

**Controle de constitucionalidade e judicialização:
o STF frente à sociedade e aos Poderes**

Controle de constitucionalidade e judicialização: o STF frente à sociedade e aos Poderes/ Carlos Ari Sunfeld *et al* - Belo Horizonte Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, 2010.

93 p. -

ISBN: 978-85-62707-21-6

CDD: 340.11



**CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS AMÉRICA LATINA
OBSERVATÓRIO DA JUSTIÇA BRASILEIRA
UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS – UFMG
FACULDADE DE FILOSOFIA E CIÊNCIAS HUMANAS**

Controle de constitucionalidade e judicialização: o STF frente à sociedade e aos Poderes

Instituição proponente:
Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP)

Autores

Carlos Ari Sundfeld, Ester Gammardella Rizzi, Evorah Lusci Costa Cardoso, Flávio Beicker, Francisco Carvalho de Brito Cruz, Gabriele Estábile Bezerra, Gustavo Cesar Mazutti, Lucas Aidar dos Anjos, Luciana Silva Reis, Luciana de Oliveira Ramos, Mariana Ferreira Cardoso da Silva, Nicole Julie Fobe, Renan Barbosa Fernandes, Salomão Barros Ximenes

São Paulo
junho/2011



Secretaria de
Reforma do Judiciário

Ministério
da Justiça



Observatório da Justiça Brasileira

Leonardo Avritzer

Coordenador Geral Observatório da Justiça Brasileira

Criado em fevereiro de 2010, o Observatório da Justiça Brasileira (OJB) integra o Centro de Estudos Sociais América Latina (CES-AL), com sede no Departamento de Ciência Política da Universidade Federal de Minas Gerais (DCP-UFMG), tendo também como parceiro o Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra.

O Observatório da Justiça Brasileira desenvolveu nesta sua primeira etapa¹, cinco pesquisas: I) *Para uma nova cartografia da justiça no Brasil, desenvolvido pelo DCP-UFMG*; II) *Controle de constitucionalidade e judicialização: o STF frente à sociedade e aos Poderes*, desenvolvido pela Sociedade Brasileira de Direito Público; III) *Judicialização e equilíbrio de poderes no Brasil: eficácia e efetividade do direito à saúde*, desenvolvido pela PUC/RS; IV) *Acesso ao direito e à justiça: entre o Estado e a comunidade*, desenvolvido pelo DCP-UFMG; e V) *Judicialização do direito à saúde: o caso do Distrito Federal*, desenvolvido pelo Instituto de Bioética, Direitos Humanos e Gênero.

A proposta do Observatório da Justiça Brasileira, que, por ora, se concretiza neste conjunto de relatórios é desenvolver análises sobre o sistema de justiça brasileiro, visando a orientar o Ministério da Justiça através da Secretaria de Reforma do Judiciário em suas políticas públicas e reformas normativas, bem como apresentar sugestões para o aperfeiçoamento do sistema de justiça nacional.

Assumindo o pressuposto de que por mais imperfeito que seja nosso sistema jurídico não podemos ignorar os avanços institucionais adquiridos ao longo dos anos, colocamo-nos o desafio de aportar conhecimentos e propor reformas no aprimoramento deste.

1 Todos eles financiados pela Secretaria de Reforma do Judiciário.

Expediente

Instituição Proponente

Sociedade Brasileira de Direito Público - SBDP

Equipe de Pesquisa

Carlos Ari Sundfeld (Coordenador)²

Ester Gammardella Rizzi³

Evorah Lusci Costa Cardoso⁴

Flávio Beicker (Assistente de Coordenação)⁵

Francisco Carvalho de Brito Cruz⁶

Gabriele Estábil Bezerra⁷

Gustavo Cesar Mazutti⁸

Lucas Aidar dos Anjos⁹

Luciana Silva Reis (Assistente de Coordenação)¹⁰

Luciana de Oliveira Ramos (Assistente de Coordenação)¹¹

Mariana Ferreira Cardoso da Silva¹²

Nicole Julie Fobe¹³

Renan Barbosa Fernandes¹⁴

Salomão Barros Ximenes¹⁵

Projeto Gráfico, Diagramação e Capa

Leandro Carlos de Toledo

2 Presidente e fundador da Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP). Professor da Escola de Direito de São Paulo da FGV. Professor do Doutorado e Mestrado em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

3 Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

4 Doutoranda em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

5 Mestrando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Assistente de coordenação da pesquisa de janeiro a março de 2011.

6 Graduando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

7 Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

8 Graduando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

9 Graduando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

10 Mestranda em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Assistente de coordenação da pesquisa de agosto a dezembro de 2010.

11 Mestre em Direito pela Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo. Assistente de coordenação da pesquisa de janeiro a março de 2011.

12 Mestranda em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

13 Graduanda em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

14 Graduando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

15 Doutorando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

O presente trabalho é uma versão adaptada do relatório final de execução do projeto de pesquisa intitulado “Judicialização da política e demandas por juridificação: o Judiciário frente aos outros Poderes e frente à sociedade”, concluído pela Sociedade Brasileira de Direito Público (SBDP) em dezembro de 2010, no âmbito da Convocação nº 001/2010, Área Temática: Judicialização e equilíbrio de Poderes no Brasil, promovida pelo Observatório da Justiça Brasileira, centro de pesquisas vinculado à Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).

Copyright© – 2011.

Agradecimentos

Esta pesquisa desenvolve aspectos de trabalho anterior, intitulado *Controle de constitucionalidade dos atos do Poder Executivo*¹⁶, realizado por equipe do Núcleo de Pesquisas da SBDP no âmbito do Projeto Pensando o Direito, da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL/MJ) e do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD). Aquela pesquisa foi debatida durante o evento “Controle de constitucionalidade no Brasil”, realizado em 15 de outubro de 2010, em São Paulo, também no âmbito do Projeto Pensando o Direito, sob a organização da SAL/MJ e do PNUD, da SBDP e do Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (CEBRAP). Na ocasião, os professores Rogério Arantes, Andrei Koerner e Claudia Maria Barbosa teceram valiosos comentários, que serviram para aprimorar os resultados daquela pesquisa e foram considerados para a realização deste trabalho. Agradecemos a todos eles pela colaboração. Agradecemos também aos pesquisadores que trabalharam naquele projeto anterior e apoiaram a execução desta nova pesquisa com críticas e comentários e à SAL/MJ, que financiou aquele trabalho.

A Conrado Hübner Mendes, Gabriel Pereira e Mauricio Albarracín, que exerceram o papel de consultores nesta pesquisa, compartilhando suas experiências no estudo do tema da judicialização e sua expertise no estudo empírico da jurisdição constitucional. A Rodrigo Pagani, coordenador científico do Núcleo de Pesquisas da SBDP, pelas revisões e comentários feitos às versões do relatório.

À professora Débora Diniz e ao professor Leonardo Avritzer, que, no workshop “Repensando o acesso à justiça no Brasil”, realizado pelo Observatório da Justiça Brasileira nos dias 29 de novembro a 4 de dezembro de 2010, ofereceram importantes observações metodológicas à pesquisa. A todos eles somos gratos.

Ao professor Rogério Arantes, pela estreita e produtiva parceria que vem estabelecendo com a SBDP, deve ser especialmente lembrado. Seus comentários, críticas e sugestões, e também as discussões dos relatórios no grupo de estudos “Judiciário e Política” (FFLCH-USP), coordenado por ele e pelo professor Matthew Taylor – a quem também somos gratos –, foram essenciais à execução do trabalho.

Qualquer erro e imprecisão remanescentes são de inteira responsabilidade da equipe de pesquisa.

16 (Série *Pensando o Direito*, volume #30, disponível em: <http://portal.mj.gov.br/main.asp?Team={DFCCBE36-4D36-4650-B6DA-E68546FD1E4E}>).

ÍNDICE

I. Apresentação e objetivos	9
II. Escolhas metodológicas e justificativas	12
II.1 Contexto teórico da pesquisa.....	12
II.1.1 Interação entre Poderes e protagonismo do Judiciário.....	14
II.1.2 Potenciais democratizantes no STF.....	15
II.2 Desenho da pesquisa.....	16
II. 2.1 Análise quantitativa: o que chega e o que faz o STF.....	17
II. 2.2 Análise qualitativa: onde encontrar a judicialização?.....	19
III. O controle preventivo de constitucionalidade	21
IV. Controle repressivo: atos do Legislativo e do Executivo	24
IV. 1 Fatores de entrada: caracterização das demandas.....	24
IV. 1.1 Quadro geral de temas das ações propostas.....	25
IV. 1.2 Quem acessa o STF: atores-demandantes.....	27
IV. 2 Fatores de saída: como decide o STF?.....	34
IV. 2.1 Dados gerais sobre os tipos de resposta e não-resposta.....	34
IV. 2.2 Liminares no STF: teoria e prática.....	38
IV. 2.3 Perfil dos casos com alguma resposta do STF.....	41
IV. 2.4 A “não-resposta do STF”: extinção sem julgamento de mérito.....	46
V. Processo decisório no STF: uma nova agenda de pesquisa	49
V.1 Técnicas de julgamento.....	51
V.1.1 Mandado de injunção com efeitos constitutivos.....	51
V.1.2 Interpretação conforme e modulação de efeitos.....	53
V.1.3 Decisão aditiva, julgamento extra petita e precedente judicial.....	60
V.1.4 Execução das decisões: atribuindo tarefas a outros tribunais.....	63
V.2 Procedimentos decisórios.....	66
V.2.1 Atores externos: amicus curiae e outros.....	66
V.2.2 Audiência pública: organização e possível impacto.....	72
VI. Considerações finais	76
Apêndice: relato dos casos da análise qualitativa	82
VII. Referências bibliográficas	91



I. Apresentação e objetivos

A presente pesquisa teve como *objeto* de estudo o controle de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal (STF), em suas formas preventiva e repressiva, analisado a partir de uma *perspectiva interna ao processo decisório* que se desenvolve no referido Tribunal. De maneira resumida, a escolha desse objeto e enfoque de análise encontra justificativa no debate acerca da interação entre os Poderes Judiciário, Executivo e Legislativo, que guarda estreita relação com a ideia de “judicialização da política”, tema da linha de pesquisa à qual se vincula o presente trabalho.

Desde logo, necessário esclarecer que a presente pesquisa não se desenvolve a partir do *conceito* de judicialização da política, como seria razoável supor. Muito embora várias sejam as tentativas de formulação de um conceito fechado e acabado, não se pode afirmar se há alguma mais “correta” que outra. As dificuldades para definir de forma minimamente precisa a ideia de *judicialização da política* têm impacto direto sobre quaisquer trabalhos aplicados que pretendam se dedicar ao assunto. Na realidade, há mesmo quem sustente que um trabalho de cunho empírico sobre o tema dificilmente poderia ser concluído com sucesso.¹⁷

Considerando este problema, foram traçados os dois principais *objetivos* deste trabalho. O primeiro deles é o de produzir informações – até o momento escassas em trabalhos acadêmicos – que possam de alguma forma lançar luz sobre como se dá a dinâmica das relações entre as instâncias decisórias superiores do país, elegendo o controle de constitucionalidade como campo privilegiado de observação da atividade do Supremo Tribunal Federal em sua interação com os Poderes Legislativo e Executivo. Com respeito a esse objetivo, foram investigados (de maneira predominantemente quantitativa) tanto o controle preventivo de constitucionalidade – aquele que se dá ainda no momento de discussão dos projetos de lei – quanto o controle repressivo – aquele que incide propriamente sobre a legislação já existente.

Os resultados encontrados mostram que o primeiro tipo de controle é inefetivo: apesar de se tratar de um instituto construído pelo próprio Supremo Tribunal Federal – que, assim, reserva-se a prerrogativa de usá-lo de maneira mais alargada ou mais estreita –, ele se dá por uma via extremamente limitada (pode acontecer apenas por meio de mandados de segurança impetrados exclusivamente por parlamentares) e não pode ser considerado relevante como indicativo do suposto ativismo do Tribunal. Ao contrário, mostra um STF cauteloso ao controlar a constitucionalidade de projetos de lei ainda sob discussão no Congresso Nacional.

Em relação ao controle repressivo de constitucionalidade, os resultados apontam para vários pontos de interesse, mas nenhum deles permite afirmar que o Supremo Tribunal Federal seja uma Corte ativista, não permitem nem mesmo situar em quais momentos poderiam ser apontados focos de “judicialização”. O perfil que pode ser traçado a partir dos dados encontrados é o de uma Corte que recebe demandas de um grupo de atores relativamente

17 Cf. MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. *Lua Nova*, n. 57, 2002.

homogêneo, e decide muito pouco sobre o mérito das ações – ainda que, tendencialmente, ela esteja deixando de ser um “tribunal de liminares”.

Em síntese, os resultados mostram que: (i) no que se refere aos atores demandantes e às questões tematizadas, há variação considerável com a mudança de governos; (ii) os principais demandantes nas ações de controle de constitucionalidade repressivo são os partidos políticos, seguidos dos sindicatos e das entidades de classe, sendo que, no que diz respeito aos legitimados da sociedade civil, verificou-se que eles representam grupos de interesse razoavelmente homogêneos, com predominância dos interesses de carreiras públicas e do setor terciário da economia; (iii) o instituto do *amicus curiae* parece estar se consolidando no Brasil, no entanto, ele tem significado uma sobre-representação no STF dos atores já legitimados para a propositura de ações de controle concentrado de constitucionalidade, uma vez que as entidades de classe e os sindicatos são, ao mesmo tempo, um dos principais demandantes nas ações de controle de constitucionalidade abstrato e também na qualidade de *amicus curiae*; (iv) a partir de 2002, houve uma mudança de perfil dos julgamentos do STF, de modo que este deixou de decidir predominantemente por meio de liminares e passou a proferir mais decisões de mérito – até 2002, as liminares cumpriram uma função importante de responder às ações em que se questionavam atos normativos originários do Executivo, especialmente as medidas provisórias¹⁸, depois dessa fase, o considerável aumento do número de decisões de mérito no STF indicou a sua consolidação como Corte constitucional, valendo-se da aplicação reiterada do art. 12 da lei da ADI; (v) não obstante o aumento do número de decisões de mérito proferidas pelo Tribunal em detrimento das decisões liminares, constatou-se um baixo número de ações de controle de constitucionalidade que recebem decisão de mérito, especialmente quando questionam atos normativos originários do Executivo, e a razão para a predominância das chamadas “ações sem resposta”, que acabaram “ficando pelo caminho”, está ligada a aspectos formais, como a perda de objeto, ilegitimidade ativa ou impossibilidade jurídica do pedido.

Esses resultados, aqui expostos sinteticamente e detalhados pelos dados adiante demonstrados, levam à conclusão de que a importância do STF no cenário político atual não decorre da quantidade de ações que julga, mas da maneira como decide temas relevantes.

Tal constatação conduz à exposição do segundo objetivo do presente estudo: mapear, por meio de um estudo qualitativo, *técnicas de julgamento e procedimentos decisórios* usados pelo Supremo Tribunal Federal para delimitar seu próprio espaço de deliberação.

Neste ponto, buscou-se contribuir para a construção de uma agenda de pesquisa em direito e ciências sociais que priorize a análise institucional dos órgãos jurisdicionais.

¹⁸ Nesse caso, há outro tipo de decisão que pode ter um impacto sobre a atuação dos outros Poderes, que não unicamente a decisão final de mérito proferida pelo STF. Como será visto, uma medida provisória que liminarmente tem sua eficácia suspensa, por haver indício de inconstitucionalidade, pode ser revogada pelo Executivo. Do ponto de vista jurídico, essa situação configuraria a “perda de objeto”, resultando na extinção da ação sem julgamento do mérito. Ainda assim, a decisão liminar teve alguma repercussão na esfera política.

Acreditamos que, por meio desse tipo de estudo, é possível aferir mais precisamente se existe, e como opera, o ativismo dos tribunais, e também encontrar subsídios para uma análise crítica da qualidade do *processo deliberativo e legitimação democrática* de órgãos jurisdicionais em geral.

Com respeito a esse segundo objetivo, os resultados da pesquisa mostram, em síntese, que o STF tem inovado constantemente no seu modo de decidir, criando ou aplicando novas técnicas de julgamento – como modulação de efeitos e interpretação conforme a Constituição, entre outras – e trabalhando com os procedimentos decisórios de maneira criativa – permitindo a ampla participação de atores externos, por meio de *amicus curiae* ou de audiências públicas.

Tais técnicas e procedimentos são determinantes para se aferir o “nível de interferência” do STF nos demais Poderes, pois, por meio deles, é possível alargar ou diminuir a competência da jurisdição constitucional em cada caso, já que o próprio Tribunal tem a palavra final ao interpretar a Constituição e definir os limites de suas próprias prerrogativas. Esse controle amplo sobre os limites de sua atuação parece estar associado a uma alta carga de subjetivismo na aplicação dessas novas técnicas e procedimentos. Ainda que os dois procedimentos decisórios identificados (*amicus curiae* e audiência pública) permitam a abertura da Corte à sociedade, eles são aplicados de maneira pouco equânime, estando muito atrelados às escolhas exclusivas do ministro relator, caso a caso.

Na linha de uma tendência identificada em alguns trabalhos já produzidos sobre o assunto, a presente pesquisa procurou trabalhar com a ideia de “judicialização” a partir da perspectiva interna ao Poder Judiciário, tendo como foco prioritário de análise o *processo decisório e a participação dos diversos atores que buscam de alguma forma influenciá-lo*. Nesse *processo*, importam diversas variáveis, tais como a fundamentação desenvolvida pelos órgãos judiciais, bem como o papel desempenhado pelos atores envolvidos¹⁹.

Trata-se aqui de investigar não apenas se decisões judiciais têm impacto sobre questões “políticas” (*output*), mas também averiguar se e como os juízes e ministros tratam esse tipo de questão e os dilemas que envolvem uma decisão sobre temas “politicamente sensíveis”. Em outras palavras, buscou-se investigar qual papel o Judiciário se apregoa e como ele lida com as dificuldades inerentes à função que pretende desempenhar²⁰.

Isso significa que não se almejou fazer um estudo das causas e efeitos da judicialização, apontando possíveis benefícios ou prejuízos desse processo na sociedade atual. Também não se trata de aplicar o conceito no estudo de um tema específico (como direito à saúde ou à educação, *e.g.*). A proposta, aqui, é levar a sério o projeto da linha de análise segundo a qual

19 Aqui, refere-se tanto àqueles atores que provocam o Judiciário a decidir sobre determinada questão com viés político, quanto àqueles que procuram influenciar os tribunais e juízes durante o processo, como terceiros intervenientes, *amici curiae* ou palestrantes em audiência pública.

20 Independentemente de uma avaliação sobre se esse papel é ou não juridicamente legitimado em face do desenho institucional traçado na Constituição Federal de 1988.

os processos de judicialização só serão adequadamente compreendidos com a abertura da “caixa preta” do Judiciário²¹. Mais do que a “judicialização”, julga-se relevante compreender como e com base em quais fundamentos um dos três Poderes da República – aquele que tem o poder de decisão em última instância – decide temas que dizem respeito também aos outros Poderes.

Para isso, não é suficiente trabalhar apenas com o resultado da atividade jurisdicional, isto é, com o binômio “intervém/não intervém”, extraído das decisões judiciais. É preciso avaliar a complexidade do processo decisório jurídico como um todo, que abarca múltiplos instrumentos à disposição de uma ampla diversidade de atores, e cujo resultado nem sempre se permite situar nos extremos do binômio acima apontado.

Nesse sentido, para abarcar essa complexidade no âmbito do Supremo Tribunal Federal, buscou-se: (i) caracterizar as demandas que lá chegam, tanto a partir de uma tipologia propriamente jurídica dos temas que mais suscitam questionamentos quanto a partir de uma tipologia dos próprios atores que demandam;²² (ii) no que se refere à resposta dada pelo Tribunal, considerar os significados diversos que podem ter uma decisão liminar, uma decisão de mérito ou uma decisão que extingue o processo, e qual impacto cada tipo de decisão pode ter sobre diferentes tipos de atos normativos²³; e (iii) investigar os detalhes do processo decisório, a partir da hipótese de que é somente nesses detalhes que se pode aferir o real impacto das decisões do STF nos demais Poderes e na sociedade civil.

II. Escolhas metodológicas e justificativas

II.1 Contexto teórico da pesquisa

A partir dos trabalhos acadêmicos que tratam do tema parece que o conceito de “judicialização da política”, apesar de sua vagueza semântica, refere-se pelo menos a um ponto comum em todos os contextos nos quais é invocado: *ele serviria para designar um processo de expansão do exercício do poder jurisdicional dos tribunais, que passa a ser usado na decisão de conflitos de ordem política*. O que seriam propriamente *conflitos políticos* não é algo evidente entre os autores, assim como as perguntas sobre *se e em que medida* essa expansão seria fruto de um “voluntarismo ativista” do Judiciário, ou resultado exclusivo do desenho de competências previsto na Constituição Federal de 1988.

Como salientado no tópico anterior, essa constitui uma das principais dificuldades práticas de uma pesquisa empírica sobre o tema, uma vez que a definição dessas questões tem

21 Cf. TAYLOR, Matthew M. Citizens against the State: the riddle of high impact, low functionality courts in Brazil. *Revista de Economia Política*, v. 25, n. 4, 2005.

22 Aqui, deve-se ter em mente, por exemplo, que os atores da sociedade civil legitimados para a propositura de ações de controle de constitucionalidade (como entidades de classe e sindicatos) não formam um grupo homogêneo. Isso significa que o mesmo ator pode levar ao STF temas variados.

23 Cf., a respeito, as considerações feitas no tópico V.II, *infra*.

impacto direto no recorte e na forma de seleção do material de análise. Arantes²⁴, por exemplo, menciona que um recorte possível seria o que abrangesse quaisquer conflitos envolvendo realização de políticas públicas. Um uso mais restrito do conceito, por outro lado, costuma associar a judicialização ao deslocamento para o Judiciário de disputas políticas típicas do jogo político-partidário²⁵.

Associada a essa ideia-base, está a noção de *desequilíbrio* entre os três Poderes ou *anomia institucional*. Posto de outra forma: o Judiciário seria chamado a intervir nos casos em que o funcionamento do Legislativo e do Executivo se mostrasse falho²⁶; não-digno de confiança²⁷; ou, ainda, ineficaz, no contexto mais geral de crise da capacidade regulatória do Estado²⁸.

Neste ponto, é importante notar que parte da literatura parece considerar de forma séria a hipótese de que judicialização seria um fenômeno advindo de um determinado desenho institucional – presente na Constituição de 1988, a qual atribuiu amplos poderes ao Judiciário –, muito mais do que o resultado de uma “vontade” dos tribunais de intervirem.²⁹ No entanto, ainda não está muito claro se a formatação de competências e as formas de acesso às instâncias decisórias garantidas na Constituição Federal devam ser encaradas como uma das *causas* da judicialização, ou apenas uma de suas *condições facilitadoras* (ou necessárias).

Longe de tentar justificar a filiação do presente trabalho a um autor ou uma corrente teórica definida, o que se procurou fazer nos tópicos seguintes é justamente apresentar as linhas mestras que a equipe de pesquisa julgou relevantes para caracterizar, ainda que de modo um pouco precário (ante as dificuldades de conceituação apontadas acima), possíveis maneiras de acessar o fenômeno da “judicialização da política” por meio de uma pesquisa empírica. Essas linhas constituem um *marco teórico*, em função do qual a presente pesquisa foi concebida e executada. A exposição clara dessas preocupações e da postura adotada pela equipe de pesquisa diante destas, é condição necessária para a compreensão das escolhas feitas ao longo do processo de desenho da pesquisa.

24 Cf. ARANTES, Rogério Bastos. Direito e política: o Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 14, n. 39, 1999.

25 Cf., por exemplo, TAYLOR, Matthew M.; DA ROS, Luciano, Os partidos dentro e fora do poder: a judicialização como resultado contingente da estratégia política. *Dados*, v. 51, n. 4, 2008.

26 Cf., por exemplo, CASTRO, Marcus Faro de. O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política”. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 12, n. 34, 1997; e VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV* 8, v. 4, n. 2, 2008.

27 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Poder judiciário na constituição de 1988. Judicialização da política e politização da justiça. *Revista de Direito Administrativo*, n. 198, 1994.

28 FARIA, José Eduardo. O sistema brasileiro de Justiça: experiência recente e futuros desafios. *Estudos Avançados*, v.18, n. 51, 2004.

29 Este ponto é o argumento central de CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Trajetória da revisão judicial no desenho constitucional brasileiro: tutela, autonomia e judicialização. *Sociologias*, n. 23, 2010. No mesmo sentido, ver também OLIVEIRA, Vanessa Elias de, Judiciário e privatizações no Brasil: existe uma judicialização da política?. *Dados*, v. 48, n. 3, 2005, ao afirmar que a judicialização compreende o processo de acionamento do Judiciário, já que este não age por iniciativa própria. De modo contrário, ainda há alguns autores (como CASTRO, Marcus Faro de. *Op. cit.*) que destacam como causa do fenômeno a pró-atividade dos tribunais na definição das questões sobre as quais devem intervir.

II.1.1 Interação entre Poderes e protagonismo do Judiciário

Como visto nos tópicos anteriores, uma ideia subjacente à noção de “judicialização da política” é a de um *protagonismo* dos órgãos do Poder Judiciário na resposta a questões de grande relevância nacional, referidas, de um modo geral, como questões de natureza política, em razão da legitimação democrática que demandam. Alguns autores chegam mesmo a indicar como exemplo dessas questões a definição de políticas públicas (tais como as políticas de saúde, educação etc.).

Dessa forma, reputa-se razoável partir da premissa de que um estudo empírico sobre “judicialização da política” deve necessariamente reservar um espaço de destaque para a produção de dados que possam esclarecer a dinâmica das relações entre os Poderes, de modo a permitir que se faça uma leitura da realidade com vistas a definir: (i) o que seria protagonismo do Judiciário? (ii) O Judiciário brasileiro é de fato protagonista? (iii) Em caso afirmativo, ele não poderia, nem deveria ser? O presente trabalho, como dito, não pretende esclarecer de modo peremptório todas essas questões complexas. Ele tem a finalidade apenas de fornecer informações e subsídios para outros trabalhos que tentem enfrentar e responder essas perguntas.

É preciso deixar claro, desde já, que a própria ideia de judicialização aqui adotada não é nada mais do que um processo de demanda e resposta – um processo circular, pois a resposta da jurisdição vai influenciar os tipos de pedidos feitos, e vice-versa. Nesse sentido, a presente pesquisa buscou dados para elucidar a interação entre os Poderes, que estaria atuando como suposto protagonista na tomada de *decisões de caráter predominantemente político*.

A despeito das dificuldades anteriormente apontadas a respeito da caracterização do que seriam *questões essencialmente políticas* como um âmbito temático ou *locus* propício para a ocorrência do fenômeno da judicialização, a presente pesquisa procurou evitar tais problemas por meio da seguinte escolha: tratar exclusivamente de ações envolvendo controle de constitucionalidade.

Por mais que seja problemático o conteúdo semântico da judicialização da *política*, parece razoável assumir que problemas de ordem constitucional (ainda que não em todos os casos) possam, em geral, ser caracterizados como questões de *natureza política*. Dessa forma, acredita-se que, com esse recorte *ex ante*, por mais que muitos casos relevantes para a *judicialização* fiquem de fora³⁰, abarca-se uma parte expressiva das questões e problemas levados ao STF que tenham a configuração de *disputas políticas*. Em outras palavras, parte-se da premissa de que o controle de constitucionalidade seria um âmbito privilegiado para observação da interação entre Poderes e também do suposto fenômeno da *judicialização da política*.

30 Ao mesmo tempo em que outros casos, sem relações diretas com a ideia de judicialização e interação de Poderes, sejam incluídos.

Tendo isso em mente, ainda que uma definição acabada do que seria tal fenômeno esteja distante das perspectivas deste trabalho, pode-se dizer que esta pesquisa se estrutura a partir de duas perguntas principais. Em primeiro lugar, quem acessa o STF e quais questões são levadas à sua apreciação e deliberação? Em segundo, como decide o STF? Essas perguntas representam, na verdade, as duas pontas de todo processo jurídico, quais sejam, o pedido e a resposta da jurisdição.

Como estamos no âmbito do controle de constitucionalidade, inevitável reconhecer, aqui, que um dos problemas tocados é justamente o da relação entre o Judiciário e os demais Poderes, que terão sua produção normativa controlada pelo STF.

Olhar para a figura central do conceito que ora se debate (o Poder Judiciário), procurando entender sua forma de raciocínio argumentativo e como essas questões são enfrentadas nos votos dos ministros, na fundamentação de suas decisões, é essencial para caracterizar o fenômeno. Como será visto mais adiante, uma das maneiras de se fazer isso é justamente observando a argumentação do Tribunal ao, por exemplo, delimitar sua própria competência e reagir à provocação de terceiros. Nessa tarefa, acreditamos que a expertise de juristas pode ser muito útil.

Nesse sentido, a proposta é entender o que ocorre no interior de tal processo, e não somente nas pontas. *A rigor, portanto, a ideia de judicialização não é ela mesma um conceito-chave para a realização da pesquisa* – poder-se-ia simplesmente falar em um estudo do processo decisório do Supremo Tribunal Federal. No entanto, como o texto a ser desenvolvido pretende deixar claro, uma pesquisa desenhada nesses termos cumpre um papel claro na discussão teórica sobre o termo.

II.1.2 Potenciais democratizantes no STF

Outro elemento da discussão presente no debate sobre a “judicialização da política” diz respeito aos impactos que o fenômeno poderia ter sobre a *legitimidade democrática* das escolhas e decisões fundamentais a serem tomadas no país. Caso se considere, como visto nos tópicos anteriores, que a judicialização pode ser traduzida na ideia de *protagonismo judicial* na resposta a questões públicas de grande alcance nacional, essa decisão (ou conjunto de decisões) deve responder a uma demanda por legitimação democrática, dada a natureza (política) das questões envolvidas.

Essa preocupação com a legitimação das escolhas políticas, por estar imbricada com o debate acerca da judicialização da política, não ficou de fora do espectro de análise da presente pesquisa. Não por outra razão, a ideia de mapear os *potenciais democratizantes* da atuação do Supremo Tribunal Federal se relaciona com o segundo objetivo desta pesquisa, qual seja, o de investigar as formas de participação de atores externos no processo decisório.

A ideia de potenciais democratizantes perpassa a análise da “judicialização” como um *processo*, permitindo que se observem os diversos canais de abertura do STF para a

sociedade civil, bem como seus limites e alcance, não apenas no momento em que o Tribunal é provocado para decidir sobre determinada questão, mas também durante as sucessivas etapas de construção de uma decisão. Do ponto de vista teórico, são esses canais que permitem um maior controle social das decisões do Tribunal, especialmente em se tratando de temas que envolvam a relação entre direito e política.

