI 1103	Procedente Procedente em parte	Parcial
Lei 08906/1994	ADI 1105 ADI 1127 ADI 1194	Procedente Procedente em parte	Parcial
Lei 09034/1995	ADI 1570	Procedente em parte	Parcial
Lei 09096/1995	ADI 1351 ADI 1354	Procedente	Parcial
Lei 09099/1995	ADI 1719	Procedente em parte	Parcial
Lei 09528/1997	ADI 1721 ADI 1770	Procedente	Parcial
Lei 09532/1997	ADI 1758	Procedente	Parcial
Lei 09536/1997	ADI 3324	Procedente em parte	Parcial
Lei 09649/1998	ADI 1717	Procedente	Parcial
Lei 09715/1998	ADI 1417	Procedente em parte	Parcial
Lei 09985/2000	ADI 3378	Procedente em parte	Parcial
Lei 10358/2001	ADI 2652	Procedente	Parcial
Lei 10406/2002	ADI 2794	Procedente	Parcial
Lei 10628/2002	ADI 2797 ADI 2860	Procedente	Integral
Lei 10640/2003	ADI 2925	Procedente em parte	Parcial
Lei 10779/2003	ADI 3464	Procedente	Parcial
Lei 10826/2003	ADI 3112	Procedente em parte	Parcial
Lei 11033/2004	ADI 3453	Procedente	Parcial
Lei 11300/2006	ADI 3741 ADI 3742 ADI 3743	Procedente em parte	Parcial
Lei 11301/2006	ADI 3772	Procedente em parte	Parcial

Uma vez conhecido o universo de decisões finais com julgamento de mérito das ADIs e ADPFs contra normas do Poder Legislativo federal, passemos a compará-lo com o universo geral de decisões definitivas de mérito realizadas pelo STF no mesmo período analisado. Das 4.549 ações distribuídas (4.347 ADIs e 202 ADPFs) e, dentre essas, das 2.966 julgadas (2.852 ADIs e 114 ADPFs), 1.044 o foram no mérito, isto é, tiveram decisão final que não consistia em indeferir preliminarmente o pedido, mas em julgá-lo improcedente, procedente ou procedente em parte. Destes 1.044 julgamentos de mérito realizados entre 1988 e 2009, sabemos que 129 dizem respeito a normas provenientes do Poder Legislativo federal. A Tabela 1.12 permite ver que o STF considerou procedente ou procedente em parte 871 das 1.044 ações julgadas no mérito, ou seja, o correspondente a 83,43% das decisões. Isso significa que o Tribunal tende a declarar inconstitucionais, mesmo que apenas parcialmente, bem mais do que três quartos das normas que julga no mérito. No que tange às normas do Poder Legislativo federal, no entanto, esse número, como já sabemos, cai para cerca de metade: 51,94% das decisões com julgamento de mérito declaram procedentes ou procedentes em parte as ADIs e ADPFs que impugnam normas do Congresso Nacional. Percebe-se, assim, que, das decisões com julgamento de mérito, o STF tende a desviar-se de seu padrão ao apreciar ações contra normas do Legislativo federal, considerando inconstitucionais (mesmo que apenas parcialmente) um percentual significativamente menor destas. Em outras palavras, o Congresso Nacional tende a lograr um número

TABELA 1.12
ADIs e ADPFs com julgamento de mérito, por decisão final (1988-2009)

Decisão	Geral*	%	Normas do Legislativo federal	
				%
Procedentes e procedentes em parte	871	83,43	67	51,94
Improcedentes	173	16,57	62	48,06
Total	1.044	100	129	100,00

* Elaboração a partir de estatísticas do STF obtidas em 10 de janeiro de 2009.

expressivamente menor de diplomas legais eivados de vícios de inconstitucionalidade quando comparado às demais fontes produtoras de normas passíveis de impugnação via controle concentrado de constitucionalidade.

No que diz respeito às decisões improcedentes, tem-se que estas correspondem a apenas 16,57% dos julgamentos de mérito de ADIs e ADPFs realizados pelo STF entre 1988 e 2009. Ou seja, apenas 173 de um universo de 1.044 ações tiveram rejeitados seus pedidos de declarar inconstitucional alguma(s) norma(s) ou parte(s) dela(s). Já no que tange às decisões de ações contra normas do Legislativo federal julgadas no mérito improcedentes, o quadro, mais uma vez, se reverte: 48,06% das decisões indeferiram no mérito o pedido de declarar inconstitucionais norma(s) ou parte(s) de norma(s) emanadas pelo Congresso Nacional. Isto é, 62, quase metade das 129 decisões de mérito, rejeitaram a impugnação de inconstitucionalidade e mantiveram ilesas as normas do Poder Legislativo federal questionadas perante o Tribunal. Em outras palavras, o STF tende a considerar improcedentes menos de um quinto do total geral de decisões de mérito; porém, quando se trata de julgamento de ações contra normas do Legislativo federal, esse percentual sobe para quase metade do total de litígios dessa natureza. Percebe-se, portanto, que, no que diz respeito aos resultados dos julgamentos de mérito das normas do Congresso Nacional, o padrão tendencial do STF se inverte tanto para as decisões procedentes e procedentes em parte como para as improcedentes. A corte constitucional brasileira tem disposição menor a declarar inconstitucionais as normas provenientes do Poder Legislativo federal em relação àquelas emanadas de outras fontes, e disposição significativamente maior de confirmar a constitucionalidade das normas do Congresso Nacional em relação ao universo total de normas impugnadas e julgadas no mérito.

Vejam agora a relação específica entre as decisões dadas em julgamentos de mérito de ADIs e ADPFs contra normas do Poder Legislativo federal e aquelas proferidas em julgamentos de mérito de normas com outras origens. O Gráfico 1.7, a seguir, indica que de todas as 871 ADIs e ADPFs julgadas procedentes e procedentes em parte pelo STF entre 1988

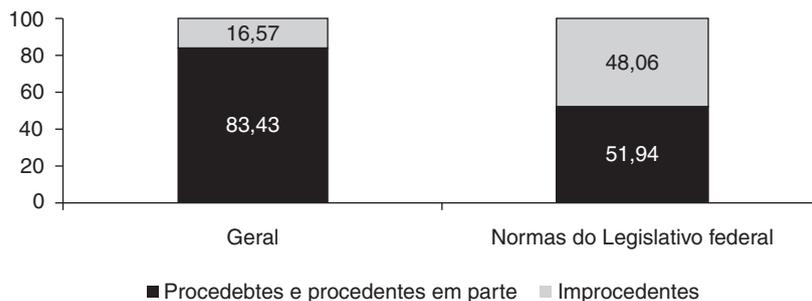


GRÁFICO 1.6 ADIs e ADPFs com julgamento de mérito, por decisão final (1988-2009)

e 2009, 92,31% não tinham por objeto normas do Legislativo Federal. Ou seja, a chance de uma norma declarada inconstitucional pelo STF (mesmo que apenas parcialmente) ter sua origem no Congresso Nacional é de somente 7,69%. O quadro se altera quando olhamos para as decisões de mérito improcedentes, ou seja, que negaram atender ao pedido de declaração de inconstitucionalidade feito pelas ADIs e ADPFs. Em relação a esses julgamentos improcedentes, a probabilidade de encontrarmos uma norma emanada pelo Poder Legislativo federal sobe para 35,84%. Em outras palavras, quando comparamos o comportamento geral do STF em julgamentos de mérito de ADIs e ADPFs com o seu comportamento específico em julgamentos semelhantes de ações contra normas do Congresso Nacional, percebemos que a probabilidade das ações julgadas procedentes ou procedentes em parte (e que, portanto, obtiveram algum tipo de declaração de inconstitucionalidade) terem por objeto normas do Congresso Nacional é bastante baixa, sendo cerca de cinco vezes maior a probabilidade das ações julgadas improcedentes (e que, portanto, não obterem nenhum tipo de declaração de inconstitucionalidade) terem por objeto a contestação de normas do Legislativo federal.

Contudo, sendo tão baixa a probabilidade de um julgamento com resultado procedente ou procedente em parte (7,69%) ter por objeto norma emanada pelo Congresso Nacional, o que explica, conforme ilustrado no Gráfico 1.7, que o percentual de ações julgadas improcedentes, que tinham

50 Judicialização ou representação?

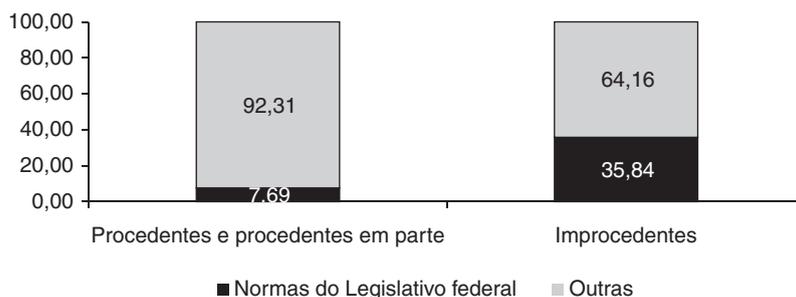


GRÁFICO 1.7 ADIs e ADPFs com julgamento de mérito, por tipo de norma questionada (1988-2009)

por objeto normas do Legislativo federal (35,84%), seja baixo em relação ao percentual de decisões improcedentes proferidas pelo STF em julgamentos de mérito de ADIs e ADPFs contra normas de outras origens (64,16%)? A explicação encontra-se em um dado apresentado anteriormente (Tabela 1.7 e Gráfico 1.4), qual seja, o alto percentual de ações contra normas do Congresso Nacional que são indeferidas pelo STF em decisões finais sem julgamento de mérito (encaixando-se, assim, em uma daquelas cinco categorias previamente analisadas: prejudicada, indeferida a inicial, extinto o processo, não conhecida e negado seguimento).

Quando consideramos todo o universo de decisões finais, isto é, quando agregamos aos dados apresentados as decisões sem julgamento de mérito, tem-se, conforme já visto, que o percentual de decisões que indeferem as ADIs e ADPFs contra normas do Poder Legislativo Federal é de 86,68%, sendo que destas 12,33% possuem resultado improcedente e 74,35% algum dos cinco resultados que indicam a rejeição preliminar do pedido de declaração de inconstitucionalidade. Conforme mostra a Tabela 1.13, embora o percentual geral de ADIs e ADPFs indeferidas preliminarmente pelo STF também seja alto, alcançando 64,80% das decisões finais, ele não é tão alto quanto o das ações contra normas do Legislativo federal. Também é maior, uma vez considerado o universo total de decisões finais, o percentual de decisões improcedentes nas ações contra normas do Legislativo federal: a tendência de o STF rejeitar no mérito um pedido de declaração

de inconstitucionalidade de norma do Congresso Nacional é duas vezes maior do que a média de decisões com esse resultado, ou seja, 12,33% contra 5,83%, respectivamente. Já a chance de o Tribunal julgar procedente ou procedente em parte, deferindo a declaração de inconstitucionalidade, é de menos da metade para as normas com origem no Congresso Nacional (13,32%) em relação à média geral das decisões finais com esse resultado (29,37%).

TABELA 1.13
ADIs e ADPFs julgadas, por decisão final (1988-2009)

Decisão	Geral*	%	Normas do Legislativo federal	%
Procedentes e procedentes em parte	871	29,37	67	13,32
Improcedentes	173	5,83	62	12,33
Sem julgamento de mérito	1922	64,80	374	74,35
Total	2966	100	503	100,00

* Elaboração a partir de estatísticas do STF obtidas em 10 de janeiro de 2009.

Considerando ainda o universo total das decisões finais, incluindo-se aquelas sem julgamento de mérito, vejamos como se dá a relação entre as decisões em ações contra normas do Poder Legislativo federal e as decisões de ADIs e ADPFs que contestavam outras normas. Como vimos anteriormente, apenas 7,69% de todas as ADIs e ADPFs julgadas procedentes e procedentes em parte entre 1988 e 2009 tinham por objeto normas emanadas pelo Congresso Nacional. Ou seja, a chance de uma declaração de inconstitucionalidade (mesmo que parcial) proferida pelo STF não dizer respeito a uma norma com origem no Congresso Nacional é de 92,31%. Quando olhamos para as decisões sem julgamento de mérito isoladamente, percebemos, contudo, que, como revela o Gráfico 1.8, o percentual de decisões finais dessa natureza é muito mais elevado quando se trata de normas que não tiveram sua origem no Congresso Nacional: 80,54% das decisões finais sem julgamento de mérito foram dadas em ações que não tinham por objeto normas do Congresso Nacional contra apenas 19,46% que tinham por

52 Judicialização ou representação?

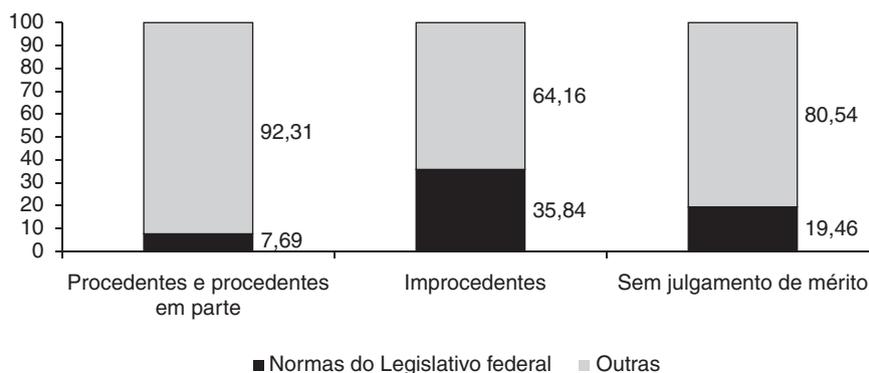


GRÁFICO 1.8 ADIs e ADPFs com julgamento de mérito, por tipo de norma questionada (1988-2009)

objeto essas normas. Contudo, uma vez que sabemos que os indeferimentos sem julgamento de mérito correspondem a 74,35% do total de decisões finais dadas para as ADIs e ADPFs contra normas do Legislativo federal, percebemos que os 35,84% de ações contra normas do Legislativo federal julgadas improcedentes é mais significativo do que parece diante dos 64,16% de decisões com o mesmo resultado proferidas pelo STF em julgamentos de ADIs e ADPFs que contestavam normas com outras origens.

Vejamos agora o que acontece quando agregamos as decisões improcedentes com as indeferidas preliminarmente sem julgamento de mérito sob a categoria decisões “indeferidas”. Já sabemos que 86,68% das decisões de ADIs e ADPFs contra normas do Congresso Nacional podem ser classificadas nessa categoria. Esse percentual é maior que o da média geral de ações semelhantes julgadas pelo STF no mesmo período, o qual consiste em 70,63%, conforme ilustra o Gráfico 1.9. Não é uma diferença grande, porém trata-se de diferença significativa quando sabemos que isso implica, em contrapartida, que o percentual do conjunto geral de decisões julgadas pelo STF procedentes e procedentes em parte (29,37%) é de mais do que o dobro do que o percentual das decisões com o mesmo resultado proferidas em julgamentos de ADIs e ADPFs que tinham por objeto normas do Legislativo federal (13,32%). A diferença entre o percentual das

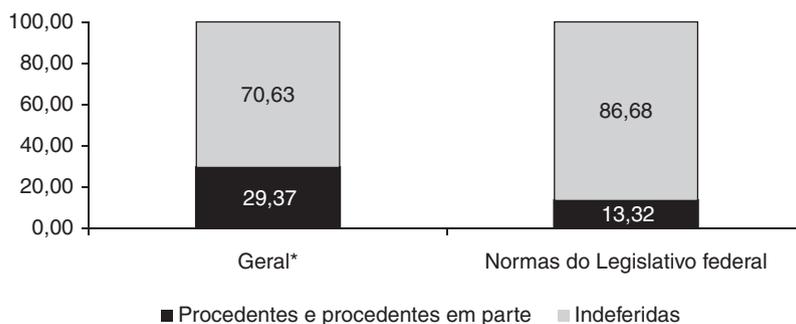


GRÁFICO 1.9 ADIs e ADPFs julgadas, por decisão final (1988-2009)

decisões indeferidas em julgamentos de ADIs e ADPFs contra normas do Congresso Nacional e o percentual do conjunto geral de decisões com esse mesmo resultado torna-se ainda mais significativa quando lembramos que, considerado todo o universo de decisões finais de ADIs e ADPFs do período analisado, apenas 16,96% dizem respeito a ações que contestavam normas do Congresso Nacional.

1.2. AS DECISÕES LIMINARES

Das 4.347 ADIs distribuídas a partir de 1988 até o fim de 2009 exatas 2.852 tiveram decisão final, conforme apresentado anteriormente neste capítulo, e 456 tiveram decisão liminar, o que equivale a apenas 10,49% do total de ADIs. Quanto às ADPFs, das 202 distribuídas, obtiveram decisão final 114 até o fim de 2009, quando então também havia 13 decididas em sede de liminar, ou seja, somente 6,43% do total de ADPFs.

Verifica-se que não apenas a proporção de decisões liminares é pequena diante da proporção de decisões finais e, sobretudo, do número total de processos no caso das duas ações (mais acentuadamente no caso das ADPFs), como ainda seria razoável supor, diante dos dados apresentados relativos às normas do Legislativo federal impugnadas nesses processos (que representam

54 Judicialização ou representação?

apenas 18,49% do total), que o número de decisões liminares que considerei nas páginas anteriores dentro do conjunto de processos aguardando julgamento não alteraria de forma relevante o resultado final de minha análise mesmo se eu os considerasse dentro do conjunto de processos julgados. No entanto, com o intuito de tornar mais robustos os argumentos defendidos neste livro e afastar quaisquer dúvidas acerca da consistência dos resultados obtidos, considerarei, nas próximas páginas, as decisões liminares, e ao cabo desta análise cruzarei esses dados com aqueles relativos às decisões finais com os quais viemos trabalhando neste capítulo.

Do total de 841 ações (ADIs e ADPFs) propostas contra o Poder Legislativo federal, tem-se que apenas 10,23% receberam deferimento liminar, parcial ou total. Mais especificamente, 50 ações, ou o equivalente a 5,95%, tiveram o pedido de liminar deferido, enquanto 36, ou 4,28%, o tiveram apenas em parte. Vê-se, assim, que o conjunto de decisões liminares de ações contra normas do Congresso Nacional segue o padrão do universo total de decisões liminares de ADIs e ADPFs proferidas pelo STF no período analisado. Reforça ainda o peso diminuto das decisões liminares o fato de que apenas 14,74% das ações impetradas contra normas do Congresso não incluiu pedido de liminar, ou seja, 85,3% das ações impetradas no período pediram uma decisão liminar, porém o STF somente deferiu, ainda que apenas parcialmente, 10,23% delas. Mesmo que no final de 2009 ainda se encontrassem aguardando julgamento 25,68% das ações com pedido de liminar, a proporção de decisões liminares deferidas e deferidas em parte é muito baixa diante da proporção de ações contra normas do Congresso impetradas com pedido de liminar.

A Tabela 1.14 mostra ainda que sobressai o número de pedidos de liminares julgados prejudicados, perfazendo 33,53% do total. Trata-se de proporção de prejudicadas bastante próxima daquela encontrada para as decisões finais, como visto anteriormente. Se excluirmos as ações “aguardando julgamento” e as ações “sem pedido de liminar” e consideramos, assim, apenas as julgadas, o número de decisões liminares com resultado “prejudicado” sobe ainda mais e supera a metade do total: 56,29% das ações

impetradas com pedido de liminar contra normas do Legislativo federal foram julgadas prejudicadas pelo STF. Repete-se aqui, como se pode ver no Gráfico 1.10, a mesma tendência encontrada quando da análise dos julgamentos finais: o STF considera que mais da metade dos pedidos de liminar das ações contra normas do Congresso sequer é robusta o suficiente para ser julgada, e, assim, a rejeita preliminarmente.

TABELA 1.14
ADIs e ADPFs, por resultado liminar – 1988-2009
(Requerido: Legislativo federal)

Resultado final	Número de ações	%
Sem pedido de liminar	124	14,74
Aguardando julgamento	216	25,68
Deferida	50	5,95
Deferida em parte	36	4,28
Indeferida	129	15,34
Não conhecida	4	0,48
Prejudicada	282	33,53
Total	841	100,00

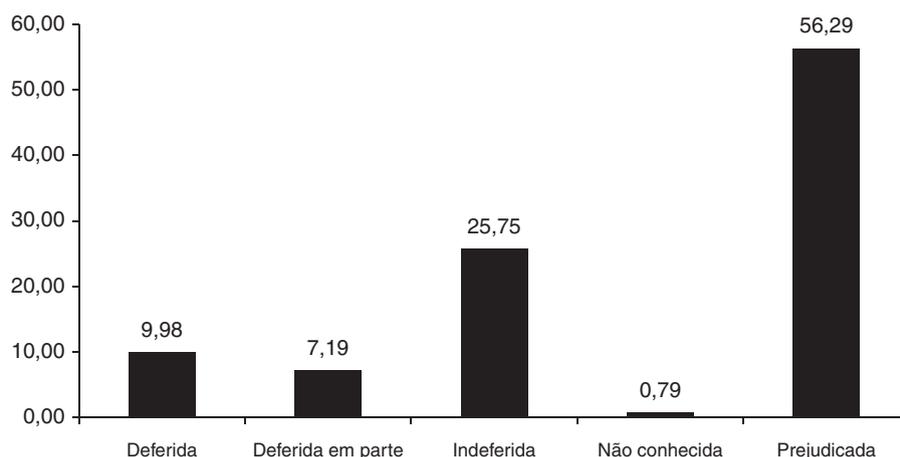


GRÁFICO 1.10 ADIs e ADPFs julgadas por resultado liminar (1988-2009)
(Requerido: Legislativo federal)

56 Judicialização ou representação?

Se mais da metade das ações com pedido de liminar é julgada prejudicada, 25,75%, ou seja, cerca de um quarto, são julgados indeferidos. Somando-se os dois resultados, tem-se que o STF rejeita 82,04% dos pedidos de liminares de ações contra normas do Congresso Nacional. Esse valor, mais uma vez, é surpreendentemente próximo ao encontrado para as decisões finais (86,68%), como visto neste capítulo.

Tem-se, assim, que, mesmo excluídas do universo de análise as ações sem pedido de liminar e aquelas ainda aguardando julgamento, o percentual de decisões liminares deferidas e deferidas em parte eleva-se para apenas 17,17%. Mais sucintamente, são 50 (9,98%) as ações com pedido de liminar deferido e 36 (7,19%) aquelas que o têm apenas em parte. Somados os dois resultados, fica-se ainda bastante abaixo do valor encontrado para as ações (129) que têm seu pedido de liminar indeferido. Se excetuamos dessa contagem as ações com pedido de liminar prejudicado ou não conhecido, tem-se que 60% dos resultados foi pelo indeferimento e 40% pelo deferimento, ainda que parcial. Se consideramos, contudo, os pedidos de liminar julgados prejudicados e não conhecidos, tem-se que a taxa de rejeição do STF de pedidos de liminares de ações contra normas do Congresso sobe para 82,83%. É o que mostra o Gráfico 1.11.

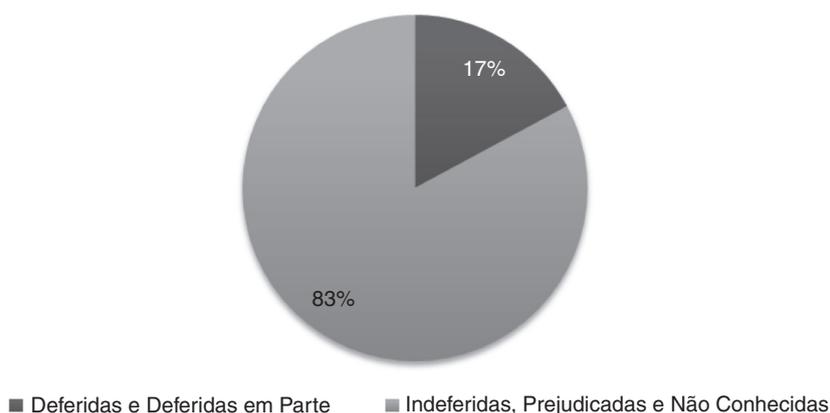


GRÁFICO 1.11 ADIs e ADPFs com julgamento liminar, por resultado – 1988-2009 (Requerido: Legislativo federal)

Uma vez conhecidos os resultados das decisões liminares, podemos perceber o quanto as decisões finais parecem confirmá-los. A taxa de rejeição de 82,83% dos pedidos de liminares se mantém estável dado que, como vimos antes, 86,68% das decisões finais também indeferem (por julgarem improcedentes ou indeferirem preliminarmente, sem julgamento de mérito) os pedidos de declaração de inconstitucionalidade de normas do Congresso Nacional.

Passemos agora ao cruzamento de todos os resultados liminares e finais. Das 50 liminares deferidas, apenas 14 foram confirmadas no julgamento final com resultado procedente, às quais somam-se também 3 decisões finais com resultado procedentes em parte. Tem-se, assim, entre as liminares deferidas, que 34%, cerca de um terço, foram, em alguma medida, confirmados na decisão final. Se excetuamos aqui 13 ações que ainda aguardavam julgamento final ao encerrar-se o ano de 2009, tem-se que 54,05% das ações com pedido de liminar deferido não foram confirmadas pelo STF no julgamento final de algum modo (resultado improcedente, processo extinto, inicial indeferida, ação não conhecida, com seguimento negado ou prejudicada).

Quanto às 36 liminares deferidas em parte, tem-se que 6 tiveram resultado final procedente em parte e 3, procedente. Isso perfaz um total de 25%, ou apenas um quarto, de pedidos de liminar em alguma medida (inteira ou parcialmente) confirmados na decisão final. Excluindo-se do cálculo 17 ações que ainda aguardavam julgamento definitivo no final de 2009, tem-se que 52,63% das ações com pedido liminar deferidos em parte também não têm, por alguma das razões elencadas no parágrafo anterior, seus resultados confirmados pelo julgamento final do STF.

Agregadas as 86 liminares parcial ou totalmente deferidas, verifica-se que apenas 26, o equivalente a 30,23%, foram confirmadas na decisão final, recebendo julgamento procedente ou procedente em parte. Retirando-se do cálculo 30 ações que ainda aguardavam julgamento final ao concluir-se o período analisado, constata-se que 53,57%, mais da metade das ações que tiveram seu pedido liminar deferido, ainda que em parte, foram rejeitadas

pelo STF de algum modo (isto é, com ou sem julgamento de mérito). Percebe-se, portanto, que tanto as liminares tendem a seguir o padrão analisado para as decisões finais no que tange a seu baixo percentual de deferimento, como também aquelas que são, em alguma medida, deferidas tendem a ser confirmadas no julgamento final na proporção de menos de um terço. Mais relevante do que isso, e ainda de modo extremamente condizente com os dados encontrados para as decisões finais, é o fato de o STF tender a rejeitar o pedido final de declaração de inconstitucionalidade de mais da metade das ações contra normas do Congresso Nacional que tiveram seu pedido de liminar deferido ou deferido em parte.

No que tange às 129 ações que tiveram seus pedidos liminares indeferidos, observa-se que 19, ou 14,73%, foram confirmadas, sendo finalmente julgadas improcedentes. A taxa de reversão do resultado, por outro lado, é bastante baixa: apenas 9, ou 6,98%, foram julgadas procedentes (3) ou procedentes em parte (6). Excetuando-se do cálculo 42 ações que ainda aguardavam julgamento final ao cabo de 2009, percebe-se que 89,66% das ações com pedido de liminar indeferido também terão seu pedido de declaração de inconstitucionalidade não atendido pelo STF em decisão final, sendo 67,81% rejeitados sem julgamento de mérito.

Nota-se que, se por um lado, o deferimento (integral ou parcial) de liminar não é um forte indicativo de que esta será confirmada na decisão final, uma vez que as chances são de menos de um terço para obter-se resultado procedente ou procedente em parte, por outro lado, o indeferimento de pedido liminar revela-se fortíssimo indicativo de que o pedido de declaração de inconstitucionalidade também será rejeitado, mesmo que por outros resultados que não especificamente o julgamento improcedente da ação.

Conclui-se, assim, finalmente, com os dados expostos na Tabela 1.15, pelo acerto de minha decisão metodológica de considerar neste livro como julgadas apenas aquelas ações que, a despeito de terem tido o pedido de concessão de liminar apreciado pelo STF, ainda não foram objeto de decisão final pelo plenário do Tribunal. Além das liminares serem decisões precárias e transitórias, e com efeitos limitados, conforme argumentei no

TABELA 1.15
ADIs e ADPFs, por resultado final e liminar (1988-2009)
 (Requerido: Legislativo federal)

Resultado final	Resultado liminar							Total
	Sem liminar	Aguardando julgamento	Deferidas	Deferidas em parte	Indeferidas	Não conhecidas	Prejudicadas	
Aguardando julgamento	32	216	13	17	42	1	17	338
Extinto o processo	6	0	1	2	6	0	15	30
Improcedente	11	0	2	1	19	0	29	62
Indeferida a inicial	0	0	0	0	0	0	11	11
Não conhecido	26	0	0	1	7	1	76	111
Negado seguimento	14	0	1	1	11	0	53	80
Prejudicado	21	0	16	5	35	2	63	142
Procedente	8	0	14	3	3	0	7	35
Procedente em parte	6	0	3	6	6	0	11	32
Total	124	216	50	36	129	4	282	841

60 Judicialização ou representação?

início deste capítulo, elas não se revelam, no caso das ações contra normas do Legislativo federal, um indicativo relevante de suas decisões finais. Ainda que o fossem, os dados apresentados nas últimas páginas mostram que os resultados liminares seguem o mesmo padrão dos resultados finais, indicando uma grande parcimônia – se não uma deferência – do STF ao julgar as normas promulgadas pelo Congresso Nacional.

CAPÍTULO 2

**Judicialização da política ou
aperfeiçoamento legislativo?**



Como foi possível observar no capítulo anterior, o STF é mais parcimonioso em relação à atividade legiferante do Congresso Nacional do que a ausência de uma investigação empírica sobre o tema pode fazer supor. Na ausência de dados, seja sobre o universo geral das decisões do STF que efetivamente invalidam diplomas legais substituindo a vontade majoritária pela sua, seja sobre a relação entre esse universo geral e o universo específico que trata das decisões contrárias às normas oriundas do Poder Legislativo federal, quaisquer ilações sobre o estado atual da democracia brasileira tornam-se facilmente falsificáveis, carecendo de sustentação em particular as interpretações que se apoiam na narrativa da judicialização da política e a versão específica que a reduz ao fenômeno do ativismo judicial.

A análise realizada nas páginas precedentes revelou, além de outros dados, que, entre 1988 e 2009, o STF proferiu apenas 67 decisões procedentes (35) ou procedentes em parte (32) em julgamentos de mérito contra leis e atos normativos do Congresso Nacional, totalizando, assim, apenas 7,97% de todas as ações (ADIs e ADPFs) interpostas no mesmo período contra normas do Poder Legislativo federal. Trata-se inquestionavelmente de um valor pequeno, em termos absolutos e relativos, sobretudo diante da extensão do período analisado (o qual confere a média de apenas 3,19 decisões

de inconstitucionalidade de normas do Congresso Nacional por ano, em face de uma média anual de 40,05 ações impetradas contra o mesmo tipo de norma), cuja significância se reduz ainda mais ao ter-se em mente o tamanho da produção legislativa do Congresso Nacional no mesmo período, dado que agregaremos a esta análise no próximo capítulo.

Contudo, a despeito da presunção – não tanto implausível, embora pouco rigorosa – de que o suposto poder do STF sobre o Legislativo aparenta ser maior apenas em virtude de um desconhecimento dos dados, há de se admitir que alguns posicionamentos do Tribunal, seja em contextos políticos específicos, seja em questões sensíveis para determinados governos, seja em julgamentos de questões controversas ou de forte apelo popular ou midiático, criam incentivos não desprezíveis para que a falta de rigor da referida presunção alimente sua plausibilidade. A fim de explicar o que pode conduzir a um tal falso silogismo é necessário analisar mais qualitativamente cada um dos 67 casos em que, em 21 anos de vida democrática, o STF supostamente deferiu decisões contra a expressão da vontade majoritária do Poder Legislativo brasileiro.

2.1. OS CASOS

Quais são as leis e os atos normativos do Congresso Nacional que tiveram sua validade e eficácia retiradas pelo STF? Sobre quais temas e categorias de temas a jurisdição constitucional vem exercendo mais frequente e efetivamente o seu poder de revisão das decisões do órgão máximo da representação política? Que espécies legislativas são mais suscetíveis ao crivo do STF? Que tipos de vícios de constitucionalidade são mais (ou menos) frequentes na produção legislativa do Congresso, de acordo com o tribunal constitucional? Pode-se afirmar que o controle de constitucionalidade no Brasil é realizado politicamente pelo STF (a despeito de ser suscitado politicamente por aqueles legitimados a provocá-lo)? Nosso tribunal constitucional tende a decidir mais ou menos favoravelmente à constitucionalidade

das normas promulgadas pelo Congresso Nacional em razão de governos específicos ou de determinadas coalizões majoritárias formadas no Congresso? Quem são os autores das ações de inconstitucionalidade contra normas do Legislativo federal que foram bem-sucedidas, isto é, declaradas procedentes pelo STF? Pode-se afirmar que as decisões do Supremo são inequivocamente contramajoritárias, ou deve-se supor que algumas delas, na prática, têm meramente caráter aperfeiçoador das normas do Poder Legislativo? Essas são algumas das questões a serem abordadas nas páginas a seguir.

