

**35º Encontro Anual da Associação nacional de Pós-Graduação e Pesquisa
em Ciências Sociais - ANPOCS**

GT17 – Judiciário e Política: teorias e debates contemporâneos.

**Judiciário legislador? Análise da evolução da
jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no
tratamento de omissões inconstitucionais (1990-2011)**

Marcio Camargo Cunha Filho

**Caxambu, MG
Outubro de 2011**

I - Introdução.

Desde a redemocratização do país, o Supremo Tribunal Federal (STF) tem se tornado um ator cada vez mais relevante no *policy-making* brasileiro. Ainda que a judicialização da política – aqui entendida como a expansão das atribuições dos tribunais e dos juízes na determinação do resultado de políticas públicas (Hirschl, 2008: 121) – seja um acontecimento de abrangência global, muitos autores têm enfatizado que, no Brasil, a Corte Constitucional tem adquirido poder de intervenção no cenário político sem paralelo no mundo ocidental, se convertendo, devido ao seu extenso rol de prerrogativas, em uma das Supremas Cortes mais poderosas do mundo (Rios-Figueroa & Taylor, 2006). Não obstante, há quem discorde deste entendimento, argumentando que, em se tratando de questões políticas, o órgão de cúpula do Judiciário brasileiro tem se limitado ao papel de regular a atividade da administração pública, passando longe de exercer um papel protagonista no jogo político nacional (Carvalho Neto, 2009).

De qualquer forma, existe um relativo consenso na literatura especializada quanto à constatação de que o novo papel exercido pelo STF se deve, em grande parte, ao modelo de controle abstrato de constitucionalidade adotado pela Constituição de 1988. Ao viabilizar que uma ampla gama de atores políticos, sociais e jurídicos tenha acesso direto ao STF, nosso modelo de *judicial review* permite que praticamente todas as questões políticas nacionais de relevo acabem sendo submetidas à apreciação deste Tribunal, o qual se converte em um centro decisório de importância, no mínimo, nada desprezível. A relação entre criação de mecanismos de controle de constitucionalidade e a inserção do Judiciário no cenário político é bem explicada por Arantes, em passagem transcrita a seguir:

A condição de poder político do Judiciário nos tempos modernos decorre de sua capacidade de controlar os atos normativos dos demais poderes, especialmente as leis produzidas pelo parlamento. Essa função, conhecida como *judicial review* ou *controle de constitucionalidade das leis*, coloca o Judiciário em pé de igualdade com os demais poderes, exatamente naquela dimensão mais importante do sistema político: o processo decisório de estabelecimento de normas (leis e atos executivos) capazes de impor comportamentos. Nos países em que o Judiciário ou um tribunal

especial pode ser acionado para verificar o respeito das leis e dos atos normativos à Constituição, pode-se dizer que existe um terceiro poder político de Estado, ao lado do Executivo e do Legislativo. Nos países em que essa função inexistente, o Judiciário assemelha-se a um órgão público ordinário, responsável pela importante tarefa de prestar justiça nos conflitos particulares, mas incapaz de desempenhar um papel político no processo decisório normativo (...) (Arantes, 2004: 82, grifos originais).

É devido a este consenso que diversos cientistas políticos têm se voltado para o estudo das chamadas ações diretas de inconstitucionalidade (ADINs), através das quais o STF analisa, em abstrato, a compatibilidade de leis ou atos normativos com a Constituição de 1988. Classificadas como o “principal instrumento de contestação da vontade majoritária” (Taylor & Da Ros, 2008: 826), estas ações têm sido analisadas sob os mais diversos ângulos: alguns estudos examinam o perfil de todas as ADINs julgadas pelo STF desde 1988 (Viana et al, 1999; 2007), ao passo que outros se focam nas ADINs que contestam apenas atos normativos federais (Carvalho Neto, 2009), ou que impugnam medidas provisórias (Da Ros, 2008) ou, ainda, nas ações impetradas por partidos políticos tendo por objeto a contestação de normas federais (Taylor & Da Ros, 2008).