II.2 Desenho da pesquisa

A presente pesquisa pretende fornecer um *panorama do controle de constitucionalidade, tanto repressivo quanto preventivo, exercido pelo STF*. Com relação ao controle de constitucionalidade repressivo, optou-se, em um primeiro momento, por trabalhar com o controle concentrado-abstrato, tendo sido possível construir um banco de dados exaustivo, em razão da boa catalogação dessas ações feita pelo sítio do STF na *internet*.

Esse recorte abrange, portanto, as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI)³¹, as Ações Diretas de Constitucionalidade (ADC) e as Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), propostas perante o STF entre 1988 e julho de 2010, questionando a constitucionalidade de atos normativos emanados do Legislativo (Congresso Nacional) e Executivo federais³². Dessa forma, foram excluídas as decisões em sede de Recursos Extraordinários (RE) e Mandados de Segurança (MS), nas quais é proferido um juízo de constitucionalidade para o caso concreto e em caráter incidental.³³

Ainda no que se refere ao controle repressivo, optou-se por trabalhar com dois grupos de ações: aquelas que questionam atos originários do Poder Legislativo Federal e aquelas que questionam atos originários do Poder Executivo Federal. Tal recorte justifica-se pelo fato de ser o controle de constitucionalidade uma das atividades institucionais que mais claramente se coloca na fronteira entre os Poderes, fazendo com que seu estudo possa fornecer importantes subsídios para o estudo da separação de Poderes como algo que é supostamente afetado pela chamada *judicialização da política*.

Quando se fala em *panorama*, entretanto, tem-se um tipo de análise mais afeita aos estudos quantitativos, por meio do qual é possível, *e.g.*, apurar os motivos da extinção sem julgamento de mérito, situação que está ligada à “auto-limitação” do Tribunal, à sua decisão de não decidir, por meio da ausência de resposta.

31 Foram excluídas desse recorte as Ações Diretas de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), porque o objeto questionado nestas ações não é um ato normativo emanado do Poder Executivo ou do Legislativo, mas sim a ausência de uma norma que deveria ter sido editada, mas ainda não foi. Tendo em vista que o presente estudo está focado no controle concentrado de constitucionalidade de atos normativos oriundos dos demais Poderes, as ADO não se encaixam nesse propósito.

32 Não foram consideradas as ações que impugnam atos normativos produzidos pelo Legislativo ou Executivo dos Estados ou dos Municípios. O objeto de estudo desta pesquisa limita-se às ações de controle concentrado de constitucionalidade cujos atos impugnados são leis ou atos normativos federais, excluindo-se os atos normativos estaduais ou municipais.

33 A escolha por trabalhar apenas com as ações do controle repressivo concentrado-abstrato se justifica diante da necessidade de garantir amplo acesso ao material por meio do sítio do STF na *internet*, em que a maior parte dessas ações estão devidamente catalogadas e identificadas.

No entanto, como já notado acima, não é viável apontar, por meio desse tipo de estudo, as inúmeras variáveis que aparecem em toda a extensão do processo decisório, especialmente aquelas que aparecem em seus detalhes. Assim, para além do panorama acima descrito, também foi feita uma *pesquisa exploratória de novos procedimentos e técnicas que começam a aparecer no processo decisório do STF*.

Para tanto, escolheu-se analisar determinados casos de ampla repercussão, inclusive na mídia, que foram considerados como ilustrativos do fenômeno de judicialização da política no Tribunal ou de ativismo judicial. Tais casos trazem questões diretamente relacionadas às variáveis mencionadas, como será visto logo adiante.

Com as observações dos tópicos seguintes, pretende-se deixar claro que o desenho da pesquisa origina-se da identificação, na literatura, de um campo no qual os juristas podem fazer contribuições mais acuradas. Se judicialização é entendida como processo de demanda e resposta, i.e., nos termos da estrutura do próprio processo jurídico, há várias contribuições que o Direito pode fazer para o entendimento desse processo, cujas peculiaridades internas ainda não foram detalhadas pela literatura analisada. Enxergar as possibilidades que existem nesse processo é uma maneira de identificar os espaços de democratização, assim como os déficits de legitimidade, existentes no fenômeno da judicialização.

II.2.1 Análise quantitativa: o que chega e o que faz o STF

O presente trabalho é dividido em duas partes. A primeira consiste em uma análise de cunho quantitativo do controle de constitucionalidade preventivo (durante o processo legislativo no Congresso Nacional) e repressivo (após a edição do ato normativo pelo Executivo e pelo Legislativo), realizada com base nos dados coletados e trabalhados a partir das informações oficiais, disponíveis no sítio do STF na *internet*. A segunda consiste na análise qualitativa das decisões proferidas pelo STF em sede de controle de constitucionalidade.

Como será visto, os dados mencionados acima foram coletados e analisados tendo em vista os dois eixos propostos como *marco teórico* do presente trabalho: a interação entre Poderes; e os potenciais democratizantes do STF. A partir das perguntas centrais para esta pesquisa – “*quem acessa o STF?*”, “*o que é levado a ele?*” e “*como decide o STF?*” –, as informações coletadas foram divididas em dois grupos, abrangendo diferentes variáveis.

No primeiro grupo, chamado de *fatores de entrada*, encontram-se informações concernentes a variáveis que caracterizam a demanda que é levada ao STF. Aqui, esses dados podem ilustrar a judicialização da política entendida não apenas como um *aumento* da demanda judicial (dados como a distribuição temporal e periodização das ações propostas ajudam a lançar luz sobre essa tese), mas também como uma *mudança qualitativa* dessa demanda. Isso porque as informações e hipóteses levantadas permitem caracterizar o perfil de quem acessa o STF (tipo de demandante), quais os assuntos mais recorrentes no controle concentrado de constitucionalidade (temas das ações), e com que velocidade essas questões

emergem da arena política (Congresso Nacional e Executivo) para serem *judicializadas*³⁴.

Ademais, essas informações também podem auxiliar na investigação da presença de *potenciais democratizantes* no controle de constitucionalidade brasileiro, haja vista que permitem caracterizar o perfil dos demandantes que acessam o STF – constitucionalmente legitimados (art. 103, da Constituição Federal) para provocar o controle concentrado de constitucionalidade –, bem como o tipo de questão e os problemas que levam ao Tribunal. Sob esse aspecto, também relevante frisar que é o próprio STF quem confere maior abertura ou restritividade no acesso ao controle concentrado de constitucionalidade, já que ele mesmo fixa os parâmetros e critérios para aferir a legitimidade de sindicatos, associações e entidades de classe, determinando o alcance do quesito “pertinência temática”.

O segundo grupo de informações analisadas, chamado de *fatores de saída*, procura dialogar com a tese de que a judicialização da política diz respeito não somente ao *tipo* de demanda judicializada, mas também à forma com que o STF reage à demanda que lhe é proposta. Em outras palavras, esses dados podem esclarecer melhor *se e como* o STF tem se mostrado mais ou menos “interventivo”³⁵ ao controlar a atividade normativa atribuída constitucionalmente ao Legislativo e, em algumas hipóteses, também ao Executivo federal.

Destacam-se, neste ponto, não somente os dados sobre o julgamento final de mérito (ações julgadas procedentes, parcialmente procedentes ou improcedentes), mas também acerca das ações que foram extintas sem julgamento de mérito (aquilo que “ficou pelo caminho”). Além disso, há espaço para discutir a importância que as decisões em sede de liminar tiveram no controle de constitucionalidade brasileiro (inclusive levantando hipóteses sobre as reações que os resultados liminares produzem nos demandantes e no Poder demandado), e as razões pelas quais essas decisões provisórias estão em movimento descendente, diminuindo cada vez mais.

O site do STF apresenta-se como principal ferramenta de pesquisa. O levantamento do material de análise abrange todas as ADI, ADC e ADPF que têm por objeto o controle de constitucionalidade de atos normativos do Executivo e Legislativo federais, ajuizadas perante o Tribunal entre outubro de 1988 (promulgação da Constituição Federal) e julho de 2010. Apurou-se que, dentre as 4.434 ADI, 215 ADPF e 28 ADC propostas, distribuídas e catalogadas no sítio do STF em todo o período: 877 ações – aproximadamente 66% do universo de análise desta pesquisa e 20% do total de ações no STF – dizem respeito ao controle de *atos normativos originados do Poder Executivo Federal*,³⁶ e 458 ações – que

34 Por *judicialização*, aqui, entende-se o simples ato de propositura de uma demanda judicial (no caso, tendo por objeto o controle concentrado de constitucionalidade de um ato normativo).

35 Deve-se tomar o cuidado, aqui, de entender “interventivo” não como um juízo de valor negativo, como se o STF estivesse agindo fora de suas prerrogativas constitucionais, ou mesmo que ao julgar uma lei inconstitucional não tome sua decisão com base em parâmetros objetivos. Para todos os efeitos, a ideia de um STF “interventivo”, no presente trabalho, é usada tão-somente para designar o fato de que quantitativamente o STF tem barrado mais ou menos a produção normativa dos demais Poderes.

36 Necessário esclarecer que foram considerados atos originários do Executivo federal, além das normativas que

correspondem a 34% do universo de análise desta pesquisa e 10% do total de ações ajuizadas no STF – versam sobre a *produção normativa com origem no Legislativo federal*.

Relativamente ao *controle preventivo*, tendo em vista o número bastante reduzido de acórdãos encontrados³⁷, verificou-se que ele é admitido apenas excepcionalmente pelo STF, como será visto adiante. Dessa forma, sua análise, ainda que pudesse ser estruturada da mesma maneira que a concebida para o estudo do *controle repressivo*, encontra-se destacada no Capítulo III, e concentra tanto um exame de enfoque quantitativo, aqui chamado de *análise descritiva*, quanto uma análise qualitativa da argumentação desenvolvida pelos ministros nesses casos, aqui chamada de *análise do entendimento* do STF.

II.2.2 *Análise qualitativa: onde encontrar a judicialização?*

O Capítulo V é dedicado a uma análise qualitativa das decisões proferidas pelo STF em sede de controle de constitucionalidade. Como já adiantado, esta análise foi precedida da constatação de que um mero estudo quantitativo do controle de constitucionalidade talvez não pudesse dizer muito sobre aquilo que normalmente se identifica como judicialização da política no Brasil.

Essa conclusão está resumida no tópico V.3, *infra*, e tem como base a seguinte informação: ainda que seja feita a ressalva de que se trata apenas de casos de controle de constitucionalidade de atos do Executivo e Legislativo federais, fato é que, ao menos do ponto de vista quantitativo, em menos de 10% do total de casos analisados há uma efetiva “intervenção” do STF, ao julgar procedente uma ADI e declarar inconstitucional um ato normativo produzido pelo Legislativo ou Executivo, como será visto oportunamente.³⁸

De maneira geral, pretende-se apontar para uma nova *agenda de pesquisas* dentro da ampla temática da “judicialização da política”, além de oferecer uma contribuição consistente para o debate, utilizando a expertise da equipe de pesquisa em análise de argumentação jurídica desse tipo. Em termos mais concretos, o objetivo da análise empreendida é observar do ponto de vista qualitativo as variáveis internas ao processo decisório do Tribunal. Para tanto, foi preciso descer ao nível argumentativo dos votos dos ministros para observar como o STF se situa no contexto da interação entre os Poderes.

ele tem competência para editar, como resoluções e portarias, também os projetos de lei e propostas de emenda constitucional de sua iniciativa, bem como projetos de lei de conversão de Medidas Provisórias. Essa distinção é necessária, tendo em vista que parte significativa da produção normativa do Executivo federal também se submete ao processo legislativo tradicional. A finalidade de coleta e produção desses dados e informações diz respeito única e exclusivamente à *atividade normativa* do Poder Executivo (e aos instrumentos que ele tem à disposição para inovar a ordem jurídica).

37 Aqui, a base de pesquisa foi construída a partir do cruzamento de três fontes: a) pesquisa jurisprudencial por meio de palavras-chave na página eletrônica do STF; b) resposta a consulta específica, encaminhada pela Assessoria de Gestão Estratégica do STF; e c) levantamento dos precedentes citados pelo Tribunal nos casos das duas primeiras fontes.

38 Trata-se de número relativamente baixo, que não permite falar em “judicialização”, se esta for entendida como um aumento (numérico) dos casos em que o Judiciário intervém na atuação dos demais Poderes.

A importância desse tipo de abordagem pode ser justificada pela análise de novas técnicas decisórias que vêm sendo adotadas pelo STF. Muito embora possa parecer trivial, à primeira vista, que o exercício do controle de constitucionalidade pelo Tribunal consista em barrar (por meio da *declaração* de inconstitucionalidade) leis e demais atos normativos federais e estaduais considerados incompatíveis com a Constituição – tarefa muitas vezes traduzida na ideia de *legislador negativo*³⁹ – há diversos casos nos quais as decisões do Tribunal deixam de se situar em extremidades opostas (a exemplo do binômio precedente/imprecedente), e passam a adentrar uma espécie de zona cinzenta.

Isso acontece, por exemplo, quando o Tribunal, para não declarar a inconstitucionalidade de uma lei, decide “salvar” o trabalho do legislador e enuncia aquela que, no seu entender, seria a única interpretação constitucionalmente possível de determinado texto normativo. Trata-se daquilo que a teoria jurídica costuma denominar *interpretação conforme a Constituição*, e que difere da noção clássica do STF como mero *legislador negativo* que simplesmente extirpa do ordenamento jurídico as normas inconstitucionais⁴⁰.

Independentemente da postura crítica que se possa ter diante de uma tal técnica decisória⁴¹, fato é que questões como a relação entre os Poderes e o papel que o STF se avoca em situações como no exemplo acima, podem ser melhor compreendidas a partir de uma análise qualitativa da argumentação desenvolvida pelos ministros. Isso porque, caso consideremos decisões desse tipo apenas por seu *output*, traduzido no binômio ação julgada precedente/imprecedente, informações como esta são facilmente perdidas.⁴²

Dessa forma, procurou-se investigar, dentre as distintas técnicas decisórias de que tem lançado mão (*e.g.*, modulação de efeitos, interpretação conforme a Constituição, etc.), como o Tribunal, enquanto última instância do Poder Judiciário e intérprete privilegiado da Constituição, fixa os limites e o alcance de suas próprias prerrogativas. Essa discussão, invariavelmente, toca a problemática da interação entre os Poderes, conforme será visto oportunamente.

Além disso, a análise qualitativa também se relaciona a outro dos eixos de análise proposto no marco teórico. Um dos potenciais democratizantes da atividade do Supremo consiste na possibilidade, prevista em lei, de que entidades de classe, especialistas em assuntos técnicos e representantes de partes com interesses antagônicos em determinada

39 Cf. PINHEIRO, Victor Marcel. O STF e o mito do legislador negativo. In: COUTINHO, Diogo R.; VOJVODIC, Adriana M. (orgs.), *Jurisprudência constitucional: como decide o STF?* São Paulo: Malheiros, 2009.

40 Cf. BONAVIDES, Paulo. A presunção de constitucionalidade das leis e interpretação conforme a Constituição. In: BONAVIDES, Paulo (org.), *Teoria da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência*, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade. São Paulo: Malheiros, 2001.

41 Cf. SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação conforme a constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial. *Revista Direito GV*, v. 2, n.1, 2006.

42 Não raro, os ministros optam por conferir uma interpretação conforme ao dispositivo normativo impugnado, e julgam a ação improcedente ou parcialmente procedente (ou negam provimento ao recurso). Cf., por exemplo, a ADI 442/SP, Rel. Min. Eros Grau, J. 14.04.2010; ADPF 46/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, J. 05.08.2009; e item VI.1, *infra*.

questão constitucional participem, em alguma medida, dos trabalhos do STF.⁴³

Essa abertura do Tribunal tem se dado por meio de dois institutos específicos: os *amicus curiae* e as audiências públicas. Como será visto, a lei delegou ao próprio Tribunal a definição de algumas questões, tais como o procedimento para requerer e a decisão sobre a pertinência, em cada caso, da participação de atores da sociedade civil como *amicus curiae* ou palestrantes em audiência pública. Aqui, mais uma vez por meio da análise qualitativa, buscou-se avaliar como o Tribunal tem lidado com a questão da abertura à sociedade civil, vista como um fator com potencial de agregar legitimidade democrática às suas decisões.

Em se tratando de uma pesquisa exploratória, a escolha dos acórdãos analisados nesta parte do trabalho não obedeceu aos mesmos critérios rígidos da etapa quantitativa anterior. Foram colhidos casos tidos como *exemplificativos*, justamente pelo fato de serem comumente associados ao processo de *judicialização* ou de *ativismo judicial*. Esses casos não foram extraídos exclusivamente do universo de análise do estudo quantitativo do controle concentrado de constitucionalidade, razão pela qual, dentre os casos deste grupo de análise estão incluídos também recursos extraordinários (RE), mandados de segurança (MS)⁴⁴ e, inclusive, mandados de injunção (MI).

III. O controle preventivo de constitucionalidade

A Constituição Federal não prevê especificamente esta forma de controle de constitucionalidade, uma vez que prioriza a modalidade repressiva. No entanto, ao estabelecer parâmetros para o processo legislativo constitucional e ao limitar o poder de reforma, abre espaço para a afirmação de que o sistema constitucional brasileiro dá ensejo ao exercício de tal modalidade, mesmo que não prevista explicitamente. Nesse sentido, o STF não tem sua competência para exercer o controle de constitucionalidade preventivo fixada expressamente na Constituição, mas vem admitindo a possibilidade de seu exercício, mesmo que extremamente limitado pela própria jurisprudência e pelo relativamente pequeno número de demandas propostas⁴⁵.

43 Lei nº 9.868/99, arts. 7º, § 2º e art. 9º, § 1º; e Lei nº 9.882/99, art. 6º, § 1º.

44 Diferentemente das ações convencionais (ADI, ADC e ADPF), essas ações e recursos são a via processual por meio da qual o Supremo exerce o que se chama de controle difuso ou concreto (incidental) de constitucionalidade de leis e atos normativos do Executivo e Legislativo federal.

45 A construção jurisprudencial do instituto do controle preventivo de constitucionalidade ocorre a partir do MS 20.257/DF, apontado como *leading case* na matéria pelas decisões da Corte. No caso, em que se questionava ato da mesa do Congresso que admitiu a deliberação acerca de proposta de emenda que o impetrante alegava ser tendente a abolir a República, delimitaram-se os principais pressupostos e contornos da matéria. O Tribunal entendeu ser cabível mandado de segurança em que a vedação constitucional se dirige ao próprio processamento da lei ou da emenda, vedando mesmo sua apresentação ou votação. Nesses casos, a inconstitucionalidade é considerada formal e se refere ao próprio processo legislativo, o que se depreende do § 4º do artigo 60 da Constituição de 1988, que mantém a mesma estrutura que o § 1º ao artigo 47 da Constituição de 1969, vigente quando do julgamento do MS 20.257/DF, em 1980. Cf. MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo G. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 538.

Da ausência de regulação normativa dessa “atribuição” decorre o fato de que a jurisprudência do Tribunal assume papel de fonte jurídica primária do procedimento de controle preventivo pelo Judiciário. Por isso, a análise dos casos a que se chegou a partir da pesquisa descrita abaixo é fundamental para entender como o Tribunal enxerga suas competências, qual sua concepção de separação de Poderes e onde ele coloca os limites para sua atuação neste campo.

No estudo específico da relação entre o Judiciário e os demais Poderes, a análise dessa modalidade de controle jurisdicional se justifica pelo fato de que a apreciação da constitucionalidade de “matérias ainda em trâmite legislativo” abre considerável espaço de conflito institucional e de críticas à eventual “politização” do Judiciário, sendo relevante perceber como o STF tem enfrentado a tensão daí decorrente.⁴⁶ De início, deve-se reconhecer que, apesar de um relativamente pequeno número de ações propostas com este propósito no período pós-1988, a jurisprudência do STF delimita quase unanimemente as possibilidades de exercício do chamado controle de constitucionalidade preventivo dos atos do Legislativo. Há, portanto, um conjunto de critérios delimitadores de legitimidade e objeto que parece ter se formado na prática do Tribunal, assim como é possível perceber um padrão de processamento de tais matérias.

O Tribunal delimita o instituto propugnando que, nesses casos, a legitimidade ativa para a propositura do mandado de segurança em face do processo legislativo é exclusiva dos parlamentares da casa legislativa na qual se encontra em discussão a proposição questionada (MS 23.565).⁴⁷ Esse entendimento já havia sido firmado no MS 21.642 pelo Min. Celso de Mello, quando apontava que *“titulares do poder de agir em sede jurisdicional, contudo, não de ser os próprios membros do Congresso Nacional, a quem se reconhece como líquido e certo, o direito público subjetivo à correta observância da disciplina jurídico-constitucional regradora da formação das espécies normativas”*.⁴⁸ Foi a partir desse entendimento que o Tribunal não conheceu dos MS 21.303, 23.328, 23.565, 24.576, 24.593, 24.667, 24.689 e 24.888, nos quais não figuraram parlamentares com impetrantes da demanda.

Do ponto de vista das matérias que podem ser objeto do chamado controle preventivo, a jurisprudência do STF vem firmando tanto limitações formais quanto limitações materiais ao poder reformador. No que se refere à apreciação de propostas de emenda à Constituição, o Tribunal tem admitido o controle preventivo quanto aos limites formais (art. 60, *caput* e §2º, CF), aos limites circunstanciais (art. 60, *caput* e §1º e §5º, CF) e aos limites materiais

46 “Sem dúvida, grande vantagem haveria impedir-se de modo absoluto a entrada em vigor de ato inconstitucional. Todavia, a experiência revela que toda tentativa de organizar um controle preventivo tem por efeito politizar o órgão incumbido de tal controle, que passa a apreciar a matéria segundo o que entende ser a conveniência pública e não segundo a sua concordância com a lei fundamental.” FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 36.

47 No mesmo sentido, ver MS 24.645, Rel. Min. Celso de Mello, DJU de 15.9.2003.

48 E continua: “o parlamentar, fundado na sua condição de co-partícipe no procedimento de elaboração das normas estatais, dispõe de prerrogativa de impugnar o eventual descumprimento, pela instituição parlamentar, das cláusulas constitucionais que lhe condicionam a atividade jurídica.” O MS 21.642 aparece como precedente em vários acórdãos e foi citado a partir do MS 21.648, pois o primeiro não se encontra no site do STF.

(art. 60, §4º, CF). Na delimitação desses aspectos com base nos precedentes do Tribunal, destaca-se o relatório do Min. Celso de Mello no julgamento de pedido de liminar no MS 24.645. Cumpre destacar que, a partir do entendimento firmado no MS 20.257, reafirmado no MS 24.645, o Tribunal abre a possibilidade de controle material preventivo nas hipóteses de cláusulas pétreas, uma vez que a própria tramitação de matérias contrárias aos limites materiais de reforma se mostraria inconstitucional.

Quanto aos projetos de lei, diferentemente das propostas de emenda constitucional vedadas por “cláusula pétrea”, somente caberia controle preventivo quanto aos aspectos formais – vício de origem, nulidades procedimentais ou irregularidades no processo legislativo (MS 24.138/DF). O vício formal precisaria ser alegado em face das garantias do processo legislativo constitucional. Alegadas violações a dispositivos dos Regimentos Internos das casas legislativas, segundo entendimento majoritário do STF nos anos compreendidos por este levantamento, fugiriam ao âmbito do controle judicial de constitucionalidade, por se tratar de matéria *interna corporis* do Legislativo, levando ao não conhecimento das alegações pelo pleno do Tribunal e à cassação das medidas liminares eventualmente concedidas⁴⁹.

Somente em quatro casos a Corte conheceu o MS, chegando a apreciar o mérito das ações antes de indeferi-las. Em apenas um caso, houve o deferimento do pedido liminar e o conhecimento do MS no plenário.⁵⁰ Nesse caso, que tratava de MS contra reforma constitucional do sistema de previdência social, alegava-se violação a limitações formais ao poder de reforma. O Min. Marco Aurélio, ao conceder a liminar, aceitou a argumentação da inicial de que não se tratava de matéria *interna corporis*⁵¹.

O Tribunal, no entanto, não conheceu do mandado de segurança quanto às primeiras alegações, por se tratar de questão *interna corporis* do Poder Legislativo, não sujeita à reapreciação pelo Poder Judiciário; o MS foi conhecido somente quanto às alegações em relação às limitações formais inscritas no §5º do artigo 60 da CF, mas o Tribunal entendeu não haver contrariedade ao processo legislativo constitucional, cassando (em 27 dias) a liminar concedida pelo Min. Marco Aurélio e indeferindo o pedido.

Foi possível identificar cinco tendências sobre a possibilidade de controle preventivo judicial de projetos de legislação que tramitam nas casas do Poder Legislativo Federal: (i) o controle preventivo é buscado por parlamentares da *minoría legislativa*, que recorrem ao Judiciário tanto para assegurar seus direitos de minoria como, principalmente, para reverter judicialmente decisões tomadas pela maioria. Essa tendência também se deve ao

49 Cf. MS 22.503, MS 21.754, MS 22.183.

50 I.e., MS 22.503.

51 Isso porque “em discussão não se fazem assuntos ligados à economia interna da Câmara dos Deputados, nem procedimento circunscrito ao âmbito da conveniência política, da discricionariedade. Evoca-se, na inicial deste mandado de segurança, o desprezo ao processo legislativo, que possui regência de estatura constitucional, sendo marcantes os preceitos insculpidos nos artigos 59 a 69 da Carta Política da República. A expressão ‘processo legislativo’ é conducente a presumir-se a organicidade e esta é balizada pelas normas em vigor”. Cf. MS 22.503/DF. Nesse caso, o relator também aceitava o argumento de que a tramitação do projeto de emenda desrespeita o §5º do artigo 60 da Constituição Federal.

entendimento restritivo do STF quanto à legitimidade ativa da propositura deste tipo de ação, admitida somente quando impetrada por parlamentares. A ideia de *judicialização*, aqui, no sentido de levar ao Judiciário questões *internas corporis*, parece não encontrar respaldo no STF, o que leva à segunda conclusão.

Uma segunda tendência encontrada é (ii) a baixíssima taxa de sucesso das ações de controle preventivo (apenas 3 liminares concedidas, das quais 2 foram cassadas em menos de um mês; e nenhum julgamento final favorável), que indica que este, apesar de admitido na jurisprudência da Corte, não tem sido um meio de efetiva intervenção, porque não se trataria de um *momento oportuno* para o exercício do controle judicial de constitucionalidade.

Além disso, (iii) ao consolidar entendimento favorável à extinção dos MS quando finalizado o processo legislativo, o Tribunal claramente aponta no sentido de priorizar o controle repressivo em detrimento da via preventiva. Esse entendimento também (iv) fortalece a capacidade de gestão e controle da pauta do Tribunal, que optou, na maioria dos MS estudados, por não interferir no processo legislativo e preferiu aguardar seu desfecho.

Por fim, (v) apesar de admitido pelo Tribunal nas hipóteses de “cláusulas pétreas”⁵², o controle preventivo de emendas constitucionais materialmente inconstitucionais praticamente inexistente na prática do STF, tendo sido priorizada, nos 3 casos em que se obteve uma decisão final de mérito, a não intervenção na fase legislativa, com a aplicação de uma interpretação restritiva dos limites constitucionais que autorizariam o controle preventivo.

IV. Controle repressivo: atos do Legislativo e do Executivo

IV.1 Fatores de entrada: caracterização das demandas

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

As análises feitas adiante não esgotam as possibilidades de cruzamento de dados, apresentando somente o que pareceu mais relevante para a equipe, considerados os objetivos de pesquisa propostos. Assim, em relação ao tipo de ato questionado, cumpre ressaltar que

52 O reconhecimento dessa possibilidade não é pacífico na literatura. Ver, por exemplo, MENDES, Conrado Hübner. *Controle de Constitucionalidade e Democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 146, nota 22.

essa categoria fez parte da coleta de dados, mas não mereceu uma análise diferenciada no exame dos fatores de entrada (exceto para os casos de controle de atos do Executivo, como será visto), sendo muito mais relevante para os cruzamentos feitos no tópico dos fatores de saída. Além disso, em relação ao tempo de questionamento dos atos normativos, também se trata de uma análise preliminar, a partir da qual podem ser estabelecidas hipóteses e conjecturas, as quais poderão ser confirmadas por meio de outras análises dos dados.

IV.1.1 Quadro geral de temas das ações propostas

A categorização foi orientada para identificar especificamente os temas presentes no controle de constitucionalidade repressivo dos atos do Executivo e Legislativo federais. Ou seja, nossa classificação foi criada a partir de um recorte, sendo composta, à medida que se realizava a análise, pelos temas que nos pareceram representativos do conjunto de casos.

