

ano 17 - n. 67 | janeiro/março - 2017
Belo Horizonte | p. 1-334 | ISSN 1516-3210 | DOI: 10.21056/aec.v17i67
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional
www.revistaaec.com

A&C

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

**A&C – ADMINISTRATIVE &
CONSTITUTIONAL LAW REVIEW**

A&C – REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA

Instituto Paranaense
de Direito Administrativo



© 2017 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 15ª andar – Savassi – CEP 30130-012 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo &
Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar.
2003) - . – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN: 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada
pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Walter Santos

Periódico classificado no Estrato A2 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Qualis – CAPES (Área de Direito)

Na avaliação realizada em 2016, a revista foi classificada no estrato A2 no Qualis da CAPES (Área de Direito).

Entidade promotora

A *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, é um periódico científico promovido pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar com o apoio do Instituto Paranaense de Direito Administrativo (IPDA).

Foco, Escopo e Público-Alvo

Foi fundada em 1999, teve seus primeiros 10 números editorados pela Juruá Editora, e desde o número 11 até os dias atuais é editorada e publicada pela Editora Fórum, tanto em versão impressa quanto em versão digital, sediada na BID – Biblioteca Digital Fórum. Tem como principal objetivo a divulgação de pesquisas sobre temas atuais na área do Direito Administrativo e Constitucional, voltada ao público de pesquisadores da área jurídica, de graduação e pós-graduação, e aos profissionais do Direito.

Linha Editorial

A linha editorial da *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, estabelecida pelo seu Conselho Editorial composto por renomados juristas brasileiros e estrangeiros, está voltada às pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no Direito comparado, enfatizando o campo de interseção entre Administração Pública e Constituição e a análise crítica das inovações em matéria de Direito Público, notadamente na América Latina e países europeus de cultura latina.

Cobertura Temática

A cobertura temática da revista, de acordo com a classificação do CNPq, abrange as seguintes áreas:

- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

Indexação em Bases de Dados e Fontes de Informação

Esta publicação está indexada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- Latindex
- Directory of Research Journals Indexing
- Universal Impact Factor
- CrossRef
- Google Scholar
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)

Processo de Avaliação pelos Pares (Double Blind Peer Review)

A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Após uma primeira avaliação realizada pelos Editores Acadêmicos responsáveis quanto à adequação do artigo à linha editorial e às normas de publicação da revista, os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas *ad hoc* portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são sempre Professores Doutores afiliados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional realiza permuta com as seguintes publicações:

- *Revista da Faculdade de Direito*, Universidade de São Paulo (USP), ISSN 0303-9838
- *Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, ISBN/EAN 978-88-348-9934-2

Quem tem medo da ADC? Os 20 anos da Ação Declaratória de Constitucionalidade e a judicialização da política no STF

Who's afraid of the DAC? The 20 years of the Declaratory Action of Constitutionality and the Judicialization of Politics at the Brazilian Supreme Court

Breno Baía Magalhães*

Universidade da Amazônia (Brasil)

brenobaiamag@gmail.com

Recebido/Received: 11.11.2015 / November 11th, 2015

Aprovado/Approved: 28.08.2016 / August 28th, 2016

Resumo: O artigo intenciona analisar o lugar da Ação Declaratória de Constitucionalidade no contexto da judicialização da política no Brasil, a partir das decisões do Supremo Tribunal Federal. O estudo apresenta dados quantitativos sobre a manipulação da ação na Corte por parte dos legitimados, bem como dados qualitativos acerca das respostas da Corte, a fim de verificar se a ADC se apresenta como um mecanismo de judicialização da política utilizada pelo Governo para constitucionalizar suas escolhas políticas. O estudo conclui que a ADC possui reduzido impacto na judicialização da política no Brasil, tendo em vista o reduzido número de ações propostas e a pequena quantidade de decisões de procedência de mérito.

Como citar este artigo/*How to cite this article:* MAGALHÃES, Breno Baía. Quem tem medo da ADC? Os 20 anos da Ação Declaratória de Constitucionalidade e a judicialização da política no STF. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 17, n. 67, p. 217-261, jan./mar. 2017. DOI: 10.21056/aec.v17i67.479.

* Professor da Universidade da Amazônia (Belém-PA, Brasil) e das Faculdades Integradas Brasil Amazônia (Belém-PA, Brasil). Doutor e Mestre pela Universidade Federal do Pará (Belém-PA, Brasil). Visiting Scholar na Washington College of Law, American University (Washington, Estados Unidos da América). E-mail: brenobaiamag@gmail.com

Palavras-chave: Ação Declaratória de Constitucionalidade. Supremo Tribunal Federal. Judicialização da política. Controle de constitucionalidade. Interpretação constitucional.

Abstract: The article intends to analyze the place of the Declaratory Action of Constitutionality in the context of the Judicialization of Politics in Brazil, from the decisions of the Brazilian Supreme Court. The study presents quantitative data about the handling of the action in the Court by the authors and qualitative data about the Court's answers in order to verify if the DAC is presented as a legal mechanism used by the Government to constitutionalise its policies. The study concludes that the DAC has a limited impact on the Judicialization of Politics in Brazil, given the limited number of actions proposed and the small amount of merit decisions.

Keywords: Declaratory Action of Constitutionality. Brazilian Supreme Court. Judicialization of politics. Judicial review. Constitutional interpretation.

Sumário: **1** Introdução – **2** Breve contextualização normativa e teórica da Ação Declaratória de Constitucionalidade – **3** Os números da ADC: análise quantitativa – **4** Os julgamentos das ADCs: análise qualitativa – **5** O impacto da ADC no controle concentrado de constitucionalidade brasileiro – **6** Conclusão – Referências

1 Introdução¹

O controle judicial da constitucionalidade das leis nem sempre suscitou controvérsias acerca da sua possível influência na atuação política dos demais Poderes. Sua origem norte-americana, de matriz difusa pelo Poder Judiciário, com base no pensamento de Hamilton,² esteve ligada à noção de defesa de direitos individuais em face do Legislativo, realizada pela revisão judicial da aplicação da lei em um caso concreto. Em contrapartida, para sua vertente europeia, baseada nas teorias de Kelsen,³ de feição concentrada em um Tribunal Constitucional situado fora do Poder Judiciário, o controle de constitucionalidade das leis estava voltado à proteção das competências constitucionais, especialmente, as federativas.⁴ Portanto, em ambos os modelos, o Judiciário não agiria extrapolando ou sobrepondo-se a quaisquer dos demais Poderes.⁵

¹ Sou grato aos professores Antonio Gomes Moreira Maués e Fábio Carvalho Leite pelos comentários e sugestões.

² HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Brasília: Universidade de Brasília, 1984.

³ KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

⁴ De acordo com o modelo europeu clássico, a atuação do Tribunal Constitucional garantiria que o Judiciário não fiscalizasse a constitucionalidade das leis, interferindo na produção legislativa. A função do Tribunal Constitucional seria garantir, ao exercer funções legislativas, que o Judiciário aplicasse a lei sem vícios formais de inconstitucionalidade. MAGALHÃES, Breno Baía. Em defesa da convergência dos sistemas de controle de constitucionalidade: aspectos materiais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 79, p. 213-231, p. 220.

⁵ Isso não quer dizer que não existissem vozes contrárias aos referidos institutos (com receios de que configurassem ingerências na política) desde suas proposições (*judicial review*/EUA e Jurisdição Constitucional/Europa). Nesse sentido, cf. o artigo 81, da autoria de Brutus, na coletânea conhecida como os artigos Antifederalistas e o temor de Carl Schmitt de entregar a guarda da Constituição para instituições judiciais. Respectivamente, cf. KETCHAM, Ralph (Ed.). *The Anti-Federalist Papers and the Constitutional Convention*

Não obstante a caracterização de finalidades, aparentemente, distintas para um mesmo instituto, o discurso clássico da atuação judicial no campo do controle da constitucionalidade das leis foi permeado pela ausência de maiores temores sobre o exercício de tal função contramajoritária (lembremo-nos das expressões “*least dangerous branch*” e “legislador negativo” presentes nos discursos, respectivamente, de Hamilton e Kelsen). No entanto, o pós-segunda guerra alterou esta compreensão, e as novas formas de regulamentação jurídica do estado *welfarista*, rompendo com o positivismo normativista e com a tradição europeia de juiz como a boca da lei, possibilitaram ao juiz adentrar, por meio do controle de constitucionalidade, em arenas estranhas à sua tradicional competência neutra.⁶

A partir de então, o tema da judicialização da política começou a tomar conta das discussões de juristas e cientistas políticos. Por meio do controle das leis e atos do Executivo, o Judiciário passaria a influenciar na implementação das políticas públicas governamentais, agindo, portanto, como uma arena alternativa à democracia representativa. Ademais, tal compreensão passa a apresentar o Judiciário como uma instituição com possível poder de veto e de terceira câmara legislativa de fato. A “intrusão” do Judiciário em tais funções, por meio do controle de constitucionalidade, desperta desconfiças quanto a sua legitimidade, uma vez que desloca para o Judiciário temas que caberiam ser decididos em espaços mais representativos do ponto de vista democrático (p. ex.: políticas públicas e questões de direitos fundamentais que suscitam divergências morais).⁷

Por outro lado, a decisão da Corte pode ser considerada como um aspecto legitimador de uma política pública governamental ou legislativa. Dessa forma, ao confirmar escolhas políticas controversas, especialmente quando realizadas por uma maioria frágil, pode ser bastante útil para determinado partido ou coalizão obter uma resposta positiva por parte do Judiciário, o que atenuaria o aspecto negativo da interferência das Cortes nas políticas públicas.

Com base no quadro descrito, qual seria, então, o lugar da Ação Declaratória de Constitucionalidade no contexto da judicialização da política no STF? Trata-se de ação constitucional pouco discutida, mas que possui forte potencial simbólico na jurisdição constitucional brasileira, qual seja: o de ratificar uma política pública do Governo Federal. Não se trata, portanto, de uma decisão que se perfaz em um argumento confirmatório indireto, como pode ocorrer na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade (caso improcedente a ação, a política pública ou a lei será constitucional), mas de uma declaração expressa e reforçada (efeitos gerais e vinculantes da decisão).

Debates. New York: Penguin, 1986 e SCHMITT, Carl. *O guardião da constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 146-167.

⁶ WERNECK VIANNA, Luiz; CARVALHO, Maria Alice Rezende de, PALÁCIOS, Manuel; BURGOS, Marcelo. *Corpo e alma da magistratura brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

⁷ Nesse sentido, cf. WALDRON, Jeremy. A Right-based Critique of Constitutional Rights. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 13, p. 32, 1993, p. 45.

O potencial simbólico referido se agrava quando lembramos que, no contexto de sua criação, a legitimidade para propositura da ação estava limitada às entidades políticas federais (além do Procurador-Geral da República), o objeto se restringia à defesa de leis e atos federais e o efeito vinculante foi criado, especificamente, para a ADC. A EC nº 45/04 atenuou a desconfiança da ADC como instrumento capaz de transformar o STF em carimbador das políticas públicas federais ao igualar o campo dos legitimados da ADC aos da ADI e ao estender o efeito vinculante à última. No entanto, o objeto da ADC permaneceu restrito às leis e atos federais.⁸

O objetivo do artigo será, portanto, analisar se os números e a prática decisória da ADC, nos seus quase 20 anos de existência, fazem jus ao lesivo potencial que uma determinada interpretação a ela atribuída pode acarretar para o argumento da judicialização da política e para o conseqüente enfraquecimento da legitimidade da atuação da jurisdição constitucional brasileira. Dessa forma, existem duas hipóteses que precisam ser analisadas para confirmar o potencial lesivo da ADC: 1) a ADC é uma ação capaz de garantir a ratificação de políticas públicas do Governo Federal (especialmente em matérias tributárias e econômicas)? e 2) a ação impede que o Poder Judiciário declare, por conta do efeito vinculante, posteriormente, a política pública do Governo Federal como inconstitucional?⁹ Para fins do presente estudo, a análise se focará apenas na primeira hipótese.

Nesse sentido, uma análise quantitativa será feita das ADCs, no intuito de observar quem acessa o STF, quais matérias levam ao tribunal, bem como suas chances de sucesso com tais demandas. Juntamente com a análise quantitativa, será realizada análise qualitativa das decisões em ADC, uma vez que o Judiciário pode ter ratificado uma política pública que não tenha violado direitos fundamentais, o que afastaria a ideia de interferência do Judiciário em uma seara que não lhe compete, porquanto teria julgado a questão por não ter constatado violações aos argumentos de princípio.

Como referencial teórico, lançaremos mão da distinção sugerida por Dworkin entre princípios e política.

⁸ Conforme será visto mais adiante, apesar de serem consideradas irmãs gêmeas, os objetos da ADI e da ADC são diferentes. Gilmar Mendes é favorável à extensão do objeto da ADI à ADC. MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle concentrado de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 416. Clèmerson Clève é mais enfático: a diferença de objetos entre as ações é uma irracionalidade. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 296-267. Luís Barroso, por sua vez, considera que a desimportância do constitucionalismo estadual tornaria inócua ou, no mínimo, inútil a inserção do objeto estadual na ADC. BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, 232. O último autor não desenvolve seu argumento, ou seja, não justifica por que considera desimportante o direito estadual, tipo normativo com maior número de impugnações e com maior número de decisões procedentes nas ADIs. Como algo “desimportante” poderia ocupar a maior parte da pauta do STF no controle concentrado?

⁹ Para uma crítica sobre o possível aspecto absoluto do efeito vinculante, cf. MAGALHÃES, Breno Baía; SILVA, Sandoval Alves. O grau de vinculação dos precedentes à luz do STF: o efeito vinculante é absoluto? *Revista de Informação Legislativa*, v. 195, p. 77-95, 2012.

As decisões judiciais podem ser consideradas como políticas em dois sentidos: 1) as decisões dos juízes são políticas, pois desagradam alguma posição política de grupos sociais. Como exemplo, pensemos na decisão do STF sobre a antecipação de parto de fetos anencéfalos (ADPF 54), que desagradou o posicionamento de grupos religiosos; 2) em outro aspecto, tendo em vista que as decisões constitucionais envolvem escolhas acerca da distribuição de poder,¹⁰ todas as decisões da jurisdição constitucional serão, em alguma medida, políticas, pois envolverão escolhas entre possibilidades interpretativas acerca da distribuição do poder estabelecido pela Constituição. O último sentido é o que mais nos interessa.

Nesse ponto, devemos estabelecer a distinção entre dois tipos de argumentos políticos dos quais os juízes podem valer-se ao tomar suas decisões no segundo sentido descrito: a) argumentos de princípio político, que recorrem aos direitos constitucionais de cidadãos individuais e b) argumentos de procedimento político, que dizem respeito à promoção de uma concepção de bem-estar coletivo.¹¹

Com base em tal distinção, o controle de constitucionalidade possuiria âmbito específico: asseguraria que importantes questões de moralidade política fossem debatidas e discutidas no Judiciário com base em princípios, não apenas em função de argumentos políticos do tipo descrito em *b*. Os últimos, por sua vez, deverão ser discutidos nas arenas democráticas deliberativas. Dito em outras palavras, o campo judicial estaria limitado às argumentações não sensíveis à escolha, ao passo que os argumentos de princípio político seriam sensíveis à escolha (especialmente nas formas de implementação da política pública).¹²

Portanto, caso o STF julgue com base em argumentos políticos, preocupado com políticas de bem-estar, que seriam legitimamente tratadas nas arenas democráticas, ao invés de basear suas decisões em princípios, no sentido de garantir direitos

¹⁰ Sendo o constitucionalismo técnica de limitação do poder, as decisões constitucionais sempre envolverão alguma forma de distribuição do poder constitucionalmente delimitado: a garantia de um direito fundamental é uma limitação à atuação da política estatal; uma decisão do STF, enquanto árbitro do conflito federativo, pode atribuir mais poder territorial a algum ente, em detrimento de outro e, por fim, no tocante à distribuição funcional do poder, uma decisão favorável ao pleito de um Poder da República acerca de possível invasão de competência, redimensiona o âmbito de atuação do Poder requerido. Portanto, invariavelmente, qualquer decisão do STF será, em alguma medida, política.