Entretanto, apesar da abundância de estudos já produzidos acerca do tema, não há dúvidas de que o exame das novas prerrogativas institucionais do STF está longe de estar esgotado. Talvez devido à ênfase que a literatura venha concedendo ao estudo das ADINs, outros relevantes elementos do controle de constitucionalidade brasileiro veem recebendo pouca atenção por parte dos cientistas políticos. Um deles é a chamada revisão constitucional por omissão, mecanismo que permite ao Poder Judiciário controlar não os excessos cometidos pela maioria política, mas a própria inação dos órgãos representativos em conceder eficácia às normas constitucionais. Tal negligência por parte da literatura especializada, contudo, não se justifica, uma vez que a possibilidade de declarar a inconstitucionalidade da omissão do Poder Público é uma ferramenta de extrema relevância. Isso porque, dependendo da forma com que for utilizada, esta prerrogativa pode permitir que os tribunais obriguem os órgãos representativos a implementar um determinado comportamento legislativo ou administrativo e, assim, o Judiciário, e o STF em especial, deixaria

de exercer tão-somente o papel de *veto player* para se tornar um efetivo criador de políticas públicas, ou, em linguagem jurídica, um autêntico legislador positivo.

Desta forma, diante desta aparente lacuna no estudo da *judicial politics* no Brasil, o presente trabalho analisou a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no que se refere aos julgamentos de inconstitucionalidades por omissão. Após constatar uma mudança significativa na maneira com que o Tribunal vem tratando este instrumento, buscou-se analisar as causas desta mudança de posicionamento do STF no que diz respeito ao julgamento de Mandados de Injunção.

II – Metodologia.

Adotou-se, como metodologia, a análise qualitativa de algumas das mais impactantes decisões proferidas pelo STF em sede de Mandado de Injunção (MI).

A abordagem qualitativa se justifica devido ao fato de que somente a análise do conteúdo das decisões da Corte Constitucional brasileira pode colocar em evidência a evolução de sua postura com o decorrer do tempo. Ou seja, um exame meramente quantitativo dos julgados do Tribunal não nos permitiria compreender a modificação do seu entendimento nos últimos vinte anos: para alcançar este objetivo, torna-se imprescindível o estudo do teor das decisões do STF.

Optou-se por adotar como referência a análise de MIs devido à abrangência deste instrumento jurídico. Com efeito, esta importante ação judicial, por ser tratada pela Constituição de 1988 como um direito fundamental, possui legitimidade ativa universal, ou seja, qualquer cidadão tem legitimidade processual para ajuizá-la. Ademais, o MI pode ser acionado “sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania” (Constituição da República, art. 5º, LXXI), o que significa que é possível lançar mão deste instrumento judicial em um leque bastante extenso de casos, já que o conceito de “liberdade constitucional” é amplo e flexível.

Em suma, justifica-se a adoção do MI como objeto de análise por se tratar de instrumento amplamente acessível e que pode ser empregado sempre que

uma omissão do poder público torne inviável o exercício de algum tipo de liberdade constitucionalmente assegurada.

III – O STF e o MI: da passividade ao intervencionismo judicial.

A análise dos mais importantes MIs julgados pelo STF ao longo dos últimos vinte anos revelou um desenvolvimento bastante relevante na postura adotada pelo Tribunal na temática das omissões inconstitucionais. Se é verdade que, no período imediatamente posterior à promulgação da Constituição, a Corte se mostrou cautelosa e bastante tímida na decretação de omissões inconstitucionais do poder público, ao longo dos anos passou a adotar postura consideravelmente mais interventiva. Por outras palavras, o STF evoluiu de uma atitude de rigorosa passividade quanto ao uso de suas prerrogativas de decretar inconstitucionalidades omissivas para uma postura que claramente admite a participação judicial na elaboração de políticas públicas.

III.1 Década de 1990: os primeiros MIs julgados pelo STF.