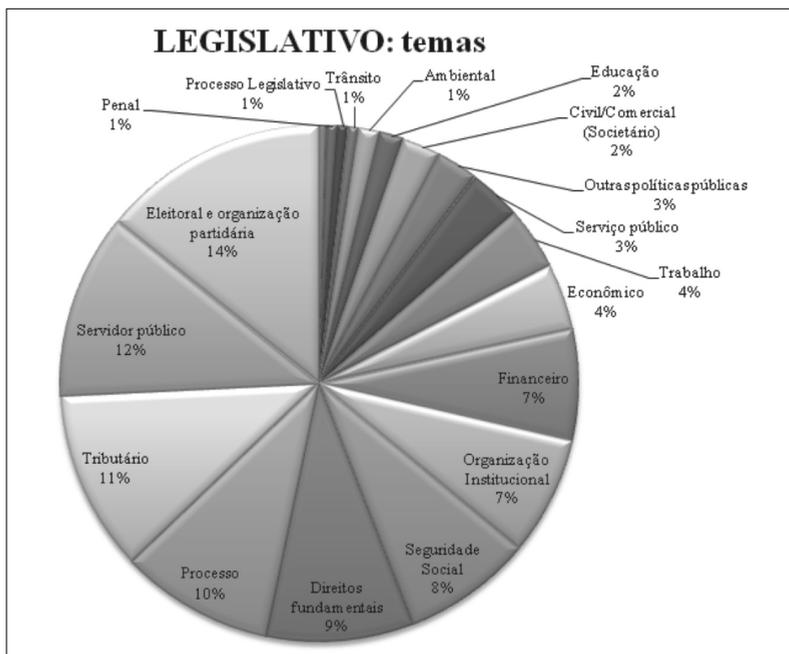
Assim, em virtude da especificidade de muitos temas, foram criados subgrupos para algumas categorias-gerais, aptos a abrigar casos semelhantes. Isso se deu conforme o grau de recorrência de cada assunto, razão pela qual alguns temas foram divididos em sub-temas, ao passo que outros restaram mais genéricos, não havendo motivo para decompô-los. As ações foram classificadas de acordo com os 20 temas abaixo:

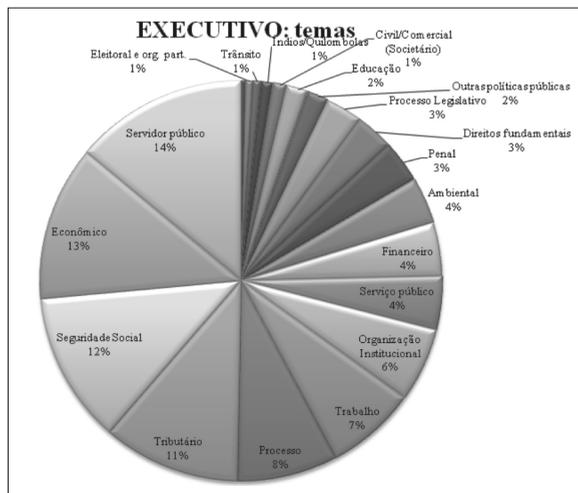
- | | |
|--|--|
| 1. Ambiental | 7. Eleitoral e organização partidária |
| 2. Civil/Comercial (societário) | 8. Financeiro (orçamento, precatórios e prestação de contas) |
| 3. Consumidor | 9. Índios/quilombolas |
| 4. Direitos Fundamentais | 10. Organização institucional |
| 4.1. Classificação indicativa | 10.1. Agências reguladoras |
| 4.2. Direito à informação | 10.2. Autarquias e outros órgãos |
| 4.3. Exercício profissional | 10.3. Ministério Público/Defensoria Pública |
| 4.4. Liberdade de imprensa e de expressão | 10.4. Ministérios |
| 4.5. Posse e porte de arma | 10.5. Congresso Nacional |
| 4.6. Sigilo | 11. Outras políticas públicas |
| 4.7. Direitos sexuais e reprodutivos | 11.1. Crédito Rural |
| 4.8. Anistia | 11.2. Reforma agrária |
| 5. Econômico | 11.3. Salário mínimo |
| 5.1. Empresa pública/Sociedade de economia mista | 11.4. Esporte |
| 5.2. Programa Nacional de Desestatização (PND) | 11.5. Criança e adolescente |
| 5.3. Planos econômicos | 11.6. Habitação |
| 5.4. Regulação | 12. Penal |
| 5.5. Sistema financeiro nacional | 13. Processo |
| 6. Educação | 13.1. Administrativo |
| | 13.2. Civil |

- 13.3. Constitucional
- 13.4. Penal
- 13.5. Trabalhista
- 14. Processo Legislativo
- 15. Seguridade Social
 - 15.1. Assistência social
 - 15.2. Previdência
 - 15.3. Saúde
- 16. Serviço Público
 - 16.1. Concessão e Permissão
 - 16.2. Energia elétrica/Gás
 - 16.3. Portos
- 16.4. Telecomunicações/Rádiodifusão
- 16.5. Transporte
- 16.6. Cartórios e registros
- 17. Servidor Público
 - 17.1. Cargo/contratação
 - 17.2. Concurso
 - 17.3. Direitos e prerrogativas
 - 17.4. Previdência
 - 17.5. Remuneração
- 18. Trabalho
- 19. Trânsito
- 20. Tributário

Tendo em vista que o número de ações de controle concentrado no STF que questionam atos normativos do Legislativo Federal é 458 e, do Executivo Federal, 877, pode-se admitir algumas comparações quantitativas.

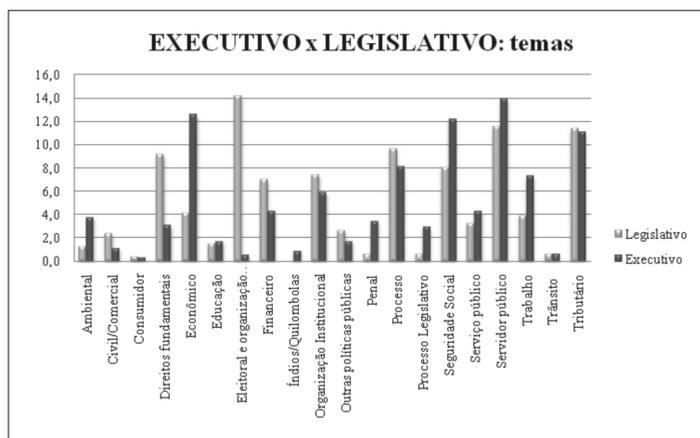
Gráficos 1 e 2





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

Gráfico 3

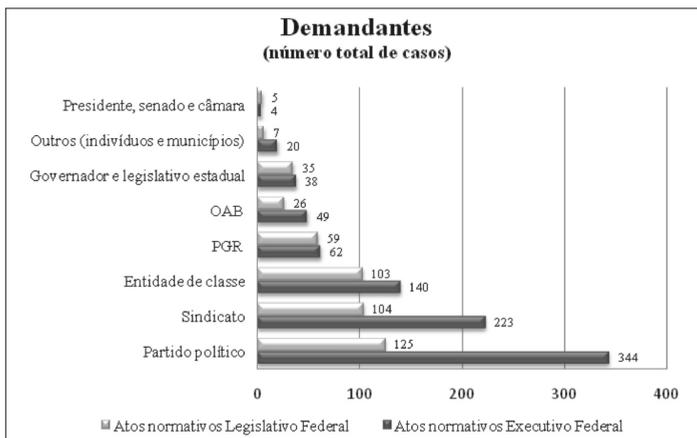


V.1.2 Quem acessa o STF: atores-demandantes

A Constituição Federal, em seu art. 103, explicita os legitimados para a propositura das

ações de controle concentrado de constitucionalidade.⁵³ A partir desta previsão constitucional, foram classificados os demandantes das ações de controle concentrado. Nos gráficos abaixo, identifica-se que, nos casos de controle de constitucionalidade de atos normativos de iniciativa tanto do Legislativo quanto do Executivo federais, os atores que mais demandam o STF são os partidos políticos, seguidos dos sindicatos e entidades de classe.

Gráfico 4

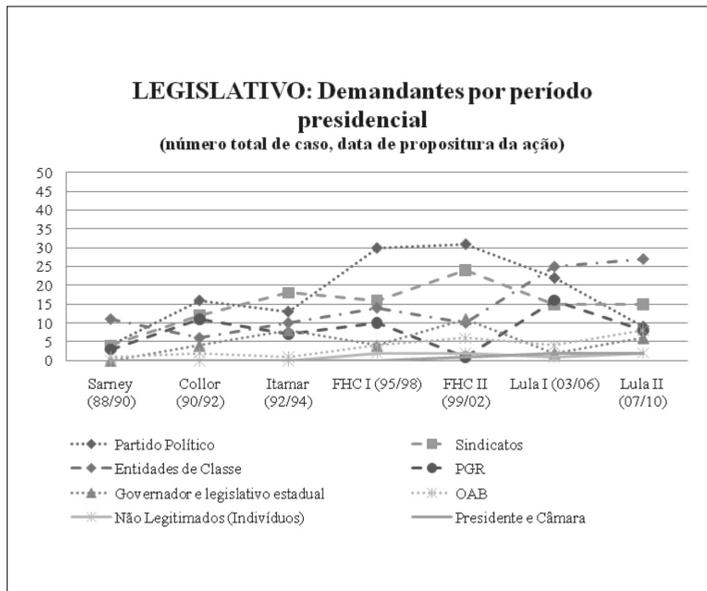
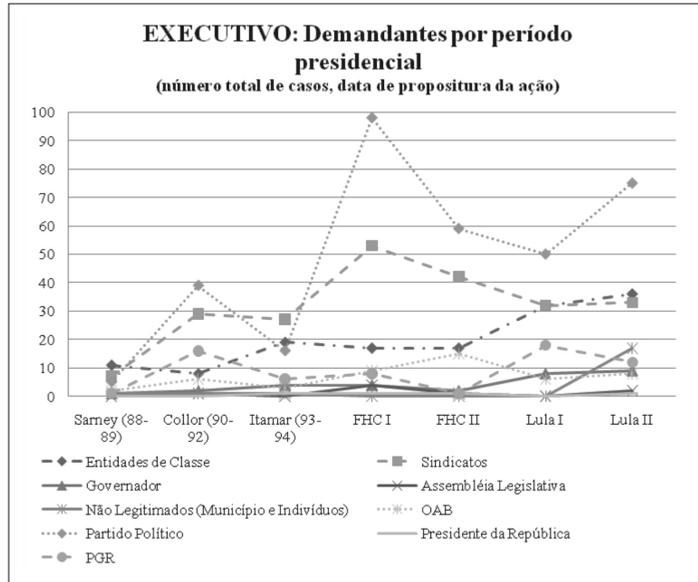


Em conjunto, os três atores citados acima são responsáveis, respectivamente, por 71% e 80% das ações de controle concentrado nos casos do Executivo e Legislativo. Para melhor compreender a variação da participação desses demandantes ao longo do tempo, optou-se por utilizar os períodos presidenciais como unidade de comparação.⁵⁴ Essa periodização foi realizada de dois modos: a partir da data de propositura da ação no STF; e a partir da data de edição do ato normativo questionado.

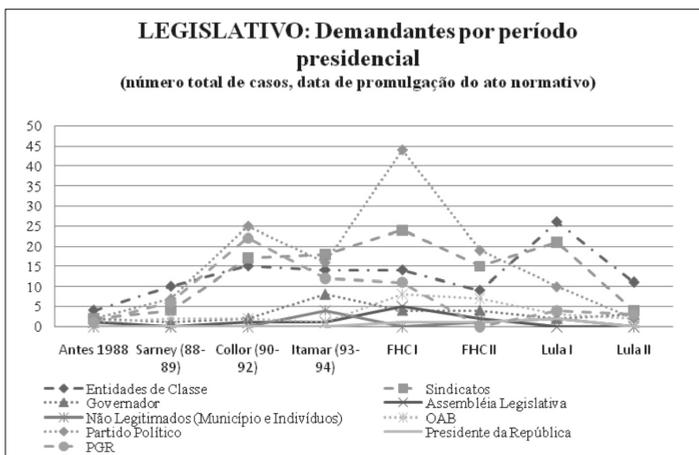
53 Este era o rol de legitimados originalmente previsto para as ADIs, que foi posteriormente ampliado para ADCs com a Emenda Constitucional 45/2004. O mesmo rol foi ampliado para as ADPFs, por meio da Lei 9882/1999. Aplica-se também às ações diretas de inconstitucionalidade por omissão, com regulamentação recente dada pela Lei 12.063/2009.

54 Os períodos presidenciais utilizados nessa pesquisa são Sarney (5.10.1988, data de promulgação da Constituição de 1988, marco temporal inicial da coleta de ações nesta pesquisa, até 14.3.1990), Collor (15.3.1990 a 1.10.1992), Itamar Franco (2.10.1992 a 31.12.1994), FHC I (1.1.1995 a 31.12.1998), FHC II (1.1.1999 a 31.12.2002), Lula I (1.1.2003 a 31.12.2006), Lula II (1.1.2007 até 30.07.2010, marco temporal final de coleta das ações nesta pesquisa).

Gráficos 5 e 6



Gráficos 7 e 8



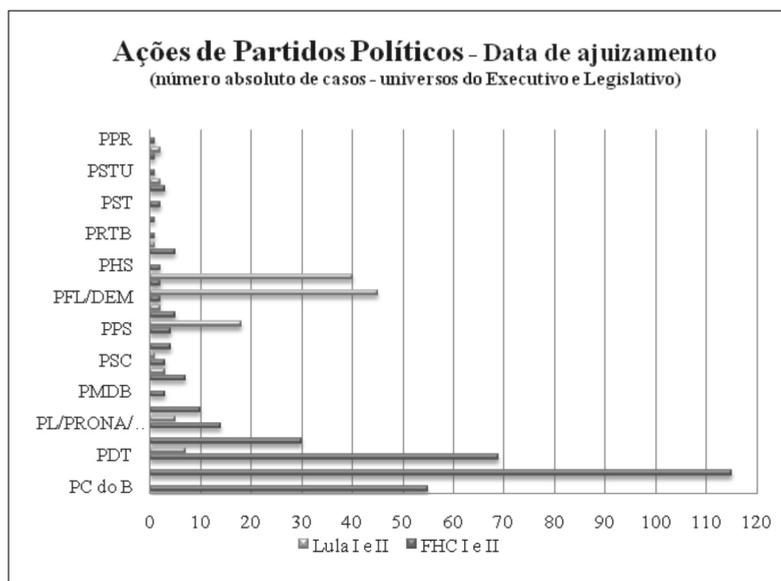
Nas ações de controle concentrado de constitucionalidade de atos normativos de iniciativa do Legislativo federal é interessante notar a inversão da participação dos demandantes partidos políticos e entidades sindicais entre os períodos presidenciais de FHC e Lula. Enquanto o volume de demandas dos partidos políticos diminui, o das entidades de classe aumenta entre os períodos de governo dos dois presidentes. Essa tendência se mantém, quando o referencial é não a data de acionamento do STF, mas o período governamental no qual o ato normativo de origem do Legislativo federal foi editado.

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

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

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

Gráfico 9

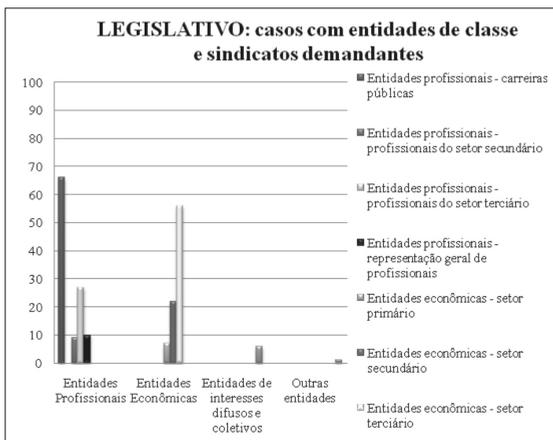
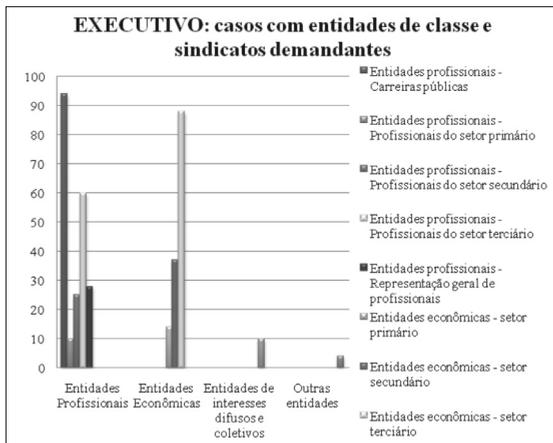


As entidades de classe e os sindicatos representam diversas atividades, profissionais, econômicas e de interesses difusos e coletivos, e por isso não podem ser tomadas como um todo homogêneo de interesses. Para melhor compreender quem representam ao acessarem o STF, é necessária uma tentativa de classificação comum às entidades de classe e aos sindicatos, que os aproxime segundo os interesses que representam. Entidades de classe e

sindicatos foram classificadas, principalmente, com relação à sua finalidade econômica ou profissional, e perfil de atuação.⁵⁵ Além destas, foram encontradas também associações que defendem interesses difusos e coletivos.

Os gráficos abaixo permitem avaliar melhor a representatividade dos diversos grupos de interesse das entidades de classe e sindicatos. Nota-se a grande representatividade das entidades profissionais como um todo, quando comparadas às demais.

Gráficos 10 e 11



55 Uma entidade de classe de profissionais, muitas vezes, confunde-se com o papel desempenhado por sindicatos de profissionais. A classificação foi desenvolvida em *Controle de Constitucionalidade dos atos do Poder Executivo*, pesquisa desenvolvida no âmbito do Projeto Pensando o Direito, da SAL/MJ (Convocação nº 002/2009) e aperfeiçoada na atual pesquisa. Para agrupar de modo mais fidedigno as carreiras profissionais, seja quanto às atividades desenvolvidas, seja quanto ao seu caráter público ou privado, recorreremos às definições da Classificação Brasileira de Ocupações (CBO), de 2002, elaborada pelo Ministério do Trabalho e Emprego e disponível em: < <http://www.mtebo.gov.br>>.

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

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

Gráfico 12

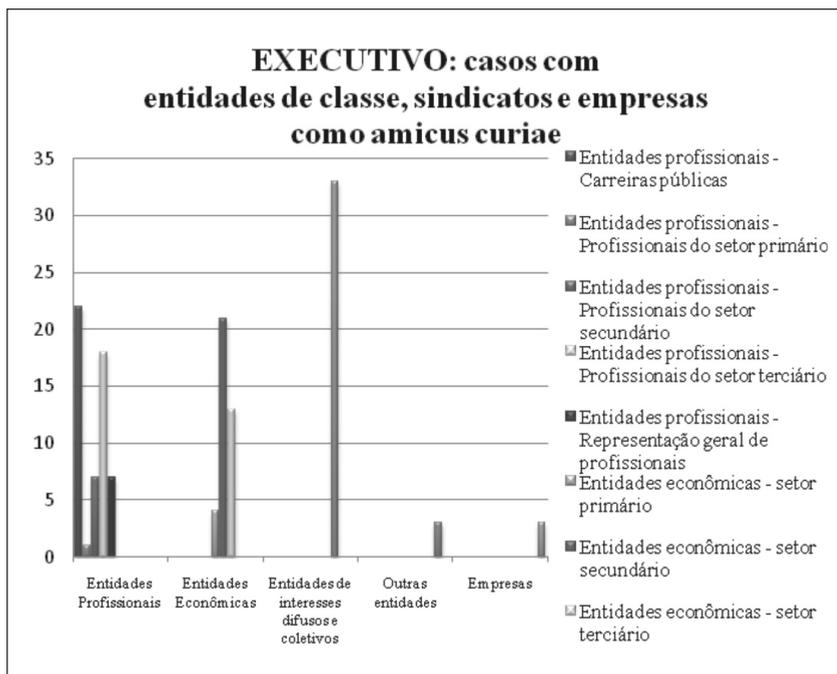
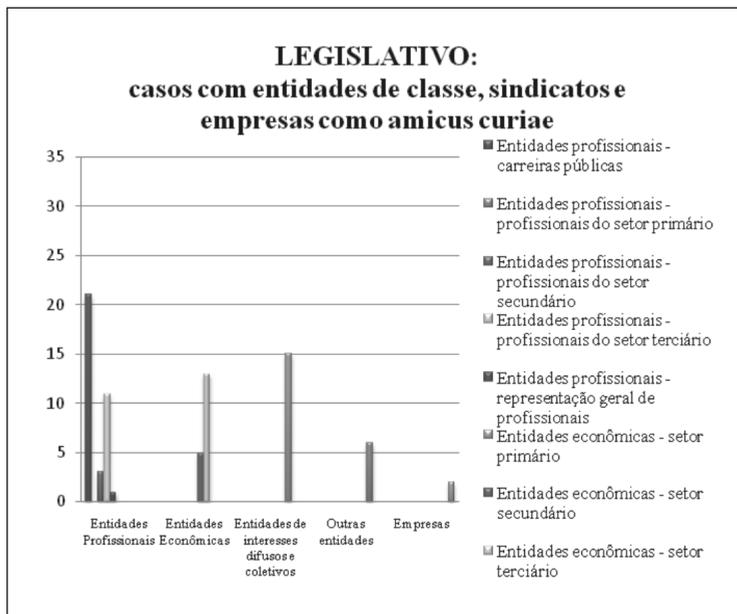


Gráfico 13



Observa-se nos quadros acima que há uma sobre-representação das entidades que mais apresentam *amicus curiae*, pois elas estão também entre as que mais apresentam demandas ao STF, ao lado dos partidos políticos. Entidades de classe e sindicatos despontam entre os atores que mais propõem *amicus curiae* e, ao mesmo tempo, são também as legitimadas para a propositura de ações de controle concentrado de constitucionalidade no STF.

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

IV.2 Fatores de saída: como decide o STF?

IV.2.1 Dados gerais sobre os tipos de resposta e não-resposta

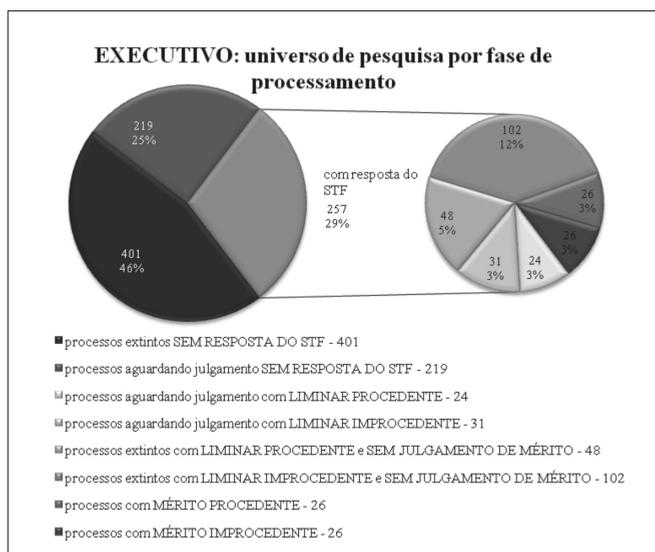
Uma segunda chave de análise quantitativa aplicada às ações de controle repressivo de constitucionalidade diz respeito ao que se optou por chamar de *fatores de saída*, que correspondem aos elementos e informações necessários para caracterizar o papel das decisões do STF na dinâmica do fenômeno da *judicialização* de questões políticas. No presente

tópico, serão analisadas as variáveis internas do Tribunal que de algum modo podem, isolada ou conjuntamente, influenciar na sua atividade de controle da constitucionalidade de atos normativos oriundos do Legislativo e do Executivo federais.

Em linhas gerais, esses fatores de saída dizem respeito a duas informações essenciais: (i) qual o tipo de reação do Tribunal, em termos de *output*, diante da demanda que lhe é apresentada – aqui, como será visto, foram consideradas tanto as duas formas de resposta (procedente/inconstitucional e improcedente/constitucional), quanto da não-resposta; e (ii) a influência dos tipos de resposta em *liminar* na tramitação desses processos, como uma variável que age sobre o resultado final da ação (com resposta ou não-resposta) e o comportamento dos agentes envolvidos. Esses dois fatores, juntos, constituem aquilo que a equipe de pesquisa buscou para tentar responder à questão: “como decide o STF?”.

Por uma questão de uniformização da nomenclatura utilizada para designar as variáveis internas do Tribunal, o presente capítulo é dedicado à análise daquilo que se denomina “resposta do STF”. Nos limites do presente trabalho, é preciso deixar claro que por “resposta do STF” não se considera apenas aquele provimento final, em que se julgada o mérito da questão. Uma justificativa para isso é que, a rigor, o que o Tribunal faz ao apreciar o que lhe é apresentado, inclusive em sede de pedido de liminar, também é anular ou não o ato normativo impugnado, muito embora, nesse primeiro momento, o Tribunal o faça em caráter transitório, ou reversível.

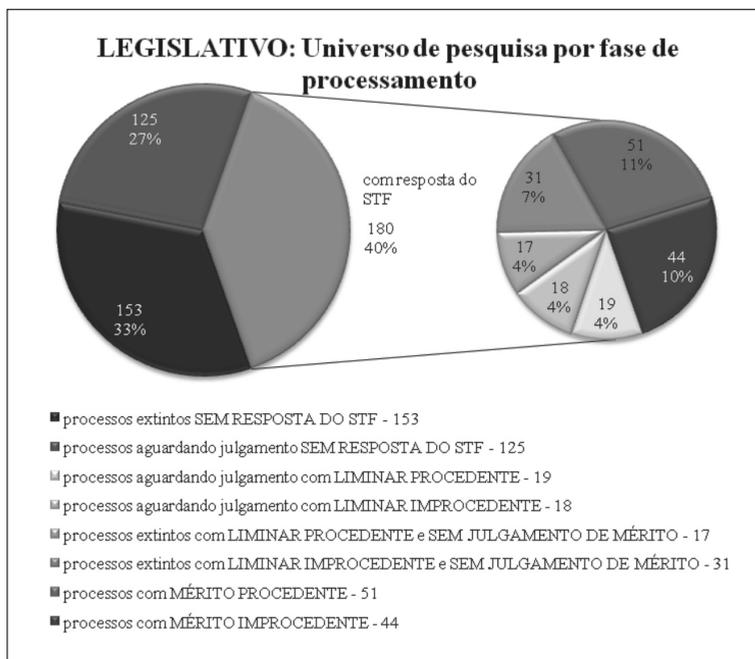
Gráfico 14



Os dados constantes dos gráficos 14 e 15 revelam inicialmente os percentuais de ações que tiveram ou não resposta do STF. Neles, é possível verificar que foram consideradas as ações que ainda aguardam julgamento, de mérito ou de liminar. Observa-se que a proporção de ações aguardando julgamento é bastante semelhante entre as ações questionando atos originários do Poder Executivo e do Poder Legislativo: 25% e 27%, respectivamente.

Além disso, esses gráficos apresentam a proporção de casos que foram extintos sem resolução de mérito, ou, para utilizar a terminologia aqui adotada, ações extintas sem qualquer resposta do Tribunal, quer em sede de liminar, quer no mérito. Do mesmo modo, os dois gráficos também apresentam o universo das ações que obtiveram algum tipo de resposta do Tribunal (decisão liminar ou de mérito). Das ações em que se impugnaram atos emanados do Executivo, 28% tiveram alguma resposta do STF. No caso das ações questionando atos do Legislativo Federal, a porcentagem de ações que tiveram alguma resposta do Tribunal sobe para 39%.

Gráfico 15



O primeiro dado que salta aos olhos é o número de ações extintas sem qualquer tipo de resposta do STF. No caso de questionamento de atos normativos oriundos do Executivo, o número de ações sem resposta equivale a 46%, enquanto do total de ações relativas a atos emanados do Legislativo, 33% delas não receberam resposta. Portanto, somando com as que

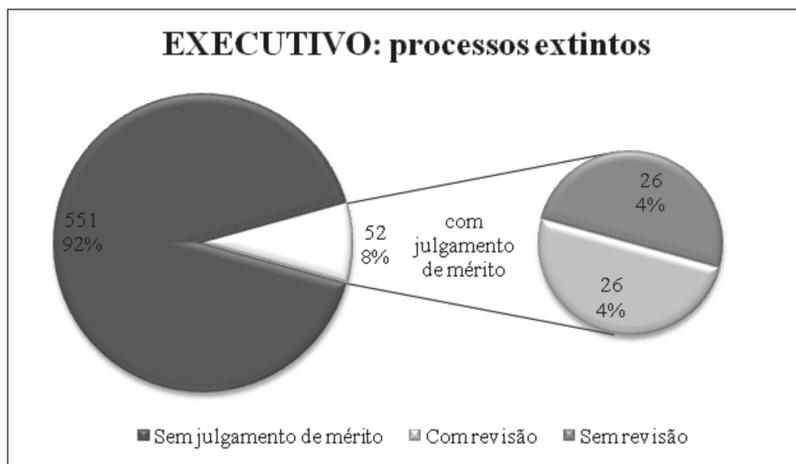
aguardam julgamento, o percentual de ações sem resposta envolvendo atos do Executivo é de 71%, ao passo que o percentual de ações sem resposta envolvendo atos do Legislativo é de 60%.

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

De imediato, já é possível identificar que o intervencionismo do STF (com efeitos diretos e permanentes) no produto da atividade normativa dos Poderes Executivo e Legislativo é relativamente baixo (3% e 11% do total de ações ajuizadas até o momento perante o Tribunal), *a contrario sensu* daquilo que parecem sugerir alguns trabalhos acerca do tema da *judicialização da política*.

A análise dos dados revelou uma proporção reduzida de ações em que são impugnados atos normativos de origem do Executivo federal com julgamento de mérito dentre os processos já encerrados: são apenas 9% dos casos, conforme se verifica no gráfico abaixo. Dentro desse universo de ações, há um número equilibrado de processos julgados procedentes e processos julgados improcedentes.

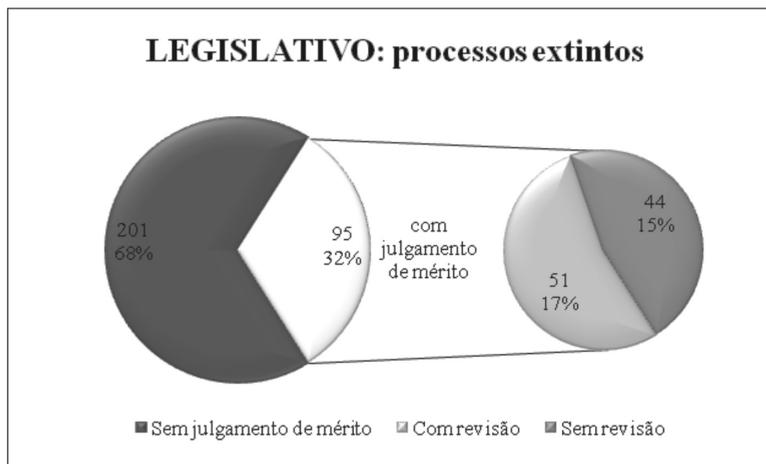
Gráfico 16



No que tange às ações envolvendo atos normativos de origem do Legislativo federal, no entanto, verifica-se uma tendência um pouco diferente da observada acerca das ações do Executivo. Proporcionalmente, o número de ações que questionam atos do Legislativo que chegam a ter um julgamento de mérito é maior do que no caso do Executivo. No gráfico

abaixo, pode-se verificar que quase um terço dos processos encerrados teve seu mérito apreciado (32%). Dentro desse universo, 51 ações foram julgadas procedentes (com revisão), enquanto 44 ações foram julgadas improcedentes (sem revisão).

Gráfico 17



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

IV.2.2 Liminares no STF: teoria e prática

A primeira interação do Tribunal com as demandas que lhe são apresentadas em controle concentrado de constitucionalidade costuma acontecer com o julgamento do pedido de liminar (quando ele existe), para que, sendo concedido esse pedido, a eficácia do dispositivo normativo impugnado seja suspensa. Apenas para se ter uma ideia da dimensão do papel ocupado pelas liminares no atual controle concentrado de constitucionalidade brasileiro, basta verificar que, do total de ações ajuizadas perante o STF para exame da constitucionalidade de atos normativos que tiveram origem no Executivo, em 90,9% havia pedido de liminar para suspender a eficácia do ato impugnado. Quanto às ações envolvendo o Legislativo, o pedido está presente em 84,5% das ações analisadas.

Não bastasse o elevado número de casos em que o titular da ação pediu a concessão da liminar, a hipótese ora levantada, segundo a qual as liminares desempenharam, por longo período, um papel central no controle exercido pelo Tribunal, também encontra respaldo em uma série de informações colhidas ao longo da pesquisa, a despeito do que parecem sugerir a legislação e a noção tradicional de que serviriam apenas para “assegurar a efetividade de um provimento de mérito”. Isso porque a concessão da liminar, no controle de constitucionalidade repressivo, tem o mesmo efeito de uma decisão procedente, qual seja, suspender a eficácia do ato normativo impugnado.

