

O USO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE COMO PROLONGAMENTO DA DISPUTA POLÍTICA

THE USE OF DIRECT UNCONSTITUTIONALITY ACTION AS AN EXTENSION OF POLITICAL DISPUTE

Ilton Norberto Robl Filho¹

Professor Adjunto da Faculdade de Direito (UFPR, Curitiba/PR, Brasil)

Cláudio Pereira de Souza Neto²

Professor de Direito Constitucional (UFF, Niterói/RJ, Brasil)

João Paulo Cunha³

Mestre em Direito Constitucional (IDP, Brasília/DF, Brasil)

ÁREA(S): direito constitucional; processo constitucional.

RESUMO: Trata-se de trabalho em que, a partir de uma observação empírica do manejo de ação direta de inconstitucionalidade (ADI), no controle concentrado, exercido pelo legitimado partido político em face de leis federais aprovadas pelo Parlamento brasileiro ou submetido ao seu crivo, percebeu-se a repetição dos mesmos argumentos esgrimidos na disputa interna do Poder Legislativo ser

arrastada para a tribuna do Supremo Tribunal Federal (STF). Secundou essa observação a localização dos partidos no xadrez político, ou seja, estando na oposição, o partido político opera mais com essa ferramenta (ADI), enquanto, na situação, dispensa-a. Sobreleva, por outro lado, o conteúdo das ações perante a Corte: invariavelmente são assuntos mais afeitos à Administração Pública federal e menos à defesa dos direitos fundamentais. Assim, o trabalho problematiza, como tantos

¹ Advogado, Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), Professor Adjunto do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). *E-mail:* norbertorobl@gmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/6850075090457033>. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-3807-530X>.

² Advogado, Doutor em Direito Público pela Universidade Estadual do Rio de Janeiro (UERJ). *E-mail:* claudiosouzaneto@gmail.com. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/4032298536518084>. Orcid: <https://orcid.org/0009-0001-0465-7566>.

³ Advogado. Ex-Presidente da Câmara dos Deputados. Currículo: <http://lattes.cnpq.br/4312802025094190>. Orcid: <https://orcid.org/0009-0008-7501-5617>.

outros estudiosos já o fizeram, a relação dos assuntos levantados e sua interface com a democracia.

ABSTRACT: *This thesis is based on an empirical observation of the handling of Direct Actions of Unconstitutionality (ADI in Portuguese) in centralized judicial review cases; when legitimately exercised by a political party, against federal laws approved by the Brazilian Parliament or submitted to its scrutiny. A repetition of the arguments used in the internal disputes of the Legislative Power has been perceived and dragged out to the Supreme Federal Court (STF in Portuguese). Seconding this observation, was the position of the parties on the political chessboard, that being – pertaining to opposition parties; they tend to use this tool more frequently, while in the situation it contradicts their interests; they try to avoid it. Nevertheless, the content of the actions that prevail before the Court are; inevitably, matters closely related to the public federal administration, rather than aimed at the defense of fundamental rights. Thus, the present work studies; as many other scholars have done beforehand, the relation between the issues raised and their effects on democracy.*

PALAVRAS-CHAVE: constitucionalismo; controle concentrado; judicialização da política; democracia; ação direta de inconstitucionalidade; Poder Legislativo; Supremo Tribunal Federal.

KEYWORDS: *constitutionalism; concentrated control; judicialization of politics; democracy; direct unconstitutionality action; Legislative Power; Federal Court of Justice.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 Constituição, controle de constitucionalidade e democracia; 2 Os partidos políticos e a ação direta de inconstitucionalidade; 3 A separação dos poderes; 4 Poder Legislativo: entre a democracia e o *judicial review*; 5 Ação direta de inconstitucionalidade: propostas levadas ao STF pelos partidos políticos; 6 Medidas provisórias e ação direta de inconstitucionalidade; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 Constitution, judicial review and democracy; 2 Political parties and the direct action of unconstitutionality; 3 Separation of powers; 4 Legislative Power: between democracy and judicial review; 5 Direct action of unconstitutionality: proposals taken to the STF by political parties; 6 Provisional measures and the direct action of unconstitutionality; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

Inegavelmente, o Poder Judiciário se agigantou perante os outros Poderes e produziu intervenções nas mais diversas áreas, revelando-se um ator importante nas discussões políticas, econômicas, sociais,

culturais e jurídicas no Brasil. Essa expansão é decorrente, entre outras razões, do constitucionalismo surgido pós-Segunda Guerra.

Autores das ciências jurídicas, sociais e de outros ramos têm dedicado largos estudos sobre esse tema e, em particular, sobre sua relação com a democracia e o controle de constitucionalidade. Esse Estado Democrático de Direito representa a resultante da evolução histórica que impôs limites ao poder do Estado, garantiu os direitos individuais e coletivos fundamentais, bem como delimitou a Constituição como baliza a não ser ultrapassada.

Uma das características próprias e contemporâneas desses novos arranjos institucionais é o exercício da jurisdição constitucional. Esse novel elemento aproximou ainda mais a política do direito, trazendo como elemento relevante o protagonismo que o Poder Judiciário exerce sobre os outros Poderes com seus atos de controle. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal executa sua jurisdição constitucional por meio de um controle de constitucionalidade que acaba por tomar boa parte das decisões políticas apresentadas pela sociedade, gerando, em alguma medida, o fenômeno da judicialização da política.

Contudo, “o Judiciário não acorda e resolve tomar uma decisão. Ele é provocado”⁴. Em que pese o direito de ação inafastável e incensurável, não é menos certo, porém, que essa judicialização constitucional, provocada, não por coincidência, pelos partidos políticos que acabaram derrotados na justa parlamentar, representa tão somente um derradeiro esforço de oposição, o qual, se acolhido, vem a suplantiar um intenso debate legislativo tomado no Congresso Nacional, cujo campo de atuação é, por excelência, o ambiente mais plural e legítimo para formação dos comandos legislativos.

Mais adiante, o estudo seguirá um roteiro até chegar à análise empírica das ações diretas de inconstitucionalidades (ADIs) promovidas pelos partidos políticos nas características expostas *supra*.

Todavia, convém ressaltar que a comparação não pretende esgotar toda a doutrina referida, nem adentrar no estudo profundo dos casos mencionados, mas tão somente fixar algumas premissas necessárias ao desenvolver do artigo. Trata-se, em realidade, de uma análise que, devido a suas especificidades, não comporta, nem pretende, criticar a existência do controle concentrado de

⁴ Fala do Ministro Dias Toffoli do Supremo Tribunal Federal (STF) durante o lançamento do *Anuário da Justiça de São Paulo de 2021* (FERNANDES, 2021).

constitucionalidade e sua inegável necessidade, mas alimentar o debate sobre o lugar devido entre ele e a democracia.