2.1.1. Os temas impugnados

Sobre quais temas o STF tende a exercer de forma mais efetiva o seu poder de revisão judicial, invalidando no todo ou em parte normas promulgadas pelo Congresso Nacional? Ou, mais especificamente, de que conteúdos tratam as ADIs e ADPFs julgadas procedentes ou procedentes em parte no período analisado?

As 67 ações que receberam decisão final declaratória de inconstitucionalidade versam sobre 48 objetos específicos, que podem ser agregados em 26 temas, por sua vez distribuídos em 6 categorias temáticas, quais sejam: *trabalho* (ações cujo objeto sejam relações trabalhistas e questões previdenciárias), *tributação* (ações cujo objeto verse sobre impostos, taxas e contribuições), *direitos* (ações que tratem de direitos difusos e coletivos, além de questões gerais sobre acesso a direitos constitucionalmente assegurados), *administração pública* (questões relativas ao serviço público, às competências administrativas e questões federativas), *justiça* (ações cujo objeto diga respeito ao Poder Judiciário e às funções essenciais à Justiça, como o Ministério Público e a advocacia) e *política* (ações cujo objeto versa sobre questões eleitorais e partidárias). Cada uma dessas subdivisões analíticas foi definida com base no conteúdo exato dos dispositivos impugnados e efetivamente declarados inconstitucionais pelo STF.

66 Judicialização ou representação?

Sob a categoria “trabalho” foram agregadas 6 ações relativas aos temas “aposentadoria” (1) e “previdência” (5), versando sobre objetos como contagem de tempo de serviço para aposentadoria, contribuição de inativos e pensionistas, pensão militar, extinção de vínculo empregatício, seguro-desemprego e limite de benefícios da Previdência. Na categoria “tributação” reúnem-se 14 ADIs que tratam de temas relativos à contribuição social (8), impostos (5) e taxas (1), com objetos como Contribuição Social sobre Lucro Líquido, majoração de contribuição social, contribuição de empresas, PIS/PASEP, CIDE, parcelamento de imposto de renda, isenção de imposto de pessoa jurídica, imposto sobre movimentação financeira, ICMS e taxa de conservação rodoviária. A categoria “direitos” responde por 6 ações relativas aos temas educação (3), meio ambiente (1) e liberdade de expressão (2), que versam sobre objetos variados, como tabelamento de mensalidades escolares, transferência de instituições de educação, funções de magistério, indenização por impacto ambiental, exposição de crianças em meios de comunicação e lei de imprensa. Encontram-se agregadas à categoria “administração pública” 5 ações relativas a temas como incidência do regime jurídico único dos servidores públicos (2), concurso público (1), competências administrativas (1) e criação e fusão de municípios (1). A categoria “justiça” é a mais extensa de todas, compreendendo 26 ações que tratam de temas relativos à garantia de acesso ao Judiciário (3), direitos dos advogados (4), direitos e competências dos magistrados (5), direitos e competências do Ministério Público e de seus membros (6), precatórios (2), juizados especiais (1), prerrogativa de função (2), sessão secreta de tribunais (1), crimes insuscetíveis de liberdade provisória (1) e ação rescisória (1). Por fim, a categoria “política” agrega 8 ações, que tratam de temas relativos à cláusula de barreira (4), coligações partidárias (1) e pesquisa eleitoral (3). O Gráfico 2.1 indica a distribuição por categorias temáticas das ações contra normas do Congresso Nacional que lograram obter algum tipo de declaração de inconstitucionalidade pelo STF.

Analisando-se cada uma dessas ações que obtiveram decisões procedentes (ou procedentes em parte) nota-se que o número mais expressivo

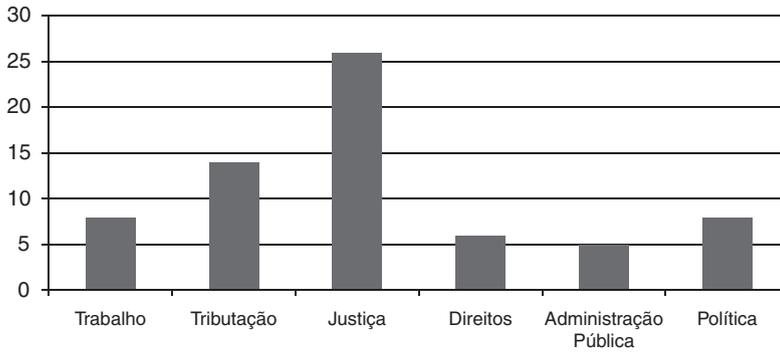


GRÁFICO 2.1 ADIs e ADPFs procedentes e procedentes em parte, por categoria temática (1988-2009) (Requerido: Legislativo federal)

encontra-se na categoria “justiça”. Isso significa que, dentre todas as ações que foram bem-sucedidas em obter algum tipo de declaração de inconstitucionalidade, o maior número diz respeito à contestação de normas que tinham por objeto regular ou disciplinar algum aspecto relativo à organização do Poder Judiciário e das funções essenciais à Justiça, como o Ministério Público e a advocacia. Do universo de 67 decisões finais procedentes, 26 tratam de temas afeitos ao próprio Poder do qual faz parte o STF. Tem-se, assim, que 39%, ou seja, bem mais de um terço de todas as declarações de inconstitucionalidade contra normas do Poder Legislativo em 21 anos de história democrática, dizem respeito a questões relativas ao próprio poder que tem competência de exercer a revisão das leis e que, de acordo com o regime constitucional brasileiro, possui considerável autonomia organizativa e administrativa, que inclui até mesmo iniciativa legislativa para se autorregular.

Se de imediato é inevitável constatar maior disposição do STF em exercer a revisão dos atos do Poder Legislativo quando este regula as atividades do Poder Judiciário, disciplinando o exercício da função jurisdicional e seus órgãos auxiliares, o significado exato de tal tendência suscita maior reflexão. Decerto, a proeminência de decisões que invalidam leis que disciplinam

assuntos afeitos à organização da Justiça pode ser interpretada como uma defesa (eventualmente corporativa, naturalmente) da autonomia do Poder Judiciário. Contudo, esse dado é também um indicativo não desprezível de algum tipo de autocontenção do STF no exercício de sua tarefa de rever os atos do Poder Legislativo. Se já são muito poucos em números absolutos, e quase insignificantes em termos relativos, os casos de invalidação (mesmo que parcial) de normas emanadas pelo Congresso Nacional, são menos ainda aqueles que tratam de temas outros que não aqueles afeitos ao próprio Poder que, além de deter a competência de controlar a constitucionalidade dos atos dos demais, possui autonomia e competência legislativa para disciplinar-se a si mesmo. Ao tender a controlar em maior medida a constitucionalidade da legislação que diz respeito a si mesmo e sobre a qual detém algum tipo de competência (mesmo que não exercida *in casu*), o Poder Judiciário não deixa de indicar, por meio desse controle autorreferenciado que inevitavelmente traduz-se em autocontenção, algum tipo de deferência ao Poder Legislativo. Vê-se, com esses dados, que, na verdade, o STF preocupa-se mais em proteger seu próprio território do que em invadir o terreno alheio.

Com efeito, quando olhamos comparativamente as diversas categorias temáticas nas quais se distribuem as decisões procedentes e procedentes em parte, podemos perceber que – a despeito da competência da iniciativa legislativa em jogo, já que todo o universo aqui contemplado é composto por normas provenientes do Legislativo federal – temas mais afeitos ao Executivo e ao Legislativo, poderes essencialmente políticos, revelam-se menos passíveis de controle pelo STF do que aqueles afeitos ao Judiciário. Tem-se, assim, que um reduzido número de 8 ADIs (ou 12% do total) tratam de temas essencialmente políticos, como questões partidárias e eleitorais, e apenas 5 casos, ou o correspondente a 7% do total de declarações de inconstitucionalidade, referem-se a temas relativos à administração pública. Não há suporte empírico, portanto, para afirmar que o STF comporta-se sistematicamente de modo a *judicializar* a política, no sentido de regular juridicamente ou disciplinar judicialmente questões

de natureza essencialmente política. Os dados mostram um STF muito menos receptivo aos casos que versam sobre objetos de natureza política do que a publicidade obtida por alguns casos claramente *outliers* pode fazer parecer supor.

As 8 ADIs que têm por objeto matéria política e que lograram em 21 anos obter algum tipo de declaração de inconstitucionalidade resultaram em apenas 4 decisões do STF. Isso porque, naturalmente, mais de uma ADI havia sido proposta contra um mesmo dispositivo legal, o que levou o Supremo a julgá-las conjuntamente. Se a economia processual é irrelevante para os propósitos deste livro, não o é a constatação de que, na verdade, não são nem 8 as decisões de inconstitucionalidade de ADINs sobre matéria propriamente política, porém apenas 4 – o que indica, conforme veremos no próximo capítulo, ser ainda mais reduzido o universo da legislação sobre matéria política impugnada. Ocorre que esses 4 casos tornaram-se bastante conhecidos, por afetarem efetivamente as regras do jogo político e terem adquirido alguma publicidade por conta disso.

O mais notório dos casos é certamente o da ADI 3685, julgada em 2006, que tinha por objeto a verticalização das coligações partidárias. Além da ADI da verticalização, ganharam repercussão as duas decisões do STF sobre a chamada cláusula de barreira, uma delas relativa a duas ADIs que tratavam da restrição de partidos aptos a lançar candidatura para Presidente da República, julgadas em 1994, e a outra, mais conhecida e julgada em 2006, relativa a duas ADIs cujo objeto tratava da restrição da propaganda eleitoral de pequenos partidos. Ainda no conturbado ano eleitoral de 2006, o STF julgou em caráter final simultaneamente 3 ADIs que impugnavam dispositivos daquela que ficou conhecida naquele ano como “minirreforma eleitoral”, a Lei 11300/2006. Esses 4 casos, sendo 4 as decisões, e que serão mais detalhadamente comentados no próximo capítulo, constituem os únicos de conteúdo propriamente político que tiveram sucesso no STF desde 1988, ou seja, são os únicos que lograram obter algum tipo de declaração de inconstitucionalidade de normas sobre temas essencialmente políticos, como eleições e partidos.

É interessante observar que todos os 4 casos foram decididos em anos de eleições presidenciais, 1994 e 2006, quando certamente se eleva o número de ações impetradas com o objetivo de contestar a legislação que regula a disputa política. De todo modo, mesmo que se possa presumir estável a média anual de ações impetradas com teor político, é ainda significativo que encontremos apenas 4 decisões declaratórias de inconstitucionalidade em 21 anos. Não que o número seja pequeno por si, tratando-se de eventual interferência do Poder Judiciário sobre os rumos de uma competição que não deve se dar em outro lugar senão nas urnas. Contudo, o número é certamente pequeno diante do gigantismo político que o debate público e a literatura especializada parecem ter conferido ao STF.

Com efeito, se contrastarmos esse número com as ações com objeto de natureza política *impetradas* no STF no mesmo período, o resultado discutido se torna tanto mais relevante. De acordo com os dados de Werneck Vianna et alli (2007) – que, no entanto, compreendem 4 anos a menos que o período analisado neste livro, e sequer cobrem 6 das 8 ADIs julgadas procedentes (pois que o foram em 2006) –, foram 57 as ADIs sobre “competição política” (categoria que, assim como a aqui adotada, trata de normas relativas às eleições e aos partidos políticos) impetradas no Supremo contra normas do Legislativo federal entre 1988 e 2005. Destas, portanto, é razoável assumir que apenas 2 foram vitoriosas em obter o veredito de inconstitucionalidade, quais sejam, as ADIs decididas em 1994 que tratavam da restrição de partidos aptos a lançar candidatura para Presidente da República. O número de ADIs impetradas contra normas do Congresso Nacional que tratam de partidos e eleições certamente aumentou após 2005, mas decididamente permanece estável o número de 8 que foram bem-sucedidas em todo o período pós-1988. Vê-se, assim, que, por mais que se possa presumir crescente a tendência de levar-se controvérsias políticas para serem dirimidas na arena judicial, isso não se deve a uma correspondente receptividade da corte suprema em acolhê-las.

É evidente que, em se tratando da regulamentação de regras que regem as disputas partidárias e eleitorais e podem afetar resultados legitimamente conferidos nas urnas pela manifestação da soberania popular, a eventual interferência

TABELA 2.1
Temas impugnados

Categoria	Tema	Objeto	Ação
Trabalho	Aposentadoria	Contagem de tempo de serviço para aposentadoria	ADI 0609 ADI 3105 ADI 3128
		Contribuição de inativos e pensionistas	ADI 0574
	Previdência	Pensão militar	ADI 1721 ADI 1770
		Extinção de vínculo empregatício por aposentadoria	ADI 3464
		Seguro-desemprego condicionado a filiação em colônia de pescadores	ADI 1946
		Limite máximo para benefícios da previdência	ADI 0015
	Contribuição social	Contribuição social sobre lucro líquido	ADI 0790 ADI 1102
		Majoração de contribuição social para a seguridade	ADI 1108 ADI 1116
		Contribuição de empresas para a seguridade social	ADI 1103
		Contribuição agrícola para a seguridade	ADI 1417 ADI 2925
PIS/PASEP CIDE		ADI 0513	
Parcelamento do imposto de renda		ADI 1758	
Tributação	Imposto	Pessoa jurídica isenta	ADI 0939
		Imposto e contribuição sobre movimentação financeira	ADI 2031
Taxa	Taxa	ICMS sobre transporte aéreo	ADI 1600
		Taxa de conservação rodoviária	ADI 0447

72 Judicialização ou representação?

Categoria	Tema	Objeto	Ação	
	Garantia de acesso ao Judiciário	Exigência de comprovação de quitação de tributo	ADI 0173 ADI 0394	
		Exigência de depósito para discussão de débito junto ao INSS	ADI 1074 ADI 2652	
		Estatuto da advocacia	ADI 1105 ADI 1127 ADI 1194	
	Direitos e competências dos magistrados	Critérios para nomeação de membros de tribunal	ADI 0581 ADI 0306 ADI 3566	
			Remuneração dos ministros do STF	ADI 0014
			Quebra de sigilo em investigação feita por juiz	ADI 1570 ADI 1252 ADI 3453
	Justiça	Precatórios	Pagamento de precatórios pela Fazenda Pública	ADI 1719 ADI 2797 ADI 2860 ADI 2970
		Juizado especial	Juizado especial	ADI 1719
		Prerrogativa de função	Prerrogativa de função	ADI 2797 ADI 2860
		Sessão secreta	Sessão secreta	ADI 2970
Concessão de liberdade provisória		Crimes insuscetíveis de liberdade provisória	ADI 3112	
Ação rescisória		Ação rescisória eleitoral	ADI 1459 ADI 1371 ADI 1377	
Direitos e competências do Ministério Público e de seus membros		Filiação partidária dos membros do Ministério Público		ADI 0041 ADI 1274
		Remuneração dos membros do Ministério Público		ADI 1274
		Aposentadoria dos membros do Ministério Público	Fiscalização de fundações pelo Ministério Público do Distrito Federal	ADI 1274 ADI 2794

Categoria	Tema	Objeto	Ação
Direitos	Educação	Tabelamento de mensalidades escolares	ADI 0319
		Transferência para instituição de educação congênere	ADI 3324
		Funções de magistério	ADI 3772
	Meio ambiente	Indenização por impacto ambiental	ADI 3378
	Liberdade de expressão	Exposição de criança em meio de comunicação	ADI 0869
Administração pública		Lei de imprensa	AADPF 130
	Incidência do Regime Jurídico Único	Servidores do Banco Central	ADI 0449
	Concurso público	Competência da Justiça do Trabalho sobre servidor	ADI 0492
	Competências da administração	Exigência de concurso público para acesso de servidor	ADI 0837
	Criação e fusão de municípios	Fiscalização de profissões regulamentadas	ADI 1600
Política		Criação e fusão de municípios	ADI 3682
	Cláusula de barreira	Restrição de partidos aptos a lançar candidatura a presidente	ADI 0958
		Restrição de partidos aptos a lançar candidatura a presidente	ADI 0966
		Restrição de propaganda de pequenos partidos	ADI 1351
	Verticalização	Restrição de propaganda de pequenos partidos	ADI 1354
Pesquisa eleitoral		Coligações partidárias	ADI 3685
			ADI 3741
		Pesquisa eleitoral	ADI 3742
			ADI 3743

74 Judicialização ou representação?

do Supremo estaria a ser medida menos quantitativamente do que qualitativamente. Vale dizer, bastaria uma única decisão que cercasse de incerteza a competição eleitoral para que se pudesse diagnosticar ingerência do direito sobre a política. No entanto, decisões eventuais e isoladas, e que não sigam qualquer sistematicidade ou padrão, não são passíveis de configurar um processo, como sói ser aquele que se denomina ativismo político do Judiciário, ou como alguns dos sentidos conferidos à chamada judicialização da política.

É de se assumir ainda que, além dos assuntos de natureza essencialmente política, como as questões eleitorais e partidárias, os temas relativos à gestão da coisa pública, como os que dizem respeito ao gerenciamento das engrenagens da máquina administrativa e seus funcionários, são também claramente políticos, pois que remetem à capacidade governativa do Estado, e enquanto tal constituem parâmetros adequados à mensuração do suposto ativismo do STF. São também as questões relativas à administração pública cruciais muitas vezes para a manutenção da governabilidade e essenciais para que coalizões de governo obtenham alguns de seus resultados esperados. É de se presumir que uma corte que meça suas forças com os órgãos políticos interponha-se no jogo censurando as normas que regem sua estrutura e funcionamento. Este não parece ser, todavia, e mais uma vez, o caso do STF. Dentre as ações que tiveram seus pedidos julgados procedentes (mesmo que em parte), o menor número recai na categoria que contempla os temas de administração pública. Apenas 5 decisões proferidas entre 1988 e 2009 declararam inconstitucional alguma norma promulgada pelo Congresso Nacional cujo objeto versasse sobre a administração pública, o que corresponde a 7% do total dos casos de ADIs bem-sucedidas.

Se compararmos o universo de ações bem-sucedidas com o universo total de ações *impetradas* no STF contra normas do Legislativo federal (a despeito de serem ou não decididas e como), veremos como os resultados apresentados ganham ainda maior relevância. De acordo com Werneck Vianna et alli (2007), de todas as ADIs impetradas contra normas do Legislativo federal entre 1988 e 2005 o maior número dizia respeito justamente a temas relativos à administração pública federal, as quais corresponderiam

a 39,3% do total, alcançando um total de 236 ações. Observe-se que esse dado refere-se a um período de tempo menor do que o analisado neste livro. Naturalmente, o número de ADIs impetradas contra o Congresso Nacional aumentou após 2005 (assim como certamente aumentou correspondentemente o volume daquelas que tinham por objeto temas relativos à administração pública), o que torna ainda mais expressivo o número apresentado aqui de decisões de inconstitucionalidade sobre esse tema dadas até 2009. Das 5 ADIs vitoriosas em temas de administração pública até o final de 2009, 4 foram impetradas até o fim de 2005, quando contavam-se 236 impetradas com esse objeto. Não seria acurado, contudo, estabelecer uma razão de 4 decisões procedentes para 236 impugnadas pelo fato que Werneck Vianna et alii (1999 e 2007), ao contrário deste livro, considera as ADIs que têm por objeto a contestação de normas que dizem respeito ao Poder Judiciário como parte da classe temática “administração pública”. A mim me pareceu necessário desagregar esses dados e isolar as ADIs que tinham por objeto o Poder Judiciário justamente porque são justamente essas, conforme já mencionado, a grande maioria que obteve sucesso em lograr declarações de inconstitucionalidade, de modo que agregá-las com quaisquer outras categorias implicaria puxar os demais resultados para cima, inflacionando os dados e, mais importante, não permitindo ver como, ao supostamente judicializar a política, o STF decide sobre o mundo do Direito – isto é, sobre os interesses da classe jurídica, para não dizer de sua própria corporação. Isso me parece essencial se queremos realmente saber se no Brasil há de se falar em invasão do direito na política.

2.1.2. Os governos impugnados

Vejamos agora como se distribui temporalmente o universo das ADIs e ADPFs que receberam decisões procedentes e procedentes em parte. Atendendo uma média de 3,2 decisões por ano, a distribuição temporal não permite identificar a presença de alguma tendência ou padrão decisório,

76 Judicialização ou representação?

tampouco alguma curva ascendente que indicasse porventura um processo crescente de contestação de normas por parte do STF. Dos 21 anos analisados, apenas 6 ultrapassam a média anual de ações bem-sucedidas em declarar inconstitucional alguma norma do Congresso Nacional. Além de não serem consecutivos, esses anos são intercalados por outros em que se verificam ainda menos decisões procedentes do que a média, alguns dos quais contaram com apenas uma ou nenhuma decisão dessa natureza.

Analisando-se a distribuição do Gráfico 2.2, por blocos de anos correspondentes aos governos federais havidos desde 1988, nota-se concentração maior de resultados procedentes e procedentes em parte durante os anos correspondentes ao governo Lula (2003-2009), sem que isso corresponda, entretanto, seja a uma curva ascendente, seja a uma constante durante esse período; isto é, há uma concentração das decisões mencionadas anteriormente durante o intervalo de tempo correspondente aos dois mandatos de Lula, porém não se observa nem um crescimento gradativo nem a constância de uma média anual mais elevada do que a observada nos anos anteriores a seu mandato. O que se verifica é a ocorrência de uma acentuação do número de decisões especificamente no ano de 2006, e esse pico responde pela elevação da média de decisões declaratórias de inconstitucionalidade encontradas durante o período do governo Lula.

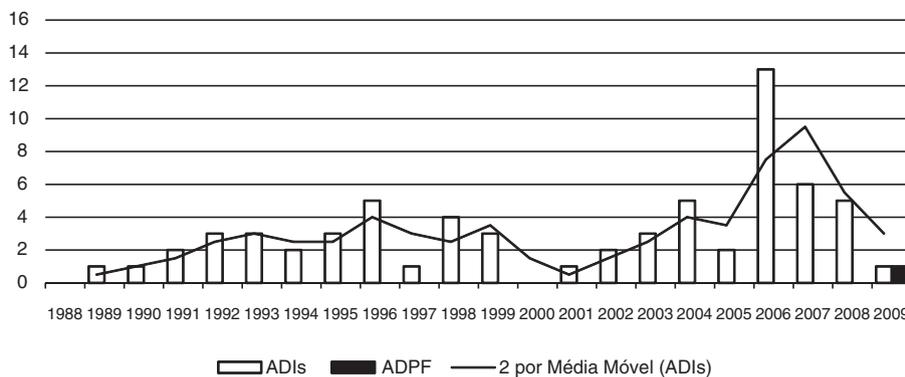


GRÁFICO 2.2 ADIs e ADPF procedentes e procedentes em parte por ano de decisão (1988-2009) (Requerido: Legislativo federal)

Das 67 ações que compõem nosso universo de análise, tem-se que 36, o equivalente a 55%, foram dadas durante o período abrangido pelo governo Lula. Durante os anos compreendidos pelos dois mandatos de Fernando Henrique Cardoso, observa-se a ocorrência de exatamente metade desse número, ou seja, 18 decisões (correspondentes a 27% do total) que lograram declarar inconstitucional ao menos parte de alguma norma promulgada pelo Congresso Nacional. Os governos de Fernando Collor e Itamar Franco, por sua vez, cada qual com duração de cerca de um terço do tempo de todo o período de mandato de Fernando Henrique (2 anos e 9 meses e 2 anos e 2 meses, respectivamente), obtiveram cada um exatamente um terço do número de decisões procedentes e procedentes em parte que este último obteve, ou seja 6 (o mesmo que 9% do total). A se manter estável tal média de Collor e Itamar, e projetando-a para o mesmo tempo total de mandato que FHC e Lula obtiveram, observa-se que durante o governo Lula tem-se, proporcionalmente, ao menos o dobro de normas declaradas inconstitucionais pelo STF que cada um dos governos que lhe precedeu desde 1988.

Parece não haver dúvidas, portanto, de que as chances de uma ADI ou ADPF ser bem-sucedida praticamente dobra durante o governo Lula. Mas será que isso significa que o STF adotou uma postura mais ativista

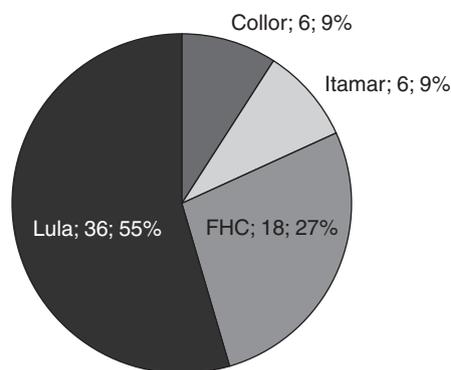


GRÁFICO 2.3 ADIs e ADPFs procedentes e procedentes em parte, por governo (1988-2009) (Requerido: Legislativo federal)

durante aquele momento? Em particular, será que esse dado revela algum tipo de ativismo *político*, no sentido de o STF mostrar-se mais disposto a exercer seu poder de revisão e, portanto, refrear de forma mais contundente a produção legislativa aprovada pelo Congresso Nacional naquele período? Estaria isso a indicar algum tipo de oposição à coalizão majoritária que governara com Lula? O que exatamente esse dado revela, afinal?

Certamente tal dado não pode ser compreendido isoladamente, e o número maior de decisões procedentes e procedentes em parte encontrado durante o governo Lula não é suficiente para que se responda afirmativamente às questões apresentadas. Há de se considerar outras variáveis passíveis de afetar o resultado encontrado. Em primeiro lugar, cabe observar que se foram 36 as ações contra normas federais julgadas procedentes ou procedentes em parte entre 2003 e 2008, isso não significa, contudo, que estas tenham sido também impetradas durante esse mesmo intervalo de tempo. O Gráfico 2.2 indica que pouco mais de um terço dessas ações, ou seja, 12, foi decidido somente no último ano do primeiro mandato de Lula, isto é, em 2006. Tratou-se de ano de eleições presidenciais e, conforme mencionado anteriormente, decidiu-se ao longo dele 6 das 8 ADIs de conteúdo propriamente político – vale dizer que tratavam de questões partidárias e eleitorais. Essas ADIs, conforme veremos com mais detalhes adiante, foram, com uma exceção (a ADI da verticalização, impetrada pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), todas propostas por partidos políticos da base aliada do governo Lula – o que não nos permite supor, portanto, que seu resultado indique qualquer tipo de posicionamento do STF eventualmente contrário à coalizão governista (e, por conseguinte, favorável aos partidos de oposição). Considerado o pico em 2006, a média anual de decisões procedentes e procedentes em parte do governo Lula não é, entretanto, tão significativamente maior que a média anual do intervalo analisado: tem-se 5,1 decisões ao ano, ou seja, menos que 2 a mais do que a média anual do período.

Em segundo lugar, há de se considerar aqui, entre as variáveis que incidem nesse tipo de análise, a data de promulgação da legislação, e não a de sua impugnação. No caso, considerando-se apenas as 6 ADIs com objeto

político julgadas em 2006, cujo resultado procedente pudesse eventualmente indicar algum tipo de obstáculo levantado à reeleição de Lula (pois que tratavam justamente de questionamento da legislação eleitoral), temos que 4 referem-se a normas promulgadas naquele mesmo ano. Contudo, em 3 dos casos foram partidos da base aliada (a exceção permanece sendo a mesma mencionada antes) que as interuseram, de modo que o resultado procedente poderia, na verdade, ser compreendido como favorável à coalizão de governo, e não o contrário. Esse é um importante indicativo de que o aumento do número de decisões procedentes e procedentes em parte observado durante o governo Lula não implica necessariamente um padrão de comportamento politicamente mais ativo do STF no sentido de fazer eventual oposição à coalizão majoritária com a qual Lula governara.

Em terceiro lugar, não se observa, durante todo o intervalo de tempo compreendido pelo governo Lula, uma curva ascendente de decisões procedentes e procedentes em parte. O Gráfico 2.2 mostra que há crescimento gradativo de declarações de inconstitucionalidade de normas do Congresso a partir de 2001, antes de Lula; uma queda significativa em 2005, logo antes do pico de 2006, o qual é, por sua vez, precedido de uma queda gradativa, até chegar-se a apenas duas decisões procedentes em 2009 (uma ADI e a única ADPF com esse resultado). Percebe-se, assim, que, por mais que haja concentração maior de casos dessa natureza durante os anos de mandato de Lula, eles não se encontram em crescimento constante ao longo deste, tampouco têm seu início marcado por ele – ambos indicativos de que, na verdade, não há um padrão decisório por parte do STF que possa ser associado aos governos específicos em curso.

Se é, portanto, certo que houve aumento na média de decisões procedentes e procedentes em parte ao longo do governo Lula, não são por outro lado certos os motivos que permitem explicar esse fato, de modo que, tomado isoladamente, esse dado não pode indicar disposição maior do STF de impugnar a legislação emanada pelo Congresso Nacional durante aquele período e, valendo-se eventualmente de algum ativismo político, interpor obstáculos à coalizão com a qual Lula governara.

Há ainda variáveis que podem incidir sobre esse tipo de análise que sequer poderiam ser controladas. Sabe-se que, desde a promulgação da chamada Lei da ADIN (Lei 9868/99), no final de 1999, e na esteira da reforma do Judiciário (cristalizada pela Emenda Constitucional 45), em 2004, o STF minuciou-se de diversos mecanismos institucionais (alguns consagrados em seu Regimento Interno, outros inscritos em sua prática jurisprudencial) que tendem à racionalização de suas atividades. Isso pode ter levado a um aumento do número total de decisões finais de ADIs ou ADPs ajuizadas contra normas do Congresso, e não apenas daquelas julgadas procedentes e procedentes em parte. É preciso, portanto, conferir não apenas se houve crescimento geral de decisões finais (a despeito de seu resultado) durante o governo Lula, e se elas crescem na mesma proporção que as decisões procedentes e procedentes em parte, mas, sobretudo, é necessário averiguar a razão entre as decisões procedentes (e em parte) e as improcedentes nos diferentes governos.

Com efeito, considerando-se todas as decisões finais contra normas emanadas pelo Congresso Nacional, tem-se que não apenas os resultados improcedentes crescem na mesma razão que os procedentes, mas também que, agregados, somente os resultados correspondentes ao primeiro mandato de Lula já superam em número os dois mandatos de Fernando Henrique. Durante os dois mandatos de FHC, tem-se um total de 34 decisões finais de ADIs impetradas contra normas do Congresso, das quais 18 foram julgadas procedentes ou procedentes em parte e 16 improcedentes. Já durante os 7 primeiros anos do governo Lula, foram 74 as decisões finais, das quais 36 julgadas procedentes e procedentes em parte e 38 improcedentes. Assim, se o número de resultados procedentes e procedentes em parte dobra durante o governo Lula em comparação com o governo FHC, o número total de decisões finais mais que dobra, bem como o número de decisões improcedentes.

É precisamente essa equivalência entre o número de decisões procedentes (e procedentes em parte) e improcedentes, a qual se observa não apenas nos governos Lula e FHC, mas também nos anteriores, que me permite

constatar que, ao longo de todo o período 1988-2009, as declarações de inconstitucionalidade no controle concentrado do STF parecem não sofrer influência dos diferentes governos. Desde o governo Itamar Franco nota-se interessante simetria entre as decisões com os dois tipos de resultados, conforme demonstra o Gráfico 2.4.