O presente tópico é destinado a descrever os possíveis efeitos dessas decisões – usualmente tidas como provisórias – sobre os agentes envolvidos. Necessário destacar contudo, que o papel aqui descrito para as liminares não alcança a história recente do STF, tendo experimentado uma relativa modificação, conforme será visto mais adiante.⁵⁶

Além disso, esse papel diferenciado das liminares parece ter mais relevância apenas para as ações que questionam atos emanados do Executivo, sendo menos evidente nos processos que impugnam a constitucionalidade de atos de origem no Legislativo. Isso se deve, ao que tudo indica, ao perfil de quem acessa o STF e ao tipo de ato normativo impugnado nesses casos, como já mencionado acima.

A relevância da liminar no controle concentrado de atos originários do Executivo também decorre do fato de que em um grande número de casos a única resposta oferecida pelo STF se limita à decisão proferida em sede de liminar. Esse dado é claramente ilustrado no gráfico abaixo.

Aqui, verifica-se que, dos casos envolvendo atos oriundos do Poder Executivo, apenas em 10% houve uma decisão em sede de liminar e também uma decisão final, de mérito. Nesses casos, o Tribunal acabou se manifestando em duas oportunidades processualmente distintas sobre a questão que lhe foi apresentada. Por outro lado, na grande maioria dos casos (90%), o pronunciamento do Tribunal se deu em apenas uma oportunidade, quando da apreciação do pedido de liminar.

56 Isso porque, apenas para adiantar o que será exposto mais a frente, a partir de 2002, constata-se uma sensível queda nos julgamentos de liminares pelo pleno do STF, por meio da aplicação do art. 12 da Lei nº 9.868/99, que abrevia o rito de tramitação das ações de controle de constitucionalidade, e permite que o Tribunal, em razão da matéria, decida somente o mérito final da questão. Tem-se, com isso, uma queda sensível da taxa dos chamados *julgamentos duplos* (em liminar e em decisão de mérito), evitando-se, com isso, que o Tribunal se manifeste duas vezes sobre a mesma questão.

Gráfico 18



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

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

Na segunda situação, na qual o STF efetivamente concede o pedido de liminar, suspendendo a eficácia do ato impugnado até a decisão de mérito, a hipótese que se levanta é a de que o próprio autor do ato impugnado (Legislativo ou, de maneira mais evidente, o Executivo) recua em sua posição, diante da manifestação do Tribunal, acatando (ainda que liminarmente) a alegação de inconstitucionalidade do ato normativo, e retira, por meio de processos legislativos, sua validade⁵⁷.

57 Isso apenas tem o condão de reforçar a hipótese de que as liminares têm elevado potencial para influenciar o comportamento dos atores envolvidos no processo de controle de constitucionalidade (aqui considerados Executivo, de um lado, e demandante, de outro).

IV.2.3 Perfil dos casos com alguma resposta do STF

No gráfico abaixo são apresentados os temas em relação aos quais foram concedidas as liminares pleiteadas. As ações em que se impugnavam atos do Legislativo que tiveram mais liminares concedidas versavam sobre direito tributário, enquanto as ações questionando atos do Executivo com maior número de liminares concedidas tratavam da área econômica.

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

Gráfico 19

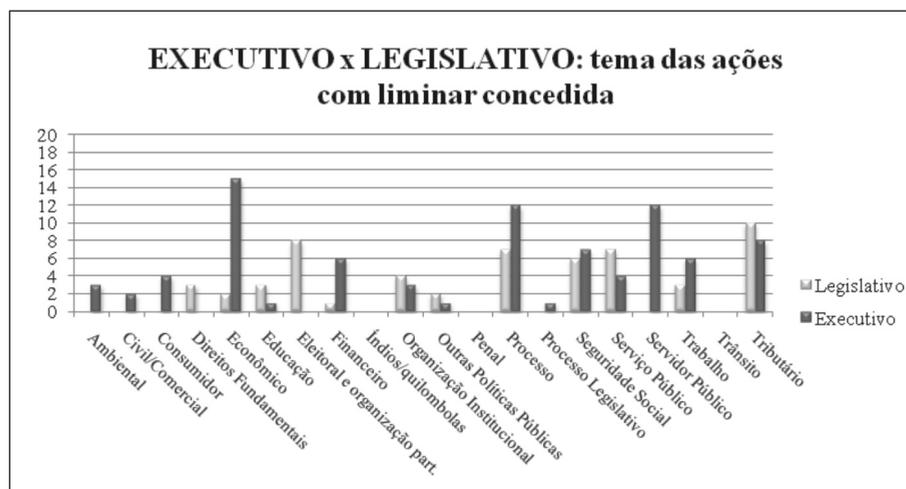


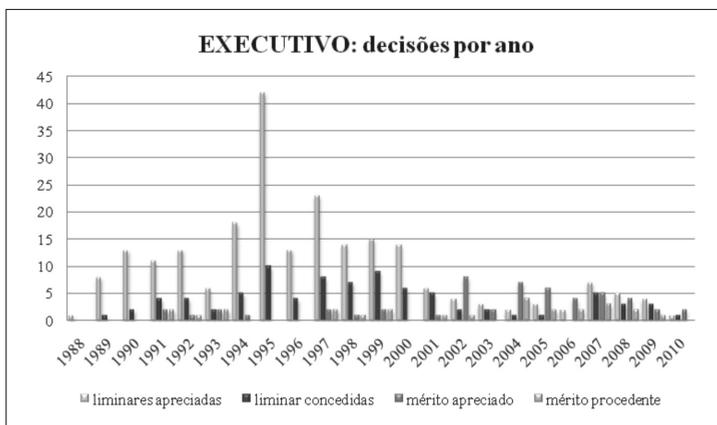
Gráfico 20



Isso pode ser explicado em razão do tipo de ato normativo questionado (resoluções, leis, decretos, emendas, medidas provisórias etc.) cuja natureza pode ser temporária, sem condições para “sobreviver” a um tempo de tramitação médio relativamente elevado no STF, sem que a ação perca seu objeto em algum momento. Esse é o caso, e.g., das Medidas Provisórias, que tratam de muitos temas econômicos, o que explica uma preponderância do Executivo no gráfico acima, e uma redução dessa taxa de sucesso no momento de uma resposta definitiva do Tribunal.

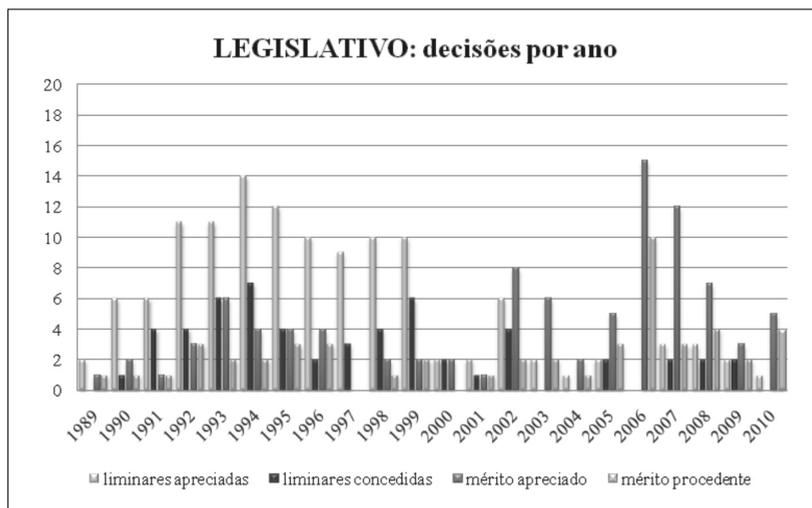
Além da análise dos temas, foi examinada a quantidade de decisões que o STF profere por ano. Nesse sentido, os gráficos abaixo apresentam o número percentual de decisões em relação a atos do Executivo e do Legislativo desde 1988. Os anos em que vemos um percentual muito maior em relação à média nas tabelas do Executivo e do Legislativo são, respectivamente, 1995 e 2006.

Gráfico 21



No caso do Executivo, há uma primeira explicação óbvia: neste ano, o primeiro do governo FHC, o Executivo federal editou diversas normas que procuravam implementar a Reforma gerencial do Estado⁵⁸, que, apesar de contar com muitos adeptos, contava também com muitos opositores. A oposição político-partidária, bem como diversos setores da sociedade mobilizaram-se contra os atos do Executivo editados naquele ano, o que explicaria o tamanho da barra.

Gráfico 22



Já no caso das ações envolvendo atos oriundos do Legislativo, uma explicação possível é o fato de 2006 ter sido o ano subsequente à instalação do CNJ (Conselho Nacional de Justiça) e de suas metas de julgamento de casos, o que pode ter gerado este salto inicial no ano citado, embora os anos seguintes tenham registrado o retorno à média histórica. Ademais, esses resultados podem ter relação com a aplicação do artigo 12 da Lei nº 9.868/1999. Esse dispositivo legal permite ao relator da ação de controle concentrado de constitucionalidade, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, submeter a apreciação da liminar diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação.

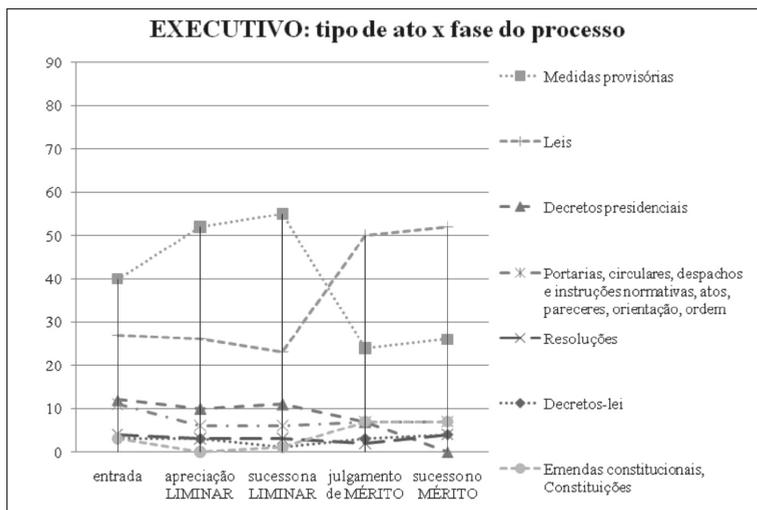
Ao invés de julgar a liminar primeiramente para, somente em outra ocasião, decidir o mérito, o art. 12 revela-se uma importante técnica decisória no controle de constitucionalidade para se evitar o duplo julgamento. Em pesquisa recente sobre o tema, foi verificado que, entre 1988 e 2006, 87% das ações diretas de inconstitucionalidade apresentavam pedido de liminar e que, no período compreendido entre 2002 e 2006, 62% dos pedidos liminares foram submetidos ao procedimento abreviado do art. 12.⁵⁹ No referido estudo, também se

58 No mesmo sentido, cf. ARANTES, Rogério Bastos; COUTO, Cláudio Gonçalves. Constituição, governo e democracia no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 21, n. 61, 2006, p. 44 e ss.

59 O autor conclui que o uso do art. 12 permitiu ao STF praticamente extinguir o julgamento dos pedidos liminares. Cf. NASCIMENTO FILHO, Pedro Luiz do. Medidas cautelares em Ação Direta de Inconstitucionalidade.

procedeu ao exame dos tipos de atos questionados e o sucesso nas ações (i.e., na declaração de inconstitucionalidade) em cada etapa do julgamento (da entrada ao mérito).

Gráfico 23



Alguns aspectos são visíveis: as curvas referentes a leis e medidas provisórias chegam a ser inversamente proporcionais. O número de medidas provisórias questionadas é maior que o de leis (40% do total de ações contra menos de 30%); do total de ações em que há apreciação de liminar, vê-se uma disparidade ainda maior (mais de 50% tratam de MPs contra cerca de 25% de leis), margem que aumenta ainda mais na taxa de sucesso da liminar (55% contra 25% do total, aproximadamente).

Porém, os gráficos se invertem quando se passa ao mérito. Na fase de julgamento de mérito, vê-se que as medidas provisórias representam cerca de 25% do total de ações em que há julgamento; no caso das leis, a taxa é de 50%. Em relação ao sucesso na apreciação do mérito, a disparidade é mantida e no sentido inverso do das liminares, como já foi mostrado. Neste caso, as medidas provisórias respondem por cerca de 27% do total, enquanto as leis respondem por mais de 50%.⁶⁰

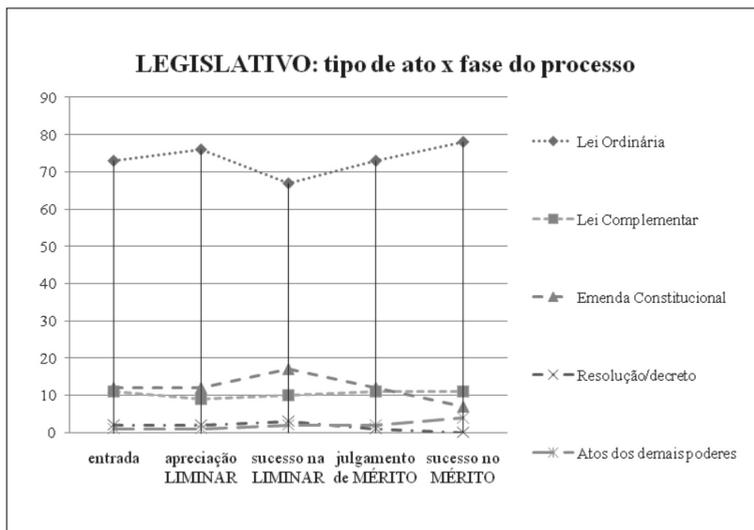
Com relação aos atos emanados pelo Legislativo federal, por sua vez, verifica-se

In: COUTINHO; VOJVODIC, Adriana M. (orgs.), *Jurisprudência Constitucional: como decide o STF?* São Paulo: Malheiros, 2009, p. 192-195.

60 Muito embora as medidas provisórias sejam responsáveis por cerca de 40% das demandas que chegam ao STF em controle de constitucionalidade de atos do Executivo, e correspondam às ações com maior taxa de sucesso em revisão na liminar (mais da metade das liminares concedidas contra o Poder Executivo), esse volume cai para menos de 25% quando se trata de decisões definitivas de mérito, com revisão do ato normativo impugnado.

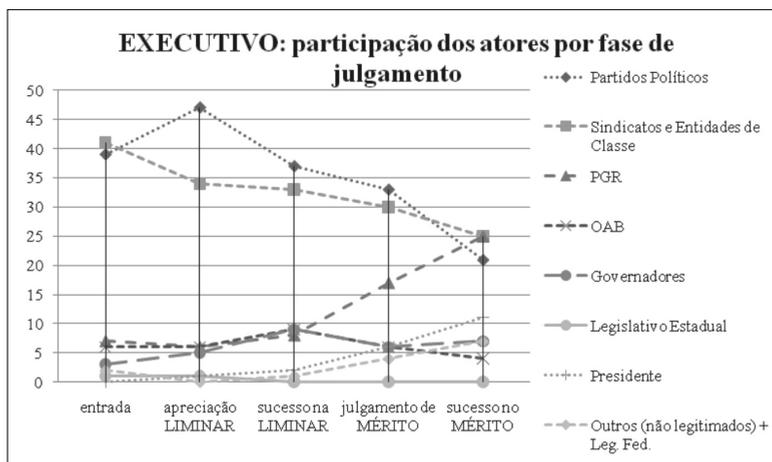
no gráfico abaixo uma maior regularidade quando se trata de atos normativos do Poder Legislativo, com predomínio absoluto das ações questionando leis ordinárias (muito embora o Tribunal seja um pouco menos concessivo quanto aos pedidos de liminares).

Gráfico 24



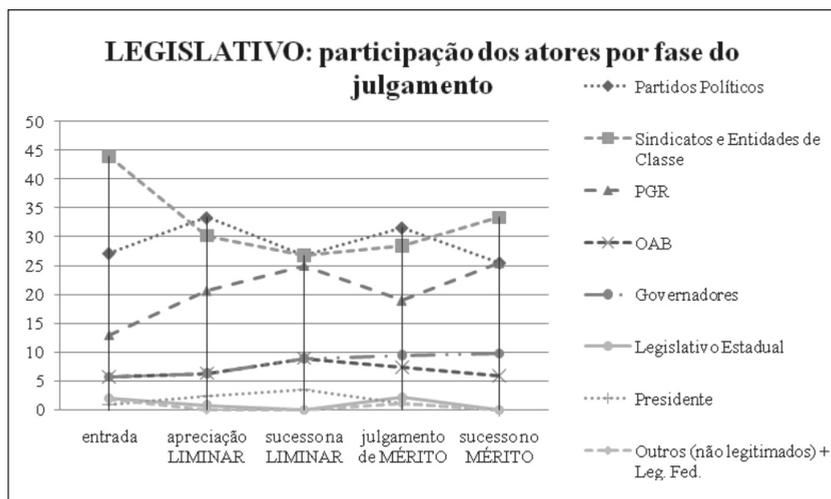
Outro dado interessante, e que contribui para conhecer mais sobre o controle concentrado de constitucionalidade dos atos normativos federais exercidos pelo STF diz respeito à taxa de sucesso dos demandantes nessas ações.

Gráfico 25



O gráfico 25 é interessante, pois sugere que, muito embora tenham muitos dos seus pedidos de liminar apreciados (e concedidos), os partidos políticos têm uma participação reduzida no momento em que o Tribunal decide revisar o mérito do ato normativo impugnado, editado pelo Poder Executivo. Nesse sentido, no provimento final, os partidos políticos têm menos sucesso que a Procuradoria-Geral da República (PGR) e os sindicatos e entidades de classe.

Gráfico 26



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

IV.2.4 A “não-resposta do STF”: extinção sem julgamento de mérito

Por fim, ainda no que se refere aos fatores de saída, serão examinadas aquelas ações que “ficaram pelo caminho”, ou seja, que não atingiram seu objetivo aparente de obter uma decisão de mérito do Tribunal que reconhecesse a inconstitucionalidade do ato normativo impugnado. Note-se que este tópico será dedicado exclusivamente às ações extintas sem julgamento de mérito envolvendo atos normativos originários do Executivo federal.⁶¹ A

⁶¹ Conforme exposto nos gráficos 14 e 15, no grupo de ações que questionam atos originários do Executivo já extintas, 92% não recebeu qualquer decisão de mérito, enquanto que, para o Legislativo, esse número é de 68%. Diante desses dados que mostram a clara preponderância de ações que questionam atos originários do Executivo quando se consideram todas ações extintas sem julgamento do mérito, e considerando as limitações de tempo e recursos humanos, optou-se por não se realizar a análise das “ações sem resposta” para atos do Legislativo. Em função

principal questão que será discutida nesta etapa da pesquisa é “por que o STF extingue o processo sem decidir o mérito (e, muitas vezes, também a liminar)?”

Nesse sentido foi feito um levantamento das razões alegadas pelo Tribunal para extinção desse grande volume de ações, tentando compreender a ausência de resposta do STF acerca do mérito de determinadas ações. Para tanto, foram sistematizados os critérios principais que justificam a extinção do processo sem julgamento do mérito pelo STF (reunidos na categoria “Motivo Principal”)⁶².

Os motivos principais identificados na pesquisa estão organizados nas seguintes categorias: (a) Ausência de manifestação do autor, que conduz à extinção da ação por preclusão, é o abandono do processo; (b) Deficiência da representação, uma questão meramente formal, como falta de procuração de poderes especiais para o advogado; (c) Desistência, a qual, diferentemente da ausência de manifestação do autor - que leva à preclusão -, é feita por meio de petição; (d) Ilegitimidade ativa *ad causam*, motivo bastante recorrente, que justificou a extinção de ações interpostas por entidades de classe, partidos, associações civis e sindicatos; (e) Impossibilidade jurídica do pedido, motivo ligado, nos casos analisados, diretamente com conflitos entre normas de hierarquia infraconstitucional; (f) Inépcia da Inicial; (g) Litispendência, situação em que uma lei está em julgamento no STF e outra ação é proposta com o intuito de impugnar o mesmo dispositivo; (h) Perda de objeto, que se dá nos casos em que o dispositivo questionado foi revogado, a petição inicial não foi aditada em virtude da conversão de determinada medida provisória em lei etc.

Com o objetivo de detalhar esses critérios processuais que integram as categorias “Motivo Principal”, foi criado o grupo de “Motivos Específicos”. Isso se deve ao fato de que, além de saber *quantas* ações foram extintas sem julgamento de mérito por perda de objeto, por exemplo, é fundamental saber *por que* a ação perdeu objeto. Para tanto, adotou-se a seguinte classificação: *h.1)* alteração substancial da redação original do dispositivo impugnado; *h.2)* constitucionalidade já apreciada em outra ação; *h.3)* falta de aditamento da inicial;⁶³ *h.4)* dispositivo impugnado deixou de vigorar; e *h.5)* direito subjetivo individual.⁶⁴

Como se pode verificar no gráfico abaixo, mais da metade (56%) das ações analisadas são extintas em razão da perda de objeto. Observa-se também que a segunda razão mais

dos diferentes tipos de atos normativos à disposição de cada Poder, a hipótese é que esses resultados se revelariam consideravelmente distintos.

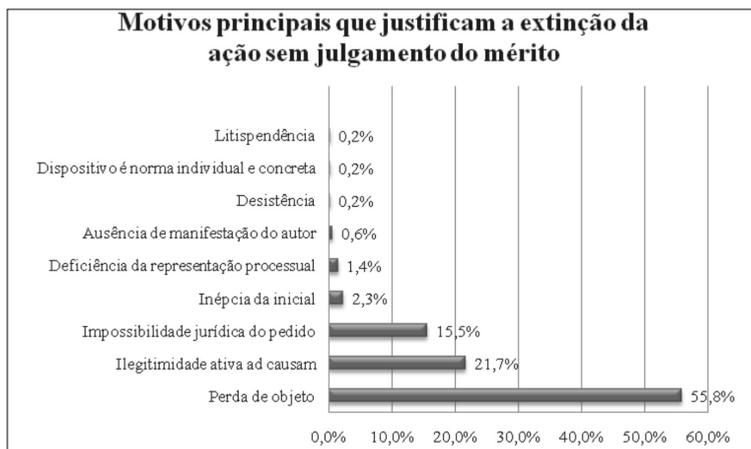
62 Os critérios principais são aqueles que, normalmente, estão explicitados (i) na ementa, (ii) na parte dispositiva da decisão e (iii) na motivação da decisão analisada.

63 Um dos principais motivos de extinção de ações sem julgamento do mérito, a falta de aditamento da inicial configura-se quando ocorre alteração substancial do dispositivo impugnado na ação, ou quando há uma reedição de medida provisória anteriormente questionada, e o autor não emenda a petição inicial informando sobre a nova redação do texto.

64 O motivo foi alegado em um único caso, por se entender que a ação não pode ter seguimento porque não visa ao controle abstrato de constitucionalidade, e sim à decisão judicial para atendimento de interesses subjetivos específicos. Ou seja, o que o autor pretende com a propositura de uma ação de controle concentrado não se coaduna com os seus propósitos constitucionais.

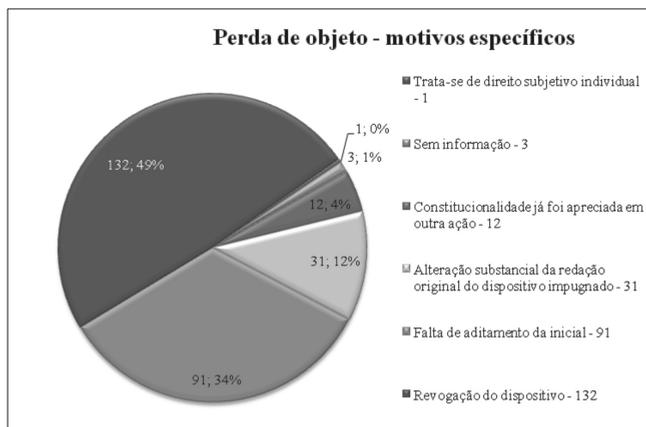
recorrente para que o STF não aprecie o mérito da ação é a ilegitimidade ativa *ad causam* (22%). Em terceiro lugar, aparece a impossibilidade jurídica do pedido, que justifica a não apreciação do mérito pelo STF em 17% dos casos envolvendo atos normativos oriundos do Executivo.

Gráfico 27



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

Gráfico 28



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

Quando o autor não adita a petição inicial, a ação perde o objeto, pois o dispositivo questionado deixou de vigorar. Nesses casos, verifica-se que os demandantes são os responsáveis pela extinção sem julgamento de mérito por ausência de aditamento da inicial. As situações em que os demandantes não insistem na propositura da ação, deixando de aditar a petição inicial para corrigir a redação do dispositivo questionado, dão ensejo à seguinte reflexão: nesses casos, os atores poderiam não estar interessados em um resultado efetivo de mérito, mas sim em acessar o STF apenas como forma de exercer pressão sobre os centros de poder, impugnando uma norma editada pelo Executivo federal com o objetivo de questionar as políticas do governo⁶⁵.

A partir dessas considerações, é possível esboçar as seguintes reflexões: a primeira está ligada ao *tempo de tramitação* das ações e a *natureza dos atos impugnados*. Muitas vezes, percebe-se que as ações que impugnam medidas provisórias perdem o seu objeto porque o STF demorou muito para julgar o mérito da ação (o que ocorre especialmente nos casos em que o julgamento da liminar já foi realizado). Considerando-se que as MPs são normas de caráter provisório, é preciso que o STF dê uma resposta rápida a fim de que a reedição da MP não prejudique o objeto da ação.

V. Processo decisório no STF: uma nova agenda de pesquisa

Diante dos resultados acima apresentados, considerou-se a hipótese de que a “judicialização da política” talvez não seja claramente identificável a partir de uma leitura quantitativa do trabalho do STF ao longo das últimas duas décadas.⁶⁶ Por essa razão, promoveu-se, a título exemplificativo, uma investigação qualitativa das *técnicas e procedimentos*

65 A presente pesquisa não comprova essa afirmação, mas existem trabalhos no campo da ciência política que demonstram que muitos atores legitimados (como partidos políticos) acessam o STF para exercer oposição à maioria governista. Nesse sentido, ver TAYLOR, Matthew M. *Judging Policy: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil*. Stanford: Stanford University Press, 2008 e TAYLOR, Matthew M.; DA ROS, Luciano. Os Partidos dentro e fora do Poder: a Judicialização como Resultado Contingente da Estratégia Política. *Dados*, vol. 51, n. 4, 2008.

66 Muito provavelmente, o principal desses dados é a baixa taxa de julgamentos definitivos em que de fato o STF interfere na atuação dos outros Poderes: apenas 6% das ações que impugnam atos do Executivo foram julgadas procedentes (cf. gráfico 14), enquanto 11% das ações que questionam atos oriundos do legislativo foram julgadas procedentes (cf. gráfico 15).

decisórios adotados pelo Supremo em alguns casos selecionados.⁶⁷

O presente capítulo destina-se à exposição sucinta de um modelo de análise qualitativa do teor das decisões do STF, por meio do mapeamento de técnicas decisórias e de formas de interação entre o Tribunal e a sociedade civil.

O objetivo é tentar oferecer alguns apontamentos para uma nova agenda de pesquisa que se insere dentro da temática da judicialização da política, por meio da investigação do lastro argumentativo desenvolvido pelo Tribunal em suas decisões. Ademais, acredita-se que esse constitui um campo de análise no qual a expertise de juristas pode lhes permitir contribuições consistentes e relevantes para o debate acerca da “judicialização da política”.

Tendo em vista que a finalidade, aqui, é apenas a de testar algumas possíveis contribuições que uma abordagem diferenciada poderia oferecer para esse debate, a seleção dos casos analisados não tem pretensões exaustivas, diferentemente do universo de análise quantitativo utilizado no capítulo anterior.

É interessante, sobretudo, identificar, a partir desta pesquisa exploratória de casos, elementos internos ao processo decisório do Tribunal, fatores institucionais, tais como formas de votação e ferramentas de interpretação e aplicação do direito utilizadas. O objetivo de empreender uma análise detalhada desses elementos é dar início a uma nova agenda de pesquisas em direito, que possa contribuir com uma *perspectiva de análise institucional* para o debate sobre judicialização da política e STF. O *processo decisório* é, portanto, o eixo comum das análises feitas adiante. Para fins de clareza da exposição, foi elaborada uma tipologia de aspectos interessantes desse processo. Assim, fala-se em *técnicas de julgamento* e *procedimentos decisórios*.

O primeiro ponto abarca uma discussão sobre mecanismos dos quais se valem os juízes constitucionais no momento do julgamento e, em um momento posterior, para garantir a efetividade do que foi julgado. Nesse tópico, são discutidas figuras como a modulação de efeitos e interpretação conforme a Constituição – técnicas de julgamento que foram formalizadas pela regulamentação legal do processamento constitucional, feita pelas Leis nº 9.868/99 e 9.882/99⁶⁸ –, além de outras figuras que, apesar de não estarem “formalizadas”, cumprem um papel relevante no momento do julgamento e da execução do que foi decidido. Aqui, merecem destaque a diferença entre efeitos constitutivos e declaratórios da sentença, o significado da chamada “decisão aditiva”, e as questões que se colocam no momento de implementar o que foi decidido.

67 Uma descrição detalhada da forma de seleção dos casos analisados pode ser encontrada na íntegra do relatório final de pesquisa, cujos dados estão aqui resumidos. Cf. item VI.1 daquele documento.

68 O art. 27, da Lei nº 9.868/99 (Lei da ADI), e o art. 11, da Lei nº 9.882/99 (Lei da ADPF), prevêem a chamada modulação de efeitos da decisão. A interpretação conforme a Constituição é mencionada no parágrafo único do art. 28, da Lei da ADI. Necessário lembrar que a Lei da ADI possui diversos dispositivos contestados face à Constituição Federal – dentre eles, o próprio artigo 27. Cf. ADI 2.231, proposta pelo Conselho Federal da OAB, ainda pendente de julgamento.

O segundo ponto refere-se a novas formas de processamento das questões constitucionais. Importam aqui principalmente os mecanismos de democratização do processo judicial, com a figura do *amicus curiae* e realização de audiências públicas. Também se discute brevemente algumas possibilidades à disposição da Corte na gestão dos processos, como o julgamento conjunto de ações e as formas de lidar com o tempo de processamento de cada ação.