Trata-se apenas de uma contribuição para nos alertar sobre uma realidade jurídica e política que, ano após ano, sob este ou aquele governo, afeta a construção normativa brasileira: a proposição de ações diretas de inconstitucionalidade por parte dos partidos políticos como instrumento de prolongamento da disputa política deliberada no Parlamento, cujo uso descomedido ajuda a tirar a legitimidade das decisões soberanas do Poder Legislativo e turvar a democracia proveniente deste poder.

1 CONSTITUIÇÃO, CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E DEMOCRACIA

No cenário pós-Segunda Guerra Mundial, o constitucionalismo ganhou nova dimensão. A sua estrutura e as suas atribuições receberam novos contornos, sobretudo em razão da incorporação da defesa dos direitos fundamentais em um Estado compreendido democrático e de direito.

O Estado Democrático de Direito deve ser interpretado como aquele que, “sobretudo”, ofereça a “garantia de exercício do poder estatal com base no direito, não no arbítrio ou em vontades pessoais”. Esse conceito de “Estado de Direito confunde-se com a própria razão de ser de uma Constituição: regular o exercício do poder e garantir direitos fundamentais” (SILVA, 2021, p. 86).

A Constituição é a norma norteadora e fundamental de um Estado Constitucional de Direito. O seu intérprete maior é o Judiciário, mas, evidentemente, não pode suprimir a política, o governo da maioria, nem o papel do Legislativo (BARROSO, 2009).

Dada a importância da Constituição nesses Estados, a maioria delas preconiza que, diante de um conflito entre uma lei e a Constituição, sucederá a prevalência desta, por ser a Carta Magna decorrente de um poder constituinte originário. Essa Carta submeterá todas as eventuais normas inferiores ao seu comando e, caso inconciliáveis, torná-las-á passíveis de nulidade (MENDES; BRANCO, 2016), sendo o controle de constitucionalidade o meio que permite aferir, em uma determinada realidade jurídico-constitucional, a conformidade de uma lei (ou outra norma) com a Constituição pátria.

Nessa dinâmica, vale o registro trazido à baila pelo Professor Conrado Hubner Mendes:

Há nesse desenho um problema que, ao menos em outros países com arranjos semelhantes, incomoda a muitos cidadãos, advogados e teóricos há várias décadas. Se os membros do tribunal não são eleitos, parece injustificável que possam invalidar uma decisão tomada pelo legislador representativo. (MENDES, 2008, p. 14)

Do cotejo entre a supremacia constitucional, a democracia e o papel político do Supremo Tribunal Federal – corte responsável pela guarda da Constituição no Brasil – pode-se parecer haver uma deslegitimação do desempenho soberano do Poder Legislativo, porém com uma diferença vital: a provocação ao Poder Judiciário parte de uma força que compõe o próprio Poder Legislativo.

Disso decorre uma judicialização maledicente⁵ e que gera dois riscos para o sistema constitucional: i) os conflitos políticos são transferidos para um árbitro jurisdicional que não ostenta a soberania popular nem a democracia; e ii) o tribunal começa a decidir politicamente e pode estabelecer relações com as forças políticas em disputa (MAUES; LEITÃO, 2004).

2 OS PARTIDOS POLÍTICOS E A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

A ação direta de inconstitucionalidade (ADI) é a medular ação para o controle concentrado e que visa retirar do arcabouço legal leis e atos normativos incompatíveis com a Constituição Federal.

O Texto Constitucional de 1988 e o Regulamento Interno do STF determinam que o processo e o julgamento das ADIs deverão se realizar perante a Suprema Corte do País. A ação deverá ser pleiteada por um dos legitimados constantes no rol do art. 103 da CF/1988 e, entre eles, encontram-se os partidos políticos com representação no Congresso Nacional.

Acerca desse legitimado, importante mencionar que, nas eleições de 2018, trinta partidos elegeram representantes para a Câmara dos Deputados.

⁵ A denominação de “judicialização maledicente” decorre de constatação de que políticos criticam a judicialização dos outros, mas admitem a prática pelos correspondentes partidos.

Assim, temos trinta legitimados nessa classe para eventualmente provocar o STF com questionamentos de inconstitucionalidade.

Assim, considerando que esse controle, portanto, é democrático em razão do extenso rol de legitimados, se torna necessária a separação entre os legitimados que participam do processo de edificação das normas – ou seja, os partidos políticos no Parlamento – e os que assistem à entrada em vigor de determinada norma sem ter tido ao menos a oportunidade de apresentar suas considerações.

Para estes, talvez, o direito de indagar, a partir da propositura de ADI, matérias aprovadas pelo Parlamento seja democrático⁶ (ADPF 709/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, 2020). Por sua vez, àqueles que, com sua iniciativa, desrespeitaram o Poder Legislativo, pois participaram da definição da norma e agora recorrem contra essa mesma decisão ao Poder Judiciário, pode-se questionar se esse procedimento é democrático.

Reconhecidos como legitimados universais, os partidos podem propor a ADI sobre qualquer assunto. No levantamento realizado no Portal do STF, os partidos aparecem como um dos legitimados que apresentaram o maior número dos instrumentos de controle de constitucionalidade (ADI, ADC, ADO e ADPF), principalmente, ADIs. As suas lideranças não hesitam em recorrer ao Judiciário para solucionar até mesmo suas divergências internas. Entretanto, o uso indiscriminado e com efeitos políticos tem colaborado com o fenômeno da judicialização.

Taylor e Da Ros, em estudo publicado em 2008, trazem a lume as palavras de Dotan e Hofnung sobre o uso político partidário dos tribunais: “Por que legisladores fazem uso dos tribunais mesmo quando suas chances de vitória são mínimas e ainda mais se esse mesmo uso pode resultar na restrição da autonomia do próprio Poder Legislativo?”.

Os próprios estudiosos respondem: “A despeito das pequenas chances de sucesso na arena judicial, políticos podem se beneficiar por contestar políticas majoritárias porque angariam em torno de si considerável atenção pública” (DOTAN; HOFNUNG, 2005 *apud* TAYLOR; DA ROS, 2008, p. 827).

⁶ Também por isso a ADPF 709, relatada pelo Ministro Luís Roberto Barroso, adquire importância.

Desse modo, apresentamos a seguir um resumo com o total das ações de controle concentrado (ADC, ADO, ADI e ADPF) protocolados no Supremo Tribunal Federal entre 1995 e 2019, separando, contudo, as de iniciativas dos partidos políticos. Intentamos mostrar que esse dispositivo se tornou uma ferramenta bem usada pelo legitimado partido político.

Entre 1995 e 2019 (18.10.2019), foram propostas 5.734 ações de *controle concentrado*⁷, somatório que abrange as classes ADC, ADI, ADO e ADPF. Desse total, os partidos políticos foram responsáveis por 1.145 demandas, o que representa em torno de 20% do total de recebimentos globais.