Observa-se que nos dois mandatos de Lula, assim como no de Itamar, há uma simetria entre o número de ações julgadas procedentes e improcedentes, sendo pouco significativa a variação de poucas unidades encontradas entre elas. Aparentemente, isso não se verificaria no governo FHC, no qual o Gráfico 2.4 deixa evidente o descompasso entre as decisões de um e de outro tipo no primeiro e no segundo mandato. Têm-se três vezes mais decisões procedentes (e em parte) no primeiro mandato, e o inverso no segundo, ou seja, o dobro de ações improcedentes. Isso poderia levar à suposição de que no segundo mandato de FHC o governo tinha algum tipo de influência sobre o comportamento do STF, já que aparentemente estariam dobradas as chances de uma ação contrária à legislação aprovada pelo Congresso ser julgada improcedente. Pareceria plausível a suposição contrária, isto é, de que no primeiro mandato de FHC o STF tivesse se valido de um ativismo e exercido algum tipo de oposição ao governo, tendendo a dar declaração de inconstitucionalidade em três vezes mais casos do que naqueles em que se negou a fazê-lo. No entanto, considerando-se conjuntamente os

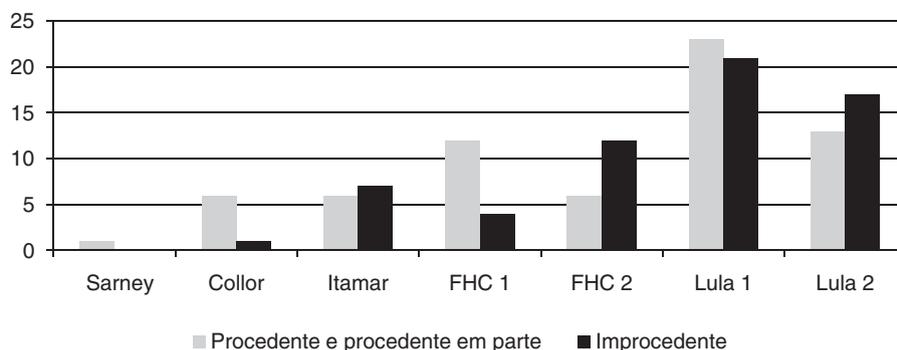


GRÁFICO 2.4 ADIs e ADPFs com julgamento de mérito, por governo (1988-2009)
(Requerido: Legislativo federal)

82 Judicialização ou representação?

dois mandatos de FHC, reconfigura-se, conforme podemos ver no Gráfico 2.5, o padrão verificado nos demais períodos, ou seja, há uma simetria entre os julgamentos improcedentes e os procedentes e procedentes em parte. Tal padrão de simetria entre julgamentos com resultados opostos indica, na verdade, uma ausência de padrão decisório do STF no que diz respeito aos diversos governos. Se não há de se falar em ativismo que sustente a tal judicialização da política, ele definitivamente também não é partidário. Com base nos dados aqui contemplados, o STF não pode ser considerado governista, tampouco oposição – embora ainda esteja por ser revelado seu papel no presidencialismo de coalizão.

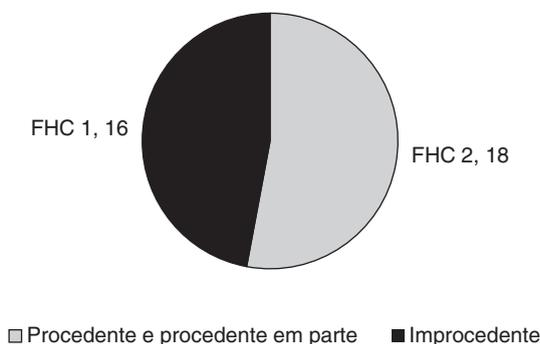


GRÁFICO 2.5 ADIs e ADPFs com julgamento de mérito, por decisão final (1995-2002 – FHC I e II) (Requerido: Legislativo federal)

2.1.3. Os autores das impugnações

Vejam agora quais são os autores das ações impetradas contra normas do Congresso Nacional que resultaram em algum tipo de declaração de inconstitucionalidade pelo STF desde 1988. De início, constatamos que das 67 ações que compõem esse universo, 43 (o equivalente a 64%) foram propostas pela sociedade civil organizada e 24 (36%) pelo Estado.

Das 43 ações impetradas pela sociedade civil, 25 o foram por associações e entidades de classe (37%) e 18 (27%) por partidos políticos. Entre

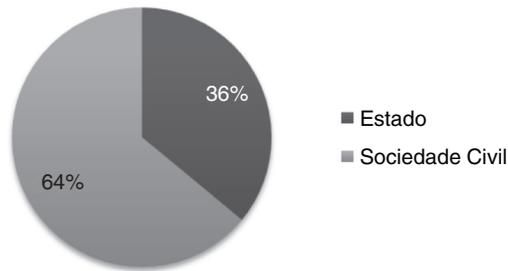


GRÁFICO 2.6 ADIs e ADPFs procedentes e procedentes em parte, por autoria (1988-2009) (Requerido: Legislativo federal)

as 24 ações propostas por algum ente estatal, encontram-se 21 impetradas pelo Procurador-Geral da República (31%), 2 impetradas por Governador (3%) e 1 por Assembleia Legislativa (2%). É o que mostra o Gráfico 2.7.

Vê-se que, comparativamente, nenhum dos autores é significativamente forte a ponto de exercer predomínio sobre os demais. O STF tende a atender com mais frequência aos pedidos de inconstitucionalidade das associações e entidades de classe que se levantam contra alguma norma do Congresso Nacional que acreditem afetar seus interesses. Em seguida, encontra-se o Procurador-Geral da República que, contudo, tampouco logra resultados expressivos, já que menos de um terço das ações bem-sucedidas no STF foram interpostas por ele. Conforme mostrou Werneck Vianna ET al. (2007), apenas 11,8% das ADIs impetradas pelos procuradores-gerais entre 1988 e 2005 dirigiam-se contra uma norma do Legislativo Federal. Foram 95 ações impetradas até 2005, e somadas estas com as demais protocoladas até o fim de 2009, tem-se 21 julgadas pelo STF procedentes ou procedentes em parte. Vê-se que a Procuradoria-Geral da República, apesar de sua autonomia, pode ser considerada eventualmente tendente a defender os interesses do Executivo, pouco busca o judiciário para se opor ao Legislativo, e quando o faz não encontra tanto apoio quanto se poderia supor que obteria.

O Executivo, a propósito, não se mostra definitivamente um antagonista do Legislativo, e não encontra no Judiciário um lugar para, de alguma

84 Judicialização ou representação?

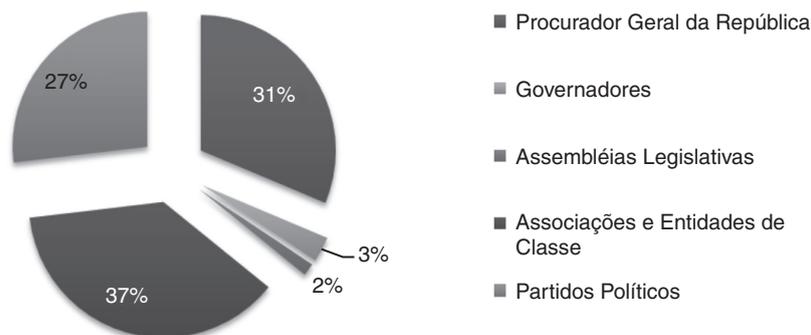


GRÁFICO 2.7 ADIs e ADPFs procedentes e procedentes em parte, por autoria (1988-2009) (Requerido: Legislativo federal)

maneira, reverter eventuais derrotas havidas na seara propriamente política. Apenas 3% das ações que resultaram em algum tipo de declaração de inconstitucionalidade originaram-se no Executivo – e, no caso, no Executivo Estadual. Não se encontra entre as decisões nenhuma que tenha partido do Executivo Federal, isto é, do Presidente da República, constitucionalmente legitimado a propor ADIs. Esse dado está, assim, em conformidade com aqueles revelados por Figueiredo e Limongi (1999), que indicam que 85% das leis aprovadas pelo Congresso Nacional tem sua origem no Poder Executivo. Este, portanto, não teria muitos incentivos para contestar no Supremo a legislação aprovada pelo Legislativo. E o Supremo, por outro lado, não parece ter nenhuma preferência em favorecer suas eventuais contestações.

Ainda mais sugestivos parecem ser os dados relativos aos partidos políticos. Apesar de estes terem sido observados como sendo dos mais ativos dentre os legitimados a propor ADIs (Werneck Vianna, 2007), definitivamente não são os primeiros a lograr obter decisões favoráveis em suas ações contra normas do Congresso Nacional. Se os partidos foram por mais de 15 anos os primeiros em número de propositura de ações, eles são, contudo, os terceiros colocados quando se trata de analisar o sucesso dessas ações em obter a declaração de inconstitucionalidade de norma do Legislativo federal. Com 27% do total geral de ações bem-sucedidas, os partidos

políticos vêm atrás das associações e entidades de classe e do Procurador-Geral da República.

Os dados desagregados das autorias das decisões procedentes e procedentes em parte não permitem afirmar nem algum tipo de padrão decisório do STF no sentido de agir de modo politicamente ativista, nem, sobretudo, que seu comportamento ofereça algum tipo de incentivo para os partidos deslocarem a disputa política da arena parlamentar para a esfera judicial.

De início, contrastando-se nossos dados relativos às decisões finais do STF até 2009 com aqueles apresentados por Werneck Vianna sobre as ações impetradas até 2005, percebe-se que apenas um percentual muito pequeno logra obter decisão procedente. Das 168 ações impetradas por partidos políticos contra normas do Legislativo Federal entre 1988 e 2005 (Werneck Vianna, 2007), sabemos, ao contrastar com nossos dados, que apenas 14 foram julgadas procedentes ou procedentes em parte até o final de 2009 – o que confere aos partidos uma taxa de sucesso de apenas 8,3%. Esse número revela que, por mais que as ADIs possam certamente constituir-se em uma “via complementar de disputa política e de exercício da oposição” (Werneck Vianna, 2007), sua capacidade de efetivamente reverter as decisões tomadas pelo Parlamento é bastante limitada.

Acrescente-se ao dado citado o fato que 5 das mencionadas 14 ações bem-sucedidas em obter algum tipo de declaração de inconstitucionalidade foram julgadas em caráter final quando os partidos que as impetraram tinham já passado da situação de oposição à posição de governo. Isso torna inclusive problemático supor que as ADIs revelem-se efetivamente uma via de “exercício de oposição” baseando-se apenas no número de ações impetradas e desconsiderando-se as decisões finais que lograram receber. O julgamento procedente de uma ADI impetrada por um partido de oposição em um momento em que este se encontra no governo (assim como, eventualmente, embora com menor probabilidade, o contrário, isto é, o julgamento procedente de uma ADI impetrada por partido da base do governo quando este passou à oposição) implica muito possivelmente uma inversão do sentido da suposta vitória. Pode-se compreender, desse modo,

que tais não seriam efetivamente ADIs bem-sucedidas senão por lograrem obter algum tipo de declaração de inconstitucionalidade – apesar de, eventualmente, isso ocorrer em momento indesejado por seus autores.

Quando consideramos também as ações distribuídas após 2005 (e não apenas as ADIs, mas também as ADPFs), temos que sobe de 14 para 18 o número daquelas impetradas por partidos políticos que foram julgadas procedentes ou procedentes em parte. Destas, 8 (44%) foram impetradas durante o governo de FHC e 5 (28%) durante o governo Lula, sendo que, durante o primeiro período, sempre por partidos de oposição e, no segundo, em apenas um dos casos. É interessante constatar também que 5 das 8 decisões procedentes/procedentes em parte obtidas pelos partidos (todos eles de oposição) que impetraram ações durante o governo FHC foram dadas quando esses partidos faziam já então parte da coalizão de governo – no caso, o de Lula. No saldo final, temos que dos 18 casos, 14 iniciaram-se com ações movidas por partidos de oposição e 4 por partidos da base do governo, porém, quando da data de julgamento, 9 dos autores (mesmo das ações em litisconsórcio ativo, isto é, que conta com mais de um partido como autor) eram partidos de oposição e 9 partidos da base governista.

Foram, assim, 5 os casos de decisão que entregaram o demandado a partidos que haviam invertido suas posições no jogo político, de modo que o sentido do resultado das decisões possivelmente altera-se também. Essas 5 decisões procedentes ou procedentes em parte, supostamente, deixariam de ser bem-sucedidas no sentido de entregar o que havia sido pedido a seus autores – caso o escopo de ver declarada a inconstitucionalidade de uma norma fosse um exercício de oposição ao governo e não um exercício de fidelidade ao próprio partido (com suas bases programáticas e demais compromissos) que, eventualmente, viu-se derrotado em alguma votação específica no Congresso.

O que esses dados nos dizem? Que, ao olhar-se para as decisões finais, percebemos que: a) o uso das ações de inconstitucionalidade como exercício de oposição é menos efetivo do que se poderia supor quando se olha apenas para o volume de ações impetradas, pois que não apenas são poucas as que

têm resultado procedente (mesmo que em parte) como também dentre estas muitas dão vitória a um partido quando ele ocupa já o outro lado do jogo político; nesse sentido, b) os partidos de oposição se valem do recurso à esfera judicial três vezes mais do que os partidos de governo, porém ambos são igualmente contemplados pelo STF, obtendo cada qual metade do total de decisões procedentes e procedentes em parte. Isso permite finalmente constatar que: c) o STF não demonstra um padrão de decisões que possa ser considerado político no sentido de favorecer mais ou menos partidos de oposição ou de governo. Essas conclusões são fundamentadas pelos dados apresentados na Tabela 2.2. A Tabela 2.3 indica os autores de todas as ações contra normas do Congresso julgadas pelo STF procedentes ou procedentes em parte.

2.2. AS DECISÕES

Agora que conhecemos os autores das ações impetradas contra normas do Congresso Nacional, o objeto da legislação impugnada e os períodos de governo nos quais o STF realizou os julgamentos finais que resultaram em sua declaração (mesmo que quase sempre parcial) de inconstitucionalidade, passemos a uma análise ainda um pouco mais qualitativa de cada uma dessas 67 decisões procedentes e procedentes em parte. Será que em tais decisões, quando defere, em alguma extensão, o pedido de declarar inconstitucional uma norma federal, o STF simplesmente se vale de sua faculdade de revisão judicial dos atos legislativos, a fim de substituir a expressão da vontade majoritária do Congresso Nacional por seu poder de dizer o direito, em nome da guarda da Constituição? Ou será que, de outro modo, podemos entender que o STF tende a dirigir seus esforços à máxima preservação do trabalho do Poder Legislativo, preocupando-se, em muitos casos, em contribuir para o aperfeiçoamento da expressão da vontade majoritária traduzida na forma de uma lei ou de um seu conteúdo a ser interpretado e, portanto, melhor aplicado? Em outras palavras, seriam

TABELA 2.2
ADIs e ADPFs de partidos políticos julgadas precedentes e procedentes em parte (1988-2009)

Ação	Partido(s)	Ano - Distribuição	Governo/oposição	Ano - Julgamento	Governo/oposição
ADI0447	PSB	1991	Oposição	1993	Oposição
ADI0513	PDT	1991	Oposição	1992	Oposição
ADI0574	PDT	1991	Oposição	1994	Oposição
ADI0958	PRONA	1993	Oposição	1995	Oposição
ADI0966	PSC	1993	Oposição	1994	Oposição
ADI1354	PSC	1995	Oposição	2006	Governo
ADI1351	PCdoB, PT, PDT, PSV, PV, PL, PSD, PPS	1995	Oposição	2006	Governo
ADI1459	PT	1996	Oposição	1999	Oposição
ADI1717	PCdoB, PT, PDT	1997	Oposição	2002	Oposição
ADI1721	PCdoB, PT, PTB	1997	Oposição	2006	Governo
ADI1770	PCdoB, PDT	1998	Oposição	2006	Governo
ADI1946	PSB	1999	Oposição	2003	Governo
ADI2031	PT	1999	Oposição	2002	Oposição
ADI3112	PTB	2004	Governo	2007	Governo
ADI3743	PTC	2006	Governo	2006	Governo
ADI3742	PDT	2006	Oposição	2006	Oposição
ADI3741	PSC	2006	Governo	2006	Governo
ADPF130	PDT	2008	Governo	2009	Governo

TABELA 2.3
ADIs e ADPFs procedentes e procedentes em parte, por autoria (1988-2009) (Requerido: Legislativo federal)

Nº	Autor	Tipo	Nº	Autor	Tipo
ADI 0014	AMB – Associação dos Magistrados Brasileiros	Sociedade civil	ADI 1377	PGR – Procurador-Geral da República	Estado
ADI 0015	CAMB – Confederação das Associações de Microempresas do Brasil	Sociedade civil	ADI 1417	CNI – Confederação Nacional da Indústria	Sociedade civil
ADI 0041	PGR – Procurador-Geral da República	Estado	ADI 1459	PT – Partido dos Trabalhadores	Sociedade civil
ADI 0173	CNI – Confederação Nacional da Indústria	Sociedade civil	ADI 1570	PGR – Procurador-Geral da República	Estado
ADI 0306	PGR – Procurador-Geral da República	Estado	ADI 1600	PGR – Procurador-Geral da República	Estado
ADI 0319	CONFENEN – Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino	Sociedade civil	ADI 1717	PCdoB – Partido Comunista do Brasil; PT – Partido dos Trabalhadores; PDT – Partido Democrático Trabalhista	Sociedade civil
ADI 0394	CF-OAB – Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil	Sociedade civil	ADI 1719	CF-OAB – Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil	Sociedade civil
ADI 0447	PSB – Partido Socialista Brasileiro	Sociedade civil	ADI 1721	PCdoB – Partido Comunista do Brasil; PT – Partido dos Trabalhadores; PDT – Partido Democrático Trabalhista	Sociedade civil
ADI 0449	PGR – Procurador-Geral da República	Estado	ADI 1758	Governador do Estado de Pernambuco	Estado
ADI 0492	PGR – Procurador-Geral da República	Estado	ADI 1770	PCdoB – Partido Comunista do Brasil; PDT – Partido Democrático Trabalhista	Sociedade civil
ADI 0513	PDT – Partido Democrático Trabalhista	Sociedade civil	ADI 1946	PSB – Partido Socialista Brasileiro	Sociedade civil
ADI 0574	PDT – Partido Democrático Trabalhista	Sociedade civil	ADI 2031	PT – Partido dos Trabalhadores	Sociedade civil
ADI 0581	PGR – Procurador-Geral da República	Estado	ADI 2652	ANAPE – Associação Nacional dos Procuradores de Estado	Sociedade civil
ADI 0609	PGR – Procurador-Geral da República	Estado	ADI 2794	CONAMP – Associação Nacional dos Membros do Ministério Público	Sociedade civil
ADI 0790	PGR – Procurador-Geral da República	Estado	ADI 2797	CONAMP – Associação Nacional dos Membros do Ministério Público	Sociedade civil
ADI 0837	PGR – Procurador-Geral da República	Estado	ADI 2860	AMB – Associação dos Magistrados Brasileiros	Sociedade civil
ADI 0869	PGR – Procurador-Geral da República	Estado	ADI 2925	CNT – Confederação Nacional do Transporte	Sociedade civil

90 Judicialização ou representação?

Nº	Autor	Tipo	Nº	Autor	Tipo
ADI 0939	CNTC – Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio	Sociedade civil	ADI 2970	PGR – Procurador-Geral da República	Estado
ADI 0958	PRONA – Partido de Reedificação da Ordem Nacional	Sociedade civil	ADI 3105	CONAMP – Associação Nacional dos Membros do Ministério Público	Sociedade civil
ADI 0966	PSC – Partido Social Cristão	Sociedade civil	ADI 3112	PTB – Partido Trabalhista Brasileiro	Sociedade civil
ADI 0994	PGR – Procurador-Geral da República	Estado	ADI 3128	ANPR – Associação Nacional dos Procuradores da República	Sociedade civil
ADI 1074	CNI – Confederação Nacional da Indústria	Sociedade civil	ADI 3324	PGR – Procurador-Geral da República	Estado
ADI 1102	CNI – Confederação Nacional da Indústria	Sociedade civil	ADI 3378	CNI – Confederação Nacional da Indústria	Sociedade civil
ADI 1103	CNI – Confederação Nacional da Indústria	Sociedade civil	ADI 3453	CF-OAB – Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil	Sociedade civil
ADI 1105	PGR – Procurador-Geral da República	Estado	ADI 3464	PGR – Procurador-Geral da República	Estado
ADI 1108	CNC – Confederação Nacional do Comércio	Sociedade civil	ADI 3566	PGR – Procurador-Geral da República	Estado
ADI 1116	CONFENEN – Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino	Sociedade civil	ADI 3682	AL-MT – Assembleia Legislativa do Mato Grosso	Estado
ADI 1127	AMB – Associação dos Magistrados Brasileiros	Sociedade civil	ADI 3685	CF-OAB – Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil	Sociedade civil
ADI 1194	CNI – Confederação Nacional da Indústria	Sociedade civil	ADI 3741	PSC – Partido Social Cristão	Sociedade civil
ADI 1252	PGR – Procurador-Geral da República	Estado	ADI 3742	PDT – Partido Democrático Trabalhista	Sociedade civil
ADI 1274	Governador do Estado de Pernambuco	Estado	ADI 3743	PTC – Partido Trabalhista Cristão	Sociedade civil
ADI 1351	PCdo B – Partido Comunista do Brasil; PDT – Partido Democrático Trabalhista; PT – Partido dos Trabalhadores; PSB – Partido Socialista Brasileiro; PV – Partido Verde; PL – Partido Liberal; PSD – Partido Social Democrático; PPS – Partido Popular Socialista	Sociedade civil	ADI 3772	PGR – Procurador-Geral da República	Estado
ADI 1354	PSC – Partido Social Cristão	Sociedade civil	ADPF 0130	PDT – Partido Democrático Trabalhista	Sociedade civil
ADI 1371	PGR – Procurador-Geral da República	Estado			

as decisões do Supremo inequivocamente contramajoritárias ou será que algumas delas, na prática, têm meramente um caráter aperfeiçoador das normas do Poder Legislativo – de modo que estaria atuando, assim, o STF, como uma instância de convalidação da vontade majoritária?

2.2.1. Os vícios de inconstitucionalidade

O controle de constitucionalidade consiste precisamente na averiguação do status de conformidade de uma norma com a Constituição. A invalidação de uma norma legislada pelos representantes do povo só pode ocorrer se esta estiver em desacordo com os preceitos constitucionais, isto é, com os ditames da norma maior que se encontra no vértice do ordenamento jurídico. A teoria e a prática do direito constitucional ensinam que há, de modo geral, dois tipos de inconstitucionalidade que podem viciar uma norma e justificar sua invalidação: a inconstitucionalidade formal e a inconstitucionalidade material.

A inconstitucionalidade é *material* quando a substância da lei questionada contraria o conteúdo da Constituição e é *formal* quando a lei impugnada foi elaborada de uma forma que contraria o procedimento legislativo previsto nesta. Vale dizer, “a inconstitucionalidade é a desconformidade do ato normativo (inconstitucionalidade material) ou de seu processo de elaboração (inconstitucionalidade formal) com algum preceito ou princípio constitucional” (Clève, 1995).

O tipo de vício de inconstitucionalidade supostamente diz algo sobre a lei que dele padece. A respeito de uma legislação eivada de vício formal, presume-se que o processo legislativo não tenha sido observado corretamente ou, em outras palavras, que o Poder Legislativo tenha falhado no exercício de sua função precípua, a de elaborar leis – e de fazê-lo de acordo com os ritos e processos estabelecidos na Constituição, a qual determina os atos do processo legislativo e provê os marcos a partir dos quais os regimentos internos das casas legislativas são elaborados.

A doutrina constitucional brasileira chega a classificar três tipos de inconstitucionalidades formais (Lenza, 2009). O primeiro consiste na “inconstitucionalidade formal orgânica”, que decorre da não observância da competência legislativa para a elaboração da norma. São casos em que, por exemplo, os poderes legislativos municipais ou estaduais legislam sobre matéria de competência legislativa da União ou vice-versa. Um segundo tipo seria a “inconstitucionalidade formal propriamente dita”, aquela que deriva precisamente da inobservância do processo legislativo. São casos em que há vício no procedimento de elaboração da norma, o qual pode se dar seja em sua fase de iniciativa (por exemplo, um parlamentar apresenta projeto de lei sobre matéria de iniciativa exclusiva do Presidente da República), seja nas fases posteriores (por exemplo, leis ou emendas votadas com quórum inapropriado – isto é, diverso daquele estabelecido pela Constituição – ou violação do princípio do bicameralismo federativo – por exemplo, um projeto de lei modificado substancialmente na casa revisora que não tenha a emenda apreciada pela casa iniciadora). Por fim, há a chamada “inconstitucionalidade formal por violação a pressupostos objetivos do ato normativo”, de definição mais abstrata, que se verifica quando aqueles últimos são desrespeitados – como seria o caso, por exemplo, de edição de medida provisória sem a observância dos critérios da relevância ou urgência.

Já a inconstitucionalidade material nada diz respeito ao procedimento de elaboração da lei, senão a seu conteúdo apenas. Trata-se de desconformidade substantiva entre o conteúdo da lei e uma regra ou princípio da Constituição. Tal desconformidade, contudo, apenas pode ser definida e mensurada com base em uma interpretação da Constituição, assim como da própria norma supostamente eivada do vício material de inconstitucionalidade. É esse poder supremo de interpretação da Constituição, de conferir sentido às suas regras e princípios, que o STF detém ao exercer o controle de constitucionalidade.

Nota-se, assim, que, de um modo geral, a inconstitucionalidade material pode ser compreendida como resultado de uma disputa entre interpretações da Constituição – quais sejam, entre aquelas realizadas pelo Poder Legislativo, que realiza um controle de constitucionalidade preventivo por

meio de suas Comissões de Constituição e Justiça, e pelo Poder Judiciário, através do controle precípua e definitivo exercido pelo STF. Poder-se-ia dizer ainda que há, ao menos, uma terceira interpretação em disputa, que é aquela defendida pelos autores das ações de inconstitucionalidade que impugnam uma norma supostamente eivada de vício material. Cabe lembrar ainda o fato sabido de que internamente no próprio STF há rotineiramente diversas interpretações em disputa, já que a decisão que confirma e declara um vício material de inconstitucionalidade comumente é proferida não sem deixar votos vencidos – ou seja, afastando outras possíveis interpretações acerca da norma contestada e de sua eventual desconformidade com o texto constitucional. Se mesmo na instituição responsável pela guarda da Constituição e pelo exercício do controle da constitucionalidade há controvérsia a respeito do exato significado das regras e princípios contidos no documento constitucional, assim como da aplicação que devem receber, parece tanto mais esperável e não problemático que o mesmo tipo de controvérsia se verifique entre o STF e o Congresso Nacional.

Ademais, sendo a Constituição um documento que fixa normativamente compromissos e valores correspondentes a determinado momento histórico (certamente provido de extraordinariedade ou alguma excepcional relevância política), e a despeito da evidente necessidade de preservá-los (garantindo-se, entre outras coisas, a segurança jurídica), sobressai-se a tarefa do Poder Legislativo de atualizá-la, possibilitando que as normas que regem o País estejam sempre em conformidade também com a realidade social – que, sendo inerentemente dinâmica, encontra-se em permanente evolução e mutação. Parece, portanto, também bastante esperável que o Legislativo avance na interpretação do significado originário da substância das normas da Constituição (se é que se pode falar em um, de interpretação indisputável) ao elaborar aquelas que, ainda que subordinadas a ela, irão reger a vida em sociedade.

Se há, assim, ao que parece, diversas razões pelas quais a disputa em torno do significado do conteúdo dos ditames constitucionais é esperável dentro e fora da própria corte suprema, e mesmo saudável quando envolve

o chamado poder constituinte derivado, o Poder Legislativo, então podemos assumir que a ocorrência de vícios de inconstitucionalidade material seja um tanto quanto presumível, além de dificilmente depor contra o exercício da competência do Congresso Nacional de elaborar leis que simultaneamente conformem-se à semifixidez da Constituição e à dinamicidade da realidade social. Por outro lado, contudo, poder-se-ia supor que a ocorrência de inconstitucionalidades formais algo dissesse a respeito da função legiferante do Congresso Nacional, já que a presunção em jogo aqui seria a de que esta teria sido exercida incorretamente, desobedecendo-se aos ditames constitucionais no que diz respeito ao correto andamento do processo legislativo – cujo cumprimento, regido pela Constituição e disciplinado nas normas regimentais das duas casas legislativas, não deveria suscitar mais dúvidas aos parlamentares. Ainda assim, de todo modo, é de supor-se que o Poder Legislativo deva preservar alguma autonomia para interpretar também e, sobretudo, as normas que regem sua organização e funcionamento – pois que, de outro modo, correr-se-ia eventualmente o risco de engessar a atividade legislativa e obstruir o trabalho parlamentar.

Dito tudo isso, passemos a verificar os tipos de vícios identificados nas normas do Congresso Nacional julgadas inconstitucionais pelo STF.

O Gráfico 2.8 mostra que apenas 16,4% das 67 decisões procedentes ou procedentes em parte dizem respeito a vícios de inconstitucionalidade

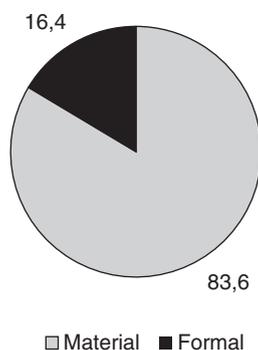


GRÁFICO 2.8 ADIs e ADPFs procedentes e procedentes em parte, por tipo de inconstitucionalidade (1988-2009) (Requerido: Legislativo federal)

formal, o que equivale a dizer que apenas 11 vezes em 21 anos o STF julgou que o Congresso Nacional descumpriu algum dos atos ou ritos constitucionalmente previstos para o correto andamento do processo legislativo. Dessas 11 decisões, 5 referem-se a ações diferentes, das quais, no entanto, 3 impugnavam o mesmo dispositivo normativo (ADI 1102, ADI 1108, ADI 1116) e 2 a mesma norma (ADI 2797 e 2860), de modo que nos dois casos deu-se um mesmo julgamento. Isso reduz para apenas 8 o número de declarações de inconstitucionalidade formal em sede de julgamentos definitivos contra normas do Congresso Nacional. Entretanto, ao analisarem-se essas 11 decisões com seus 8 julgamentos, percebe-se que, na verdade, menor ainda é o número daquelas que se referem a casos em que o vício formal de inconstitucionalidade diz respeito ao descumprimento, pelo Congresso Nacional, de algum dos ritos ou atos do processo legislativo.

Alguns casos, curiosamente, dizem respeito a questões relativas ao próprio Poder Judiciário; como na situação em que o que se deu, de fato, foi a declaração de inconstitucionalidade de normas do Regimento Interno do Tribunal Federal da 3ª Região, restando incólumes os dispositivos da lei federal que havia sido contestada na mesma ação (ADI 3566). Há outro similar (ADI 2970), em que a declaração de inconstitucionalidade recaiu, de fato, sobre o Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Quanto à lei federal contestada na mesma ação, não houve declaração de inconstitucionalidade, pois que esta considerava-se tacitamente revogada em virtude da superveniência de uma outra lei que tratava do mesmo assunto.

Da análise qualitativa desses dois casos depreende-se que, apesar de as ações impugnarem normas do Congresso Nacional e terem sido julgadas procedentes em parte, talvez nem devessem constar do rol das 67 decisões do STF em que houve declaração de inconstitucionalidade, tendo em vista que esta não se deu em face de norma promulgada pelo Poder Legislativo, mas, sim, de outros atos normativos contestados na mesma lide. A fim de manter o rigor dos critérios de pesquisa (ação que impugnasse de norma do Congresso Nacional e decisão julgada procedente ou procedente em parte),

contudo, decidi as contabilizar dentre as demais – o que não nos impede de constatar, todavia, ser ainda menor o número de leis do Poder Legislativo federal afetadas por decisões do STF, como veremos no próximo capítulo.

Há ainda 3 casos (ADI 1102, ADI 1108, ADI 1116) que dizem respeito ao descumprimento de decisão do próprio STF por parte de outras instâncias, as quais não teriam levado em conta a suspensão da eficácia de dispositivos de uma lei declarados inconstitucionais em tal decisão anterior. A motivação passa pelo fato de que o Senado Federal, no cumprimento de sua função constitucional (Artigo 52, X, da Constituição Federal) teria expedido resolução suspendendo a execução de partes de uma norma (na verdade, duas palavras) que, contudo, teriam sido revogadas por legislação ulterior. Teor semelhante apresenta a ADI 15, que o STF conheceu quanto a dois dos artigos da lei impugnada tendo em vista que, não obstante já ter declarado a inconstitucionalidade do mesmo dispositivo em julgamento anterior e o Senado Federal ter suspenso seus efeitos por meio de resolução, naquele julgamento, a declaração de inconstitucionalidade de um dos artigos teria sido restrita no tempo, e, no caso do outro, o Senado arquivara o processo de suspensão sem expedir resolução que viesse a suspender sua validade com efeito *erga omnes*.

Outros dois casos com julgamentos semelhantes (ADI 2797 e ADI 2860) também trazem situações que parecem pouco típicas quando mantemos em mente a tipologia dos vícios de inconstitucionalidade e suas definições. A atipicidade nesses casos está no fato de que aquilo que o STF tomou como inconstitucionalidade formal mais se assemelha a uma questão de vício material, pois que coloca em disputa interpretações divergentes da Constituição feitas pelo Legislativo e pelo Judiciário. Trata-se de uma lei de 2002 (Lei 10628/02) que apenas acresceu dois parágrafos a um artigo do Código de Processo Penal (Decreto-Lei 3689/41). O STF julgou que, com o teor dessa lei, o Congresso Nacional tentou realizar uma autêntica interpretação da Constituição por lei ordinária, usurpando, assim, a competência do STF para interpretar a Constituição. No entendimento do Supremo, a redação nova dada pelo Congresso ao referido artigo do Código de

Processo Penal constituiria uma reação legislativa ao cancelamento de uma súmula do próprio STF, pois que seus fundamentos a contrariariam. De acordo com o raciocínio dos ministros, tanto a súmula (Súmula 394) como a decisão do Supremo que a cancelou derivaram de interpretação direta e exclusiva da Constituição Federal. Sendo assim, não poderia a lei ordinária pretender impor outra interpretação da Constituição. Curioso parece ser, tratando-se de interpretações constitucionais em disputa, que o STF tenha considerado a questão como de inconstitucionalidade formal, “ínsita a toda norma de gradação inferior que se proponha a ditar interpretação da norma de hierarquia superior”.