¹¹ DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

¹² Antecipando algumas críticas, não estamos defendendo uma separação estanque e forte entre ambos os argumentos, ou que o Congresso ou o Presidente não possam dispor e regulamentar sobre direitos fundamentais. Tendo em vista que são muitas as formas de direitos e obrigações decorrentes de uma pretensão baseada em direitos (um direito à vida exige, por exemplo, manutenção de um efetivo de policiais, sistemas de saúde, assistência médica, políticas públicas de prevenção de endemias etc.), os argumentos de princípios não estabelecem uma vedação à sua discussão democrática e regulamentação legislativa, no entanto algumas razões de bem-estar (políticas) não poderão sobrepor-se a tais demandas. O argumento de princípio é construído interpretativamente pela comunidade política, na medida em que o governo não poderia tratar os indivíduos de maneira desigual, garantindo aos órgãos políticos margem para discussões acerca de políticas de bem-estar e de princípios, desde que não violem tal princípio básico geral da igualdade de consideração.

fundamentais (insensíveis à escolha), as decisões em ADC serão, dessa feita, consideradas como interferências ilegítimas na política.

2 Breve contextualização normativa e teórica da Ação Declaratória de Constitucionalidade

Nosso país importou, na República Velha (1891), o controle difuso de constitucionalidade (exercido por todos os órgãos do Poder Judiciário) aos moldes do modelo norte-americano, ainda que ausente o princípio do *stare decisis*. Nesse passo, como meios de racionalização das decisões díspares que pudessem surgir no controle difuso, foram, posteriormente (1934), criados mecanismos tendentes a reduzir o impacto de um controle difuso em um país de tradição romano-germânica: a resolução suspensiva do Senado¹³ e o que ficou conhecido como regra de reserva de plenário ou *full bench*.¹⁴ Juntamente com essa tradicional difusão do controle, a Constituição de 1946 (EC nº 16/65) introduziu elementos de concentração com a ação direta (Representação de Inconstitucionalidade). A Constituição de 1988 consolidou o modelo híbrido, mas ampliou o rol de legitimados para o acesso direto ao STF e criou outras ações de competência exclusiva do tribunal supremo, como a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ADC (EC nº 03/93) e a ADI por omissão. Com exceção da ADI por omissão,¹⁵ todas as demais ações diretas foram dotadas de decisões oponíveis a todos (efeitos *erga omnes*) e dotadas de efeito vinculante, tendo como único órgão competente para sua apreciação o STF, órgão de cúpula do Poder Judiciário.¹⁶

¹³ Na Constituição atual, podemos encontrar tal elemento no Art. 52. *Compete privativamente ao Senado Federal: X - suspender a execução, no todo ou em parte, de lei declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal.* O referido artigo tem suscitado inúmeras críticas nos doutrinadores pós-1988, assim como no próprio STF. Quanto ao primeiro, cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005 e, quanto ao último, cf. debates na Rcl 4.335/PI.

¹⁴ Na Constituição atual, podemos encontrar tal elemento no Art. 97. *Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público.* No mesmo sentido, Súmula Vinculante nº 10: *Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.*

¹⁵ Os efeitos das decisões em ADI por omissão não são claros. Enquanto podemos defender a existência da eficácia *erga omnes*, porquanto se trata do controle abstrato, o efeito vinculante não é claro na prescrição legislativa da ação (art. 12-H, §2º, da Lei nº 9.868/99). O efeito vinculante, como o Tribunal já teve oportunidade de se pronunciar, não submete o Legislativo (ADI 2.903/PB), contudo, no julgamento da ADI por omissão 3.682/MT o Tribunal determinou que o Poder Legislativo editasse lei complementar no período de 18 meses. O relator do caso, Gilmar Mendes, preocupou-se em afirmar que não se tratava de obrigar o Congresso a legislar, mas a fixação de um parâmetro temporal razoável. Tendo em vista que o Congresso editou a EC nº 57/08 para solucionar o problema da ADI por omissão em questão, as consequências da decisão do STF não ficaram delimitadas.

¹⁶ Art. 102. *Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; §1º A arguição*

Dentro desse brevíssimo contexto e de nossa história recente, não são desconhecidas as razões pelas quais foram criados a ADC e o efeito vinculante. Estes vieram a reboque da reforma tributária trazida pela EC nº 03/93, que previu, em seu art. 2º, por exemplo, a instituição do IPMF, além de alterar regras relacionadas ao Imposto de Renda e da Previdência Social.¹⁷ Ou seja, a inserção do efeito vinculante bem como, à época, limitadíssima legitimidade de proposição da ADC¹⁸ e a restrição de seu objeto apenas às leis e atos normativos federais deixaram transparecer o aspecto político da inserção da medida, qual seja: obstar o controle difuso de constitucionalidade em face, substancialmente, de leis federais tributárias e, mais especificamente, refrear a proliferação das liminares contra o poder público federal sobre planos econômicos e políticas fiscais.¹⁹ Do ponto de vista jurídico, a inserção da ADC e do efeito vinculante tinha como objetivo criar mecanismos de articulação entre os sistemas difuso e concentrado de constitucionalidade, com o intuito de evitar divergências entre as decisões do STF e as decisões das instâncias inferiores.²⁰

Segundo Arantes,²¹ o primeiro ano do governo Collor foi marcado pela explosão de ações judiciais que contestaram programas políticos na Justiça Federal, o que acarretou o aumento exponencial de causas envolvendo a União e a Administração Pública Federal.²²

de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. §2º As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações diretas de inconstitucionalidade e nas ações declaratórias de constitucionalidade produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

¹⁷ Clèmerson Clève relembra que, antes da introdução da ADC, o Governo Federal intencionava ressuscitar a malsinada avocatória (processo de cunho autoritário que permitia ao STF suprimir instâncias, no intuito de decidir um caso controverso que não houvesse ou que não poderia chegar, pelas vias normais, ao seu conhecimento, bem como determinar a suspensão do processo). CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 279.

¹⁸ De acordo com a redação do §4º, art. 102, da CRFB/88, atribuída pela EC nº 03/93, antes da alteração realizada pela EC nº 45/04, a ação declaratória de constitucionalidade somente poderia ser proposta pelo Presidente da República, pela Mesa do Senado Federal, pela Mesa da Câmara dos Deputados ou pelo Procurador-Geral da República, em face de leis e atos normativos federais. Redação que fora reproduzida no art. 13 da Lei nº 9.868/99. Atualmente, podem propor a ADC os mesmos legitimados para a ADI (Art. 103, *caput*, CF/88, de acordo a redação dada pela EC nº 45/04).

¹⁹ Outras causas da EC nº 03/93 foram a inflação e a crise econômica brasileira. A referida alteração constitucional, portanto, justificou a inclusão de um imposto como forma de alcançar o custeio do gasto público com ingressos patrimoniais tributários. SLAIBI FILHO, Nagib. *Ação declaratória de constitucionalidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 01-02. Castello Branco, por sua vez, aponta que parte significativa da referida emenda dizia respeito a questões tributárias e previdenciárias (segundo o autor, aproximadamente 80%), o que tornaria a criação da ADC um simples acessório. CASTELLO BRANCO, Eduardo Lago. *Controle concentrado de constitucionalidade e democracia: ação declaratória de constitucionalidade e construção jurisprudencial*. Fortaleza, 2006. Dissertação de Mestrado em Direito Constitucional – UNIFOR. “Orientação: Prof. Dr. Martônio Mont’Alverne Barreto Lima” 194 p, p. 65.

²⁰ MAUÉS. Antonio G. Moreira; SCAFF, Fernando. *Justiça constitucional e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005, p. 38-39.

²¹ ARANTES, Rogério Bastos. Jurisdição Política Constitucional. In: SADEK, Maria Tereza (Org.). *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001, p. 23-92, p. 31.

²² Em termos estimados, de 1989 até 1993, o número de processos protocolados na Justiça Federal saltou de 234.301 para, aproximadamente, 550.000. Para mais detalhes sobre a quantidade de processos distribuídos

Tais informações possibilitam a seguinte conclusão provisória: uma vez que a ação objetiva declarar a constitucionalidade de uma lei cuja constitucionalidade já é pressuposta, a decisão do STF, dotada de efeitos vinculantes, constituiria permanente óbice à declaração de inconstitucionalidade das leis e atos normativos federais²³ em função, basicamente, do requerimento de órgãos políticos federais (excepcionando o PGR).²⁴ Caso pensemos, com base no imediatamente exposto, que a criação da referida ação tinha como objetivo “blindar” as decisões políticas governamentais do Executivo, essa interpretação parecerá plausível e a constitucionalidade da ADC, por outro lado, questionável. O Executivo proporia a ADC, de acordo com essa interpretação inicial provisória, tendo a certeza de que o STF agiria como instância política que ratificaria, definitivamente e sem possibilidade de questionamento quanto à possível violação de direitos fundamentais, a política governamental.

Todavia, a discussão jurídica a respeito da possível inconstitucionalidade da ADC arrefeceu bastante após o julgamento da ADC nº 01, oportunidade em que foi declarada sua constitucionalidade pelo STF. Não bastasse o argumento de autoridade do STF sobre o tema, boa parte dos teóricos constitucionais não observa, igualmente, nenhum problema na estrutura constitucional da ação em comento.²⁵ Pelo contrário,

e julgados pela Justiça Federal entre 1989 e 1999, cf. tabela em ARANTES, Rogério Bastos. *Jurisdição Política Constitucional*. In: SADEK, Maria Tereza (Org.). *Reforma do Judiciário*. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001, p. 23-92, p. 32.

²³ André Brawerman sustenta que o efeito vinculante retira a dialogicidade inerente à norma jurídica, ou seja, segundo o autor, o caso concreto não poderá mais ser mais submetido à apreciação jurisdicional, o que caracterizaria tal submissão do controle difuso pelo concentrado como uma forma de controle das autoridades governamentais sobre o tema questionado na ADC. BRAWERMAN, André. Ação declaratória de constitucionalidade: análise da jurisprudência. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, vol. 51, p. 199-228, 2005. Para uma abordagem contrária à exposta, ver o estudo citado na nota 3, *supra*.

²⁴ A inserção do PGR como legitimado para propositura da ADC no contexto da EC nº 03/93 não significa, necessariamente, uma escolha neutra por parte do constituinte derivado, uma vez que, para Ernani Carvalho, a trajetória do controle de constitucionalidade brasileiro sempre esteve permeada pela manipulação presidencial na atuação dos atores aptos a realizar tal controle, como os membros do STF e o PGR. CARVALHO, Ernani. Trajetória da revisão judicial no desenho constitucional brasileiro: tutela, autonomia e judicialização. *Sociologias*, Porto Alegre, ano 12, n. 23, jan./abr. 2010, p. 176-207. Apesar de tal centralização ter se enfraquecido com a Constituição de 1988, o autor conclui que o controle abstrato de constitucionalidade favorece a judicialização de temas afetos aos interesses políticos do governo, e a indicação do PGR pelo Presidente favorece a judicialização de questões que não chegariam pela via difusa ao conhecimento do STF. Todavia, se as conclusões do autor acerca da centralização encontram suas fundamentações mais fortes nas Constituições passadas (1934 e 1967/69), elas precisam ser debatidas no contextual da atual Constituição de maneira cautelosa, sem que possamos descartá-las de pronto, na medida em que duas ADCs propostas pelo PGR e julgadas procedentes decorreram de requisição de órgãos do Poder Executivo (ADCs 03 e 05). De mais a mais, a redação da EC nº 03/93 não incluiu órgãos como a OAB, por exemplo, o que tornaria a inclusão do PGR mais uma arma nas mãos do governo. Gilmar Mendes é enfático quando afirma que a solução da EC nº 16/65 de criar uma representação que fiscalizasse, apenas, a inconstitucionalidade seria equivocada, na medida em que a intenção era criar um mecanismo que fosse instaurado perante o STF pelo Presidente, por meio do PGR, para a expedita solução de conflitos, ainda que para ratificar sua constitucionalidade. MENDES, Gilmar. *Jurisdição constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 91.

²⁵ Nesse sentido, Cf. BARROSO, Luís Roberto. *O Controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009; VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003 e CARVALHO NETO, Inacio de. *Ação Declaratória de Constitucionalidade*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

os argumentos de tais autores, geralmente, consideram que: a) a ADC seria uma simples decorrência lógica do controle de constitucionalidade brasileiro (uma ADI improcedente causaria o mesmo efeito);²⁶ b) uma forma embrionária de ADC já teria sido prevista no art. 174 do antigo Regimento Interno do STF (1970), portanto, a ADC seria nova processualmente, mas não uma novidade²⁷ e c) que a ADI e ADC são ações gêmeas com “sinais trocados”.²⁸

No entanto, a descrição “inofensiva” da ADC nunca foi unânime entre os constitucionalistas.²⁹

Oscar Vilhena Vieira³⁰ afirma, por exemplo, que a decisão dotada de efeito vinculante na ADC visa, em última instância, tornar a norma declarada constitucional imune a impugnações por parte dos cidadãos por meio do Judiciário, que estará, por sua vez, impossibilitado de verificar a legitimidade da norma no caso concreto, bem como considerá-la inconstitucional por meio do controle difuso. Ademais, tal competência para julgamento da ADC aumentaria os poderes do STF enquanto agência governamental, pois declararia a constitucionalidade de uma norma democrática contestada nos tribunais inferiores, estabelecendo uma cooperação entre governo e STF, ao ratificar o ato do governo contestado e retirar sua sindicabilidade do Poder Judiciário.³¹

Castello Branco³² afirma que a ADC deve ser entendida como um instrumento do governo federal para satisfazer seus interesses de maneira eficiente perante o Judiciário (o autor cita a procedência das ADCs 01, 04 e 09 como exemplos). O

²⁶ MENDES, Gilmar. *Jurisdição constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 90-91 e PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 227-228.

²⁷ Seguindo o exposto por Mendes, cf. VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 282.

²⁸ Seguindo, igualmente, o exposto por Gilmar Mendes, Binbenojm. BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: Legitimidade Democrática e Instrumentos de Realização*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 174. Não é difícil concluir que tais autores apenas reproduzem, sem maiores críticas, o defendido por Gilmar Mendes, um dos mentores intelectuais da ADC. Em comentário ao art. 21, da Lei nº 9.868/99, Ives Gandra sugere que, apesar de semelhantes, os efeitos práticos das ações (ADI e ADC) são diferentes. MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle concentrado de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 429. Ora, tal conclusão é suficiente para afastar a tese da identidade das ações.

²⁹ Não se pode esquecer que, no âmbito parlamentar, igualmente, a defesa da constitucionalidade na ADC não era pacífica. A deputada federal Zulaiê Cobra (PSDB-SP) acolheu em seu relatório sobre a PEC 96/92, no âmbito da discussão sobre a reforma do Judiciário (que originou a EC nº 45/04), proposta de extinção da ADC por considerá-la antidemocrática e desrespeitosa para com os poderes dos juízes de primeiro grau. Contudo, a proposta foi rejeitada.

³⁰ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, 89-90.

³¹ Oscar Vieira pontua, além dos argumentos expostos acima, que a EC nº 03/93 fazia parte de uma política maior: realinhar a Constituição brasileira para a abertura do capital estrangeiro, satisfazendo a liberalização preconizada pelo *Washington Consensus*. Portanto, o efeito vinculante decorrente da ADC e determinado pelo STF “ataria as mãos” do Poder Judiciário quando estivessem em jogo políticas econômicas oriundas da agenda libertária internacional. VIEIRA, Oscar Vilhena. *Realinhamento Constitucional*. VIEIRA, Oscar Vilhena; SUNDNFELD, Carlos Ari (Org.). *Direito Global*. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 15-49, p. 42.

³² CASTELLO BRANCO, Eduardo Lago. *Controle concentrado de constitucionalidade e democracia: ação declaratória de constitucionalidade e construção jurisprudencial*. Fortaleza, 2006. Dissertação de Mestrado em Direito Constitucional – UNIFOR. “Orientação: Prof. Dr. Martônio Mont’Alverne Barreto Lima” 194 p, p. 152-169

Executivo, segundo o autor, ao buscar incessantemente uma maior margem de liberdade na sua capacidade de ação por meio de políticas públicas, lança mão da ADC para, perante o STF, seu aliado histórico, proporcionar um maior grau de governabilidade, através de uma maior previsibilidade das decisões judiciais, em prejuízo da democracia.

Com base nestas considerações, é importante verificar de que forma a ADC vem sendo utilizada pelos legitimados, bem como de que forma é aplicada pelo STF, uma vez que a interpretação que for atribuída ao seu papel será determinante na constatação, ou não, da hipótese do potencial nocivo delineado anteriormente como interpretação provisória, qual seja: a de que seria uma ação manipulada pelos entes políticos (especialmente pelo Presidente da República) para ratificação definitiva de decisões políticas por meio do Judiciário.