O Gráfico 1, a seguir, demonstra o *percentual* de participação dos partidos políticos no ingresso de processos de controle concentrado, ano a ano:

Gráfico 1 - Partidos políticos: percentual de participação no controle concentrado por ano



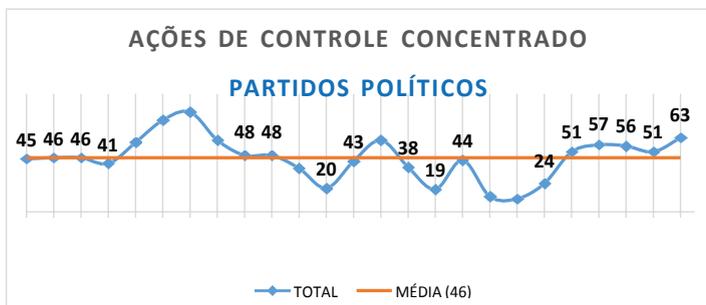
Fonte: Os gráficos e as tabelas apresentados neste trabalho foram elaborados pelos autores, com dados do Supremo Tribunal Federal.

Como apontado, nesse período, os *partidos políticos* propuseram um total de 1.145 ações de controle concentrado, uma média de 46 por ano. O Gráfico 2,

⁷ Fonte: Site do Supremo Tribunal Federal, no campo “Estatística”, “Controle Concentrado” (Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoBOInternet/anexo/estatistica/ControleConcentradoGeral/CC_Geral.mhtml. Acesso em: 18 out. 2019).

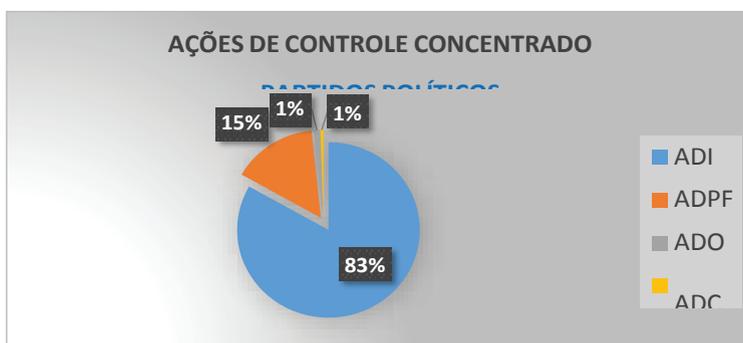
a seguir, demonstra o comportamento dessas demandas no decorrer dos anos e a sua relação média:

Gráfico 2 – Partidos políticos: quantitativo anual e média

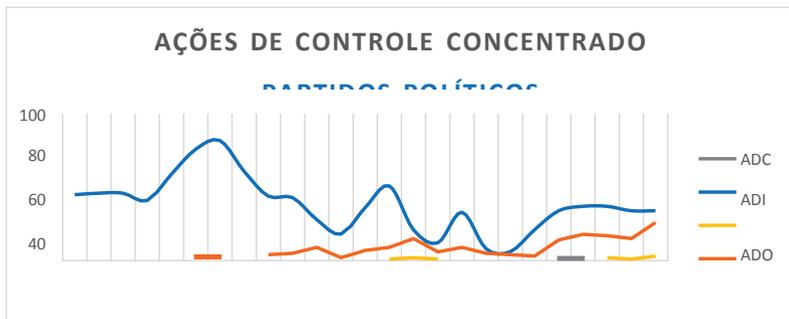


As demandas de controle concentrado (1.145) apresentadas por partidos políticos foram distribuídas nas seguintes classes: ADI (953), ADPF (173), ADO (13) e ADC (6). Eis o Gráfico 3, que demonstra os percentuais de cada grupo:

Gráfico 3 – Ações de controle concentrado: partidos políticos



No que se refere à evolução temporal do quantitativo por classe, o resultado é o apresentado no Gráfico 4, a seguir:

Gráfico 4 – Ações de controle concentrado: evolução temporal por classe

3 A SEPARAÇÃO DOS PODERES

Desenhado este contexto, ganha especial relevo a análise acerca da separação dos Poderes.

Ainda no século XIV, um regime chamado de absolutismo, cujo apogeu se deu século XVIII, tinha todos os poderes concentrados na figura do rei e não havia distinção entre ele e o próprio Estado. Não conhecendo nenhum limite ao seu poder, o rei exercia o monopólio da força e da justiça.

O absolutismo, entretanto, passou a ser questionado a partir do final do século XVIII. Foi quando nasceu o movimento iluminista, que teve por escopo a valorização da ciência, da razão e da vida em sociedade. O poder absoluto dos reis passou a ser questionado, dando lugar aos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade da Revolução Francesa.

A separação dos Poderes é um dos princípios da democracia moderna, tendo surgido justamente para evitar a concentração absoluta de poder nas mãos do soberano. No livro décimo primeiro de *O espírito das leis*, Montesquieu (2005) trata da divisão de poderes. Para o estudioso francês, a divisão dos poderes deveria permitir um sistema de freios e contrapesos que equilibrassem os órgãos e seus poderes.

Para ele, deveria haver um poder responsável apenas pela criação das leis (o Legislativo), outro responsável pela execução delas (o Executivo) e outro responsável pela solução dos conflitos com base nelas (o Judiciário).

Parece óbvio que esse princípio sofreu diversas transformações ao longo da história. Desse modo, contemporaneamente, os Estados, ao se organizarem, adotam políticas singulares e de acordo com as realidades sociais, culturais, econômicas e políticas, sem, entretanto, abandonar a ideia original da separação dos Poderes.

Para Paulo Bonavides, a teoria da separação dos Poderes foi bem acolhida nas diversas nações modernas em razão de sua proteção às liberdades individuais (BONAVIDES, 2000).

Vale comprovar que a separação em Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário não se trata de uma essência, uma ordem inexorável proveniente da natureza das coisas, mas uma construção política relevante que foi a mais bem-sucedida e serviu para a organização das sociedades até o presente (MELLO, 2006).

Tal princípio se tornou tão caro para as sociedades modernas que foi positivado em 1789 pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, em seu art. 16: “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição”. A partir desse momento, as Constituições passaram a prever a separação dos Poderes em seu texto, ainda que de forma singela.

3.1 A SEPARAÇÃO DOS PODERES NO BRASIL

No Brasil, a primeira Constituição a prever a existência de três Poderes “harmônicos e independentes entre si”, seguindo, assim, o princípio defendido pelo Barão Montesquieu, foi a Constituição Republicana de 1891. Posteriormente, as Constituições seguintes foram surgindo e mantendo a tripartição dos Poderes, salvo a Constituição de 1937, que seguiu um modelo autoritário, devido ao momento histórico vivido.