Dois casos apenas se encaixam confortavelmente na definição de uma “inconstitucionalidade formal propriamente dita”, pois que versam sobre vícios ocorridos durante o processo legislativo. No primeiro, a ADI 2031 impugnava um artigo da própria Constituição (o artigo 75 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o ADCT) que havia sido acrescentado por emenda constitucional (a EC 21, de 1999). O tema era a CPMF, Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira. A arguição de inconstitucionalidade recaiu sobre apenas um dos parágrafos do referido artigo acrescentado à Constituição, tendo em vista que a oração final deste, tal como aprovado no Senado Federal, teria sido suprimida pela Câmara dos Deputados e em seguida promulgada a emenda constitucional sem que tivesse retornado à Casa iniciadora (o Senado) para nova votação da parte objeto de modificação. O segundo caso, da ADI 574, é bastante semelhante, só que desta vez teria sido o Senado a fazer uma emenda aditiva em um dos artigos de uma lei que veio a ser sancionada sem retornar à Câmara dos Deputados, onde teve origem, para reapreciação. Nos dois casos a inconstitucionalidade formal refere-se à violação do mandamento insculpido no parágrafo único do artigo 65 da Constituição, que determina que os projetos de lei emendados pela Casa revisora retornem à Casa iniciadora para reapreciação.

Uma análise qualitativa das decisões comentadas permite observar que, mesmo sendo restritos a apenas 11 (16,4% dos julgamentos procedentes

e procedentes em parte) os casos em que houve declaração de inconstitucionalidade formal, apenas 2 mais explicitamente parecem indicar algo que pudesse ser qualificado como um tipo de desvirtuamento, por parte do Congresso Nacional, de suas funções atinentes ao processo legislativo. Como vimos, há mesmo casos em que a declaração de inconstitucionalidade formal sequer recai sobre norma promulgada pelo Congresso Nacional. Tendo em vista o exposto nas últimas páginas, parece restar sem fundamento quaisquer acusações ao Poder Legislativo no sentido de que exerça incorretamente sua função precípua de elaborar leis. Desmente-se, assim, o mito de que um eventual ativismo do STF justificar-se-ia porque o Congresso Nacional legisla mal. Do ponto de vista técnico-formal, não há de se falar em leis ruins, tampouco em decisões judiciais que, com base em tal suposta justificativa, revelem-se exorbitantes.

2.2.2. Aperfeiçoamento legislativo

Sendo tão poucas as normas promulgadas pelo Congresso Nacional eivadas de vícios de inconstitucionalidade formal, vale dizer, sendo tão raros os casos em que o STF supõe ter o Legislativo descumprido sua função de elaborar leis de acordo com os ritos e preceitos estabelecidos pela Constituição para o correto andamento do processo legislativo, poder-se-ia esperar que nos demais (56) casos, aqueles nos quais a declaração de inconstitucionalidade é material (83,4%), o STF efetivamente exercesse sua função contramajoritária, impondo sua interpretação da Constituição sobre aquela que o Legislativo faz da soberania popular. Não é exatamente isso, todavia, que se verifica.

Ao exercer sua função suprema de interpretação da Constituição em sede de controle de constitucionalidade, o STF tem se valido de recursos institucionais – criados seja em sua jurisprudência, seja na legislação que regulamenta as ações de inconstitucionalidade – que, de forma muito interessante, tendem a preservar na maior medida possível o trabalho do Poder

Legislativo e, em muitos casos, aperfeiçoá-lo – evitando, assim, indisposições e conflitos com o Congresso Nacional. São três os principais recursos institucionais de que o STF vem lançando mão e que têm a consequência de preservar o trabalho do Legislativo: a interpretação conforme a Constituição, a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto e a modulação dos efeitos da decisão.

A “interpretação conforme a Constituição” (*Verfassungskonforme auslegung*) é uma técnica hermenêutica que se destina à “preservação da validade de determinadas normas, suspeitas de inconstitucionalidade, assim como à atribuição de sentido às normas infraconstitucionais, de forma que melhor realizem os mandamentos constitucionais” (Barroso, 2009: 301). Trata-se de um método de decisão que permite fixar o sentido de uma norma, de modo a afastar, como inconstitucionais, outros sentidos possíveis. Cabe, portanto, aplicar a técnica da “interpretação conforme” quando ao texto de uma norma puderem ser conferidos diversos sentidos. Nesses casos, o Tribunal determina qual é a interpretação compatível com a Constituição, passando as demais a serem consideradas inconstitucionais. Note-se: o que é tomado como inconstitucional são sentidos possíveis da norma, interpretações passíveis de serem a ela aplicadas – e não a norma em si. Portanto, ao aplicar tal técnica, o STF tende a julgar procedente o pedido feito na ação (ADIN ou ADPF), mas poderá declarar a constitucionalidade da lei (e não sua inconstitucionalidade), ressaltando um certo sentido que lhe deve ser conferido e vedando interpretações diversas.

Mesmo antes da promulgação da Lei 9868/99, que, ao regulamentar o processo e julgamento de ADIs, previu expressamente a interpretação conforme a Constituição, o STF já vinha aplicando tal técnica de decisão.¹ Um

¹Também a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto é prevista no parágrafo único do artigo 28 da Lei 9869/99: “Art. 28. (...) Parágrafo único. A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.”

dos primeiros e mais conhecidos registros disso deu-se, ainda antes do advento da Constituição de 1988, na Representação de Inconstitucionalidade nº 1417/DF, julgada no final de 1987, quando então seu relator, Ministro Moreira Alves, teceu-lhe também alguns de seus importantes limites, dentre eles o de tornar a aplicação da técnica descabível quando o sentido a ser fixado vem a contrariar aquele desejado pelo legislador, de modo a resultar em regulação nova e distinta, ou seja, em uma atitude legisferante positiva por parte da corte constitucional. Foi o que disse o então Ministro Moreira Alves em seu voto: “Se a única interpretação possível para compatibilizar a norma com a Constituição contrariar o sentido inequívoco que o Poder Legislativo lhe pretendeu dar, não se pode aplicar o princípio da interpretação conforme a Constituição, que implicaria, em verdade, criação de norma jurídica, o que é privativo do legislador positivo” (Rep 1417/DF).

Na prática do controle de constitucionalidade, por conseguinte, a técnica da “interpretação conforme a Constituição” tem permitido ao STF preservar a validade de leis que são objeto de impugnação de inconstitucionalidade. Trata-se, assim, de um procedimento orientado à “economia da inconstitucionalização” (Gonçalves da Silva, 2002). Ademais, a interpretação configura-se como uma das aplicações do chamado “princípio da presunção da constitucionalidade das leis e atos normativos”, que seria decorrente do princípio da separação de Poderes e funcionaria como fator de autolimitação da atuação judicial. Nas palavras de Barroso (2009: 300), tal princípio implicaria reconhecer que o Poder Judiciário “não é o único intérprete da Constituição, embora o sistema lhe reserve a primazia de dar a palavra final. Por isso mesmo, deve ter uma atitude de deferência para com a interpretação levada a efeito pelos outros dois ramos do governo”. Como decorrência de tal princípio, a doutrina constitucional brasileira afirma que não devem os juízes e tribunais declarar a inconstitucionalidade de normas em ao menos três circunstâncias: a primeira, quando “a inconstitucionalidade não for patente e inequívoca, existindo tese jurídica razoável para preservação da norma”; a segunda, quando “seja possível decidir a questão por outro fundamento, evitando-se a invalidação de ato de outro Poder”;

a terceira, quando “existir interpretação alternativa possível, que permita afirmar a compatibilidade da norma com a Constituição” (Barroso, 2009: 300). Essa terceira circunstância captura precisamente os elementos presentes na aplicação da “interpretação conforme a Constituição”.

O segundo recurso institucional que vem sendo usado pelo STF que tem por efeito a preservação do trabalho legislativo é a denominada “declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto”. Assim como ocorre com a “interpretação conforme a Constituição”, está em jogo aqui uma redução no âmbito da aplicação da lei. No entanto, nesse caso há uma parcela da norma que é considerada inconstitucional e, portanto, nula. Uma vez que a lei não é considerada estanque e indivisível, pode-se declarar a nulidade de apenas parte dela, permanecendo íntegro o restante. Não se trata meramente de declarar nula a lei quantitativamente – ou seja, impugnar apenas um de seus parágrafos ou artigos, por exemplo. Trata-se de uma nulidade parcial qualitativa em que não se cassa a lei, porém repudia-se determinada hipótese de incidência sua (Tavares, 2008). Formalmente, o texto normativo permanece íntegro. Conforme explica o Ministro Gilmar Mendes: “Há expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinada hipótese de aplicação (...) do *programa normativo* sem que se produza alteração expressa do texto legal.” (Mendes, 1996: 286) Um exemplo corriqueiro de declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto oferecido pela doutrina constitucionalista é o de lei tributária instituidora ou majoradora de um tributo ao qual se pretende dar aplicação imediata. Dado que isso configuraria violação ao chamado princípio da anterioridade tributária (o qual estabelece que a lei que cria ou aumenta tributos deve ser publicada no ano anterior ao início da cobrança deste), declara-se nula uma hipótese de incidência da lei – qual seja, a sua aplicação imediata –, porém esta permanece válida, podendo ser aplicada nos exercícios financeiros posteriores. No universo das 67 decisões procedentes e procedentes em parte contra normas do Congresso analisadas neste livro, há um caso precisamente como este, qual seja, o da ADI 939, que impugnava a Lei Complementar 77/93, que instituiu o Imposto Provisório sobre a Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira (IPMF).

O terceiro dos recursos institucionais dos quais tem se valido o STF no sentido de exercer sua função de controlar a constitucionalidade das leis preservando, no entanto, o trabalho do Legislativo, consiste na técnica da “modulação dos efeitos da decisão”. Assim como se dá com a interpretação conforme a Constituição, a modulação dos efeitos pode ser considerada um caso de declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade. São situações em que, por exemplo, “é patente a inconstitucionalidade da lei, todavia não se declara sua nulidade com o intuito de evitar que o Direito antigo substitua aquele declarado inconstitucional, ou até mesmo para evitar o surgimento de um vácuo jurídico” (Bastos, 1999: 181). Do mesmo modo como ocorre com a interpretação, conforme, em muitas circunstâncias, aponta a doutrina constitucionalista, acaba a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, redundando em declaração de constitucionalidade: como uma lei em trânsito para a inconstitucionalidade. Ter-se-ia lugar, assim, uma espécie de ‘apelo ao legislador’, utilizado tanto para declarar uma situação ainda constitucional, em trânsito para a inconstitucionalidade, como para identificar decisões que declaram a inconstitucionalidade da norma, sem, no entanto, pronunciar sua nulidade” (Tavares, 2008: 260).

Especificamente, a modulação dos efeitos da decisão consiste em recurso institucional também previsto na Lei 9.868 de 1999, que disciplina o processo e julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade. O artigo 27 de tal norma determina que, ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, o STF pode, por maioria de dois terços de seus membros, “restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”. E é no ato de fixar esse momento que o STF não apenas busca garantir a segurança jurídica e resguardar a ordem constitucional, mas, em alguma medida, defere ao Poder Legislativo. Uma vez que não pode se eximir de julgar e, em alguns casos, declarar inconstitucional norma que incontestavelmente o seja, o Supremo determina que a decisão não surtirá efeitos e que a norma não será invalidada pelo vício de inconstitucionalidade

que a acomete durante um período de tempo – período este no qual o Poder Legislativo poderá exercer sua competência legislativa e sanar o vício que deu origem à arguição de inconstitucionalidade. No próximo capítulo realizaremos um estudo de caso, o da ADI 2240/BA, no qual se sucede precisamente essa situação.

O uso desses três recursos institucionais pelo STF parece indicar a adoção de uma postura corretiva ou aperfeiçoadora, que atenua o caráter contramajoritário das decisões da corte constitucional brasileira. Ao valer-se de métodos de decisão que em alguma medida (substantiva, formal ou temporal) preservam as leis promulgadas pelo Poder Legislativo, o Supremo, pode-se afirmar, tende não apenas a respeitar, mas também a fortalecer, a expressão da vontade majoritária. Os dados encontrados nesta pesquisa corroboram esse argumento.

Do universo de 67 decisões declaradas procedentes ou procedentes em parte – ou seja, que importaram em declaração de inconstitucionalidade – são 20 as que aplicaram a técnica de interpretação conforme a Constituição e 10 as que a declaração de inconstitucionalidade foi dada sem redução de texto. Ainda que em 9 dos 10 casos de declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto esta decorra de aplicação da técnica de interpretação conforme, é bastante significativo que um terço das decisões do STF que implicam declaração de inconstitucionalidade de norma do Congresso Nacional o façam preservando-a em alguma medida. São 21 os casos em que a decisão é procedente (ou procedente em parte) e a lei (ou a parte da lei) impugnada pelas ADIs permanece íntegra após o julgamento.² Nesses casos, em que ocorre apenas uma fixação do sentido interpretativo da norma sem violar-se o seu texto e sem pronunciar a sua nulidade, pode-se dizer que o que se tem, na prática, é uma declaração de *constitucionalidade* desta.

² ADI 319, ADI 581, ADI 1600, ADI 3772, ADI 790, ADI 1719, ADI 1946, ADI 2925, ADI 1127, ADI 1194, ADI 3324, ADI 1371, ADI 1377, ADI 3685, ADI 574, ADI 1758, ADI 2652, ADI 2797, ADI 1351, ADI 1354, ADI 939.

TABELA 2.4

ADIs e ADPFs procedentes e procedentes em parte, pelo caráter (1988-2009)
(Requerido: Legislativo federal)

Interpretação conforme a Constituição	Declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto
20	10

Percebe-se, assim, que o já reduzido universo de 67 decisões que julgam em alguma medida procedente o pedido de declaração de inconstitucionalidade de normas promulgadas pelo Congresso Nacional fica ainda menor quando estas são analisadas qualitativamente. Além das 21 decisões nas quais claramente não houve dano causado à integridade da norma promulgada pelo Legislativo, há um conjunto de outras que podem ser classificadas como tendentes ao aperfeiçoamento legislativo. Tratam-se, essas que gostaria de chamar de *decisões de aperfeiçoamento legislativo*, de julgamentos que têm por efeito corrigir ou aperfeiçoar os dispositivos normativos arguidos, indicando sua mais adequada interpretação ou redação sem, contudo, invalidar o trabalho do legislador. Opõem-se essas, assim, às *decisões contramajoritárias*, que são, como gostaria de nomear, aquelas nas quais o STF não apresenta preocupação em preservar a vontade majoritária expressa na norma legislada pelo Parlamento, porém, ao contrário, em nome da guarda da Constituição, não se intimida em fazer substituir a vontade do legislador pela sua.

A análise qualitativa das 67 decisões procedentes e procedentes em parte revelou que um pouco mais da metade, o equivalente a 36 decisões, pode ser classificado como decisões de aperfeiçoamento legislativo, enquanto as 31 restantes teriam caráter mais efetivamente majoritário. A fim de proceder-se a essa classificação, levaram-se em conta justamente os elementos presentes nas definições citadas, sendo a presença ou ausência de elementos corretivos que implicassem a preservação da integridade do trabalho do legislador determinante para categorizar as decisões como sendo de um ou de outro tipo. Esse tipo de análise qualitativa das decisões não implicou,

portanto, classificar como necessariamente de aperfeiçoamento legislativo todas as decisões nas quais o STF aplicou a técnica da interpretação conforme a Constituição. Há casos, como os das ADI 1351 e ADI 1354, em que a interpretação conforme foi aplicada e as decisões foram por mim classificadas como contramajoritárias. Isso porque o STF, declarando a inconstitucionalidade de vários dispositivos, valeu-se da interpretação conforme, a fim de manter a vigência de um dos dispositivos impugnados, buscando, com isso, evitar que se estabelecesse um vácuo normativo. A preservação desse dispositivo particular e o uso da interpretação conforme não me pareceram suficientes, assim, para neutralizar o caráter contramajoritário da decisão.

TABELA 2.5
ADIs e ADPFs procedentes e procedentes em parte, pelo caráter (1988-2009)
(Requerido: Legislativo federal)

Aperfeiçoamento	Contramajoritária	Total
36	31	67

Se nem todas as 67 decisões do STF que, entre 1988 e 2009, julgaram o pedido de declaração de inconstitucionalidade procedente ou procedente em parte efetivamente declararam a inconstitucionalidade de uma lei (atendo-se a declarar inconstitucional apenas uma de suas interpretações) ou implicaram a subtração de seu texto ou a pronúncia de sua nulidade, pode-se supor que são ainda de menor número as normas do Legislativo federal que foram efetivamente afetadas pelo controle de constitucionalidade ao longo desses 21 anos. É desse ponto que partiremos no próximo capítulo.



CAPÍTULO 3

A prevalência da vontade majoritária



Ao universo de 67 ações contra normas do Congresso Nacional julgadas pelo STF procedentes e procedentes em parte correspondem, conforme já mencionado, 47 leis declaradas, no todo (3) ou em parte (44), inconstitucionais. No conjunto da legislação derrubada pelo Supremo, encontram-se 5 emendas constitucionais, 4 leis complementares e 38 leis ordinárias, sendo que uma dessas, a Lei 5250, de 1967 (Lei de Imprensa), é anterior ao regime constitucional de 1988, tendo sido objeto da única ADPF (ADPF 130) que compõe o universo de ações constitucionais contra normas do Legislativo federal julgadas procedentes ou procedentes em parte no período analisado.

Ao longo dos 21 anos transcorridos entre 1988 e 2009, o Congresso Nacional promulgou 12.749 normas, sendo que, destas, 4.541 são leis ordinárias, 76 são leis complementares, 62 são emendas à Constituição e 8.070 são decretos legislativos. Desse imenso contingente de normas, o STF levou, ao longo do mesmo período de tempo, apenas 87 a julgamento de mérito; ou seja, considerou que apenas 0,7% das normas promulgadas pelo Congresso Nacional em 21 anos merecia seu juízo definitivo de constitucionalidade. Das decisões que resultaram de tais juízos, sabemos que 40 normas escaparam ilesas e 47 foram marcadas por algum tipo de vício de inconstitucionalidade. Tendo em vista que dentre essas 47 normas encontra-se 1 promulgada no regime constitucional anterior a 1988, tem-se que, na verdade, apenas 46 normas do universo de 12.749 foram em alguma medida consideradas inconstitucionais pelo STF, o

110 Judicialização ou representação?

que totaliza menos de 0,02% de todas as normas promulgadas pelo Congresso Nacional entre 1988 e 2009.

Ainda que decretos legislativos sejam espécies normativas passíveis de impugnação por meio do controle de constitucionalidade, sabe-se que, em sede de controle abstrato, um dos critérios utilizados pelo STF para que uma ação seja conhecida (e, assim, não cair naquele enorme limbo, já analisado no Capítulo 1, de ações indeferidas por não serem conhecidas na análise preliminar ao julgamento de mérito) diz respeito ao caráter abstrato da norma impugnada. Os decretos legislativos, que correspondem a mais da metade do conjunto total de normas promulgadas pelo Congresso Nacional no período analisado, são, como se sabe, espécies legais de feição bastante concreta, disciplinando questões tópicas e específicas que não são comportadas pelo caráter geral e abstrato requerido pelas leis. Não é de surpreender, portanto, que, no universo de normas declaradas (mesmo que apenas parcialmente) inconstitucionais pelo Supremo não se encontre nenhum decreto legislativo. A Tabela 3.1 apresenta as proporções de normas julgadas no mérito e, dentre estas, as declaradas inconstitucionais, dentro do volume total da produção legislativa do Congresso entre 1988 e 2009 – excetuando-se do referido universo, pelas razões já aludidas, os decretos legislativos.

TABELA 3.1
Proporção de normas julgadas pelo STF versus produção legislativa do Congresso Nacional¹ (1988-2009)

	Número de normas	%
Normas julgadas no mérito	87	1,86
Normas inconstitucionais	46	0,98
Produção legislativa do Congresso Nacional	4.679	100

¹ Essa tabela, assim como a próxima, não considera nem os decretos legislativos editados pelo Congresso nem a lei ordinária objeto da única ADPF julgada pelo STF no período analisado. Também não se considera aqui a única resolução da Câmara dos Deputados (Resolução 17/1989) que teve o seu mérito apreciado pelo STF, tampouco o número total de resoluções emanadas pela Câmara e pelo Senado no período.

Vê-se, assim, que, mesmo excetuando-se mais da metade dos diplomas legais editados pelo Congresso Nacional desde 1988, de modo a considerar apenas o universo de 4.679 normas (contabilizando-se apenas emendas à Constituição, leis ordinárias e leis complementares) gerais e abstratas promulgadas desde 1988, o STF julgou conveniente apreciar no mérito apenas 1,86% e eivar com a marca da inconstitucionalidade somente 0,98% (ou, mais precisamente, partes de 0,98%). Uma vez desagregados os dados apresentados, veja-se na Tabela 3.2, as proporções relativas a cada uma das espécies legislativas que compõem o universo analisado.

TABELA 3.2
Proporção de normas julgadas pelo STF versus produção
legislativa do Congresso Nacional
(1988-2009)

	LO	%	LC	%	EC	%	Totais	%
Normas julgadas no mérito	69	1,52	8	10,53	9	14,52	87	1,86
Normas inconstitucionais	37	0,82	4	5,26	5	8,06	46	0,98
Produção legislativa do Congresso	4.541	100	76	100	62	100	4.679	100

É interessante observar que a frequência dos diplomas legais apreciados no mérito pelo STF não corresponde à frequência de normas promulgadas pelo Congresso Nacional, sendo este válido para aqueles que tiveram sua inconstitucionalidade (parcialmente) declarada. São as emendas constitucionais, normas editadas em menor volume pelo Congresso, as recordistas de juízos de mérito, alcançando 14,52% do total da produção legislativa do período pós 1988, o equivalente a 9 emendas dentre as 62 que haviam sido promulgadas até o fim de 2009. Dessas 9 emendas constitucionais, foram 5 as que tiveram a sua inconstitucionalidade (sempre parcialmente) declarada, o que corresponde a 8,06% do total de emendas à Constituição desde 1988.

Trata-se de valor inquestionavelmente pequeno, embora certamente mais significativo do que aquele encontrado para as leis ordinárias e

complementares.² No caso dessas últimas, o STF logrou julgar no mérito 10,53% das 76 leis complementares promulgadas desde 1988, correspondendo esses 8 diplomas legais ao dobro do número dos que tiveram sua inconstitucionalidade (sempre parcialmente) declarada: foram apenas 4 as leis complementares consideradas parcialmente inconstitucionais pelo STF, o que equivale a 5,26% do volume total dessa espécie legislativa no período analisado. O diploma legal mais recorrente na produção do Congresso Nacional (excetuando-se os decretos legislativos, naturalmente) é aquele proporcionalmente menos atingido pelo poder de revisão constitucional: das 4.541 leis ordinárias promulgadas entre 1988 e 2009, o Supremo considerou que apenas 69, o equivalente a 1,52%, eram suficientemente suspeitas para ter seu mérito apreciado. Dessa já pequena proporção, o STF declarou inconstitucional apenas 37 leis ordinárias, ou seja, a quase insignificante proporção de 0,82% de todos os diplomas legais dessa espécie promulgados pelo Congresso Nacional entre 1988 e 2009.

Dos números já analisados, vale notar alguns pontos. Primeiro, conforme já resta explicitado em momentos precedentes deste livro, das 46 normas promulgadas após 1988 declaradas inconstitucionais pelo STF, apenas 2 o foram na íntegra, tendo sido as demais 44 restantes consideradas apenas parcialmente inconstitucionais. As duas normas integralmente inconstitucionais que o Congresso Nacional logrou promulgar desde 1988 são leis ordinárias (Lei 8155, de 1990, que trata de taxa de conservação rodoviária e Lei 10628, de 2002, que trata de prerrogativa de função), de modo que o STF apenas retirou efetivamente do ordenamento jurídico 0,04% de todos os diplomas legais dessa espécie promulgados em 21 anos.

Segundo, importa observar mais detidamente a ocorrência de proporcionalidade inversa entre as normas mais recorrentemente produzidas

² Ao lembrar-se de que o controle de constitucionalidade de emendas constitucionais apenas consolidou-se na prática constitucional brasileira em 1993, com o julgamento da EC 03, esse número torna-se ainda mais significativo quando comparado com os demais diplomas legislativos que são objeto de controle desde 1988.

pelo Congresso e aquelas mais frequentemente afetadas pelo juízo de inconstitucionalidade do STF, conforme demonstrado. Percebe-se, pelos números apresentados, que o controle do Supremo exerce-se menos sobre a pura expressão da vontade majoritária do Poder Legislativo do que sobre a ambição específica deste de alterar ou regulamentar a Constituição – escopos das emendas constitucionais e das leis complementares, respectivamente. É possível inferir, assim, que, menos do que exercer o seu poder de revisão judicial sobre a soberania popular vocalizada no Congresso, o Supremo preocupa-se em efetivamente cumprir sua competência institucional de exercer a guarda da Constituição, preservando em maior medida o trabalho do poder constituinte originário da vontade alternante do poder constituinte derivado. Essa tendência corrobora outro dado analisado no capítulo anterior, qual seja, o significativo número de decisões julgadas no mérito procedentes e procedentes em parte nas quais o STF se vale do procedimento de “interpretação conforme” à Constituição.

Por mais que sejam expressões de um mesmo fenômeno ou duas faces de uma mesma moeda, há uma sutil, embora não insignificante, diferença entre exercer o controle de constitucionalidade com o escopo de refrear a vontade majoritária do Poder Legislativo e zelar pela guarda da Constituição. Emendas constitucionais alteram o texto constitucional de forma direta, e leis complementares o fazem de forma indireta, precisando-lhe o sentido e o alcance. E se são nesses casos que o STF exerce proporcionalmente de forma mais contundente seu poder de revisão judicial, parece plausível supor que ele importa-se aparentemente menos com a constitucionalidade da legislação ordinária do que com a preservação do texto da Constituição e a determinação de seu sentido. É cabível, contudo, em contestação a esse argumento, a questão: Seriam as leis ordinárias mais benfeitas (supondo-se o controle preventivo de constitucionalidade exercido no Congresso eventualmente mais rigoroso) que as leis complementares e as emendas constitucionais? Ou seria o STF mais disposto a controlar as emendas constitucionais e leis complementares? O segundo caso me

soa mais plausível, de modo que parece perfeitamente razoável sublinhar a diferença entre o controle da expressão da vontade majoritária e o exercício da guarda da Constituição, sendo esta última a forma como o STF aparenta exercer sua função institucional.

Os dados analisados neste livro não suportam eventuais argumentos no sentido de afirmar que a expressividade do número de emendas constitucionais que tiveram seu mérito apreciado pelo STF em comparação com as outras espécies legislativas deve-se ao fato de estas presumivelmente consistirem no meio preferencial pelo qual o Executivo governa no Brasil devido à excessiva constitucionalização de políticas na Carta de 1988 (Arantes e Couto, 2006), de modo que, eventualmente, tal dado denotaria, na verdade, maior disposição do Supremo para controlar o Executivo e suas políticas. O ponto, contudo, valeria ser investigado, em articulação com os dados sobre a relação entre o STF e o Executivo (Taylor, 2008), que, no entanto, foge ao escopo deste livro. Entretanto, não podemos nos furtar de observar, na Tabela 3.3, que a iniciativa das leis promulgadas pelo Congresso que lograram ser declaradas inconstitucionais pelo STF é majoritariamente do Poder Executivo.

TABELA 3.3
Iniciativa das normas do Poder Legislativo federal
declaradas inconstitucionais pelo STF

Iniciativa	Número de normas	Porcentagem (%)
Poder Executivo	29	61,7%
Poder Legislativo	15	31,9%
Poder Judiciário	3	6,4%
Total	47	100

Ao isolar-se, contudo, as 5 emendas constitucionais declaradas inconstitucionais de acordo com a sua iniciativa, tem-se que apenas 2 delas (EC 20/98 e EC 41/03) foram propostas pelo Poder Executivo, tendo

sido as 3 restantes apresentadas pelo Legislativo. Ou seja, mesmo que seja proporcionalmente expressivo o número de emendas constitucionais contestadas no STF, não é expressivo o número daquelas que lograram ser declaradas inconstitucionais e, mais importante, esse dado isoladamente não pode confirmar uma eventual maior disposição do Supremo em controlar as políticas do Executivo – considerando que esse poder, supostamente, encontraria nas emendas constitucionais sua forma preferencial de governo.

Quanto às 3 emendas propostas pelo Poder Legislativo, 2 o foram por partidos que eram membros da coalizão de governo. Em ambos os casos os partidos que propuseram as emendas (PMDB e PFL, respectivamente) ainda eram da coalizão de governo quando o STF julgou procedentes em parte as ações. Esse dado poderia enfraquecer o argumento citado, porém como ambas as emendas impugnadas tratam de um mesmo objeto – o IPMF (EC 03/93) e a CPMF (EC 21/99) – e tanto as iniciativas do Legislativo como as decisões do Supremo deram-se em governos diferentes, não se pode inferir, de nenhum modo, que uma eventual maior disposição do STF de controlar o Executivo deva-se a uma suposta tendência de constitucionalização de suas políticas.

Uma *eventual* maior disposição do STF em controlar o Poder Executivo, eu disse, justamente porque esta não se confirma enquanto, exatamente, uma forma de controle. Se a Tabela 3.3 mostrou que, sim, o Supremo tende a declarar inconstitucionais mais normas propostas pelo Executivo do que pelo Legislativo (o que, todavia, é esperável, dado que 85% das normas aprovadas nesse poder têm sua iniciativa naquele, como mostraram Figueiredo e Limongi, 1999), a Tabela 3.4, em corroboração aos dados apresentados no Capítulo 2 a respeito da distribuição das ações impetradas no STF por período de governo, mostra que a distribuição das normas de iniciativa do Executivo declaradas (ainda que parcialmente) inconstitucionais não permite inferir qualquer ativismo político da suprema corte brasileira.

TABELA 3.4
Normas de iniciativa do Executivo declaradas inconstitucionais,
distribuídas por governos

Governo	Número de normas	Porcentagem (%)
Marechal Castello Branco	1	3,45
José Sarney	9	31,03
Fernando Collor de Melo	1	3,45
Itamar Franco	5	17,24
Fernando Henrique Cardoso	9	31,03
Luiz Inácio Lula da Silva	4	13,80
Total	29	100

Vê-se que os governos de Sarney e de Fernando Henrique Cardoso foram aqueles que mais tiveram normas de sua iniciativa entre aquelas declaradas inconstitucionais pelo STF, cada um deles perfazendo 31% das iniciativas das normas propostas pelo Executivo impugnadas. O governo Lula, por sua vez, foi responsável por menos do que a metade de cada um deles, ou seja, 13,8% das normas do Executivo impugnadas foram de sua iniciativa. No entanto, como vimos no Capítulo 2, 55% das ações julgadas procedentes e procedentes em parte o foram durante o governo Lula. No que tange aos 31,9% das normas declaradas inconstitucionais pelo STF que foram propostas pelo próprio Congresso Nacional, observa-se na Tabela 3.5 uma concentração de iniciativas do PMDB de Sarney, com 40%, seguido do PT de Lula e do PFL, cada um responsável por 20%. Já o PSDB de Fernando Henrique Cardoso responde por apenas 13,3% das iniciativas do Legislativo declaradas inconstitucionais. O cruzamento desses dados vem a confirmar o argumento que sustentei no Capítulo 2: não há qualquer suporte empírico para afirmar que o STF segue um padrão decisório favorável ou desfavorável a coalizões de governos específicos, de modo que são incorretas as suposições de que a corte age de forma politicamente ativista.

Conforme mencionei em momento anterior deste livro, e conforme se pode constatar na Tabela 3.5, no universo de 47 normas declaradas

TABELA 3.5
Normas de iniciativa do Legislativo declaradas inconstitucionais,
distribuídas por partidos

Partido	Número de normas	Porcentagem (%)
PMDB	6	40
PT	3	20
PFL	3	20
PSDB	2	13,33
PRN	1	6,67
Total	15	100

inconstitucionais pelo STF há algumas que o foram em julgamentos simultâneos de mais de uma ADI que as impugnavam. Mais precisamente, 8 normas foram objeto simultâneo de 2 ADIs, 4 normas foram contestadas concomitantemente por 3 ADIs, e uma única norma foi objeto de 4 ADIs. Vejamos agora, no Gráfico 3.1 como se distribuem no tempo as normas declaradas inconstitucionais pelo STF durante o período compreendido pela pesquisa.

