

REVISTA de INFORMAÇÃO LEGISLATIVA

Brasília • ano 41 • nº 163

julho/setembro – 2004

SUBSECRETARIA DE EDIÇÕES TÉCNICAS DO SENADO FEDERAL

Dimensões da judicialização da política no Brasil

As ADIns dos partidos políticos

Antonio G. Moreira Maués
Anelice F. Belém Leitão

Sumário

1. Introdução. 2. Análise das ADIns. 2.1. ADIns não conhecidas. 2.2. ADIns indeferidas. 2.3. ADIns deferidas. 3. Conclusões.

1. Introdução

Ao ampliar a legitimidade ativa nas ações diretas de inconstitucionalidade (ADIns), a Constituição de 1988 provocou uma profunda mudança no sistema de controle concentrado de constitucionalidade das normas no Brasil, já que a iniciativa nesse sistema, até então, coubera exclusivamente ao Procurador-Geral da República¹.

Esse monopólio da propositura do controle concentrado afastava o sistema brasileiro do modelo “europeu” original. Quando de sua criação, pelas Constituições da Tchecoslováquia (1920), Áustria (1920) e Espanha (1931), o sistema concentrado visava, principalmente, estabelecer um mecanismo de proteção da divisão territorial do poder adotada nesses países, sob a forma de um Estado Federal (Áustria), ou sob a forma do reconhecimento de um alto grau de autonomia para determinadas regiões (Tchecoslováquia e Espanha). Em razão disso, a legitimidade ativa era reconhecida aos órgãos políticos do poder central e dos entes territoriais autônomos, a fim de que ambos pudessem buscar a proteção de suas prerrogativas junto ao Tribunal Constitucional, especialmente no campo das competências legislativas (VILLALÓN, 1987)².

Antonio G. Moreira Maués é Professor Adjunto da Universidade Federal do Pará. Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo.

Anelice F. Belém Leitão é Bolsista de iniciação científica (CNPq) do Curso de Direito da Universidade Federal do Pará.

As primeiras experiências com o controle concentrado já indicavam, portanto, que a defesa da Constituição pela via direta dependeria da emergência de determinados conflitos políticos que viessem motivar o recurso dos legitimados ao Tribunal Constitucional. Visando diminuir essa vinculação, a Constituição Austríaca adotou, em 1929, a via incidental no sistema concentrado, permitindo que os dois órgãos judiciários superiores provocassem o Tribunal Constitucional (CAPPELLETTI, 1992, p. 106). Apesar disso, a limitação da legitimidade ativa, que caracteriza o controle concentrado (VILLALÓN, 1987, p. 414; FAVOREU, 1988, p. 58), obriga o legislador a decidir sobre a titularidade da ação, a qual, recaindo sobre agentes e órgãos políticos, permite que essa modalidade de controle também seja utilizada para a resolução de seus conflitos.

A tendência tornar-se-ia mais acentuada naqueles países em que a legitimidade ativa foi estendida às minorias parlamentares, como Alemanha (1949), Espanha (1978) e Portugal (1982, na primeira revisão constitucional), o que possibilitou trazer para o âmbito do controle concentrado, independentemente de sua base territorial, os conflitos entre maioria e minoria políticas³. Essa ampliação resultava do reconhecimento da importância dos partidos políticos como vetores dos conflitos sociais em uma democracia pluralista, mas também conferia um novo conteúdo à idéia de que a Constituição deveria ser protegida do Legislativo⁴. Na forma em que foi proposta originalmente pelos federalistas norte-americanos, a defesa da Constituição por meio do *judicial review* pretendia impedir que uma “facção”, ao obter a maioria política, ultrapassasse as barreiras constitucionais e desrespeitasse os direitos individuais (HAMILTON; MADISON; JAY, 1982, n. 10, 78). Já nas Constituições compromissórias do século XX, sua defesa devia garantir que os acordos firmados no momento constituinte fossem respeitados pela maioria parlamentar,

a fim de preservar os direitos e interesses fundamentais dos diferentes grupos e classes que compõem a sociedade pluralista moderna (MAUÉS, 1999, cap. I).

O contexto acima descrito também se aplica à Constituição de 1988, que, ao reconhecer a titularidade de partidos políticos e entidades da sociedade civil na ação direta de inconstitucionalidade, veio unir a defesa de sua supremacia à defesa do pluralismo político. A experiência brasileira parece confirmar a necessidade e o acerto dessa decisão: utilizando os dados de VIANNA et al. (1999, p. 59-60), que alcançam as 1.935 ADIns ajuizadas até o final do ano de 1998, verificamos que 17,5% delas foram apresentadas por partidos políticos e 29,9% pelo Conselho Federal da OAB, confederações sindicais e entidades de classe. Em relação aos partidos políticos, o número é mais expressivo quando consideramos apenas as 357 ADIns apresentadas contra o legislativo federal, entre as quais eles são responsáveis por 97 ações (27,1%).

No entanto, os números referentes aos partidos políticos trazem algumas inquietações, já que podem manifestar duas tendências que, apesar de suas diferenças, são ambas anticonstitucionais. Na primeira delas, o acentuado uso das ADIns pelos partidos significaria que o Legislativo e o Executivo violam freqüentemente a Constituição, obrigando a oposição a recorrer ao Supremo Tribunal Federal em defesa da Lei Maior. Na segunda, os números indicariam que esses mesmos partidos, ao não terem suas propostas contempladas nas negociações parlamentares, utilizam-se das ADIns com o objetivo de converter o STF em uma terceira “Casa Legislativa” na qual fosse possível modificar as decisões da maioria. Menos aparente, esse comportamento é uma forma igualmente grave de violar a Constituição, já que implica um desrespeito à regra de maioria e uma tentativa de estabelecer limites às decisões do legislador democrático em matérias nas quais a Constituição não os impôs.

Manifestando-se ou não essas tendências anticonstitucionais, o constante recurso da minoria ao Tribunal Constitucional, como forma de solução de seus conflitos com a maioria, leva-nos ao tema da “judicialização da política”, isto é, ao crescente controle efetuado por órgãos judiciários sobre as decisões políticas. É inegável que, em maior ou menor grau, esse fenômeno faz parte da paisagem dos Estados Constitucionais contemporâneos, a ponto de ser considerado uma consequência da adoção de formas de controle judicial de constitucionalidade (SWEET, 1999, p. 118). Não obstante, as análises dos processos de judicialização da política também indicam que eles comportam dois riscos para o sistema constitucional: de um lado, haveria uma tendência de os conflitos políticos passarem a ser decididos por um órgão de caráter jurisdicional, que não goza da legitimidade democrática direta que as eleições conferem ao Legislativo e ao Executivo; de outro lado, o Tribunal Constitucional, diante de matérias de alto grau de conflitividade, acabaria por se afastar das razões jurídicas para decidir de acordo com razões políticas, ditadas pela sua relação de apoio ou oposição à maioria governante.

Dessa forma, os estudos sobre a judicialização da política acabam trazendo questões que demandam uma teoria normativa do controle de constitucionalidade: quais os limites do exercício do controle judicial de constitucionalidade? Como evitar que, pela própria pressão dos partidos, o Tribunal Constitucional invada a competência do Legislativo? O Tribunal Constitucional, ao exercer sua função, protege as minorias ou legitima o domínio político da maioria?

Evitando esses juízos de valor, os trabalhos no campo da ciência política lançam mão de análises quantitativas que permitem aferir algumas dimensões das relações entre sistema judicial e sistema político. Assim, é possível identificar se os partidos têm êxito em suas demandas (VIANNA et al., p. 129-130), ou se as decisões do Tribunal Constitucional são mais favoráveis ao

interesse público ou ao interesse privado (CASTRO, 1997).

Não há dúvida de que esses trabalhos trazem importantes contribuições para a análise dos fenômenos aqui tratados. Sem embargo, eles não esclarecem um tema fundamental: as demandas apresentadas pelos partidos políticos ao Tribunal Constitucional possuem ou não fundamento constitucional? Dito de outro modo: as ações de inconstitucionalidade contêm argumentos convincentes de que a Constituição foi violada pela maioria política?

A resposta a essas perguntas é necessária para que se possa compreender o sentido das ações das minorias políticas junto à jurisdição constitucional: se elas são mais bem interpretadas como tentativas de desrespeito à regra de maioria ou como ações em defesa da Constituição. Tal resposta, no entanto, não é de fácil obtenção, já que as próprias decisões no controle judicial de constitucionalidade demonstram a existência de grandes divergências sobre o que está ou não de acordo com a Constituição. Essas divergências são acentuadas por algumas características dos textos constitucionais contemporâneos, tais como sua ambigüidade e vagueza, a utilização de conceitos essencialmente controvertidos e a ocorrência de conflitos entre suas disposições (COMELLA, 1997, p. 19-36), mas incidem também sobre os próprios critérios que devem ser utilizados para identificar e interpretar a Constituição, como ocorre, de modo geral, com o Direito (DWORKIN, 1991, cap. 1).