Uma controvérsia relevante, que surgiu logo após o advento da redemocratização no país, foi a questão da greve dos servidores públicos. Com a promulgação da Constituição de 1988, diversas categorias de servidores públicos pleitearam frente ao Poder Judiciário a viabilização de seu direito à realização de greves, o qual, embora previsto na Carta Magna, não havia sido regulamentado pelo Congresso Nacional, fato que dificultava o seu exercício.

Nas primeiras vezes em que se deparou com a questão, o STF asseverou que, verificada uma omissão do Poder Público, o papel do Judiciário deveria se restringir a constatar tal omissão e a ordenar a tomada de providências por parte do órgão competente, sem estabelecer qualquer tipo de sanção em caso de descumprimento. Com efeito, de acordo com esta primeira interpretação do Tribunal, o direito de greve dos servidores públicos – ainda que garantido constitucionalmente – não seria auto-aplicável, ou seja, ele dependeria, para o seu exercício, da edição de lei complementar que o regulamentasse. Em linguagem jurídica, argumentou-se que a norma constitucional que previa o direito de greve para servidores públicos era uma norma de eficácia limitada (ou seja, uma norma que dependia da edição de lei

infraconstitucional para que possuísse sua máxima eficácia), e que o Mandado de Injunção era uma ação meramente declaratória (ou seja, se julgado procedente, o único resultado prático do MI seria a emissão de uma declaração, por parte do Tribunal, no sentido de que o Congresso Nacional deveria editar uma lei regulamentando o assunto).

Este posicionamento do STF pode ser visualizado no julgamento do MI n. 20/DF, de relatoria do Min. Celso de Mello, julgado em 19/05/1994, em que se afirmou que

A mera outorga constitucional do direito de greve ao servidor público civil não basta - ante a ausência de auto-aplicabilidade da norma constante do art. 37, VII, da Constituição - para justificar o seu imediato exercício. O exercício do direito público subjetivo de greve outorgado aos servidores civis só se revelará possível depois da edição da lei complementar reclamada pela Carta Política. A lei complementar referida - que vai definir os termos e os limites do exercício do direito de greve no serviço público - constitui requisito de aplicabilidade e de operatividade da norma inscrita no art. 37, VII, do texto constitucional.

Outro exemplo de julgamento do Supremo Tribunal que adotou o mesmo entendimento foi o MI 219/DF, julgado em 22/08/1990, em que se pleiteava a regulamentação do número de deputados estaduais do estado de São Paulo, em face de previsão constitucional neste sentido. Na ocasião, o Supremo Tribunal Federal, ainda que admitindo que o Congresso Nacional não havia regulamentado a questão, limitou-se a, em um julgamento de procedência, dar ciência ao Congresso Nacional da referida omissão. Assim, era dominante no Supremo Tribunal Federal o entendimento de que, havendo uma situação de omissão inconstitucional, sua função deveria se limitar a dar ciência ao Congresso Nacional acerca desta situação, em uma decisão, como se percebe, desprovida de real eficácia sob o ponto de vista político.

Em uma palavra, o que se percebe é que o Supremo Tribunal Federal, nas primeiras ocasiões em que deparou com o julgamento de Mandados de Injunção, optou por manter atitude de rigorosa passividade. Ao apenas “dar ciência” ao Congresso Nacional de que havia uma lacuna legislativa em uma determinada matéria, o Supremo não obrigou efetivamente o Congresso a adotar um determinado comportamento, e muito menos chamou para si a

responsabilidade de fazê-lo. Pode-se dizer, portanto, que a intervenção efetiva do Supremo no processo de elaboração de políticas públicas foi, nesta primeira etapa, insignificante, ou até mesmo inexistente. Essa situação, conforme veremos, irá mudar significativamente ao longo da década subsequente.

III.2 Década de 2000: o início da mudança de posicionamento.