As datas indicadas no gráfico dizem respeito, naturalmente, ao momento da decisão do Supremo que invalidou a norma em questão. Esses dados, que correspondem à distribuição temporal das ADIs e ADPFs julgadas procedentes ou procedentes em parte (ressalvado o fato que algumas delas

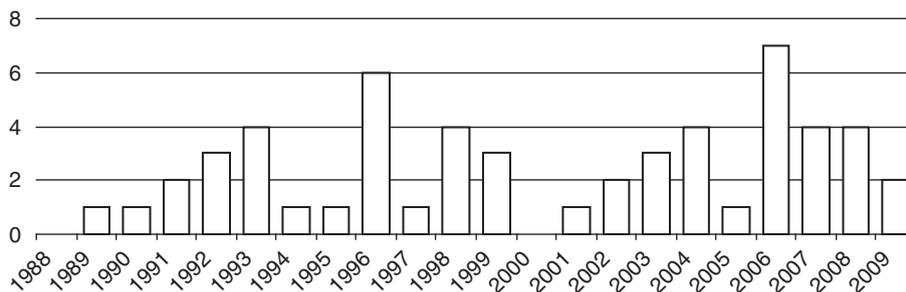


GRÁFICO 3.1 Distribuição temporal das normas declaradas inconstitucionais (1988-2009) (Requerido: Legislativo federal)

tem por objeto o julgamento de uma mesma norma) não suportam, conforme restou demonstrado no Capítulo 2, qualquer inferência a respeito do posicionamento do STF em face de governos específicos ou de determinadas coalizões majoritárias no Poder Legislativo. A relevância dessa distribuição temporal das normas declaradas inconstitucionais ficará mais clara adiante, quando a ela associarmos a distribuição das respostas legislativas dadas pelo Congresso Nacional para cada uma de suas normas declaradas inconstitucionais pelo STF.

As 47 normas do Congresso Nacional declaradas inconstitucionais pelo STF tratam, naturalmente, de uma gama de objetos. Muitas têm por objeto mais de uma matéria, e algumas matérias são tratadas por mais de uma das normas que compõem o universo analisado. Uma vez que é escopo deste capítulo analisar as respostas do Congresso Nacional às decisões do STF que invalidam suas normas, e considerando que 93,62% das 47 normas invalidadas pelo Supremo o foram apenas parcialmente, procedeu-se, na montagem do banco de dados, à identificação e classificação de cada um dos temas tratados pelos dispositivos específicos efetivamente declarados inconstitucionais. Obteve-se, assim, um conjunto de 47 temas, cada qual coincidindo exatamente com a matéria objeto das normas ou do(s) dispositivo(s) das normas declaradas inconstitucionais pelo STF.

A Tabela 3.6 apresenta esses 47 temas, relacionando-os com cada uma das normas que os tem por objeto. Duas observações sobre essa tabela importam ser feitas: primeiro, ela lista o tema relativo à única ação de inconstitucionalidade por omissão (ADI 3682) pertencente ao universo da pesquisa (por se tratar, com efeito, da única ADI por omissão contra norma do Congresso Nacional julgada no mérito procedente pelo STF no período 1998-2009), embora, naturalmente, não indique a norma inconstitucional a ela associada, uma vez que, nesse caso, foi justamente a ausência de norma a suscitar o vício de inconstitucionalidade. A Tabela 3.6 aponta, em negrito, as normas que, por tratarem simultaneamente de mais de um tema objeto de vício de inconstitucionalidade, encontram-se listadas mais de uma vez.

TABELA 3.6

Objetos das normas (e dos dispositivos das normas) do Poder Legislativo federal declaradas inconstitucionais pelo STF – 1988-2009

Nº	Norma	Tema
1	Lei 07721/89	Remuneração dos ministros do STF
2	Lei 07711/88 Lei 08625/93	Remuneração dos membros do Ministério Público
3	Lei 08112/90	Contagem de tempo de serviço para aposentadoria
4	LC 75/93	Aposentadoria dos membros do Ministério Público
5	EC 41/03	Contribuição de inativos e pensionistas
6	Lei 08216/91	Pensão militar
7	Lei 09528/97	Extinção de vínculo empregatício por aposentadoria
8	Lei 10779/03	Seguro-desemprego condicionado a filiação em colônia de pescadores
9	EC 20/98	Limite máximo para benefícios da previdência
10	Lei 07689/88	Contribuição social sobre lucro líquido
11	Lei 08162/91	Majoração de contribuição social para a seguridade
12	Lei 08212/91	Contribuição sobre folha de salário
13	Lei 08870/94	Contribuição sobre produção agrícola
14	Lei 09715/98	PIS/PASEP
15	Lei 10640/03	Destinação da CIDE – combustíveis
16	Lei 08134/90	Parcelamento do imposto de renda
17	Lei 09532/97	Imunidade tributária
18	EC 03/93 EC 21/99 LC 77/93	Imposto e contribuição sobre movimentação financeira
19	LC 87/96	ICMS sobre transporte aéreo
20	Lei 08155/90	Taxa de conservação rodoviária
21	Lei 07711/88	Exigência de comprovação de quitação de tributo
22	Lei 08870/94	Exigência de depósito para discussão de débito junto ao INSS
23	Lei 08906/94 Lei 10358/01	Estatuto da advocacia
24	Lei 07872/89 Lei 07873/89 Lei 08215/91	Crítérios para nomeação de membros de tribunal
25	Lei 08213/91 Lei 11033/04	Pagamento de precatórios pela Fazenda Pública
26	Lei 09099/95	Juizado especial
27	Lei 10628/02	Prerrogativa de função
28	Lei 08039/90	Tabelamento de mensalidades escolares
29	Lei 09536/97	Transferência para instituição de educação congênera

120 Judicialização ou representação?

Nº	Norma	Tema
30	Lei 11301/06	Funções de magistério
31	Lei 08112/90	Servidores do Banco Central
32	Lei 08112/90	Competência da Justiça do Trabalho sobre servidor
33	Lei 08112/90	Exigência de concurso público para acesso de servidor
34	Lei 09649/98	Fiscalização de profissões regulamentadas
35	Lei 10406/02	Fiscalização de fundações pelo Ministério Público do Distrito Federal
36	Lei 08069/90	Exposição de criança em meio de comunicação
37	Lei 05250/67	Lei de imprensa
38	Lei 08713/93	Restrição de partidos aptos a lançar candidatura para presidente
39	Lei 09096/95	Restrição de propaganda de pequenos partidos
40	Lei 08625/93 LC 75/93	Filiação partidária dos membros do Ministério Público
41	LC 86/96	Ação rescisória eleitoral
42	EC 52/06	Verticalização das coligações partidárias
43	Lei 11300/06	Restrição à divulgação de pesquisa eleitoral
44	Lei 09034/95	Quebra de sigilo em investigação feita por juiz
45	Lei 10826/03	Liberdade provisória
46	Lei 09985/00	Indenização por impacto ambiental
47	-	Criação e fusão de municípios

3.1. A FALÁCIA DO VÁCUO LEGISLATIVO

É com base em cada um dos temas objeto das normas declaradas inconstitucionais pelo Supremo que foram coletados os dados que permitirão confirmar duas das principais hipóteses deste livro, quais sejam: 1) não há vácuo normativo do Congresso Nacional que justifique qualquer comportamento ativista do STF e 2) longe de enfraquecer a atividade legislativa do Congresso, o STF a fortalece ao oferecer incentivos para que legisle sobre determinados temas e o faça em determinados momentos.

A fim de testar essas hipóteses, foram identificadas, para o período decorrido entre 1988 e 2009, todas as iniciativas legislativas (projetos de lei e propostas de emenda à Constituição) que receberam tramitação e todas as normas promulgadas pelo Congresso Nacional sobre cada

um dos temas específicos objeto de suas normas declaradas inconstitucionais nas decisões procedentes e procedentes em parte do STF. Para testar a primeira hipótese, foram classificados todos os projetos e todas as normas que *antecederam* às decisões do STF, de modo a operar uma distribuição temporal para cada um dos casos de declaração de inconstitucionalidade e analisar a atividade legislativa existente no Congresso nos momentos que antecedem a decisão do STF. Para testar a segunda hipótese, foram classificados todos os projetos e todas as normas que têm por objeto os mesmos temas que *sucederam* às decisões do STF, de modo a criar parâmetros analíticos que permitem avaliar tanto o tipo de resposta do Congresso Nacional a cada uma de suas normas invalidadas pelo STF como também mensurar o tempo no qual tais respostas são dadas.

Os dados foram levantados tendo em vista os 47 temas constantes dos 48 casos que compõem o universo desta segunda parte da pesquisa, quais sejam, as 47 normas do Congresso Nacional declaradas inconstitucionais (incluindo-se a lei de 1967, objeto da ADPF) e a inconstitucionalidade por omissão – o que exaure os resultados do conjunto das 67 decisões procedentes e procedentes em parte analisadas na primeira parte da pesquisa. No tratamento de tais dados, alguns critérios foram observados. Para os projetos (PL e PEC) e normas (LO, LC e EC) anteriores às decisões do STF, considerou-se o período compreendido entre 1988 e a data das decisões do STF relativas a cada um dos 48 casos. Para os temas que são objeto de mais de uma norma invalidada e, portanto, objeto de mais de uma decisão do STF, considerou-se, contudo, a data da primeira das decisões sobre o mesmo tema como limite temporal para o levantamento das proposições legislativas.

Assim, as proposições legislativas anteriores à segunda (ou terceira, ou quarta, conforme o caso) decisão sobre tema semelhante não foram incluídas no cômputo das proposições legislativas anteriores às decisões, porém o foram no cômputo das proposições legislativas posteriores às decisões, quando também se tomou como data de início da contagem a data da primeira das decisões

122 Judicialização ou representação?

sobre um mesmo tema (sendo o fim de 2009 a data final do levantamento das proposições legislativas posteriores às decisões do STF). Essa escolha metodológica relativa aos temas para os quais há mais de uma decisão ou mais de uma lei declarada inconstitucional certamente reduziu o universo das proposições legislativas que poderiam ser classificadas – contudo, embora quanto maior este seja, mais fácil seja comprovar as hipóteses, tem-se, daquela forma, um tratamento mais rigoroso dos dados.

Antes de procedermos a uma análise dos dados gerados para cada um dos 48 casos que compreendem o universo pesquisado (47 casos de normas declaradas inconstitucionais e um caso de inconstitucionalidade por omissão), verifiquemos os dados agregados relativos ao conjunto desses casos. No que diz respeito à atividade legislativa do Congresso Nacional no período anterior à decisão do STF que declara inconstitucional uma de suas normas (ou a omissão na promulgação de uma norma), foram identificados e classificados um total de 564 projetos normativos (PL e PEC) e 125 normas (LC, LO e EC) que tratam exatamente do mesmo tema específico objeto da inconstitucionalidade decretada (norma na íntegra, dispositivo(s) de norma ou ausência de norma). É o que indica a Tabela 3.7.

TABELA 3.7

Atividade legislativa do Congresso Nacional anterior à decisão do STF: totais (1988-data da decisão)

Tipo de atividade legislativa	Quantidade
Projetos	564
Normas	125
Total de proposições legislativas	689

Dos 564 projetos classificados, ao menos 125 lograram converter-se em norma, sendo promulgados antes da data da primeira decisão relativa a cada um dos temas analisados. Do total de 564 proposições legislativas, portanto, há coincidência substantiva entre 125 delas, pois que as 125 normas promulgadas estão contidas em pelo menos 125 dos 564 projetos classificados.

TABELA 3.8

Atividade legislativa do Congresso Nacional anterior à decisão do STF: médias (1988-data da decisão)

Tipo de atividade legislativa	Média
Projetos	11,75
Normas	2,60
Total de proposições legislativas	14,35

A Tabela 3.8 indica a média de projetos e normas anteriores aos 48 casos de inconstitucionalidade analisados. Assim, tem-se que, entre 1988 e 2009, nos momentos em que o STF declarava a inconstitucionalidade de um ato do Congresso Nacional, havia uma média de 11,75 projetos em tramitação nas casas do Poder Legislativo federal. No que tange às normas que disciplinam os mesmos temas dos atos declarados inconstitucionais, embora eventualmente o façam de um modo um pouco diverso daquele da legislação invalidada, observa-se uma média de 2,60 em vigor no momento em que o STF profere a decisão de inconstitucionalidade. Considerando-se o total de proposições legislativas (e desconsiderando-se o fato que o número absoluto de projetos compreende as normas promulgadas) ter-se-ia uma média de 14,35 para cada decisão de inconstitucionalidade do STF.

Em face desses números não se pode, definitivamente, conferir-se validade à tese de que o STF age diante de um vácuo legislativo, tampouco que preenche lacunas deixadas por um Congresso inoperante, que legisla pouco sobre matérias que requerem ser legalmente disciplinadas. Ao contrário, a alta intensidade da atividade legislativa presente no Congresso Nacional no período que antecede a declaração de inconstitucionalidade, em particular o fato de que a produção legislativa refere-se precisamente aos mesmos temas em face dos quais recai o veredito de inconstitucionalidade, demonstra ainda que, mesmo que se considere justificável a intervenção judicial a fim de sanar eventuais vícios na legislação, o próprio Congresso já se antecipa na formação de novos e outros consensos majoritários em torno dos mesmos temas – de

modo a exercer possivelmente sobre si mesmo não apenas uma capacidade autocorretiva, mas uma genuína renovação da vontade popular expressa nas urnas.

Ademais, confirma essa leitura o fato que, conforme vimos no Capítulo 2, do conjunto de 67 ADIs e ADPFs julgadas pelo Supremo procedentes ou procedentes em parte, 83,6% dizem respeito à inconstitucionalidades materiais, e não à inconstitucionalidades formais. Ou seja, não se trata, em mais de três quartos dos casos, de vício no processo legislativo, tampouco em qualquer procedimento de formação da vontade majoritária, e sim de conteúdo que o STF julga não se encontrar em conformidade com a Constituição. Se, portanto, sobre esse mesmo conteúdo o Poder Legislativo renova de forma dinâmica e continuada a expressão de sua vontade, deliberando sobre a formação de novos consensos, e o faz no momento que precede a decisão do STF, tem-se que, em vez de vácuo legislativo, há, na verdade, conforme veremos logo adiante, uma possibilidade de que este crie incentivos para que aquele legisle, e o faça a respeito de determinados temas e em determinados momentos. Será a conversão em norma, após a decisão do STF, de projetos que receberam tramitação antes desta, o que confirmará essa hipótese – assim como sói acontecer com a proposição de novos e outros projetos imediatamente após o momento da decisão judicial.

A Tabela 3.8 lista cada um dos diplomas legais do Congresso Nacional declarados (mesmo que parcialmente) inconstitucionais pelo STF entre 1988 e 2009 (incluindo o caso em que a inconstitucionalidade deveu-se à ausência de lei), especifica os temas que possuíam por objeto e os relaciona com os projetos e as normas anteriores às decisões judiciais. Observando-se um a um os 48 casos, percebem-se diversas situações interessantes. Chama atenção, de imediato, o grande volume de projetos de lei sobre temas de natureza eminentemente política, em especial aqueles relativos à pauta da reforma política, e sobre os quais é sabido que o STF, com a suposta justificativa de que era preciso disciplinar certas matérias, antecipou-se à formação dos consensos majoritários no Legislativo – os quais, devido à

natureza e à complexidade da matéria, demandam um processo de deliberação parlamentar mais cuidadoso. Vê-se, assim, por exemplo, que, ao momento da conhecida decisão do STF sobre a verticalização das coligações partidárias, havia 10 projetos em tramitação no Congresso sobre o assunto, dos quais se originou a Emenda Constitucional 52, de 2006, objeto da contestação judicial. São ainda mais volumosos os números relativos ao tema da propaganda de pequenos partidos, com 62 projetos em tramitação antes da decisão, e ao tema da divulgação de pesquisas eleitorais, com 68 projetos em deliberação.

É ainda de chamar atenção o caso da única ação de inconstitucionalidade por omissão (ADI 3682) do universo pesquisado, na qual o STF declarou inconstitucional a omissão do Congresso Nacional em legislar sobre a criação e fusão de municípios. A ação tinha por objetivo reconhecer a mora do Congresso Nacional em elaborar a lei complementar federal requerida pelo § 4º do artigo 18 da Constituição, na redação dada pela Emenda Constitucional 15, de 1996. Tratando-se de um julgamento de ADIN por omissão – modalidade de ação que, de acordo com a Constituição, exige que o Supremo notifique o órgão considerado omissor –, o STF estabeleceu um prazo de 18 meses para que o Congresso emanasse a norma exigida pela Constituição. Ao discutir o mérito da ação, os ministros do STF argumentaram que, considerado o lapso temporal de mais de 10 anos desde a data da publicação da EC 15/96, “à primeira vista, seria evidente a inatividade do legislador em relação ao cumprimento do dever constitucional de legislar”. “À primeira vista”, frisou o STF, pois “não se pode afirmar uma total inércia legislativa, haja vista os vários projetos de lei complementar apresentados e discutidos no âmbito das Casas Legislativas durante esse período.”. Argumentou a colenda corte ainda, contudo, que a demora na discussão e votação dos projetos de lei também poderia configurar “omissão passível de vir a ser reputada morosa no caso de os órgãos legislativos não deliberarem dentro de um prazo razoável sobre o projeto de lei em tramitação”. Decidiu, assim, o Tribunal, que, apesar dos diversos projetos de lei apresentados, “restaria configurada a omissão inconstitucional quanto à

efetiva deliberação da lei complementar em questão”. Chegou-se, assim, ao termo de 18 meses, considerado pelo STF um período razoável para que o Congresso Nacional deliberasse sobre os vários projetos em tramitação em suas casas e, assim, editasse a lei complementar federal reclamada.

Esse episódio foi bastante documentado pelos jornais, e sobre ele farei um estudo de caso na segunda parte deste capítulo. Os dados apresentados nas Tabelas 3.9 e 3.12, permitem, contudo, uma melhor apreciação dos fatos que antecederam e sucederam a decisão do STF. Antes dela, conforme mostra a Tabela 3.9, tramitaram no Congresso Nacional 37 projetos normativos que tratavam exatamente da criação e fusão de municípios, dos quais se originaram 2 normas, sendo uma delas a Emenda Constitucional 15, de 1996, cuja regulamentação por lei complementar foi demandada no STF. No exato dia em que o STF decidiu, conforme mostrarei adiante, parte desses projetos encontrava-se em deliberação em comissões do Senado e da Câmara, e dois deles vieram a ser convertidos na Emenda Constitucional 57, de 2008, com a qual o Congresso Nacional neutralizou o prazo concedido pelo STF. A Tabela 3.11 revela que a EC 57/2008 não foi a única resposta do Congresso: após a decisão do STF, foram 14 os projetos apresentados sobre o mesmo tema.

TABELA 3.9
Atividade legislativa do Congresso Nacional anterior às decisões do STF,
por tema (1988-data da decisão)

Tema	Norma	Projetos anteriores	Normas anteriores
Remuneração dos ministros do STF	Lei 07721/89	2	1
Remuneração dos membros do Ministério Público	Lei 07711/88 Lei 08625/93	3	3
Contagem de tempo de serviço para aposentadoria	Lei 08112/90	16	4
Aposentadoria dos membros do Ministério Público	LC 75/93	3	3
Contribuição de inativos e pensionistas	EC 41/03	16	7
Pensão militar	Lei 08216/91	7	1
Extinção de vínculo empregatício por aposentadoria	Lei 09528/97	11	1

Tema	Norma	Projetos anteriores	Normas anteriores
Seguro-desemprego condicionado a filiação em colônia de pescadores	Lei 10779/03	22	3
Limite máximo para benefícios da previdência	EC 20/98	12	2
Contribuição social sobre lucro líquido	Lei 07689/88	9	4
Majoração de contribuição social para a seguridade	Lei 08162/91	14	5
Contribuição sobre folha de salário	Lei 08212/91	16	6
Contribuição sobre produção agrícola	Lei 08870/94	3	2
PIS/PASEP	Lei 09715/98	4	3
Destinação da CIDE combustíveis	Lei 10640/03	8	3
Parcelamento do imposto de renda	Lei 08134/90	1	1
Imunidade tributária	Lei 09532/97	16	2
Imposto e contribuição sobre movimentação financeira	EC 03/93 EC 21/99 LC 77/93	3	2
ICMS sobre transporte aéreo	LC 87/96	6	3
Taxa de conservação rodoviária	Lei 08155/90	1	1
Exigência de comprovação de quitação de tributo	Lei 07711/88	4	3
Exigência de depósito para discussão de débito junto ao INSS	Lei 08870/94	3	1
Estatuto da advocacia	Lei 08906/94 Lei 10358/01	16	4
Critérios para nomeação de membros de tribunal	Lei 07872/89 Lei 07873/89 Lei 08215/91	10	7
Pagamento de precatórios pela Fazenda Pública	Lei 08213/91 Lei 11033/04	9	4
Juizado especial	Lei 09099/95	15	4
Prerrogativa de função	Lei 10628/02	7	1
Tabelamento de mensalidades escolares	Lei 08039/90	7	2
Transferência para instituição de educação congênera	Lei 09536/97	9	1
Funções de magistério	Lei 11301/06	5	2
Servidores do Banco Central	Lei 08112/90	1	1
Competência da Justiça do Trabalho sobre servidor	Lei 08112/90	2	1
Exigência de concurso público para acesso de servidor	Lei 08112/90	6	5
Fiscalização de profissões regulamentadas	Lei 09649/98	1	1

128 Judicialização ou representação?

Tema	Norma	Projetos anteriores	Normas anteriores
Fiscalização de fundações pelo Ministério Público do Distrito Federal	Lei 10406/02	0	0
Criação e fusão de municípios	–	37	2
Exposição de criança em meio de comunicação	Lei 08069/90	8	2
Lei de imprensa	Lei 05250/67	22	0
Restrição de partidos aptos a lançar candidatura para presidente	Lei 08713/93	15	3
Restrição de propaganda de pequenos partidos	Lei 09096/95	62	7
Filiação partidária dos membros do Ministério Público	Lei 08625/93 LC 75/93	9	2
Ação rescisória eleitoral	LC 86/96	2	1
Verticalização das coligações partidárias	EC 52/06	10	1
Restrição à divulgação de pesquisa eleitoral	Lei 11300/06	68	6
Quebra de sigilo em investigação feita por juiz	Lei 09034/95	15	2
Liberdade provisória	Lei 10826/03	16	4
Indenização por impacto ambiental	Lei 09985/00	32	1
Total		564	125

3.2. AS RESPOSTAS DO PODER LEGISLATIVO

Passemos agora a analisar a atividade legislativa do Congresso Nacional no momento posterior às decisões do STF. A Tabela 3.10 mostra que, considerados os 48 casos, são 329 os projetos que receberam tramitação no Congresso Nacional versando sobre exatamente os mesmos temas das normas declaradas inconstitucionais. Desses 329 projetos, 62 lograram ser convertidos em normas entre a data da decisão do STF e o fim de 2009. Às 47 normas declaradas inconstitucionais, o Congresso Nacional respondeu, portanto, promulgando um número ainda maior de diplomas legais do que aqueles invalidados (em sua imensa maioria, como sabemos, apenas parcialmente) pelo STF. Se o número de normas promulgadas após as decisões já é expressivo, tanto mais o é o de projetos, mesmo considerando-se que ao menos 62 deles deram origem a tais normas.

TABELA 3.10

**Atividade legislativa do Congresso Nacional posterior à decisão do STF: totais
(data da decisão-2009)**

Tipo de atividade legislativa	Quantidade
Projetos	329
Normas	62
Total de proposições legislativas	391

Considerando-se além das 47 normas declaradas inconstitucionais a decisão do julgamento de inconstitucionalidade por omissão, tem-se que, para os 48 casos, a média de 6,85 projetos foram apresentados no Congresso entre a manifestação do STF e o final de 2009. Trata-se de resposta significativa, sobretudo se temos em mente que esse levantamento considera apenas os projetos que tratam dos exatos mesmos temas declarados inconstitucionais pelo Supremo. Dentre todos os projetos classificados, uma média de 1,29 foi posteriormente convertida em norma promulgada pelo Congresso Nacional no mesmo período de tempo. Trata-se de média bastante consistente, pois que já se consideraria uma resposta ótima se o Congresso promulgasse apenas uma norma para cada qual invalidada pelo STF, e tanto mais o é que ele o faça, em algumas situações, mais de uma vez. A Tabela 3.11 apresenta as referidas médias de projetos e normas com os quais o Congresso respondeu ao STF até o final de 2009.

TABELA 3.11

**Atividade legislativa do Congresso Nacional posterior à decisão do STF: médias
(data da decisão-2009)**

Tipo de atividade legislativa	Média
Projetos	6,85
Normas	1,29
Total de proposições legislativas	8,14

Ao analisarmos um a um os casos, percebemos que a distribuição de projetos e normas é mais heterogênea para o momento posterior à decisão

do STF do que para aquele anterior. Alguns temas parecem suscitar resposta mais efusiva do Congresso no que tange à apresentação de iniciativas legislativas, outros se revelam mais aptos a gerar os consensos necessários para sua conversão em lei. Não parece haver simetria entre os temas recorristas em número de iniciativas legislativas antes da decisão do Supremo e depois. Diferentemente do momento que precede a decisão, as matérias de natureza eminentemente política, por exemplo, não se encontram entre as mais apresentadas, o que demonstra uma consistência do Congresso em relação aos consensos almejados antes da intervenção judicial. Se o número de iniciativas legislativas antes da decisão do STF é superior ao encontrado após esta, isso não significa uma capacidade diminuta de resposta do Congresso, senão porém a manutenção das deliberações já encaminhadas antes das decisões judiciais – afinal, o número de projetos em tramitação antes delas continua constante, sendo computados nessa classificação apenas os projetos novos, apresentados entre a data da decisão do STF e o final de 2009.

Além do tema da criação e fusão de municípios, cuja decisão do STF gerou como resposta do Congresso a apresentação de 14 projetos, conforme mencionei antes, produziram quantidades significativas de iniciativas legislativas temas de natureza financeira e orçamentária, como os casos de criação de impostos sobre movimentação financeira, cujas 3 normas contestadas pelo STF suscitaram 34 projetos; a contribuição de intervenção no domínio econômico relativa a combustíveis (CIDE-Combustíveis), cuja destinação ensejou a apresentação de 19 projetos; a contribuição social para a seguridade, cuja majoração foi objeto de 16 projetos; e o pagamento de precatórios pela Fazenda Pública, tema sobre o qual o Congresso respondeu à decisão do STF propondo 27 projetos. Chamam ainda atenção os temas relativos à administração da justiça e organização dos tribunais: as decisões do Supremo relativas às duas legislações que tratavam do Estatuto da Advocacia ensejaram 34 respostas do Congresso, ao passo que as normas referentes à remuneração dos ministros do STF e dos membros do Ministério Público geraram, respectivamente, 14 e 15 iniciativas legislativas.

No que diz respeito aos projetos apresentados após a decisão do STF que lograram ser convertidos em normas, observa-se que a distribuição é bastante heterogênea, embora mantenha consistência com as iniciativas legislativas propostas em maior frequência. As 62 normas que se sucederam às decisões do STF não contemplam os 48 casos, havendo 27 temas para os quais, embora o Congresso tenha respondido com projetos, não se logrou obter, talvez por limitações de tempo, o consenso necessário para a transformação em norma.

Há temas, contudo, para os quais o Congresso respondeu com bem mais de uma norma, embora o tenha feito naturalmente em momentos diferentes do intervalo de tempo analisado, como são os casos da remuneração dos ministros do STF e dos membros do Ministério Público, cada qual responsável pela promulgação de 7 normas supervenientes às respectivas decisões do STF. Estes, contudo, são casos que figuram entre os mais antigos do intervalo considerado, situando-se logo no início da linha de tempo analisada, pois que as normas invalidadas foram promulgadas em 1989 e 1988, respectivamente. O mesmo argumento é válido para o caso da contribuição social para a seguridade, cujas deliberações no Congresso a respeito de sua eventual majoração resultaram na promulgação de 9 normas: a lei declarada inconstitucional pelo Supremo datava de 1991, de modo que entre os 18 anos transcorridos até 2009 é natural que o consenso majoritário tenha sido refeito mais de uma vez. Outro caso para o qual se encontra um número de normas supervenientes bem maior que a média é o do imposto e contribuição sobre movimentação financeira, que ensejou como resposta do Congresso a promulgação de 6 diplomas legais. Também para isso há uma explicação descomplicada: trata-se de tema sobre o qual o STF declarou inconstitucional 3 normas diferentes promulgadas pelo Congresso em momentos também diferentes, de modo que, na verdade, poder-se-ia supor que para cada uma delas a resposta se deu dentro da média encontrada para o conjunto de leis invalidadas. É o que se pode conferir na Tabela 3.12, que relaciona cada um dos diplomas legais do Congresso Nacional declarados (mesmo que parcialmente) inconstitucionais pelo STF entre 1988 e 2009 (incluindo o caso em que a inconstitucionalidade

132 Judicialização ou representação?

deveu-se à ausência de norma), com os temas que possuíam por objeto e os projetos e as normas que se sucederam às respectivas decisões judiciais.

Uma vez conhecida a atividade legislativa do Congresso Nacional anterior e posterior a cada uma das decisões do STF que resultou em declaração de inconstitucionalidade, podemos chegar a algumas conclusões cruzando-se esses dados. No que tange aos projetos de lei, em apenas um caso havia vácuo legislativo quando da decisão do STF, ou seja, com apenas uma exceção, sempre que o STF declarou inconstitucional alguma lei do Congresso Nacional, tramitava em suas casas ao menos um projeto versando sobre o mesmo objeto da lei alvo de impugnação. Para esse único caso de vácuo, interessantemente também não houve resposta do Congresso, o que permite supor o desinteresse do Legislativo em normatizar a matéria – que, no caso, era bastante específica, qual seja, a fiscalização de fundações pelo Ministério Público do Distrito Federal.

TABELA 3.12
Atividade legislativa do Congresso Nacional posterior às decisões do STF,
por tema (data da decisão-2009)

Tema	Norma	Projetos posteriores	Normas posteriores*
Remuneração dos ministros do STF	Lei 07721/89	14	7
Remuneração dos membros do Ministério Público	Lei 07711/88 Lei 08625/93	15	7
Contagem de tempo de serviço para aposentadoria	Lei 08112/90	8	4
Aposentadoria dos membros do Ministério Público	LC 75/93	1	1
Contribuição de inativos e pensionistas	EC 41/03	3	0
Pensão militar	Lei 08216/91	3	0
Extinção de vínculo empregatício por aposentadoria	Lei 09528/97	1	0
Seguro-desemprego condicionado a filiação em colônia de pescadores	Lei 10779/03	0	0
Limite máximo para benefícios da previdência	EC 20/98	3	2
Contribuição social sobre lucro líquido	Lei 07689/88	0	0
Majoração de contribuição social para a seguridade	Lei 08162/91	16	9

Tema	Norma	Projetos posteriores	Normas posteriores*
Contribuição sobre folha de salário	Lei 08212/91	13	4
Contribuição sobre produção agrícola	Lei 08870/94	1	0
PIS/PASEP	Lei 09715/98	1	1
Destinação da CIDE combustíveis	Lei 10640/03	19	2
Parcelamento do imposto de renda	Lei 08134/90	8	3
Imunidade tributária	Lei 09532/97	6	0
Imposto e contribuição sobre movimentação financeira	EC 03/93 EC 21/99 LC 77/93	34	6
ICMS sobre transporte aéreo	LC 87/96	4	1
Taxa de conservação rodoviária	Lei 08155/90	5	1
Exigência de comprovação de quitação de tributo	Lei 07711/88	1	0
Exigência de depósito para discussão de débito junto ao INSS	Lei 08870/94	0	0
Estatuto da advocacia	Lei 08906/94 Lei 10358/01	25	0
Crerícios para nomeação de membros de tribunal	Lei 07872/89 Lei 07873/89 Lei 08215/91	32	4
Pagamento de precatórios pela Fazenda Pública	Lei 08213/91 Lei 11033/04	27	3
Juizado especial	Lei 09099/95	1	0
Prerrogativa de função	Lei 10628/02	3	0
Tabelamento de mensalidades escolares	Lei 08039/90	16	1
Transferência para instituição de educação congêneres	Lei 09536/97	1	0
Funções de magistério	Lei 11301/06	0	0
Servidores do Banco Central	Lei 08112/90	3	3
Competência da Justiça do Trabalho sobre servidor	Lei 08112/90	3	0
Exigência de concurso público para acesso de servidor	Lei 08112/90	1	0
Fiscalização de profissões regulamentadas	Lei 09649/98	2	0
Fiscalização de fundações pelo Ministério Público do Distrito Federal	Lei 10406/02	0	0
Criação e fusão de municípios	–	14	0
Exposição de criança em meio de comunicação	Lei 08069/90	9	1
Lei de imprensa	Lei 05250/67	1	0
Restrição de partidos aptos a lançar candidatura para presidente	Lei 08713/93	9	1

134 Judicialização ou representação?

Tema	Norma	Projetos posteriores	Normas posteriores*
Restrição de propaganda de pequenos partidos	Lei 09096/95	2	1
Filiação partidária dos membros do Ministério Público	Lei 08625/93 LC 75/93	3	0
Ação rescisória eleitoral	LC 86/96	1	0
Verticalização das coligações partidárias	EC 52/06	2	0
Restrição à divulgação de pesquisa eleitoral	Lei 11300/06	5	0
Quebra de sigilo em investigação feita por juiz	Lei 09034/95	8	0
Liberdade provisória	Lei 10826/03	4	0
Indenização por impacto ambiental	Lei 09985/00	1	0
Total		329	62

Quanto ao esmagador número de casos em que há ausência de vácuo legislativo no que tange a projetos de lei, observa-se também uma correspondente resposta efusiva do Congresso Nacional: são 42 os casos em que à presença de atividade legislativa antes da decisão segue-se mais atividade legislativa após a decisão. Em outras palavras, onde não há vácuo, a tendência é que se observe respostas do Congresso à decisão do STF. São apenas 4 os casos nos quais, em relação aos projetos, não há vácuo legislativo anterior à decisão, porém também não há respostas do Congresso Nacional após esta. Os casos tratam de assuntos variados e quase todos bem específicos: seguro-desemprego condicionado a filiação em colônia de pescadores, exigência de depósito para discussão de débito perante o INSS, contribuição social sobre lucro líquido, e funções de magistério. Para esses temas, pode-se supor que o Congresso não tenha se visto impelido a apresentar novos projetos sobre a matéria declarada inconstitucional após a decisão do Supremo seja porque a) havia já, antes da decisão, em todos os quatro casos, outra norma regulamentando o mesmo assunto, ou b) havia já, antes da decisão, em todos os quatro casos, projetos de lei em tramitação sobre o mesmo assunto.