Diante dessas dificuldades, parece inevitável que o pesquisador lance mão de uma teoria normativa do controle de constitucionalidade para interpretar os argumentos das ações dos partidos políticos. Não obstante a importância dessa linha de investigação, ela acaba por deslocar o debate para o valor das diferentes teorias normativas do controle de constitucionalidade. Assim, decidindo qual a teoria mais adequada, disporíamos dos critérios para julgar as ações da minoria política.

Há, no entanto, um outro caminho possível de ser trilhado para compreender o sentido dessas ações: o exame da interpretação que elas recebem do Tribunal Constitucional. Para seguir esse caminho, vale recorrer ao conceito de “interpretação construtiva”, formulado por DWORKIN (1991, cap. 2). Segundo o autor, os participantes de uma prática social desenvolvem uma “atitude interpretativa” em relação a ela quando passam a lhe atribuir sentido. Isso requer que os participantes considerem que determinada prática não apenas existe, mas possui valor, ou seja, serve a algum interesse ou propósito ou reforça algum princípio. Em um segundo momento, quando a atitude interpretativa encontra-se bem desenvolvida, a prática passa a ser reestruturada de acordo com o sentido que lhe é atribuído.

Para DWORKIN (1991), a interpretação das práticas sociais, em que o objeto é algo criado pelas pessoas como uma entidade distinta a elas, difere da situação mais comum de interpretação, que é aquela que se dá no decorrer de uma conversação. Nesse caso, interpretamos os sons ou sinais que uma outra pessoa emite para compreender suas intenções; já no caso das práticas sociais, o intérprete *atribui* um valor à prática, ainda que condicionado pela sua história⁵.

Em conclusão, DWORKIN (1991) afirma que, sendo uma prática social, o direito é interpretado pelos seus participantes de modo construtivo, isto é, de acordo com suas concepções sobre o princípio, objetivo ou propósito que o justificam. Assim, em cada período histórico, os participantes da comunidade jurídica irão compartilhar algumas dessas concepções e divergir sobre outras, o que provocará o surgimento de interpretações concorrentes sobre o sentido do direito.

Uma primeira aplicação dessas idéias ao campo do controle concentrado de constitucionalidade nos permite considerar que os autores das demandas, como participantes da comunidade jurídica, buscam formular argumentos em que a inconstitucionalidade da lei aparece como a melhor interpre-

tação do direito constitucional. Mais interessante para nossos propósitos, contudo, é observar que o Tribunal Constitucional desenvolve uma interpretação construtiva desses argumentos, atribuindo-lhes ou não o valor de defesa da Constituição.

No julgamento das ações de inconstitucionalidade, as eventuais intenções dos autores, entendidas como o estado mental consciente que os levaram a ajuizá-las, são de pouca relevância. O caráter abstrato do controle concentrado faz com que os argumentos apresentados dirijam-se à defesa do texto constitucional, e não à defesa de interesses em litígio, como no controle concreto. Assim, é com base em suas concepções do direito constitucional que os juízes irão interpretar esses argumentos para decidir se eles possuem fundamento constitucional.

Por isso, o estudo da interpretação das ações de inconstitucionalidade pelo Tribunal Constitucional deve ser direcionado à motivação da decisão, a fim de que se possam identificar as razões que os levaram a decidir pela procedência ou improcedência da ação. Exemplar, sob esse aspecto, são as decisões tomadas por maioria, em que a existência de interpretações divergentes só pode ser esclarecida com o exame da fundamentação dos votos.

Mais cuidado ainda requerem as ações em que a maioria decide pelo indeferimento, já que isso significa que parte do Tribunal compreendeu a ação como uma tentativa de defesa da Constituição. Apesar de minoritários, os votos divergentes podem demonstrar a plausibilidade das alegações de que a Constituição foi violada, já que os juízes constitucionais, ao decidirem, observam o princípio da presunção de constitucionalidade da lei, julgando-a inconstitucional somente quando há fortes argumentos nesse sentido e não é possível utilizar a interpretação conforme a Constituição. Contrariamente, a ocorrência de decisões unânimes⁶ indica que os critérios compartilhados de interpretação do direito constitucional se impuseram sobre a pluralidade de

concepções presentes no Tribunal Constitucional,⁷ indicando um juízo mais firme acerca da existência ou não de fundamento na ação.

Além disso, vale observar que, ao desenvolver essa atitude interpretativa, o Tribunal Constitucional também busca atender à especial exigência de fundamentação das decisões adotadas no âmbito do controle judicial de constitucionalidade. Já no início do século passado, KELSEN (1995, p. 33) alertara que Constituições formuladas em termos demasiado gerais, como as que acabaram predominando no Ocidente a partir do século XX, poderiam tornar ilimitado o poder do Tribunal Constitucional, subvertendo sua função de legislador negativo. Assim, o reconhecimento de que há várias interpretações possíveis do texto constitucional acentua, em vez de eliminar, a necessidade de fundamentação das decisões da justiça constitucional. De outra forma, sua legitimidade ver-se-ia abalada, já que, como qualquer outro órgão jurisdicional, os Tribunais Constitucionais devem possuir um caráter imparcial. Somente assim, a enorme interferência que esses Tribunais promovem na vida política e seu inevitável envolvimento com os conflitos políticos podem ser admitidos pelos agentes políticos e apoiados pela comunidade jurídica⁸.

Por último, cabe lembrar que, mesmo a defesa de interesses particulares pode igualmente promover a defesa da Constituição. Essa possibilidade surge especialmente com as Constituições sociais, que, a partir do século XX, superaram o modelo procedimental de Constituição⁹. Com o reconhecimento dos direitos sociais e o aparecimento da “constituição econômica”, as Constituições passaram a conter normas que regulavam diretamente os conflitos sociais, influenciando a distribuição de recursos de poder entre grupos e classes sociais e protegendo direta ou indiretamente seus interesses (MAUÉS, 1999, cap. II), os quais, sendo violados, também fundamentam o recurso ao Tribunal Constitucional.

Com base nessas idéias, desenvolveremos a seguir uma análise da jurisprudência do STF nas ADIns apresentadas por partidos políticos contra leis federais, buscando identificar qual o sentido atribuído pelo Tribunal a essas ações. Assim, esperamos ter elementos para oferecer respostas ao problema da compreensão das ADIns apresentadas pelos partidos no direito brasileiro.

2. Análise das ADIns

Nesta pesquisa, foram analisados 33 acórdãos referentes a 29 ADIns, publicados na Revista Trimestral de Jurisprudência (RTJ) no período de outubro de 1988 a junho de 2001, correspondente aos volumes 126 a 172. Entre as ADIns, sete não foram conhecidas, quatorze tiveram a medida cautelar indeferida, uma foi julgada improcedente e sete tiveram a cautelar deferida total ou parcialmente. Os quatro acórdãos restantes referem-se a uma das ADIns cuja cautelar foi indeferida, julgando-a prejudicada, e a três julgamentos de mérito de ADIns cuja cautelar fora deferida.

2.1. ADIns não conhecidas

Todas as sete decisões pelo não conhecimento são tomadas por unanimidade pelo STF, o que pode ser explicado pela utilização coerente, nesses casos, da jurisprudência que o próprio Tribunal construiu a partir da interpretação de sua competência no controle concentrado. Tendo em vista que, nessas ações, por definição, não há uma manifestação do STF sobre a constitucionalidade das normas impugnadas, não é possível analisar exaustivamente a interpretação dada pelo Tribunal aos argumentos apresentados pelos autores.

Cabe observar, no entanto, que em duas dessas ADIns questionava-se a constitucionalidade do critério de distribuição do tempo da propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão, os quais, estabelecidos de modo semelhante na Lei nº 9.100/95, foram considerados inconstitucionais pelo Rela-

tor na ADIn nº 1.408, que será analisada abaixo. A primeira dessas ações, de nº 109, foi ajuizada pelo Partido Liberal Progressista (PLP), contra a Lei 7.773/89, que regulava as eleições para Presidente e Vice-Presidente da República, e especificamente contra seu art. 17, que estabelecia aqueles critérios. O fundamento da decisão do STF pelo não conhecimento foi a ausência de *jus postulandi* do signatário da inicial, que era o próprio Presidente do PLP, engenheiro civil de profissão (RTJ 130/522).

