

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO
DEPARTAMENTO DE DIREITO PROCESSUAL
DISCIPLINA DPC 524 – O PODER PÚBLICO EM JUÍZO
PROFESSORA DOUTORA SUSANA HENRIQUES DA COSTA
Seminário: ações de controle de constitucionalidade

Resumo das principais conclusões e apontamentos de pesquisa¹

Objeto de estudo: controle de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em suas formas preventiva e repressiva, analisado a partir de uma perspectiva interna ao processo decisório que se desenvolve no referido Tribunal.

Trechos do relatório de pesquisa: Neste ponto específico [controle repressivo – fatores de entrada], a preocupação da pesquisa reside em compreender como as demandas judiciais que questionam a constitucionalidade da produção normativa do Legislativo e Executivo federais chegam ao STF, sem, em um primeiro momento, avaliar a reposta dada pela Corte Constitucional a essas ações. Para isso, foram coletados os seguintes dados: (i) o perfil dos demandantes (i.e., de quem acessa o STF, tanto como autores de ação quanto como *amicus curiae*); (ii) o tema sobre o qual esses atos normativos versam; (iii) o tipo de ato questionado (e.g., leis ordinárias, leis complementares, emendas constitucionais, medidas provisórias etc.); e (iv) o tempo decorrido entre a produção normativa e sua impugnação no Judiciário.

Em termos gerais, para ações que questionam atos dos dois Poderes [Legislativo e Executivo], o que mais chega ao Supremo são as discussões a respeito de servidor público, tributário e seguridade social, massificadas pelo maior número de questionamentos da produção do Executivo. Em alguns casos, essa distribuição se explica, inclusive, por conta das exigências constitucionais para regulação de determinado tema ou assunto ora por meio de lei de iniciativa de ambos os Poderes Legislativo ou Executivo.

Nos casos de controle de constitucionalidade de atos normativos de iniciativa tanto do Legislativo quanto do Executivo federais, os atores que mais demandam o STF são os partidos políticos, seguidos dos sindicatos e entidades de classe. Em conjunto, os três atores citados acima são responsáveis, respectivamente, por 71% e 80% das ações de controle concentrado nos casos do Executivo e Legislativo.

Nas ações de controle concentrado de constitucionalidade de atos normativos de iniciativa do Legislativo federal é interessante notar a inversão da participação dos demandantes

¹ Os trechos ora apresentados foram extraídos em sua literalidade da pesquisa “Controle de constitucionalidade e judicialização: o STF frente à sociedade e aos Poderes”. Carlos Ari Sundfeld et al – Belo Horizonte, Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, 2010. Instituição proponente: Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP).

partidos políticos e entidades sindicais entre os períodos presidenciais de FHC e Lula. Enquanto o volume de demandas dos partidos políticos diminui, o das entidades de classe aumenta entre os períodos de governo dos dois presidentes. Essa tendência se mantém, quando o referencial é não a data de acionamento do STF, mas o período governamental no qual o ato normativo de origem do Legislativo federal foi editado.

Embora as entidades de classe atinjam maiores patamares como demandantes durante o governo Lula, boa parte destes atos foi produzida no primeiro mandato de FHC. O mesmo se percebe com relação aos partidos políticos, que aumentam sua participação no marco Lula II. Porém, no que se refere aos atos emanados nesse governo, sua faixa é estável, revelando resquícios do governo anterior ou anteriores, sendo levados ao Judiciário.

Os partidos políticos, sindicatos e entidades de classe, por serem os principais demandantes nos dois universos de ações desta pesquisa e por apresentarem interessantes variações ao longo dos períodos presidenciais, têm maior enfoque neste trabalho. Uma análise mais detida desses atores revela que eles não representam interesses homogêneos.

Quando distribuídas as demandas dos partidos políticos ao longo do tempo, especialmente por períodos presidenciais, é possível notar que há uma alternância entre os partidos demandantes. Sendo PFL/DEM, PSDB e PPS os principais partidos políticos demandantes contra atos normativos nos períodos do governo Lula; e PT, PDT e PC do B, durante os governos FHC. Isso indica que há uma relação entre a tematização no STF e a composição político-partidária do governo federal e de sua oposição.

As entidades de classe e os sindicatos representam diversas atividades, profissionais, econômicas e de interesses difusos e coletivos, e por isso não podem ser tomadas como um todo homogêneo de interesses. (...) Nota-se a grande representatividade das entidades profissionais como um todo, quando comparadas às demais.