TABELA 3.13
Correlação entre vácuo legislativo e resposta
do Congresso Nacional: projetos

Resposta	Vácuo	
	Sim	Não
Sim	0	42
Não	1	4

No que tange às normas promulgadas, são apenas dois os casos de vácuo legislativo encontrados. Esse dado é curioso uma vez que a análise qualitativa realizada foi bastante criteriosa, e apenas leis que tratavam do mesmo objeto específico da declaração de inconstitucionalidade foram integradas ao universo da pesquisa. Isso significa que, com apenas duas exceções, a lei declarada inconstitucional pelo STF não era a única no ordenamento jurídico pátrio a regulamentar determinado tema. Esse dado não é inconsistente, tendo em vista que as declarações de inconstitucionalidade, como vimos anteriormente neste livro, tendem a ser parciais e afetar porções reduzidas da norma impugnada, em muitos casos não mais que um de seus dispositivos (artigos, incisos, alíneas ou parágrafos), e em tantos outros apenas parte deles (expressões ou palavras). Nos dois casos em que se verifica vácuo legislativo, não se observa também a promulgação de normas pelo Congresso posteriormente à decisão do STF. Um dos casos é o da fiscalização de fundações pelo Ministério Público do Distrito Federal, e aqui o motivo pode ser o mesmo aventado para a ausência de projetos propostos: desinteresse do Legislativo federal em legislar sobre tema tão específico. No segundo caso o motivo certamente é outro, pois que trata-se da lei de imprensa, objeto da única ADPF constante do universo pesquisado.

Dada a abrangência da legislação, não havia outra norma além daquela promulgada ainda em 1967 que tratasse sobre o assunto. E considerando que o repúdio pelo STF dessa lei promulgada ainda sob o regime ditatorial deu-se no mesmo ano (2009) em que se concluiu a coleta de dados desta

pesquisa, é natural que não houvesse ainda outra norma legislada sobre o mesmo tema – por mais que existissem já projetos em trâmite no Congresso com a finalidade de regulamentar a matéria.

Excluídos esses dois casos, são 45, portanto, aqueles em que não se observa vácuo legislativo – ou seja, quase sempre que o STF declarou alguma norma inconstitucional, havia outra lei ou ato normativo em vigor que tratava do mesmo tema específico impugnado. As respostas do Congresso após a decisão do STF seguem, diferentemente do que ocorre com os projetos, uma distribuição mais heterogênea – o que, contudo, é mais do que esperado, uma vez que o que está em jogo agora são normas, as quais levam um tempo considerável para seguir seu curso até a promulgação, como veremos neste capítulo.

São 20 os casos – ou seja, pouco menos que a metade – em que mesmo havendo legislação anterior à decisão do Supremo o Congresso edita nova norma após esta. Isso evidencia a intenção do Legislativo em dar a última palavra, manifestando sua vontade de eventualmente dar nova regulamentação a determinada matéria, mais do que simplesmente opor a sua com a última palavra diante da censura do STF. Finalmente, são 25 os casos em que, na inexistência de vácuo legislativo anterior, o Congresso não responde à decisão do STF com a promulgação de uma norma. Aqui tanto pode-se supor que a lei ou ato normativo preexistente pareça suficiente ao Congresso, como também (o que parece mais provável diante do significativo número de projetos apresentados após as decisões) que não tenha decorrido o tempo hábil para que um projeto (anterior ou posterior às decisões) converta-se em lei.

TABELA 3.14
Correlação entre vácuo legislativo e resposta
do Congresso Nacional: normas

Resposta	Vácuo	
	Sim	Não
Sim	0	20
Não	2	25

3.3. TIPOS E TEMPO DE RESPOSTA DO CONGRESSO NACIONAL

O fato de os 62 diplomas legais promulgados pelo Congresso Nacional após as decisões dos 48 casos de declaração de inconstitucionalidade tratarem exatamente dos mesmos temas das normas (ou, na maioria dos casos, partes delas) invalidadas pelo STF não é suficiente para configurá-los como respostas do Congresso, a menos que os submetamos a uma análise minimamente qualitativa. Como afirmar com maior precisão que o Poder Legislativo efetivamente responde ao Supremo, e como qualificar essa resposta? Com a leitura de cada uma das 62 normas, foi possível classificá-las com base em quatro tipos de resposta possíveis, quais sejam:

1. **Alteração da Legislação Anterior:** o Congresso Nacional promulga uma lei com o único e claro objetivo de alterar a legislação (parcialmente) declarada inconstitucional pelo STF. O conteúdo da nova norma expressamente limita-se a declarar que a lei impugnada pelo STF passa a vigorar com nova redação, de modo a sanar o vício de inconstitucionalidade identificado pelo STF;
2. **Revogação da Legislação Anterior:** O Congresso Nacional promulga uma lei com o único e claro objetivo de revogar legislação ou dispositivos de legislação declarados inconstitucionais pelo STF. O conteúdo da nova norma expressamente limita-se a declarar a revogação da lei impugnada pelo STF, constituindo, assim, um caso de revogação expressa;
3. **Promulgação de Legislação Nova:** O Congresso Nacional promulga uma lei que trata do exato mesmo tema objeto da declaração de inconstitucionalidade do STF, contornando, assim, o vício identificado pelo Supremo. Trata-se de uma forma de derrogação ou revogação tácita da legislação anterior;
4. **Emenda à Constituição:** O Congresso Nacional promulga uma emenda à Constituição com o claro e incontestado objetivo de contornar a declaração de inconstitucionalidade do STF, passando a disciplinar, no texto constitucional, a matéria objeto da norma impugnada.

Cada uma das 62 normas promulgadas pelo Congresso Nacional após decisão do STF que impugnara, mesmo que parcialmente, algum diploma legal por ele emanado se encaixa em uma dessas quatro categorias, identificando-se a um dos tipos de resposta classificados. A Tabela 3.15 indica as frequências encontradas para cada um dos quatro tipos de resposta, assim como a proporção de cada um deles no universo total de normas supervenientes às decisões judiciais analisadas.

TABELA 3.15
Tipo de resposta do Congresso
(1988-2009)

	Nº de normas	%
Alteração	2	3,23
Revogação expressa	1	1,61
Legislação nova	45	72,58
Emenda	14	22,58
Total	62	100

Nota-se que são raros os casos nos quais o Congresso edita leis com a única finalidade de expressamente revogar ou alterar a letra da norma contestada pelo STF. Há apenas dois casos de lei cujo teor destina-se especificamente a determinar a alteração da redação da norma anterior – o que, de todo modo, apenas pode ser feito em casos nos quais a inconstitucionalidade tenha sido parcial, incidindo apenas sobre um ou mais dispositivos legais cuja redação será então objeto da alteração prescrita pela lei superveniente. Nesses casos, em regra, a nova norma alude à anterior e declara que algum ou alguns de seus dispositivos passam a vigorar com nova redação, especificando-a.

Ainda mais raro, com apenas 1 ocorrência, é o caso de lei que determina expressamente a revogação da norma declarada inconstitucional pelo Supremo. Aqui, o escopo único da lei é o de declarar a revogação da norma em questão, e isso é feito de forma expressa e incontestada, com

referência explícita à lei a ter a sua vigência extinta. Não é de se chamar atenção que este seja o tipo de resposta de apenas 1,61% dos casos, pois que, como se sabe, tal expediente é dispendioso, uma vez que a decisão do Supremo, com sua eficácia *erga omnes* e efeito vinculante, implica necessariamente a retirada da norma impugnada do ordenamento jurídico – o que, de acordo com o artigo 52, inciso X, da Constituição, deve ser feito pelo Senado Federal por meio de decreto legislativo.

A resposta do Congresso mais frequente, com 45 normas representando 72,58% dos casos, é a promulgação de legislação nova tratando do mesmo tema objeto da declaração de inconstitucionalidade do Supremo. Aqui se tem certamente uma situação de revogação tácita, pois a norma superveniente que trata do mesmo objeto de norma precedente acaba por suspender-lhe os efeitos. Trata-se da mera aplicação do basilar princípio jurídico sobre a hierarquia das fontes normativas que prescreve que “norma posterior revoga norma anterior”. Pode-se considerar também que alguns desses casos configuram situação de derrogação, pois que a revogação, mesmo que tácita, da normativa anterior pode ser apenas parcial, seja porque a nova lei é mais ampla e trata de mais questões do que meramente aquela atacada pelo STF, seja porque a nova lei é mais restrita e aborda menos aspectos que aqueles atacados pelo Supremo (ou, ainda, não alcança todos os objetos impugnados, mesmo que parcialmente, pelo Supremo).

Há ainda uma peculiaridade que cerca esse tipo de resposta classificado como “promulgação de legislação nova”. Dentro dessa categoria encontram-se normas que simplesmente tratam dos mesmos temas declarados inconstitucionais de maneira nova e normas que o fazem da mesma maneira sugerida pelo STF em sua decisão. Quanto a esse segundo caso, sabe-se que, muitas vezes, ao declarar a inconstitucionalidade de uma norma, os ministros do STF, em seus votos, apontam o vício de inconstitucionalidade indicando como este eventualmente deveria ser sanado. É o que acontece quando argumentam como a norma ou o dispositivo inconstitucional deveria estar redigido, de modo a não padecer do vício de inconstitucionalidade.

140 Judicialização ou representação?

Parcela das leis supervenientes promulgadas pelo Congresso Nacional sobre os mesmos temas o fazem no exato mesmo sentido da decisão do STF, de modo a aparentemente reparar o vício de inconstitucionalidade de maneira literal e, assim, contornar, com a legislação nova, a suposta baixa sofrida no tribunal. A Tabela 3.16 apresenta de forma desagregada os dados relativos a esse tipo de resposta mais frequente do Congresso Nacional. Nota-se que das 45 respostas classificadas como promulgação de legislação nova, 37, ou 59,68%, o fazem oferecendo tratamento novo aos mesmos temas, sem que isso necessariamente implique fazê-lo da exata forma sugerida pelo Supremo. As outras 8 leis, por sua vez, que equivalem a 12,90% desses casos, disciplinam a mesma matéria impugnada seguindo o exato sentido expresso pelo STF em sua decisão.

TABELA 3.16

Tipo de resposta do Congresso: dados sobre legislação nova desagregados (1988-2009)

	Nº de normas	%
Alteração	2	03,23
Legislação nova	37	59,68
Legislação nova no mesmo sentido da decisão do STF	8	12,90
Revogação expressa	1	01,61
Emenda	14	22,58
Total	62	100

Por fim, temos que 14 das 62 respostas do Congresso, ou o equivalente a 22,58% do total de normas posteriores às decisões do STF, consistem na promulgação de uma emenda à Constituição. Sabemos que, do conjunto de 47 normas do Congresso declaradas inconstitucionais pelo STF, apenas 5 eram emendas à Constituição. Ora, se 14 normas supervenientes eram emendas à Constituição, isso significa que, mesmo que a cada uma das 5 emendas constitucionais invalidadas o Congresso tenha respondido com

outra emenda à Constituição, até 9 outros diplomas legais (leis ordinárias ou leis complementares) impugnados pelo Supremo podem ter gerado como resposta uma emenda constitucional. Além disso, isolando-se, na Tabela 3.16 as emendas constitucionais invalidadas pelo STF, podemos perceber que estas, juntas, implicaram como resposta apenas 8 normas supervenientes – e não necessariamente todas com a sua mesma natureza jurídica, isto é, emendas constitucionais. Isso nos permite deduzir que pelo menos 6 das 14 emendas constitucionais supervenientes não se destinavam a responder à declaração de inconstitucionalidade de outra emenda constitucional.

As duas últimas constatações conduzem à clara inferência de que o Congresso Nacional escolhe disciplinar por meio de emenda à Constituição matérias anteriormente tratadas em legislação ordinária. Isso certamente dificulta que determinadas expressões da vontade majoritária sejam uma vez mais afrontadas pelo STF. Há circunstâncias, afinal, nas quais votar uma emenda à Constituição pode ser preferível a votar uma lei ordinária ou complementar – a despeito dos quóruns exigidos, da dinâmica institucional interna e do sucesso estimado das coalizões majoritárias existentes.

Analisados os tipos de respostas do Congresso Nacional ao STF, passemos agora ao exame do tempo destas. Considerando, do universo de 329 iniciativas legislativas apresentadas no Congresso após as declarações de inconstitucionalidade, apenas os primeiros projetos propostos após cada uma das 67 decisões, encontramos um total de 48.³ Desses 48 projetos imediatamente subsequentes às decisões judiciais, temos que 22, ou 45,83%, foram apresentados menos de 6 meses após estas. Mais especificamente, quase metade das respostas do Congresso à invalidação de suas

³ Note-se, a fim de evitar possíveis confusões, que a proximidade dos valores em referência (48 casos de inconstitucionalidade, 47 temas tratados nas normas invalidadas e 48 primeiros projetos apresentados após as decisões) deve-se a uma mera coincidência: naturalmente, aqui, computar-se-iam os 67 primeiros projetos apresentados após as 67 decisões do STF analisadas, ou os 48 que se seguem às 48 normas declaradas inconstitucionais, contudo, ocorre, por exemplo, que a algumas decisões não correspondem projetos, além do que, como já sabemos, algumas ações foram julgadas juntas.

142 Judicialização ou representação?

normas pelo Supremo deu-se no intervalo de tempo compreendido entre 1 dia e 6 meses depois de proferida a revisão judicial. Trata-se, sem dúvida, de uma reação bastante rápida – e que gera respostas bastante eficientes, conforme constatamos quando nos detivemos sobre sua capacidade em converter-se em normas, sua natureza jurídica e seu conteúdo.

TABELA 3.17
Tempo de resposta: projetos imediatamente posteriores às decisões do STF (1988-2009)

	Projetos	%
0 a 6 meses	22	45,83
6 a 12 meses	5	10,42
12 a 18 meses	5	10,42
18 a 24 meses	6	12,50
Mais que 24 meses	10	20,83
Total	48	100

Outra parcela expressiva de projetos segue-se às decisões do STF em tempo bastante curto: 10,42% foram apresentados entre 6 e 12 meses após a decisão, e o mesmo percentual recebeu trâmite entre 12 e 18 meses após estas. Se mais da metade dos projetos foi apresentada, portanto, menos de um ano após as decisões do Supremo, apenas 20,83% deles, o equivalente a 10 iniciativas legislativas, o foram decorridos mais de 24 meses da data das decisões. Assim, se, por um lado, esses dados conferem relativo alto grau de probabilidade de esses 10 projetos, apesar de sua coincidência temática, não terem sido suscitados pelas decisões do Supremo, por outro, os mesmos dados conferem, inversamente, uma grande probabilidade de os 66,67% de projetos apresentados menos de um ano após as decisões judiciais terem sido efetivamente provocados por elas.

Examinadas as taxas de sucesso dos projetos convertidos em normas dentro do período analisado, resta conhecer o tempo decorrido entre as decisões do STF e a promulgação de cada uma das 62 normas supervenientes

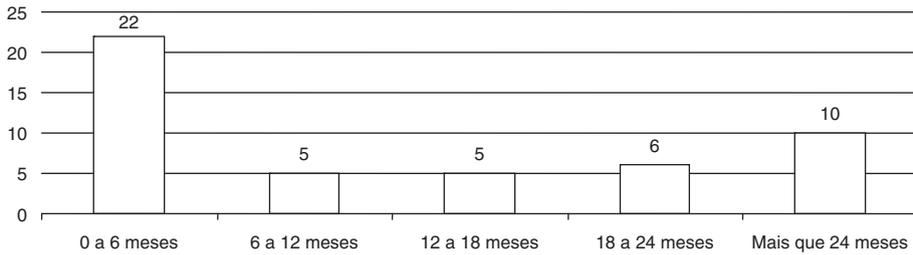


GRÁFICO 3.2 Tempo de resposta: Projetos imediatamente posteriores às decisões do STF (1988-2009)

a estas. Aqui, claramente, é de se esperar que a relação entre tempo decorrido e quantidade de proposições legislativas se inverta em relação à Tabela 3.17. Não seria, afinal, razoável presumir que a mesma proporção de projetos apresentados entre 0 e 6 meses seja replicada em relação às normas promulgadas no mesmo intervalo de tempo. Se as iniciativas legislativas podem ser livremente apresentadas imediatamente após as decisões, o mesmo não pode ser dito em relação às normas: requer-se um tempo para que os projetos percorram as diversas fases do processo legislativo e sejam aprovados e promulgados. Mais importante do que isso, requer-se um tempo para que o Poder Legislativo realize o processo de deliberação que é inerente à representação política, e os consensos – sobretudo aqueles que dizem respeito à renovação da expressão da vontade majoritária após um choque sofrido pela corte constitucional – sejam formados e consolidados. A Tabela 3.18 apresenta indicativos disso.

Enquanto 79,17% das iniciativas legislativas são apresentadas em menos de 24 meses após as decisões do STF, 77,42% destas levam mais que esse mesmo período de tempo para serem convertidas em normas, isto é, votadas e promulgadas. Apenas 6,45%, ou, mais precisamente 4 das 62 normas, são promulgadas até 6 meses após as decisões do STF. Esses valores são tanto mais razoáveis quando temos em mente que para essa classificação foi levada em conta a data de promulgação do diploma legal – e não a data da votação do projeto que veio a ser

144 Judicialização ou representação?

aprovado, convertendo-se em norma. Sabe-se que entre a data de votação do projeto e a data de promulgação da norma incidem uma série de variáveis que não dependem inteiramente do Poder Legislativo. A norma aprovada no Congresso segue para o Executivo e, mesmo que conte com a sanção do presidente, esta pode levar um tempo, que ainda irá se somar àquele necessário para a promulgação e publicação, exaurindo, com esta última, as etapas do processo legislativo.

TABELA 3.18
Tempo de resposta: normas posteriores às decisões do STF
(1988-2009)

	Normas	%
0 a 6 meses	4	6,45
6 a 12 meses	2	3,23
12 a 18 meses	3	4,84
18 a 24 meses	5	8,06
Mais que 24 meses	48	77,42
Total	62	100

Caso seja objeto de veto presidencial, sabe-se que a norma retorna ao Congresso e mais um tempo será necessário para que reentre na pauta e seja votada a derrubada do mesmo,(???) para a qual certamente novos consensos terão de ser estabelecidos. Essas são variáveis que precisariam ser levadas em conta a fim de se estimar com precisão o tempo de resposta do Congresso às decisões de inconstitucionalidade dadas pelo Supremo. Sem controlá-las, temos, na verdade, um tempo estimado de resposta do Legislativo, pois que a data de promulgação da norma inclui em si o tempo gasto pelo Executivo até a sua publicação. Essas considerações tornam, portanto, ainda mais razoável o tempo de resposta do Congresso Nacional ao STF, no que tange à promulgação de normas supervenientes sobre os mesmos temas daqueles tratados em seus diplomas legais declarados inconstitucionais.

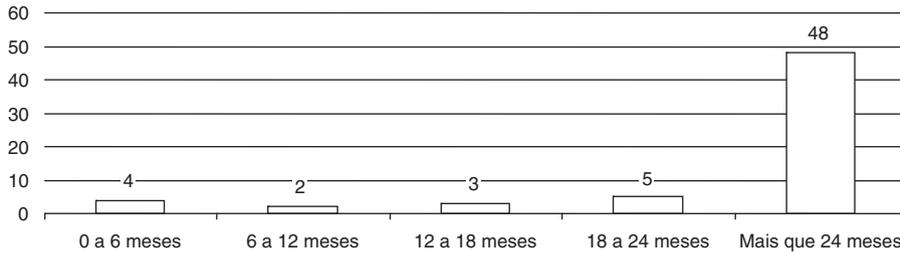


GRÁFICO 3.3 Tempo de resposta: normas posteriores às decisões do STF (1988-2009)

No que tange ao tempo médio de resposta do Congresso, temos que a primeira iniciativa legislativa apresentada após decisão do STF demora, em média, 476 dias, isto é, cerca de 16 meses. Já para a conversão de um dos projetos posteriores à decisão em norma são necessários em média 961 dias – ou seja, cerca de 32 meses se passam até que se dê a promulgação de uma norma sobre exatamente o mesmo tema da legislação invalidada pelo Supremo. No universo das 62 normas supervenientes com as quais o Congresso responde à declaração de inconstitucionalidade de alguma de suas normas anteriores, o menor tempo decorrido entre a apresentação de projeto e sua conversão em norma é de 43 dias, ou seja, 1,34 mês. Já o maior tempo de tramitação encontrado entre a introdução da iniciativa legislativa e a promulgação de norma é de 7.330 dias, ou seja, aproximadamente 244 meses. Como esse último caso, o da média mais elevada, apresenta um desvio padrão muito alto e encontra-se isolado em relação aos demais (pois que não há um significativo número de ocorrências com tão alto desvio padrão), é razoável supor que ele tenha tido um peso relativo em puxar para cima a média geral do tempo de resposta do Congresso às decisões do Supremo. Esses dados podem ser conferidos na Tabela 3.19 que relaciona cada uma das normas declaradas inconstitucionais pelo STF com as que foram elaboradas pelo Congresso em respectiva resposta, apontando o tempo transcorrido entre a proposição da iniciativa legislativa superveniente à referida decisão e a promulgação do novo diploma legal.

146 Judicialização ou representação?

Ao longo deste livro argumentei mais de uma vez que o STF atua como copartícipe da manifestação e consolidação da vontade majoritária expressa no Congresso Nacional. Nas próximas páginas, através de um estudo de caso, o da ADI 2240-7/BA, mostrarei que o STF: a) não questiona que o lócus da representação política seja efetivamente o Poder Legislativo, embora clame ser detentor de uma “representação discursiva”; b) exerce de forma eficiente a delegação política que lhe é conferida, seja expressamente pela Constituição, seja tacitamente pelos poderes Legislativo e Executivo; c) comporta-se de forma deferente ao Poder Legislativo em um número significativo de casos, deferindo a ele a competência exclusiva de legislar, por exemplo, em casos de ausência de leis complementares previstas pela Constituição; e d) vem criando novos mecanismos institucionais, como a “modulação dos efeitos” das decisões, explicada no capítulo anterior, que lhe permitem não se eximir de sua obrigação de decidir, porém fazê-lo sem prejuízo da competência legislativa do Congresso.

TABELA 3.19
Tempo de resposta: normas inconstitucionais e normas supervenientes
(1988-2009)

Nº	Normas inconstitucionais	Normas posteriores	Tempo de resposta (dias)
1	EC 03/1993	EC 12/96 Lei 9311/96 Lei 9539/97 EC 21/99	974 1044 1458 1919
2	EC 20/1998	EC 41/03 EC 47/03	260 824
3	EC 21/1999	Lei 10892/04 EC 56/07	649 1904
4	EC 41/2003	0	0
5	EC 52/2006	0	0
6	LC 75/1993	EC 41/03	1835
7	LC 77/1993	EC 12/96 Lei 9311/96 Lei 9539/97 EC 21/99	974 1044 1458 1919
8	LC 86/1996	0	0
9	LC 87/1996	LC 122/06	1842

A prevalência da vontade majoritária 147

Nº	Normas inconstitucionais	Normas posteriores	Tempo de resposta (dias)
10	Lei 05250/1967	0	0
11	Lei 07689/1988	0	0
12	Lei 07711/1988	Lei 8273/91 Lei 8625/93 Lei 8448/92 Lei 9031/95 Lei 10477/02	392 814 608 1604 4236
13	Lei 07721/1989	Lei 8224/91 Lei 8271/91 Lei 8448/92 Lei 10474/02 EC 41/03 Lei 11143/05 Lei 12041/09	726 826 1042 4670 5210 5795 7330
14	Lei 07872/1989	Lei 9699/98 Lei 11697/08	685 4251
15	Lei 07873/1989	Lei 9699/98 Lei 11697/08	685 4251
16	Lei 08039/1990	Lei 8869/94	497
17	Lei 08069/1990	Lei 10764/03	1561
18	Lei 08112/1990	Lei 9650/98 Lei 9528/97 Lei 9624/98 Lei 9732/98 EC 41/03 Lei 11094/05 Lei 10769/03	636 671 784 1037 2871 3059 4850
19	Lei 08134/1990	Lei 9250/95 Lei 9430/96 Lei 11311/06	1656 2023 5478
20	Lei 08155/1990	Lei 10636/02	4226
21	Lei 08162/1991	Lei 8688/93 EC 20/98 Lei 9528/97 Lei 9630/98 Lei 9732/98 Lei 9876/99 EC 47/05 Lei 11324/06 Lei 11430/06	148 2121 1751 1885 2117 2467 4515 4894 5054
22	Lei 08212/1991	Lei 9528/97 Lei 9676/98 Lei 9766/98 Lei 9876/99	797 999 1170 1513
23	Lei 08213/1991	Lei 9469/97 EC 30/00	43 1204
24	Lei 08215/1991	DL 6/93 EC 24/99	253 2675

148 Judicialização ou representação?

Nº	Normas inconstitucionais	Normas posteriores	Tempo de resposta (dias)
25	Lei 08216/1991	0	0
26	Lei 08625/1993	EC 41/03 Lei 11144/05	464 1019
27	Lei 08713/1993	Lei 9504/97	1238
28	Lei 08870/1994	0	0
29	Lei 08906/1994	0	0
30	Lei 09034/1995	0	0
31	Lei 09096/1995	Lei 9504/97	1238
32	Lei 09099/1995	0	0
33	Lei 09528/1997	0	0
34	Lei 09532/1997	0	0
35	Lei 09536/1997	0	0
36	Lei 09649/1998	0	0
37	Lei 09715/1998	Lei 10637/02	1246
38	Lei 09985/2000	0	0
39	Lei 10358/2001	0	0
40	Lei 10406/2002	0	0
41	Lei 10628/2002	0	0
42	Lei 10640/2003	Lei 10866/04 Lei 10865/04	137 133
43	Lei 10779/2003	0	0
44	Lei 10826/2003	0	0
45	Lei 11033/2004	EC 62/09	1105
46	Lei 11300/2006	0	0
47	Lei 11301/2006	0	0

3.4. DIÁLOGO INSTITUCIONAL? UM ESTUDO DE CASO

Em 30 de março de 2000, a Assembleia Legislativa do Estado da Bahia promulgou a lei estadual 7619, que criou o Município de Luís Eduardo Magalhães. A emanação desse ato normativo estadual deu-se após a realização de plebiscito, em 19 de março do mesmo ano, no qual foi consultada a população envolvida no processo de emancipação do então Distrito de Luís Eduardo Magalhães do Município de Barreiras. No mês de julho do mesmo ano, o PT propôs perante o STF uma ação direta de inconstitucionalidade,

a fim de impugnar a lei estadual que havia criado o município em questão. O principal argumento levantado nessa ADI 2240-7 postula a suposta inconstitucionalidade da lei estadual que criou o município, em ano de eleições municipais, na ausência da lei complementar requerida pelo §4º do artigo 18 da Constituição Federal – o qual, após ser alterado pela Emenda Constitucional n. 15, de 1996, determina que, por mais que municípios possam ser criados por lei estadual, o período em que essa criação pode ocorrer deve ser fixado em lei complementar federal.

A lei complementar federal, que passou a ser exigida constitucionalmente em setembro de 1996 pela EC n. 15, não havia ainda sido legislada pelo Congresso Nacional quando da decisão do STF na ADI 2240-7, em maio de 2007. Durante esse período, o Município de Luís Eduardo Magalhães promulgou sua lei orgânica, elegeu seu prefeito, vice-prefeito e vereadores, promulgou mais de duzentas leis municipais, instituiu tributos municipais, arrecadou tributos municipais, estaduais e federais, recebeu recursos federais e prestou serviços públicos de interesse local, apenas para mencionar alguns atos próprios de um ente federativo dotado de autonomia política.

O Ministro Eros Grau, relator da ADI 2240-7, decidiu, em um primeiro momento, pela improcedência da ação que visava declarar inconstitucional a lei estadual que criou o Município de Luís Eduardo Magalhães. Na exposição de seu voto, é possível identificar duas linhas argumentativas paralelas que o conduzem a tal decisão. A primeira linha argumentativa baseia-se no entendimento de que o município constitui uma “realidade fática” que não pode ser invalidada por norma e tampouco por decisão judicial. A segunda linha argumentativa baseia-se nas “consequências perniciosas” que adviriam de eventual declaração de inconstitucionalidade da lei que criou o município.

Eros Grau estava consciente de que a eventual declaração de inconstitucionalidade da lei estadual que criou o Município de Luís Eduardo Magalhães implicaria – ao tornar inconstitucional a existência política do próprio município – invalidar o plebiscito emancipatório realizado pela Justiça Federal e as eleições municipais realizadas pela Justiça Eleitoral;

cassar os mandatos do prefeito, vice-prefeito e vereadores; anular a Lei Orgânica e tornar inválidas centenas de leis promulgadas por uma Câmara Municipal legitimamente eleita; derrogar centenas de atos praticados por um Poder Executivo municipal também legitimamente eleito, além de outras ocorrências que certamente contribuiriam para que a excepcionalidade política da situação se convertesse em uma anomalia institucional. E por estar consciente de tudo isso, disse em seu voto: “Por isso esta Corte não pode limitar-se à prática de um mero exercício de subsunção. Cumpre considerarmos prudentemente a circunstância de estarmos diante de uma situação de exceção e as consequências perniciosas que adviriam de eventual declaração de inconstitucionalidade da lei.”

A prudência exige que o direito curve-se diante da política. E o Supremo diante do Congresso. Eros Grau afirma adiante, em seu voto: “A sua mais prudente aplicação [da Constituição], nas situações de exceção, pode corresponder exatamente à desaplicação de suas normas a essas situações.” O Ministro justifica aqui, em outras palavras, que deverá eximir-se de aplicar a Constituição, pois que isso implicaria declarar inconstitucional a lei impugnada e, com isso, produzir todas as indesejáveis consequências descritas. Assim, mesmo tendo juridicamente de admitir que “a exceção manifesta-se inicialmente em razão de omissão do Poder Legislativo, omissão que impede, desde a promulgação da EC 15/96, a criação, incorporação, fusão e desmembramento de Municípios”, o Ministro Eros Grau se convence a decidir pela improcedência da ADI 2240-7, ou seja, decide não declarar inconstitucional a lei impugnada. Ele se mostra confiante de que, em vez de servir de estímulo à criação de novos municípios de forma indiscriminada, sua decisão irá surtir consequências muito mais amplas, uma vez que: “Há de expressar como que um apelo ao Poder Legislativo, no sentido de que supra a omissão constitucional que vem sendo reiteradamente consumada.”

Esse seria um caso que se encerraria apenas com esse convite a um diálogo com o Congresso, contido no apelo para que ele editasse a lei complementar demandada pela EC 15/96. Na decisão, o STF não questionou que o Congresso Nacional seja o *locus* legítimo e efetivo da representação

política; ao contrário, reconheceu sua competência exclusiva para legislar e realizar a integração da Constituição por meio da edição das normas complementares por ela demandadas, mesmo em sede de emendas constitucionais. Sendo incontestado a inconstitucionalidade decorrente das leis estaduais que tratassem da criação, incorporação, fusão e desmembramento de municípios na ausência da lei complementar federal exigida pela Constituição, o STF poderia, simplesmente, ter declarado procedente a ADIN, invalidando, assim, a normativa estadual. Contudo, nesse caso, pode-se dizer que ele, ao contrário, exerce de forma eficiente a delegação que lhe é dada não apenas pela Constituição, diretamente, mas também, indiretamente, pelos partidos políticos com representação no Congresso Nacional. Foi um deles, no caso, o PT, que ajuizou a ADIN em questão. Diversas outras ADINS com o mesmo objeto, destinadas a impugnar leis análogas de outros estados, foram também impetradas por outros partidos políticos com representação no Congresso e também pelo Procurador-Geral da República (e, neste caso, a delegação que o STF recebe provém diretamente do Poder Executivo), conforme mencionarei adiante. Os mesmos partidos que buscaram a jurisdição constitucional do STF, conforme também mostrarei adiante, haviam já, anos antes em alguns casos, apresentado projetos de lei complementar e propostas de emendas à Constituição destinadas justamente a suprir a lacuna constitucional, ou seja, entregar o que fora demandado pela EC 15/96. Não seria razoável supor que esses partidos quisessem embargar a sua própria atividade legislativa; mas seria razoável acreditar que quisessem acelerá-la – o que efetivamente acontece, conforme mostrarei adiante, após a decisão do STF. Nesse caso, pelas duas razões apresentadas, é possível afirmar que o STF exerceu de maneira eficiente a delegação que lhe foi feita.