Ainda que sempre houvesse votos dissidentes por parte de alguns ministros, o entendimento, por parte do Supremo Tribunal Federal, de que o MI possuía eficácia meramente declaratória prevaleceu até aproximadamente o final da década de noventa.

Aos poucos, porém, o STF passou a ir um pouco além, afirmando que, ainda que o Tribunal devesse se restringir a declarar a mora do Congresso Nacional em regulamentar a matéria *sub judice*, lhe seria lícito estabelecer um prazo para que o Legislativo regulamentasse a matéria. Vê-se que se trata de postura visivelmente mais ativa do Tribunal. Ainda que este não participe, neste momento, de maneira direta na elaboração da política pública cuja falta de regulamentação é questionada, ele claramente intervém no jogo político, ao ordenar que o Poder Legislativo adote um determinado comportamento dentro de um prazo estipulado.

A mudança mais significativa no posicionamento da Suprema Corte brasileira, contudo, veio apenas no final dos anos 2000. Depois de julgar, por quase duas décadas, diversos casos tendo sempre como base a *ratio decidendi* anteriormente citada – segundo a qual o MI possuía caráter meramente declaratório, ou seja, ele servia apenas para constatar a ausência de regulamentação de um determinado assunto – o STF se afastou desta sua orientação passiva, adotando postura consideravelmente mais interventiva.

Com efeito, a partir do julgamento do MI n. 721¹, o Tribunal, pela primeira vez, “exerceu função normativa supletiva e provisória da omissão legislativa, atribuindo ao mandado de injunção efeito nunca antes verificado na jurisprudência do STF” (Batochio, 2009: 71). Neste caso, o impetrante do Mandado de Injunção postulava a concessão, em seu favor, de aposentadoria

¹ O MI 721/DF, de relatoria do Min. Marco Aurélio, foi julgado em 30/08/2007.

especial para servidor público, ainda que este caso específico não encontrasse respaldo na legislação até então vigente. Na ocasião, o STF não apenas reconheceu a ausência da regulamentação da matéria, mas, além disso, adotou uma solução normativa para o litígio, concedendo a aposentadoria especial à demandante. Lançando mão da técnica da analogia, o STF concluiu que, na ausência de norma regulamentando a aposentadoria especial para servidores públicos, dever-se-ia adotar subsidiariamente a legislação pertinente aos trabalhadores celetistas. Consoante a nova interpretação do Supremo Tribunal Federal, a ausência de regulamentação por parte do Congresso Nacional não poderia servir de justificativa para que se tornasse ineficaz um direito constitucionalmente assegurado, e, assim, ao Mandado de Injunção deveria ser concedida eficácia não apenas declaratória, mas, também, normativa.

Mesmo em casos já anteriormente julgados pelo STF – como no caso da greve dos servidores públicos, em que a Corte afirmara expressamente que sua função deveria se limitar a constatar a omissão legislativa – houve a partir deste momento uma mudança de posicionamento. Neste tema, em face da mora por parte do Poder Legislativo em regulamentar a questão, a Suprema Corte viu-se na obrigação de fazê-lo, aduzindo que, até o advento da lei pertinente, a greve dos servidores públicos deveria ser regulamentada nos moldes da Lei n. 7.783/91, que disciplina a greve dos trabalhadores celetistas. Este novo posicionamento do STF pode ser visualizado na ementa do julgamento do MI 712²:

3. O preceito veiculado pelo artigo 37, inciso VII, da CB/88 exige a edição de ato normativo que integre sua eficácia. Reclama-se, para fins de plena incidência do preceito, atuação legislativa que dê concreção ao comando positivado no texto da Constituição. 4. Reconhecimento, por esta Corte, em diversas oportunidades, de omissão do Congresso Nacional no que respeita ao dever, que lhe incumbe, de dar concreção ao preceito constitucional. Precedentes. 5. Diante de mora legislativa, cumpre ao Supremo Tribunal Federal decidir no sentido de suprir omissão dessa ordem. Esta Corte não se presta, quando se trate da apreciação de mandados de injunção, a emitir decisões desnutridas de eficácia.