Já na ADIn nº 1.822, apresentada pelo Partido Popular Socialista (PPS) contra dispositivos da Lei 9.504/97, o STF não conheceu da ação por impossibilidade jurídica do pedido, tendo em vista que seu deferimento implicaria que o Tribunal agisse como legislador positivo, invertendo os critérios estabelecidos pelo Congresso. De acordo com o Min. Moreira Alves, Relator,

“a argüição de inconstitucionalidade visa a que, se ela for acolhida, reste, de todos os dispositivos atacados, apenas a expressão ‘igualmente’ no inciso I do § 2º do artigo 47 da Lei 9.504/97, o que implicará que se fará igualmente, entre os Partidos Políticos e suas coligações, a distribuição dos horários de propaganda eleitoral gratuita pelo rádio e pela televisão. Não podendo o pedido do requerente ser ampliado para alcançar todo o sistema dessa distribuição estabelecido pelos dispositivos impugnados nessa primeira alternativa, pretende ele, com a declaração de inconstitucionalidade como requerida, modificar o sistema da Lei pela alteração do seu sentido, o que importa sua impossibilidade jurídica, uma vez que o Poder Judiciário, no controle dos atos normativos, só atua como legislador negativo e não como legislador positivo” (RTJ 172/435).

Raciocínio semelhante foi desenvolvido na ADIn nº 1.622. Nela, o Partido dos Trabalhadores (PT) questionava dispositivos da

Lei Complementar nº 87/96 (Lei Kandir), que, ao excluir da incidência do ICMS as exportações de produtos primários e semi-elaborados, teria violado o art. 155, X, a, da CF e, ao garantir crédito relativo a mercadoria destinada ao uso ou consumo permanente, teria violado o princípio da não cumulatividade do ICMS (art. 155, II e seu § 2º, I). O objetivo da ação era evitar a redução da arrecadação do ICMS pelos Estados, que decorreria da aplicação da lei, mas o Min. Nelson Jobim, Relator, considerou o pedido juridicamente impossível, tendo em vista que o STF não pode ampliar o pedido:

“a lei impôs perdas aos Estados e Municípios e, ao mesmo tempo, assegurou compensação temporária. A ação direta visa, exclusivamente, parte dos dispositivos que determinam as perdas (não ataca a isenção, na exportação, de produtos primários), mas não abrange aquele que institui a compensação. A consequência desta demanda, se vier a ser conhecida e julgada procedente, seria o desaparecimento de parte das perdas e a manutenção integral da obrigação temporária da União quanto à integralidade das compensações. Atacada parte da causa, a inicial teria que atacar, também, o tratamento legal dado à parte das consequências. Caberia à inicial formular pedido completo. Não o fez. Não nos cabe estender o objeto do pedido” (RTJ 167/78)¹⁰.

Nos demais casos, também verificamos que o não conhecimento se funda em jurisprudência firmada pelo STF. Assim, na ADIn nº 385, o Partido Trabalhista Renovador (PTR) questionava, com base no § 2º do art. 77 da CF, a constitucionalidade do art. 106 do Código Eleitoral, que estabelecia o cômputo dos votos em branco como válidos. O STF não conheceu da ação por impossibilidade jurídica do pedido, tendo em vista a inadequação da ação direta para o questionamento da constitucionalidade de norma anterior à Constituição, entendimento firma-

do desde a ADIn nº 2. Citando o seu voto na ADIn nº 381, sobre o mesmo tema, o Relator, Min. Moreira Alves, afirmava que

“a declaração de inconstitucionalidade se limita à incompatibilidade entre a lei infraconstitucional e a Constituição, quando aquela é posterior a esta, pois na hipótese inversa o problema se situa no âmbito da revogação da lei infraconstitucional anterior pela Constituição a ela posterior” (RTJ 142/23)¹¹.

Na ADIn nº 2.047, ajuizada pelo PCdoB, solicitava-se o pronunciamento da Corte para, com base no direito adquirido, excluir os servidores públicos que adquiriram estabilidade até 4 de julho de 1998 da aplicação de vários dispositivos da Emenda Constitucional nº 19 referentes à estabilidade e à colocação em disponibilidade. No entendimento do Min. Ilmar Galvão, Relator, esse pedido não poderia ser apreciado:

“Conforme se viu, a EC 19/98 não contém dispositivo expresso mandando aplicar as novas normas a situações jurídicas anteriormente constituídas, cujo alcance houvesse de ser examinado pelo STF, em face do princípio do direito adquirido. Na verdade, o que fez o autor, neste caso, foi formular consulta ao Tribunal acerca da interpretação a ser dada às novas disposições da emenda constitucional pela qual foi veiculada a chamada ‘reforma administrativa’, diante da situação dos servidores que encontrou no gozo da estabilidade funcional adquirida antes dela, objetivo para o qual se mostra inadequada a ação direta de inconstitucionalidade” (RTJ 172/460).

Na ADIn nº 1.640, o Partido dos Trabalhadores (PT), o Partido Comunista do Brasil (PCdoB), o Partido Democrático Trabalhista (PDT), o Partido Socialista Brasileiro (PSB) e o Partido Verde (PV) requeriam a declaração de inconstitucionalidade do dispositivo da Lei Orçamentária Anual (Lei nº 9.438/97) que utilizava recursos oriundos

da cobrança da Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira (CPMF) para o Fundo de Amparo ao Trabalhador, por infração do § 3º do art. 74 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), que vinculava os recursos da CPMF ao Fundo Nacional de Saúde. Corroborando sua jurisprudência, o STF não conheceu da ação, já que não se pretendia

“a suspensão cautelar nem a declaração final de inconstitucionalidade de uma norma, mas de uma destinação de recursos, prevista em lei formal, mas de natureza e efeitos político-administrativos concretos, hipótese em que, na conformidade dos precedentes da Corte, descabe o controle concentrado de constitucionalidade como previsto no art. 102, I, “a” da Constituição Federal, pois ali se exige que se trate de ato normativo” (RTJ 167/85).

Por fim, na ADIn nº 1.900, proposta pelo Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB), buscava-se a declaração de inconstitucionalidade, sem redução do texto, do art. 201, II, da Lei Complementar nº 75/93 (Lei Orgânica do Ministério Público da União), que excluía da promoção por merecimento, até um dia após o regresso, o membro do Ministério Público afastado da carreira para exercer outro cargo público permitido por lei. O argumento principal era que esse dispositivo contrariava o art. 7º, II, da Lei 1.341/51, violando o direito assegurado aos membros do Ministério Público da União admitidos antes de 5 de outubro de 1988 de optarem pelo regime anterior estabelecido naquela lei (art. 29, § 3º, do ADCT). Também aqui, o STF reafirmou sua jurisprudência de que não cabe a ação direta quando a situação de inconstitucionalidade depender, para efeito de seu reconhecimento, do prévio exame comparativo entre a regra estatal questionada e qualquer outra espécie jurídica de natureza infraconstitucional (RTJ 172/850).

Nos dois últimos acórdãos, há ainda um aspecto a destacar: neles, o próprio Relator,

ou um dos Ministros, indica que a via incidental seria mais adequada do que a via direta para o controle da constitucionalidade das normas impugnadas. Isso nos alerta para o fato de que a convivência dos dois sistemas no Brasil permite que o STF, mesmo reconhecendo a possibilidade de que a Constituição tenha sido violada, deixe de apreciar a matéria.

2.2. ADIns indeferidas

A maioria dos acórdãos analisados examina o pedido de medida cautelar e o indefere. À primeira vista, isso significa que o STF não admitiu os argumentos apresentados pelos autores contra a constitucionalidade das normas. A análise mais detida revela, no entanto, que em cinco dessas ocasiões a decisão pelo indeferimento não foi tomada por unanimidade, o que significa que pelo menos uma parte dos membros da Corte atribuiu às alegações do autor o sentido de defesa da Constituição. Além disso, em dois outros casos, nos quais a decisão foi unânime, alguns Ministros reconhecem a presença do *fumus boni juris*, mas negam a cautelar pela ausência ou insuficiência do *periculum in mora*.

Nossa análise das cautelares indeferidas por maioria começa pela ADIn nº 688, em que ficaram vencidos os Min. Celso de Mello, Paulo Brossard, Otávio Gallotti e Néri da Silveira. Nessa ação, o Partido Social Trabalhista (PST) argüia a inconstitucionalidade total da Lei nº 8.388/91, que autorizava o Poder Executivo a consolidar e refinar a dívida das administrações direta e indireta dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, junto a órgãos e entidades controladas, direta e indiretamente, pela União. O argumento principal do autor era a ocorrência de invasão pelo Poder Executivo da competência privativa do Senado Federal sobre a matéria (art. 52, VI a IX). A concordância com essa tese pode ser exemplificada pelo voto do Min. Celso de Mello:

“(...) tenho por juridicamente relevantes os fundamentos com que ajuizada

a presente ação direta de inconstitucionalidade. Trata-se de analisar a legitimidade constitucional do ato estatal impugnado, cuja edição – sustenta o autor – teria implicado usurpação da competência privativa do Senado Federal. O conteúdo material da lei ora impugnada (...) submeter-se-ia, em função de sua natureza mesma, à atividade unicameral do Senado da República, a quem efetivamente compete, mediante Resolução própria, dispor sobre a disciplina e o regramento das matérias consubstanciadas nos incisos V a IX do art. 52 da Constituição Federal. A plausibilidade jurídica da tese ora deduzida nesta sede jurisdicional concentrada encontra-se bem evidenciada (...)” (RTJ 147/75-76).