A Constituição Federal vigente, que é a 1988, esculpiu, em seu art. 2º, o seguinte: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. Consagrou-se, assim, um princípio fundamental do ordenamento jurídico brasileiro, inclusive fazendo parte do rol das cláusulas pétreas, conforme prevê o art. 60, § 4º, III, do referido diploma: “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] a separação de poderes” (BRASIL, 1988).

Não foi uma escolha por um modelo ideal, mas

por uma ideia concretizada em um determinado arranjo institucional, que garante muitas competências privativas para determinados órgãos em detrimento de outros, mas também diversos poderes compartilhados e formas de controle (freios e contrapesos). (SILVA, 2021, p. 88-89)

Embora as funções de cada Poder sejam bem definidas, por vezes, um Poder acaba exercendo atribuições de outro, sem que isso implique, contudo, uma “quebra” do princípio da separação, pois não há interferência na independência de cada um. Parte-se sempre do pressuposto de que os Poderes devem estar equilibrados até mesmo para assegurar o devido funcionamento da democracia.

No entanto, conforme apontado por Engelmann (2017), o advento da Constituinte de 1988 abriu brechas para que insurjam certos fenômenos até então desconhecidos, como o ativismo judicial e a judicialização da política, esses sim verdadeiramente capazes de proporcionar o desequilíbrio entre os Poderes, mais especificamente uma sobreposição do Poder Judiciário ao Executivo e ao Legislativo.

4 PODER LEGISLATIVO: ENTRE A DEMOCRACIA E O JUDICIAL REVIEW

Ao se examinar a atual condição dos Parlamentos, é possível aferir que as novas demandas da vida em sociedade hermética como a contemporânea apontam para um cenário cada vez mais complexo quanto ao funcionamento do Poder Legislativo e à resolução dos impasses mais relevantes no seio social. Conjuga com isso a espetacularização da política e a disputa por holofotes, prescindido muitas vezes do conteúdo. “A disputa dos oradores na tribuna provoca a luta dos garotos da imprensa” (MARX *apud* HABERMAS, 2012, p. 230).

Além desses efeitos, temos a proliferação de partidos e um sistema eleitoral proporcional de listas abertas que reproduzem um modo de relacionamento entre o Poder Legislativo e os demais Poderes com tensão constante.

No tocante ao Poder Executivo, verifica-se que o presidencialismo de coalizão minimiza as possibilidades decisórias típicas do Parlamento em virtude do incremento das capacidades executivas.

No entanto, cumpre frisar que o retraimento da atividade no Legislativo não se refere somente ao Executivo, mas também ao Judiciário, uma vez que a intensificação do controle de constitucionalidade sinaliza para um distanciamento do Parlamento no que tange à tomada de posição sobre os assuntos mais controversos no contexto social.

Não se pode esquecer que a extensão de poderes de *judicial review* ao Supremo Tribunal Federal ocorreu, sobretudo, mediante o alargamento dos legitimados para acionar a Corte e as modificações legais processadas por meio das Leis n^os 9.868/1999 e 9.882/1999, que normatizaram o processo das demandas de controle de constitucionalidade, isto é, foram aferidas pelo próprio Legislativo (SANTOS, 2003).

A partir dessa conjuntura é que se examinam os argumentos de Jeremy Waldron que circundam o *judicial review* e a sua relação com o Poder Legislativo. O autor assenta a premissa de que se vive em uma sociedade na qual seus integrantes divergem sobre o que afere sentido à vida, sobre o que é necessário para se alcançar uma vida de qualidade, entre outros pontos (WALDRON, 2003).

A questão dos desacordos faz Waldron tecer questionamentos acerca dos procedimentos políticos que irão viabilizar a determinação de direitos individuais em uma comunidade que diverge sobre os direitos que detêm, e continua o autor:

[...] estes procedimentos políticos devem ser capazes de operar e edificar conclusões estabelecidas apesar do nosso desacordo sobre o que a conclusão deva ser. Dentre as perspectivas, o autor escolhe duas delas e se exprime escolhendo à primeira. (WALDRON, 2003, p. 7)

A primeira seria revelada quando os integrantes da sociedade determinam os seus direitos por meio de discussões, deliberações e voto, o que eleva uma concepção de que a sociedade seja participante de um processo que exprima a convicção de que todos são igualmente considerados no estabelecimento de seus próprios direitos. Por sua vez, a segunda conclusão é vislumbrada como a forma de se proceder na delimitação de direitos realizada por intermédio de um restrito grupo de magistrados que podem anular a determinação feita pelos representantes – *judicial review* (WALDRON, 2003).

Waldron assenta que o *judicial review* é inadequado como forma finalística de decisão em uma sociedade livre e democrática. Todavia, deve-se citar que a oposição do autor não inclui indeterminadamente os modos de participação social no controle constitucional das normas, uma vez que existem diversas práticas pelo mundo reunidas sob a denominação de *judicial review*. Assim, Waldron dispõe a diferença entre uma vertente forte e a outra fraca da revisão judicial (WALDRON, 2003).

No sistema forte, as Cortes possuem a competência para indeferir a aplicação de uma lei, alterar os efeitos da norma para que estes estejam em consonância com os direitos fundamentais ou, também, recusar a aplicação de uma lei infraconstitucional por contraposição ao texto constitucional. Por sua vez, no cerne do *judicial review* fraco, as Cortes podem examinar a consonância da legislação com os direitos fundamentais; todavia, não podem afastar sua aplicação. Assim, tal análise pode surtir algum efeito, como ocorre com a declaração de incompatibilidade britânica, por meio da qual o Primeiro Ministro pode dar início a um célere processo para retificar o erro (WALDRON, 2003).

Por meio do processo de sucessão de magistrados da Corte que podem ser selecionados com a finalidade de alterar a compreensão anterior, de fato, o que delineia esse instrumento forte de controle de constitucionalidade é que a interpretação da Constituição não pode ser modificada em um curto prazo. Waldron constata que os EUA se aproximam da primeira premissa e é sobre essa forma que suas críticas são dispostas (WALDRON, 2003).

As críticas proferidas por Waldron no tocante à revisão judicial se fundamentam na transcendência que ele almeja aferir do Legislativo, isto é, o autor intenciona demonstrar as vulnerabilidades democráticas do controle judicial de constitucionalidade relativo à decisão parlamentar. Nessa senda, constata-se uma lacuna nos trabalhos filosóficos edificadas sobre o Parlamento; distintamente do avanço atingido nas teorias normativas do direito, tal exame é disposto sobretudo em sua obra *Law and disagreement* e, em seguida, intensificado no texto “A dignidade da legislação” (WALDRON, 2003).