3 Os números da ADC: análise quantitativa

A tabela 1 demonstra a quantidade de ADCs que foram propostas de 1993 até 2012. A quantidade de ADCs ajuizadas nesse período (38), quase 20 anos, nos permite tecer algumas conclusões iniciais.

Diferentemente da ADI, a utilização da ADC tem sido muito reduzida. Alguns fatores de ordem institucional podem explicar o pequeno número de ADCs propostas: 1) a existência mais recente da ADC (sua criação data do ano de 1993, enquanto a ADI existe desde 1988); 2) inicialmente, a legitimidade para a proposição da ADC era bastante restrita, não incluindo órgãos da sociedade civil responsáveis pela grande quantidade de ADIs propostas,³³ mas apenas órgãos políticos³⁴ e 3) o objeto da ADC é mais restrito do que o da ADI, uma vez que não contempla atos e leis dos Estados (espécies normativas com maior número de impugnações em ADIs).³⁵

A decisão da ADC, a depender da interpretação a ela atribuída, pode provocar importantes e severos impactos no ordenamento jurídico, na medida em que poderia, conforme visto, reforçar a constitucionalidade de uma lei ou política pública e dificultar, significativamente, uma futura declaração de inconstitucionalidade do ato declarado constitucional. Portanto, o pequeno índice de decisões procedentes e procedentes em parte (26,3%) e de liminares deferidas (5,3%)³⁶ demonstra que se trata de uma ação de pouca repercussão, apesar de seus graves resultados.

³³ De acordo com dados do sítio do STF, as Confederações Sindicais e as Entidades de Classe de Âmbito Nacional propuseram 1.235 ADIs, o que corresponde a 25,6% do total (4.820).

³⁴ Ver nota 14 *supra*.

³⁵ De acordo com Vianna et al., de 1988 a 2005, 55% do total das ADIs (2.000) foram propostas em face do Legislativo Estadual. WERNECK VIANNA, L., BURGOS, M; SALLES, Paula. Dezessete anos de judicialização da política. *Tempo Social*, São Paulo, v. 19, n. 2, p. 39-85, p. 49.

³⁶ Não necessariamente em vigor.

Tabela 1³⁷

Número de ADCs propostas, com decisões liminares e de mérito

Ação Declaratória de Constitucionalidade	Qtd.	%
Total de ADCs distribuídas	38	100
ADCs aguardando manifestações decisórias (liminar ou mérito)	8	21
Decisões definitivas em ADC	Qtd.	%
Procedente	9	23,7
Procedente em parte	1	2,6
Improcedente	1	2,6
Não conhecida	13	34,2

Liminar em ADC	Qtd.	%
Com liminar deferida	2	5,3
Com liminar deferida em parte	0	
Com liminar indeferida	4	10,6

Outro dado importante sobre o papel do STF na possível judicialização da política e sua inter-relação com a ADC pode ser demonstrado pelo manejo da ADC por parte dos legitimados. Por mais de 10 anos (1993-2004), apenas o Presidente da República, as Mesas do Senado e da Câmara dos Deputados e o Procurador-Geral da República podiam propor a sobredita ação, para defender leis e atos normativos federais, ou seja, a ação serviria para que o STF ratificasse a política pública formulada, principalmente, pelo governo e pelo legislativo federais. Dessa forma, seria natural uma maior utilização dessa medida por parte de tais legitimados. Alguns dados poderiam reforçar a assertiva do parágrafo anterior.

De acordo com as premissas delineadas, o Presidente da República teria interesse em propor ADCs em face de leis federais para, munido da decisão de procedência do STF dotada de efeito vinculante, constitucionalizar suas políticas governamentais. O ponto se reforça por conta de incentivos decorrentes do regime político brasileiro, tais como o fato de 83,3% da produção legislativa do Congresso decorrer da autoria do Poder Executivo.³⁸ Não por outra razão, todas as ADCs propostas, singularmente

³⁷ Todos os dados foram extraídos do sítio STF: <www.stj.jus.br>. Os dados de 2015 estão atualizados até 26 de outubro.

³⁸ Analisando dados da produção legislativa de 1988 até 2007, Fernando Limongi constata que dos 2.965 projetos encaminhados pelos Presidentes da República, apenas 65 foram rejeitados. LIMONGI, Fernando. O Poder Executivo na Constituição de 1988. In: OLIVEN, Ruben George et al. (Org.). *A Constituição de 1988 na vida brasileira*. São Paulo: Editora Hucitec, 2008, p. 23-56, p. 48.

ou em conjunto, pelo Presidente da República tinham como objeto leis originadas no Poder Executivo.³⁹

Todavia, conforme a tabela 2, somente 13% das ADCs foram propostas, exclusivamente, pelo Presidente da República e 5,2%, exclusivamente, pela Mesa do Senado e nenhuma pela Mesa da Câmara dos Deputados, o que perfaz, considerando as ações propostas em litisconsórcio, 20,6% do total de ADCs, ou seja, percentual que não alcança a metade do número de ações propostas.

Tabela 2
ADCs de acordo com o legitimado

ADCs de acordo com os legitimados	Qtd.	%
Presidente da República	5	13
Mesa do Senado Federal	2	5,3
Mesa da Câmara dos Deputados	-	
Mesa da Assembleia Legislativa ou Câmara Legislativa do Distrito Federal	-	
Governador de Estado ou do Distrito Federal	4	10,6%
Procurador-Geral da República	4	10,6
Conselho Federal da OAB	1	2,6%
Partido político com representação no Congresso Nacional	4	10,6%
Confederação Sindical e Entidade de Classe de Âmbito Nacional	11	29
Outros (Ilegítimos)	5	13
Presidente da República, Mesa do Senado Federal e Mesa da Câmara dos Deputados (Litisconsórcio)	2	5,3
TOTAL	38	100

Da mesma forma que a ADI, a maior parte das ADCs propostas não é conhecida. Interessante notar que, conforme a tabela 3, mesmo antes da ampliação constitucional da legitimidade da ADC, inúmeras associações, membros da sociedade civil e outras instituições políticas (pessoas físicas e diretórios municipais de partidos políticos sem representação nacional) propuseram ADCs, sendo consideradas ilegítimas para instaurar a fiscalização abstrata de constitucionalidade, sem embargo de

³⁹ Objeto das ADCs propostas singularmente pelo Presidente da República de acordo com sua origem: 1) Lei Federal nº 9.783/99, de autoria do Poder Executivo; 2) Lei Federal nº 9.849/99, decorrente da MP nº 1.887-46, de 1999; 3) Lei Federal nº 9.718/98, decorrente da MP nº 1.724, de 1998; 4) Medida Provisória nº 2.152/01 e 5) Lei Federal nº 11.340/06, de autoria do Poder Executivo. Objeto das ADCs propostas pelo Presidente da República em conjunto com outro legitimado de acordo com sua origem: 1) Lei Federal nº 9.494/97, decorrente da MP nº 1.570, de 1997 e 2) Lei Complementar nº 70/91, de autoria do Poder Executivo.

o próprio Tribunal ter afirmado, em algumas oportunidades, que, pelo fato de a ADC e a ADI compartilharem objetos e objetivos semelhantes, são uma mesma ação com “sinais trocados”.⁴⁰ Ademais, as decisões que declararam a ilegitimidade do autor são exaradas, geralmente, com extrema rapidez.

Tabela 3
ADCs não conhecidas

(Continua)

Nº da ADC	Situação processual	Data da proposição	Legitimado/ Proponente	Objeto	Data do julgamento
2	Não conhecida (Ilegitimidade)	04.06.1997	Associação Brasileira da Indústria de Embalagens Plásticas Flexíveis	Decreto-Lei nº 2.318 /86	07.08.1997
6	Não conhecida (Ilegitimidade)	09.09.1998	Confederação dos Servidores Públicos do Brasil	Art. 578 da CLT	11.09.1998
7	Não conhecida (Ilegitimidade)	06.04.1999	Câmara Municipal de Chorozinho	Lei Orgânica do Município de Chorozinho, nº 01/98	09.04.1999
8	Não conhecida (perda de objeto)	09.06.1999	Presidente da República	Lei Federal nº 9.783/99	19.05.2004
10	Não conhecida (Ilegitimidade)	17.05.2004	Dinete Lessa	Art. 2.038 do Código Civil	21.05.2004
13	Não conhecida (Ilegitimidade)	24.05.2006	Associação Brasileira das Empresas de Trading	Resolução nº 071/05, do Senado Federal	13.02.2007
15	Não conhecida (Ausência do requisito do art. 14, da Lei nº 9.868/99)	16.02.2007	Associação Federal de Polícia	Art. 144 da CF/88	15.03.2007
22	Não conhecida (impossibilidade do objeto)	16.01.2009	Confederação do Elo Social Brasil	Art. 5º, inciso LXXVII da CF/88	24.08.2009

⁴⁰ Rcl 1880/SP, DJ 19.04.04.

(Conclusão)

Nº da ADC	Situação processual	Data da proposição	Legitimado/ Proponente	Objeto	Data do julgamento
23	Não conhecida (impossibilidade do objeto)	29.05.2009	Confederação Nacional da Indústria	Resolução nº 015/05, da Agência Nacional do Petróleo	18.06.2009
25	Não conhecida (ilegitimidade)	24.11.2009	Diretório Municipal do Partido o Movimento Democrático Brasileiro da Cidade de Cerquilha	Lei Municipal nº 2.612/2005	03.12.2009
28	Não conhecida (Reatuada como a ADI 4.466/DF)	24.09.2010	Associação dos Juízes Federais do Brasil	Art. 1º, inciso I, Lei nº 7.746/89	24.09.2010
32	Não conhecida (Reatuada como o Mandado de Injunção 4.244)	08.09.2011	Fernando Cesar Poletto	Ausência normativa	15.09.2011
34	Não conhecida (ilegitimidade)	15.06.2014	Conselho Federal de Corretores de Imóveis	Art. 58, §3º da Lei Federal nº 9.649, de 27 de maio de 1998	23.03.2015

Tabela 4
ADCs aguardando julgamento

Nº da ADC	Situação processual	Legitimado/Proponente	Data da proposição	Norma impugnada
14	Aguardando julgamento	Associação dos Notários e Registradores do Brasil	20.09.2006	Lei Federal nº 10.506/02
20	Aguardando julgamento	Presidente da República	02.01.2008	Lei Federal nº 9.849/99
24	Aguardando julgamento	Mesa do Senado Federal	14.09.2009	Resolução nº 059/02 do Senado Federal
31	Aguardando julgamento	Partido dos Trabalhadores; Partido Popular Socialista; Democratas e Partido Da Social Democracia Brasileira	10.05.2011	Lei Federal nº 9.096/95
35	Aguardando julgamento	Procurador-Geral da República	23.03.2015	Lei Federal nº 9.503/97
36	Aguardando julgamento	Partido da República	30.04.2015	Lei Federal nº 9.649/98
37	Aguardando julgamento	Confederação dos Servidores Públicos do Brasil	12.05.2015	Lei Complementar nº 144/14
38	Aguardando julgamento	Procurador-Geral da República	21.09.2015	Lei Federal nº 10.826/03

Com base na tabela 5, é possível observar que o tempo de julgamento de uma liminar é bastante curto, com uma média, de aproximadamente, um ano, mesmo em ADC proposta pelo Presidente da República.

Tabela 5
ADCs com liminar deferida

Nº da ADC	Situação processual	Legitimado/Proponente	Data da proposição	Norma impugnada	Data da decisão liminar
11	Liminar deferida	Governador do Distrito Federal	28.11.2005	Medida Provisória nº 2.180 – 35/01	28.03.2007
18	Liminar deferida	Presidente da República	10.10.2007	Lei Federal nº 9.718/98	13.08.2008

Já no caso de indeferimento de liminares, além de não estarem presentes os mais interessados, supostamente, no julgamento de uma ADC (Presidente da República e Mesas do Congresso Nacional), o que pode demonstrar a força desses legitimados em tais decisões, ou seja, a taxa de insucesso no requerimento de liminares por parte de tais autores, é baixa, o tempo de julgamento é mais diminuto, com exceção da ADC nº 17, a média é de cinco meses.

Tabela 6
ADCs com liminares indeferidas

Nº da ADC	Situação processual	Legitimado/ Proponente	Norma impugnada	Data da proposição	Data da decisão liminar
17	Liminar indeferida	Governador do Mato Grosso do Sul	Lei Federal nº 9.394/96	05.10.2007	17.12.2010
21	Liminar indeferida	Governador de Santa Catarina	Resolução nº 159/04 do CONTRAN	28.11.2008	19.12.2008
26	Liminar indeferida	Associação Brasileira de Distribuidores de Energia Elétrica	Lei Federal nº 8.987/1995	18.02.2010	18.10.2010
27	Liminar indeferida	Associação Nacional das Franquias Postais do Brasil	Lei nº 11.668/08	27.08.2010	11.03.2015

Com base na tabela 7, é importante ressaltar a rapidez com que são julgadas questões de interesse do Governo Federal relativas a matérias tributárias, administrativas e econômicas. Como exemplos, citam-se as ADCs nº 01, 04 e 09, respectivamente. No único caso em que o Presidente propôs ADC sobre tema diverso, no caso, a constitucionalidade da Lei Maria da Penha, o íterim entre a proposição e o julgamento do mérito foi mais estendido. O que parece demonstrar que a pauta do STF é influenciada pela matéria trazida pelo governo.

Tabela 7

ADCs com decisões definitivas de mérito

Nº da ADC	Situação processual	Data da proposição	Data do julgamento (cautelar e mérito)	Legitimado/ Proponente	Norma impugnada
1	Procedente em parte	21.07.1993	01.12.1993	Presidente da República; Mesa do Senado Federal e Mesa da Câmara dos Deputados	Lei Complementar nº 70/91
3	Procedente	18.08.1997	01.12.1999	Procurador-Geral da República	Lei Federal nº 9.424/96
4	Procedente	27.11.1997	Medida Cautelar: 11/02/1998; Mérito: 01.10.2008	Presidente da República; Mesa do Senado Federal; Mesa da Câmara dos Deputados	Lei Federal nº 9.494/97
5	Procedente	25.08.1998	Medida Cautelar: 17/11.1999; Mérito: 11.06.2007	Procurador-Geral da República	Lei Federal nº 9.534/97
9	Procedente	11.06.2001	Medida Cautelar: 26.08.2001 Julgamento: 13.12.2001	Presidente da República	Medida Provisória nº 2.152/01
12	Procedente	02.02.2006	Medida Cautelar: 16.02.2006 Julgamento: 20.08.2008	Associação dos Magistrados Brasileiros	Resolução nº 07/05, do CNJ
16	Procedente	07.03.2007	24.11.2010	Governador do Distrito Federal	Lei Federal nº 9.032/95
19	Procedente	19.12.2007	09.02.2012	Presidente da República	Lei Federal nº 11.340/06
29	Procedente	19.04.2011	16.02.2012	Partido Popular Socialista	Lei Complementar nº 135/10
30	Procedente	03.05.2011	16.02.2012	Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil	Lei Complementar nº 135/10
33	Improcedente	29.05.2014	18.06.2014	Mesa do Senado Federal	Decreto Legislativo nº 424/13, do Congresso Nacional

No que concerne ao índice de sucesso do legitimado, o Presidente da República apresenta um expressivo grau de sucesso nas ações com julgamentos de mérito (das 5 ações propostas sem litisconsórcio, 2 foram julgadas procedentes) e o único caso de ausência de decisão diz respeito à revogação do ato impugnado pela ADC. Por outro lado, as associações e entidades de classe apresentam um ínfimo grau de sucesso no julgamento das ADCs (das 11 ações propostas, apenas 1 foi julgada procedente). A única oportunidade em que uma associação teve julgamento favorável foi em caso que envolvia interesse da Associação dos Magistrados Brasileiros, corporação de classe que desfruta de grande reconhecimento e influência no STF, que se refletem, também, no julgamento das ADIs por ela propostas.⁴¹ Resultado que se repete no caso das liminares (sucesso presidencial e pouca influência das ações das Confederações Sindicais e Entidades de Classe de Âmbito Nacional).