Já para a maioria, representada pelo Relator, Min. Ilmar Galvão,

“Ao contratar a consolidação e refinanciamento desses débitos, nem os entes devedores nem a União estão aumentando sua dívida pública. E quando tratou a lei de refinanciamento (...) fê-lo com a ressalva de que sejam observados os limites estabelecidos em resoluções do Senado Federal (...)” (RTJ 147/74).

Na ADIn nº 1.408, o Relator, Min. Ilmar Galvão, ficou vencido. Já citada acima, essa ação foi ajuizada pelo PCdoB contra os incisos I e II do art. 57 da Lei nº 9.100/95, que estabeleciam a distribuição de quatro quintos do tempo da propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão com base no número de representantes na Câmara dos Deputados dos partidos e coligações. Ao conceder a cautelar, o Relator baseou-se no fato de que já se conhecia a composição das bancadas no momento de feitura da lei: “Conhecida que já era do legislador essa participação, parece haver ele elaborado *lex ad hoc* ou *ad persona*, destituída, por isso, do indispensável caráter de generalidade, e afrontosa ao princípio do devido processo

legal” (RTJ 166/886). Além disso, a lei havia utilizado as bancadas federais como critério de distribuição do tempo de propaganda para eleições municipais, o que também pareceu inconstitucional ao Ministro:

“Na verdade, se o funcionamento parlamentar devesse, efetivamente, servir de baliza ao exercício do direito de antena, em eleição municipal, como a que se avizinha, haveria o requisito de ser considerado em relação às representações partidárias perante a respectiva Câmara Municipal, única hipótese em que se estaria diante de requisito razoavelmente dimensionado em face do desempenho eleitoral de cada agremiação.”

E conclui:

“A reserva que a Constituição fez à lei ordinária, no § 3º do art. 17, para regulamentar o acesso gratuito dos Partidos Políticos ao rádio e à televisão, por si só, não pode ser vista como uma delegação para instituir discriminação entre os partidos, em razão de sua maior ou menor expressão político-representativa, muito menos, como foi feito, sem a menor consideração às peculiaridades regionais ou locais, como se o bipartidarismo houvesse sido eleito como valor supremo a ser realizado a curto ou médio prazo” (RTJ 166/887).

A maioria, no entanto, decidiu contrariamente. Um dos argumentos para a negativa da cautelar, trazido pelo Min. Francisco Rezek, fundamenta-se na ausência de inconstitucionalidade no critério adotado:

“Não me parece desarrazoado o critério adotado pela lei. Se fôssemos investidos de mandato popular e devêssemos fazer a melhor opção política, poder-se-ia instalar aqui amplo debate sobre o que convém mais. Tal não é o caso. (...) Quanto ao princípio da isonomia, é de ver que partidos políticos são profundamente desiguais e desigualmente devem ser tra-

tados, sobretudo no que concerne ao tempo de uso gratuito da televisão (...) é uma desigualdade que as urnas determinam, e que há de ser vista com respeito pelo democrata” (RTJ 166/888).

Mas, a maioria dos Ministros que se manifestam indeferem a cautelar por causa dos problemas que adviriam para regular a distribuição do tempo da propaganda, como exemplifica o voto do Min. Maurício Corrêa:

“Não vejo como, pelo teor da norma, se possa deixar ao arbítrio do TSE a regulamentação de tais critérios, caso se suprimissem os incisos a que se refere o voto do Relator. Qualquer que fosse a solução encontrada – se se delegasse tal atribuição ao Tribunal Superior Eleitoral – seguramente geraria problemas. Suprimindo os incisos, como proposto pelo Relator, *data venia*, ficaria um *buraco negro* ou *zona cinzenta*, que certamente produziria o caos para essas eleições municipais que já estão prestes a se realizar no corrente ano. Há, pois, mais do que tudo, um argumento de ordem de *eminente conveniência*, que recomenda a manutenção do texto como está, razão pela qual, pedindo vênias ao e. Relator, indefiro a liminar.” (RTJ 166/888).

No mesmo diapasão se inscrevem os Ministros Carlos Velloso, Moreira Alves e Sepúlveda Pertence. Este último, ainda que reconhecendo a plausibilidade da arguição de inconstitucionalidade e a necessidade de sopesar os resultados eleitorais dos partidos com outros critérios para atribuir-lhes tratamento diferenciado no processo eleitoral, destaca que com o deferimento da cautelar

“teríamos um vácuo legislativo, agravado pelo art. 16 da Constituição, que já não possibilita, pelo menos na via da legislação ordinária, preenchê-lo a tempo de reger a campanha das próximas eleições municipais. Admitido

que fosse, nesse vácuo, a atuação do TSE, este, por outro lado, não teria outro critério plausível a seguir que não fosse o desempenho passado dos partidos políticos ou a simples divisão igualitária do tempo, que nenhum ordenamento pratica; fosse ele o desempenho passado nas eleições federais, fosse nas eleições municipais.” (RTJ 166/889).

Assim, nota-se que, nesse caso, mesmo os Ministros que indeferem a cautelar não refutam os argumentos admitidos pelo Relator, reconhecendo a plausibilidade da alegação de que a Constituição foi violada.

Entre as ADIns cuja cautelar foi indeferida por maioria, é provável que não haja nenhuma mais propensa a ser interpretada como uma indevida tentativa de se opor à decisão da maioria do que as duas ADIns referentes às privatizações. A primeira dessas ações, de nº 562, foi ajuizada pelo PSB contra dispositivos da Lei 8.031/90, que instituía o Programa Nacional de Desestatização. No julgamento da cautelar, o Relator, Min. Ilmar Galvão, busca logo no início de seu voto despolitizar a questão:

“Assente-se, por primeiro, que não constitui objeto desta ação a política desestatizante do Governo, a circunstância de haver nela sido envolvida essa ou aquela empresa, nem tampouco os valores eventualmente fixados para a transferência de mão, de controles acionários ou acervos patrimoniais” (RTJ 146/453).

Em seguida, passa a analisar os requisitos do *fumus boni juris* e do *periculum in mora* para julgar o pedido de suspensão do processo de privatização, considerando que a profundidade do exame do primeiro requisito é determinada pela análise do segundo, já que “importando a medida cautelar, de ordinário, grave restrição ao exercício de direitos e faculdades, não raro também causa danos, por igual irreparáveis ou de difícil reparação” (RTJ 146/454). Essa hipótese aplicar-se-ia ao caso, pois

“se de um lado, foi apontado risco de dano na aplicação da lei que possibilita alienação, tida por indevida, de controle de empresas estatais, de outro, não é difícil vislumbrar efeitos patrimoniais negativos da abrupta interrupção de execução do programa de privatização de empresas (...) Para não falar dos efeitos que medida de tal gravidade acarretará, em termos de abalo de confiança do público interessado na aquisição das empresas postas à venda e, conseqüentemente, nos valores dos lances a serem ofertados.”

Assim, havendo *periculum in mora* em ambas as alternativas, “já não bastará a existência de mera fumaça, exigindo-se, de logo, uma irrefreável tendência à admissão da inconstitucionalidade, para que se possa deferir a liminar” (RTJ 146/454).

Ao voltar-se para a análise dos fundamentos da impetração, o Relator considera que todas as alegações do autor são improcedentes e não merecem maior atenção, à exceção daquela que afirma que a Lei nº 8.031/90, ao dispor, genericamente, sobre a privatização de entes públicos, teria infringido os incisos XIX e XX do art. 37 da CF, que submetem ao princípio da reserva legal a criação de empresa pública, sociedade de economia mista, autarquia ou fundação pública, e suas subsidiárias. De acordo com o autor, a exigência de autorização legislativa para criação também implicaria autorização legislativa específica para extinção, liquidação, dissolução ou alienação do controle estatal dos entes públicos em referência, já que o que a lei especificamente criou não poderia ser extinto de forma genérica. Esse argumento seria reforçado pelo disposto no art. 173 da CF, que impõe a definição em lei dos critérios de segurança nacional e de relevante interesse coletivo que permitem ao Estado a exploração direta da atividade econômica. Assim, as empresas criadas com o objetivo de exercer essa exploração só poderiam ser extintas ou ajustadas ao novo sistema por meio de lei específica, já que

uma lei genérica, como a questionada, permitiria ao Poder Executivo, isoladamente, dispor sobre aqueles critérios.

Mesmo esses argumentos, entretanto, não foram considerados suficientes para a concessão da cautelar pelo Min. Ilmar Galvão:

“A autorização legislativa específica, indispensável ao mero destaque de recursos orçamentários, por via de específica consignação na lei de meios, não poderia ser dispensada quando está em jogo o surgimento de mais um ente da administração. A partir, entretanto, do momento em que o referido ente cumpriu os seus objetivos, tornou-se inviável, ou já não se justificava a sua manutenção, a privatização e a extinção afloram como alternativas inevitáveis, nada impedindo que, uma ou outra, possa ser posta em prática segundo regras de caráter geral, já que inexistente razão de ordem constitucional, legal ou, mesmo, de ordem prática, que determine tratamento diferenciado, para esta ou aquela espécie de empresa” (RTJ 146/456).