Adiante, apresentamos a lista dos casos estudados, indicando os critérios sob os quais foram selecionados para compor este *universo exemplificativo* de acórdãos submetidos à análise qualitativa focada no processo decisório e argumentativo desenvolvido pelo STF e seus ministros. As seguintes questões relacionadas à *interação entre os Poderes* e a *legitimidade democrática* das decisões judiciais foram abordadas: (i) casos que envolvem **obrigações impostas ao Poder Executivo**, como o caso da Raposa Serra do Sol e da importação de pneus usados; (ii) casos que envolvem **uma forma de substituição do Poder Legislativo**, um exercício excepcional do papel de legislador pela Corte em casos de omissão reiterada do Legislativo, como os casos do direito de greve dos servidores públicos e do Fundo de Participação dos Estados (FPE); (iii) casos em que há **intervenção do Judiciário na competição político-partidária**, como acontece nos casos da verticalização das coligações partidárias e da fidelidade partidária.⁶⁹

V.1 Técnicas de julgamento

V.1.1 Mandado de injunção com efeitos constitutivos

Nos casos do **direito de greve dos servidores públicos**⁷⁰, pode-se afirmar que o STF atribuiu para si a prerrogativa de delimitar os contornos do exercício do direito de greve dos servidores públicos, ampliando sua competência para julgar temas salientes do cenário nacional. Isso foi possível com a alteração de entendimento sobre os efeitos do julgamento do mandado de injunção, que deixam de ser apenas declaratórios da omissão, passando a ser constitutivos para se suprir a omissão legislativa.

Como veremos adiante, podemos concluir do julgamento dos MI 670/ES, 708/DF e 712/PA que a nova postura do Tribunal em atribuir efeitos constitutivos ao mandado de injunção demonstra a preocupação em fazer valer as suas decisões no sentido de dar concretude aos preceitos constitucionais. Ao determinar a aplicação provisória de outras leis para viabilizar o exercício do direito assegurado no art. 37, VII, da CF, o STF confere, desde logo, aos impetrantes a possibilidade de exercer o direito de greve, sem ter que aguardar a atividade do legislador omissor.

69 Em arquivo anexo ao presente trabalho, encontram-se os breves relatos elaborados sobre cada caso, e indicação de alguns pontos de interesse desenvolvidos neste estudo.

70 O caso do direito de greve dos servidores públicos foi discutido em três mandados de injunção, julgados na mesma data (em 25/10/2007): MI 670/ES, Rel. Min. Mauricio Corrêa; MI 708/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes; e MI 712/PA, Min. Rel. Eros Grau. Cf. descrição completa do caso no Anexo ao final do livro.

Ao justificar a mudança de postura do STF quanto aos efeitos do mandado de injunção no MI 670/ES, o Min. Gilmar Mendes mostra uma preocupação em afastar a crítica de que o Tribunal estaria exercendo um protagonismo legislativo. Para tanto, o ministro argumenta que, diante de reiteradas omissões do legislador, a não atuação do STF naquele momento seria, em suas palavras, uma “omissão judicial”. É assim que ele justifica a aplicação da lei de greve dos trabalhadores do setor privado ao caso do direito de greve dos servidores públicos.

Uma relevante técnica de julgamento adotada nos acórdãos relacionados a esse caso envolve a determinação de aplicação das Leis federais nº 7.701/1988 (que cuida da especialização das turmas dos tribunais do trabalho em processos coletivos) e 7.783/1989 (que garante o direito de greve no setor privado e estabelece os requisitos para tanto) aos conflitos e às ações judiciais que envolvam a problemática do direito de greve dos servidores públicos. Contudo, mais do que permitir a incidência destes diplomas legislativos, no que couber, na delimitação do exercício do direito de greve dos servidores públicos, o Tribunal define o que o Min. Gilmar Mendes entende por “balizas procedimentais mínimas” para a apreciação e julgamento dessas demandas coletivas.

Atendendo às peculiaridades inerentes à prestação de um serviço público, os ministros consideraram que a aplicação da Lei federal nº 7.701/1988 teria que respeitar algumas condições pré-determinadas, quais sejam: (i) se a paralisação for de âmbito nacional ou abranger mais de uma região da Justiça Federal, ou ainda abranger mais de uma unidade da federação, a competência para o dissídio de greve será do Superior Tribunal de Justiça; (ii) ainda no âmbito federal, se a controvérsia estiver adstrita a uma única região da Justiça Federal, a competência será dos Tribunais Regionais Federais; e (iii) para o caso da jurisdição no contexto estadual ou municipal, se a controvérsia estiver adstrita a uma unidade da federação a competência será do respectivo Tribunal de Justiça. Em outras palavras, as greves de âmbito local ou municipal serão dirimidas pelo respectivo Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal com jurisdição sobre o local da paralisação, conforme se trate de greve de servidores municipais, estaduais ou federais.

Com relação à Lei nº 7.783/1989, portanto, o STF buscou “a coerência entre o exercício do direito de greve pelo servidor público e as condições necessárias à coesão e interdependência social, que a prestação continuada dos serviços públicos assegura”. Deste modo, conforme delineado na retificação de voto do Min. Eros Grau no MI 712/PA, verifica-se uma tentativa de compatibilizar o princípio da continuidade do serviço público com o exercício do direito de greve dos servidores públicos.

Assim, além de determinar a aplicação da norma supletiva (que compreende o conjunto dos arts. 1º, 9º, 14, 15, e 17 da Lei 7.783/89), o Min. Eros Grau propõe algumas alterações tidas como necessárias ao atendimento das peculiaridades da greve nos serviços públicos. São elas: (i) apenas é facultada a paralisação parcial do trabalho; (ii) durante a greve, serão necessariamente mantidas em atividade equipes de servidores com o propósito de assegurar

a regular continuidade da prestação do serviço público; e (iii) o comprometimento da regular continuidade na prestação do serviço público é inadmissível, consubstanciando abuso do direito de greve. Essas seriam, segundo o Min. Eros Grau, “balizas procedimentais mínimas” para o exercício do direito de greve dos servidores públicos.

Já o Min. Gilmar Mendes, no MI 708/DF, ressalta que a deflagração da greve, em princípio, corresponde à suspensão do contrato de trabalho, não havendo que se falar propriamente em prestação de serviços, tampouco no pagamento de salários. Como regra geral, então, o Min. Gilmar Mendes considera que os salários dos dias de paralisação não deverão ser pagos. Mas faz uma ressalva: os salários podem ser pagos aos servidores no caso em que a greve tenha sido provocada justamente por atraso no pagamento ou por outras situações excepcionais que justifiquem o afastamento da premissa da suspensão do contrato de trabalho.

Após o julgamento desses três mandados de injunção, foi proposta a Reclamação (Rcl) 10.798, em que o reclamante visa à suspensão de atos da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJ-RJ) com o intuito de viabilizar o movimento grevista do Sindicato dos Servidores do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro (Sind-Justiça). O sindicato alega que o TJ-RJ descumpriu a jurisprudência firmada pelo STF em 2007, que garantiu aos servidores públicos o exercício do direito de greve.

A recente notícia do Supremo sobre o julgamento liminar desta Reclamação evidencia alguns dos resultados do julgamento do STF. Na Rcl 10.798, o Relator Min. Gilmar Mendes negou o pedido de liminar, observando não vislumbrar, “num juízo precário, inerente à fase processual, que os atos impugnados veiculem ofensa ao decidido pelo STF no MI 708/DF”. Segundo ele, “a complexidade do exercício do direito de greve exige que a administração pública pratique atos tendentes à adequação da lei de greve do setor privado ao regime estatutário, concretizando, ademais, o princípio constitucional da continuidade do serviço essencial, o qual não pode ser abolido pelo legítimo exercício do direito de greve”⁷¹.

Verifica-se, neste caso, que o ministro reiterou o posicionamento adotado no MI 708/DF, ao assegurar o exercício do direito de greve dos servidores públicos desde que observados limites ao exercício desse direito em respeito à continuidade do serviço público. Isso mostra que o STF está firmando o seu posicionamento mais propositivo e não tão deferente ao legislador. A questão que se coloca é se ficará a cargo do STF moldar o exercício do direito de greve dos servidores públicos, definindo quais os limites da paralisação do serviço público ou se o legislador irá se pronunciar de forma definitiva sobre o assunto.

V.1.2 Interpretação conforme e modulação de efeitos

Neste ponto trataremos dos casos da **verticalização das coligações, fidelidade partidária**, e do **Fundo de Participação dos Estados (FPE)**. Os casos estudados neste

71 Cf. notícia disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=165238&caixaBusca=N>.

tópico revelam que a declaração de inconstitucionalidade apresenta muito mais sutilezas do que o binômio constitucional/inconstitucional revela. Para entender e criticar a atividade do Supremo Tribunal Federal, é preciso ter essas questões em conta.

Os dois primeiros casos, referentes à competição política e ao jogo eleitoral, mostram que não é o simples fato de os temas em questão terem sido levados ao Judiciário que importam para o diagnóstico de judicialização. Para tal, é relevante estudar a configuração dos julgamentos, pois o “ativismo” parece estar propriamente na maneira como o Tribunal estabelece suas prerrogativas (como ocorreu no caso da fidelidade, ao entender que ocorreu uma mutação que justifica a extração de uma regra do texto constitucional, ainda que não expressamente prevista na Constituição) e as dos demais Poderes, verificada no caso da verticalização, em que se discutiram os limites do Poder Legislativo na alteração do texto constitucional e, conseqüentemente, a necessidade de que o STF fiscalizasse o respeito a estes limites, contendo eventuais abusos e casuísmos.

O caso do FPE, por sua vez, guarda relação com o caso do direito de greve dos servidores públicos, discutido anteriormente, pois em ambos o STF se viu diante de uma omissão legislativa. Naquele primeiro caso, entretanto, há a dificuldade adicional de *haver uma lei em vigor*, mas não destinada a reger o direito de greve dos servidores públicos. Esse aspecto é determinante para as configurações diversas que cada julgamento assume.

Iniciando a discussão sobre as técnicas de julgamento relacionadas à modulação de efeitos e à interpretação conforme, é interessante apontar para os aspectos curiosos do caso da **verticalização das coligações**⁷². Como se tratava de controle de constitucionalidade de uma emenda constitucional, sua invalidação só poderia ser fundamentada no confronto com alguma cláusula pétreia. Tal obstáculo foi contornado numa manobra argumentativa de *interpretação sistemática da Constituição*, que, combinando dispositivos esparsos e aparentemente desconexos, criou um fundamento jurídico para a decisão.

Os ministros do STF empreenderam o que Sepúlveda Pertence chamou de pesquisa “mineralógica” à procura de uma cláusula pétreia que pudesse ter sido ofendida. Foram invocados o princípio da segurança jurídica e o princípio da anterioridade anual das regras eleitorais, do qual seria dedutível o direito individual ao devido processo eleitoral, e que, portanto, seria uma garantia fundamental, nos termos do § 2º do art. 5º, da CF.

Com esse argumento, é dada procedência ao pedido para que a nova redação do §1º do art. 17, da CF, não fosse aplicável nas eleições de 2006, mas apenas às subsequentes, permanecendo vigente naquele pleito a antiga redação do referido dispositivo. Não houve, portanto, uma declaração de inconstitucionalidade, nem modulação de efeitos, mas algo parecido com uma interpretação conforme em que se admitiu a constitucionalidade do dispositivo, mas a sua inaplicabilidade antes do decurso de um ano de sua vigência.

72 ADI 3685, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgada em 22/03/2006. Cf. descrição completa do caso no Anexo ao final do livro.

O resultado, apesar de não anular completamente a decisão legislativa, postergou sua aplicação para as próximas eleições, por meio da paradoxal “*interpretação conforme a Constituição*” de um artigo da própria Constituição. Paradoxal porque este é um artigo modificado por Emenda e o parâmetro de constitucionalidade, formado por supostas cláusulas pétreas encontradas numa “interpretação sistemática” da Constituição.

É importante destacar, entretanto, que o Ministro Gilmar Mendes trata a solução do caso como interpretação conforme do art. 2º, da EC 52/06. Esse dispositivo não trazia uma nova redação para o texto constitucional, mas determinava a vigência imediata da Emenda e das respectivas modificações. De fato, no caso, parece ter havido uma incorreção do STF na elaboração da parte dispositiva da ementa do acórdão, uma vez que haveria se chegado ao mesmo resultado prático com a simples declaração de inconstitucionalidade do referido art. 2º, sem necessidade de interpretação conforme para determinação da vigência temporal da nova redação constitucional.

O caso da **fidelidade partidária**⁷³ também apresenta aspectos interessantes para o estudo sobre as técnicas de julgamento. Ao decidir que a fidelidade partidária seria “corolário lógico-jurídico necessário do sistema constitucional vigente”, o STF acaba superando uma série de julgamentos precedentes, nos quais ele havia afastado a ideia de que a troca de partido constituiria uma hipótese de renúncia (tácita) ao mandato eletivo.⁷⁴

Nesses precedentes, o Tribunal sempre sustentou que, por um ato deliberado, o próprio constituinte originário havia excluído essa hipótese do rol de situações que ensejam a perda de mandato, todas elencadas no art. 55 da Constituição Federal. A maior evidência de que essa teria sido a “escolha” consciente do constituinte originário seria o fato de que, historicamente, a atual Constituição não trouxe em seu texto a regra da fidelidade partidária, diferentemente das constituições anteriores (de 1967 e 1969, por exemplo), que a previam expressamente.

Com a modificação do entendimento anterior, o STF entendeu que estaria diante daquilo que alguns Ministros denominam *mutação constitucional*, concretizada na modificação informal⁷⁵ do texto do art. 55, da CF, por via jurisprudencial, passando a reconhecer, na prática, que pertenceria ao partido a titularidade do mandato eletivo proporcional.

Dentre os relatores dos mandados de segurança em que se discutiu a questão, o Min. Celso de Mello é o único que menciona o contexto político e a “crise” do sistema político-partidário existente no país à época – cujo principal expoente era o chamado escândalo do “mensalão” – e, após relatar a história de um parlamentar que trocou de partidos inúmeras

73 MS 26.602/DF, Rel. Min. Eros Grau; MS 26.603/DF, Rel. Min. Celso de Mello; MS 26.604/DF, Min. Rel. Cármen Lúcia, julgados em 04/10/2007. Cf. descrição completa do caso no Anexo ao final do livro.

74 São três os principais precedentes citados pela defesa e invocados pelos Ministros para enfrentar a questão da modificação de entendimento anteriormente consolidado pelo próprio Tribunal: MS 20.916, MS 20.927 e MS 23.495.

75 Ou seja, sem modificação formal do texto, pela via de emenda constitucional, promulgada pelo Congresso Nacional. Cf. voto do Min. Gilmar Mendes, p. 431.

vezes, afirma que, “*considerado esse estado de coisas*”, a fidelidade partidária deve traduzir “um valor constitucional revestido de elevada significação político-jurídica”.⁷⁶

Para expressar a modificação de entendimento anterior, o Tribunal faz uso da expressão *mudação constitucional*. Em sua jurisprudência, o STF comumente invoca, junto com a decisão que reconhece a ocorrência de mutação constitucional, a necessidade de *modulação dos efeitos da decisão* que reverte posicionamento anteriormente fixado pela Corte. Em linhas gerais, a modulação de efeitos permite ao Tribunal limitar a produção dos efeitos de uma decisão em relação a seu aspecto temporal, determinando que possua eficácia tão-somente prospectiva (ou *pro futuro*, na expressão de alguns ministros) ou ainda a partir de certo marco temporal (no passado ou no futuro), que não a data de edição do ato que se julga inconstitucional.

Além das exigências de caráter formal, tais como quórum mínimo e reserva de plenário, a lei estabelece os pressupostos materiais para que o Tribunal decida pela mitigação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade: (i) a existência de *relevante interesse social*; ou (ii) que a decisão represente um sério risco para a *segurança jurídica* das relações constituídas sob a égide da lei viciada.⁷⁷

A estratégia dos Ministros no caso da fidelidade foi, no entanto, a de não tratar a questão como uma modulação de efeitos nos termos da lei, a fim de evitar a exigência de quórum de aprovação mínima de dois terços do plenário do STF.⁷⁸ A justificativa invocada foi a de que se tratava de simples mudança de orientação jurisprudencial (e não de declaração de inconstitucionalidade), bastando que se invocasse a necessidade de preservar a *segurança jurídica* das situações constituídas com base no entendimento anterior do Tribunal, o que poderia ser feito com aprovação por maioria simples dos Ministros presentes à sessão de julgamento.⁷⁹

Dessa forma, o Tribunal acabou, por maioria simples do Plenário, modulando os efeitos de sua decisão para lhe dar eficácia somente a partir da data da resposta do TSE à Consulta 1.398, de 23 de março de 2007. De um modo geral, a modulação foi justificada de maneira vaga e imprecisa, inclusive na ementa do acórdão, que invoca razões de segurança jurídica, em vista da mudança, da evolução jurisprudencial e da ausência de modificação formal da legislação ou do texto constitucional.⁸⁰

76 Cf. p. 427-431, do MS 26.604.

77 Art. 27, da Lei da ADI e art. 11 da Lei da APDF.

78 Nesse sentido, cf. a argumentação desenvolvida pelo Min. Gilmar Mendes, p. 464 e ss.

79 Cf. Min. Elle Gracie, p. 466. Cumpre destacar que todos os julgados citados como precedente para fundamentar a necessidade de modulação dos efeitos também tratavam de modificação do entendimento jurisprudencial anterior. No entanto, nem a pretexto de preservação da *segurança jurídica*, deixou-se de observar a exigência de quórum, com aplicação do art. 27.

80 Essa argumentação (preservação da segurança jurídica) aparece no argumento de todos os ministros que votaram a favor da modulação de efeitos. Cf. Carmen Lúcia (p. 244 e ss.); Ellen Gracie (p. 461 e ss.); e Marco Aurélio (p. 459 e ss.).

Curioso notar que, somente ao decidir pela modulação de efeitos, alguns ministros se ocuparam da questão dos limites da jurisdição constitucional e das competências e prerrogativas do STF no desempenho da sua função de guardião da Constituição. Aqui, o problema central que deveria ter sido enfrentado pelo Tribunal – e que, no entanto, foi apenas tangenciado por alguns ministros – diz respeito ao seguinte questionamento: estaria o Tribunal *legislando*, ao considerar a infidelidade partidária como hipótese que determine a perda de mandato, mesmo sem previsão expressa no texto da Constituição de 1988?

A maior parte dos ministros pareceu concordar com a leitura do Min. Menezes Direito, de acordo com a qual o STF não estaria “legislando, nem criando norma artificial”. O que o Tribunal estaria fazendo, *in casu*, seria apenas “dar uma interpretação coerente com o que se contém na CF para preservar-lhe os princípios”.⁸¹ O único que apontou para o risco de que o STF estaria legislando foi o Min. Marco Aurélio. No entanto, os óbices levantados pelo ministro não tinham relação com o reconhecimento de hipótese de perda de mandato eletivo não-expressa no texto constitucional⁸², mas, sim, com a ideia de que o STF estaria buscando definir os limites temporais para produção de efeitos de seu novo entendimento.

Segundo o Ministro, o arcabouço normativo não mudou no período (o texto do art. 55 da CF é o mesmo desde sua promulgação); o que mudou foi apenas a leitura do Tribunal acerca dos dispositivos constitucionais relacionados à matéria. Modular os efeitos temporais desse novo entendimento significaria, na prática, “estipular um prazo” para entrada em vigência da própria Constituição, fixando termo inicial de sua eficácia, com a evolução do entendimento do Tribunal.⁸³ Em outras palavras, ao modular os efeitos, conferindo, na prática, “prazo” para vigência do texto constitucional, o STF estaria excedendo os limites de sua competência, violando a própria Constituição da qual decorrem seus poderes.

No **caso do Fundo de Participação dos Estados (FPE)**⁸⁴, merece destaque o estudo da modulação de efeitos da decisão em relação às discussões sobre os limites de atuação da Corte e ao diálogo indireto com o Poder Legislativo.

No voto do relator da ADI 875, o Min. Gilmar Mendes reconhece que as técnicas tradicionais de decisão não poderiam ser aplicadas no caso, sob pena de se chegar, via ADI, a um vácuo jurídico contrário aos propósitos da própria Constituição. O princípio da nulidade da norma inconstitucional, portanto, deveria ser aplicado em ponderação com o princípio da segurança jurídica, pois a simples cassação da norma inconstitucional (com sua consequente

81 Cf. MS nº 26.604, p. 292 e ss.

82 Segundo o Ministro, ao reconhecer a fidelidade partidária, nem o STF nem o TSE estariam legislando, apenas estabelecendo a concretude e o alcance da própria Constituição. Cf. p. 457.

83 “O Supremo pode atuar como legislador negativo, mas não como legislador positivo, e o estará fazendo, inspirado, é certo, na resposta do TSE, ao fixar termo inicial da eficácia, da concretude, da Constituição Federal.” Cf. p. 323. Para ele, a ideia de fato consumado, no Brasil, seria uma miríade para alguns, como justificativa para postergar qualquer modificação. Isso somente seria admitido se a conduta protegida estivesse “harmônico, afinado, com a ordem jurídica”. Cf. p. 322.

84 ADI 875, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 24/02/2010. Cf. descrição completa do caso no Anexo ao final do livro.

exclusão do mundo jurídico) não seria apta a resolver os problemas decorrentes da omissão parcial.

O Ministro relator cita, como exemplo, a hipótese de a Corte vir a declarar a inconstitucionalidade por omissão parcial da norma que define o salário-mínimo em valor flagrantemente inferior aos parâmetros definidos na Constituição. Nesse caso, ao se aplicar a técnica de declaração de nulidade, o resultado seria contrário ao preceito constitucional, uma vez que sequer um valor mínimo restaria regulamentado. Portanto, em casos como esses, a aplicação ponderada da regra da nulidade permitiria à Corte lidar com as consequências de sua decisão, as quais foram amplamente discutidas no julgamento das ADIs sobre o FPE.

Dentre essas novas técnicas, estaria a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, cujos precedentes são as ADIs 3.682 e 2.240. Em ambas, reconheceu-se a inconstitucionalidade por omissão legislativa na regulamentação do processo de criação de novos municípios, sem pronúncia de nulidade da norma questionada e com estipulação de prazo para supressão do vácuo normativo. A determinação do Tribunal foi atendida pelo Congresso.

Nesse ponto, por não admitir uma interpretação extensiva do art. 27 da Lei 9.868/99 que permita tais técnicas decisórias, o Min. Marco Aurélio diverge da maioria, julgando improcedentes os pedidos das ADIs 875, 2.727 e 3.243; e procedente o pedido de inconstitucionalidade por omissão (ADI 1.987), assentando seus efeitos a partir da data de julgamento e tomando a lei complementar como legítima em relação aos rateios pretéritos.

É importante perceber que, ao rejeitarem tal posição, ancorada na tradição jurisprudencial da Corte de declarar a inconstitucionalidade por omissão como forma de apelar ao Congresso Nacional quanto à necessidade de adotar medidas corretivas, a maioria do Tribunal entendeu que esta técnica não se mostra eficaz no enfrentamento das situações de inconstitucionalidade, sendo necessária a adoção de uma decisão determinante.

Nesse sentido, como forma de *induzir o Congresso a legislar*, foi ressaltado que, a partir de 31 de dezembro de 2012, os coeficientes de repartição estabelecidos na legislação atual não poderão ser aplicados, com o que se reafirmou a responsabilidade do Poder Legislativo. Ou seja, o problema decorrente da não aprovação de uma nova lei no prazo fixado (que nos debates foi ampliado em relação à proposta original do Relator, que era de 24 meses) deverá ser resolvido pelo Congresso Nacional, que é o poder competente.

Preocupado com essa questão, o Min. Ricardo Lewandowski ressaltou em seu voto que a Corte não estaria fixando um prazo para o Congresso Nacional agir, o que poderia ser entendido como ingerência na pauta do Legislativo, e sim se utilizando de prerrogativa inscrita no art. 27 da Lei 9.868/99 para modular a declaração de inconstitucionalidade. Apesar de ventilada nas discussões, a Corte não antecipa nesse momento qual seria a solução jurídica aplicável à hipótese de persistir a mora legislativa no ano de 2012.

Há, assim, um *evidente diálogo indireto com o Poder Legislativo*, considerando-se, inclusive, na discussão do prazo de vigência da lei inconstitucional, fatores como “o ano eleitoral”, a “vontade política” dos legisladores e a necessidade de se aprovar uma reforma tributária. Há, ainda, indicações na decisão quanto ao conteúdo da norma regulamentadora da distribuição do FPE que a tornaria compatível com o preceito constitucional.

Nesse sentido, o Min. Relator indica dois parâmetros a serem observados pelo legislador em obediência à CF, art. 161, inciso II e parágrafo único: primeiramente, os critérios distributivos definidos na nova lei devem permitir “que dados fáticos, apurados periodicamente por órgãos ou entidades públicas (*e.g.*, o IBGE), possam influir na definição dos coeficientes de participação”; em segundo lugar, “deve haver a possibilidade [prevista em lei] de revisões periódicas dos coeficientes”. Tais parâmetros são reafirmados no debate com os demais ministros.

A ADPF 101, referente à **importação de pneus usados**⁸⁵, é outro caso que apresenta várias peculiaridades na maneira pela qual se deu o julgamento da questão. Aqui, não se trata das técnicas regulamentadas de modulação de efeitos, mas a maneira pela qual o Tribunal resolveu dar conhecimento de sua decisão implicou, na prática, uma espécie de controle dos efeitos do julgamento. Antes de tudo, cumpre notar que o acórdão desse caso ainda não foi publicado, embora o julgamento tenha se encerrado há mais de um ano.⁸⁶

No caso, é possível dizer que o dispositivo da decisão do Plenário – o que efetivamente foi decidido pela Corte – ainda permanece ambíguo. O dispositivo do voto da relatora Ministra Cármen Lúcia é pelo provimento parcial da ADPF, para (i) declarar constitucionalmente válidas as normas que proíbem a importação de pneus; (ii) declarar inconstitucionais, com efeitos *ex tunc* (para o passado) as “interpretações, incluídas as judicialmente acolhidas, que, afastando a aplicação daquelas normas, permitiram ou permitem a importação de pneus usados de qualquer espécie, aí incluídos os remoldados, ressalva feita quanto a estes àqueles provenientes dos Países integrantes do MERCOSUL, na forma das normas acima listadas”; (iii) excluir dessa incidência de efeitos pretéritos as decisões judiciais com trânsito em julgado que não estejam sendo objeto de ações rescisórias.

Neste ponto (iii), entretanto, a Ministra incluiu uma exceção da exceção, pois estabeleceu que “Não se incluem nesta exceção [de proteção à coisa julgada] conteúdos decisórios em aberto ou dispostos de forma ilimitada para o futuro, pois a partir do que aqui definido ficam proibidas importações de pneus, dando-se o estrito cumprimento das normas vigentes com os contornos e exceções nela previstas.” A intenção aqui parece ter sido não permitir que mais pneus entrassem no país em razão de sentença com coisa julgada (uma sentença que estabelecesse, por exemplo, que determinada empresa tem direito a uma licença de importação válida até o ano de 2012). No entanto, essa intenção não está claramente

85 ADPF 101, Rel. Min. Cármen Lúcia. Cf. descrição completa do caso no Anexo ao final do livro.

86 No dia 24 de junho de 2009. Há apenas a versão provisória de alguns votos disponíveis para análise: votos dos Ministros Cármen Lúcia, Eros Grau, Gilmar Mendes e Marco Aurélio.

colocada.

Outro problema está relacionado à questão do Mercosul. Como a própria Ministra coloca em seu voto, na batalha travada entre Brasil e União Europeia na OMC, o Órgão de Apelação dessa organização decidiu por reverter decisão anterior, favorável ao Brasil, entendendo que a “isenção de proibição de importação de pneus usados dada ao Mercosul e as importações de pneus usados e reformados por meio de liminares, independentemente do volume de importações que propiciam, configuram uma *injustificada e arbitraria discriminação*”. A decisão da Ministra – pelo menos na versão do voto que há disponível – mantém, ainda assim, a legitimidade da exceção ao Mercosul.

Os demais votos disponíveis não trazem esclarecimentos sobre essas questões. O Ministro Eros Grau concorda com a decisão da relatora, mas não com a fundamentação por ela apresentada, que ele entende se basear na ponderação de princípios constitucionais, por considerar que este método hermenêutico fere a racionalidade do direito. Assim, dedica seu voto a fundamentar de maneira diversa a mesma decisão, sem usar da ponderação de princípios. O Ministro Gilmar Mendes segue o voto da relatora, destacando os motivos pelos quais a decisão tem de preservar a coisa julgada (motivos de segurança jurídica e guarda do preceito constitucional). Já o Ministro Marco Aurélio é único a julgar a ação improcedente, por entender que o princípio da livre iniciativa e o princípio da legalidade devem prevalecer sobre os argumentos alegados pelo demandante.

A demora na publicação do acórdão e a ambigüidade do dispositivo do voto da relatora, havendo inclusive uma aparente manutenção da exceção ao Mercosul em contrariedade à decisão da OMC, fazem com que o julgamento do caso dos pneus ainda não tenha um provimento definitivo, mesmo que a deliberação tenha ocorrido há mais de um ano.

Ainda que não se esteja falando aqui de uma técnica de julgamento nos moldes da modulação de efeitos, a falta de um provimento definitivo sobre o caso da importação de pneus usados é um expediente relevante, que certamente altera a maneira pela qual o entendimento do STF nesse caso é percebido e aplicado pelos demais atores institucionais.

V.1.3 Decisão aditiva, julgamento extra petita e precedente judicial

No caso **Raposa Serra do Sol**⁸⁷ apresenta-se, a partir de iniciativa do voto do Min. Menezes Direito, 18 condicionantes não apenas ao processo de demarcação da reserva em questão, mas de terras indígenas em geral. Estas condicionantes abordariam aspectos que não foram apresentados na petição inicial da ação popular. Isso trouxe para os debates entre os ministros uma série de discussões acerca do limite da atividade jurisdicional do STF. Esse caso ilustra o amplo espaço que a Corte tem para inovar suas técnicas de julgamento, e aponta para os problemas de deliberação sobre essas novas técnicas, problemas estes que parecem decorrer da própria dinâmica de julgamento no Tribunal.

87 Pet 3388 AgR/RR, Rel. Min. Carlos Brito, julgada em 06/04/2006. Cf. descrição completa do caso no Anexo ao final do livro.

Esses debates envolveram a relação entre o que foi pedido pela inicial e pelos assistentes e se essas condicionantes corresponderiam a um julgamento *extra petita*. Envolveram ainda o objetivo de alcançar com essas condicionantes não apenas o julgamento do caso concreto da Raposa Serra do Sol, mas o de estabelecer parâmetros para a demarcação de terras indígenas em geral, o que também poderia ser traduzido como a formação de um precedente da Corte.