Confirmando tendência observada na análise das ADIs, a classe temática⁴² com mais ocorrências diz respeito aos assuntos ligados à Administração Pública. Nesse passo, longe de apresentarem porcentagem expressiva (10,5%), assuntos referentes à tributação e regulação econômica não ocupam tanto a pauta de julgamentos da ADC, contrariando prognósticos que possam levar em consideração a justificativa de sua criação.

⁴¹ Cf. VIANNA et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

⁴² No presente estudo, utilizaremos a classificação proposta por Vianna et al. sobre a classificação dos diplomas contestados: (a) *administração pública* – reúne a legislação que versa sobre carreiras, remuneração e organização do serviço público, no âmbito dos três Poderes; também foram incluídos nesta categoria os casos relativos à divisão de unidades político-administrativas e conflitos de atribuições entre os Poderes referentes a procedimentos da Administração; (b) *política social* – incluiu as normas que tratam dos sistemas de seguridade social não afetas ao funcionalismo público, bem como a legislação reguladora do acesso a diferentes benefícios sociais; (c) *regulação econômica* – reuniu as normas de regulamentação da economia afetas à política cambial, monetária, salarial e de preços, tendo sido incluídas nesta categoria as normas concernentes aos programas de privatização, reforma agrária e direito de greve; (d) *política tributária* – reuniu as normas que tratam da definição da base de arrecadação e da alíquota dos impostos, assim como aquelas referentes à concessão de incentivos fiscais e à regulação das zonas de tributação especial; (e) *regulação da sociedade civil* – incluiu as normas que ordenam as relações entre particulares, tendo sido também classificada nessa categoria a produção legislativa referente às corporações profissionais, ao meio ambiente e às populações indígenas; (f) *competição política* – reuniu as normas relativas às eleições e aos partidos políticos; (g) *relações de trabalho* – incluiu as normas que regulam o mundo do trabalho, tais como direitos do trabalhador e organização sindical (...).VIANNA et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999, p. 63-64.

Tabela 8
Distribuição das ADCs segundo a classe temática

Classe temática	Quantidade e números das ADCs	%
Administração Pública	22 (ADC nº: 2, 4, 7, 11, 13, 14, 15, 17, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 32, 34, 36, 37 e 38)	58
Política Social	1 (ADC nº: 05)	2,6
Regulação Econômica	1 (ADC nº: 09)	2,6
Política Tributária	3 (ADC nº: 01, 08 e 18)	7,9
Regulação da Sociedade Civil	4 (ADC nº: 03, 10, 19 e 35)	10,6
Competição Política	5 (ADC nº: 12, 29, 30, 31 e 33)	13
Relações de Trabalho	2 (ADC nº: 06 e 16)	5,3
TOTAL	38	100

A expressiva quantidade de ADCs propostas durante o mandato do Presidente Lula (tabela 9) pode ser explicada pela ampliação do número de legitimados a propor a referida ação que ocorreu durante seu mandato (2004).

Tabela 9
ADCs propostas vs. mandato presidencial

Presidente	Mandato ⁴³	Nº de ADCs propostas
Dilma Rousseff	(2011 – presente)	10
Luiz Inácio Lula da Silva	(2003-2010)	19
Fernando Henrique Cardoso	(1995-2002)	08
Itamar Franco	(1992-1994)	01

⁴³ Incluindo reeleições, quando for o caso.

4 Os julgamentos das ADCs: análise qualitativa

4.1 As ADCs não conhecidas

a) Ilegitimidade do autor

No julgamento das ADCs nº 02, 06 e 07, propostas antes da alteração da legitimidade da ADC, que igualou seus legitimados aos da ADI, o STF interpretou o antigo art. 103, §4º, da CF/88 (de acordo com a redação originária da EC nº 03/93) no sentido de impedir que confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional fossem consideradas como legitimadas a instaurar o controle. A interpretação literal do dispositivo constitucional é bastante discutível, tendo em vista que a ADI e a ADC são consideradas como “irmãs-gêmeas” ou a mesma ação com “sinais trocados”, argumento utilizado, como será visto a seguir, para a construção da cautelar em ADC.

A Associação Brasileira da Indústria de Embalagens Plásticas Flexíveis, na ADC nº 02, sustentou que: 1) não se poderia restringir o acesso do cidadão à jurisdição constitucional, uma vez que a EC nº 03/93 poderia violar a cláusula pétrea de inafastabilidade da apreciação de demanda pelo Poder Judiciário caso a legitimidade da entidade não fosse reconhecida e 2) que deveria haver equilíbrio no sistema de controle de constitucionalidade por meio da equiparação dos legitimados da ADC com os da ADI. No entanto, tal interpretação não foi acolhida pelo ministro Carlos Velloso, para quem a Constituição era expressa ao limitar a legitimidade dos demandantes e que a irresignação do autor da ADC nº 02 deveria se direcionar ao Congresso Nacional. Por fim, salientou que a alegação de violação de cláusula pétrea não seria jurídica, mas um exagero do autor.⁴⁴ A mesma fundamentação baseada na compreensão literal da norma constitucional construída pelo ministro Carlos Velloso foi reproduzida nas ADCs 06⁴⁵ e 07.⁴⁶

A ADC nº 10 foi proposta por pessoa natural em face do município do Rio de Janeiro (que, supostamente, não havia aplicado o art. 2.038 do Código Civil), no intuito de garantir que o município aplicasse norma federal, em detrimento da norma estadual, por conta do princípio da supremacia hierárquica das leis federais.

⁴⁴ AgR na ADC nº 02/DF, Carlos Velloso, DJ 26/09/97.

⁴⁵ Após reproduzir a literalidade do art. 103, §4º (EC nº 03/93), o ministro Moreira Alves concluiu que os requerentes da ação declaratória de constitucionalidade nº 06 não possuíam legitimidade para propô-la.

⁴⁶ Seguindo a linha dos precedentes citados, o ministro Maurício Corrêa afirmou, após ter reproduzido a literalidade do art. 103, §4º (EC nº 03/93), que o autor da ADC nº 07 não possuía legitimidade. Interessante notar que o ministro argumentou que o autor (Câmara Municipal de Chorozinho – que não seria legitimado nem mesmo para a ADI) não justificou sua possível inclusão no rol de legitimados. Ora, uma vez que a interpretação constitucional seguida nos precedentes baseou-se em uma aproximação literal do artigo constitucional para justificar a limitação da legitimidade, que outras normas constitucionais o autor da ação em questão poderia citar, pois na ADC nº 02, na qual o autor justificou substancialmente sua inclusão com um argumento plausível, o STF não analisou tais argumentos com profundidade?

Seguindo a jurisprudência da Corte, o ministro Ayres Britto, reproduzindo a literalidade do art. 103, §4º (EC nº 03/93), decidiu que a autora não possuía legitimidade ativa para propor a ADC.

O ministro Joaquim Barbosa, no julgamento da ADC nº 13, proposta sob o novo regime de legitimidade, considerou que, embora a *Trading Company*, autora da ação, atuasse no comércio exterior, para legitimar-se como parte da ação, deveria ter demonstrado que se constituía como entidade de classe em âmbito nacional, mediante a efetiva comprovação de que possuiria membros ou associados em, ao menos, um terço dos Estados da federação. Entendimento jurisprudencial pacificado na Suprema Corte para as ADIs, conforme QO na ADI 108 (Rel. ministro Celso de Mello, DJ de 05.06.1992). O objetivo da referida ADC era declarar constitucional Resolução Suspensiva do Senado – ou seja, declarar constitucional uma resolução que tratava sobre a confirmação da interpretação do STF acerca da declaração de inconstitucionalidade de normas em diversos recursos extraordinários. O autor sustentava que decisões do STJ não seguiram o determinado pelo STF e, conseqüentemente, o determinado pela Resolução Suspensiva.

Ao confirmar jurisprudência consolidada no julgamento das ADIs, o ministro Eros Grau, na ADC nº 25, considerou que a legitimidade do partido político com representação no Congresso Nacional para a propositura das ações de controle concentrado de constitucionalidade faz-se mediante representação de seu diretório nacional. O diretório regional ou municipal não teria legitimidade para instaurar esses processos perante a Suprema Corte, ainda que para impugnar lei ou ato normativo local.

A ADC nº 32 não exige maiores discussões, pois foi autuada de forma equivocada. Em verdade, o autor propôs um mandado de injunção. A ADC nº 34 proposta pelo Conselho Federal de Corretores de Imóveis (COFECI) para impugnar o §3º, art. 58 da Lei nº 9.649/98.⁴⁷ De acordo com o relator, ministro Luiz Fux,⁴⁸ conselhos de fiscalização profissional não possuem legitimidade ativa para propor ADC, por não se enquadrarem no conceito de entidade de classe de âmbito nacional (art. 103, IX, da CF/88). Tal interpretação está baseada no caráter autárquico dos conselhos (exercício de atividade estatal) e de sua necessária subordinação, no plano federal, ao Presidente da República (legitimado universal).

Como pode ser visto nas ADCs 13, 25 e 34, construções jurisprudenciais restritivas realizadas para o julgamento das ADIs foram utilizadas para declarar a ilegitimidade dos autores, sob a justificativa de que ambas seriam ações idênticas. No entanto, é possível concluir que o STF atribuiu critérios diferentes e contraditórios para o controle da legitimação das ADCs: ora ressaltou o caráter literal da Constituição

⁴⁷ O mesmo artigo foi objeto de ADC (36) proposta pelo Partido da República (PR).

⁴⁸ AgR na ADC nº 43, Pleno, Rel. ministro Luiz Fuz, DJe 23.03.2015.

para confirmar a restrita legitimidade expressa pela EC nº 03/93, ora citou criações jurisprudenciais (portanto, não expressas na Constituição) elaboradas para ação diversa (ADI) no intuito de restringir uma legitimidade que poderia ser considerada mais ampla, caso o mesmo critério literal fosse utilizado (no caso, por exemplo, da ADC nº 13 a Constituição não exige, expressamente, membros ou associados em, ao menos, um terço dos Estados da federação).

b) Inexistência de controvérsia judicial

Uma das principais críticas direcionadas à ADC era a de que encerrava uma tautologia: garantir a constitucionalidade de um ato, presumidamente, constitucional. Não fosse assim, o Congresso Nacional precisaria da decisão do STF para editar todas as leis e para torná-las eficazes. Na tentativa de contornar esse problema, afastando interpretações que poderiam estabelecer o STF como uma Corte acionada para oferecer consultas, o ministro Moreira Alves, na Questão de Ordem na ADC nº 01, decidiu que o autor da ação precisaria demonstrar a existência de controvérsia judicial acerca da interpretação do objeto questionado.⁴⁹ Posteriormente, o entendimento jurisprudencial foi positivado no art. 14, III, da Lei nº 9.868/99.⁵⁰

No julgamento da ADC nº 15, ajuizada pela Associação Federal de Polícia, que requeria posicionamento do STF a respeito de ser ou não constitucional a promoção/ascensão funcional, dentro da carreira policial federal, para que as classes de agente, escrivão, papiloscopistas e peritos pudessem progredir para a classe de Delegado de Polícia Federal, a ministra Cármen Lúcia⁵¹ decidiu que a autora não fez referências a qualquer controvérsia judicial ou anexou decisões contraditórias ou divergentes que pudessem provocar insegurança. Portanto, concluiu que a inexistência de dissídio judicial, motivado por razões jurídicas idôneas e consistentes, culminaria por converter a ação declaratória em um inadmissível instrumento de consulta sobre a validade constitucional de determinada lei ou ato normativo federal.

⁴⁹ Afirmou o ministro: “(...) visando a ação declaratória de constitucionalidade à preservação da presunção de constitucionalidade do ato normativo, é ínsito a essa ação, para caracterizar-se o interesse objetivo de agir por parte dos legitimados para propô-la, que preexistia controvérsia que ponha em risco essa presunção, e, portanto, controvérsia judicial no exercício do controle difuso de constitucionalidade, por ser esta que caracteriza inequivocamente esse risco. (...) Portanto, por meio dessa ação, o Supremo Tribunal Federal uniformizará o entendimento judicial sobre a constitucionalidade, ou não, de um ato normativo federal em face da Carta Magna, sem qualquer caráter, pois, de órgão consultivo de outro Poder, e sem que, portanto, atue, de qualquer modo, como órgão de certa forma participante do processo legislativo”.

⁵⁰ *Art. 14. A petição inicial indicará: III - a existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação da disposição objeto da ação declaratória.*

⁵¹ A relatora afirmou que, mesmo que fosse ultrapassada a questão prejudicial sobre o seu conhecimento, a ação ajuizada não buscava o controle abstrato de constitucionalidade, mas garantia interesses subjetivos específicos, o que é vedado pelo STF. A Ministra cita, para justificar tal decisão, a MC na ADI 2.394.

c) Impossibilidade ou perda do objeto

A ADC nº 22, ajuizada pela Confederação do Elo Social Brasil, requereu a declaração da constitucionalidade do inciso LXXVII, art. 5º, da própria Constituição,⁵² no sentido de garantir que o Judiciário brasileiro reconhecesse o deferimento de justiça gratuita a instituições sociais em prol do exercício da cidadania. Para o ministro Ayres Britto, tendo em vista que a Constituição deve servir de parâmetro, normas constitucionais não poderiam ser consideradas objeto da ADC.

Ainda que tenha tratado acerca do tema de maneira indireta na ADC nº 23, o ministro Lewandowski, mencionando a questão do item anterior, afirmou inexistir a controvérsia judicial nos casos de verificação de legalidade do ato regulamentar, impossibilitando a declaração de sua constitucionalidade. Nesse sentido, citou jurisprudência do STF (construída para as ADIs) que não reconhece a possibilidade de controle concentrado de atos que consubstanciem mera ofensa reflexa à Constituição, tais como o ato regulamentar questionado na ADC em exame.

No julgamento da MC na ADC nº 08, proposta pelo Presidente da República, o ministro Celso de Mello teceu considerações acerca da demonstração de controvérsia nas instâncias judiciais, tal como requerida pela ADC nº 01. De acordo com o ministro, o autor demonstrou a existência da controvérsia por meio da citação de 04 (quatro) decisões contraditórias sobre o tema. Concluiu que tal requisito não exige uma delimitação numérica, mas a possibilidade de graves incertezas com a manutenção das referidas decisões.

O objeto era lei proposta pelo Presidente, cujo objetivo era reorganizar a previdência pública para reduzir o déficit existente entre o valor recolhido e o pago, previa-se, além do aumento das alíquotas e das contribuições, a possibilidade de contribuição dos pensionistas e inativos. O autor da ADC sustentava que a economia pública poderia entrar em colapso com a manutenção das decisões judiciais liminares que impediam o desconto.

Após considerar a viabilidade do pedido cautelar com efeitos vinculantes (ADC nº 04), o ministro Celso de Mello afirmou a constitucionalidade da contribuição dos servidores públicos ativos. Por outro lado, entendeu a contribuição dos servidores pensionistas e inativos como inconstitucional. Com base nas alterações, à época, trazidas pela EC nº 20/98,⁵³ o ministro afirmou que o sistema previdenciário se alterou substancialmente, o que impunha o reconhecimento da alteração da compreensão constitucional sobre o tema pelo STF. Ressaltou que no processo de discussão da EC nº 20/98 o Presidente intencionou incluir naquela oportunidade a possibilidade

⁵² São gratuitas as ações de “habeas corpus” e “habeas data”, e, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania.

⁵³ A discussão da ADC em questão ocorreu antes da EC nº 41/03, que previu, constitucionalmente, a taxação dos inativos. Ou seja, o “conselho” do STF foi ouvido.

da contribuição dos servidores inativos e pensionistas, mas a Câmara dos Deputados suprimiu o ponto. O relator não desconheceu as graves crises presidenciais e econômicas pelas quais o país atravessava à época, mas reforçou que deveriam ser respeitados os limites constitucionais para imposição de exações previdenciárias. Para o ministro, a Constituição não poderia ser submetida a questões de pragmatismo estatal e razões de estado não eram justificativas para violar direitos fundamentais (RE 250.590/RS).