O contrário ocorreu com o Min. Sepúlveda Pertence, que deferiu o pedido com base nas seguintes razões:

“(…) parece-me indiscutível a relevância do argumento extraído da combinação do art. 37, XIX e XX, com o *caput* do art. 173 da Constituição. (...) o art. 173 deu à lei um juízo fundamental, o de verificar em que casos, nos termos da própria Constituição, concorrem os ‘imperativos da segurança nacional ou relevante interesse coletivo’, a impor o controle estatal de determinados setores da atividade econômica. Ora, é evidente que a chamada ‘desestatização’ ou ‘privatização’ de empresas estatais envolve um juízo negativo da concorrência desses ‘imperativos’ que a Constituição considerou e determinou que, quando ocorressem a juízo do legislador, deversem levar à intervenção direta, na ati-

vidade econômica, e ao controle de determinados setores da economia pelo Estado. (...) O eminente Relator viu, no caso, o que temos chamado de risco bilateral. Contudo, na hipótese de que se venha declarar inconstitucional esta delegação indiscriminada da privatização de variadas empresas públicas, vejo que os riscos são de tal dimensão que não creio possível cotejá-los com aqueles, de mera conveniência administrativa, aventados pelo Relator, para o caso de constitucionalidade” (RTJ 146/457-458).

Outro Ministro, Sydney Sanches, também considerou relevantes os fundamentos da ação, mas indeferiu a cautelar por julgar que o perigo da demora no seu deferimento era maior que no seu indeferimento (RJT 146/460).

Também contra a política de privatização, a ADIn nº 1.998 igualmente contou com um voto vencido. O PDT apresentou-a contra o art. 6º da Lei nº 9.648/98 e o art. 6º da Medida Provisória nº 1.819-1/99, que aumentaram para noventa e cento e vinte dias, respectivamente, o prazo para as empresas incluídas em programas de privatização levantarem balanço, modificando o prazo de trinta dias estabelecido no § 1º do artigo 21 da Lei nº 9.249/95 para o caso de empresas que tivessem parte ou todo o seu patrimônio absorvido em virtude de incorporação, fusão ou cisão. O principal argumento apresentado baseava-se na violação do inciso II do § 1º do art. 173 da CF, que estabelece a sujeição das estatais ao regime jurídico próprio das empresas privadas. O Relator, Min. Maurício Corrêa, negou o pedido:

“não se pode acolher a alegação de que as empresas públicas sujeitas a *processo de privatização* devem ter o mesmo tratamento dado às empresas privadas submetidas a *processo de incorporação, fusão ou cisão*, visto não estarem sujeitas aos mesmo cânones, como, por exemplo, a publicação de editais e obediência aos seus prazos” (RTJ 172/863).

Mas o Min. Marco Aurélio deferiu a liminar, por entender que a discriminação não era “plausível”, já que o prazo visa evitar um descompasso entre o valor dos bens e direitos apurados e o real valor na data da alienação das ações da própria empresa (RTJ 172/864).

Mas, entre as ADIns em que a cautelar é indeferida por maioria, aquela que melhor expressa que esse tipo de decisão nem sempre significa que o STF considera sem fundamento os argumentos apresentados pelos autores é a de nº 534, ajuizada pelo PSB contra a retenção de cruzados novos estabelecida na Lei nº 8.024/90 (Plano Collor), resultante da conversão da Medida Provisória nº 168/90. O argumento principal do requerente era de que a retenção constituía um empréstimo compulsório, instituído em desrespeito ao art. 148 da CF. O Relator, Min. Celso de Mello, manifestou-se favorável à concessão da cautelar:

“Tenho, pois, como satisfatoriamente evidenciada, em face do exposto, a plausibilidade jurídica da tese sustentada pelo Autor, que demonstrou que as medidas de bloqueio, ora impugnadas, ao converterem o Banco Central em verdadeiro depositário dos recursos financeiros existentes nas contas bancárias, privaram os seus titulares do direito à sua livre movimentação, em clara interferência geradora de ofensa, quer ao direito de propriedade, quer ao ato jurídico perfeito. (...) Analisada, desse modo, Sr. Presidente, a questão concernente ao *fumus boni juris*, resta verificar a ocorrência de situação configuradora do *periculum in mora*, a partir da constatação da irreparabilidade e da insuportabilidade dos danos emergentes dos próprios atos estatais impugnados, que têm infligido a milhões de depositantes graves prejuízos, geradores, até, de dramáticas situações pessoais (...)” (RTJ 152/708-709).

Tal posição foi acompanhada pelos Ministros Paulo Brossard e Néri da Silveira. Para a maioria, no entanto, apesar da relevância da questão, no exame do *periculum in mora* deveria ser apreciada a situação de ambas as partes envolvidas na relação jurídica. Nas palavras do Min. Ilmar Galvão:

“Há que atentar-se, com efeito, não apenas para o dano que a execução da lei impugnada está causando aos depositantes, mas também para o prejuízo que a suspensão desta poderá acarretar para o interesse público. (...) Comparadas, entretanto, as duas situações, ninguém poderá hesitar em concluir no sentido de que a reparação do dano, no caso, seria muito mais difícil para o Estado, ou, melhor dizendo, para a sociedade, onde se inclui o universo dos depositantes, se devidamente avaliado o risco de precipitação do retorno do processo de aviltamento da moeda, em ritmo de hiperinflação, proclamado pelos entendidos como o mais temido fator de desintegração da economia, e do próprio Estado” (RTJ 152/713-714).

Outro argumento da maioria, apresentado pelo Min. Carlos Velloso, diz respeito ao caráter satisfativo da cautelar no caso, o que causaria dano irreparável ao Estado caso a decisão no mérito fosse diferente, porque “liquídaria com o plano econômico que, bem ou mal, é opção política dos Poderes Executivo e Legislativo” (RTJ 152/716).

O julgamento do mérito dessa ação também é importante por indicar que o indeferimento da cautelar pode impedir que as inconstitucionalidades da lei venham a ser posteriormente sanadas. Neste caso, o STF só veio a se manifestar no mérito um ano após o julgamento da cautelar, quando já se havia completado a devolução dos valores retidos com o Plano Collor. Responsabilizando pelo atraso no julgamento a Procuradoria-Geral da República, o Min. Celso de Mello reconheceu a prejudicialidade, advinda da transitoriedade das normas impug-

nadas, e o pleno exaurimento de seu conteúdo eficaz, decorrente da liberação da última parcela dos cruzados novos retidos:

“A cessação da vigência da lei ou da espécie normativa argüida de inconstitucional inibe, na linha da reiterada jurisprudência desta Corte (...), o prosseguimento da ação direta, desde que inexistam efeitos residuais concretos, decorrentes da aplicação do ato estatal impugnado” (RTJ 152/735).

Em três outros casos, verificamos a prejudicialidade em ADIn cuja cautelar foi indeferida: ADIn nº 562, em virtude da alteração de diversos preceitos da Lei nº 8.031/90 por medidas provisórias, ADIn nº 1.062 (ver *infra*), em virtude do exaurimento da eficácia da norma, e ADIn nº 1.408, pela mesma razão. Essa situação traz o risco de preservação dos efeitos da lei inconstitucional, já que a via incidental não é o meio mais eficaz para saná-los de modo generalizado¹².

Com esses dados, vê-se reforçada a importância da análise de outras duas ADIns, nas quais, ainda que a cautelar tenha sido indeferida por unanimidade, alguns Ministros manifestam concordância com as teses levantadas pelo autor, negando o pedido pela ausência do *periculum in mora*. Na ADIn nº 370, o PDT pedia a declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 8.037/90, que modificava as regras do Código Eleitoral referentes à interpretação da cédula contraditória, favorecendo a contagem do voto para o candidato e não para o partido. Apesar de os Ministros Carlos Velloso, Relator, e Sepúlveda Pertence terem considerado irrelevante o argumento de que esse critério violaria a democracia partidária inscrita na Constituição de 1988, o Min. Paulo Brossard manifestou-se de modo exatamente contrário, indicando sua concordância com a tese, apesar de acompanhar o Relator no indeferimento da cautelar (RTJ 135/15).