² O MI 712/PA, de relatoria do Min. Eros Grau, foi julgado em 25/10/2007.

A partir deste *turning point*, todos os casos posteriores passaram a ser julgados da mesma maneira. Pode-se citar, dentre os precedentes que adotam este novo entendimento, o MI 670, o MI 708 e o MI 720, todos julgados no segundo semestre de 2007. Em uma palavra, o STF passou a admitir que, na ausência de uma norma que regulamente um direito constitucionalmente assegurado, está ele mesmo autorizado a disciplinar a questão no caso concreto, exercendo assim uma verdadeira função legislativa.

É crucial destacar, sob a perspectiva da inserção do Supremo Tribunal no *policy-making* nacional, a importância desta mudança de posicionamento. É que, na esteira de sua postura inicial, o STF optava por se abster por completo de participar da elaboração de políticas públicas, ao passo que, a partir de 2007, após observar que muitos de seus julgados acabavam sendo totalmente ignorados pelos órgãos representativos, o Tribunal chama para si a responsabilidade de criar atos normativos, desde que o Congresso Nacional não tenha exercido esta prerrogativa. Com clareza, o STF passa gradualmente a ser um poder estatal de natureza política, de acordo com a conceituação anteriormente citada de Arantes.

III.3 Tendências atuais: aprofundamento do processo de judicialização da política.

O novo posicionamento do STF, adotado a partir de 2007, significa uma impactante mudança na postura desta Corte no que se refere ao seu nível de inserção no cenário político brasileiro. No entanto, um olhar atento aos julgados supracitados poderá concluir que a Corte, ainda que tenha se mostrado mais disposta a intervir no processo de elaboração de políticas públicas, ainda parece adotar postura cautelosa, vinculando-se à vontade legislativa. No caso da controvérsia acerca da greve dos servidores públicos, por exemplo, O STF não inovou totalmente a ordem jurídica, mas limitou-se a adotar a analogia, afirmando que deveria ser aplicada a lei dos trabalhadores celetistas no caso de greves dos servidores públicos. Ou seja, poder-se-ia argumentar que o Supremo Tribunal não criou, ele mesmo, uma solução normativa para questão, mas apenas limitou-se a estender a aplicação de uma solução política já adotada pelo Congresso Nacional. Assim, segundo esta análise, ainda seria possível

sustentar que o STF tem buscado evitar um confronto com os demais poderes, procurando respeitar o máximo possível a vontade política dos tradicionais órgãos representativos.

Mesmo que se esteja de acordo com o entendimento esboçado no parágrafo anterior, os julgados mais recentes da Suprema Corte não deixam dúvidas acerca da crescente disposição do Tribunal em intervir no cenário político.

Com efeito, o STF não mais parece se ver preso a, no julgamento de Mandados de Injunção, lançar mão da técnica da analogia. É isto o que se depreende da seção inicial do julgamento do MI 943³, realizada em 23/06/2011. Nesta ocasião, o Supremo se deparou com a controvérsia acerca da falta de regulamentação do art. 7º, XXI, da Constituição da República, o qual prevê que os trabalhadores celetistas têm direito a receber, no caso de despedidas sem justa causa, um aviso prévio proporcional ao tempo em que laboraram na empresa da qual estão sendo despedidos. Ainda que o julgamento desta lide se encontre, no presente momento, pendente de julgamento definitivo, na seção inicial deste julgamento formou-se um consenso dentre os ministros com relação à necessidade de o Supremo intervir na matéria e proferir uma decisão normativa, que regule o preceito constitucional supracitado. A controvérsia que surgiu, e que motivou a suspensão do processo, girou em torno de que critérios deveriam ser adotados pelo Tribunal.