Diferentemente do pedido na inicial, que requeria efeitos *ex tunc* para a cautelar, o ministro a deferia parcialmente com efeitos *ex nunc*. Tendo em vista o reconhecimento da legitimidade da contribuição para os servidores ativos, a cautelar abrangeu apenas a suspensão dos processos que tratavam sobre este tema específico. Como fundamentos, Celso de Mello assentou que a lei questionada, ao taxar pensionistas e servidores inativos da União, regulou matéria não autorizada pela Constituição, uma vez que as modificações introduzidas pela EC nº 20/98 não abarcaram, de maneira expressa, a referida possibilidade de contribuição. Para o ministro, tratava-se de requisito indispensável para sua legitimidade (o que, posteriormente, ocorreu mediante alteração constitucional). Portanto, o regime de previdência de caráter contributivo exposto no antigo art. 40, *caput*, da CF/88, de acordo com a redação dada pela EC nº 20/98, foi instituído, unicamente, em relação “aos servidores titulares de cargos efetivos...”, inexistindo qualquer possibilidade de se atribuir, a inativos e pensionistas da União, a condição de contribuintes da exação prevista na Lei nº 9.783/99.

Importante notar que a União já havia sofrido derrota acerca do tema no julgamento da MC na ADI 2.010/DF, proposta pela OAB, ocasião em que os fundamentos expostos pelo ministro Celso de Mello foram reiterados de forma integral. A decisão liminar na ADI, suspendendo os artigos sobre a contribuição dos servidores inativos, ocorreu no dia 30.09.99 e o mesmo se repetiu nas ADIs do Partido dos Trabalhadores (ADI 2.016/DF) e do Partido da Mobilização Nacional e Confederação dos Servidores Públicos do Brasil (ADI 2.062/DF). Como visto anteriormente, a liminar na ADC data do dia 13.10.99. Sendo, portanto, posterior.

No entanto, apesar de conhecida, a ADC foi arquivada por perda superveniente do objeto, uma vez que houve a revogação do art. 2º da Lei nº 9.783/99 pela Lei nº 9.988, de 19 de julho de 2000, de iniciativa do Presidente da República.

O caso da ADC nº 08 é importante, na medida em que parece ser notório que sua proposição foi uma estratégia do Presidente, que intencionava, em outro turno, recuperar a derrota sofrida na MC na ADI 2.010/DF sobre a taxação dos pensionistas e inativos, em ação proposta pela OAB e garantir, mediante efeito vinculante, a manutenção das demais alterações. A estratégia, que poderia confirmar o aspecto de submissão política do STF ao Presidente e caracterizar a ADC como instrumento

de ratificação de políticas governamentais,⁵⁴ não vingou, pois o julgamento da ADC seguiu as mesmas fundamentações expostas nas ADIs propostas anteriormente. O fracasso da estratégia acarretou a revogação da lei questionada na ADC, que, caso não houvesse ocorrido, levaria, provavelmente, à declaração de improcedência parcial do pedido, caso julgada antes da EC nº 41/03.

4.2 ADCs com cautelares deferidas em vigor

No julgamento da ADC nº 04, o STF determinou a criação da Medida Cautelar em ADC. Embora não prevista, explicitamente, na Constituição, o ministro Sidney Sanches considerou que, caso não houvesse a possibilidade de o STF exercer o poder de cautela, os importantes efeitos *erga omnes* e vinculantes da decisão de mérito poderiam ser afetados. Em determinado momento do voto, o ministro questionou se a ausência da Cautelar para a ADC não seria uma inadvertência do legislador, uma vez que o poder de cautela seria inerente ao Judiciário. Por fim, citou precedente do tribunal que criou a Medida Cautelar na extinta Representação de Inconstitucionalidade (precursora da ADI). No caso em questão, tendo em vista a consequência da decisão de mérito, o relator, ao deferir a cautelar, determinou a suspensão dos processos que questionavam a lei.⁵⁵

A extensão da decisão em cautelar, de pronto, suscitou importante debate na corte: em uma ação que teria como finalidade a declaração de constitucionalidade dotada de efeito vinculante de uma lei presumidamente constitucional, qual seria a eficácia da cautelar, uma vez que não poderia ter um âmbito maior ou igual ao da decisão de mérito? Para o ministro Sepúlveda Pertence, a solução seria suspender os processos em que a lei fosse questionada, a aguardar decisão definitiva do STF sobre o tema. O receio do ministro era de que os juízes pudessem aplicar a lei questionada como se fosse constitucional, o que poderia ser contrariado pela futura decisão de mérito. Em outros termos, e utilizando o afirmado pelo ministro Nelson Jobim,⁵⁶ o deferimento da cautelar em ADC suspende os juízos sobre a constitucionalidade da norma impugnada no controle difuso.⁵⁷

⁵⁴ Outro dado importante é o de que, conforme Fabiana Oliveira, é sempre mais provável que a declaração de inconstitucionalidade de lei federal ocorra em um governo subsequente àquele que propôs a norma. No caso, a proposição, a decisão da cautelar e a revogação da norma ocorreram em um mesmo governo. OLIVEIRA, Fabiana Luci de. Supremo relator: processo decisório e mudanças na composição do STF nos governos FHC e Lula. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 27, n. 8, 89-115, 2012.

⁵⁵ No caso da ADC nº 04, o relator sugere os seguintes argumentos: inadvertência do legislador; decorrência lógica do poder cautelar do STF e similaridade da ADC com a ADI, mas os mesmos argumentos nem sequer foram aventados no julgamento da ADC nº 02 para justificar a equiparação entre ADI e ADC, no tocante ao regimento da legitimidade, para proposição da ação.

⁵⁶ P. 104.

⁵⁷ Tal construção jurisprudencial foi positivada, posteriormente, no art. 21, da Lei nº 9.868/99 (*O Supremo Tribunal Federal, por decisão da maioria absoluta de seus membros, poderá deferir pedido de medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade, consistente na determinação de que os juízes e os Tribunais*

O poder de cautela do juiz abre um leque de meios procedimentais para garantir que o processo principal possa atingir seus fins. Não se trata, portanto, de uma decisão definitiva de mérito, daí o caráter acessório das medidas cautelares.⁵⁸ Nesse sentido, as medidas cautelares não intencionam resolver o mérito (apesar de discutirem sobre ele para sua concessão), mas garantir que a decisão futura possa ser efetiva, sob pena de confusão com as cautelares satisfativas.⁵⁹ Isso explica a preocupação do tribunal em afirmar que o âmbito de atuação da cautelar em ADC está cingido à suspensão dos processos, e não à declaração da constitucionalidade do ato ou lei impugnado, que seria objeto do mérito. Ou seja, suspende-se o processo (medida cautelar) para garantir que a declaração de constitucionalidade (mérito) tenha efeito.

Trata-se, portanto, de uma importante espécie decisória, na medida em que, efetivamente, o procedimento cautelar (suspensão dos processos) tenderia a bloquear e impedir o controle difuso de constitucionalidade e apontar para uma possível inconstitucionalidade da ação,⁶⁰ apesar de ser uma medida temporária (180 dias),⁶¹ ou seja, a limitação não perdura indefinidamente até o julgamento de mérito.

No julgamento da ADC nº 11, em que se discutia a constitucionalidade de medida provisória que ampliou para 30 dias o prazo da Fazenda Pública oferecer embargos à execução, o relator, ministro Cezar Peluso, determinou a suspensão dos processos que discutiam a constitucionalidade da norma impugnada. De acordo com seus fundamentos, a insuficiência de pessoal e a pouca articulação institucional, além do crescente número de demandas, impediam uma atuação eficiente da advocacia pública. Ademais, ressaltou o ministro, apesar de ser uma diferença em relação aos demais litigantes, o prazo seria razoável e não se configuraria como privilégio. Por fim, ressaltou que existia projeto de lei sobre o tema em trâmite no Congresso, e a morosidade congressual seria um importante requisito para justificar a urgência da medida

suspendam o julgamento dos processos que envolvam a aplicação da lei ou do ato normativo objeto da ação até seu julgamento definitivo).

⁵⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo Processo Civil Brasileiro*. 19. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 313-315.

⁵⁹ SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. v. 1. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 139-145.

⁶⁰ Como aponta, por exemplo, Antonio Maués. O autor, todavia, conclui que as poucas decisões que deferiram cautelar em ADC demonstram o baixo impacto da ação, assim como demonstra que tal espécie decisória não altera o que o autor denomina de caráter plural do controle de constitucionalidade, na medida em que, do ponto de vista global, não impede o exercício do controle difuso. MAUÉS, Antonio G. Moreira. O controle de constitucionalidade das leis no Brasil como um sistema plural. *Pensar*, Fortaleza, v. 15, n. 2, p. 356-384, p. 376, jul./dez. 2010.

⁶¹ Parágrafo único, do art. 21, da Lei nº 9.868/99. *Concedida a medida cautelar, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário Oficial da União a parte dispositiva da decisão, no prazo de dez dias, devendo o Tribunal proceder ao julgamento da ação no prazo de cento e oitenta dias, sob pena de perda de sua eficácia*. Ives Martins sugere que o prazo poderá ser prorrogado em face de situações complexas ou por conta da esmagadora quantidade de processos da Corte. Como será visto em seguida, as atuais cautelares em ADC foram prorrogadas, desde sua edição inicial. MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle concentrado de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 439-443.

provisória.⁶² O ministro Gilmar Mendes afirmou que existiam, à época, 24.628.912 processos de execução para um universo de 1.200 procuradores. Os ministros Eros Grau, Cármen Lúcia, Ayres Britto e Celso de Mello questionaram sobre a necessidade de determinação da alteração normativa por meio de medida provisória.

A suspensão dos processos determinada pela Cautelar na ADC nº 11 ocorreu em 28.03.07. O prazo foi prorrogado pela primeira vez em 21.08.09. Em julgamento de QO na ADC nº 11, a prorrogação da cautelar foi justificada pela anterior remessa dos autos para parecer da Procuradoria-Geral da República.⁶³ O prazo de 180 escoou em 11.06.2010, no entanto, o Plenário não se manifestou sobre o ponto.

Em outro caso (ADC nº 18), o Tribunal deferiu liminar em ADC cuja temática já estava sendo discutida no RE 240.785/MG, inclusive com maioria formada no sentido contrário ao requerido pelo Presidente da República na ADC. Em razão da duplicidade de feitos com temáticas semelhantes, mas de naturezas distintas (um subjetivo e outro objetivo), os ministros decidiram que os julgados abstratos possuiriam preferência, uma vez que, por conta dos efeitos *erga omnes* e vinculantes da cautelar, estariam aptos a impedir a proliferação de decisões enquanto o pleno decidiria o mérito.⁶⁴

Os argumentos do Presidente da República afirmavam que a exclusão do ICMS do cálculo da COFINS, com efeitos *ex tunc*, causaria um prejuízo de 12 bilhões por ano para a União e a perda da quantia iria afetar a seguridade social. Para o ministro Marco Aurélio, a ADC nº 18 seria uma estratégia para atropelar o julgamento do RE 240.785/MG, que já contava com 06 votos desfavoráveis à União. No RE 240.785/MG, ainda pendente de julgamento, a maioria do Tribunal entendeu estar configurada violação ao art. 195, I, da CF/88, porquanto a base de cálculo da COFINS somente poderia incidir sobre a soma dos valores obtidos nas operações de venda ou de prestação de serviços, ou seja, sobre a riqueza obtida com a realização da operação, e não sobre ICMS, que constitui, ao seu turno, ônus fiscal e não faturamento. Importante salientar que 04 ministros que formaram a maioria contrária à União no Recurso Extraordinário foram indicados pelo Presidente que propôs a ADC (Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Ayres Britto e Cezar Peluso).

No caso em questão, não é muito difícil concluir a estratégia do Presidente com a propositura da ADC, uma vez que sua aposta na precedência atribuída pelo STF aos processos de índole objetiva funcionou, ainda que, no mérito, a questão estivesse, praticamente, resolvida no âmbito do recurso extraordinário citado. Por outro lado, a estratégia pode funcionar de outra maneira: ao suspender os processos, mas não a

⁶² Tal tema, sob a mesma justificativa (possibilidade de edição de MP no caso de mora legislativa), já fora decidido no mesmo sentido pelo STF na MC na ADI 293, DJ 16.04.93, Celso de Mello.

⁶³ QO na ADC 11, Cezar Peluso, DJ 11.12.09.

⁶⁴ Mais recentemente, Celso de Mello afirmou que, além de exaurida a força da cautelar, a determinação de paralisação de feitos não inclui aqueles em trâmite no próprio STF (DJe de 25.06.2014).

norma impugnada, continua surtindo efeitos no tempo. Nesse passo, quanto mais tempo perdurar a cautelar, mais provável será a modulação de efeitos de uma decisão de improcedência da ADC. Em outras palavras: a demora no julgamento do mérito pode justificar que os efeitos da inconstitucionalidade da inclusão do ICMS no cálculo da COFINS sejam determinados *ex nunc* ou *pro futuro*,⁶⁵ o que impediria a necessidade de restituição dos indébitos. De alguma forma, seria algo benéfico ao governo.

Por fim, é importante ressaltar que, apesar de a decisão cautelar ter sido deferida (13.08.08), justificando sua inclusão neste tópico, a eficácia do provimento cautelar do Supremo Tribunal Federal que suspendera a tramitação de processos está exaurida desde 21.09.2010,⁶⁶ de acordo com despacho do relator datado de 26.02.13.

A fundamentação dos ministros nas cautelares citadas (especialmente na ADC nº 11) é bastante frágil e se escora em argumentos pragmáticos e consequencialistas. No entanto, devemos lembrar que a decisão é provisória e não definitiva. Ainda assim, tais argumentos são dispersos e incapazes de apontar para uma construção acerca dos requisitos para o deferimento de uma cautelar em ADC.

4.3 ADCs com cautelares indeferidas

Para o ministro Lewandowski, na ADC nº 17, em que se discutia a constitucionalidade de artigos da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDB sobre idades mínimas de acesso ao ensino fundamental, os documentos acostados à inicial, não foram suficientes para a ocorrência de generalização de decisões em que se questiona a legitimidade constitucional ou mesmo de julgados em que a incidência das normas tenha sido afastada. Portanto, não haveria urgência necessária para concessão da medida cautelar na ação declaratória de constitucionalidade. Para os autores, a inserção de crianças menores de 06 anos no ensino fundamental poderia acarretar danos econômicos, como a imposição da construção de mais unidades escolares e a formação de equipe multidisciplinar para acompanhamento dos discentes com idades inferiores. Ademais, sustentaram os autores, o marco confirmatório da idade deveria ser o início do ano letivo.⁶⁷

⁶⁵ Art. 27. *Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado.*

⁶⁶ No caso em comento, o Plenário prolatou as seguintes decisões em QO prorrogando o prazo da liminar: 1) QO na ADC nº 18, Menezes Direito, DJ 17.04.09; 2) QO2 na ADC nº 18, Celso de Mello, DJ 23.09.09 (na ocasião, não foram expostas justificativas para a prorrogação. O ministro presidente fez a proposta e o pleno, vencido o ministro Marco Aurélio, acatou) e 3) QO3 na ADC nº 18, Celso de Mello, DJ 18.06.10 (no julgamento da terceira QO, o relator, Celso de Mello, afirmou que seria a última prorrogação de prazo deferida pelo pleno, sob justificativa de trazer o feito a julgamento antes de esgotar o prazo. Fato que não ocorreu).

⁶⁷ Importante salientar a manifestação da PGR no caso, que chama a atenção para o fato de que a ação não levou em consideração a alteração substancial do art. 208, IV da CF/88, pela EC nº 53/06. Por fim, sustentou

As mesmas breves e gerais razões foram utilizadas pelo ministro Menezes Direito na ADC nº 21⁶⁸ e, novamente, pelo ministro Lewandowski na ADC nº 26⁶⁹ para indeferir a cautelar.

Na ADC nº 27, o relator ministro Marco Aurélio indeferiu a liminar sob a justificativa de que a pleiteante, ao sustentar a necessidade do provimento liminar para assegurar a prorrogação dos contratos de franquia de empresas que desempenha atividades postais, juntamente, com os Correios (ECT) em descompasso com a nova legislação, mas em vigor desde 2007, estaria, a discutir situações subjetivas individualizadas, eventualmente afetadas pela aplicação da lei em questão, objeto excluído da fiscalização abstrata. Para o ministro, a tutela de casos individuais e relações jurídicas específicas há de ser buscada por meio do controle difuso.⁷⁰

Como podemos concluir do exposto, para o deferimento e indeferimento das medidas cautelares o Tribunal é vacilante acerca dos requisitos que devem ser preenchidos para tanto, tornando dificultosa análise dos critérios, efetivamente, exigidos para o seu indeferimento ou deferimento.