Entretanto, após ser proferido o voto do Ministro Eros Grau decidindo pela improcedência da ADIN 2240-7, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes pediu vista no processo. O voto vista foi dado em 9 de maio de 2007, quando, então, Gilmar Mendes sugere a adoção do mecanismo de modulação dos efeitos da decisão: manifesta-se pela declaração

da inconstitucionalidade sem a pronúncia da nulidade da lei impugnada. Propõe, a fim de tornar isso juridicamente possível (já que o artigo 27 da Lei 9.868/99 exige, conforme mencionei anteriormente, a fixação de um momento futuro para que a decisão surta seus efeitos), manter a vigência da lei impugnada por 24 meses, prazo durante o qual o legislador estadual poderia reapreciar o tema, tendo como base os parâmetros a serem fixados, ao longo desse mesmo período, na lei complementar federal. Na mesma data, o STF julgou outras ADINS semelhantes, modulando os efeitos das decisões que lhes deu a fim de, a despeito da declaração de inconstitucionalidade, manter também a validade jurídica, pelo período de 24 meses, de leis estaduais que determinaram a criação de municípios nos estados do Mato Grosso (ADI 3316-MT, ajuizada pelo Procurador-Geral da República), Santa Catarina (ADI 3489-SC, ajuizada pelo Procurador-Geral da República) e Pará (ADI 3689-PA, ajuizada pelo PMDB).

Ainda na mesma data, entretanto, o STF, por unanimidade, julgou procedente uma ação direta de inconstitucionalidade por omissão impetrada pela Assembleia Legislativa do Estado do Mato Grosso (ADI 3682-MT) com o objetivo de reconhecer a mora do Congresso Nacional em elaborar a lei complementar federal requerida pelo § 4º do artigo 18 da Constituição, na redação dada pela EC 15/96. Sendo esse um julgamento de ADIN por omissão, modalidade que, de acordo com a Constituição, exige que o Supremo notifique o órgão considerado omissor, o STF estabeleceu um prazo de 18 meses para que o Congresso emanasse a norma exigida pela Constituição.

É interessante notar que este último caso, o da ADIN por omissão que culminou no estabelecimento do prazo de 18 meses, teve como requerente o Poder Legislativo estadual e como requerido o Poder Legislativo federal. Já as ADINS contra leis estaduais foram impetradas tanto por partidos da base governista como por partidos da oposição, além do Procurador-Geral da República, em nome do Poder Executivo federal. O STF deu a mesma decisão em todas as ADINS, o que, a despeito da similitude do

objeto tratado, indica que, seja a tripla deferência ao Poder Legislativo (ao não invalidar as leis estaduais, ao não tentar suprir de moto próprio o suposto vácuo legislativo e ao reconhecer a competência legislativa exclusiva do Congresso, clamando para que ele edite a norma integradora da Constituição), seja a suposta atitude interventiva de definir um prazo para a realização da atividade legislativa, não podem ser tributadas a qualquer postura partidária do tribunal.

Ao discutir o mérito da ADI 3682-MT, que tinha por objeto a declaração de inconstitucionalidade por omissão, argumentou-se no STF que, considerado o lapso temporal de mais de 10 anos desde a data da publicação da EC 15/96, “à primeira vista, seria evidente a inatividade do legislador em relação ao cumprimento do dever constitucional de legislar”. “À primeira vista”, frisou o STF, pois “não se pode afirmar uma total inércia legislativa, haja vista os vários projetos de lei complementar apresentados e discutidos no âmbito das Casas Legislativas durante esse período.”. Argumentou-se, contudo, que a demora na discussão e votação dos projetos de lei também poderia configurar “omissão passível de vir a ser reputada morosa no caso de os órgãos legislativos não deliberarem dentro de um prazo razoável sobre o projeto de lei em tramitação”. Decidiu-se, assim, que, apesar dos diversos projetos de lei apresentados, “restaria configurada a omissão inconstitucional quanto à efetiva deliberação da lei complementar em questão, sobretudo, tendo em conta a plethora de municípios criados mesmo depois do advento da EC 15/96, com base em requisitos definidos em antigas legislações estaduais, alguns declarados inconstitucionais pelo Supremo, ou seja, uma realidade quase que imposta por um modelo que, adotado pela aludida emenda constitucional, ainda não teria sido implementado em toda sua plenitude em razão da falta da lei complementar a que alude o mencionado dispositivo constitucional”.

Chegou-se, assim, ao termo de 18 meses, considerado um período razoável para que o Congresso Nacional deliberasse sobre os vários projetos em tramitação em suas casas e, assim, editasse a lei complementar federal reclamada. Dois dos ministros do Supremo, Marco Aurélio de Melo

e Sepúlveda Pertence, foram vencidos em sua posição de limitar-se a declarar a mora legislativa, não fixando prazo para o Congresso legislar. A maioria, contudo, julgou por bem fixar o prazo tendo em vista a excessiva “conformação e consolidação de estados de inconstitucionalidade”, uma vez que enquanto a lei complementar não fosse promulgada, muitos municípios continuariam a ser criados em situação excepcional por leis estaduais – muitas delas declaradas inconstitucionais (naquela mesma data, inclusive), apesar da modulação dos efeitos da decisão não lhes retirar a validade jurídica.

O resto dessa história foi bastante documentado pelos jornais – embora, como sempre parece ser a intenção da imprensa neste país, de forma a criar um factóide que lhe permita criticar as instituições democráticas, suscitar um conflito entre os poderes do Estado e, particularmente, desestabilizar o atual governo. Analisemos, contudo, com a imparcialidade dos cientistas e sem a má-fé dos jornalistas, a sequência dos fatos que se sucederam.

Em 10 de setembro de 2008 tramitavam no Congresso Nacional pelo menos três projetos que buscavam regulamentar a EC 15/96: duas propostas de emenda à Constituição, PEC 13/2003 (apresentada pelo PTB) e PEC 495/2006 (de autoria do PMDB), que propunham alterar o texto vigente da EC 15, e um projeto de lei, de iniciativa do Senado, para regulamentar a emenda, o PLS 98/2002 (apresentado pelo PFL). A PEC 13/2003 encontrava-se naquela data pronta para ser votada na CCJ do Senado. A discussão da PEC 495/2006 havia ensejado a criação, na Câmara dos Deputados, de uma comissão especial para deliberar sobre o assunto: a “Comissão Especial de Criação de Novos Municípios”. O PLS 98/2002, que tinha por objeto justamente a lei complementar requerida pela EC 15 (tratando, diretamente, da criação, incorporação, fusão ou desmembramento de municípios no país), foi, nessa mesma data (10/9/2008), aprovado na Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) do Senado, sendo em 15 de outubro votado pelo plenário e remetido para a Câmara.

Tratava-se, afinal, de assunto deveras complexo. A norma aprovada na Constituinte de 1988 teria gerado uma crescente criação de municípios no

país. Entre 1984 e 1997 foram criados 1.045 novos municípios no Brasil, dos quais 94,5% teriam menos de 20 mil habitantes. Isso teria ensejado a promulgação da EC 15 em 1996, que retirou dos estados a autonomia de criar municípios, porém não conseguiu impedir que 56 novas cidades fossem criadas posteriormente. A situação dessas dezenas de municípios demandava urgência, tendo em vista que muitos deles tinham tido suas leis de criação impugnadas no STF. Foi com essa preocupação em vista que, no fim de novembro, a Confederação Nacional de Municípios (CNM) fortaleceu enormemente seu lobby no Congresso e no Planalto, logrando, na primeira semana de dezembro, inserir a PEC 495 na pauta de votação do plenário da Câmara, o que reorientou os esforços do Senado, então concentrados na tramitação do projeto de lei complementar (PLS 98/2002) que havia acabado de ser aprovado na CCJ.

A PEC 495/2006, na verdade, já tramitava no Congresso Nacional desde 2004, tendo iniciado seu trâmite legislativo na forma da PEC 12/2004, de iniciativa do Senado, proposta por um senador do PMDB, mesmo partido que, note-se, dois anos depois ajuizou uma das ADINS visando declarar a inconstitucionalidade das leis estaduais que ensejaram a criação de novos municípios. Isso confirma o argumento que enunciei anteriormente: os partidos políticos fazem delegações políticas às cortes constitucionais não meramente com o intuito de não se desgastar diante de seus eleitores em questões controversas (como argumenta Hirschl, 2004) ou para eventualmente se tornarem vencedores nas questões em que foram vencidos no Legislativo (Dahl, 1959), mas, como parece demonstrar a experiência brasileira, o fazem para impulsionar a própria atividade legislativa, incrementando a deliberação e acelerando a votação de matérias de seu interesse. Se a tese da delegação procede, não restam dúvidas de que o STF a exerce de forma eficiente.

A PEC 495/2006 foi aprovada pela Câmara dos Deputados em 3 de dezembro de 2008, após um rápido e fácil acordo entre governo e oposição, e seu texto preservou a redação de uma emenda anteriormente elaborada pela Confederação Nacional dos Municípios e proposta por um deputado

do PP quando a proposição encontrava-se ainda tramitando na Comissão Especial constituída pela Câmara. Após retornar ao Senado para a votação final pelo plenário, foi promulgada, em 18 de dezembro, a Emenda Constitucional 57/2008. Seu texto, acrescido em artigo ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, é bastante simples: “Ficam convalidados os atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios, cuja lei tenha sido publicada até 31 de dezembro de 2006, atendidos os requisitos estabelecidos na legislação do respectivo Estado à época de sua criação.” Com essas poucas, porém eficientes palavras, o Congresso Nacional respondeu ao diálogo institucional iniciado pelo STF e, mais do que regularizar a situação jurídica de 56 municípios brasileiros, mostrou que quem legisla neste país é o Poder Legislativo.

O Poder Judiciário, por meio de seu órgão de cúpula, conforme espero ter demonstrado, atuou claramente como um partícipe desse processo, mais do que como mero delegado ou *trustee*. Nesse sentido, fortaleceu a representação política exercida no Legislativo não apenas se abstendo de atuar contramajoritariamente, ao modular os efeitos de sua decisão; o fez, também, ao tornar possível a representação não apenas como um “agir pelo outro” (Pitkin, 1969), mas como um agir *com* o outro. Esse agir com o outro, materializado pelo diálogo institucional entre STF e Congresso, revela que a noção de representação política pode – e deve – ser ampliada toda vez que aduza a consequências socialmente desejáveis e politicamente viáveis.

Resta ainda analisar algumas outras questões interessantes colocadas pelo caso estudado. Em primeiro lugar, vale perceber que esse diálogo institucional que se processou entre Congresso e STF, e que analisamos nas últimas páginas através de fontes documentais obtidas nas duas instituições envolvidas, é bastante diverso daquele que a imprensa relatou a respeito do mesmo caso. No mesmo dia em que o projeto de lei complementar do Senado, o PLS 98/2002, foi aprovado pela CCJ, os jornais noticiaram o seguinte “diálogo” entre os dois poderes envolvidos: “Presidente da Câmara rechaça ordem do STF” (*O Estado de S.Paulo*, 10/9/2008) e, na sequência, “Presidente do STF diz que municípios desaparecerão

sem votação de lei” (*O Estado de S.Paulo*, 13/9/2008). O diálogo institucional efetivo, entre os discursos representados nas decisões do STF e os discursos representados nos projetos de lei do Congresso, revela não apenas mera afinidade dos dois lados em relação ao objeto da representação; revela também uma cooperação entre as instituições políticas do país (e a narrativa desse caso, acredito, exemplifica por que o STF deve definitivamente ser considerado uma instituição política) no intuito de resolver os problemas que concernem todos, e não apenas aqueles que votam e são votados nas eleições. Ao contrário de noticiar a cooperação, já que não lê acórdãos de decisões e atas de sessões legislativas, a imprensa prefere noticiar um conflito, ou uma competição interinstitucional. Isso nos permite ver, dentre outras coisas, que a representação de discursos (Dryzek, 1996, 2001 e 2008) deve decididamente ser dissociada dos sujeitos individuais que os mobilizam e, eventualmente, que os representam institucionalmente. Isso nos permite lembrar, dentre outras coisas, que aos cientistas sociais cabe analisar rigorosamente os fatos e não sucumbir impensadamente aos valores. Por fim, isso nos permite constatar, infelizmente, que, mais do que opor-se sistematicamente à estabilidade dos governos, a imprensa opõe-se muitas vezes ao equilíbrio de nossas instituições democráticas.

Há ainda outra questão, ainda mais interessante e importante, colocada pelo caso apresentado e que requer ser analisada. Todo o embate jurídico no STF deu-se em razão da ausência da lei complementar prevista pela EC 15/2006. Foi a mora na promulgação desta que ensejou o deferimento da ADIN por omissão que estabeleceu o prazo para o Congresso legislar. E ele o fez, como vimos, porém não por uma lei complementar, mas por uma emenda constitucional. Como se sabe, o quórum de aprovação de uma emenda constitucional é mais difícil de obter do que o quórum de aprovação de uma lei complementar. Uma emenda à Constituição exige quórum qualificado de três quintos, em dois turnos em cada casa; já uma lei complementar exige maioria absoluta em um turno em cada casa. O tema tratado não requeria ser tratado constitucionalmente. Não estava em jogo

uma matéria disciplinada pela Constituição e que, portanto, apenas poderia ser regulamentada através de emenda constitucional. Ao contrário, no caso em tela, o que a própria Constituição demandava era justamente uma legislação ordinária. Por que, então, disciplinar por via constitucional uma matéria que poderia ser disciplinada por via ordinária?

A resposta já está contida na narrativa do caso nas páginas anteriores. O projeto de lei complementar (PLS 98/2002) foi votado pelo plenário do Senado em 15 de outubro de 2008 e, então, remetido para a Câmara. Caso desejasse seguir estrita e literalmente o “prazo” dado pelo STF, esta teria mais de 20 dias para votar e aprovar, com maioria absoluta e em uma única votação, o projeto de lei complementar. Em vez disso, no dia 3 de dezembro, 6 dias antes do suposto “prazo” do STF, a proposta de emenda à Constituição (PEC 495/2006) foi aprovada na Câmara em primeiro turno. Dois dias antes, na segunda-feira dia 1º de dezembro, a proposição sequer constava da pauta da semana. Ela foi inserida na ordem do dia de 3 de dezembro, a pedido da Presidência da República.

Com a entrada do Poder Executivo na conversa, o diálogo entre Legislativo e Judiciário ficou ainda mais interessante. Em uma questão de horas a Câmara dos Deputados obteve o quórum qualificados de três quintos para aprovar a emenda em primeiro turno. Por que, então, ela não organizou a maioria absoluta para aprovar a lei complementar nos 16 dias que decorreram entre o envio do PLS pelo Senado (o que se deu em 17 de outubro) e a inserção da PEC na ordem do dia? E por que não o fez, quando a mera aprovação em um turno já levaria à promulgação da lei, ao passo que, com a PEC, além de obter a maioria qualificada em uma questão de horas, obteve-se ainda, em uma questão de dias, dois turnos de votação no Senado e mais um na Câmara (os dois últimos, no mesmo dia 18 de dezembro, quando, então, a EC 57/2008 foi promulgada). Resposta: o Legislativo escolheu isso, isto é, escolheu legislar pela via constitucional quando poderia fazê-lo pela via ordinária. Em outras palavras, o Legislativo escolheu resolver o problema político em jogo e solucionar a lide jurídica premente, dando uma resposta consoante ao problema existente; decidiu,

portanto, não se precipitar na deliberação e decisão de uma matéria que, pela sua natureza, exigia mais tempo para que o consenso em torno da vontade majoritária fosse organizado.

Poderia agora ser aposto o argumento de que o Legislativo sabia naquele momento que não teria a maioria absoluta na Câmara para aprovar o PLS, mas teria o quórum qualificado de três quintos nas duas casas para aprovar a PEC, pois, afinal, ambas as proposições tinham teor diverso. Não logrei obter elementos que me permitissem comprovar tal afirmação, nem mesmo aventá-la como hipótese. Parece-me mais razoável a hipótese de que o Legislativo foi cômico e sábio em sua tarefa de representar a vontade majoritária, permitindo que esta pudesse vir a ser formada com base em mais deliberação.

Esse novo capítulo da narrativa suscita mais pauta para reflexão. Ele nos permite questionar a tese da constitucionalização extensiva da Constituição de 1988 e o argumento de que ela faz com que os governos sejam obrigados a fazer suas políticas pela via constitucional. O argumento por trás da tese da constitucionalização extensiva, compartilhada por muitos juristas e cientistas sociais, é o de que a grande quantidade de temas tratados na Constituição (a despeito de serem ou não legítimos ou justificadamente constitucionais em sua natureza) tem como consequência dificultar o exercício do poder pelas maiorias. A vontade da maioria, supõe-se, estaria prejudicada pelo grande número de matérias constitucionalizadas, instaurando-se uma dificuldade crônica de governar o país em virtude da necessidade de se obter grandes consensos majoritários (maiorias qualificadas de três quintos nas duas casas, em dois momentos diferentes) para tratar de um número muito grande de temas que poderiam ser tratados com maiorias simples caso fossem disciplinados como legislação ordinária e não tivessem recebido estatuto constitucional. A constitucionalização extensiva, assim, restringiria o espaço da legislação ordinária e obrigaria os governos a manterem amplas coalizões, a fim de implementar suas políticas, quando isso talvez não fosse necessário caso a Constituição fosse mais enxuta (e tratasse, eventualmente, apenas de questões constitucionais essenciais).

Assumindo-se a tese apresentada, buscou-se demonstrar empiricamente (Arantes e Couto, 2006) que a Constituição de 1988 interpõe obstáculos à legislação ordinária e obriga que políticas sejam feitas através de emendas constitucionais. A EC 57/2008 possivelmente entraria no cômputo de pesquisas quantitativas, como a de Arantes e Couto (2006), como uma política que precisou ser feita por via constitucional porque a Constituição de 1988, afinal, trata direta e extensivamente dos municípios (e o faz mesmo, dedicando-lhe um capítulo exclusivo). A análise feita nas últimas páginas mostra, contudo, que a opção do Poder Legislativo pela emenda constitucional, em vez da lei complementar, deu-se por razões completamente exógenas à Constituição. Esta, no caso, requeria expressamente o contrário: a edição de uma lei complementar, ou seja, de legislação infraconstitucional.

É preciso se considerar ainda que governos não querem apenas aprovar suas políticas, querem prover-lhes maior legitimidade e estabilidade, e podem decidir fazê-lo conferindo-lhes estatuto constitucional. Há diversas razões sociológicas e históricas para isso, e há também razões institucionais: fazer políticas via legislação ordinária deixa a vontade da maioria mais suscetível de ser revista pela minoria por meio do controle de constitucionalidade realizado pelo Judiciário do que quando o faz via legislação constitucional – por mais que várias cortes constitucionais (e, como vimos, também o STF) já tenham se declarado competente para controlar a constitucionalidade de emendas à Constituição e declarar algumas delas inconstitucionais. Há situações em que maiorias podem avaliar ser mais fácil sair vencedoras no Legislativo (mesmo formando difíceis coalizões e as sustentando a cada votação) do que na corte constitucional – por excelência, diria Dahl (1959), uma instituição contramajoritária, tendente a proteger as minorias. Em tese, portanto, se um governo sabe que detém maioria no Legislativo, mas pode controlar as variáveis das quais depende o seu sucesso no Judiciário, talvez ele prefira fazer suas políticas através da Constituição e não da legislação ordinária.

A prática política brasileira está repleta de situações que estabelecem paradoxos para a teoria. Uma apreciação qualitativa dos fatos permite

perceber que há circunstâncias nas quais votar uma emenda à Constituição pode ser preferível a votar uma lei complementar, a despeito da extensão da constitucionalização do direito e a despeito da dinâmica interna e do sucesso estimado das coalizões majoritárias existentes para dar sustentação ao governo. Pode ser bastante racional e razoável que o Legislativo prefira colocar em votação uma emenda constitucional em vez de um projeto de lei complementar, a despeito das preferências específicas das maiorias e minorias envolvidas. Há casos, como o analisado nas últimas páginas, em que há um ator aparentemente invisível em jogo, travando com o Legislativo um diálogo silencioso. Há casos, como este, em que a opção pela emenda constitucional pode ser um expediente consensual justamente destinado a possibilitar que aquelas preferências se reorganizem com o tempo. Não obstante a incerteza que cerca seja o desfecho do silencioso diálogo institucional, seja a protelação da definição das preferências legislativas, o Poder Legislativo parece apostar que, em qualquer caso, sua decisão se beneficiará de mais deliberação. Isso não se chama consequências do ativismo judicial. Isso tampouco se chama estratégia legislativa. Isso se chama experimentalismo democrático.



CAPÍTULO 4

**Judicialização como
representação**



Uma das formas possíveis de fortalecimento da democracia representativa pode encontrar-se no crescimento do papel das cortes constitucionais. Ao contrário de esvaziar o Poder Legislativo em sua função institucional ou de valer-se de um suposto vazio normativo por ele deixado a fim de desenvolverem-se, as cortes constitucionais podem ser tomadas como propulsoras da representação política, ampliando-a para além de sua forma moderna e de suas manifestações tradicionais. Em outras palavras, o crescente papel institucional das cortes constitucionais pode ser concebido não como ameaça à representação, às instituições representativas ou à democracia; mas, ao contrário, como um sinal de que a primeira precisa ser ressignificada, as segundas reconfiguradas e a terceira fortalecida.

Neste capítulo discutirei algumas formas de ampliação do conceito de representação política passíveis de fazê-lo alcançar e abranger instituições não majoritárias, em particular as cortes constitucionais. Deter-me-ei, especificamente, em um reexame das ideias de delegação, legitimidade e *accountability*, a fim de argumentar que, uma vez ampliado o escopo da representação política, as cortes constitucionais podem ser consideradas instâncias representativas politicamente, a despeito da não aplicabilidade do dispositivo eleitoral. Isso me permite argumentar que, mais do que serem

compreendidas como instituições políticas representativas, não obstante seu suposto caráter contramajoritário, as cortes constitucionais devem servir, na democracia contemporânea, como instâncias de fortalecimento da representação política, convalidando e aperfeiçoando o trabalho do Poder Legislativo. Isso pode acontecer, como os capítulos anteriores demonstraram empiricamente, mesmo quando as cortes constitucionais invalidam, em parte ou no todo, normas promulgadas pelo Poder Legislativo – como sói ser o caso do STF, que tem o potencial de fortalecer a democracia representativa no Brasil, ao servir de instância de fortalecimento da representação política exercida no Congresso Nacional.

4.1. AMPLIANDO A REPRESENTAÇÃO POLÍTICA PARA INSTITUIÇÕES NÃO MAJORITÁRIAS: EM TORNO DE UM EXPERIMENTALISMO DEMOCRÁTICO

A fim de adaptar-se a contextos fortemente contingentes e explicar sociedades cada vez mais complexas, a democracia requer uma abordagem realista e não essencialista, que se assuma como falível e não se apoie em dogmatismos, e que possua fundamentos tão provisórios quanto sua capacidade de responder a eles através de uma revisão consistente de seus significados, bem como dos valores e ideais a eles associados. A democracia representativa, tão ameaçada nos últimos anos seja por críticos da teoria da escolha social (Riker, 1982), seja por defensores dos modelos participativos (Pateman, 1970; Mansbridge, 1980; Barber, 1984; Fung, 2003; Avritzer 2002 e 2009), seja por apologetas(???) da deliberação pública (Cohen, 1989; Fishkin, 1991; Habermas, 1992; Gutmann, 1996; Bohman, 1996; Dryzek, 2000), seja, enfim, por otimistas expectadores de um governo dos juizes (Garapon, 1996; Werneck Vianna 1999 e 2002; Stone Sweet, 2000; Ferejohn, 2002; Posner, 2003; Barak, 2006), requer ser conceitualmente repensada, a fim de converter seus supostos vícios em fontes renovadas de virtude e fazer de suas eventuais fraquezas a fonte de renovação de suas forças. O ponto de partida

para isso me parece ser, conforme argumentei alhures (Pogrebinschi, 2008), a revisão do significado do conceito de representação política.

A ampliação do conteúdo semântico do conceito de representação política revela-se necessária, a fim de que ele possa responder seja aos paradoxos que cercam a prática dos sistemas eleitorais e dos partidos políticos, seja aos dilemas colocados pela crescente atividade política de instituições não majoritárias e de atores não eleitos, seja aos desafios impostos pelas abundantes experiências participativas e deliberativas que vêm sendo levadas a cabo pela sociedade civil (Mansbridge, 2003; Urbinati, 2006; Gurza Lavalle 2006; Castiglione e Warren, 2006; Avritzer, 2007; Saward, 2008).

A revisão conceitual da representação política implica uma atualização de alguns dos conteúdos semânticos historicamente associados a tal conceito. De início, a defesa de uma noção ampliada de representação política depende da atualização semântica: a) do fundamento da representação, a delegação; b) de seu corolário e condição de validade, a revogação; c) de sua principal condição de legitimidade, a eleição.

Uma vez que a ideia de delegação política que se encontra no cerne do conceito e da prática da representação possa ser revista, ampliada e adaptada tendo em vista os paradoxos, dilemas e desafios mencionados anteriormente, talvez seja possível lidar de forma eficaz com alguns dos problemas de legitimidade e *accountability* que marcam a democracia representativa contemporânea, fortalecendo-a diante daqueles que se mostram ávidos para superá-la. De modo geral, a teoria democrática pouco avançou em relação ao modelo hobbesiano de autorização, que alicerça, pelo menos desde o século XVII, a representação política sobre uma base contratualista. Uma das razões pelas quais a teoria democrática não avançou significativamente na compreensão da representação como algo além do “agir pelo outro” facultado pela noção de autorização, talvez possa ser tributada sua falta de diálogo com a ciência política empírica. Esta vem desenvolvendo, ao longo dos últimos anos, uma sólida teoria da delegação centrada em modelos que explicam a relação entre principal e agente em momentos pré e pós-eleitorais (delegação do eleitor ao representante) e em

espaços intra e interinstitucionais (delegação do Executivo ao Legislativo, e vice-versa). Talvez pelo simples preconceito contra a escola da escolha racional, a teoria democrática contemporânea, normativa em sua essência, passa ao largo desses estudos (apenas para citar alguns: Kiewiet e McCubbins, 1991; Lupia e McCubbins, 1998; Epstein e O'Halloran, 1999; Strom, Müller e Bergman, 2003), perdendo a chance de converter um rico material empírico em novos postulados com base nos quais o fundamento da representação política possa ser explicado diante das condições reais do mundo contemporâneo, desprendendo-se de seu vínculo anacrônico com a teoria da soberania da política moderna.

Beneficiando-se dos modelos principal-agente e de uma revigorada teoria da delegação, um conceito ampliado de representação política pode permiti-la transcender o momento eleitoral e o espaço das instituições políticas tradicionais, aproximando-se de uma concepção de governança que perpassa os limites dos mandatos eletivos e alcance instituições não majoritárias, como as cortes constitucionais. Uma vez que estas possam ser encaradas como instituições efetivamente representativas, estendendo-se a estas o liame representacional por meio de uma delegação política originária de fontes tão diversificadas quanto o eleitor, a constituição, o Executivo ou o próprio Legislativo, pode-se revisar o conteúdo semântico da representação de modo que esta implique um “agir com o outro” que supere a moderna noção de autorização com a qual significativa parte da teoria política ainda trabalha.

A reconsideração semântica do conceito de representação política possibilitaria, por exemplo, a percepção de que: 1) a representação política não é meramente uma alternativa “*second best*” diante da impossibilidade de uma democracia direta, e 2) a representação política não se encontra em crise, ao contrário do que muitos gostam de supor e alardear. O argumento de que a representação política não é meramente uma alternativa “*second best*” pode ser facilmente deduzido do resgate da democracia representativa promovido pelas obras de Urbinati (2006) e Manin (1996). Embora adotem perspectivas diversas, ambos os autores questionam o vínculo entre

democracia e representação, mostrando que o nexos assumido historicamente pelos dois conceitos não é trivial. Mais relevante do que isso é a constatação propiciada por tais obras no sentido de que muitas das acusações que se fazem hodiernamente à democracia representativa derivam de problemas de natureza epistemológica que apontam para a necessidade de atualização do significado dos conceitos de representação política e de democracia representativa.

Manin argumenta que a forma moderna de democracia permanece de certo modo imutável desde o século XVIII. Assim, o que se designa hoje de democracia representativa encontra suas origens em instituições concebidas naquele século e que teriam sido universalizadas após as três revoluções modernas (a inglesa, a americana e a francesa). O que faculta a constatação da “imutabilidade” da forma da democracia é a identificação do governo representativo com um conjunto de princípios observados historicamente em todos os governos nomeados como representativos. Tais princípios (que se subsumem em quatro: os governantes são designados por eleições realizadas em intervalos regulares; os governantes conservam, em suas decisões, certa independência em face das vontades dos eleitores; os governados podem exprimir suas opiniões e suas vontades políticas sem que estas sejam submetidas ao controle dos governantes; as decisões públicas são submetidas à discussão) seriam traduzidos por escolhas institucionais feitas pelos fundadores do governo representativo, as quais não teriam sido jamais efetivamente questionadas desde sua concepção.

Mesmo grandes inovações históricas – como a adoção do sufrágio universal e o advento dos partidos de massa – não teriam afetado, de acordo com Manin, os princípios fundamentais e as escolhas institucionais originais que permanecem ainda em vigor nos regimes que chamamos hoje de democracia representativa. Chama ainda atenção, como também o fez Rosanvallon (1998), para o fato de que tais instituições representativas não tenham sido percebidas no momento de sua concepção como uma variedade da democracia. Ou seja, os atuais regimes políticos se originariam de uma forma de governo – o governo representativo – que seus fundadores

opunham à democracia. Coloca-se, assim, a questão de saber por que um governo organizado segundo os princípios representativos era considerado, no fim do século XVIII, algo inteiramente distinto da democracia e hoje em dia é tido como a principal de suas formas.

Uma vez que o governo representativo teria se constituído historicamente em oposição à democracia e vice-versa, é razoável pressupor que os dois conceitos não compartilham originalmente o mesmo conteúdo semântico, e que as associações equivocadas que se lhe atribuem ao longo dos últimos séculos respondem pela também equivocada compreensão contemporânea do governo representativo como não democrático, da representação política, como alternativa “*second best*”, e das instituições representativas como imersas em uma crise. Manin corrobora esse diagnóstico, mostrando que as incertezas e imprecisões da terminologia contemporânea indicam que não sabemos exatamente o que aproxima e o que distingue o governo representativo da democracia.

Tão importante quanto isso, Manin esclarece que aquilo que se chama hoje de crise da representação política apresenta-se de modo diferente se percebermos que o governo representativo foi concebido em oposição explícita à ideia de democracia (compreendida em seu sentido grego, enquanto governo do povo pelo povo) e que seus dispositivos institucionais centrais jamais se alteraram desde que foram concebidos. Não haveria assim, portanto, de falar-se em crise, mas apenas admitir-se que o governo representativo assumiu uma nova forma. De onde se pode concluir também que, se não há, de fato, uma crise da representação política, não há também uma crise do conceito de representação política – embora este possa ser considerado um conceito em crise, isto é, um conceito que nasce cercado por paradoxos e contradições, os quais responderiam por sua permanente e irrefutável instabilidade.

Tomar seus conceitos centrais como falíveis e seus significados como revisáveis torna a democracia representativa mais responsiva tanto aos dilemas teóricos que a cercam quanto aos desafios práticos que a colocam à prova. Uma revisão do significado do conceito de representação política

à luz da história possibilita que a democracia representativa se fortaleça ao assumir novos sentidos, assim como a reafirmação de seus postulados normativos permite que esta abra-se para novas configurações institucionais. Este último é claramente o caso do papel do conceito de igualdade política na teoria democrática contemporânea. Debates recentes sobre representação política indicam como seu sentido deve ser alargado, a fim de contemplar grupos sociais minoritários ou, em particular, grupos que se definem a partir do compartilhamento de identidades culturais que são tomadas como minoritárias devido à sua não inclusão paritária no processo político-decisório.