O caráter decisivo da análise do *periculum in mora*, mesmo quando há o reconhecimento do *fumus boni juris* no julgamento da

cautelar, fica ainda mais claro na ADIn nº 1.312. Nela, o PT pedira a declaração de inconstitucionalidade dos arts. 8, 9, 10 e 11 da Lei nº 9.069/95, oriunda da Medida Provisória que instituiu o Plano Real, e de suas sucessivas reedições. Tais dispositivos referiam-se à composição do Conselho Monetário Nacional (CMN) e seu modo de deliberação, à composição e competência da Comissão Técnica da Moeda e do Crédito e criavam outras Comissões Consultivas junto ao CMN. A alegação era de ofensa ao art. 192 da Constituição Federal, já que os dispositivos constituiriam matéria reservada à lei complementar. Em seu voto, o Min. Moreira Alves, Relator, reconhece a plausibilidade da alegação:

“Não deixa de ser relevante o fundamento, para a sustentação da inconstitucionalidade argüida na presente ação direta, segundo o qual o Conselho Monetário Nacional, por integrar o sistema financeiro nacional, está incluído entre as entidades financeiras públicas aludidas no inciso IV do art. 192 da Constituição, e, conseqüentemente, normas que dizem respeito à sua organização e funcionamento devem constar de legislação complementar, o que não teria sido observado com referência aos dispositivos legais ora impugnados. Essa relevância jurídica, no entanto, não tem a intensidade que se faz mister para a concessão dessa medida excepcional que é a liminar em ação direta de inconstitucionalidade, porquanto, por meio dela, se suspende, por suspeita de inconstitucionalidade, a eficácia *ex nunc* da norma atacada. E não tem a intensidade exigida para essa concessão, porque não deixa de ser relevante, também, a objeção que se lhe opõe no sentido de que na expressão ‘instituições *financeiras públicas*’ não estaria compreendido o Conselho Monetário Nacional, não só porque, pela sua estatura dentro do sistema

financeiro nacional, deveria, como sucede com o Banco Central, ser mencionado expressamente, ao invés de ficar incluído na referida expressão genérica, mas também porque – como acentuaram as informações do Exmo. Sr. Presidente da República – é ele a ‘entidade governamental reguladora do sistema como um todo não podendo ser confundida com as instituições públicas ou privadas a ela subordinadas’” (RTJ 166/132).

No confronto entre esses dois argumentos, o segundo acaba prevalecendo em sede cautelar, também em razão da ausência do *periculum in mora*, já que as alterações no Conselho Monetário Nacional estavam em vigor há um ano, graças às sucessivas reedições da Medida Provisória.

Portanto, nesses dois casos verificamos que, apesar do indeferimento unânime da cautelar, houve o reconhecimento de que os argumentos apresentados podiam ser interpretados como argumentos em defesa da Constituição, o que torna grave a não apreciação do mérito pelo STF, que permitiria uma análise mais completa da questão.

Em outras sete ADIn's, o indeferimento unânime da cautelar significa que nenhum dos membros do STF reconheceu a presença de qualquer inconstitucionalidade nas normas impugnadas. São elas:

a) ADIn nº 55, ajuizada pelo Partido Liberal (PL) contra a Lei nº 7.710/88, que fixava normas para as eleições nos Municípios criados até 15 de julho de 1988 (RTJ 146/3)¹³;

b) ADIn nº 1.062, ajuizada pelo Partido da Frente Liberal (PFL) contra o art. 70 da Lei nº 8.713/93, que vedava, a partir da data de escolha de candidato pelo partido, a transmissão de programa de rádio ou televisão por ele apresentado, bem como a divulgação do nome do programa, sendo este o mesmo que o do candidato (RTJ 157/478);

c) ADIn nº 1.082, ajuizada pelo PSB contra o parágrafo único do art. 7º e o art. 23 da Lei Complementar nº 64/90, que permitia a

apreciação pelo juiz eleitoral de circunstâncias não alegadas pelas partes no julgamento dos casos de inelegibilidade (RTJ 154/807);

d) ADIn nº 1.183, ajuizada pelo PCdoB contra o art. 48 da Lei nº 8.935/94, que autorizava a contratação de escreventes e auxiliares de cartório (RTJ 163/66);

e) ADIn nº 1.813, ajuizada pelo Partido da Mobilização Nacional (PMN) contra o § 2º do art. 10 da Lei nº 9.504/97, que vinculava o número de candidatos por partidos às vagas destinadas ao Estado na Câmara dos Deputados (RTJ 167/92)¹⁴;

f) ADIn nº 1.840, ajuizada pelo PT contra o inciso I do art. 189 da Lei nº 9.472/97 e o Decreto nº 2.546/98, Anexo – art. 3º, que determinava a cisão do sistema Telebrás para fins de privatização (RTJ 168/144);

g) ADIn nº 1.878, ajuizada pelo PMDB contra o art. 5º da Lei nº 9.528/97, que estabelecia a aposentadoria dos juizes classistas e dos juizes eleitorais escolhidos entre os advogados de acordo com o regime a que estavam submetidos antes da investidura (RTJ 168/152)¹⁵.

Nesses casos, vale observar que, em três deles, trata-se do pedido de inconstitucionalidade de normas eleitorais, campo em que não é estranho que partidos minoritários busquem uma decisão do STF para melhorar suas posições na disputa eleitoral.

Por fim, há um único acórdão em que temos um julgamento no mérito pelo indeferimento, obtido por maioria, assim como ocorrera com a cautelar. A ADIn nº 829 foi apresentada pelo Partido da Reedificação da Ordem Nacional (PRONA) contra a Emenda Constitucional nº 2, que antecipava para 21 de abril de 1993 a realização do plebiscito previsto no art. 2º do ADCT, além de estabelecer a data de 1º de janeiro de 1995 para a vigência da forma e do sistema de governo nele definidos. As marcadas divergências manifestadas pelos Ministros nessa ação merecem ser apreciadas. De acordo com o autor, as disposições do ADCT não poderiam ser reformadas e, ainda que o pudessem, a data do plebiscito constituiria um

limite temporal ao poder de reforma. A maioria do STF recusou esses argumentos, como exemplifica o voto do Relator, Min. Moreira Alves:

“Contendo as normas constitucionais transitórias exceções à parte permanente da Constituição, não tendo sentido pretender-se que o ato que as contém seja independente desta (...) Ademais, a transitoriedade em si mesma não torna impossível a alteração de norma constitucional dessa natureza. Com efeito, se é possível alterar-se, por emenda, a regra da parte permanente para estender-se a todos, e sem limitações, o que a exceção transitória outorgava a alguns com limitações; se é possível criar-se a exceção permanente à regra também permanente; é absolutamente ilógico pretender-se que a exceção transitória, por causa de sua transitoriedade, e (*sic*) seja imutável, inclusive para restringir-se ou dilatar-se o período da transitoriedade.” (RTJ 156/461-462). (...) “A data que, no artigo 2º do ADCT, se estabeleceu para o plebiscito – 7 de setembro de 1993 – indica, claramente, que, com ela, se visa a vincular essa decisão ao procedimento de reforma previsto no art. 3º do ADCT. Essa data, porém, é uma limitação temporal ao próprio procedimento da revisão em si mesmo? Parece-me evidente que não. Ela diz respeito a uma fase preparatória desse procedimento, ainda que condicionante para ele, no tocante à alteração dessas matérias. Mais. Estando a revisão limitada temporalmente pelo artigo 3º, a limitação temporal que não pode ser modificada por emenda é esta e não a de fase preparatória para ela no tocante à forma e ao sistema de governo” (RTJ 156/465).

No mesmo sentido, o Min. Celso de Mello afirmou:

“(...) a rigidez dos preceitos constitucionais não significa a *perpetuidade*

das Constituições, que são documentos jurídicos *essencialmente mutáveis*, em função, até mesmo, de *novas exigências* políticas, econômicas, culturais ou éticas, ditadas pela própria complexidade, conveniência ou necessidade da vida social. Essa essencial modificabilidade do ADCT sujeita-se à mesma disciplina ritual fixada para o procedimento de reforma das disposições constitucionais permanentes (...). Em princípio, *nada obsta* a reformabilidade dos preceitos consubstanciados no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, especialmente quando *inocorre* – e é o que me parece evidente na espécie – qualquer situação configuradora de ofensa ao dogma da insuperabilidade dos limites, *explícitos ou implícitos*, que condicionam o exercício da atividade constituinte secundária. (...) A simples alteração de data que foi originariamente fixada para a realização da consulta plebiscitária, por representar um dado meramente secundário, destituído de maior relevo jurídico na definição do alcance do poder de reforma constitucional outorgado ao Congresso, não importou em transgressão a qualquer dos parâmetros que subordinam o válido exercício da atividade constituinte derivada” (RTJ 156/478-480).