4.4 ADCs julgadas procedentes

a) ADCs parcialmente procedentes

A primeira ADC (nº 01) foi proposta pelo Presidente da República e visava declaração da constitucionalidade da Lei Complementar nº 70/91, que instituiu Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (COFINS).⁷¹ Importante salientar que a procedência da ação era algo esperado, uma vez que as mais importantes questões haviam sido, anteriormente, sedimentadas em precedentes acerca dos temas sensíveis à ADC, quais sejam: 1) o de que o PIS/PASEP, que possui natureza tributária, previsto no art. 239, da CF/88, não se confunde com as contribuições

o PGR, duas interpretações, ambas constitucionais, seriam possíveis dos dispositivos legais e constitucionais envolvidos na questão: 1) para efetivação da matrícula no ensino fundamental é necessário que a criança possua seis anos completos no início do ano letivo ou 2) basta que a criança venha a completar tal idade ao longo do ano letivo. O autor da ADC parte do pressuposto de que apenas a interpretação 1 seria possível.

⁶⁸ “Neste exame preliminar, contudo, não vislumbro a presença dos pressupostos necessários para o deferimento da medida cautelar pleiteada, mais especificamente, não me parece suficientemente demonstrado o interesse objetivo de agir (...) ou a legitimação para agir *in concreto* (...) próprios da ação declaratória de constitucionalidade, isto é, a existência de controvérsia judicial relevante que ponha em risco a presunção de constitucionalidade da norma”.

⁶⁹ “Da atenta leitura da inicial apresentada pela requerente, não obstante a complexidade do tema, não verifico, à primeira vista, a coexistência da plausibilidade do direito invocado e do risco de dano irreparável pela demora no provimento da medida liminar, pressuposto indispensável à concessão da tutela de urgência”.

⁷⁰ MC na ADC, Pleno, Rel. ministro Marco Aurélio, DJe 11.03.2015.

⁷¹ Em síntese, os argumentos em favor da inconstitucionalidade da norma eram os seguintes: a) bitributação, pois incidia sobre a mesma base de cálculo do PIS; b) violação da não cumulatividade tributária; c) por ser contribuição social não poderia ser arrecadada e fiscalizada pela Receita Federal; d) tratava-se de imposto nominado, nos moldes do substituído FINSOCIAL e e) violava o princípio da anterioridade, pois o Diário Oficial de 31.12.1991 circulou somente em 02.01.1992.

sociais do art. 195, I, da CF/88, onde se situa a COFINS, ainda que ambas tenham a mesma base de cálculo: o faturamento (RE 148.754/RJ);⁷² 2) a desnecessidade da edição de lei complementar para estabelecer a alíquota, uma vez que a Constituição já determinara, suficientemente, os elementos essenciais para a cobrança do tributo (RE 146.733/SP⁷³) e 3) o termo “receita bruta” da lei possui o mesmo sentido de “faturamento” constitucional (RE 150.755/PE). Dessa forma, como apontou o ministro Sepúlveda Pertence, não havia inovação quanto aos temas tratados pela ADC.

A justificativa do tribunal de parcial procedência está relacionada ao fato de que a ADC, uma vez que requer a demonstração da controvérsia judicial a respeito da interpretação da lei, impõe a fixação expressa do objeto da demanda, e que esta se circunscreva aos artigos que ensejarem a controvérsia, e não a toda a lei, impugnada de forma genérica pelo Presidente.

b) ADCs procedentes

Na petição inicial da ADC nº 03, o PGR informou que recebeu requisições do Ministério da Educação e do Desporto para que fosse proposta a ação, na medida em que o Poder Judiciário estava, reiteradamente, declarando a inconstitucionalidade do art. 15, da Lei nº 9.424/96, que serviu de regramento infraconstitucional das alterações constitucionais trazidas pela EC nº 14/96, bem como dispôs sobre a alíquota, base de cálculo, órgão competente para arrecadação e destinação dos recursos recolhidos referentes ao salário-educação (212, §5º, da CF/88⁷⁴).

Quanto ao aspecto formal de conhecimento da ação, o relator, ministro Nelson Jobim, teceu comentários sintéticos sobre a existência da controvérsia judicial, porquanto apenas atestou a existência de 27 decisões juntadas pelo autor e considerou, sem maiores explicações, a matéria relevante.

No mérito, o ministro relator afirmou que o art. 146, III c/c art. 154, I, da Constituição determina que lei complementar estabeleça o fato gerador, alíquotas e base de cálculo de impostos da União, mas não para contribuições sociais, como no caso do salário-educação (RE 146.733/SP). Ademais, a própria Constituição, quanto ao salário-educação, definiu a finalidade (financiamento do, à época, ensino fundamental) e o sujeito passivo da contribuição (as empresas). Por fim, decidiu que a inconstitucionalidade formal não se sustentava, porque não houve emendas no Senado que exigissem o retorno para a Câmara dos Deputados.⁷⁵

⁷² Precedente em que se assentou a natureza tributária, pós-1988, do PIS/PASEP, bem como sua regulamentação advinda do art. 239, da CF/88.

⁷³ Cf. voto do relator Moreira Alves, especialmente, p. 402.

⁷⁴ Apesar de a EC nº 53/06 ter alterado a redação do dispositivo citado para se adequar à nova sistematização constitucional da educação básica, manteve-se a contribuição social do salário-educação.

⁷⁵ André Brawerman critica a decisão porque o efeito vinculante impossibilitou quaisquer outras discussões sobre o tema no Judiciário, ferindo o direito do contribuinte de ser ouvido e de discutir a constitucionalidade da exação. Apesar de criticar as consequências do efeito vinculante, o autor não discutiu as questões relacionadas à constitucionalidade das interpretações acerca do sistema tributário constitucional realizadas pelo STF

Importante notar que a ação, apesar de não ter sido proposta pelo Presidente, teve origem em pedido de órgão do Executivo. Ademais, temos de observar a complexidade de classificação do ato impugnado para fins de delimitação da judicialização: apesar de estar relacionada a uma questão tributária (contribuição), a exação questionada possui como objetivo financiar a educação (direito fundamental).

A controversa decisão da ADC nº 04 assentou a constitucionalidade de limitações processuais para a concessão de antecipação dos efeitos da tutela em face da Fazenda Pública expostas no art. 1º da Lei nº 9.494/97.⁷⁶ O ministro relator, Sidney Sanches, no julgamento cautelar da ADC, apenas se referiu à fundamentação exposta na decisão anterior do STF na MC na ADI 1.576/DF, proposta em 01.04.1997, que tinha por objeto MP que, posteriormente, foi convertida em lei, na qual o ministro Marco Aurélio assentou que a antecipação da tutela era algo excepcional a ser deferido no ordenamento jurídico. Marco Aurélio observou, no julgamento da ADI, ademais, que a vedação não discreparia das leis processuais existentes no ordenamento, como, por exemplo, a regra que impunha que a sentença condenatória da Fazenda estaria sujeita à remessa obrigatória.⁷⁷ Ora, ponderou o ministro Marco Aurélio, se nem mesmo a sentença condenatória surte efeitos imediatos, a decisão antecipatória também não o poderia. Constatou que a organização constitucional fiscal e orçamentária da Fazenda Pública, que estabelece a igualdade e o respeito aos seus credores, estabeleceu o rigoroso sistema de precatórios para as sentenças cobertas pelo manto da coisa julgada, ou seja, não se submetem à imediata ordem de pagamento. Por fim, considerando que o instituto da antecipação dos efeitos da tutela era recente (à época), e o CPC já previa restrições quanto a outras formas acautelatórias de decisões, a MP apenas explicitaria a extensão natural da sistemática processual. Portanto, no julgamento da ADC, que possuía, em essência, o mesmo objeto que a ADI 1.576/DF, a fundamentação de Sidney Sanches foi a mesma desenvolvida por Marco Aurélio.⁷⁸

na ADC, nem sobre os precedentes que foram determinantes para o julgamento do caso ou a relação do tema com o financiamento de um direito fundamental. BRAWERMAN, André. Ação declaratória de constitucionalidade: análise da jurisprudência. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, vol. 51, p. 199-228, 2005, p. 212.

⁷⁶ *Aplica-se à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil o disposto nos arts. 5º e seu parágrafo único e 7º da Lei nº 4.348, de 26 de junho de 1964, no art. 1º e seu §4º da Lei 5.021, de 9 de junho de 1966, e nos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8.347, de 30 de junho de 1992.*

⁷⁷ Art. 475, do Código de Processo Civil. *Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: I – proferida contra a União, o Estado, o Distrito Federal, o Município, e as respectivas autarquias e fundações de direito público.*

⁷⁸ Para André Brawerman, a decisão na ADC nº 04 teria o condão de impedir quaisquer discussões acerca da possibilidade de cautelar contra a Fazenda Pública. O autor afirma que seria um mecanismo protelatório do governo, ainda que reconheça, utilizando precedente do próprio STF (Rcl 877/RJ), que o tribunal garante que o particular terá seu direito garantido ao final, ainda que não a título antecipado. Importante citar que o autor lembra o voto do ministro Marco Aurélio sobre o problema do deferimento da liminar em ADC (na época do escrito citado, a ADC 04 não havia sido julgada no mérito), mas esquece que, mesmo que tenha sido contra a cautelar em ADC, o ministro votou favoravelmente à constitucionalidade da Lei nº 9.494/97 na ADI 1.576/DF. BRAWERMAN, André. Ação declaratória de constitucionalidade: análise da jurisprudência. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, vol. 51, p. 199-228, 2005, p. 216.

O julgamento da cautelar exauriu as discussões que foram feitas no mérito, quando apenas foram reproduzidas e replicadas, sem grandes inovações, as fundamentações utilizadas naquela oportunidade.

A ADC nº 05, proposta pelo PGR a pedido do Ministério da Justiça e pelo secretário Nacional de Direitos Humanos, discutia a constitucionalidade da Lei nº 9.534/97, que previu gratuidade ao registro de nascimento e de assento de óbito, bem como à primeira certidão dos respectivos.

De acordo com o relator, ministro Nelson Jobim, no julgamento da cautelar, tais certidões são importantes para o exercício pleno da cidadania e para a composição da identidade do cidadão, uma vez que possuem significado importante na localização jurídica do indivíduo na sociedade organizada, lhe atribuindo nome e sobrenome. Aduziu, igualmente, que os serviços notariais e de registro não possuem direito constitucional a receber emolumentos de todos os atos que praticam, uma vez que, de acordo com precedentes do STF (ADI 1.378/DF) e com as normas constitucionais, são servidores públicos e não empresários. No mérito, o ministro recorreu ao voto da liminar, apontando apenas suas conclusões, mas não acrescentou nenhum fundamento novo ao seu voto definitivo.

É importante ressaltar que a mesma discussão da ADC nº 05 já havia ocorrido nos autos da ADI 1.800/DF, proposta pela Associação dos Notários e Registradores do Brasil – ANOREG/BR, cuja liminar havia sido indeferida antes da decisão cautelar na ADC.

O Governo Federal, por conta da estiagem ocorrida no início do ano de 2001 e a conseqüente baixa nos reservatórios das usinas hidroelétricas de, praticamente, todo país, desenvolveu plano de racionamento de energia, que estabelecia diretrizes para enfrentamento da crise elétrica e criava a Câmara de Gestão da Crise de Energia Elétrica.⁷⁹ No entanto, decisões judiciais invencionavam paralisar os programas emergenciais de racionalização do consumo de energia, suas regras e sanções.

Dentre outros, seguem os principais pontos presentes nos programas: 1) estabelecer a reeducação e adequação da oferta e demanda de energia elétrica no país; 2) objetivar a redução do consumo; 3) estipular o pagamento de multas para quem ultrapassasse os limites exigidos pela adequação do consumo e 4) determinar a suspensão do fornecimento para os usuários reincidentes. A MP questionada na ADC estabelecia a separação entre tipos de consumidores (residenciais, rurais, comerciais e industriais), a fim de estabelecer o tratamento particularizado de cada um dos tópicos elencados.

⁷⁹ Arts. 14, 15, 16, 17 e 18 da MP 2.152/01.

Da mesma forma que outras ações analisadas, a ADC nº 09 intenciona a declaração da constitucionalidade de atos que já haviam sido impugnados nas seguintes ações: ADI 2.468/DF (julgada em 29.06.01), MC na ADI 2.470/DF (julgada em 29.06.01) e MC na ADI na 2.473/DF (julgada em 13.09.01).

Para o relator do caso, ministro Néri da Silveira, em suma, a prestação de serviços da concessionária não possibilitaria que fosse suspenso o fornecimento do fornecimento, sem que tal ato descaracterizasse seu viés punitivo. Em seguida, postulou que as tarifas adicionais não seriam aplicadas como remuneração dos serviços, mas como bônus para os que mantivessem as metas de consumo, além de considerar alguns valores cobrados como abusivos e desproporcionais. Por fim, indeferiu a liminar, decidindo pela constitucionalidade das medidas para imposição de redução do consumo de energia elétrica, mas inconstitucionais as sanções determinadas pela medida.

Todavia, a divergência, encabeçada pela ministra Ellen Gracie, considerou razoável a sobretarifa, porquanto seria um aspecto inerente à competência do governo de estabelecer políticas tarifárias, de acordo com a CF/88⁸⁰ (RE nº 117.315/RS). Para a Ministra, a MP questionada permitiu que todos consumissem energia, mas apenas reservou, de acordo com suas particularidades, um consumo mínimo. Em conclusão, concordou que os valores para cada consumidor poderiam ser contestáveis, mas tal contestação não poderia ser aferida em cautelar e a suspensão do fornecimento não seria desmedida, porque a situação se configurava como emergencial.

Em voto que se agregou à divergência, o ministro Nelson Jobim afirmou que a crise energética que gerou os pacotes emergenciais poderia ser considerada como um contexto fático indiscutível e unânime entre os ministros. Portanto, seria descabido questionar a sua necessidade. Ressaltou que, no caso, a tarifa exerceria efeitos extrafiscais, por ser considerada como um preço público de natureza política. O ministro concluiu seu voto afirmando que a eletricidade não seria um serviço público essencial, na medida em que o não pagamento acarretaria o corte no fornecimento da energia, o que legitimaria as ações governamentais.⁸¹

No julgamento do mérito da ação, repetiram-se, em sua inteireza, os votos da liminar.

⁸⁰ Art. 175. *Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. A lei disporá sobre (...) III - política tarifária.*

⁸¹ De acordo com André Brawerman, a decisão na ADC nº 09 foi a mais evidente violação de direitos fundamentais. Uma vez que existiriam, de início, problemas na caracterização da controvérsia, uma vez que o ínterim entre a edição de MP e o conhecimento da ação não seria o suficiente para criar controvérsias judiciais importantes. O autor cita os votos vencidos dos ministros na ADC, mas não ressalta que a discordância da divergência não era sobre o plano de racionamento em si (questão política), mas focava nas dúvidas acerca da constitucionalidade das sanções previstas, que poderiam violar direitos fundamentais tributários e de propriedade (princípios). BRAWERMAN, André. Ação declaratória de constitucionalidade: análise da jurisprudência. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, vol. 51, p. 219-221, 2005.

As ADCs 01, 04, 05 e 09 demonstram que, antes da extensão do efeito vinculante às ADIs, a ADC era utilizada como medida para a atribuição do sobredito efeito, na medida em que todas as questões objeto da ADC já haviam sido decididas, anteriormente, em ADIs ou recursos extraordinários. A relação, cronologicamente situada, – ADI indeferida de legitimado diverso do Presidente/ADC proposta pelo Presidente/ADC procedente – demonstra que o Presidente aguardava o indeferimento da ADI para propor uma ADC com efeito vinculante, no intuito de sedimentar a questão.

Da mesma forma que alguns exemplos anteriores, a ADC nº 12 foi resolvida no julgamento liminar, uma vez que os ministros, no julgamento do mérito, apenas repetiram seus entendimentos lançados no julgamento cautelar.⁸² No presente caso, a ADC tinha como objetivo declarar a constitucionalidade da Resolução 07/2005, do Conselho Nacional de Justiça, que vedava a prática do nepotismo.