Com origem nas discussões travadas na teoria política contemporânea acerca do multiculturalismo, especificamente nas demandas pela inclusão e representação de grupos sociais oprimidos (Young, 1989 e 2000), e em conexão com os debates realizados no campo da teoria da justiça entre liberais e comunitaristas, ganha força, nos últimos anos, o conceito de “representação justa” (*fair representation*). Trata-se de conceito central na agenda da chamada “política da presença”, que possui entre seus principais expoentes Phillips (1998) e Williams (2000), e entre suas principais reivindicações o argumento de que a representação justa de grupos marginalizados depende de sua presença dentro dos órgãos legislativos. Em outras palavras, sustenta-se que os cidadãos pertencentes a grupos historicamente excluídos não são representados justamente se não contarem no parlamento com representantes que façam parte desses grupos. Fazer parte destes, por sua vez, implica compartilhamento de identidade (por meio, por exemplo, de uma memória e de uma experiência comum) e não identidade de interesses. De modo que, se supõe, assim, que um representante branco não possa representar justamente os cidadãos negros ou que um parlamentar homem não possa representar de forma justa os interesses das mulheres. Dessa convicção resulta a defesa de mecanismos institucionais que garantam a presença que tornaria justa a representação. A política da presença, portanto, a fim de colocar em prática uma representação justa, requer uma revisão da ideia de igualdade política e de seu papel na democracia representativa.

Apesar dos evidentes aspectos normativos envolvidos nas demandas por representação justa, bem como do inegável papel da deliberação na defesa de uma política da presença, é certo que esta suscita contribuições não desprezíveis ao alargamento do conceito de representação política. Basta que se analisem de forma prática as ideias defendidas pela política da presença e, em particular, que se conceba instrumentalmente o papel da igualdade política na definição da democracia representativa. A fim de ser realizado, o ideal de representação justa (que se expressa em demandas bastantes concretas manifestadas na prática recente de diversos movimentos sociais) claramente impõe a revisão da igualdade política formal (o princípio “um homem, um voto”), da regra da maioria e do princípio da proporcionalidade.

Mais do que propugnar pelo estabelecimento de cotas em parlamentos, a política da presença coloca em evidência a necessidade de se reformar o sistema eleitoral e o sistema partidário. No que toca ao sistema eleitoral, por exemplo, extensas discussões são travadas acerca da justa divisão dos distritos eleitorais nos Estados Unidos. A divisão distrital com base em raça (*race-conscious districting*), tão amplamente questionada pelas cortes norte-americanas, consiste em uma forma de fazer com que os “distritos maioria-minoria” (*majority-minority districts*) – isto é, os distritos cuja maioria dos residentes faz parte de uma minoria étnica – alavanquem a presença de representantes negros nos órgãos legislativos dos Estados Unidos a partir da década de 1990.

Uma vez revista diante da complexidade não apenas social, porém também cultural do mundo contemporâneo, o conceito de igualdade política, desde sempre erigida em fundamento da democracia representativa e desde sempre alçada ao lugar de pressuposto lógico do sufrágio universal e das eleições, pode assumir novos significados, a fim de tornar a representação mais democrática e a democracia mais representativa. Uma questão a ser colocada diz respeito à compreensão do que significa proporcionalidade em um sistema eleitoral proporcional, bem como do que significa maioria em um sistema eleitoral majoritário. A revisão do significado da igualdade política pode ensejar, por exemplo, redefinições de cálculo de quocientes

eleitorais e redefinições distritais que privilegiem o caráter majoritário das minorias. Certamente, a fim de contemplar as demandas da política da presença advogadas de forma cada vez mais contundente por movimentos da sociedade civil organizada, é necessário mais do que modificar as instituições representativas através da criação de procedimentos e regras inclusivos ou fazer com que os procedimentos e regras existentes se adaptem a uma proporção ditada pelas divisões étnicas, sexuais e raciais da sociedade. É necessário prover novo significado à representação política.

Outra questão que pode ser colocada a partir das demandas feitas em defesa da representação justa de grupos historicamente marginalizados diz respeito ao significado das minorias, seu papel político, e o lugar apropriado para a representação institucional de seus interesses. Os debates sobre multiculturalismo, política da diferença e política da presença jogam luz sobre a inclusão política de minorias culturais. Entretanto, como fazer para separar, em termos concretos, minorias culturais de minorias políticas? Ora, ao passo que é razoável assumir que toda minoria cultural seja uma minoria política, não é nada racional supor que toda minoria política seja também uma minoria cultural. Cabe, portanto, perguntar: Por que mecanismos institucionais de inclusão das minorias culturais deveriam ter prioridade diante de mecanismos de conversão de minorias partidárias em maiorias políticas? Talvez urgisse aqui conferir uma compreensão mais instrumental à representação de grupos culturais, concebendo-os como minoritários apenas na medida em que seus interesses possam se traduzir, politicamente, em uma representação partidária minoritária.

Isso nos leva a uma questão mais importante: Em que medida o lugar de representação desses grupos, uma vez compreendidos como minorias políticas e não meramente culturais, não deveria ser, de acordo com a versão madisoniana da democracia (Dahl, 1956), as instituições contramajoritárias – vale dizer, as cortes constitucionais? A exigência prática de uma representação justa, tal como advogada por muitos movimentos sociais hoje, pode fomentar uma compreensão ampliada da representação política que conceba as chamadas instituições contramajoritárias como sendo, antes, pró-minoritárias.

Ou seja, o caráter não majoritário das cortes constitucionais pode se revelar propício para produzir uma representação propriamente política (e não meramente judicial) de minorias culturais que não necessariamente sejam também minorias políticas. Nesse sentido, os grupos historicamente marginalizados, a despeito de buscarem a representação de seus interesses nos órgãos legislativos, deveriam buscá-la prioritariamente nos órgãos judiciais – em particular nas cortes constitucionais que, em sua função de salvaguardar os direitos sociais e culturais constitucionalmente assegurados, podem atuar, no exercício de seu papel institucional contramajoritário, como uma instância pró-minoritária. Colocada de outro modo, a questão consiste em saber em que medida os fundamentos das demandas da “política da presença” não legitimariam a ampliação da representação política para instituições não eletivas que, contudo, possam, eventualmente, não apenas dar voz a tais demandas, como também torná-las presentes.

Os exemplos discutidos nos parágrafos precedentes mostram que, se são os fatos portadores das demandas sociais, devem ser eles também condutores de inovações político-institucionais. Fatos requerem ser ouvidos – e, mais que isso, levados a sério. Essa não é uma afirmação trivial. Não o é, sobretudo, quando, conforme argumentado anteriormente, se pode observar sem dificuldades que a democracia representativa vem reproduzindo a si mesma ao longo dos séculos por meio da reprodução de alguns de seus princípios, instituições e procedimentos. Mais do que isso, que essa reprodução encontra-se associada a outra, qual seja, a reprodução do conteúdo semântico do próprio conceito de representação política. Tal situação indica, por um lado, a capacidade de a democracia representativa perseverar-se em sua essência, mas, por outro, denuncia também sua limitada habilidade de adaptar-se aos fatos – ou, talvez, de aceitar que estes possam questionar e intervir naqueles princípios, instituições e procedimentos que historicamente a definem.

Um fato que não pode mais deixar de ser ouvido sob o risco de ficar-se surdo, posto que este fala cada vez mais alto, é o crescimento do papel institucional das cortes constitucionais e seu impacto político nas democracias

contemporâneas. Esse não é um fato novo, porém é um fato que vem ganhando cada vez mais força e tornando-se paulatinamente mais explícito em lugares onde não o era antes. No Brasil, em particular, é um fato relativamente recente, que vem assumindo proeminência veloz e, ao que tudo indica, inexorável. Do ponto de vista de uma teoria democrática liberal, zelosa do princípio da separação de poderes e do sistema de freios e contrapesos, pode-se dizer, de um modo geral, que há pelo menos duas atitudes diante de tal fato: rechaçá-lo ou aceitá-lo.

Rechaçar o crescimento institucional das cortes constitucionais e seu papel político, contudo, implica acatar a situação exatamente como ela se apresenta faticamente. Por outro lado, aceitar tal fato possibilita uma atitude menos passiva, pois, uma vez que se assuma sua irreversibilidade e se o tome um movimento espontâneo da democracia, se pode partir de uma compreensão da situação para uma intervenção sobre ela. Em outras palavras, pode-se tomar tal fato não como uma ameaça à representação política, às instituições representativas ou à democracia; mas, ao contrário, como um sinal de que a primeira precisa ser ressignificada, as segundas reconfiguradas e a terceira fortalecida. Se não é possível controlar os fatos, deve ser possível, ao menos, domesticá-los.

O crescimento do papel político das cortes constitucionais consiste em uma oportunidade para a democracia exercer sua vocação experimentalista. Isso implica concebê-lo não como uma usurpação de funções das instituições representativas, mas como uma ampliação daquilo que se considera função representativa. Isso possibilita que se amplie o escopo da representação política e o espaço de sua aplicação, criando-se soluções institucionais que possibilitem fazer das cortes constitucionais instâncias efetivamente representativas, a despeito da inaplicabilidade do dispositivo eleitoral enquanto mecanismo de legitimação e *accountability*.

Tendo isso em vista, um primeiro aspecto a ser abordado é o significado da função representativa. A questão a ser respondida é: O que torna uma instituição ou um ator político representativo? O pragmatismo, surgido originalmente como uma teoria da significação, sustenta que o significado

de um conceito é dado pela experiência, de modo que se encontra em permanente mutação de acordo com os fatos que se sucedem e da compreensão que deles se possui. Desse modo, a fim de saber-se o que um conceito significa no momento presente é necessário antecipar suas consequências. Um conceito é, em ato, o que ele é no seu futuro, ou seja, seu significado apenas pode ser conhecido através de suas consequências práticas. Em outras palavras, os pressupostos e fundamentos de determinado objeto importam menos do que os efeitos que ele acarreta na prática. Esses efeitos são medidos através de consequências observáveis naqueles que são afetados – ou potencialmente afetados – pelo objeto em questão. O significado de um conceito é, assim, conferido pelas consequências de sua aplicação empírica. A prática de um conceito, afinal, pode desmentir a teoria que se erigiu em seu nome e falsificar a verdade de suas premissas.

No caso da representação política, portanto, o que permite considerar uma instituição ou ator político como representativo é justamente o caráter representativo das consequências engendradas por determinada atividade política. Se as consequências da atividade de determinada instituição ou de certo agente logram ser representativas das demandas existentes na sociedade, então tal instituição e agente são representativos. É o compartilhamento das consequências políticas de determinada atividade (seja esta a promulgação de uma lei, a execução de uma política pública ou a tomada de uma decisão judicial) e sua correspondência às demandas presentes na sociedade o que a torna representativa.

Os efeitos *erga omnes* das decisões das cortes constitucionais no exercício do controle abstrato de constitucionalidade tornam inevitável o compartilhamento das consequências de tal atividade judicial. Uma vez que as cortes apenas agem quando provocadas e, uma vez que aqueles competentes a fazê-lo no caso do controle abstrato de constitucionalidade são agentes eleitos ou entes representativos da sociedade civil, é razoável supor que a mudança de *status quo* propiciada pela contestação de uma lei corresponde às demandas presentes na sociedade, mesmo que de forma não necessariamente majoritária. De outro modo, atores da sociedade civil organizada

– em particular os próprios partidos políticos – não levariam às cortes as demandas que consideram não satisfeitas pelo processo legislativo ordinário. Ou então as decisões judiciais não seriam estatisticamente mais respeitadas do que as leis obedecidas, quando a sanção pelo descumprimento de ambas é potencialmente a mesma. O simples caráter de legislador negativo das cortes constitucionais já responde por seu papel político, assim como o mero compartilhamento das consequências de suas decisões respondem por seu caráter potencialmente representativo.

Às afirmações apresentadas se pode facilmente opor o argumento de que as decisões resultantes da atividade jurisdicional podem, de acordo com o exposto, ser consideradas socialmente representativas, porém não politicamente válidas ou legítimas. É por isso que, conforme argumentei em um momento anterior deste texto, a ressignificação da representação política depende da reconsideração de suas condições de validade e legitimidade. Em outras palavras, o objetivo de considerar as cortes constitucionais instâncias de representação política só pode ser alcançado se lhe forem providos:

- 1) meios consistentes de delegação política provenientes diretamente da constituição e dos outros poderes do Estado, e indiretamente dos eleitores;
- 2) mecanismos de revocabilidade que tornem controláveis tanto os principais como os agentes dessa relação de delegação;
- 3) uma forma de legitimação que suplemente a ausência de eleição direta e valide a escolha indireta propiciada pelos meios de delegação.

É inquestionável, pelo menos desde Mill (1861), que eleições induzem e produzem representação. Isso não previne, contudo, que se questione se as eleições de fato produzem democracia (Manin, Stokes e Przeworski, 1999) ou se a regra da maioria é de fato democrática (Dahl, 1956), de modo que resta em aberto a questão de saber se as eleições apenas engendram representação ou se engendram uma representação democrática (Urbinati, 2006).

Tal questionamento não implica, todavia, endossar as críticas colocadas por parte da teoria da escolha social à democracia, ao aplicar o teorema da impossibilidade de Arrow (1951) à política, a fim de sustentar que a agregação social de preferências individuais levaria a resultados incoerentes e inconsistentes – seja porque estas podem ser reveladas de forma estratégica, seja porque as regras de escolha podem ser manipuladas por meio de um controle da agenda que determine a ordenação das preferências ou das decisões a serem tomadas com base nelas etc. –, de modo que sistemas de votação com mais de duas alternativas (como funcionam tanto as eleições populares para escolher os representantes que exercerão mandatos nas instituições políticas, como as votações internas dessas instituições quando esses mesmos representantes fazem escolhas em nome de seus eleitores) seriam injustos e inadequados e fariam com que a democracia fosse irracional, arbitrária e desprovida de sentido (Riker, 1982). De todo modo, essa crítica inevitavelmente reforça o questionamento já enunciado e confere algum tipo de validade às seguintes suposições:

- 1) A chamada crise da democracia representativa é, na verdade, uma crise anunciada do método moderno de produção de representação: as eleições;
- 2) Representação e democracia requerem um liame mais amplo do que as eleições podem oferecer, ou, em outras palavras, a fim de ser democrática a representação política, deve ser engendrada por mecanismos outros que não apenas o eleitoral.

Quanto à questão específica de estender a representação política às cortes constitucionais, poder-se-ia ainda acrescentar uma terceira suposição validada por constatações como a de Manin, Stokes e Przeworski (1999) no sentido de que, se é certo que eleições engendrem representação, é, contudo, duvidoso que estas engendrem *accountability* suficiente para que a representação política possa ser efetivamente chamada de democrática:

- 3) A falibilidade dos sistemas eleitorais e a dificuldade dos mecanismos de votação em tornar democráticos os seus resultados e as decisões das instituições políticas majoritárias (levando-se em conta aqui não apenas a falibilidade dos sistemas eleitorais majoritários, mas também os paradoxos e déficits representativos gerados pelos sistemas proporcionais de lista aberta, por exemplo) são condições de legitimação (necessárias, porém jamais suficientes) das decisões políticas e do caráter representativo de instituições não majoritárias como as cortes constitucionais – na medida em que (e apenas se) estas possam atuar simultaneamente como principal e agente em relações de delegação de poder político e possam ser controladas e legitimadas por mecanismos não exclusivamente eleitorais.

Não é a toa que críticas à democracia como a de Manin et alli (1999), sugerindo que o *accountability* eleitoral não seria suficiente para induzir a representação quando os eleitores possuem informação incompleta, bem como a crítica mais geral de que os eleitores não possuem informação suficiente (ou, em outras palavras, são ignorantes em demasia) para fazerem escolhas racionais e razoáveis, vêm sendo rebatidas recentemente justamente por meio da teoria da delegação (Lupia e McCubbins, 1998); teoria esta, ressalte-se, que, entre outras coisas, fundamenta-se em postulados cognitivos que conferem centralidade à antecipação de consequências da ação – seja daqueles que escolhem, seja daqueles que são escolhidos. A teoria da delegação vem, assim, reforçar a democracia representativa, seja possibilitando que esta se defenda das acusações de déficit democrático da representação em instituições majoritárias, seja facultando que a representação política seja fortalecida ao ampliar-se e atingir instituições não majoritárias. É com este último propósito, aliás, que a teoria da delegação vem sendo apropriada por formulações de uma ideia de governança aplicável às novas democracias do pós-guerra marcadas por intensos processos de judicialização da política (Stone Sweet, 2000 e Stone Sweet e Thatcher 2003).

É preciso que a representação política seja estendida não apenas para atores não eleitos que, contudo, detêm legitimidade democrática para agir em nome do interesse público; é preciso que sejam considerados representantes todos aqueles que, legitimamente, satisfazem, por meio de suas atividades, demandas sociais que possuem consequências políticas. Nesse contexto podem se inserir análises tão diversas quanto as que defendem a expansão da representação política para a sociedade civil com base na pluralização dos atores e na diversificação do lócus de seu exercício (Gurza Lavallo et alli, 2006a e 2006b) ou com base nos vínculos de afinidade criados por instituições participativas mediante a mobilização de certos temas (Avritzer, 2007), as que defendem a representação não dos indivíduos mas dos discursos por eles adotados (Dryzek e Niemeyer, 2008), assim como a representação dos grupos e suas perspectivas (Young, 2000), e a que defende, como neste trabalho, que as instituições políticas estatais se fortaleçam mediante um arranjo delegativo de representação que faculte uma nova configuração a um dos principais sustentáculos liberais da democracia moderna: o princípio da separação de poderes.

Tendo tudo isso em vista, a representação política não deve encontrar limites nos mecanismos eleitorais, tampouco na aplicação estrita da regra da maioria. A democracia precisa experimentar modos de aferição de *accountability* da representação diferentes da eleição, critérios de avaliação da democracia diferentes da regra da maioria e mecanismos de legitimação que transcendam a ambos ao deslocar-se para um plano *ex post* (com base nas consequências da decisão), não permanecendo exclusivamente em um plano *ex ante* (fundado nas escolhas do decisor). É com esse preciso propósito que certo consequencialismo pode ser benéfico à teoria democrática, propiciando compreensões e interpretações mais realistas do comportamento das instituições e atores políticos.

Para além de explicar o recurso a ações, escolhas e decisões estratégicas que podem, todavia, se beneficiar de uma metodologia utilitarista, o consequencialismo, tal como oriundo da filosofia pragmatista, consiste em um exercício permanente de antecipação das consequências da ação como

forma de prover significação a estas. Não se trata meramente de supor que atores políticos ajam de forma racional tendo em vista a realização de seus interesses ou a maximização da utilidade individual e, assim, explicar, com base no cálculo das consequências, o seu comportamento. Trata-se, sim, de compreender como o consequencialismo pode operar como forma de justificação, avaliação, validade e legitimidade da democracia.

O teste pragmatista das consequências – que, cabe desde logo ressaltar, não objetiva eleger a “melhor” consequência, tampouco a “mais útil”, mas, sim, aquela que se revela mais adequada ao suprimento das demandas de um contexto específico no qual se dá a ação – permite deslocar as questões de justificação, avaliação e legitimidade da democracia de um plano *ex ante* para um *ex post*. Isto é, os procedimentos, regras e valores a partir dos quais usualmente se mensura a democracia cedem lugar aos efeitos e consequências percebidos no plano concreto. Uma vez que consequências obtidas apresentam efeitos aceitáveis e desejáveis – a despeito do procedimento, regra ou valor que as ensejou – elas podem servir de parâmetro adequado de mensuração para a democracia. A adoção dessa abordagem permite que se avance na análise do jogo político democrático que, muitas vezes, vê-se engessado por premissas, pressupostos e postulados que determinados contextos históricos uma vez forneceram à democracia, os quais são tomados como invioláveis e irrefutáveis a despeito de sua já comprovada incapacidade de responder aos resultados negativos que experimentam em sua prática contemporânea.

Em termos concretos, essa abordagem permite que se lide com os problemas de justificação, avaliação e legitimidade da democracia não exclusivamente a partir das noções de eleição, regra da maioria e igualdade política, mas, sim, com base nas consequências engendradas pela atividade das instituições e dos atores políticos no mundo real. É a desejabilidade e a aceitabilidade de tais consequências que devem servir de parâmetro para mensurar a democracia e, assim, avaliá-la, justificá-la ou legitimá-la. São essas consequências, ademais, que permitem a identificação daquilo que é viável sob um ponto de vista empírico; permitindo, assim, que se alcance

uma prática realista da democracia – e não uma versão idealizada desta que, ao desmentir seus fundamentos e pressupostos, acaba invariavelmente por alimentar o ceticismo e a descrença. Ao deslocar-se a análise, portanto, dos fundamentos para os efeitos da democracia, desloca-se também das formas e soluções apriorísticas, principiológicas, normativas, transcendentais e contrafáticas para os fatos concretos que resultam como consequências que apenas podem ser mensuradas (e, portanto, significadas) em um momento posterior à ação que as enseja.

É com a adoção dessa postura prática que um renovado experimentalismo democrático pode reagir às concepções minimalistas (Schumpeter, 1942; Przeworski, 1999), procedurais (Dahl, 1979) e procedimentais (Habermas, 1989; Rawls, 1991) da democracia. É também com a adoção dessa postura prática que almejo estender a compreensão da representação política para instituições não majoritárias e atores não eleitos, precisamente com base no caráter representativo que estes podem assumir em função da desejabilidade, aceitabilidade e viabilidade das consequências que são engendradas, por exemplo, por decisões políticas de cortes constitucionais ou por práticas participativas e deliberativas da sociedade civil.

O experimentalismo institucional fortalece a democracia representativa, possibilitando uma resposta dialética às tentativas de superá-la. A representação política só pode ser superada se forem preservadas as instituições que lhe servem de suporte; por outro lado, a representação política só pode ser preservada se forem superadas a lógica constitutiva e a dinâmica interna dessas mesmas instituições. A antítese da representação não é participação, deliberação ou judicialização. A antítese da representação é a não representação. Daí que qualquer tentativa de superação dialética dos paradoxos da democracia representativa apenas pode ser engendrada no útero da própria democracia representativa. Mas, para que o parto seja bem-sucedido e o rebento vigoroso, talvez seja necessária a experimentação de alguns mecanismos não tradicionais de fertilização da representação política.



Para além de serem compreendidas como instituições políticas representativas, as cortes constitucionais, não obstante seu suposto caráter não majoritário, decorrente do fato de não serem instituições eleitas pelo voto popular, e não obstante seu suposto caráter contramajoritário, decorrente de sua competência para invalidar normas promulgadas pelo Poder Legislativo como expressão soberana da vontade da maioria que o elegeu, devem servir, na democracia contemporânea, como instâncias de fortalecimento da representação política, convalidando e aperfeiçoando o trabalho do Poder Legislativo.

O argumento apresentado é, claramente, um argumento normativo. A fim de sustentá-lo, apresentei neste capítulo argumentos teóricos também de cunho normativo para defender que, além do próprio conceito de representação política, devem ser revistos e ressignificados os conceitos de delegação, legitimidade e *accountability*, que historicamente lhe servem de corolários, a fim de ampliar-se a representação política, de modo a fazê-la abranger instituições não majoritárias, como as cortes constitucionais. Nos capítulos anteriores, meu objetivo foi sustentar o mesmo argumento com base em uma análise empírica do comportamento judicial do STF em face da atividade legislativa do Congresso Nacional.

Acredito ter mostrado que, ao contrário do que muito se supõe, nem o Congresso Nacional exercita de forma débil sua vocação majoritária, nem o Supremo Tribunal Federal cumpre de forma tão robusta a sua competência contramajoritária. Ao contrário, é possível vislumbrar entre os dois poderes um diálogo que, mesmo silente, tende à cooperação institucional. Diante de sua imagem de gigante construída pela literatura sobre a judicialização da política, o Supremo é, na verdade, muito mais deferente ao Congresso do que a ausência de pesquisa empírica pode fazer supor. Diante de sua imagem apequenada pela mídia, o Congresso, contudo, conhece bem o seu verdadeiro tamanho e reage responsivamente às investidas do Judiciário, de modo a dar a última palavra e confirmar que a genuína expressão da soberania popular definitivamente lhe pertence. Resta esperar que esse possível diálogo institucional efetivamente fortaleça a democracia representativa no Brasil.



Referências

- ARANTES, Rogério Bastos. *Judiciário e política no Brasil*. Idesp: São Paulo, 1997.
- _____. "Judiciário: entre a Justiça e a Política.". In: Lucia Avelar; Antonio Octavio Cintra. (Org.). *Sistema político brasileiro: uma introdução*. 2 ed. Rio de Janeiro; São Paulo: F Konrad Adenauer; Editora UNESP, 2007, pp. 81-115.
- _____. e KERCHER, Fábio. *Judiciário e Democracia no Brasil. Novos estudos*. São Paulo: CEBRAP, v. 54, , 1999, p. 27-41.
- ARANTES, Rogério e COUTO, Cláudio. "Constituição, Governo e Democracia no Brasil". *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 21, n. 61, 2006, pp. 41-62.
- ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. "Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro". *Dados – Revista de Ciências Sociais*. Rio de Janeiro (RJ): IUPERJ, 1988, pp. 5-34, 1988.
- BALEEIRO, Aliomar. *O Supremo Tribunal Federal, esse outro desconhecido*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1968.
- BARROSO, Luís Roberto. "Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil contemporâneo". *Revista Jurídica da Presidência*, vol. 12, n. 96. Brasília (DF): fevereiro-maio de 2010. 46p.
- BERGER, Raoul. *Congress vs. The Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 1969.
- _____. *Government by Judiciary*. Indianapolis: Liberty Fund, 2ª ed., 1997.
- BICKEL, Alexander. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. Indianapolis: Bobbs-Merrill, 1962.
- BLACK, Charles. *The People and the Court: Judicial Review in a Democracy*. Nova York: Macmillan, 1960.

- BONAVIDES, Paulo. *Política e constituição: os caminhos da democracia*. Rio de Janeiro (RJ): Forense, 1985. 532p.
- CARVALHO, Ernani Rodrigues. “Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem”. *Revista de Sociologia e Política*, n. 23. Curitiba (PR): UFPR, novembro de 2004, pp. 115-126.
- CARVALHO, Ernani Rodrigues e MARONA, Marjorie Corrêa. “Por um conceito operacional de judicialização da política”. Trabalho apresentado no 7º Encontro da ABCP. Recife (PE): ABCP, agosto de 2010. 30p.
- CASTRO, Marcus Faro. “O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política”. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 11, n. 34. São Paulo (SP): ANPOCS, 1996.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.
- _____. *The Judicial Process in Comparative Perspective*. Oxford: Oxford University Press, 1989.
- CASTRO, Maurcus Faro de. “Política e economia no Judiciário: As ações diretas de inconstitucionalidade dos partidos políticos”. *Caderno de Ciência Política da UNB*, n. 7, Brasília, 1993.
- CITTADINO, Gisele. “Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de Poderes”. WERNECK VIANNA, Luiz Jorge (org.). *A democracia e os três Poderes no Brasil*. Belo Horizonte (MG): Editora UFMG; Rio de Janeiro (RJ): IUPERJ/FAPERJ, 2003, pp. 17-42.
- DAHL, Robert. *A Preface to Democratic Theory*. Berkeley: University of California Press, 1956.
- ELY, John H. *Democracy and Distrust*. Cambridge: Harvard University Press, 1980.
- EPSTEIN, David e O'HALLORAN, Sharyn. *Delegating Powers*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.
- FERRAZ JÚNIOR, Vitor Emanuel Marchetti. “Poder Judiciário e competição política no Brasil: uma análise das decisões do TSE e do STF sobre as regras eleitorais”. São Paulo (SP): PUC-SP, 2008. 233p. Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Ciências Sociais da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2009.
- FIGUEIREDO Argelina Cheibub. “Coalition Government in Brazilian Democracy”. *Brazilian Political Science Review*, vol. 1, n. 2, 2007, pp. 182-216.
- FIGUEIREDO, Argelina e LIMONGI, Fernando. *Executivo e Legislativo na nova ordem constitucional*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 1998.
- GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2000.

- HOLLAND, Kenneth M. *Judicial Activism in Comparative Perspective*. Nova York: St, Martin's Press, 1991.
- KIEWIET, D. Roderick e McCUBBINS, Mathew. *The Logic of Delegation*. Chicago: University of Chicago Press, 1991.
- LUPIA, Arthur e McCUBBINS, Mathew D. *The Democratic Dilemma*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.
- _____, McCUBBINS, Mathew e POPKIN, Samuel. *Elements of Reason*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.
- MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. "Sentidos da judicialização da política: duas análises". *Lua Nova – Revista de Cultura e Política*, n. 57. São Paulo (SP): CEDEC, 2002, pp. 113-134.
- MARCHETTI, V; CORTEZ, R "A judicialização da competição política: o TSE e as coligações eleitorais". *Opinião Pública*, vol. 15, n. 2. Campinas (SP): novembro de 2009, pp. 422-450.
- MANIN, Bernard. *Principes du Gouvernement Représentatif*. Paris: Calmann-Levy, 1996.
- MANSBRIDGE, Jane. "Rethinking Representation". In: *American Political Science Review*, 2003, vol. 97, n.4. [cidade? Editora??????????]
- OLIVEIRA, Vanessa Elias de. "Judiciário e privatizações no Brasil: existe uma judicialização da política?". *Dados – Revista de Ciências Sociais*, vol. 48, n. 3. Rio de Janeiro (RJ): IUPERJ, 2005, pp. 559-587.
- PACHECO, Cristina Carvalho. "O Supremo Tribunal Federal e a reforma do Estado do governo Fernando Henrique Cardoso: os critérios de admissibilidade como parte da estratégia política da corte". *Estudos Jurídicos*, vol. 40, n. 1. Unisinos, janeiro-junho de 2007, pp. 5-15.
- PHILLIPS, Anne. *The Politics of Presence*. Oxford: Oxford University Press, 1998.
- PITKIN, Hanna. *The Concept of Representation*. San Francisco: University of California Press, 1967.
- PRZEWORSKI, Adam, STOKES, Susan e MANIN, Bernard. (eds.) *Democracy, Accountability, and Representation*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.
- RIKER, William H. *Liberalism against Populism. A Confrontation between the Theory of Democracy and the Theory of Social Choice*. Prospect Heights: Waveland Press, 1982.
- ROSANVALLON, Pierre. *Le peuple introuvable. Histoire de la représentation démocratique en France*. Paris: Gallimard, 1998.
- _____. *La contre-démocratie. La politique à la âge de la défiance*. Paris: Seuil, 2006.
- SADEK, Maria Tereza Aina. "A crise do Judiciário vista pelos juízes: resultados de uma pesquisa quantitativa". SADEK, Maria Tereza Aina (org.) *Uma introdução ao*

- estudo da Justiça*. Rio de Janeiro (RJ): Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010, pp. 17-31.
- SHAPIRO, Martin. *Courts: A Comparative and Political Analysis*. Chicago: University of Chicago Press, 1981.
- _____. *Law and Politics in the Supreme Court*. Nova York: Free Press of Glencoe, 1964.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Verticalização, cláusula de barreira e pluralismo político: uma crítica consequencialista à decisão do STF na ADIN 3685*. Porto Alegre: Interesse Público, v. 37, 2006.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. “Ponderação de princípios e racionalidade das decisões judiciais: coerência, razão pública, decomposição analítica e standards de ponderação”. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília/DF, v. 15, p. 207-227, 2005.
- SARMENTO, Daniel e SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (org.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- STONE SWEET, Alec. *Governing with Judges*. Oxford, Oxford University Press, 2000.
- STONE SWEET, Alec e THATCHER, Mark. *The Politics of Delegation*. London: Routledge, 2003.
- STROM, Kaare. “Delegation and Accountability in Parliamentary Democracies”. In: *European Journal of Political Research*, 2000, 37.
- _____. , MÜLLER, Wolfgang e BERGMAN, Torbjörn. *Delegation and Accountability in Parliamentary Democracies*. Oxford: Oxford University Press, 2003.
- URBINATI, Nadia. *Representative Democracy: Principles and Genealogy*. Chicago: Chicago University Press, 2006.
- TATE, C. Neal et VALLINDER, Torbjorn. *The Global Expansion of Judicial Power*. Nova York: New York University Press, 1995.
- TAYLOR, Mathew MacLeod; DA ROS, Luciano. “Os partidos dentro e fora do poder: a judicialização como resultado contingente da estratégia política”. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, vol. 51, n. 4. Rio de Janeiro (RJ): IUPERJ, 2008, pp. 825-864.
- VEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: Jurisprudência política*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.
- _____. “Supremocracia”. *Revista Direito GV*. vol. 4, n. 2. São Paulo (SP): Fundação Getúlio Vargas, julho-dezembro de 2008, pp. 441-464.
- VIANNA, Luiz Jorge Werneck; BURGOS, Marcelo Tadeu Baumann; SALLES, Paula Martins. “Dezessete anos de judicialização da política”. *Tempo Social – Re-*

- vista de Sociologia da USP, vol. 19, n. 2. São Paulo (SP): USP, novembro de 2007, pp. 39-85.
- VIANNA, Luiz Jorge Werneck; CARVALHO, Maria Alice Resende de; MELO, Manuel Palacios Cunha; BURGOS, Marcelo Tadeu Baumann. *Judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro (RJ): Revan, 1999. 272p.
- VIANNA, Luiz Jorge Werneck et alli. *Corpo e alma da magistratura brasileira*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1997.
- WILLIAMS, Melissa S. *Voice, Trust, and Memory*. Princeton: Princeton University Press, 2000.