Além das entidades que apresentam demandas ao STF, há também aquelas que participam do debate constitucional de modo incidental, como *amicus curiae*. Essa figura surge somente com a Lei nº 9.868/99 e a Lei nº 9.882/99, as quais, embora não regulem a admissão do *amicus curiae* em si, abrem oportunidade para que, a critério do relator, sejam ouvidos “depoimentos de pessoas com experiência e autoridade na matéria” (art. 9º, §1º; e art. 6º, §1º, respectivamente). Os *amicus curiae* costumam entregar documentos ao Tribunal, contendo informações, teses jurídicas ou mesmo moções de apoio às ações, procurando subsidiar e influenciar as decisões tomadas pelo Tribunal. A atuação dos *amicus curiae* pode servir também como termômetro do impacto esperado da decisão judicial na sociedade.

O *amicus curiae* é um instrumento que permite a participação de um maior número de atores no processo judicial, por ser menos restritivo que o rol de legitimados à propositura de ações de controle concentrado no STF, e é tido pelo próprio Tribunal como um meio de participação que promoveria a democratização do debate constitucional e a pluralidade de argumentos. Do total de 458 casos impugnando atos editados pelo Legislativo federal, 18,3% receberam pedidos de ingresso como *amicus curiae*, proporção semelhante quando analisadas as 877 ações questionando atos do Executivo: 12,9%.

Observa-se [...] que há uma sobre-representação das entidades que mais apresentam *amicus curiae*, pois elas estão também entre as que mais apresentam demandas ao STF,

ao lado dos partidos políticos. Entidades de classe e sindicatos despontam entre os atores que mais propõem *amicus curiae* e, ao mesmo tempo, são também as legitimadas para a propositura de ações de controle concentrado de constitucionalidade no STF.

As entidades de classe têm forte representatividade, participam como *amicus curiae* de 49,6% do total de ações de controle de constitucionalidade de atos normativos de origem do Executivo federal que possuem *amicus curiae* propostos e de 48,8% do total de ações de controle de constitucionalidade de atos normativos de origem do Legislativo federal que possuem *amicus curiae* propostos. Os sindicatos apresentam *amicus curiae* em 37,2% das ações questionando atos do Executivo federal; e em 29,8% das que impugnam atos do Legislativo. Surge, no entanto, um ator novo nesse debate constitucional: as associações de interesses difusos e coletivos (respectivamente, 20,4% e 15,5%).

Os dados [...] revelam inicialmente os percentuais de ações que tiveram ou não resposta do STF. Neles, é possível verificar que foram consideradas as ações que ainda aguardam julgamento, de mérito ou de liminar. [...] apresentam a proporção de casos que foram extintos sem resolução de mérito, ou, para utilizar a terminologia aqui adotada, ações extintas sem qualquer resposta do Tribunal, quer em sede de liminar, quer no mérito. Do mesmo modo, [...] apresentam o universo das ações que obtiveram algum tipo de resposta do Tribunal (decisão liminar ou de mérito).

Das ações em que se impugnaram atos emanados do Executivo, 28% tiveram alguma resposta do STF. No caso das ações questionando atos do Legislativo Federal, a porcentagem de ações que tiveram alguma resposta do Tribunal sobe para 39%.

No caso de questionamento de atos normativos oriundos do Executivo, o número de ações sem resposta equivale a 46%, enquanto do total de ações relativas a atos emanados do Legislativo, 33% delas não receberam resposta. Portanto, somando com as que aguardam julgamento, o percentual de ações sem resposta envolvendo atos do Executivo é de 71%, ao passo que o percentual de ações sem resposta envolvendo atos do Legislativo é de 60%.

Já no universo das ações com resposta, nota-se que, no caso do Executivo, a maior parte delas (12%) é composta de processos que foram extintos sem julgamento de mérito e com a liminar julgada improcedente. No caso do Legislativo, os dois principais tipos de processos que aparecem (11% e 10%, respectivamente) são de ações em que houve julgamento de mérito, sendo 11% julgadas procedentes e 10% julgadas improcedentes.

De imediato, já é possível identificar que o intervencionismo do STF (com efeitos diretos e permanentes) no produto da atividade normativa dos Poderes Executivo e Legislativo é relativamente baixo (3% e 11% do total de ações ajuizadas até o momento perante o Tribunal). A análise dos dados revelou uma proporção reduzida de ações em que são impugnados atos normativos de origem do Executivo federal com julgamento de mérito dentre os processos já encerrados: são apenas 9% dos casos, conforme se verifica no gráfico abaixo. Dentro desse universo de ações, há um número equilibrado de processos julgados procedentes e processos julgados improcedentes.

No que tange às ações envolvendo atos normativos de origem do Legislativo federal, no entanto, verifica-se uma tendência um pouco diferente da observada acerca das ações do Executivo. Proporcionalmente, o número de ações que questionam atos do Legislativo

que chegam a ter um julgamento de mérito é maior do que no caso do Executivo. Quase um terço dos processos encerrados teve seu mérito apreciado (32%). Dentro desse universo, 51 ações foram julgadas procedentes (com revisão), enquanto 44 ações foram julgadas improcedentes (sem revisão).