Em primeiro lugar, o ministro relator, Ayres Britto,⁸³ assentou a possibilidade de o ato administrativo requerido figurar como objeto da ADC, uma vez que possuía abstração e generalidade suficientes para ser considerado como ato normativo, além de ser um ato cujas justificativas poderiam ser extraídas, diretamente, da Constituição. Ainda no plano dos critérios formais de admissão da ADC, quanto ao requisito do art. 14, III, da Lei nº 9.868/99, afirmou, tão somente, que estava convencido de que tal ponto fora devidamente preenchido pelo autor, mas não indicou o porquê de sua convicção.⁸⁴

No mérito, Ayres Britto assentou a competência do CNJ para fiscalizar os princípios constitucionais administrativos no âmbito do Poder Judiciário. Postulou que a feição constitucional do órgão permitiria constatar sua primazia em relação aos outros conselhos judiciais existentes, o que impunha, por consequência, inferir que, para exercer sua função, seria importante que o conselho fosse municiado de poder normativo para concretizar os princípios administrativos constitucionais, como o da impessoalidade (separação das esferas públicas e privadas, evitando o nepotismo); eficiência (concursos para assegurar mão de obra qualificada para a realização do serviço público); igualdade (impedir que parâmetros domésticos fossem considerados mais importantes que profissionais) e a moralidade, sempre afetada nos casos de nepotismo, porque decorre de uma deturpação dos demais princípios administrativos constitucionais citados. A resolução editada, portanto, apenas densificou os princípios constitucionais existentes.

⁸² O próprio ministro relator reconheceu, expressamente, que a cautelar havia esgotado o julgamento do mérito.

⁸³ Na oportunidade, o ministro Ayres Britto teceu comentários colaterais acerca da constitucionalidade da ADC. Pontuou, inicialmente, que a ADC seria uma ação problemática, na medida em que sua conformação privilegiou, tão somente, a União. A limitação do objeto da ação impediria que os estados acessassem o tribunal para garantir suas competências, o que afetaria o equilíbrio entre União e Estados.

⁸⁴ Na petição inicial, a autora aponta, como indícios da controvérsia, informações de possível descumprimento da Resolução do CNJ coletadas de sites da internet de dois tribunais de justiça do país (Bahia e Alagoas), bem como 06 decisões do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro e 01 do TJ/MG em Mandado de Segurança. Por fim, citou as ADIs em tramitação, à época, no STF que tinham a resolução como objeto (3.627 e 3.632).

A ADC nº 16 possuía como objeto controvérsia sobre a constitucionalidade de artigo da Lei de Licitações que afirmava que o Estado não se responsabilizaria, subsidiariamente, pelos direitos trabalhistas e previdenciários dos funcionários de empresas contratadas pela Administração Pública para prestação de obras e serviços no caso de inadimplemento por parte das primeiras,⁸⁵ uma vez que os tribunais trabalhistas seguiam orientação diversa, exposta na súmula 331,⁸⁶ do Tribunal Superior do Trabalho.

O ministro relator, Cezar Peluso, inicialmente, não conheceu da ação, por considerar que o autor não havia demonstrado a relevância da controvérsia judicial, uma vez que a requerente não juntou decisões que haviam declarado a inconstitucionalidade da lei, nem mesmo o TST, no julgamento de Uniformização de Jurisprudência que deu origem à súmula 331, declarou a inconstitucionalidade do art. 71 da Lei nº 8.666/93, requisito essencial para o conhecimento da ADC. Aduziu, também, que a simples citação ou juntada de decisões não eram suficientes para atender aos ditames do art. 14, III, da Lei nº 9.868/99.

Não obstante a manifestação do relator, os ministros Marco Aurélio e Cármen Lúcia sustentaram o contrário quanto ao conhecimento da ADC. Para o primeiro, o requisito legal da demonstração da controvérsia judicial para a ADC deveria ser interpretado de acordo com a sistemática da ADI (“irmãs-gêmeas”), o que significa que não deveria ser exigido, rigorosamente, para a ADC. Ademais, ressaltou que a falta de decisão do STF estimularia a multiplicação dos conflitos judiciais existentes sobre o tema, decididos em processos que nunca chegariam, pela sistemática processual, ao STF. A Ministra Cármen Lúcia, por sua vez, considerou que, apesar de a questão acerca da declaração de inconstitucionalidade ou não da lei objeto da ação estar relacionada à decisão de mérito, o processamento de inúmeras Reclamações Constitucionais no STF sustentando que o TST teria, indiretamente, declarado a inconstitucionalidade da referida lei seria indício suficiente da controvérsia, não obstante, como afirmou expressamente a Ministra, a instrução deficiente da petição inicial. O relator, em seguida, alterou e reajustou seu voto para conhecer da ação e, no mérito, julgá-la procedente.

No mérito, a Ministra Cármen Lúcia assentou que, no caso específico, não se trataria de uma questão relacionada com a total irresponsabilidade do Estado em

⁸⁵ Art. 71. *O contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato. §1º A inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, nem poderá onerar o objeto do contrato ou restringir a regularização e o uso das obras e edificações, inclusive perante o Registro de Imóveis.*

⁸⁶ (...) IV - *O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial.*

suas contratações, uma vez que a Administração deve, desde a licitação, requerer a comprovação do adimplemento e regularidade dos direitos dos trabalhadores por parte da empresa contratada. Em seguida, ponderou a ministra que o mero inadimplemento de direitos trabalhistas por parte da concessionada não seria capaz de criar, automaticamente, vínculo empregatício com o ente estatal. Portanto, deveria ser afastada a ideia de responsabilidade do Estado sem que fosse perquirida a existência de atos comissivos ou omissivos da Administração. Caso contrário, seria sustentar a dupla responsabilidade da Administração nos seguintes termos: a Administração observa os termos legais corretos da contratação e do adimplemento dos direitos trabalhistas e previdenciários dos trabalhadores da concessionada na licitação,⁸⁷ posteriormente, na ocorrência de problemas na execução do contrato por culpa exclusiva da contratada, ainda assim, o Estado arcaria com as despesas trabalhistas da concessionada. Tendo em vista que os objetos específicos dos contratos seriam obras e serviços, não contratos referentes à contratação de pessoal, a responsabilidade estatal não seria automática.

Em resumo, a Ministra Cármen Lúcia considerou que a mera inadimplência do contratado não poderia transferir, automaticamente, à Administração Pública a responsabilidade pelo pagamento dos encargos, mas reconheceu que tal ponto não significaria que eventual omissão da Administração Pública na obrigação de fiscalizar as obrigações do contratado não viesse a gerar, possivelmente, a responsabilidade subsidiária.⁸⁸

Proposta pelo Presidente da República, a ADC nº 19,⁸⁹ que tinha como objeto a Lei nº 11.340/06, conforme o exposto na inicial, teve como origem o relatório 54, de abril de 2001, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos,⁹⁰ que recomendou

⁸⁷ Art. 27. *Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a: IV – regularidade fiscal e trabalhista (Lei nº 8.666/93).*

⁸⁸ Em função do julgamento da ADC nº 16, o TST alterou, por meio da Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011, a redação da Súmula 331: (...) IV - *O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.* V - *Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.* VI – *A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.*

⁸⁹ O julgamento da ADC foi realizado, juntamente, com a ADI 4.424/DF, oportunidade em que o Plenário entendeu não ser aplicável aos crimes da Lei Maria da Penha o disposto na Lei nº 9.099/95, de maneira que, em se tratando de lesões corporais, mesmo que de natureza leve ou culposa, praticadas contra a mulher em âmbito doméstico, a ação penal cabível seria pública incondicionada.

⁹⁰ Seguem algumas disposições do relatório: (...) b) *Simplificar os procedimentos judiciais penais a fim de que possa ser reduzido o tempo processual, sem afetar os direitos e garantias de devido processo;* c) *O estabelecimento de formas alternativas às judiciais, rápidas e efetivas de solução de conflitos intrafamiliares, bem como de sensibilização com respeito à sua gravidade e às consequências penais que gera;* d) *Multiplicar o número de delegacias policiais especiais para a defesa dos direitos da mulher e dotá-las dos recursos*

ao Brasil implementações legislativas acerca da problemática da violência doméstica contra a mulher, apontando descumprimento do artigo 07 da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (1994).⁹¹ Portanto, o Presidente sustentou que a legislação foi editada para dar cumprimento às normas internacionais que o Brasil ratificou e se comprometeu a concretizar.

Os principais argumentos acerca da inconstitucionalidade da lei eram os seguintes: 1) igualdade constitucional, 2) organização judiciária e 3) contradição com a lei dos Juizados Especiais.

O relator do caso, ministro Marco Aurélio, quanto ao cabimento da ação, ao citar os julgados contidos na inicial, considerou que revelariam intenso debate judicial. Apontou que, no âmbito de um mesmo tribunal, poderiam ser encontradas decisões diversas sobre vários pontos semelhantes trazidos pela lei, especialmente quanto aos já enumerados. Portanto, o relator apenas reiterou as justificativas apontadas pelo autor sobre a existência da controvérsia judicial da ação.

Inicialmente, no que tange ao argumento da igualdade (01), o ministro apontou que a diferença física e psicológica da mulher e sua importância na manutenção da família justificariam a proteção constitucional diferenciada (art. 226, §8º, da CF/88). O ministro citou, ademais, as normativas internacionais ratificadas pelo Brasil no sentido de proteger a mulher e combater a violência doméstica. O relator justificou, por conta das razões citadas, o tratamento diferenciado estabelecido pelo legislador, tal como o fez, anteriormente, com o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Estatuto do Idoso.

O ponto (02) não seria inconstitucional, uma vez que, tal como o ECA, o art. 33 da lei requerida não ofenderia os artigos 96, I, a, e 125, §1º, ambos da CF, porquanto não implicaria obrigação, mas faculdade de criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher. A lei respeitara a competência da União de disciplinar o direito processual, nos termos do art. 22, I, da CF, de modo que ela poderia editar normas que influenciassessem a atuação dos órgãos jurisdicionais locais.

Quanto à questão procedimental listada (03), o ministro Marco Aurélio citou precedente do Plenário que declarou, incidentalmente, a constitucionalidade da lei no HC 106.212/MS, no sentido de confirmar o caráter especial da Lei Maria da Penha, afastando a aplicação da Lei dos Juizados Especiais (nº 9.099/95) relativamente aos

especiais necessários à efetiva tramitação e investigação de todas as denúncias de violência doméstica, bem como prestar apoio ao Ministério Público na preparação de seus informes judiciais. (...)

⁹¹ Artigo 7: *Os Estados Partes condenam todas as formas de violência contra a mulher e concordam em adotar, por todos os meios apropriados e sem demora, políticas orientadas a prevenir, punir e erradicar a dita violência e empenhar-se em: (...) c. incluir em sua legislação interna normas penais, civis e administrativas, assim como as de outra natureza que sejam necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher e adotar as medidas administrativas apropriadas que venham ao caso; d. adotar medidas jurídicas que exijam do agressor abster-se de fustigar, perseguir, intimidar, ameaçar, machucar ou pôr em perigo a vida da mulher de qualquer forma que atente contra sua integridade ou prejudique sua propriedade; (...).*

crimes cometidos com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista.

O fato de o autor da referida ação constitucional ter sido o Presidente da República indica que a República Federativa do Brasil tomou em consideração as recomendações da CIDH, no intuito de assegurar que o Estado brasileiro (na figura do Judiciário) não declarasse inconstitucional legislação nacional que pudesse acarretar condenação internacional.

Julgadas em conjunto, as ADCs 29 e 30, questionavam a Lei Complementar nº 135 (popularmente conhecida como “Ficha-Limpa”), que alterou dispositivos da LC nº 64/90. Apesar de ambas as ações possuírem como objeto a LC nº 135/10, a ADC 30, proposta pela OAB, mais ampla, intencionava a declaração da constitucionalidade de toda a lei, enquanto a ADC 29 questionava, apenas, o art. 2º da LC nº 135/10, que estabelecia novas hipóteses de inelegibilidades, criadas sob a justificativa de regulamentar a locução “vida pregressa”, prescrita constitucionalmente.⁹²

O relator, ministro Luiz Fux, conheceu a ADC 30 em parte para limitar o objeto da ação apenas aos pontos controvertidos nas demais instâncias judiciais. Para o ministro, o art. 14, III, da Lei nº 9.868/99 foi observado, uma vez que as iniciais comprovaram a existência da controvérsia judicial, porquanto eram evidentes as controvérsias no âmbito dos Tribunais Eleitorais regionais e no Tribunal Superior Eleitoral.

No mérito, o ministro considerou que deveriam ser decididos os seguintes pontos: 1) se as inelegibilidades introduzidas pela LC nº 135/10 poderiam alcançar atos ou fatos pretéritos à edição da lei e 2) se as hipóteses de inelegibilidade criadas pela lei complementar seriam constitucionais.⁹³

De acordo com o voto do Reator, 1) a aplicação da LC nº 135/10 para atos anteriores não violaria a garantia da irretroatividade da lei, pois a questão estaria cingida à noção de retrospectividade. A lei regulamentou efeitos jurídicos futuros de situações que já ocorreram, ou seja, dispôs sobre novos efeitos a fatos ocorridos anteriormente, mas não alterou fatos e direitos pretéritos (utilizou a ADI 3.218/DF como precedente). Nesse sentido, ainda que a Constituição garanta o direito adquirido, o indivíduo não possui direito fundamental a candidatar-se, portanto, todos devem

⁹² Art. 14, §9º: *Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta.*

⁹³ Com base no voto do relator, seguem as hipóteses dispostas em cinco grupos: (i) condenações judiciais (eleitorais, criminais ou por improbidade administrativa) proferidas por órgão colegiado; (ii) rejeição de contas relativas ao exercício de cargo ou função pública (necessariamente colegiadas, porquanto prolatadas pelo Legislativo ou por Tribunal de Contas, conforme o caso); (iii) perda de cargo (eletivo ou de provimento efetivo), incluindo-se as aposentadorias compulsórias de magistrados e membros do Ministério Público e, para os militares, a indignidade ou incompatibilidade para o oficialato; (iv) renúncia a cargo público eletivo diante da iminência da instauração de processo capaz de ocasionar a perda do cargo; e (v) exclusão do exercício de profissão regulamentada, por decisão do órgão profissional respectivo, por violação de dever ético-profissional.

adequar-se aos regramentos eleitorais estabelecidos na LC nº 135/10, que alcança, no caso, apenas os efeitos de situações pretéritas consolidadas. Ainda sobre o tema, atestou que inelegibilidade eleitoral não é pena criminal, o que impede que se utilizem as interpretações penais analogamente.

Em seguida, 2) o ministro ponderou não ser desarrazoado considerar que um indivíduo possa ser considerado inidôneo às eleições, caso condenado por órgão colegiado, uma vez que tal decisão afastará a razoabilidade de uma suposta expectativa de elegibilidade, pois cairia a presunção de legitimidade do candidato. Segundo Fux, o princípio da presunção de inocência não se aplicaria à seara eleitoral. Salientou, por conseguinte, que o reconhecimento pelo tribunal da presunção de inocência eleitoral na ADPF 144/DF precisaria ser repensando para a constitucionalidade da previsão legal de hipóteses de inelegibilidades decorrentes de condenações não definitivas. O relator justificou a releitura do precedente com base na redemocratização e na estabilidade institucional contemporânea da democracia brasileira, que buscava solucionar problemas do sistema representativo e atender aos anseios sociais de justiça da população, que estaria desencantada com a política. A relativização da presunção de inocência para fins eleitorais não seria desarrazoada, porquanto são garantidos todos os demais direitos processuais aos indivíduos, como o devido processo legal, contraditório, ampla defesa e inadmissibilidade de provas ilícitas.

Para as hipóteses de condenação por órgão de classe, a lei não retiraria do Judiciário a possibilidade de suspender tais decisões para garantir as elegibilidades, no caso de flagrantes irregularidades. A hipótese de inelegibilidade por conta de renúncia decorrente de tentativa de evitar a instauração iminente de procedimentos investigatórios, por sua vez, teria o condão de impedir o exercício abusivo de um direito, a fim de afastar a indisfarçável má-fé do indivíduo em preservar sua elegibilidade futura.

O julgamento da ADC nº 33 é bastante peculiar. O Art. 45, §1º⁹⁴ prevê a representação proporcional das cadeiras na Câmara dos Deputados de acordo com a população dos Estados. A lei complementar exigida pela Constituição para determinar o número de deputados por Estado foi editada em 93 (78/93), estabelecendo o número máximo de deputados (315) e o censo do IBGE como critério para aferição da densidade populacional dos Estados. Com o fim da legislatura de 1995, o problema da representação proporcional foi decidido pelo TSE (Petição 1.642-AM) no sentido de aguardar, para fins de segurança jurídica (a alteração por resolução do TSE implicaria o aumento e conseqüente diminuição na representação de alguns Estados), o censo

⁹⁴ *A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal. §1º O número total de Deputados, bem como a representação por Estado e pelo Distrito Federal, será estabelecido por lei complementar, proporcionalmente à população, procedendo-se aos ajustes necessários, no ano anterior às eleições, para que nenhuma daquelas unidades da Federação tenha menos de oito ou mais de setenta Deputados.*

do IBGE de 2010. De posse dos dados do censo de 2010, o TSE editou a Resolução nº 23.389/2013, alterando o número de cadeiras a serem preenchidas no Congresso e, conseqüentemente, nas Assembleias Legislativas. O Congresso Nacional, em resposta ao TSE, editou o Decreto Legislativo nº 424/2013, o qual sustou os efeitos da Resolução, com base no art. 49, XI, da CF/88.