Na petição inicial, solicita-se a declaração de nulidade da Portaria nº 534/2005⁸⁸. Como argumentos para fundamentar o pedido, o autor aponta vícios no processo administrativo da demarcação. Como reforço argumentativo, aponta (i) que a reserva em forma contínua traria conseqüências desastrosas para o Estado de Roraima, (ii) que haveria comprometimento da segurança e soberania nacionais, (iii) que haveria desequilíbrio no concerto federativo e (iv) que haveria ofensa ao princípio da razoabilidade ao se privilegiar a tutela do índio em detrimento de outros princípios constitucionais.

Ao analisar o pedido da ação – a declaração da nulidade da Portaria nº 534/2005 – a Min. Cármen Lúcia considera que “examinar a validade, ou não, de um ato administrativo no qual se especifica a demarcação de uma área de terras indígenas em face da Constituição e da legislação vigente importa em decidir, então, sobre a validade, ou não, do provimento questionado, tal como examinou e concluiu o eminente Ministro Relator, Carlos Britto, que concluiu pela improcedência da ação por não ter vislumbrado qualquer vício naquele provimento”.

Segundo esse modelo jurisdicional, competiria aos ministros apenas julgar a procedência ou improcedência da ação. Ele difere de outro modelo, que, segundo a Ministra, seria o demandado pelo Estado de Roraima, reconhecido como assistente na ação. O Estado de Roraima inova o pedido, pois buscaria no exercício da jurisdição a alteração do conteúdo do ato questionado.

O voto-vista do Min. Menezes Direito julga parcialmente procedente a ação popular para que sejam observadas as condições impostas pela disciplina constitucional ao usufruto dos índios sobre suas terras e inova ao apresentar 18 cláusulas condicionantes ao processo de demarcação de modo geral, embora não reconheça nenhuma nulidade, tanto na Portaria nº 534 do Ministro da Justiça, de 13 de abril de 2005, quanto no Decreto Presidencial de 15 de abril de 2005. Passa a enumerar as 18 cláusulas que, posteriormente, seriam deliberadas pelo colegiado e acabariam por se tornar as 19 constantes no dispositivo do acórdão.

Nesse sentido, o que fez o Min. Menezes Direito foi adicionar à disciplina da Portaria nº 534/2005, através de sua decisão, determinado regime jurídico que deduziu das normas constitucionais relativas à questão indígena, *o que se assemelharia também a um suprimento de inconstitucionalidade por omissão*. Sendo assim, a decisão dada pelo Ministro se aproximaria ao modelo de jurisdição demandado pelo Estado de Roraima.

88 A Portaria nº 534, de 13 de abril de 2005, foi editada pelo ministério da Justiça e define os limites da Terra Indígena Raposa Serra do Sol.

O voto do Min. Menezes Direito provoca a discussão sobre se tais condicionantes seriam um julgamento *extra petita*. O Min. Carlos Britto pondera: “Só tenho dúvida – mas isso também será objeto de uma rediscussão – se o julgamento como proposto pelo Ministro Direito de procedência parcial da ação não caracteriza uma decisão *extra petita*, porque nada disso foi pedido na ação popular, nada do que está aqui foi pedido”.

Ao final de seu voto, o Min. Direito apresenta argumentos que permitiriam afirmar que não se trata de uma decisão *extra petita*. Trata-se de apenas dois parágrafos na página 415, nos quais o ministro defende a ideia de que a ação popular julgada no STF é *meramente instrumental à questão do conflito federativo*, que é justamente o motivo pelo qual a ação tramita sob competência do STF, e que é *para este conflito federativo que o Tribunal deve fornecer uma resposta*. Essa adaptação do rito da ação ordinária não subverte seu objetivo, que é apreciação da demanda sobre a nulidade ou não da demarcação, e dá ainda sentido compatível com a finalidade da competência originária, que é a resolução do conflito federativo.

Ao longo dos votos e dos debates, os ministros convencem-se da utilidade da nova técnica decisória proposta pelo Min. Menezes Direito. O Min. Carlos Britto se convence de que não se trata de decidir fora da demanda e esclarece: “com essa técnica criativa, inteligente, de condicionar a execução de nosso julgado a algumas providências, entendo que essa proposta atua no campo da operacionalização do nosso decisório”. Mesmo a linha argumentativa da Min. Cármen Lúcia, que parecia indicar um julgamento *extra petita* no voto do Min. Menezes Direito, propõe ao final algumas das condicionantes com nova proposta de redação.

Além da discussão sobre o seu caráter *extra petita*, as condicionantes sugerem também o caráter *erga omnes* de sua aplicabilidade às demais demarcações de terras indígenas. Logo depois, ainda em seu voto, o Min. Menezes Direito afirma: “A partir da apreciação deste caso pude perceber que os argumentos deduzidos pelas partes são também extensíveis e aplicáveis a outros conflitos que envolvam terras indígenas. A decisão adotada neste caso certamente vai consolidar o entendimento da Suprema Corte sobre o procedimento demarcatório com repercussão também para o futuro. Daí a necessidade do dispositivo explicitar a natureza do usufruto constitucional e seu alcance”.

O que o Min. Menezes Direito parece ter como objetivo com a adoção dessa técnica decisória é anunciar ao país o entendimento do Tribunal acerca do “usufruto das terras indígenas”, que nada mais é do que o regime constitucional pertinente a essas terras no entendimento do Tribunal. Assim, a partir da análise das controvérsias envolvidas na demarcação da reserva Raposa Serra do Sol, o Min. Direito passou a decidir sobre questões que não haviam sido demandadas ao Tribunal na petição inicial, mas que serviam de base para que a Corte declarasse seu entendimento sobre o regime jurídico das terras das reservas indígenas de todo o país, e não somente da Raposa Serra do Sol.

Mas esse entendimento sobre a extensão das condicionantes não parece ter sido compartilhado pela Min. Cármen Lúcia, que, após proferir seu voto, foi indagada pelo Min. Gilmar Mendes sobre se, com suas condicionantes, estaria, na verdade, propondo diretrizes que poderiam afetar os procedimentos de demarcação. E respondeu: “Sim. Quanto a isso, não me oponho. Eu apenas digo: como estou dando uma decisão, um voto judicial numa ação específica para este caso”. Ou seja, a ministra pareceu limitar os efeitos da decisão para o caso concreto.

A razão que fundamenta ou legitima o exercício das condicionantes parece variar muito conforme cada ministro e não existe uma deliberação entre eles acerca disso. Em outras palavras, a presença dessas condicionantes parece ser apenas aceita. A Min. Ellen Gracie, por exemplo, apresenta outra justificativa, diversa das anteriores, apontando para um necessário “resgate dessa dívida ancestral que temos com a população indígena.”

Essa dificuldade de encontrar uma linha de fundamentação comum entre os ministros pode decorrer da novidade da técnica, da dificuldade de compreender seus contornos durante o julgamento ou, em parte, decorrer da própria forma como se dá o processo decisório do Tribunal, fragmentado em votos sucessivos dos 11 ministros, com esparsos debates entre os votos, nos quais não necessariamente se dialoga com as razões de decidir do ministro que votou anteriormente.⁸⁹

Além da possível capacidade de persuasão do voto, a forma como o Min. Menezes Direito apresentou as condicionantes, propondo que elas compusessem a parte dispositiva da sentença, parece ter provocado todos os ministros a se manifestarem sobre elas. Afinal, teriam de deliberar se ela estaria ou não na parte dispositiva da sentença e em quais termos.

V.1.4 Execução das decisões: atribuindo tarefas a outros tribunais

A partir dos casos estudados, foi possível identificar que a atuação do STF, antes limitada ao controle abstrato de declaração de princípios a serem seguidos, pode estar se colocando de maneira mais propositiva no que concerne aos desenhos das políticas públicas. Estudar esse processo a partir da perspectiva aqui proposta, interna ao processo decisório, parece ser essencial para o controle da legitimidade do Tribunal. Um indício do despreparo do sistema para lidar com essa mudança de postura do Tribunal fica mais evidente em dois casos específicos, nos quais a execução da decisão do STF demandou soluções criativas, tal como a atribuição de tarefas a tribunais inferiores.

No caso da **fidelidade partidária**, houve, em certa medida, uma espécie de *abstrativização* do controle concreto de constitucionalidade, uma vez que a discussão sobre a questão da interpretação constitucional foi travada em sede de mandado de segurança, e não em ação direta de inconstitucionalidade (ADI) ou argüição de descumprimento de

⁸⁹ Cf. CARDOSO, Evorah L.; MACHADO, Ana Mara F.; VOJVODIC, Adriana. Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF. *Revista Direito GV*, v. 5, n. 1, 2009.

preceito fundamental (ADPF).⁹⁰ Apesar disso, os ministros entenderam, deliberadamente, que a decisão estaria dotada de efeitos *erga omnes*, valendo para todos, e não apenas para aqueles que eram partes nos mandados de segurança.

Um dos indicadores dessa *abstrativização* é o resultado do debate travado pelos ministros acerca das exceções à regra da fidelidade partidária – assim como a própria regra, as exceções também não estão expressas no texto constitucional. Nesse sentido, a questão dos limites e prerrogativas do STF no controle de constitucionalidade volta a ser discutida na decisão que reconhece a fidelidade partidária em um segundo momento, no qual os ministros passam a discutir maneiras de aplicação da regra, já que esta não poderia atingir algumas situações específicas.

As ressalvas dos ministros são feitas em relação ao que se chama de *desfiliação justificada*, i.e., casos nos quais a troca de partido seria admissível e que, portanto, não implicariam uma *renúncia* (tácita) do mandato eletivo. A primeira situação seria a de parlamentares que trocaram de legenda em razão de (i) mudança de *orientação ideológica* do partido. Ademais, a regra da fidelidade partidária também poderia ser excepcionada (ii) em casos de comprovada perseguição política interna ao parlamentar que pretende mudar de partido⁹¹.

Para a implementação de uma decisão nesses termos, o STF se vê diante da necessidade de regulamentar uma série de procedimentos que assegurem o respeito à ampla defesa e ao contraditório nos casos de desfiliação justificada. Nesse momento, o STF acaba enfrentando problemas decorrentes da *ausência de mecanismos e institutos à sua disposição e que sejam adequados para conferir efetividade à sua decisão*. É plenamente possível cogitar que essas dificuldades talvez sejam resultado em parte da avocação de competências para cujo exercício o Tribunal ainda não esteja institucionalmente preparado para exercer.

Reconhecendo os limites de sua atuação, o Tribunal toma uma decisão curiosa para contornar o problema que lhe surge: determina compulsoriamente ao Presidente da Câmara dos Deputados que encaminhe os pedidos de declaração de vacância ao TSE, sendo que este deveria expedir Resolução que disciplinasse o procedimento de justificação da desfiliação.⁹² De acordo com alguns ministros, essa solução seria a mais adequada, tendo em vista que o TSE disporia de competência suficiente para expedir verdadeiras *normas materiais e processuais*⁹³.

O caso **Raposa Serra do Sol** traz outra discussão interessante sobre o *enforcement* das decisões do Tribunal. Uma vez computados os votos dos ministros, inicia-se um debate

90 Alguns ministros reconhecem isso expressamente: Min. Joaquim Barbosa, fl. 340; o Min. Cezar Peluso fala em “efeitos declaratórios” do MS (p. 399).

91 Cf. Min. Carmem Lúcia, p. 245; e Min. Eros Grau, p. 248.

92 Ou seja, para a especificação, por parte do TSE, de qual o procedimento para os casos de desfiliação *justificada*, em razão de (i) mudança de orientação programática do partido, ou (ii) perseguição política. A desfiliação justificada não implicaria a perda do mandato eletivo. O TSE acatou a decisão do STF com a edição da Resolução 22.610.

93 Nesse sentido, cf. voto do Min. Gilmar Mendes, p. 449.

entre eles sobre a redação das condicionantes ao processo de demarcação e sobre como seria executada a decisão. O Min. Gilmar Mendes propõe em seu voto que o STF delegue a execução da sentença ao Tribunal Regional Federal da 1ª Região, na pessoa de seu presidente, sob supervisão do relator da ação, Min. Carlos Britto, com o argumento de que a realidade fática de extrema complexidade exige uma proximidade do Judiciário para a rápida e célere resolução de controvérsias durante os procedimentos de execução. O Min. Gilmar Mendes menciona que essa delegação de atos executórios a tribunais ou juízes locais é comum a outras Cortes constitucionais e cita em seu voto o caso paradigmático da Suprema Corte norte-americana, *Brown v. Board of Education*⁹⁴.

A adoção desse procedimento é relevante, pois a discussão de soluções sobre como acompanhar o processo de execução da sentença, é, de certo modo, um reflexo do processo de transformação do controle de constitucionalidade. As condicionantes ao processo de demarcação de terras indígenas adotadas pelo Tribunal exigiriam o acompanhamento da etapa de execução da sentença. Uma vez que o Tribunal incide sobre políticas públicas, já não é suficiente a mera declaração de inconstitucionalidade, pois ela não gera efeitos automaticamente. É preciso, nesta etapa, levar em consideração outros atores institucionais envolvidos na execução da sentença. Apresentar propostas de como acompanhar a execução de uma sentença exige também do Tribunal a familiarização com outra linguagem, não mais a de direitos, mas a da própria política pública.

Os ministros também discutem a possibilidade de estabelecer um prazo para a implementação da decisão – se deveria ser imediata ou não –, o que provocou a manifestação, durante a sessão, do Advogado-Geral da União, dos produtores rurais e das comunidades indígenas. A solução adotada pelo STF foi a de execução imediata, mesmo antes da publicação do acórdão, e a de delegar o acompanhamento da execução para o relator do caso, Min. Carlos Britto, em conjunto com o presidente do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

A opção do Tribunal por transformar o caso Raposa Serra do Sol em um caso paradigmático, cuja decisão repercutiria para outros processos de demarcação, fez com que o Tribunal mantivesse conversações sobre os parâmetros da execução de sua decisão mesmo após a sentença, como parece indicar a notícia de reunião do ministro presidente do STF com a Advocacia Geral da União, a fim de discutir a possibilidade de aplicação do procedimento adotado no caso em outras áreas de demarcação.⁹⁵

A discussão sobre a execução das decisões aponta para a conclusão de que, independentemente de se concordar ou não com a decisão do Tribunal em cada caso, merecem ser considerados os *problemas enfrentados ao se buscar traçar uma nova política quando*

94 Decisão que determinou que as escolas públicas admitissem alunos negros e brancos em igualdade de condições. O cumprimento da decisão do caso Brown recebeu intensa resistência das entidades educacionais, o que levou a uma nova demanda à Suprema Corte, na qual foi discutido como se daria o processo de execução da sentença. A solução adotada foi a delegação aos tribunais locais da execução da decisão.

95 Notícia disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=116222&caixaBusca=N>>.

se permanece apenas no interior do próprio Judiciário. O resultado dessa escolha é que os espaços de discussão que poderiam existir em torno dessa nova política são fechados, permanecendo restritos à discussão no próprio Judiciário.

Nesse sentido, um questionamento pode ser feito, por exemplo, face à solução dada ao caso da fidelidade partidária pelo STF: por que razão o Tribunal não determinou que o Poder Legislativo, enquanto órgão democraticamente legitimado e que goza de ampla margem de atuação, realizasse a tarefa de definir as hipóteses de desfiliação justificada e o procedimento para garantia da ampla defesa e do contraditório? No caso da Raposa Serra do Sol, igualmente, parece ter sido identificada a necessidade de suprir uma demanda legislativa sem que se considerasse a participação do próprio Legislativo.

Esses questionamentos direcionam-se a um ponto crucial no debate sobre judicialização da política, que é justamente a capacidade e a adequação da realização de políticas pelo Judiciário. Como visto, a discussão sobre esse aspecto só pode ser alcançada se são entendidas as peculiaridades do procedimento de cada caso. Pode ser, por exemplo, que, no caso das demarcações de terras indígenas, a atuação do STF seja bem sucedida, estabelecendo um modelo de controle de políticas públicas pelo Judiciário.

V.2 Procedimentos decisórios

V.2.1 Atores externos: amicus curiae e outros

De um modo geral, foi possível notar que as decisões sobre manifestação de terceiros nos processos são altamente subjetivas e estão ao exclusivo critério do relator do caso, variando muito conforme o perfil deste. Essa falta de uniformidade mostra a ausência de um entendimento da Corte acerca de novos instrumentos procedimentais de participação da sociedade civil, o que se torna um problema quando se pensa que podem ser aplicados de maneira não isonômica justamente os instrumentos cujo objetivo é conferir maior legitimidade democrática ao processo decisório no STF.

Além disso, todas as demandas aqui analisadas podem ser consideradas atípicas em um processo de controle de constitucionalidade. O fato de terem sido apresentadas no STF pode ser um indício de que a grande abertura do processo estimula os atores a proporem inovações – que, na prática, sempre podem ser acolhidas pelos Ministros, a depender de sua possível fundamentação jurídica. Conforme será visto, no entanto, em um dos casos estudados, não houve esse acolhimento, o que pode ser explicado, em parte, por se tratarem de demandas realmente inusitadas, que dificilmente poderiam ser fundamentadas em bases exclusivamente legais.

A figura do *amicus curiae* foi prevista, ainda que não com esta nomenclatura, na lei que regulamentou o processo das ADI e ADC, a Lei nº 9.868/99, que, em seu art. 7º, § 2º, estabelece que “o relator, considerando a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes, poderá, por despacho irrecorrível, admitir, observado o prazo fixado no

parágrafo anterior, a manifestação de outros órgãos ou entidades.” Como se percebe, os requisitos legais para a admissão de terceiros nas ADI e ADC são a relevância da matéria e a representatividade dos postulantes. Tais requisitos são, no entanto, interpretados de maneira muito variada a depender do Ministro relator, que é o único que pode decidir sobre o pedido de ingresso de terceiros nas ações.⁹⁶

No caso da **verticalização das coligações**, foram admitidos como *amicus curiae* diversos partidos, além da Assembléia Legislativa do Rio de Janeiro. Apesar de não ter sido requerida divisão de tempo para sustentação oral dos *amicus curiae*, determinou-se que fosse dada vista dos autos ao autor e a outros interessados e que fosse intimada a Procuradoria Geral da República. Na opinião do Ministro Nelson Jobim, a participação dos atores externos nesse caso configurou-se mais como um pedido de litisconsorciação do que como mero ingresso na condição de *amicus curiae*. Esse breve relato da admissão de *amicus curiae* no caso da verticalização, apesar de indicar o grande interesse dos partidos políticos no insucesso da demanda promovida pela OAB, não parece apontar para conclusões mais substantivas acerca da participação de atores externos nos casos de controle de constitucionalidade.

A ADPF 101, sobre **importação de pneus usados**, é o caso mais paradigmático dentre os escolhidos para as reflexões sobre o tema. Trata-se de um ótimo exemplo de caso no qual o Supremo Tribunal Federal foi acessado por inúmeros atores, em momentos diversos, trazendo demandas variadas. Na ação proposta pelo Presidente da República, demonstraram interesse tanto associações e empresas do setor privado, quanto atores do terceiro setor e do próprio governo.

Cabe ressaltar que os pedidos de ingresso na causa formulados por esses atores foram rapidamente deferidos pela relatora do processo, a Ministra Cármen Lúcia (média de 4 dias entre o ingresso do pedido e o despacho de deferimento). Apenas em um caso, atores⁹⁷ que postularam o ingresso na causa não foram atendidos. Nesse caso, a Ministra apontou razões formais – o pedido apresentado não trazia cópia dos atos constitutivos das empresas, entre outros documentos, estando ausente também instrumento de procuração do representante legal⁹⁸ – para negar o acesso.

O fato de nenhum pedido ter sido negado por motivos substantivos mostra que a Ministra relatora tem uma tendência em manter o processo aberto à atuação de terceiros.

96 Sobre os critérios de deferimento do pedido de ingresso na causa e as diferenças entre os Ministros, sendo uns mais restritivos e outros mais permissivos, ver LAURENTIIS, Thais Catib. *A caracterização do amicus curiae à luz do Supremo Tribunal Federal*. Monografia apresentada à Escola de Formação, SBDP, São Paulo, 2007. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/106_Thais%20Catib%20De%20Laurentiis.pdf>.

97 Tratou-se de um pedido conjunto formulado pelas seguintes empresas: Líder Remodelagem e Comércio de Pneus Ltda.; Camargo Trending Importação e Exportação Ltda.; Jabur Recapagens de Pneus Ltda.; Perfil Pneu Grade Auto Center Recapagens Ltda.; E.B.R.P – Empresa Brasileira de Reciclagens de Pneus Ltda.; Renovadora Arcos Ltda. Posteriormente, a primeira empresa fez o pedido e foi admitida como *amicus curiae*.

98 Nos termos do Código de Processo Civil, art. 36, a representação processual deve ser feita por advogado legalmente habilitado.

Na maioria dos despachos, para fundamentar o deferimento dos pedidos, a Ministra Cármen Lúcia apenas cita a descrição que o postulante faz de si mesmo, mostrando seu interesse na causa; em alguns casos, também analisa se a representação processual está adequada. Trata-se, assim, de decisões muito simples, nas quais a Ministra reconhece de pronto a legitimidade de intervenção daquele terceiro.

Em dois dos despachos, o de admissão da Pneus Hauer do Brasil Ltda. (que foi o primeiro ator a postular seu ingresso e também o primeiro a tê-lo deferido) e o de admissão do IBAMA, a Ministra cita decisão do Ministro Celso de Mello em despacho que admitiu *amicus curiae* da ADI 2.130. Nessa decisão, o Ministro qualifica a intervenção de terceiros como “fator de legitimação social das decisões da Suprema Corte, enquanto Tribunal Constitucional”, afirmando ainda, em relação à representatividade das instituições, “a possibilidade de participação formal de entidades e de instituições que efetivamente representem os interesses gerais da coletividade ou que expressem os valores essenciais e relevantes de grupos, classes ou estratos sociais”.

Trata-se aqui de um alargamento da chamada representatividade adequada, pois o Ministro entende que não apenas atores que representem grupos, classes ou estratos sociais, mas também aqueles que representem “interesses gerais da coletividade” podem ser admitidos no processo.

É preciso ressaltar que, no caso da importação de pneus usados, tratou-se de uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), que, por ser um instrumento processual diverso da ADI e da ADC, em tese, não estaria abarcada pela regulação da Lei nº 9.868/99, onde se coloca a possibilidade de manifestação de terceiros. A Lei nº 9.882/99, que trata do procedimento da ADPF, não traz essa mesma possibilidade. A regulamentação da figura do terceiro interessado em casos de declaração de inconstitucionalidade está, entretanto, no próprio Código de Processo Civil, art. 482, § 3º, sendo este o dispositivo invocado pela Ministra Cármen Lúcia em seus despachos de deferimento.

A Lei da ADPF (Lei nº 9.882/99) traz, entretanto, outro mecanismo previsto pela Lei da ADI: em seu art. 6º, § 1º, faculta ao relator “ouvir as partes nos processos que ensejaram a arguição, requisitar informações adicionais, designar perito ou comissão de peritos para que emita parecer sobre a questão, ou ainda, fixar data para declarações, em audiência pública, de pessoas com experiência e autoridade na matéria.” Em outras palavras, tem-se aí a possibilidade de realização de audiência pública – o que também ocorreu no caso, como será exposto adiante.

Para efeitos de comparação da maneira como é tratado o acesso de terceiros no STF, é interessante relatar o ocorrido na ADPF 54, sobre a constitucionalidade da prática de aborto de fetos anencéfalos. Em ambos os casos, foram tratados temas polêmicos, que afetam uma multiplicidade de interesses: se no caso dos pneus foram colocados em relevo interesses econômicos e políticos, neste caso da ADPF 54, são os interesses morais e religiosos que estavam em jogo.

Nesta, sob relatoria do Ministro Marco Aurélio, também acorreram inúmeros pedidos de ingresso como *amicus curiae*. O Ministro, no entanto, adotou solução oposta à adotada pela Ministra Cármen Lúcia: indeferiu todos os pedidos, por entender que não cabe analogia com o instituto previsto na Lei da ADI, sendo certo que a “admissão de terceiros não implica o reconhecimento de direito subjetivo a tanto” e “fica a critério do relator, caso entenda oportuno”.

Diante da complexidade do tema e da quantidade de atores que manifestaram interesse em intervir, o Ministro Marco Aurélio decidiu, por outro lado, convocar audiência pública, valendo-se do dispositivo legal acima citado.⁹⁹ Assim, neste caso, os dois institutos de abertura à sociedade civil, participação de terceiros como *amicus curiae* e audiência pública, parecem ter se confundido, sendo o segundo usado como forma de abarcar as demandas do primeiro.

Como se verá adiante, não parece ter sido este o uso que foi feito da audiência pública no caso dos pneus. Neste, a audiência foi entendida como um momento de reflexão sobre as especificidades técnicas do assunto, sendo que o deferimento dos pedidos de *amicus curiae* serviu para a apresentação das *razões jurídicas* das entidades interessadas. É o que se depreende das manifestações trazidas pelas entidades no momento de ingresso como *amicus curiae*.¹⁰⁰ Assim, parece haver um sentido para a figura do *amicus curiae* que não necessariamente será suprido com a realização de audiências públicas.

Por fim, é relevante ressaltar que a participação de terceiros não se restringe à apresentação de manifestações como *amicus curiae* ou ao pronunciamento em audiência pública. A ADPF 101 é um caso muito rico em demandas diversas, que não necessariamente estão localizadas nesses dois espaços de atuação. Nesse sentido, a sustentação oral no dia do julgamento também é um mecanismo que vem sendo usado não só pelas partes, mas também pelos terceiros interessados.

A possibilidade de sustentação oral pelos interessados é expressamente prevista pela Lei da ADPF, art. 6º, § 2º que, nesse sentido, diferencia-se da Lei da ADI, na qual não se prevê expressamente essa possibilidade de sustentação oral de terceiros. A sustentação oral por terceiros no processo de controle concentrado de constitucionalidade é, de qualquer forma, regulamentada pelo art. 131, § 3º do Regimento Interno do STF. No caso, dos 7 pedidos de sustentação oral, 6 foram deferidos.¹⁰¹ Assim como no deferimento dos pedidos de ingresso

99 LAURENTIIS, Thais Catib, *op. cit.*, p. 47-51. O Ministro convocou todas as entidades que pediram ingresso na causa e também outras, escolhidas a seu critério.

100 A manifestação da ABIP encontra-se disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaADpf101/anexo/ADPF101ManifestacaoABIP10.pdf>, a manifestação da ABR em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaADpf101/anexo/ABR_AssociacaoBrasileiradoSeguimentodeReformadePneus.pdf, a manifestação da ANIP em: http://sbdp.org.br/arquivos/material/421_anip.pdf, a manifestação da Conectas Direitos Humanos, da Justiça Global e da APROMAC em: http://sbdp.org.br/arquivos/material/419_amicus%20curiae%20ADPF%20101.pdf. Como se nota, os documentos encontram-se dispersos, não havendo acesso sistematizado a eles disponível no site do STF. Isso é um problema, na medida em que dificulta o acesso aos argumentos colocados pelos interessados que, ao provocarem o STF, pretendem dar visibilidade para suas causas também para a sociedade como um todo.

101 Não há informação cadastrada na página de acompanhamento processual sobre o deferimento dos pedidos de

na causa como *amicus curiae*, também nos pedidos de sustentação oral, verifica-se, portanto, uma grande abertura do processo. Foi deferido inclusive o pedido de uma empresa, que não havia ingressado anteriormente na causa como *amica curiae*.

Além disso, outras demandas, que não de participação por meio de apresentação de manifestações ou de sustentação oral, foram formuladas nesse caso pelos atores intervenientes. A própria audiência pública foi uma demanda apresentada por dois *amici curiae*, ainda que, como se verá no tópico 2.2 adiante, a específica solicitação feita por esses autores não foi um argumento considerado pela Ministra relatora para justificar a necessidade da audiência.

Algumas outras demandas apresentadas chegam a causar certa estranheza se for considerada a natureza do processo, que é de controle de constitucionalidade concentrado. O primeiro desses pedidos foi apresentado pela Pneus Hauer do Brasil Ltda., que, admitida como *amica curiae*, requereu a intimação do Presidente do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) para participar do processo. A Ministra interpretou esse pedido como um requerimento de admissão de mais um *amicus curiae* e negou a demanda por considerar que a “admissão do *amicus curiae* requer adequada representatividade, além do pedido do próprio interessado para ingressar nos autos, nessa qualidade”.

Outro pedido surpreendente foi proposto pela *amica curiae* ABIP que, após o início do julgamento, quando o processo se encontrava com o Ministro Eros Grau para vistas, propôs arguição de fato novo e superveniente modificativo da questão em debate. Em um primeiro momento, a entidade chegou até mesmo a pedir que o feito fosse julgado prejudicado, mas repropôs a demanda, dessa vez pedindo permissão para arguir o suposto fato novo. Não há registro, na página de acompanhamento processual da ADPF, da resposta dada pela Ministra a essa demanda.

A *amica curiae* ABR também propôs uma demanda atípica assim que foi habilitada para ingresso na causa: requereu autorização para produção de provas, o que não é um procedimento previsto para a via de controle concentrado de constitucionalidade. O pedido foi negado pela Ministra Cármen Lúcia, sob o argumento de que a fase probatória seria incabível na ADPF porque a lei que regula esse processo estabelece que a petição inicial deverá conter “a prova da violação de preceito fundamental” (art. 3º, inciso III), sendo que a ausência dessa prova é motivo para indeferimento liminar da petição. Assim, o raciocínio é de que, se a petição foi aceita, é porque a prova já foi adequadamente produzida. É interessante notar, entretanto, que é justamente para a discussão da “prova da violação” que se convocou a audiência pública com especialistas no tema, como se verá adiante.

Outra dessas demandas “inusitadas” foi proposta por empresa, Bética Indústria e

formulados por Pneuback Indústria e Comércio de Pneus Ltda e por Conectas Direitos Humanos, Justiça Global e APROMAC. É possível dizer, entretanto, que tais pedidos foram deferidos porque notícia do STF conta que o advogado representante dessas entidades falou no dia do julgamento. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=104530&caixaBusca=N> e <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=104520&caixaBusca=N>.

Comércio de Pneus, que não havia se habilitado como *amica curiae* no caso. A empresa requereu, juntamente com a BS Colway Pneus Ltda. – esta, sim, habilitada como terceira interessada no processo –, que fossem declaradas válidas as licenças de importação de pneus que possuíam antes do julgamento do caso (os pedidos foram feitos quase um ano depois de ter sido encerrado o julgamento). A Min. Relatora não conheceu desses pedidos, mas a íntegra dessas decisões não está disponível, não sendo possível aferir a fundamentação usada.