A explicação para essas diferenças nos dados relativos às ações envolvendo atos do Executivo e do Legislativo parece estar ligada a dois fatores centrais: (i) o perfil de quem acessa o STF objetivando a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos oriundos do Executivo e do Legislativo, a exemplo de partidos políticos que questionam atos do Executivo e, posteriormente, perdem representação no Congresso Nacional, perdendo, assim, a legitimidade ativa para titularizar a ação; (ii) o tipo de ato normativo típico impugnado em cada esfera de poder, com preponderância de medidas provisórias (que são atos normativos precários, em razão de seu tempo de vigência limitado) no caso do Executivo e de leis ordinárias no caso do Legislativo.

Apenas para se ter uma ideia da dimensão do papel ocupado pelas liminares no atual controle concentrado de constitucionalidade brasileiro, basta verificar que, do total de ações ajuizadas perante o STF para exame da constitucionalidade de atos normativos que tiveram origem no Executivo, em 90,9% havia pedido de liminar para suspender a eficácia do ato impugnado. Quanto às ações envolvendo o Legislativo, o pedido está presente em 84,5% das ações analisadas.

Além disso, esse papel diferenciado das liminares parece ter mais relevância apenas para as ações que questionam atos emanados do Executivo, sendo menos evidente nos processos que impugnam a constitucionalidade de atos de origem no Legislativo. Isso se deve, ao que tudo indica, ao perfil de quem acessa o STF e ao tipo de ato normativo impugnado nesses casos, como já mencionado acima. A relevância da liminar no controle concentrado de atos originários do Executivo também decorre do fato de que em um grande número de casos a única resposta oferecida pelo STF se limita à decisão proferida em sede de liminar.

A hipótese levantada a partir do presente trabalho é a de que, enquanto única resposta do STF, sinalizando o entendimento do Tribunal que provavelmente se confirmará na decisão de mérito, a resposta liminar exerce um efeito decisivo. Em razão dele, há poucos casos nos quais o Tribunal chega a se manifestar duas vezes sobre a questão da constitucionalidade, na liminar e também no julgamento de mérito. Esse número é um pouco diferente, se considerados os casos envolvendo a produção normativa do Legislativo, muito embora ainda se possa verificar uma leve tendência de que a resposta liminar se sobreponha aos casos que alcançaram um julgamento de mérito.

Em se tratando de controle de constitucionalidade de atos do Executivo, a antecipação do provável entendimento do Tribunal por meio da decisão liminar parece operar sobre os agentes envolvidos apenas de duas maneiras possíveis. Na primeira situação, a resposta negativa do Tribunal, afastando a alegação de indícios de inconstitucionalidade em sede de liminar, tem impacto direto na ausência de interesse dos demandantes (em sua maioria, partidos políticos), que buscavam apenas uma resposta confirmatória imediata para sua demanda. No caso mais típico, o das Medidas Provisórias, isso se manifesta por meio da ausência de aditamento da inicial quando há reedição da MP, o que revela uma “desistência tácita” do demandante ante a sinalização negativa do Tribunal.

Na segunda situação, na qual o STF efetivamente concede o pedido de liminar, suspendendo a eficácia do ato impugnado até a decisão de mérito, a hipótese que se levanta é a de que o próprio autor do ato impugnado (Legislativo ou, de maneira mais evidente, o Executivo) recua em sua posição, diante da manifestação do Tribunal, acatando (ainda que liminarmente) a alegação de inconstitucionalidade do ato normativo, e retira, por meio de processos legislativos, sua validade

As ações em que se impugnavam atos do Legislativo que tiveram mais liminares concedidas versavam sobre direito tributário, enquanto as ações questionando atos do Executivo com maior número de liminares concedidas tratavam da área econômica.

Aparentemente, a explicação mais plausível para isso é que são estes, de fato, os temas sobre os quais esses dois Poderes mais atuam. Ou ainda, trata-se de temas sensíveis, cuja normatização causa maior repercussão e mobilização dos atores legitimados, levando-os a utilizarem o controle concentrado de constitucionalidade. O fato de esses temas serem mais salientes e de maior repercussão faz com que a distribuição dos temas dentre as ações que tiveram seu mérito julgado procedente seja diferente da distribuição dos temas das ações que tiveram decisões liminares concedidas.

Isso pode ser explicado em razão do tipo de ato normativo questionado (resoluções, leis, decretos, emendas, medidas provisórias etc.) cuja natureza pode ser temporária, sem condições para “sobreviver” a um tempo de tramitação médio relativamente elevado no STF, sem que a ação perca seu objeto em algum momento.