O autor parte do pressuposto de que a função legislativa é vislumbrada com olhares de desconfiança e falta de respeito como âmago de decisão política, especialmente para valorizar a revisão judicial. Edifica-se, então, “uma conjuntura idealizada do julgar, sendo esta emoldurada juntamente

com a má fama do legislar”. Dessa forma, eleva-se um panorama de retomada da credibilidade legislativa para que, desse modo, a supremacia atingida pela revisão judicial possa ser minimizada e revelada a intensa conexão democrática disposta nos Parlamentos e ausente na revisão judicial, sobretudo em uma sociedade justificada na pluralidade e nas divergências (WALDRON, 2003).

Levando-se em consideração o fator das divergências constantes na política e a necessidade de se determinar uma opinião em nome da sociedade, não se pode lançar mão de um processo político para se estabelecer qual será essa posição. Assim, em conformidade com os estudos de Waldron, o Parlamento é o lócus organizado para realizar tal atividade em virtude da sua quantidade de integrantes e, sobretudo, da sua diversidade (WALDRON, 2003).

Desse modo, não se pode deixar de mencionar que a decisão final da assembleia ocorre por meio do voto; todavia, o autor aponta que os teóricos deliberativos acreditam que o dissenso é ponto da insuficiência ou da natureza politicamente insatisfatória da deliberação, de que algo na política deliberativa está incompleto, uma vez que “não há nada que se fazer senão contar cabeça”. No entanto, o autor almeja ressaltar que a decisão majoritária é respeitável no tocante aos indivíduos, distintamente do consenso, uma vez que esse pode relativizar e silenciar as vozes divergentes. A decisão majoritária não é somente um processo decisório efetivo, pois, além disso, respeita as distintas opiniões e insere tal princípio no processo que irá deliberar uma concepção conjunta (WALDRON, 2003, p. 92).

Por último, ainda no tocante ao princípio majoritário, deve-se elevar que tal elemento não é o fator distintivo entre as decisões parlamentares e aquelas aferidas em revisão judicial, pois as Cortes também exprimem entendimento mediante contagem dos votos de seus magistrados quando vão alegar a inconstitucionalidade de uma norma, mesmo que previamente apontem suas fundamentações. Nessa esteira, Waldron indaga porque o procedimento majoritário é apropriado para ser usado em instituições que servem exatamente para atenuar os efeitos do majoritarismo (WALDRON, 2010).

Em virtude da reprodução do método de decisão, a revisão judicial descortina-se como uma nova deliberação com um grupo com constituição variada. Trata-se, finalmente, de uma preferência pela maioria da Suprema Corte em detrimento da maioria do Parlamento, a qual o autor recusa, pois os

procedimentos majoritários não são populares, assim, “não viabilizam uma voz e um voto no processo de decisão final para todos os membros da comunidade; contrariamente, estes prosseguem para fazer decisões finais sobre os direitos de milhões sobre a base de vozes e votos de alguns” (WALDRON, 2003, p. 352).

5 AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE: PROPOSTAS LEVADAS AO STF PELOS PARTIDOS POLÍTICOS

A positivação da ação direta de inconstitucionalidade (ADI) na Constituição Federal está nos arts. 102, 103 e 103-A, e, quanto à legislação infraconstitucional, na Lei nº 9868, de 10 de novembro de 1999.

As lições de Jeremy Waldron, sustentando “a dignidade da legislação” e “a essência da oposição ao *judicial review*”⁸, nos remetem a uma reflexão mais profunda sobre o papel da jurisdição constitucional. Os gráficos apresentados a seguir colacionam números que mostram a atuação dos partidos políticos no manuseio das ações diretas de inconstitucionalidade.

O objetivo do artigo se concentra na análise empírica das ADIs apresentadas por partidos políticos nos anos de 1995, 1999, 2003, 2011 e 2019. Esse balizamento deve-se à caracterização de momentos iniciais de novos governos (primeiros anos) conduzidos preponderantemente por partidos e personalidades de orientações políticas diferentes. Ou seja, entre 1995 a 2002, Fernando Henrique Cardoso (PSDB) governou o Brasil e o principal partido de sustentação era o PSDB com seus aliados (principalmente PFL), sendo a força principal de oposição o PT e os aliados (PCdoB, PDT, PSB); entre 2003 e 2015, o PT ascendeu ao governo do Brasil com Lula (2003-2010) e com Dilma (2011-2015) presidentes, governando com o PT e os aliados, e teve na oposição o PSDB e os seus parceiros. Para esse estudo foram utilizados o primeiro ano de Lula (2003) e o primeiro de Dilma (2011), conformando dois anos do PT. Já, em 2019, ascendeu ao Poder Executivo do Brasil Jair Bolsonaro, de baixa tradição partidária, que estava filiado ao PSL e montou um governo inicialmente de pouca participação partidária. Aspecto que chama atenção acerca das ADIs propostas pelos partidos políticos está relacionado com as matérias objeto das ações. Avista-se, com facilidade, que a concentração de ações recai

⁸ WALDRON, J. *A dignidade da legislação*. Tradução: Luís Carlos Borges; revisão da tradução: Marina Appenzeller. São Paulo. Martins Fontes, 2003.

principalmente sobre os assuntos ligados a administração pública, finanças e tributação, partidos políticos e legislação eleitoral.

Sobressai, por evidência, a pouca diligência com o tema dos direitos fundamentais. Nas ADIs estudadas, relevando a defesa desses direitos, visto que esse é o argumento importante dos defensores do *judicial review*, parece que “a discussão sobre direitos e garantias fundamentais não tem sido propriamente o grande objeto do controle concentrado de constitucionalidade” (COSTA; BENVINDO, 2013, p. 63).

De outra parte, é importante reconhecer que “o sistema concentrado tem a potencialidade de defender os interesses coletivos, mas faltam análises consistentes no sentido de identificar se essa potência se converte em ato” e que as ADIs têm grande valor nesse sistema, pois “representam 94% dos processos do controle concentrado” e, desse modo, pode-se perquirir se efetivamente essas ADIs [plano federal] têm uma função mais política (de agenda e pressão) do que judicial (no sentido postular decisões) (COSTA; BENVINDO, 2013).

Destarte, é preciso complementar as informações trazidas pelo estudo *supra*. Ou seja, há poucas decisões da Corte sobre direitos fundamentais porque os partidos políticos – no caso do trabalho em tela – demandam pouco ao STF sobre esse tema.