Por fim, outra empresa, RIBOR – Importação, Exportação, Comércio e Representação Ltda., decidiu também inovar ao propor embargos de declaração da decisão tomada no julgamento final. A empresa constava no processo também como *amica curiae*. Os embargos também não foram conhecidos pela relatora, em razão de dois fundamentos: em primeiro lugar, por não serem cabíveis recursos propostos por terceiros (“A jurisprudência deste Supremo Tribunal está consolidada no sentido do não-cabimento de recursos interpostos por terceiros não integrantes da relação processual nos processos objetivos de controle de constitucionalidade na qualidade de partes”), em segundo lugar, por ser o recurso extemporâneo, uma vez que o acórdão ainda não foi juntado aos autos (sobre as questões que envolvem a demora de publicação desse acórdão, ver o tópico V.1.3. acima).

Ainda em relação à participação de atores externos, o caso **Raposa Serra do Sol** apresenta algumas questões interessantes. Posteriormente ao encerramento da fase de instrução do processo, vários atores ingressaram com pedidos de litisconsórcio e assistência perante o Tribunal. A FUNAI requereu ingresso na qualidade de juridicamente interessada, o Estado de Roraima requereu ingresso como litisconsorte ativo necessário. Também postularam ingresso na lide os produtores rurais afetados pela demarcação e as Comunidades Indígenas Barro e Socó (p. 249-52). Esses pedidos são relevantes para mostrar (i) as tentativas de acesso ao Tribunal, (ii) como o Tribunal recebe as pretensões de múltiplos atores e (iii) a exata configuração dos pedidos da demanda, questão central para determinar se o Tribunal excedeu ou não o que lhe foi demandado ao proferir a decisão. Em última análise, a questão envolve a relação conflituosa entre novas técnicas e procedimentos decisórios adotados pelo Tribunal e a disciplina processual clássica adotada.

O Min. Carlos Britto levou esses pedidos a plenário, em questão de ordem, para que se decidisse sobre como incorporar esses novos atores e o material que trazem ao processo. Embora tenham solicitado ingresso no processo após o encerramento da fase de instrução, o ministro relator despachou a inclusão dos documentos relevantes ao processo e convocou as partes para manifestarem-se sobre eles. Após essas medidas, o ministro relator encaminha a discussão ao plenário por meio de questão de ordem. Ao admitir os atores como assistentes simples, o Tribunal deixa claro que, segundo a disciplina processual atinente a tal posição, eles não poderiam reabrir a fase de instrução ou formular novas demandas. No entanto, os ministros se questionam se os inúmeros documentos e argumentos trazidos pelos petionários realmente não acabam por inovar a lide. Essa questão será retomada, de forma substantiva, no momento de análise da técnica decisória utilizada pelo Tribunal, para avaliar se ele estaria

decidindo de forma *extra petita*.

No caso Raposa Serra do Sol, não houve a realização de audiências públicas, tampouco o ingresso de *amici curiae*, em razão de não se tratar de controle concentrado de constitucionalidade, mas de ação popular. Entretanto, cabe notar que, conforme consta no acompanhamento processual e nas notícias envolvendo o caso, inúmeros atores manifestaram-se em reuniões com o ministro presidente e através de petições e moções de apoio endereçadas ao Tribunal. Essas vias constituiriam modos de incidência extra-processuais.

A par de receber esses atores, o STF também adotou uma postura ativa nesse contato, por exemplo, com a visita de alguns ministros à área da reserva indígena Raposa Serra do Sol. O Min. Gilmar Mendes em seu voto faz uma breve avaliação dessa visita à região, o que indica que também essa seria uma forma de aproximação e cognição do caso além dos limites do processo. Ou ainda, o Min. Menezes Direito, quando realiza solicitação à FUNAI para que produzisse um mapa da região que foi incorporado ao processo como parte de seu voto, e que serviu de base para a sua fundamentação acerca dos limites da demarcação da terra indígena.

V.2.2 Audiência pública: organização e possível impacto

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

A segunda audiência pública da história do Supremo Tribunal Federal foi realizada na ADPF 101, no dia 27 de junho de 2008, para a discussão da constitucionalidade da proibição de **importação de pneus usados**. A primeira, em 24 de abril de 2007, havia ocorrido na ADI 3510, que questionou a constitucionalidade da Lei de Biossegurança.

A audiência pública é um instrumento procedimental previsto nas leis que regulamentam a ADI (art. 9º, §1º) e a ADPF (art. 6º, §1º), e é voltada a ouvir declarações “de pessoas com experiência e autoridade na matéria”. Novamente aqui, há diferença em relação à regulamentação dada pela Lei da ADI e pela Lei da APDF ao instituto. Enquanto a Lei da ADI prevê que os casos de audiência pública serão convocados “em caso de necessidade de esclarecimento de matéria ou circunstância de fato ou de notória insuficiência das informações existentes nos autos”, a Lei da ADPF não prevê esse mesmo requisito, deixando a convocação da audiência a critério do relator, “se entender necessário”.

No caso da importação de pneus usados, a Ministra relatora elencou dois fundamentos

principais para convocar a audiência pública. Em primeiro lugar, para fundamentar a “repercussão social, econômica e jurídica” da matéria em discussão, evoca o grande número de pedidos de ingresso na causa como *amicus curiae*. Além disso, aproximando-se da disciplina da Lei da ADI, ressalta o caráter técnico da audiência pública, ao afirmar que “questões técnicas sobre a importação dos pneus e a forma de tal providência ser adotada ou afastada, nos termos da legislação vigente, impõe, para maior compreensão das questões postas, audiência de especialistas”.

Assim, é possível dizer que a Ministra considerou esse instrumento decisório relevante não apenas para aumentar a representatividade da decisão, ou sua “legitimação social” – tal como o instituto do *amicus curiae* – mas também como maneira de esclarecer pontos técnicos relevantes para o próprio entendimento da matéria¹⁰².

É relevante notar que, até 2009, quando entrou em vigor a Emenda Regimental 29, incluindo no Regimento Interno do STF a regulamentação do procedimento da audiência pública, este era ordenado a exclusivo critério dos relatores do caso. Se, na audiência da Lei de Biossegurança, por exemplo, o relator determinou que os sujeitos processuais – autor, requeridos e interessados – indicassem os especialistas que iriam se pronunciar; no caso dos pneus, a relatora optou por facultar apenas aos *amicus curiae* a indicação de especialistas. É certo, entretanto, que embora tenha sido essa a diretiva no despacho que determinou a realização da audiência, a Ministra Cármen Lúcia facultou posteriormente a participação de especialistas indicados pelo Presidente da República.

Assim, pode-se dizer que a primeira e a segunda audiências tiveram critérios similares de convocação e seleção de especialistas que iriam se pronunciar. Em ambos os casos, foi solicitado aos atores processuais que indicassem especialistas. Estes não foram simplesmente designados pelo relator, ao contrário do ocorrido na audiência pública na ADPF 54, sobre o aborto de fetos anencéfalos, mencionada no tópico 2.1 acima. Isso mostra que, assim como na seleção de *amicus curiae*, também na seleção de especialistas participantes de audiências públicas tem grande peso a subjetividade do relator no estabelecimento de critérios.¹⁰³

Também é completamente discricionária a decisão de quanto tempo terá a cada participante e qual será a duração da audiência pública.¹⁰⁴ No caso da APDF 101, a

102 Em estudo realizado sobre a audiência ocorrida no caso da Lei de Biossegurança, Rafael Scavone Bellem de Lima questiona que se o intuito é ter esclarecimentos técnicos, então a divisão binária dos participantes em grupos a favor e contra a demanda apresentada talvez não seja a melhor alternativa, pois induz à organização estratégica dos grupos, o que pode “estimular a exposição de argumentos técnicos que sustentem uma alternativa de decisão em detrimento do esclarecimento das diversas questões técnicas envolvidas em um caso”. (LIMA, Rafael Scavone Bellem. *A Audiência Pública realizada na ADI 3510-0*: a organização e o aproveitamento da primeira audiência pública da história do Supremo Tribunal Federal. Monografia apresentada à Escola de Formação, sbdp, São Paulo, 2008. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/125_rafael.pdf, p. 26-28).

103 A regulamentação do procedimento da audiência pública no RISTF não solucionou esse problema, pois designa ao relator a faculdade de seleção das pessoas a serem ouvidas, sem maiores especificações (art. 154, III). Isso significa que pode haver uma seleção tanto entre especialistas previamente indicados quanto entre especialistas em geral, escolhidos pelo conhecimento pessoal de cada Ministro.

104 Também neste aspecto a regulamentação feita pelo RISTF não criou critérios mais delimitados, estabelecendo

Ministra Cármen Lúcia determinou que a audiência fosse realizada em apenas um dia, o que impossibilitou a participação dos 20 especialistas indicados, sendo que apenas 11 (2 deles dividindo o tempo de 20 minutos dado a cada participante) efetivamente participaram. Não é possível aferir se o critério do sorteio em caso de inexistência de consenso entre os participantes de cada grupo – critério estabelecido pela Ministra no despacho que determinou a realização da audiência – foi efetivamente cumprido.

Das entidades que indicaram especialistas¹⁰⁵, apenas uma, a ANIP, não foi contemplada com a participação de qualquer de seus representantes. Uma questão interessante refere-se à qualificação dos especialistas participantes. O intuito da audiência foi o de ouvir esclarecimentos técnicos, não sustentações jurídicas sobre o tema. No entanto, pelo menos dois participantes, representantes da ABR e da Pneuback Indústria e Comércio Ltda. – um deles se qualificou como advogado ambientalista e o outro como mestre em gestão ambiental¹⁰⁶ – eram também advogados que fizeram sustentação oral no dia do julgamento.

Outra questão relevante na realização da audiência pública nesse caso refere-se à divulgação da decisão que determinou a realização da audiência. É por meio desta decisão que os envolvidos puderam saber do evento e da necessidade de indicação de especialistas participantes. Para esta indicação, foi inclusive estabelecido um prazo, até 20 de junho de 2008, ou 7 dias antes da audiência. A decisão que determinou a realização data de 9 de junho de 2008. Ela foi cadastrada no andamento processual da ação, no entanto, apenas em 17 de junho, tendo sido publicada no Diário de Justiça apenas no dia 19 deste mês.

No dia 20, uma associação, ADCL, e uma empresa, Líder Remoldagem e Comércio de Pneus Ltda., que até então não figuravam nos autos como interessadas, fizeram pedido de ingresso na causa, inclusive para manifestação em audiência pública. Os pedidos para ingresso como *amicus* foram deferidos, mas os pedidos para manifestação em audiência foram, entretanto, indeferidos por serem considerados intempestivos. Não está claro o fundamento da intempestividade, vez que as petições foram protocoladas no último dia do prazo estabelecido pela relatora, sendo que outros atores, que já figuravam na causa – o Presidente da República, argüente, e a ABIP, *amica curiae* –, também indicaram participantes apenas no último dia do prazo, e puderam participar normalmente da audiência.

É possível que o indeferimento em relação àquelas duas primeiras entidades tenha se dado porque elas apenas apresentaram o pedido de manifestação na audiência, sem indicação dos especialistas que participariam. No entanto, deve-se considerar que a publicação da

apenas que “será garantida a participação das diversas correntes de opinião” (art. 154, II) e que cabe ao relator fixar “o tempo que cada um disporá para se manifestar” (inc. III).

105 Houve indicação de especialistas por parte do Presidente da República; do IBAMA; da ABIP; da ABR; da ANIP; da BS Colway Ltda. e Pneus Hauer do Brasil Ltda.; da Conectas Direitos Humanos, Justiça Global e APRO-MAC; da Pneuback Indústria e Comércio Ltda.; e da Tal Remoldagem de Pneus Ltda.

106 Conforme notícia do site do STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=92494&caixaBusca=N>.

decisão no Diário de Justiça se deu apenas no dia 19, sendo que o prazo para indicação de especialistas terminava no dia 20. Assim, parecem ter sido prejudicadas aquelas entidades que ainda não estavam inseridas no processo, o que mostra certo fechamento da audiência pública à participação da sociedade como um todo, restringindo-a aos sujeitos processuais.

Por fim, ainda em relação à audiência pública realizada na ADPF 101, algumas palavras sobre o impacto que esse instrumento procedimental teve na decisão final dos ministros. Como já ressaltado no tópico V.1.3, o acórdão desse julgamento ainda não foi publicado, não sendo possível ter acesso à versão definitiva dos votos. No entanto, nos votos disponíveis, é possível perceber que apenas no voto da relatora, a Min. Cármen Lúcia, questões colocadas durante a audiência pública tiveram um impacto mais explícito.

Além da relatora, também o Ministro Gilmar Mendes, dentre os votos disponíveis, cita a realização de audiência pública, mas apenas para informar a sua realização. Isso é um indício de que, se há influência dos debates travados na audiência pública na discussão e deliberação em Plenário, esta ocorre apenas por meio do voto do relator.

Em seu voto, a Min. Cármen Lúcia chega a citar expressamente um argumento trazido pelos especialistas ouvidos na audiência pública como fundamento do raciocínio que está colocando. Para refutar o argumento – sustentado por empresas interessadas na revogação da proibição de importação de pneus – de que as empresas que reformam pneus dependeriam de matéria-prima importada por não haver matéria-prima de qualidade no Brasil (em razão do mau estado das rodovias brasileiras), apresenta um dado trazido pelos especialistas: de 30% a 40% dos pneus usados importados seriam inservíveis para remoldagem, já que não há classificação prévia à importação. Assim, a Ministra afirma que, como colocado pelo argüente da APDF, a violação aos preceitos fundamentais da saúde e da proteção ao meio-ambiente ocorre pelas decisões que permitem as importações, e não o contrário.

É interessante notar que, nesta exposição puramente técnica, a Ministra deixa de citar especialistas que efetivamente participaram da audiência, apesar de citar muitos dados técnicos e outros experts.¹⁰⁷ Não se descarta a possibilidade de que a Ministra tenha tido acesso a esses dados na própria audiência pública, ou ainda nas audiências reservadas que teve em gabinete. De qualquer maneira, o modo como foi construído o voto, havendo grande destaque para a discussão técnica, mostra que a audiência provocou um impacto, se não na formação do entendimento da Ministra sobre o tema, pelo menos na fundamentação por ela usada para embasar, e legitimar, esse entendimento.

107 São citados, dentre outros, dados do Departamento Nacional de Trânsito – Denatran (p. 79), a obra BEUKERING, P. J. H.; JANSSEN, M. A. *Trade and recycling of used tyres in Western and Eastern Europe*. Resources, Conservation and Recycling, Netherlands, v. 33, 2001 (p. 80), dados da Organisation Internationale des Constructeurs d'Automobiles – Oica (p. 80), artigo publicado pela Confagri - Confederação Nacional das Cooperativas Agrícolas e do Crédito Agrícola de Portugal (p. 86), estudos do Centro de Divulgação Científica e Cultural da Universidade de São Paulo e da Universidade Estadual do Norte Fluminense Darci Ribeiro (p. 88), estudos do Centro de Estudos da Saúde do Trabalhador e Ecologia Humana – Escola Nacional de Saúde Pública da Fundação Oswaldo Cruz e outros (p. 89), estudos da Fundação Jorge Duprat Figueiredo, de Segurança e Medicina do Trabalho – Fundacentro (p. 94), estudos realizados pelos “Drs. Salvador Massano Cardoso e Carlos Ramalheira, professores do Instituto de Higiene e Medicina Social, da Faculdade de Medicina de Coimbra, Portugal” (p. 97).

Considerações finais

O objetivo do presente trabalho foi o de levantar dados e produzir informações que pudessem lançar luz e conferir maior respaldo ao debate acerca da “judicialização da política”. A escolha do controle de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal como objeto de observação privilegiado para investigar a interação entre Poderes pode contribuir para uma reflexão mais aprofundada acerca da real extensão da ideia de que o Brasil se insere em um contexto de “desequilíbrio” ou “protagonismo” do Poder Judiciário (sobre os demais Poderes) na definição de questões políticas de importância nacional. No presente capítulo, buscou-se fazer um apanhado geral dos resultados e informações mais relevantes apresentadas ao longo da pesquisa.

Como visto, essa interação entre STF (Poder Judiciário) e os Poderes Legislativo e Executivo federais pode ocorrer em dois momentos distintos. O primeiro deles é com o chamado *controle preventivo de constitucionalidade*, ou seja, que se dá durante o processo legislativo, antes da edição do ato pelo Poder competente. Verificou-se que essa forma de controle é admitido pelo STF, ainda que não haja previsão expressa na Constituição. Esse tipo de controle é restringido, contudo, pelo entendimento de que apenas parlamentares têm legitimidade ativa para propor mandados de segurança que servem a tal controle. O levantamento aponta que o controle preventivo é buscado essencialmente por parlamentares da *minoridade legislativa*, que recorrem ao Judiciário tanto para assegurar seus direitos de minoria, como, e principalmente, para reverter judicialmente decisões tomadas pela maioria. A despeito disso, a baixa taxa de sucesso dessas demandas indica que o próprio STF não considera esse um momento oportuno para exercício do controle judicial de constitucionalidade.

O segundo momento de interação entre os Poderes ocorre no *controle repressivo de constitucionalidade* – após a edição do ato normativo. Na presente pesquisa, foram analisadas quantitativamente apenas ações de *controle concentrado*, em que o questionamento é apresentado diretamente ao STF, sem necessidade de esgotar as vias recursais ordinárias das instâncias inferiores. A Constituição Federal fez uma escolha clara ao elaborar o rol dos legitimados para ajuizar essas ações de controle concentrado diretamente perante o Supremo (art. 103, da CF). A despeito da multiplicidade de legitimados, verificou-se que os usuários mais frequentes do controle concentrado de atos do Executivo e Legislativo federais – com larga predominância sobre os outros legitimados – são, nessa ordem: partidos políticos com representação no Congresso Nacional; sindicatos; e entidades de classe. Esses atores são responsáveis, juntos, por mais de dois terços daquilo que o STF julga em matéria de controle concentrado de atos normativos dos demais Poderes da esfera federal.

Vale ressaltar também que a categoria de sindicatos e entidades de classe representa, em sua esmagadora maioria, profissionais (principalmente profissionais de carreiras públicas) e, entre as entidades representativas de setores econômicos, o setor econômico terciário (cf. gráficos 10 e 11, *supra*). Em outras palavras, os legitimados da sociedade civil para a propositura de ações de controle concentrado de constitucionalidade que demandam

o STF representam grupos de interesse razoavelmente homogêneos, com predominância dos interesses corporativos de carreiras públicas e dos setores da economia terciária.

Em razão do perfil dos maiores demandantes, também podem ser melhor compreendidos os dados relativos aos temas mais frequentemente judicializados. Isso porque sindicatos e entidades de classe são chamados *legitimados temáticos*, haja vista que, para ajuizarem uma ação, devem demonstrar (e obter a aceitação do Tribunal) que possuem interesse direto na questão e sua finalidade social encontra pertinência temática no questionamento da constitucionalidade do ato impugnado. Assim, os temas mais judicializados podem ser interpretados como uma decorrência do perfil dos principais *atores* do controle concentrado de constitucionalidade, ainda que sejam necessários maiores estudos para se confirmar essa hipótese. As discussões predominantes são sobre seguridade social (no grupo de ações que questionam atos originários do Legislativo e Executivo), tributário/econômico (Executivo), eleitoral e organização partidária (Legislativo), e servidor público (Legislativo e Executivo).

De um modo geral, a maior parcela das demandas ajuizadas no Tribunal entre 1988 e meados de 2010 parece ser composta de dois perfis principais: (i) partidos políticos, de um lado; e (ii) sindicatos e associações de classe, de outro, judicializando questões relativas à seguridade social, tributário/econômico, servidor público e eleitoral/organização partidária (este, no caso dos partidos políticos). Conforme apresentado, esses dois atores são uma constante na história recente do Tribunal, e sofreram uma espécie de inversão em uma linha do tempo traçada para todo o período. Enquanto o volume de demandas dos partidos políticos diminui, o das entidades de classe aumenta na passagem dos períodos de governo FHC e Lula.

Relativamente ao desempenho do STF, a pesquisa também trouxe dados importantes. O primeiro deles é relativo ao uso das liminares no controle brasileiro de constitucionalidade, especialmente, no controle de atos do Executivo federal. Até meados de 2002, os dados permitem supor que em grande parte dos casos de controle de atos do Executivo (especificamente, de Medidas Provisórias), não houve julgamento de mérito por conta da reação de uma das partes à decisão liminar. Isso somente evidencia o papel relevante que a liminar desempenhou durante o período.

Aqui, duas situações podem ser invocadas para explicar esse resultado: (i) a concessão da liminar sinalizaria ao Executivo possíveis vícios formais ou materiais da medida provisória questionada, que, se insanáveis, induziriam a não reedição da MP, ou, caso contrário, provocariam a reedição da MP já com as devidas modificações; ou ainda, (ii) na hipótese de denegação da liminar, a reação seria do demandante que, ao vislumbrar o provável insucesso na decisão de mérito, deixaria de aditar a inicial após a reedição da MP, restando assim prejudicada a ação, que termina extinta sem julgamento de mérito.

O papel das liminares, no entanto, parece perder força a partir de 2002. Os dados

levantados a partir desse ano indicam um considerável aumento do número de decisões de mérito no STF, e correspondente decréscimo no volume de decisões liminares (que até então superavam as decisões de mérito). A hipótese, aqui, também na linha de outras pesquisas realizada sobre o assunto, é a de que o Tribunal estaria fazendo uso extensivo do artigo 12, da Lei nº 9.868/99 (Lei da ADI), que permite a conversão do julgamento da liminar em julgamento de mérito, o que, na prática, parece ter acabado com os julgamentos de liminar.

Como visto, poucas são as ações que tiveram algum tipo de resposta do STF, o que fez com que a pesquisa se concentrasse também na produção de dados sobre aquilo que “ficou pelo caminho”. A maior parte das ações foi extinta sem julgamento de mérito em razão da perda de objeto (56%), bem como da ilegitimidade ativa *ad causam* (22%). O principal motivo que leva o STF a extinguir a ação por perda de objeto é o fato de que o dispositivo impugnado deixou de vigorar, o que pode ser explicado por uma espécie de *recoo* do Poder-autor do ato questionado. O segundo motivo mais recorrente para a extinção da ação sem julgamento do mérito é a falta de aditamento da inicial, o que muitas vezes pode ser atribuído exclusivamente ao demandante. Aqui, a situação parece ser a de uma espécie de *desistência tácita* do demandante, ante a reedição do ato impugnado, o que implicaria que a petição inicial deveria ser emendada para inclusão do novo ato “reeditado”, sob pena de extinção. Essas duas situações, conforme descrito no parágrafo acima, muito provavelmente têm relação com os casos envolvendo medidas provisórias nos quais há concessão ou denegação da liminar pedida.

Em que pesem as decisões definitivas de mérito, no entanto, a sinalização do Tribunal é de que os demais Poderes têm “errado” relativamente pouco. Dentre o universo de 877 ações questionando atos do Executivo e 458 impugnando atos do Legislativo federal, poucas são as ações que culminaram com um julgamento definitivo de mérito. O total de ações sem resposta final envolvendo atos do Executivo e do Legislativo federais alcança os 94% e 79%, respectivamente. Assim, é baixa a quantidade de casos que atingiram o julgamento final de mérito por parte do Tribunal: 6% e 21%, respectivamente. Além disso, outro resultado que salta aos olhos é que, dentre todas as ações ajuizadas, em apenas 3% e 11%, houve julgamento de mérito procedente (total ou parcialmente), com definitiva revisão do ato normativo do Executivo ou Legislativo federais.

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

Considerando que o Poder Judiciário, ao menos no âmbito do controle concentrado

de constitucionalidade visto de uma perspectiva quantitativa, se revela pouco interventivo, pois julga inconstitucionais poucos atos normativos, é possível que a judicialização não possa ser encontrada numericamente, mas, sim, apenas ao se analisar a qualidade e o teor de suas decisões. Assim, é possível conjecturar que a importância do STF no cenário atual não decorre da quantidade de ações que julga, mas da maneira como decide determinados casos vinculados a temas relevantes. A construção da “relevância” ou do caráter paradigmático de um caso pode ser explicada por inúmeros fatores, como a gravidade do conflito, grupos de interesse envolvidos, atenção da mídia, presença de muitos casos semelhantes, possibilidade de elaboração de novos parâmetros de interpretação e aplicação do direito para sua solução. Muitos dos casos do STF mencionados pela literatura como representativos de um fenômeno de “judicialização da política” apresentam esses fatores, que, como se pode perceber, conjugam aspectos internos e externos ao próprio Tribunal.

Para investigar essa questão, foi realizada a segunda parte do presente trabalho. Nessa etapa qualitativa da pesquisa, buscou-se identificar, pela análise de alguns acórdãos exemplificativos, qual o impacto das decisões do STF nos demais Poderes constituídos, procurando também investigar como o Tribunal e os ministros reagem a esse impacto e ao argumento de que sua decisão representaria uma violação à ideia de separação dos Poderes, contida na Constituição Federal. Aqui, a análise não se limitou apenas às ações de controle concentrado de constitucionalidade, abrangendo também outros tipos de ações, como mandados de segurança e recursos extraordinários.

Essa pesquisa exploratória revelou uma multiplicidade de técnicas de julgamento empregadas pelo STF que, ao fugir do binômio ação procedente/improcedente, viu-se confrontado, em diversas situações, com o argumento da separação entre Poderes, sendo levado a apontar quais os freios e limites da sua própria atuação enquanto corte constitucional.

Dessa forma, verificou-se que o Tribunal tem inovado constantemente, criando novas técnicas (tais como a modulação de efeitos, interpretação conforme, decisão aditiva, julgamento extra petita etc.) e trabalhando com procedimentos de maneira criativa. As técnicas de julgamento são determinantes para se aferir o “nível de interferência” do Tribunal em cada caso, pois, por meio delas, é possível se alargar ou diminuir a competência da jurisdição constitucional.

Por fim, a pesquisa investigou figuras processuais que, em tese, permitiriam uma abertura do STF à sociedade civil, o que, supõe-se, poderia conferir maior respaldo e legitimidade democrática às suas decisões, que seriam proferidas após serem ouvidos os setores da sociedade diretamente envolvidos com a questão constitucional.

Verificou-se, contudo, que esses procedimentos decisórios são aplicados de maneira pouco equânime, estando muito atrelados ao critério exclusivo do relator, que possui total prerrogativa para decidir sobre o ingresso de um *amicus curiae*, ou admissão de um palestrante em audiência pública, por exemplo. Interessante notar também que o instituto do

amicus curiae parece estar se consolidando, muito embora seu uso pareça apontar para uma espécie de sobre-representação de alguns atores, sendo utilizado mais como *segunda via* de interação com o Tribunal dos mesmos atores já legitimados para a propositura de ações de controle concentrado de constitucionalidade.

De um modo geral, essa segunda parte da análise teve o escopo principal de apontar para um novo campo de pesquisa em direito. Muito mais do que ser de algum modo conclusiva, a análise qualitativa levada a cabo pretende indicar alguns elementos que devem compor a agenda de pesquisas futuras sobre o tema da “judicialização da política”, ao menos do ponto de vista do controle de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal, seja analisando a sua forma de construção argumentativa, seja em relação aos mecanismos de interação do Tribunal com outros Poderes ou com a sociedade civil.

A análise qualitativa e crítica do próprio processo decisório do STF tem por objetivo alimentar um debate teórico sobre a legitimação do Tribunal, quando decide casos normalmente considerados pela literatura ou pelo senso comum como sendo exemplificativos de um fenômeno de “judicialização da política”. Por detrás do estudo da “judicialização da política”, está um debate mais fundamental sobre a legitimidade democrática do controle judicial da produção normativa de Poderes democraticamente eleitos. E para se inserir nesse debate, é preciso ir além da discussão no plano dos princípios sobre “separação dos Poderes” e iniciar uma agenda de pesquisa empírica sobre desenho institucional, processo decisório e argumentação do Tribunal. Pesquisas sob este enfoque poderão revelar as escolhas institucionais que estão sendo feitas ou que ainda serão feitas acerca do limite de competência entre os Poderes e sua interação com a sociedade civil.



APÊNDICE

Relato dos casos da análise qualitativa

Raposa Serra do Sol

A trajetória do caso Raposa Serra do Sol no STF é representativa das mudanças do Tribunal em relação ao tema da demarcação de terras indígenas. Em 14 de abril de 2005, o Supremo Tribunal Federal julgou procedente a reclamação (RCL) 2833, extinguindo por perda de objeto todas as ações que versavam sobre a demarcação da reserva Raposa Serra do Sol, em face da substituição da Portaria nº 820/98 pela Portaria nº 534/2005 do Ministério da Justiça. A Corte declarou-se também, com base na alínea “f”, inciso I, art. 102, da Constituição Federal, competente para processar e julgar ações contra o decreto presidencial que homologou a reserva. Tomando por base o argumento de que essas ações versam sobre conflito federativo, o Tribunal avocou para si a competência para dirimir esses conflitos demarcatórios.

Essa decisão, arrogando competência ao STF por meio da identificação de um conflito federativo, rompe com uma tradição na jurisprudência do Tribunal, que considerava os conflitos que envolviam demarcação de terras indígenas de competência das instâncias inferiores. Essa medida, somada a outros eventos, possibilitou que o STF pudesse, em seguida, construir um caso paradigmático, no qual seriam assentadas as bases constitucionais para a demarcação de terras indígenas em geral, i.e., apresentando uma solução não só para o caso concreto da Raposa Serra do Sol.

Em reação a essa decisão (Rcl. nº 2833) e à regulamentação da nova portaria, em 20 de abril de 2005, o Senador Augusto Botelho (PDT/RR) ingressou com ação popular no Supremo Tribunal Federal, pedindo, em face da União, a suspensão liminar dos efeitos da Portaria 534/2005 e, no mérito, a declaração de nulidade dessa portaria, que demarcou a reserva Raposa Serra do Sol. A liminar da ação popular foi, então, indeferida. Em 9 de abril de 2008, o Tribunal suspende – como uma decisão interlocutória nos limites da Ação Popular – a retirada de não-índios da região, o que gera processualmente o incurso de uma série de interessados por meio de mecanismos processuais, como pedidos de litisconsórcio e assistência, e extra-processuais, como visita de uma série de interessados na lide aos gabinetes dos ministros, especialmente o do então Presidente do STF, Min. Gilmar Mendes. A incidência desses outros atores no processo provoca debates entre os ministros sobre os limites dessa atuação, sobre se eles poderiam inovar os pedidos da petição inicial, bem como sobre os limites da decisão do próprio Tribunal, para saber se poderia julgar o caso *extra petita*.