Esta constatação resta clara se visualizarmos as posições individuais dos ministros do STF. O Min. Marco Aurélio, por exemplo, opinou pela concessão de 10 dias de aviso prévio para cada ano trabalhado, respeitado o mínimo de 30 dias, assegurado pela Constituição. O Min. Luis Fux, por sua vez, aduz que a solução deve ser buscada no direito comparado, e lançam mão de exemplos dos casos da Bélgica e da Itália na tentativa de encontrar uma solução para qual critério deve ser adotado nosso país. Já o Min. Cezar Peluso acredita que o aviso prévio deve restar regulamentado da seguinte maneira: para cada cinco anos de trabalho, deve-se acrescentar ao patrimônio do trabalhador um salário mínimo de aviso prévio proporcional. O que se está argumentando, neste ponto,

³ O MI 943/DF, de relatoria do Min. Gilmar Mendes, está pendente de julgamento definitivo, conforme informações extraídas do sítio eletrônico do STF [acesso em 13/08/2011].

é que no presente momento existe um consenso quase que indiscutível dentre os ministros do Supremo Tribunal Federal acerca da necessidade de este órgão regulamentar uma matéria ignorada pelo Congresso Nacional. A única controvérsia que existe dentre os ministros – que diz respeito a que critérios devem ser utilizados para regulamentar o aviso prévio proporcional – é irrelevante para fins de constatação do grau de inserção do Tribunal do *policy making* nacional. O que importa é que há efetivamente uma disposição crescente por parte do Tribunal em participar da vida política do país.

Em uma palavra, ainda que seja cedo para afirmar que o julgamento do MI 943 marque o início de uma nova fase no posicionamento do STF, pode-se afirmar que, ao que tudo indica, a tendência é que a Suprema Corte intensifique sua intervenção no cenário político brasileiro, e passe a adotar soluções normativas de sua própria iniciativa, sem nenhum respaldo no uso da analogia com relação a diplomas legislativos previamente aprovados pelos órgãos representativos. Cada vez mais, o STF chama para si a responsabilidade de implementar políticas públicas, independentemente da atuação dos demais Poderes.

IV – Causas do aprofundamento da judicialização da política no Brasil.

Depreende-se do que foi exposto até o presente momento que o STF mudou radicalmente a sua postura no julgamento de omissões inconstitucionais. Mas por que ocorreu esta mudança? Que condições têm permitido o aprofundamento da participação do STF no processo de elaboração de políticas públicas? Ainda que dificilmente seja possível encontrar uma interpretação única para este fenômeno, a presente seção tenta esboçar algumas possíveis respostas para estas indagações.

A literatura especializada tem apontado diversas causas para o fenômeno global da expansão das atribuições do Poder Judiciário com potencial capacidade de intervenção frente às instituições legislativas.

Em primeiro lugar, muitos autores aludem aos requisitos institucionais da judicialização da política. Consoante este argumento, a existência de mecanismos constitucionais de *judicial review* permite que grupos incapazes de

fazer avançar sua agenda através dos órgãos majoritários tenham uma alternativa institucional (o Judiciário) para alcançar seus objetivos. Segundo este entendimento, países que contêm com uma sólida estrutura institucional de revisão constitucional irão experimentar uma maior interferência dos Tribunais no cenário político, fato que simplesmente não seria possível nos países em que não existe tal arcabouço institucional.