Após a publicação da resolução, foram propostas diversas ADIs em face da Lei Complementar nº 78/93 (4947, 5020 e 5028) e em face da Resolução nº 23.389/2013 do TSE (4963, 4965, 5020 e 5028). E, por fim, uma ADC objetivando a declaração de constitucionalidade do DL 424/13. Alegando que os processos abstratos eram conexos, o ministro relator, Gilmar Mendes, juntou todos os processos sob sua relatoria (ADIs 4.947, 5.020, 5.028 e ADC 33) e os decidiu em um único julgamento (todos continham a mesma questão jurídica subjacente).

Por conta da decisão de pautar os processos conjuntamente para decisão plenária, os ministros apresentaram, praticamente, o mesmo voto em todas as ações diretas. Como consequência, os requisitos para o cabimento da ADC (art. 14, II, Lei nº 9.868/99) não foram problematizados pelos ministros, que ignoraram o requisito da existência de controvérsia judicial relevante sobre a aplicação do decreto.⁹⁵ No mérito, contudo, os ministros declararam a inconstitucionalidade do decreto.

O ministro Gilmar Mendes foi voto vencido nas ADIs por ele originalmente relatadas, porquanto a maioria, seguindo voto da ministra Rosa Weber, declarou inconstitucional a lei complementar e, por consequência, a resolução do TSE.⁹⁶ No entanto, o relator foi voto vencedor ao sugerir a inconstitucionalidade do DL na ADC. Em breve fundamentação, o ministro justificou a inconstitucionalidade do decreto com base em três fatores: 1) sua aplicação não poderia ser imediata, tendo em vista o princípio constitucional da anterioridade eleitoral (art. 16, da CF/88); 2) o DL não pode sustar decisões jurisdicionais de tribunais provenientes de comandos de leis complementares, porquanto acarretaria a inversão na hierarquia normativa dos atos (DL sustando norma de LC)⁹⁷ e 3) não há previsão constitucional para esse tipo de DL e o art. 49, V, da CF/88 apenas franqueia seu uso no caso de extrapolação da competência normativa do Poder Executivo, e não do Judiciário. Ainda que de maneira breve, os ministros

⁹⁵ Para não sermos injustos, a única menção que o relator fez à particularidade do cabimento da ADC foi o seguinte: “durante o estudo das ações em julgamento, pude perceber que é possível utilizar-se a instrução das ADIs pautadas para o processamento da ADC 33”.

⁹⁶ Em síntese, a ministra Rosa Weber declarou a inconstitucionalidade da LC nº 73/98 e da Resolução do TSE por conta da: 1) regulamentação insuficiente do art. 45, §1º, da CF/88 (a lei não estabeleceu de que forma o critério da proporcionalidade seria aferido, tendo como base a população dos Estados e do DF) e de 2) o parâmetro que daria origem ao cálculo final das cadeiras na Câmara depender de um juízo político de conveniência e não poderia ser delegado a uma decisão de um órgão judicial.

⁹⁷ Os fatores 1 e 3 não podem ser tidos como unânimes pelo tribunal, porquanto pressupõem a constitucionalidade da LC e da Resolução do TSE (ambas rejeitadas pelo tribunal). O requisito da anterioridade apenas pode ser observado pelos atos que irão, regularmente, reger o processo eleitoral (inconstitucionalidade da Resolução) e a inversão normativa apenas poderia ocorrer caso a LC fosse considerada constitucional.

que votaram pela improcedência da ADC (Dias Toffoli, Luiz Fux, Marco Aurélio) concordaram apenas com o último fator de inconstitucionalidade sugerido pelo relator.

5 O impacto da ADC no controle concentrado de constitucionalidade brasileiro

Do exposto anteriormente, algumas conclusões podem ser extraídas:

1. O pequeno número de ADCs propostas e com resultado procedente demonstra o pequeno impacto de tal medida no nosso ordenamento jurídico.

2. Caso fosse um veículo capaz de trazer a chancela automática de constitucionalidade a toda e qualquer política governamental quando proposta, o Presidente o utilizaria mais vezes. O pequeno índice de ADCs propostas pelo Presidente (05) pode demonstrar a incerteza do legitimado quanto ao resultado da decisão do STF. Ademais, das ações propostas pelo Presidente da República que foram julgadas procedentes, duas (ADCs nº 05 e 19) possuíam como objeto leis que dispunham sobre assuntos relacionados a direitos fundamentais e estranhos a políticas públicas tributárias, financeiras, econômicas ou previdenciárias e nem todos os pleitos presidenciais foram atendidos tal como requeridos inicialmente (MC na ADC nº 08).

3. Ainda que vários assuntos importantes tenham sido discutidos na referência temática relativa à Administração Pública, poucas ADCs tinham por objeto matérias relacionadas a questões tributárias e econômicas (04, ao todo), contrariando prognósticos de que a ADC seria uma ação utilizada pelo Executivo para judicializar, exclusivamente, questões políticas. No entanto, a referida conclusão precisa ser encarada com parcimônia, na medida em que a categorização utilizada no estudo não é sensível à interconexão entre as categorias. Por exemplo, a ADC nº 03 lidava como questões tributárias (salário-educação), mas a exação tinha como finalidade financiar políticas para o fortalecimento de direitos fundamentais (educação).

4. O tribunal lança mão de justificativas frágeis e evasivas para deferir e indeferir os pedidos de cautelar, dificultando a extração de parâmetros interpretativos que possam servir de guia para a construção de uma compreensão da Corte acerca dos requisitos das cautelares em ADC.

5. A medida cautelar na ADC, enquanto categoria processual, se distancia bastante da sua contraparte no processo civil ordinário, na medida em que, no julgamento do mérito, os ministros repetem, simplesmente, as fundamentações e justificações anteriores. A cautelar no controle abstrato, por essa razão, assume feições satisfativas.

6. Outra justificativa para a conclusão anterior pode ser construída pelo fato de que o conhecimento da ADC pressupõe a existência e o exercício do controle difuso para a “coleta” dos argumentos sobre as controvérsias acerca da interpretação da lei

ou ato impugnados.⁹⁸ Por essa razão, o efeito do deferimento da cautelar (suspensão dos processos) reduz, significativamente, as discussões e interpretações acerca da lei impugnada, dificultando o surgimento e a construção de outros fundamentos para o julgamento de mérito, além daqueles já constantes no julgamento da cautelar.⁹⁹

7. A exigência de controvérsia judicial para o conhecimento da ADC não obteve do tribunal tratamento uniforme, seja do ponto de vista do aspecto quantitativo (foram conhecidas ADCs que apresentaram 04, 07 e 27 decisões de tribunais inferiores), seja do ponto de vista qualitativo, porquanto os ministros apenas afirmavam que o requisito havia sido observado e não justificavam a razão para seu conhecimento. Alguns casos citavam decisões contraditórias de outros tribunais (ADC nº 19) e, por vezes, o requisito era justificado com a existência de processos pendentes de julgamento no STF (ADC nº 12, 16, 19, 29 e 30). No julgamento da ADC nº 16, por exemplo, a ministra Cármen Lúcia sustentou que a ADC deveria ser conhecida, mesmo tendo reconhecido que a inicial não fora instruída corretamente. Em face do julgamento conjunto com outras ADIs, o requisito do art. 14, III, da Lei nº 9.868/99 foi sumariamente ignorado. Como sustentado por Leite¹⁰⁰ (2014, p. 120-122), quanto mais o STF se afasta de exigir do autor da ADC a demonstração rigorosa da interpretação constitucional que iniciou uma controvérsia judicial (a demonstrar a sua mera formalidade), ao focar, de forma consequencialista, na comprovação do aspecto fugidivo da segurança jurídica, o tribunal parece decidir sobre controvérsias inexistentes e a subverter o papel da ação. Dessa forma, não foi possível identificar quais requisitos os autores de ADC devem demonstrar para que sua ação seja conhecida no que tange à existência de controvérsia judicial.

8. O controle abstrato de constitucionalidade exercido pela STF atrai, com certa preponderância, temas relacionados à Administração Pública (no caso da ADC, 22 no total) e poucos relacionados sobre direitos fundamentais. Esta característica do controle abstrato possibilita que os argumentos principais da atuação do Judiciário (argumentos de princípios) apareçam como os pontos de fiscalização do tribunal, enquanto que a política veiculada pela lei (caso não viole ou envolva questões de

⁹⁸ Inacio Neto, que, como exposto acima (nota 15, *supra*), pugna pela constitucionalidade da medida, afirma que a ADC seria uma necessidade em face da existência do controle difuso de constitucionalidade e a possibilidade de decisões conflitantes entre tribunais. Ademais, o efeito vinculante da decisão de mérito impediria o surgimento de outras controvérsias. Portanto, a ADC seria a medida necessária para pôr fim às controvérsias. Como a cautelar obsta, ainda que temporariamente, o controle difuso de constitucionalidade, não surgem mais controvérsias além daquelas coletadas no deferimento da cautelar. CARVALHO NETO, Inacio de. *Ação Declaratória de Constitucionalidade*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2009, p. 45.

⁹⁹ As cautelares reduzem, mas não extinguem as discussões nas instâncias inferiores. Como exemplo, podemos citar os casos envolvendo a MC na ADC 04. As reclamações e recursos extraordinários julgados pelo tribunal foram tantos, que o Plenário precisou editar uma súmula para ratificar a exceção das matérias previdenciárias à incidência do efeito vinculante da cautelar (súmula nº 729, STF). Para mais exceções, cf. MAUÉS, Antonio G. Moreira; SCAFF, Fernando. *Justiça constitucional e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005, p. 61.

¹⁰⁰ LEITE, Fábio Carvalho. *Ação Declaratória de Constitucionalidade: expectativa, realidade e algumas propostas. Sequência (UFSC)*, v. 35, p. 120-122, 2014.

princípio) não se apresente como o foco da preocupação do tribunal. Ou seja, os argumentos do tribunal focalizam e se resumem à existência ou não de violações a direitos fundamentais (ou, por vezes, a problemas de natureza formal), o que acarretaria a impressão de que o Judiciário seria condescendente com políticas governamentais impopulares.¹⁰¹

Por exemplo, no julgamento da mais controversa ADC (nº 09), os ministros se preocuparam em discutir, assentando que a distribuição de energia elétrica não seria um direito fundamental, se a cobrança da sobretarifa seria desproporcional ou se configuraria como confisco (preocupação acerca de direitos de propriedade), não se o governo poderia editar MP para contenção ou reeducação acerca do consumo de energia elétrica.

6 Conclusão

O pequeno número de decisões em ADC demonstra o pequeno impacto que esta ação desempenha em nosso controle de constitucionalidade. Se a origem da ação estava vinculada à estratégia governamental de utilizar o STF como ator com poder de impedir decisões contrárias às leis federais propostas pelo Presidente da República, sua prática demonstra que o foco do tribunal está nas questões relativas aos direitos fundamentais (argumentos de princípios) e não na constitucionalidade do programa político disposto pela lei federal.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRAWERMAN, André. Ação declaratória de constitucionalidade: análise da jurisprudência. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, vol. 51, p. 199-228, 2005.

CARVALHO NETO, Inacio de. *Ação Declaratória de Constitucionalidade*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

¹⁰¹ Ainda que tenha realizado tais conclusões na análise das ADIs, Tatiana Maranhão sugere que o baixo índice de declarações de inconstitucionalidade sobre temas relacionados a meio ambiente, políticas econômicas, privatizações e direitos indígenas no período de 1988-2001 (período que coincide com a maior incidência de julgados em ADC envolvendo tais matérias) estava relacionado ao cenário político brasileiro de crise econômica e de fortalecimento das instituições políticas democráticas, assumindo o tribunal uma postura de não dificultar a implementação de tais políticas, porque o País necessitava de transformações e, mesmo que algumas delas pudessem parecer controversas, os ministros não quiseram arcar com decisões contrárias a planos econômicos que poderiam funcionar positivamente no futuro. Reinterpretando a autora de acordo com as hipóteses do trabalho, poderíamos afirmar que as questões envolviam escolhas políticas (sensíveis à escolha) que não implicavam violações de direitos fundamentais (insensíveis à escolha), ainda que fossem medidas políticas impopulares ou que não representassem a melhor política a ser escolhida. MARANHÃO, Tatiana de Pino Albuquerque. *Quando o Supremo Tribunal Federal discorda do presidente da República*. Dissertação de mestrado, Brasília, 2003. UnB, p. 114.

CASTELLO BRANCO, Eduardo Lago. *Controle concentrado de constitucionalidade e democracia: ação declaratória de constitucionalidade e construção jurisprudencial*. Fortaleza, 2006. Dissertação de Mestrado em Direito Constitucional – UNIFOR. “Orientação: Prof. Dr. Martônio Mont’Alverne Barreto Lima.” 194 p.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. Brasília: Universidade de Brasília, 1984.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KETCHAM, Ralph (Ed.). *The Anti-Federalist Papers and the Constitutional Convention Debates*. New York: Penguin, 1986.

LIMONGI, Fernando. O Poder Executivo na Constituição de 1988. In: OLIVEN, Ruben George et al. (Org.). *A Constituição de 1988 na vida brasileira*. São Paulo: Editora Hucitec, 2008, p. 23-56.

MAGALHÃES, Breno Baía. Em defesa da convergência dos sistemas de controle de constitucionalidade: aspectos materiais. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 79, p. 213-231, 2012.

_____; SILVA, Sandoval Alves. O grau de vinculação dos precedentes à luz do STF: o efeito vinculante é absoluto? *Revista de Informação Legislativa*, v. 195, p. 77-95, 2012.

MARANHÃO, Tatiana de Pino Albuquerque. *Quando o Supremo Tribunal Federal discorda do presidente da República*. Dissertação de mestrado, Brasília, 2003. UnB.

MAUÉS, Antonio G. Moreira. O controle de constitucionalidade das leis no Brasil como um sistema plural. *Pensar*, Fortaleza, v. 15, n. 2, p. 356-384, jul./dez. 2010.

MAUÉS, Antonio G. Moreira; SCAFF, Fernando. *Justiça constitucional e tributação*. São Paulo: Dialética, 2005, p. 38-39.

MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle concentrado de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. *Jurisdição constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O novo Processo Civil Brasileiro*. 28. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

LEITE, Fábio Carvalho. Ação Declaratória de Constitucionalidade: expectativa, realidade e algumas propostas. *Sequência* (UFSC), v. 35, p. 109-132, 2014.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. Supremo relator: processo decisório e mudanças na composição do STF nos governos FHC e Lula. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 27, n. 8, 89-115, 2012.

SCHMITT, Carl. *O guardião da constituição*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil: processo de conhecimento*. v. 1. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SLAIBI FILHO, Nagib. *Ação declaratória de constitucionalidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

VELOSO, Zeno. *Controle jurisdicional de constitucionalidade*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Realinhamento Constitucional. In: VIEIRA, Oscar Vilhena; SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). *Direito Global*. São Paulo: Max Limonad, 1999, p. 15-49.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal: jurisprudência política*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

WALDRON, Jeremy. A Right-based Critique of Constitutional Rights. *Oxford Journal of Legal Studies*, v. 13, p. 32, 1993.

WERNECK VIANNA, L., BURGOS, M; SALLES, Paula. Dezesete anos de judicialização da política. *Tempo Social*, São Paulo, v. 19, n. 2, p. 39-85.

_____. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WERNECK VIANNA, Luiz; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; PALÁCIOS, Manuel; BURGOS, Marcelo. *Corpo e alma da magistratura brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MAGALHÃES, Breno Baía. Quem tem medo da ADC? Os 20 anos da Ação Declaratória de Constitucionalidade e a judicialização da política no STF. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 17, n. 67, p. 217-261, jan./mar. 2017. DOI: 10.21056/aec.v17i67.479.