5.1 PAPEL DOS PARTIDOS DE OPOSIÇÃO

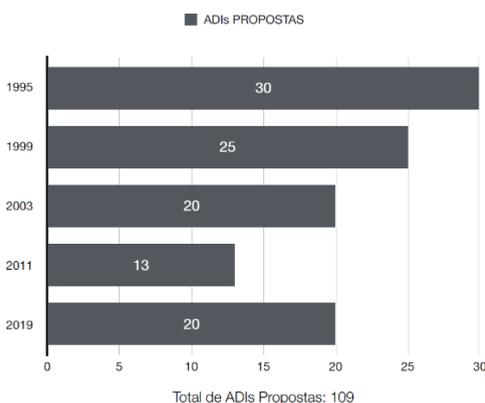
Como dito em parágrafo anterior, o Poder Judiciário estabeleceu com os outros Poderes, por meio do controle concentrado de constitucionalidade, uma relação político-jurídica. Conseqüentemente, os partidos políticos, como legitimados para manejar a ação direta de inconstitucionalidade perante o STF, mesmo sabendo do risco da derrota e, portanto, dando um caráter político para essa ação, protocolam-na buscando o cumprimento de “três efeitos”: além de serem vinculantes, imediatos e gerais, são irrecorríveis; têm chances de mudanças e propiciam visibilidade política nessas ações. Por isso, “entre janeiro/1995 e abril/2008, os partidos foram os mais demandantes, sendo que majoritariamente (84%) de oposição”, e, na maioria das vezes, possuindo “um forte viés político nos assuntos judicializados” (TAYLOR; DA ROS, 2008, p. 825).

Em 2019, o Supremo Tribunal Federal recebeu o ajuizamento de quase uma ação (ADI, ADC, ADO e ADPF) por dia, questionando leis e normas

consideradas inconstitucionais. Dessas, 91 eram de autoria do legitimado partido político (art. 103, VIII, da CF/1988) e 20 tratavam de ADI manejada em face de lei federal e/ou Proposta de Emenda à Constituição (PEC)⁹.

Não obstante, os números dispostos no Gráfico 5, a seguir, indicam a situação nos anos estudados (1995, 1999, 2003, 2011 e 2019) em relação às iniciativas dos partidos políticos perante o Poder Judiciário em sede de ADI.

Gráfico 5 – ADIs propostas por ano



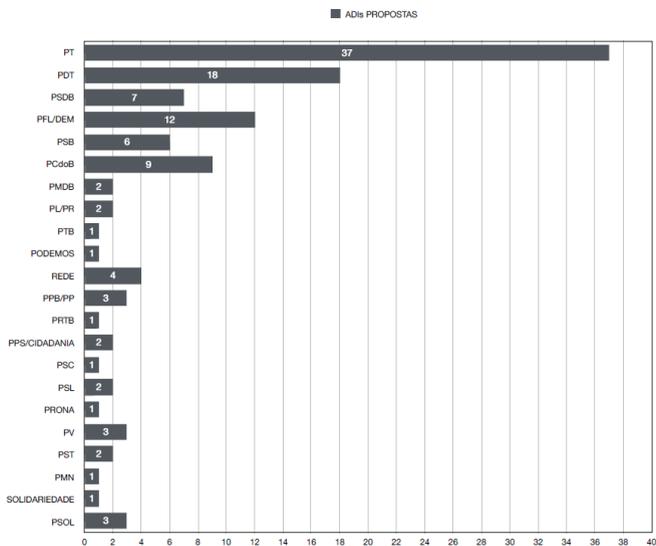
Primeiramente, serão contextualizados os anos em que se deram os ajuizamentos, com os respectivos números de ADIs apresentados nas condições já especificadas. Em seguida, serão elencados os partidos patrocinadores.

A propósito, os números apresentados referem-se somente ao objeto impugnado que foi ou será submetido ao crivo do Poder Legislativo. Portanto, ADIs contra normas estaduais, portarias, resoluções e decretos não estão elencadas.

Os partidos proponentes estão distribuídos pelas 109 ações apontadas, conforme mostra o Gráfico 6, a seguir:

⁹ “Em 2019, partidos foram mais ativos do que a própria PGR em ações no STF.” (*Jornal O Globo*, 4 jan. 2020)

Gráfico 6 – Partidos proponentes das ações



O Gráfico 6, *supra*, mostra os números correspondentes aos cinco anos analisados, ou seja, 1995, 1999, 2003, 2011 e 2019.

Apresentamos, agora, os partidos e os correspondentes às respectivas ações.