Em 27 de agosto de 2008, o relator, Min. Carlos Britto, julga a ação popular improcedente, mas o julgamento é interrompido pelo pedido de vista do Min. Menezes Direito, que apresenta seu voto em 10 de dezembro do mesmo ano, inovando ao propor 18 cláusulas condicionantes, não apenas ao processo de demarcação no caso Raposa Serra do Sol, mas ao das terras indígenas em geral. O caso serviria como exemplo paradigmático para estes outros

processos. A questão só se resolve em 19 de março de 2009, quando o Tribunal decide no sentido da procedência parcial da ação, nos termos dos fundamentos do Relator Min. Carlos Britto, que mudou seu voto anterior, e das chamadas “salvaguardas institucionais” do voto do Min. Menezes Direito, ajustadas após deliberação do colegiado, configurando 19 cláusulas condicionantes. Ficaram vencidos os Min. Marco Aurélio, que votou pela total procedência da ação e Min. Joaquim Barbosa, pela total improcedência. As condicionantes apresentadas no processo geram discussões entre os ministros com relação aos limites da atuação judicial do Tribunal, sobre se esta seria uma técnica de julgamento legítima, bem como com relação às possibilidades de sua implementação.

Importação de pneus usados

O caso dos pneus envolve uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ADPF 101, apresentada ao STF pelo Presidente da República, por meio da Advocacia Geral da União. O demandante pedia que (i) fossem declaradas inconstitucionais interpretações judiciais que estavam permitindo a importação de pneus usados para o país a despeito da política de proibição desse tipo de importação, estabelecida pelo Executivo Federal por meio de portarias da Secretaria de Comércio Exterior e de resoluções do Conselho Nacional do Meio Ambiente e (ii) fossem declaradas constitucionais essas normativas de proibição. O argumento principal é de que aquelas interpretações judiciais, que fundamentaram decisões liminares autorizando empresas a importarem pneus usados, estariam violando os preceitos fundamentais do direito à saúde e da proteção do meio-ambiente – justamente os preceitos que a política proibitiva estaria assegurando.

A ADPF foi proposta em meio a uma controvérsia na Organização Mundial do Comércio, na qual o Estado brasileiro era questionado pela União Européia por essa política estar supostamente estabelecendo barreiras não-tarifárias, em desacordo com o Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT). Além desse processo à época em andamento, havia também uma decisão anterior, proferida em 2002 pelo Tribunal *Ad Hoc* do Mercosul, que estabeleceu o compromisso do Brasil de não vedar a importação de pneus usados dos países do bloco. No caso, foi o Uruguai quem arguiu a incompatibilidade da legislação proibitiva brasileira com os compromissos de livre comércio assumidos diante do Mercosul.¹⁰⁸

A harmonização da jurisprudência das instâncias inferiores do Poder Judiciário¹⁰⁹, que permitiam de maneira *ad hoc* a importação de pneus usados e/ou remodelados, era fundamental para evitar uma responsabilização internacional do Estado brasileiro na OMC, sob o fundamento de ter este uma política externa incoerente na matéria, ao manter uma política proibitiva contrariada por permissões do próprio Judiciário.

108 Para um histórico das disputas envolvendo importação de pneus em organismos internacionais, ver MOROSINI, Fabio. *A Guerra dos Pneus. Casoteca Latino-Americana de direito e política pública*, 2006. Disponível em: <<http://www.gvdireito.com.br/casoteca/casos.aspx?PagId=GTDJNNWM>>.

109 No caso, eram questionadas decisões de juizes federais das seções judiciárias do Ceará, Espírito Santo, Minas Gerais, Paraná, Rio de Janeiro e São Paulo; bem como, dos TRF's da 2ª, 3ª, 4ª e 5ª região.

Essa harmonização de interpretação da Constituição poderia ser realizada pela ADPF 101 com o atendimento da demanda colocada: declaração de constitucionalidade das normas em vigor, que há muito proibiam as importações de pneus usados, bem como declaração de descumprimento dos preceitos fundamentais de direito à saúde e ao meio-ambiente pelas interpretações judiciais contra essas normas. O caso foi relatado pela Ministra Cármen Lúcia e teve decisão final em 2009, pela procedência parcial da ADPF proposta.

Esse caso permite avaliar o desempenho do desenho institucional do processo decisório do STF nos momentos em que promove interação com atores que não correspondem às partes que incidem obrigatoriamente no processo (Advocacia Geral da União, demandante, dentre outros). É um caso com julgamento de mérito que teve audiência pública e apresentação de *amicus curiae*, com a participação de atores de diferentes perfis (iniciativa privada, ONGs, órgãos governamentais etc.).

A importância da avaliação de tais procedimentos reside na capacidade deliberativa e de legitimação decisória normalmente atribuída a eles. Mecanismos de participação e de diálogo com atores da sociedade civil em cortes supremas têm sido considerados teoricamente como espaços de deliberação, com capacidade de suprir a deficiência de legitimidade das decisões de cortes não eleitas, decisões estas muitas vezes classificadas como “ativistas”. É preciso, no entanto, examinar empiricamente o desempenho desse desenho institucional que promove interação com outros atores, pois, na prática, ocorrem de modo bastante variado.

Direito de greve dos servidores públicos

O direito de greve dos servidores públicos está assegurado no artigo 37, VII da Constituição Federal. De acordo com esse dispositivo, para que o exercício deste direito seja viabilizado, é necessário que ele seja disciplinado por uma lei, lei esta que ainda não foi editada pelo Poder Legislativo. Diante desse quadro em que a obrigação de legislar imposta constitucionalmente não foi cumprida pelo legislador, está configurada a chamada omissão legislativa.

Ante essa ausência de norma, que viabilizaria o exercício desse direito por servidores públicos, o tema foi levado à apreciação do STF por diversas vezes, merecendo destaque o julgamento dos Mandados de Injunção (MI) 670/ES, 708/DF e 712/PA, em 25 de outubro de 2007. Tais ações foram propostas por sindicatos que representam a categoria de alguns servidores públicos. Esses MI são considerados paradigmas, pois em suas decisões, o STF alterou o entendimento acerca dos efeitos do mandado de injunção: foram atribuídos efeitos constitutivos a este, abandonando-se a posição defendida anteriormente de que o MI possuía efeitos meramente declaratórios.

Importante paradigma na compreensão do posicionamento inicial do Tribunal acerca dos efeitos do mandado de injunção é o MI 107/DF, julgado em 1990. Nesta decisão, definiu-se que o MI é cabível tanto nos casos em que há omissão total do legislador – situação

de absoluta ausência de normas regulamentadoras de dispositivos constitucionais pendentes de regulamentação – quanto nos casos de omissão parcial – hipótese em que ocorre o cumprimento imperfeito ou insatisfatório de dever constitucional de legislar. Além de tratar desse e de outros pressupostos de cabimento do mandado de injunção, o STF determinou que a sua função deveria se limitar a declarar a inconstitucionalidade da omissão detectada e notificar o legislador para que empreendesse as providências requeridas.

Não obstante o STF tenha declarado a inconstitucionalidade por omissão do art. 37, VII, da Constituição e dado ciência dessa omissão ao legislador, este permaneceu inerte, descumprindo o dever constitucional de regulamentar o direito de greve dos servidores. Não tendo produzido efeito as decisões declaratórias da omissão legislativa, o STF acabou por definir uma regra capaz de viabilizar o exercício do direito de greve, determinando a aplicação, no que couber, de uma norma já existente no ordenamento jurídico, até que sobrevenha a regulamentação do Legislativo.

Tal atitude foi tomada pelo STF dezessete anos depois de proferida a decisão do MI 107/DF, quando do julgamento dos MI 670, 708 e 712, em 2007. Nesses casos, foi firmado o posicionamento de que o mandado de injunção passou a conformar atuação mais ampla do que a admitida até então. Ou seja, o STF considerou que o mandado de injunção possui efeitos constitutivos e não mais apenas declaratórios.

Diante disso, não compete ao STF somente declarar a inconstitucionalidade da omissão, quando esta for detectada. Passa a cumprir ao Tribunal determinar também qual a regra aplicável ao caso concreto para sanar a omissão legislativa e dar concretude aos preceitos constitucionais que ainda estão pendentes de regulamentação. Nos MI 670/ES, 708/DF e 712/PA, ao reconhecer a omissão do legislador, o STF determinou que, diante da longa inércia do Legislativo federal em regulamentar o artigo 37, VII da CF, deveria ser aplicada ao caso, no que coubesse, a lei de greve dos trabalhadores em geral (Lei nº. 7.783, de 1989).

Fundo de Participação dos Estados (FPE)

As ADIs 875, 1.987, 2.727 e 3.243, julgadas em conjunto pelo STF, com decisão final proferida em 24 de fevereiro de 2010, colocaram em discussão um dos pontos centrais da estrutura federativa brasileira, com enorme potencial de embate político no âmbito do chamado “pacto federativo”. Trata-se dos critérios de cálculo do repasse da receita tributária arrecadada pela União e, por expressa disposição constitucional, repassada aos Estados e Municípios através do Fundo de Participação previsto no art. 159, inciso I, da CF.

Por esse motivo, o caso, iniciado com a propositura da primeira ADI em 1993, denota o fortalecimento da Corte enquanto instância legítima de discussão e solução de questões políticas fundamentais. Expressa, nesse sentido, o fortalecimento de uma nova postura do STF no diálogo com os demais Poderes, coerente com as mudanças substantivas de entendimento quanto ao Mandado de Injunção e a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, além

do desenvolvimento de novas técnicas de julgamento no processo de controle concentrado ancoradas numa interpretação renovada do alcance do art. 27, da Lei 9868/99, que dispõe sobre a modulação de efeitos.

A Constituição expressamente delegou ao legislador, por meio de lei complementar, o estabelecimento de normas sobre a entrega dos recursos do Fundo de Participação dos Estados, “especialmente sobre os critérios de rateio dos fundos previstos em seu inciso I, objetivando promover o equilíbrio sócio-econômico entre Estados e entre Municípios” (art.161, inciso II), determinando ainda que caberia ao Tribunal de Contas da União o cálculo das quotas de participação de cada ente federado (art.161, parágrafo único). O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias estabeleceu o prazo máximo de 12 (doze) meses para a edição da referida lei complementar (ADCT, art.39, parágrafo único), contexto no qual foi aprovada a Lei Complementar 62, em 1989.

Seguindo a função distributiva atribuída ao FPE, a LC 62/89 regulamentou a Constituição determinando que 85% do Fundo seria destinado aos Estados das Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste e 15% aos Estados das Regiões Sul e Sudeste (art. 2º, incisos I e II). No entanto, resolvida essa razão distributiva geral entre dois grandes blocos regionais, restava em aberto a definição dos critérios de participação de cada Estado no âmbito de cada bloco. O “estado de necessidade legislativa”¹¹⁰ imposto pelo prazo constitucional levou o Congresso Nacional a explicitamente optar por reproduzir na lei o acordo político entre os Estados construído no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária, estipulando em seu anexo os coeficientes a serem aplicados até o ano de 1991.

Tais coeficientes tomavam como base a média histórica praticada até então e, nos termos da lei, deveriam ser substituídos por novos critérios, que deveriam ser fixados em lei específica com base nas informações apuradas pelo censo de 1990, passando a vigorar a partir de 1992 (LC nº 62/89, art.2º, §2º). Até que fosse editada a nova legislação, os coeficientes estabelecidos em 1989 continuariam em vigor (§3º). No entanto, a omissão do legislador ordinário em produzir tal regulamentação levou à perpetuação dos coeficientes definidos na Lei Complementar 62/89, que por sua vez reproduzem padrões estabelecidos no Código Tributário Nacional desde 1965, o que resulta em importantes distorções entre os entes federados, dadas as profundas mudanças na realidade demográfica e econômica do país. Esse estado de omissão legislativa, como reconheceria o próprio STF, havia provocado uma “inconstitucionalização”¹¹¹ progressiva da referida lei, cada vez menos ajustada aos propósitos equalizadores estabelecidos na CF.

A ADI 875, proposta em 18 de maio de 1993 pelos Governadores do Rio Grande do Sul, Paraná e Santa Catarina contra o art.2º, Incisos I e II, e §§ 1º, 2º e 3º, e o Anexo Único da Lei Complementar 62/1989, foi inicialmente distribuída ao Min. Néri da Silveira. Segundo os autores, a norma atacada seria inconstitucional por não observar o comando do art. 161, II, da CF, uma vez que não dispõe sobre critérios de rateio dos Fundos de Participação. Assim,

110 Expressão adotada pela Min. Cármen Lúcia no julgamento conjunto das ADIs (p. 279).

111 Outra expressão adotada pela Min. Cármen Lúcia no julgamento conjunto das ADIs (p. 278). Com ela, a Ministra afirmava tratar-se de reconhecimento de inconstitucionalidade superveniente.

segundo os autores, em lugar de fixar regras básicas sobre os critérios distributivos a serem observados anualmente pelo Tribunal de Contas da União, a Lei Complementar resumiu-se a estabelecer diretamente os coeficientes. Com isso, referida norma minimizou a competência constitucional do TCU inscrita no parágrafo único do art.161, cujo trabalho ficou restrito a um simples cálculo matemático.

Esta primeira ADI, proposta conjuntamente pelos estados da Região Sul, que segundo os coeficientes da Lei Complementar 62/89 dividiriam com a Região Sudeste a menor parcela do FPE – 15%, contra 85% destinados às Regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste -, trazia como questão de fundo o que os estados entendiam ser o desvirtuamento do mecanismo distributivo, “que de instrumento equalizador das desigualdades regionais, converte-se num instrumento agressivo da igualdade entre os estados, princípio constitucional explícito, essencial à forma federativa”.¹¹²

A ADI 1.987/DF também foi proposta em litisconsórcio ativo, nesse caso entre os Governadores do Mato Grosso e de Goiás, em face da alegada omissão do Congresso Nacional em regulamentar o art. 161, II, da CF. Segundo tais estados, o aspecto positivo da Lei Complementar 62/89 seria a definição de 85% do FPE para as Regiões mais pobres do país. No entanto, as sucessivas prorrogações dos coeficientes distributivos arbitrariamente estabelecidos por acordo político na LC n° 62/89 (através das leis complementares 71/92, 72/93 e 74/94), desconsiderando-se as informações produzidas no Censo de 1990, traziam graves distorções no cálculo do coeficiente individual de cada Estado, dentro de cada bloco regional. Com isso, argumentavam os autores, violava-se o objetivo constitucional de promoção do equilíbrio socioeconômico entre os entes federados.

O pedido de antecipação de tutela na ADI 875 não chegou a ser apreciado. Um fato que merece atenção é que em 04 de abril de 2002 o relator Néri da Silveira determinou a inclusão das ADIs em pauta para julgamento, vindo a constar na ordem do dia da sessão de 24 de abril de 2002 – data da última sessão do relator que se aposentava nesse mesmo dia. No entanto, a apreciação da matéria acabou sendo adiada “em virtude do adiantado da hora”, o que resultou na posterior retirada de pauta e indicação de nova relatoria, que ficaria a cargo do Min. Gilmar Mendes.

A ADI 2.727, proposta pelo Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, tinha fundamento semelhante ao da ADI 875, atacando os mesmos dispositivos. Agregava às ações anteriores o questionamento quanto à violação, pela LC 62/89, da vedação de delegação de matéria reservada a lei complementar. Já a ADI 3.243, proposta pelo Governador do Estado do Mato Grosso – mesmo autor da ADI por omissão 1.987 - e distribuída em 29 de junho de 2004, questionava a íntegra da LC 62/89, com destaque para o dispositivo que determinava a prorrogação dos coeficientes nela definidos até que sobreviesse novo critério. Nesse caso, ambas as ações foram submetidas ao rito do art.12 da Lei n° 9.868/99, prejudicando-se os pedidos liminares.

112 ADI 875, Petição Inicial, p.14.

Consta do Acórdão do julgamento conjunto que, nas informações, as autoridades federais requeridas enfatizaram que “não caberia a este Tribunal [STF] fixar novos critérios, transformando-se em legislador positivo”.¹¹³ A AGU argumentou que a LC 62/89 não poderia ser atacada via ação direta de inconstitucionalidade, por se tratar de norma de efeitos concretos, e que a eventual declaração de inconstitucionalidade inviabilizaria a repartição do Fundo de Participação, levando assim a uma crise federativa. O Procurador-Geral da República também proferiu parecer contrário às ADIs, alegando que não caberia ao STF analisar, em sede de controle concentrado, a alegação de má-distribuição dos recursos e de sua inaptidão para promover o equilíbrio socioeconômico entre os entes federados.

Verticalização das coligações partidárias

Em agosto de 2001, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) interpretou a regra contida no artigo 6º da Lei 9504/97 (Lei das Eleições), determinando que os partidos políticos que realizassem coligação para eleição de Presidente da República estariam, dali em diante, proibidos de formar outras coligações para a eleição de governadores, senador, deputado federal e deputado estadual, que não aquela formada para a eleição presidencial, uma vez que, apesar de os partidos políticos gozarem de autonomia, teriam caráter nacional, segundo a Constituição.¹¹⁴

Em reação a tal instrução, vários partidos ingressam com ação direta de inconstitucionalidade (a ADI 2626 foi impetrada pelos partidos PC do B, PT, PL, PSB e a 2628 pelo PFL). No entanto, o STF considerou que a instrução do TSE seria um ato interpretativo não sujeito a controle de constitucionalidade. Com efeito, as instruções do TSE seriam uma manifestação do exercício da competência atribuída pelo Código Eleitoral (Lei 4737/65) para cumprimento das normas eleitorais e a operacionalização do processo eleitoral (art. 23, IX). Tal competência poderia ser exercida independentemente da consulta prévia, o que reforçava o argumento acolhido pela maioria dos ministros da ausência de violação aos princípios da legalidade, do devido processo legal e da reserva legal.

Por tais razões, as ADIs 2626 e 2628 não foram conhecidas e a validade das resoluções do TSE que limitavam a liberdade dos partidos políticos na constituição de coligações foi mantida. Pouco após essa decisão, já tramitava um projeto de Emenda Constitucional no Congresso Nacional para disciplinar as coligações eleitorais, estabelecendo entendimento contrário à interpretação do TSE. Nesse meio tempo, o TSE foi novamente provocado a se manifestar a respeito, através de uma consulta feita pelo PSL (Partido Social Liberal), na qual foi decidido pela manutenção da verticalização das coligações partidárias para o pleito de outubro de 2006.¹¹⁵

113 Cf. ADI 875/DF. Relatório – Inteiro Teor, fl. 229.

114 Consulta 715, relatada pelo Ministro Garcia Vieira, e formulada pelos Deputados Federais do PDT Miro Teixeira, José Roberto Batocchio, Fernando Coruja e Pompeu de Mattos. A Consulta é um mecanismo processual previsto no Código Eleitoral (art. 23, inc. XII), sem qualquer força normativa ou vinculativa, que possibilita a formulação de questões em tese para o TSE. A finalidade da resposta às consultas é antecipar os entendimentos do Tribunal, que podem servir como precedente para pronunciamentos futuros.

115 Consulta realizada em 03 de março de 2006. Cumpre apontar que o PSL, logo após a formulação da consulta

Ocorre que, em meio à manifestação do TSE, já havia sido aprovada, em primeiro turno na Câmara dos Deputados, a proposta de Emenda Constitucional que terminaria com a exigência de verticalização das coligações partidárias. Em 08 de março de 2006, 5 dias após a decisão do TSE, o Congresso Nacional promulgou a Emenda Constitucional 52, dando nova redação ao artigo 17, § 1º.

Foi assim assegurada aos partidos políticos autonomia para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas de âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal; ou seja, foi extinta a exigência de verticalização das coligações partidárias e, portanto, superado o entendimento do TSE reiteradamente veiculado em suas instruções.

A partir da aprovação da Emenda, instaurou-se outra polêmica atinente ao jogo eleitoral. A tensão agora estava relacionada à vigência imediata da nova regra e, portanto, quanto à sua aplicabilidade ao pleito de outubro de 2006, o que conflitaria com outro dispositivo constitucional referente à prévia anuidade das regras disciplinadoras do processo eleitoral. Em decorrência da aprovação da Emenda e do conflito constitucional existente, a OAB promoveu ação direta de inconstitucionalidade, ADI 3685, provocando a jurisdição do STF para que este se manifestasse a respeito da constitucionalidade ou não da Emenda no que se referia à aplicação imediata da nova regra.

Em razão da demora nos trâmites legislativos, a EC 52 só entrou em vigor em março de 2006, mas foi mantida a referência às eleições de 2002, pretendendo-se com isso a sua aplicação às eleições que ocorreriam dali a seis meses. Foi impugnada pela OAB a nova redação do art. 17, §2º da CF/88 e o art. 2º da Emenda Constitucional 52/06, que dispunha sobre a vigência imediata da alteração constitucional.

A decisão tomada pelo Tribunal neste caso é considerada paradigmática na jurisprudência do STF em termos de procedimentos decisórios pois se tratou de um julgamento muito rápido, em que houve grande participação de partidos políticos como *amicus curiae*, e no qual firmou-se a posição praticamente unânime entre os Ministros no sentido de se tratar de um casuísmo político que deveria ser reprimido pelo Tribunal em função da segurança jurídica e do princípio da anterioridade anual das regras do processo eleitoral. Baseado nessas razões, o STF proferiu nesse caso uma decisão de interpretação conforme de um artigo da própria Constituição, colocando em relevo os limites do legislador reformador para alterações no texto constitucional.

Fidelidade partidária

Por meio do julgamento dos Mandados de Segurança 26.602/DF, n.º 26.603/DF e n.º 26.604/DF, o STF estabeleceu no país a regra segundo a qual é vedado ao parlamentar, ao TSE (21/03/2006), chegou a solicitar ao STF que somente decidisse a ADI 3685 após a manifestação do TSE à referida consulta, o que lhe foi negado uma vez que não era nem impetrante, nem *amicus curiae* na ADI 3685.

durante uma legislatura, abandonar o partido político pelo qual se elegeu, uma vez que o mandato pertenceria ao partido, e não ao parlamentar eleito. Os Mandados de Segurança foram impetrados para impugnar uma série de atos da Mesa da Câmara dos Deputados, editados por seu Presidente (à época, Deputado Arlindo Chinaglia, PT/SP), nos quais é negado aos partidos impetrantes (DEM, PPS e PSDB) a declaração de vacância de cargo de deputados que trocaram de partido, a fim de que pudessem assumir os respectivos suplentes.

O Presidente da casa entendeu “não estar autorizado a declarar a renúncia ao mandato por parte dos deputados que trocaram de filiação”, por conta da ausência de previsão legal no Regimento Interno da Câmara dos Deputados (Art. 239, § 1º). O fundamento do pedido de declaração de vacância por parte dos partidos seria uma interpretação do Tribunal Superior Eleitoral, proferida na Consulta nº 1398¹¹⁶, e que reconhece aos partidos a titularidade do mandato eletivo obtido em eleições proporcionais – e, portanto, a regra de fidelidade partidária –, como uma decorrência necessária do sistema eleitoral adotado pela Constituição. Em razão disso, toda e qualquer troca de legenda deveria ser entendida como *renúncia tácita* por parte do parlamentar desfilado. Em outras palavras: a titularidade do mandato eletivo seria *direito líquido e certo* do partido pelo qual o ocupante da cadeira houvesse se eleito.

Os mandados de segurança foram todos negados, com exceção de uma parte do que estava sob a relatoria da ministra Cármen Lúcia¹¹⁷, que incluía o mandato de uma parlamentar cuja desfiliação do partido havia ocorrido após a resposta do TSE à Consulta. Apenas nesse caso específico, concedeu-se o MS em parte, ocorrendo modulação dos efeitos da decisão do STF, que acabou por confirmar o entendimento do TSE.

Para ratificar o entendimento do TSE, dando solução definitiva ao caso, o STF entendeu que, sendo a desfiliação um ato lícito, esta não poderia ser tratada como hipótese de *cassação do mandato*. No entanto, mesmo sendo lícito, trata-se de ato que apresenta consequência jurídica, qual seja, provoca a *perda automática do cargo*. Nesse sentido, seria um *sacrifício do direito* pelo eleito, e não uma sanção por ilícito. Em última análise, seria direito do partido político manter o número de cadeiras obtidas na eleição proporcional.

116 Nesse caso, a consulta foi do Partido Democratas, que levou ao TSE a seguinte pergunta: “os partidos e coligações tem o direito de preservar a vaga obtida pelo sistema eleitoral proporcional, quando houver pedido de cancelamento de filiação ou de transferência do candidato eleito por um partido para outra legenda?” A provocação e a decisão datam ambas do ano de 2007.

117 Trata-se do MS 26.604, impetrado pelo partido Democrata em razão da desfiliação de uma série de parlamentares de seus quadros, e a consequente perda do número correspondente de cadeiras. O caso é especialmente interessante em razão da solução formulada pelo Tribunal, aplicando a ideia de modulação de efeitos do controle concentrado em sede de um mandado de segurança, para que fosse atribuída a titularidade dos mandatos aos partidos impetrantes, com exceção daquele em que a desfiliação ocorreu em momento anterior à consulta formulada ao TSE.

Referências bibliográficas

ARANTES, Rogério Bastos. Direito e política: o Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v.14, n. 39, 1999.

ARANTES, Rogério Bastos; COUTO, Cláudio Gonçalves. Constituição, governo e democracia no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 21, n. 61, 2006.

BONAVIDES, Paulo. A presunção de constitucionalidade das leis e interpretação conforme a Constituição. In: BONAVIDES, Paulo (org.). *Teoria da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*. São Paulo: Malheiros, 2001.

BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins; VIANNA, Luiz Werneck. Dezesete anos de judicialização da política. *Tempo Social*, Revista de Sociologia da USP, v.19, n. 2, 2007.

CARDOSO, Evorah L.; MACHADO, Ana Mara F.; VOJVODIC, Adriana, Escrevendo um romance, primeiro capítulo: precedentes e processo decisório no STF. *Revista Direito GV*, v. 5, n. 1, 2009.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Trajetória da revisão judicial no desenho constitucional brasileiro: tutela, autonomia e judicialização. *Sociologias*, n. 23, 2010.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Revista de Sociologia Política*, n. 23, 2004.

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

CHIEFFI, Ana Luiza; BARATA, Rita Barradas. Judicialização da política pública de assistência farmacêutica e equidade. *Cadernos de Saúde Pública*, v. 25, n. 8, 2009.

COUTO, Estêvão F. Judicialização da política externa e direitos humanos. *Revista Brasileira de Política Internacional*, v. 47, n. 1, 2004.

ENGELMANN, Fabiano. Internacionalização e ativismo judicial: causas políticas e causas jurídicas nas décadas de 1990 e 2000. *Contexto Internacional*, v. 29, n. 1, 2007.

FARIA, José Eduardo. O sistema brasileiro de Justiça: experiência recente e futuros desafios. *Estudos Avançados*, v.18, n. 51, 2004.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. Notas sobre o controle preventivo de constitucionalidade. *Revista de Informação Legislativa*, v. 36, n. 142, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Poder judiciário na constituição de 1988.

Judicialização da política e politização da justiça. *Revista de Direito Administrativo*, n. 198, 1994.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves.. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2005.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2008.

LAURENTIIS, Thais Catib de. *A caracterização do amicus curiae à luz do Supremo Tribunal Federal*. Monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público, 2007. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/106_Thais%20Catib%20De%20Laurentiis.pdf>.

LIMA, Rafael Scavone Bellem de. *A audiência pública realizada na ADI 3510-0: A organização e o aproveitamento da primeira audiência pública da história do Supremo Tribunal Federal*. Monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público, 2008. Disponível em:< http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/125_rafael.pdf>.

LOBATO, Anderson O. C. Política, constituição e justiça: os desafios para a consolidação das instituições democráticas. *Revista de Sociologia Política*, v. 17, 2001.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. *Lua Nova*, n. 57, 2002.

MARCHETTI, Vitor; CORTEZ, Rafael. A judicialização da competição política: o TSE e as coligações eleitorais. *Opinião Pública*, v. 15, n. 2, 2009.

MENDES, Conrado H. *Controle de Constitucionalidade e Democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo G. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDES, Veridiana Mansour. *A titularidade do serviço público de saneamento básico na jurisprudência do STF*. Monografia apresentada à Escola de Formação da Sociedade Brasileira de Direito Público, 2008. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/monografia/131_veridiana.pdf>.

MOROSINI, Fabio, A Guerra dos Pneus. *Casoteca Latino-Americana de direito e política pública*, 2006. Disponível em: <http://www.gvdireito.com.br/casoteca/casos.aspx?PagId=GTDJNNWM>.

NASCIMENTO FILHO, Pedro Luiz do, Medidas cautelares em Ação Direta de Inconstitucionalidade. In: COUTINHO, Diogo R.; VOJVODIC, Adriana M. (orgs.). *Jurisprudência Constitucional: como decide o STF?*, São Paulo: Malheiros, 2009.

OLIVEIRA, Vanessa Elias de. Judiciário e privatizações no Brasil: existe uma judicialização da política? *Dados*, v. 48, n. 3, 2005.

PINHEIRO, Victor Marcel. O STF e o mito do legislador negativo. In: COUTINHO, Diogo R.; VOJVODIC, Adriana M. (orgs.). *Jurisprudência constitucional: como decide o STF?*, São Paulo: Malheiros, 2009.

RAMOS, Elival da Silva. *Controle de Constitucionalidade no Brasil - perspectivas de evolução*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SADEK, Maria Tereza. O Judiciário em questão. *São Paulo em Perspectiva*, vol. 10, n. 3, 1996.

SILVA, Virgílio Afonso da. Interpretação conforme a constituição: entre a trivialidade e a centralização judicial. *Revista Direito GV*, vol. 2, n. 1, 2006.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjorn. *The Global Expansion of Judicial Power*. New York: New York University Press, 1995.

TAYLOR, Matthew M.; DAROS, Luciano. Os partidos dentro e fora do poder: a judicialização como resultado contingente da estratégia política. *Dados*, vol. 51, n. 4, 2008.

TAYLOR, Matthew M. *Judging Policy: Courts and Policy Reform in Democratic Brazil*. Stanford: Stanford University Press, 2008.

TAYLOR, Matthew M. O judiciário e as políticas públicas no Brasil. *Dados*, vol. 50, n. 2, 2007.

TAYLOR, Matthew M. Citizens against the State: the riddle of high impact, low functionality courts in Brazil. *Revista de Economia Política*, vol. 25, n. 4, 2005.

VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil. *Revista Direito GV*, vol. 4, n. 2, 2008.

VERISSIMO, Marcos Paulo. A constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial à brasileira. *Revista Direito GV*, vol. 4, n. 2, 2008.

VIANNA, Luiz Werneck; MELO, Manuel Palacios da Cunha; CARVALHO, Maria Alice Rezende de; BURGOS, Marcelo Baumann Vianna. *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIEIRA, Fabiola Sulpino; ZUCCHI, Paola. Distorções causadas pelas ações judiciais à política de medicamentos no Brasil. *Revista de Saúde Pública*, vol. 41, n. 2, 2007.

YEPES, Rodrigo Uprimny. A judicialização da política na Colômbia: casos, potencialidades e riscos. *Sur Revista Internacional de Direitos Humanos*, vol. 4, n. 6, 2007.