Muito embora tenham muitos dos seus pedidos de liminar apreciados (e concedidos), os partidos políticos têm uma participação reduzida no momento em que o Tribunal decide revisar o mérito do ato normativo impugnado, editado pelo Poder Executivo. Nesse sentido, no provimento final, os partidos políticos têm menos sucesso que a Procuradoria-Geral da República (PGR) e os sindicatos e entidades de classe.

Por fim, a replicação dessa grade de análise às ações que questionam atos normativos do Poder Legislativo revela um predomínio dos sindicatos e entidades de classe e partidos políticos nos questionamentos realizados. Curioso notar o aumento da participação da Procuradoria-Geral da República ao longo das fases de julgamento das ações. Muito embora seja responsável por apenas 14% das ações que chegaram ao STF entre 1988 e 2010, os questionamentos da PGR são responsáveis por praticamente um quarto do total da revisão de atos do Legislativo operada pelo Supremo.

Mais da metade (56%) das ações analisadas são extintas em razão da perda de objeto. Observa-se também que a segunda razão mais recorrente para que o STF não aprecie o mérito da ação é a ilegitimidade ativa ad causam (22%). Em terceiro lugar, aparece a impossibilidade jurídica do pedido, que justifica a não apreciação do mérito pelo STF em 17% dos casos envolvendo atos normativos oriundos do Executivo.

O principal motivo que leva o STF a extinguir a ação por perda de objeto refere-se aos casos em que o dispositivo impugnado deixou de vigorar. Esta situação representa 49% dos casos examinados. Na maioria das vezes, essa situação aparece nas ações em que são impugnados dispositivos pertencentes a medidas provisórias. Como indicado no gráfico anterior, a grande maioria dos casos de perda do objeto (49%) pode ser atribuída a um recuo do próprio Executivo, quer porque seus objetivos com a MP já foram atingidos,

quer porque há uma decisão liminar desfavorável, ou mesmo diante da mera existência de uma ação impugnando o ato em trâmite no STF.

O segundo motivo mais recorrente que fundamenta a extinção da ação sem julgamento do mérito por perda de objeto é a falta de aditamento da inicial. Esse motivo, presente em 34% dos casos, está diretamente ligado ao motivo específico anterior, na medida em que a reedição da MP implica, segundo o STF, a necessidade de aditar a petição inicial alterando o conteúdo do dispositivo impugnado diante da reedição da MP. Somando-se a falta de aditamento com a descontinuidade da validade do dispositivo impugnado, temos que a maioria esmagadora dos casos de extinção sem julgamento do mérito, por perda superveniente do objeto, diz respeito a mudanças legislativas que não foram determinadas pelo próprio STF, mas que, possivelmente, foram por ele influenciadas.

Nesses casos, os atores poderiam não estar interessados em um resultado efetivo de mérito, mas sim em acessar o STF apenas como forma de exercer pressão sobre os centros de poder, impugnando uma norma editada pelo Executivo federal com o objetivo de questionar as políticas do governo

De um modo geral, esses resultados parecem revelar que o STF tem se mostrado pouco interventivo no trabalho dos Poderes Executivo e Legislativo federais, quer porque, ao julgar o mérito, conclui que os demais Poderes “acertaram” ao editar um ato normativo constitucional; quer porque, por alguma razão de ordem processual, as demandas são extintas antes mesmo de serem julgadas pelo Tribunal (como parece ser o caso das “ações sem resposta”). Tanto para ações que questionam atos originários do Legislativo quanto para ações que questionam atos originários do Executivo, é muito baixo o número de ações que recebem decisão de mérito do STF, mas isso se acentua neste último grupo de ações.

De um modo geral, foi possível notar que as decisões sobre manifestação de terceiros nos processos são altamente subjetivas e estão ao exclusivo critério do relator do caso, variando muito conforme o perfil deste. Essa falta de uniformidade mostra a ausência de um entendimento da Corte acerca de novos instrumentos procedimentais de participação da sociedade civil, o que se torna um problema quando se pensa que podem ser aplicados de maneira não isonômica justamente os instrumentos cujo objetivo é conferir maior legitimidade democrática ao processo decisório no STF. [...] Como se percebe, os requisitos legais para a admissão de terceiros nas ADI e ADC são a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes. Tais requisitos são, no entanto, interpretados de maneira muito variada a depender do Ministro relator, que é o único que pode decidir sobre o pedido de ingresso de terceiros nas ações

Algo semelhante ocorre com relação à audiência pública. Os casos adiante analisados mostram que cada audiência realizada no STF também pode ser considerada como um exemplo particular de interação entre o Tribunal e a sociedade, pois fatores como convocação da audiência pública, atores participantes, a existência (ou não) de diálogo entre os votos e os argumentos recebidos na audiência e nos *amicus curiae* também se deram de forma completamente diferente caso a caso. Em parte, isso é reflexo do próprio desenho institucional, que depende, nos dois instrumentos, em boa medida, da decisão exclusiva do ministro relator.