Gráfico 7 – ADIs propostas por partidos em 1995

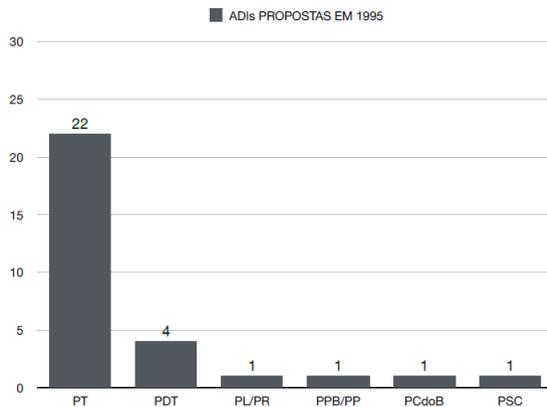


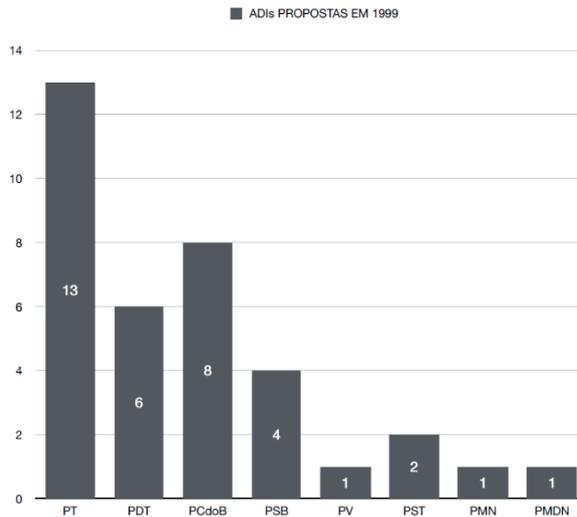
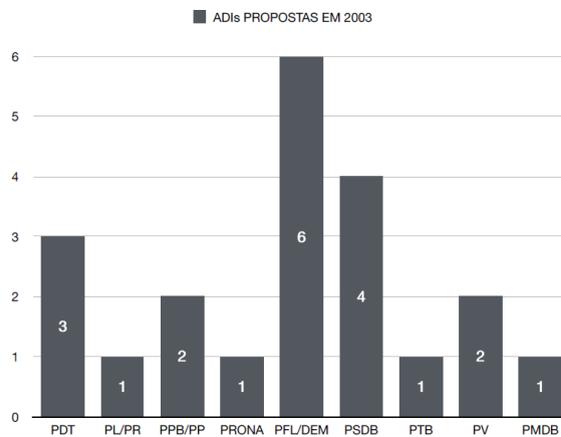
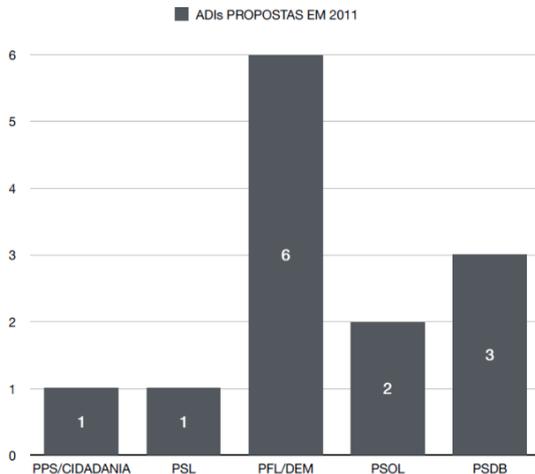
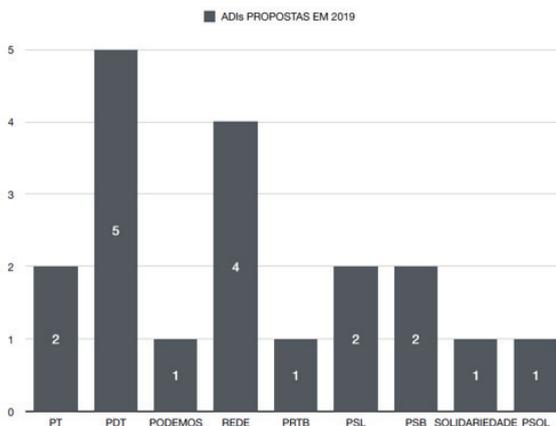
Gráfico 8 – ADIs propostas por partidos em 1999**Gráfico 9 – ADIs propostas por partidos em 2003**

Gráfico 10 - ADIs propostas por partido em 2011**Gráfico 11 - ADIs propostas por partido em 2019**

Os partidos que mais provocaram o STF na arguição de inconstitucionalidade, de acordo com os anos, foram os seguintes:

- a) entre 1995 e 1999, os partidos mais demandantes foram PT, PDT e PCdoB;
- b) entre 2003 e 2011, foram PFL e PSDB;
- c) já, em 2019, PDT e Rede encabeçaram os demandantes.

Com base nesses números, colhe-se a confirmação de que os partidos políticos mais atuantes perante o STF, com questionamentos mediante ação direta de inconstitucionalidade, são efetivamente aqueles localizados no campo da oposição ao governo estabelecido e, de outro lado, os partidos minoritários. Exatamente por isso que, em 1995 e 1999, PT, PDT e PCdoB (oposição) foram os maiores demandantes de ADI no STF. A situação se inverte quando, em 2003 e 2011, assumem essa condição o PSDB e o PFL/DEM (oposição). Já, em 2019, há uma pulverização de iniciativas, decorrentes do perfil do eleito e de sua respectiva base parlamentar, ambas sem lastro partidário.

6 MEDIDAS PROVISÓRIAS E AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

A pressa, motivador primeiro das disputas políticas, muitas vezes não tem sido boa companhia para os partidos políticos. A medida provisória é uma ferramenta à disposição do Chefe do Poder Executivo, que a utiliza de forma discricionária, desde que atendendo aos dois requisitos impostos pela Constituição Federal em seu art. 62: “Relevância e urgência”. Essa hipótese foi positivada a fim de garantir uma margem de manobra ao Executivo para, dentro das condições expostas (“relevância e urgência”), implementar seus programas e sua agenda com mais agilidade.

Esse preâmbulo foi feito para mostrar que uma breve análise, adiante exposta, permitirá observar que o debate sobre o uso da medida provisória e sua “relevância e urgência” depende sempre do ponto de vista de onde as forças políticas estão localizadas. Invariavelmente, os partidos políticos utilizam como fundamento para suas ações a ausência desses pressupostos elencados no art. 62 da Constituição Federal de 1988. Em algumas ADIs estudadas, esse é um fundamento jurídico único utilizado para sustentar a inconstitucionalidade do ato normativo impugnado. Soma-se a esse argumento a tese de que o Presidente da República, ao usar o instituto da medida provisória sem critérios, estaria sobrepondo-se a outros Poderes e afrontando o princípio constitucional da separação dos Poderes.

Apenas no primeiro ano de estudo (1995), das trinta ações objeto de análise, em treze se utilizou apenas do argumento de ausência de relevância e urgência e violação ao princípio da independência e harmonia entre os Poderes para sustentar a inconstitucionalidade do ato normativo, sendo que todas foram ajuizadas pelo Partido dos Trabalhadores. Ressalte-se que, naquele ano, ainda vigorava a regra que possibilitava as reedições de medidas provisórias de forma indefinida pelo Poder Executivo ou até a apreciação definitiva do Poder Legislativo. No segundo ano (1999), das 25 ações estudadas, apenas duas apresentavam preponderantemente o referido argumento, acompanhado, por evidente, de outros fundamentos jurídicos. Já, no terceiro ano (2003), entre as vinte ações, verificou-se o aparecimento do argumento de ausência de relevância e urgência acompanhado de outros fundamentos jurídicos em três ADIs.

No quarto ano analisado (2011), o mesmo argumento apareceu em cinco das dezesseis ações protocoladas. Por fim, no último ano (2019) estudado, a ausência de relevância e urgência é identificada como um dos argumentos para sustentar a inconstitucionalidade do ato normativo impugnado em sete ações das vinte e sete analisadas.

A medida provisória muitas vezes é usada sem parcimônia e de forma autoritária. Cumpre um rito processual próprio e, até 2001, usava-se este instrumento por tempo indeterminado, permitindo-se sua reedição quantas vezes fossem convenientes ao Chefe do Poder Executivo, até a apreciação definitiva do Poder Legislativo. Com o advento da EC 32, de 2001, foi aprovado um procedimento diferenciado, que estabeleceu novas regras, incluindo prazos para apreciação terminante.

Evidentemente que suas edições dispensam os debates no Poder Legislativo e são fruto exclusivo da vontade do Chefe do Poder Executivo. Isso acaba por alimentar a disputa política, colocando os partidos políticos em atrito. Desse modo, como precaução, eles usam a ADI perante o STF, mesmo antes de sua votação plena no Poder Legislativo e de eventuais mudanças que possa sofrer durante sua tramitação, mostrando, assim, uma pressa que pode gerar um ganho político imediato, mesmo que seja às custas de uma decisão negativa do Poder Judiciário.