No entanto, o Min. Marco Aurélio referendou os argumentos pela inconstitucionalidade da emenda:

“O poder de emenda de que trata o artigo 60 da Constituição Federal refere-se a esta última e, se feita a pergunta acerca dos artigos que a integram, ninguém ousará responder que extravasa os duzentos e quarenta e cinco nela contidos, a revelarem um conjunto de regras permanentes, projetadas no tempo sem balizas que lhe limitem a vigência por período certo. É justamente a indeterminação tem-

poral da vigência das regras que justifica a previsão do poder de emenda. (...) Dir-se-á, e não chego ao extremo de negá-lo, que também os preceitos do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias possuem dignidade constitucional. Assim o é. Contudo, nem por isso deixam de consubstanciar corpo distinto da Carta em si, que é o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, ou seja, conjunto de normas nascidas para vigor por período certo, a pressupor uma definição política que não se coaduna com alteração a ser perpetrada por poder diverso daquela que a formalizou. (...) Desde logo, assentou-se o exaurimento de efeitos, o que equivale dizer, em palavras de compreensão mediana, que as normas do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias surgiram por força de circunstâncias reinantes em um certo período, a exigir tratamento diferenciado e definitivo que necessariamente há de ocorrer” (RTJ 156/468-469).

A mesma posição foi manifestada pelo Min. Carlos Velloso:

“Senhor Presidente, os artigos 2º e 3º do ADCT não podem ser alterados pelo poder constituído, porque se referem ao próprio limite formal, contêm matéria relativa ao processo de revisão. As matérias relativas ao processo de emenda ou de revisão são intangíveis, não podem ser alteradas pelo poder de revisão, que é poder constituído. (...) Finalmente, se é certo que o constituinte derivado não pode alterar a forma da consulta plebiscitária, nem suprimi-la, segue-se que também não é possível a alteração da data em que será ela realizada, data fixada expressamente na Constituição. É que, com tal modo de proceder, estaria o poder constituído modificando, indiretamente, a forma da consulta plebiscitária, certo que a alteração

da data do plebiscito constituiria alteração substancial e não apenas formal da decisão fundamental” (RTJ 156/474 e 476).

Por fim, ainda que admitindo a reforma de disposições do ADCT, o Min. Sepúlveda Pertence também julgou inconstitucional a alteração da data do plebiscito:

“Não se trata, a meu ver, *data venia*, apenas de assegurar um intervalo de estabilidade às instituições ditas em 1988, mas também de reclamar um período de maturação a qualquer proposta reformista, a exigir o trânsito desses cinco anos da promulgação até o início da revisão. (...) O plebiscito constituiu-se na devolução à manifestação popular de decisões fundamentais a serem concretizadas na revisão, e o Constituinte quis, por isso, que a consulta plebiscitária se fizesse, portanto, o mais próximo possível do quinquênio que se reputou necessário para o início da revisão pelo Congresso Nacional. (...) faz parte do conteúdo, do objeto dessa revisão constitucional, fixar-lhe o início da vigência; a emenda constitucional, no entanto, antecipa essa decisão – instituindo uma *vacatio constitutionis* –, que, a meu ver, repito, se compreende no âmbito material da revisão confiada ao Congresso, após 5 de outubro de 1993” (RTJ 156/484).

2.3. ADIns deferidas

Entre as ADIns examinadas, sete delas tiveram a cautelar deferida total ou parcialmente, sempre por unanimidade e sem manifestações a favor da constitucionalidade da norma. Considerando essa característica, faremos apenas uma breve exposição dos argumentos que fundamentaram as decisões:

a) ADIn nº 447, ajuizada pelo PSB contra a Lei nº 8.155/90, que instituía a Taxa de Conservação Rodoviária. O STF acolheu o pedido de cautelar considerando que o fato

gerador do tributo seria a aquisição de combustível líquido, o que violaria a imunidade relativa das operações relacionadas a combustíveis estabelecida no art. 155, § 3º, da CF. Vale observar que, no julgamento do mérito, os Ministros Marco Aurélio e Carlos Velloso refutaram essa tese, indeferindo a ação (RTJ 145/744 e RTJ 145/15);

b) ADIn nº 513, ajuizada pelo PDT contra o parágrafo único do art. 11 da Lei nº 8.134/90, que estabelecia o coeficiente de correção monetária do imposto de renda a pagar ou a restituir. O STF deferiu a cautelar por violação dos princípios da irretroatividade e da anterioridade (art. 150, III, *a e b*, da CF) mantendo a decisão no mérito (RTJ 141/723 e RTJ 141/739);

c) ADIn nº 1.382, ajuizada pelo PL contra o § 2º do art. 73 da Lei nº 9.100/95, que estabelecia o prazo de doze meses antes das eleições para que os agentes políticos municipais transferissem seu domicílio eleitoral para outro município. O STF deferiu a cautelar considerando que, ao entrar em vigor um dia antes do prazo estabelecido, a lei colocava em risco a segurança do processo eleitoral (RTJ 159/435)¹⁶;

d) ADIn nº 1.459, ajuizada pelo PT contra a Lei Complementar nº 86/96, que criava a ação rescisória eleitoral e possibilitava o exercício do mandato eletivo até seu trânsito em julgado, aplicando a lei também às decisões havidas até cento e vinte dias anteriores à sua vigência. O STF deferiu parcialmente a cautelar, considerando constitucional a criação da ação rescisória, mas suspendendo os demais preceitos, por violação da coisa julgada e do direito adquirido (art. 5º, XXXVI, da CF). A decisão foi mantida no mérito (RTJ 166/432 e RTJ 169/15);

e) ADIn nº 1.620, ajuizada pelo PT contra o *caput* do art. 54 da Lei nº 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação), que estabelecia planos de carreira e regime jurídico especiais para o pessoal das universidades públicas. O STF deferiu parcialmente a cautelar para, utilizando a interpretação conforme a Constituição, considerar incluí-

dos nesse dispositivo apenas os integrantes do magistério, excluindo da abrangência da lei o pessoal burocrático, por violação do art. 39, *caput*, da CF (RTJ 164/548);

f) ADIn nº 1.627, ajuizada pelo PT contra vários dispositivos da Lei nº 9.424/96, que regulava o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento do Ensino Fundamental e de Valorização do Magistério (FUNDEF). O STF deferiu parcialmente a cautelar para suspender a eficácia das expressões constantes no art. 9º, *caput*, e art. 10, II, que impunham prazos aos Estados e ao Distrito Federal para legislarem sobre os Planos de Carreira e Remuneração do Magistério, por violação da autonomia federativa (RTJ 170/432);

g) ADIn nº 1.770, ajuizada pelo PDT e PCdoB contra o § 1º do art. 453 da CLT, na redação dada pela Lei nº 9.528/97, e contra o art. 11 da mesma lei, referentes à aposentadoria espontânea dos empregados das empresas públicas e sociedades de economia mista. O STF deferiu parcialmente a cautelar, por violação dos preceitos constitucionais relativos à proteção do trabalho e à garantia da percepção dos benefícios previdenciários, já que a nova redação pressupunha a extinção do vínculo empregatício em decorrência da aposentadoria espontânea. Quanto ao art. 11, que estabelecia regras transitórias desse regime, o STF julgou prejudicado por perda de objeto (RTJ 168/128)¹⁷.

3. Conclusões

Neste estudo, verificamos que, apesar de somente sete das ADIns ajuizadas pelos partidos políticos terem sido deferidas, o que indica um baixo índice de êxito (24%) nessas ações, o mesmo número de sete ADIns compreende aquelas em que, no julgamento da cautelar, nenhum dos membros do Supremo Tribunal Federal manifestou-se pela inconstitucionalidade da norma ou reconheceu a presença do *fumus boni juris* na ação.

Assim, de acordo com os critérios utilizados, pode-se dizer que somente nessas sete

ações não se verifica a atribuição do sentido de defesa da Constituição pelo STF. Nas demais ações cuja cautelar foi indeferida, e naquela que foi julgada improcedente, há o reconhecimento, por uma parte do Tribunal, da presença de fundamentos constitucionais na argumentação apresentada pelos autores, o que indica a plausibilidade da alegação de que a Constituição fora violada.

Além disso, vale ressaltar a importância de algumas das ADIns deferidas pelo STF, que tratam de matéria constitucional cuja violação pelo Legislador é particularmente grave, tais como normas eleitorais (ADIns nºs 1.382 e 1.459), autonomia dos entes federativos (ADIn nº 1.627) e garantias do contribuinte (ADIns nºs 447 e 513). Por outro lado, mesmo quando os direitos que estão sendo defendidos pelos partidos podem ser classificados como interesses corporativos, também encontramos casos em que o STF decidiu cautelarmente que tais direitos estavam assegurados pela Constituição (ADIns nºs 1.620 e 1.770).

Em conclusão, a pesquisa indica que, de acordo com os julgados do STF, as ADIns apresentadas pelos partidos políticos no período são mais bem interpretadas como ações em defesa da Constituição, já que, em sua maioria, ofereceram argumentos que assim foram compreendidos ao menos por uma parte do Tribunal. Portanto, essa específica dimensão da judicialização da política no Brasil tende a responder a possíveis violações da Constituição cometidas pela maioria política, o que demanda um Tribunal Constitucional mais ativo no exercício de sua competência.

Notas

¹ Pode-se considerar que os primeiros passos para a implantação do controle concentrado de constitucionalidade em nosso ordenamento foram dados pela Constituição de 1934 (art. 12, § 2º), que submetia à apreciação da Corte Suprema, mediante provocação do Procurador-Geral da República, a lei federal que houvesse decretado intervenção no

Estado-Membro para garantir a observância dos princípios constitucionais do art. 7º, I. A Constituição de 1946 aperfeiçoou o instituto, exigindo como pressuposto da intervenção federal, no caso de violação dos princípios constitucionais do art. 7º, VII, a declaração de inconstitucionalidade do ato estadual pelo Supremo Tribunal Federal (art. 8º, parágrafo único). Mas o marco do sistema concentrado no Brasil é a Emenda Constitucional nº 16, de 1965, que estabeleceu a competência do STF para julgar “a representação contra inconstitucionalidade de lei ou ato de natureza normativa, federal ou estadual, encaminhada pelo Procurador-Geral da República”, inovação mantida pela Constituição de 1967 (art. 114, I, I).

² A não atribuição de legitimidade ativa aos órgãos dos Estados-Membros no Brasil nos permite levantar a hipótese de que a criação do controle concentrado de constitucionalidade, pela Emenda Constitucional nº 16, teve como objetivo reforçar a centralização política do regime militar, estabelecendo um mecanismo de controle do exercício das competências das Assembléias Legislativas. O grande número de representações de inconstitucionalidade apresentadas contra leis estaduais (MENDES, 1996, p. 75) é um indicador da validade dessa hipótese.

³ Em sua clássica réplica a Carl Schmitt, KELSEN (1995, p. 50-57) já indicava a importância da justiça constitucional para a solução dos conflitos entre maioria e minoria parlamentar.

⁴ A preocupação em proteger a Constituição perante ao Poder Legislativo é uma característica da experiência constitucional norte-americana, que se relaciona com a luta desenvolvida pelos colonos americanos contra o Parlamento inglês em defesa de seus direitos. Cabe lembrar que o modelo de constitucionalismo gerado pela Revolução Francesa, ao contrário, colocava o Parlamento como o defensor da Constituição, já que as leis por ele elaboradas expressavam a vontade geral. As diferenças entre os dois modelos de constitucionalismo são analisadas por VALDÉS (1998).

⁵ Essa inadequação do modelo conversacional de interpretação às práticas sociais também se explica porque elas tanto criam quanto pressupõem uma distinção crucial entre a interpretação dos atos e pensamentos dos participantes um por um e a interpretação da própria prática, ou seja, daquilo que os participantes fazem coletivamente. Assim, são os próprios participantes que distinguem entre o que eles pensam da prática e o que ela significa.

⁶ Como veremos abaixo, mesmo em decisões unânimes que indeferem o pedido de cautelar, o STF pode vir a reconhecer a presença do *fumus boni juris* na argumentação dos autores.

⁷ No caso dos Tribunais Constitucionais europeus, essa pluralidade é garantida, basicamente, pela participação do Parlamento na escolha dos

juízes, por meio de maiorias qualificadas. Mas, mesmo no Brasil, em que a indicação do Presidente da República costuma ser referendada pelo Senado, o Supremo Tribunal Federal era composto, ao final de 2002, por Ministros nomeados por seis diferentes Presidentes da República: Ernesto Geisel (1), João Figueiredo (1), José Sarney (2), Fernando Collor (3), Itamar Franco (1) e Fernando Henrique Cardoso (3).

⁸ O caráter recorrente do debate sobre a legitimidade da justiça constitucional – que implica uma reflexão sobre os limites do controle judicial de constitucionalidade – demonstra o questionamento que essa instituição recebe a partir de argumentos democráticos. Além dos autores já citados, algumas das discussões mais relevantes sobre o tema encontram-se em CAPPELLETTI (1984) e MOREIRA (1995).

⁹ Vale observar que, mesmo nesse modelo, as Constituições também incorporam valores substantivos, não sendo correto tratá-las como Constituições “neutras” (cf. SUNSTEIN, 1993).

¹⁰ Vale observar que, sendo o objetivo do controle concentrado a defesa da Constituição, esta poderia ser mais bem atendida com a extensão da declaração de inconstitucionalidade, por conexão ou consequência, a dispositivos da mesma lei que não foram impugnados, como reconhece o ordenamento espanhol (Lei Orgânica do Tribunal Constitucional, art. 39.1)

¹¹ Como a jurisprudência sobre a inépcia da ação direta contra normas anteriores à Constituição não contou com a concordância de todos os membros do STF, a unanimidade nessa ADIn representa apenas a aceitação pela minoria da posição firmada pela maioria. Para uma crítica dessa jurisprudência, conferir MAUÉS e COLARES (2002).

¹² Essas informações foram colhidas na página do STF (www.stf.gov.br) em 13/1/2003. De acordo com a mesma base de dados, as seguintes ADIns com cautelar indeferida não haviam tido julgamento definitivo até aquela data (os parênteses informam a última movimentação processual relevante): ADIn nº 370 (recebido o parecer da Procuradoria-Geral da República, pela prejudicialidade, em 04/12/2001); ADIn nº 688 (recebido o parecer da Procuradoria-Geral da República, pela improcedência, em 14/05/02); ADIn nº 1.082 (incluída em pauta em 04/12/02); ADIn nº 1.183 (recebido o parecer da Procuradoria-Geral da República, pela improcedência, em 08/03/2002); ADIn nº 1.312 (recebido o Parecer da Procuradoria-Geral da República, pela improcedência, em 12/09/2001); ADIn nº 1.840 (recebido o Parecer da Procuradoria-Geral da República, pelo indeferimento, em 16/11/2001); ADIn nº 1.998 (vistas ao Advogado-Geral da União e ao Procurador-Geral da Repúbli-

ca em 15/2/2000). Deve-se observar que, na maioria dos casos, a demora no julgamento deve-se ao tempo gasto para a manifestação da Procuradoria-Geral da República: 97 meses na ADIn nº 370, 89 meses na ADIn nº 1.062, 81 meses na ADIn nº 1.082, 76 meses na ADIn nº 1.183, 69 meses na ADIn nº 1.312 e 37 meses na ADIn nº 1.840.

¹³ Esta ADIn teve negado seguimento em 31/01/1995, por ausência de regularização da representação processual. Fonte: www.stf.gov.br. Acesso em: 13 jan. 2003.

¹⁴ Esta ADIn teve negado seguimento em 13/03/2002, por perda da legitimidade ativa decorrente da perda superveniente de representação no Congresso Nacional. Fonte: www.stf.gov.br. Acesso em: 13 jan. 2003.

¹⁵ No julgamento do mérito dessa ação, ainda em curso, os Ministros Carlos Velloso, Sepúlveda Pertence e Néri da Silveira julgaram-na procedente. Fonte: www.stf.gov.br. Acesso em: 13 jan. 2003.

¹⁶ Essa ADIn foi julgada prejudicada pela Relatora, por perda do objeto, em 1.8.2002. Fonte: www.stf.gov.br. Acesso em: 13 jan. 2003.

¹⁷ Essas três últimas ações ainda não tiveram julgamento definitivo. Fonte: www.stf.gov.br. Acesso em: 13 jan. 2003.

Bibliografia

CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.

_____. Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional. In: FAVOREU, Louis et al. *Tribunales constitucionales europeos y derechos fundamentales*. Madrî: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

CASTRO, Marcus Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 12, n. 34, p. 147-156, jun. 1997.

COMELLA, Victor. *Justicia constitucional y democracia*. Madrî: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Londres: Fontana Press, 1991.

FAVOREU, Louis. Modèle américain et modèle européen de justice constitutionnelle. *Annuaire international de justice constitutionnelle*. Paris, v. IV, p. 51-66, 1988.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *The federalist papers*. New York: Bantam Books, 1982.

- KELSEN, Hans. *Quién debe ser el defensor de la constitución?* Madrid: Tecnos, 1995.
- MAUÉS, Antonio Gomes Moreira. *Poder e democracia: o pluralismo político na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Síntese, 1999.
- MAUÉS, Antonio Moreira; COLARES, Patrick Menezes. A argüição de descumprimento de preceito fundamental e o direito anterior à Constituição de 1988. *Plúrima: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense*, Porto Alegre, n. 6, p. 173-188, 2002.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- MOREIRA, Vital. *Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional*. In: BRITO, J. Souza et al. *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1995.
- SUNSTEIN, Cass. *The partial constitution*. Cambridge: Harvard University Press, 1993.
- SWEET, Alec Stone. La politique constitutionnelle. In: DRAGO, G.; FRANÇOIS, B.; MOLFESSIS, N. (Org.). *La légitimité de la jurisprudence du conseil constitutionnel*. Paris: Economica, 1999.
- VALDÉS, Roberto L. Blanco. *El valor de la constitución*. Madrid: Alianza, 1998.
- VIANNA, Luiz Werneck et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- VILLALÓN, Pedro Cruz. *La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad (1818-1939)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.