CONCLUSÃO

Como vimos, o advento do moderno constitucionalismo trouxe efetivamente transformações no mundo do direito e inseriu definitivamente a supremacia constitucional como elemento estruturante dos arranjos institucionais contemporâneos. Assim, a relação entre o Poder Judiciário e os demais Poderes transformou-se, por meio do controle de constitucionalidade, em particular o concentrado, em uma relação político-jurídica.

Como anotado, a história do controle concentrado de constitucionalidade chegou à presente quadra como uma ferramenta muito usada pelos legitimados. Destacam-se os partidos políticos em razão dos números relevantes apresentados e pelo papel político que cumprem no manejo desta ferramenta.

Junto com essas mudanças advieram dois fenômenos: i) a tensão permanente entre a democracia exercida pelos poderes majoritários e a supremacia constitucional; e ii) judicialização da política. A tensão é bem debatida, como indicado em parágrafos anteriores. Contudo, não objetivou o presente estudo extrair resoluções definitivas. Serviu, outrossim, para o conhecimento e a contextualização referentes ao objetivo do artigo estimulados pelas teorias substancialistas e procedimentalistas.

A democracia, como dito alhures, é uma construção diária e padece das circunstâncias de seu meio político, social, cultural e econômico. Percebe-se, pelos escritos em parágrafos pretéritos, que nossa democracia liberal estruturou sua separação de Poderes e positivou-a, exigindo independência e harmonia entre eles, e arranjou seu sistema eleitoral e partidário para organizar as disputas pelo controle do Estado, por meio do sufrágio universal e da liberdade e igualdade entre os cidadãos, inclusive para as organizações partidárias.

Fato é que, atualmente, os partidos, em muitas das vezes, buscam produzir fatos políticos e trabalham no fio do tempo irrefletido, ou seja, as ações precisam da imediata resposta, mesmo correndo o risco de serem desmentidos pelo tempo. Daí surge a opção pelo uso da ADI perante o STF, ainda que seja contra o próprio Poder de que fazem parte e que deveriam dar dignidade para aquilo que foi aprovado pelo plenário.

Lado outro, o caminhar do Judiciário provocado pelos partidos componentes do Poder Legislativo ajudou no sobrevir da judicialização da política, do ativismo judicial e da politização da justiça. Serve, pois, essa

referência, para motivar a reflexão imposta a partir das iniciativas tomadas pelos partidos políticos que demandam o Judiciário na expectativa de obter vitórias pelas causas apresentadas, mostrando que parte do fenômeno da judicialização da política decorre dessa ação dos próprios partidos que, tendo em conta os institutos previstos na Constituição Federal (ADI, ADC, ADO e ADPF), usam-nos ordinariamente.

Assim, espera-se dos partidos políticos a cautela no manejo das ações diretas de inconstitucionalidades, pois o STF é dependente de provocação externa para sua tomada de decisão. Dessa maneira, não deve ser a entidade (partido político) que congrega os eleitos como representantes do povo e que tem como responsabilidade elaborar, discutir e aprovar leis e emendas à Constituição o causador da judicialização de temas oriundos da decisão soberana do Parlamento.

Ainda as posições de Jeremy Waldron vieram corroborar a necessária e permanente preocupação em não deixar o Poder Legislativo, originário da soberania da vontade popular, claudicar perante uma circunstância em que ele e o sistema de representação sofrem questionamentos sérios. Não que não procedam muitas críticas. Mas o que colocar no lugar? Dessa forma, cuida-se de trabalhar para recuperar a efetiva representação, com as características da contemporaneidade, na formação do Poder Legislativo.

No que tange aos números captados empiricamente, verificamos diversas situações a comprovar as preocupações centrais do trabalho. Em resumo: i) certifica-se que, efetivamente, a ação direta de inconstitucionalidade é uma ferramenta utilizada fundamentalmente pelos partidos de oposição perante o STF, em uma clara disposição de prolongar a disputa política; ii) dos assuntos levados à apreciação da Corte Suprema, o tema dos direitos fundamentais é uma preocupação residual nessas ações; iii) o instituto da medida provisória é usualmente questionado, inclusive na fase de apreciação do Congresso Nacional.

REFERÊNCIAS

BARROSO, L. R. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Suffragium – Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará*, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009. Disponível em: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5498>. Acesso em: 21 set. 2021.

BONAVIDES, P. *Ciência política*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 set. 2021.

COSTA, A. A.; BENVINDO, J. Z. (coord.). *A quem interessa o controle concentrado de constitucionalidade? O descompasso entre teoria e prática na defesa dos direitos fundamentais*. Brasília: UnB, 2013 [papers]. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2509541. Acesso em: 1º out. 2021.

ENGELMANN, F. Judicialização da política e democracia. *Jornal da Universidade*, Ideias: Porto Alegre, jun. 2017. Disponível em: <https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/165168/001027030.pdf?sequence=1>. Acesso em: 23 set. 2021.

FERNANDES, R. Não há que se falar em ativismo; o Judiciário é provocado, afirma Toffoli. *Conjur – Consultor Jurídico*, 9 abr. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-09/nao-falar-ativismo-judiciario-judiciario-provocado-afirma-dias-toffoli>. Acesso em: 27 set. 2021.

HABERMAS, J. *Direito e democracia, entre a facticidade e validade*. 2. ed. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, v. 1, 2012.

MAUÉS, A. G. M.; LEITÃO, A. F. B. Dimensões da judicialização da política no Brasil: as ADIns dos partidos políticos. *Constitucionalizando direitos: 15 anos da Constituição brasileira de 1988*. *Revista de Informação Legislativa*, v. 41, n. 163, p. 31-50, jul./set. 2004.

MELLO, M. A. Controle de constitucionalidade do processo legislativo ante os princípios democrático e da separação de poderes. In: NOVELINO, M.; FELLET, A. (coord.). *Separação dos poderes: aspectos contemporâneos da relação entre Executivo, Legislativo e Judiciário*. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 339-361.

MENDES, C. H. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, Campus, 2008.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. *Curso de direito constitucional*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MONTESQUIEU, C. de S. *O espírito das leis*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

SANTOS, L. M. F. S. M.; GERAIGE NETO, Z. A oposição entre substancialismo e procedimentalismo ainda faz algum sentido. *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 34, n. 1, p. 1-15, jan./jun. 2018.

SILVA, V. A. *Direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2021.

TAYLOR, M. M.; DA ROS, L. Os partidos dentro e fora do poder: a judicialização como resultado contingente da estratégia política. *Revista Dados*, Rio de Janeiro, v. 51, n. 4, 2008.

Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0011-52582008000400002>. Acesso em: 22 set. 2021.

WALDRON, J. *A dignidade da legislação*. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

Submissão em: 09.01.2023

Avaliado em: 31.01.2023 (Avaliador A)

Avaliado em: 27.01.2023 (Avaliador B)

Avaliado em: 09.02.2023 (Avaliador C)

Aceito em: 23.02.2023