Uma segunda abordagem faz referência à consolidação do regime democrático como causa imprescindível para o fortalecimento do Poder Judiciário, e sua conseqüente inserção no *policy making*. Nesse sentido, Epstein, Knight & Shvetsova (2001) afirmam Cortes Constitucionais, antes de começar a interferir no processo político de um país, tendem a construir um reservatório de legitimidade através da adoção de uma postura cautelosa e pouco interventiva no cenário político. Apenas com o decorrer do tempo é que as Supremas Cortes adquirirão a legitimidade necessária para participar de maneira mais efetiva na elaboração de políticas públicas de suas respectivas nações. Os autores argumentam que, caso estes Tribunais adotem postura muito incisiva quando o regime democrático ainda não está plenamente consolidado, corre-se o risco de a embrionária independência judiciária ser tolhida pela atuação do Legislativo ou, mais provavelmente, do Executivo. É o que aconteceu, por exemplo, com a Suprema Corte russa, que, logo após a promulgação da nova Constituição deste país, em 1993, decretou a cassação de decretos emitidos pelo presidente Boris Yeltsin, os quais dissolviam o Parlamento e marcavam novas eleições parlamentares. Tendo em vista a ainda incipiente consolidação democrática naquele país, Yeltsin calculou que os custos de repressão à decisão da corte seriam relativamente baixos, e, assim, fechou a Corte Constitucional russa dois dias depois da anulação dos decretos supracitados. Nesta mesma linha de raciocínio, Couso (2004) mostrou que uma “judicialização precoce” tende a causar uma forte reação por parte dos órgãos representativos, como aconteceu no Peru, em que o Presidente Alberto Fujimori decretou, ao ser confrontado com uma decisão que lhe era desfavorável, o fechamento da Corte Constitucional do país, ou na Venezuela, em que o Presidente Hugo Chávez forçou a renúncia da presidenta da Suprema Corte venezuelana, para que pudesse obter uma maioria de juízes por ele indicados.

O papel da sociedade civil na intensificação do processo de judicialização da política também tem sido acentuado por alguns autores. Em influente obra, Epp (1998), mostrou como associações civis bem organizadas, ideologicamente definidas e contando com uma assessoria jurídica estruturada foram atores cruciais na luta pelo estabelecimento de diversos direitos civis nos Estados Unidos. Neste mesmo sentido, outros pesquisadores têm enfatizado o papel da *cause-lawyering* na mobilização do direito com objetivo de alcançar objetivos políticos. Débora Maciel (2010), por exemplo, mostra como tanto a promulgação da Lei Maria da Penha quanto a sua posterior aplicabilidade dependeram, em grande parte, da mobilização de organizações civis ligadas a direitos humanos e a direitos das mulheres, tanto no âmbito nacional quanto no internacional. A importância do desempenho da sociedade civil no processo de reforma, através do Poder Judiciário, de políticas públicas, pode ser compreendido nesta passagem de Chavez (2008: 72):

Domestic civil society groups typically serve as the foundation for reform coalitions (...) By showing how a pliant judiciary undermines shared values such as human rights and economic development, the coalitions can recruit a diverse group of local actors with an interest in an independent judicial branch, including human rights groups, lawyers, judges, and business associations. In the United States, public opinion and civil society were critical in the struggle that blocked President Franklin D. Roosevelt's court-packing initiative (Friedman, 2000) (...) In his impressive study of judicial politics in Mexico, Staton shows how a public support for the courts creates pressure for officials to comply with adverse ruling (Staton, 2004). In Tanzania where most citizens view the courts as irrelevant, civil society has not provided the social support that would make it costly for the executive to undermine judicial autonomy (Gloppen, 2003).

Por fim, uma última corrente que merece ser mencionada é a que constata que o aumento das prerrogativas do Poder Judiciário é fruto, na verdade, de uma delegação intencional por parte dos tradicionais órgãos representativos. Segundo este entendimento, “a judicialização da política é preponderantemente decorrência de escolhas concretas, interesses, ou considerações estratégicas por parte de atores políticos auto-interessados” (Hirschl, 2008: 136, tradução livre). Em outras palavras, atores políticos preferem não decidir questões altamente controversas – tais como casamento

entre homossexuais, direitos feministas, entre muitos outros – do que arcar com os custos eleitorais de uma determinada decisão. Assim, a não decisão acarreta uma delegação deliberada, altamente calculada por parte destes atores políticos, ou seja, “the transfer to the courts of contested political “hot potatoes” offers a convenient retreat for politicians who have been unwilling or unable to settle contentious disputes in the political sphere” (Hirschl, 2008: 136).

No caso do Brasil, o que se percebe é que o aprofundamento da judicialização da política dificilmente pode ser explicado isoladamente por apenas uma das variáveis analíticas supracitadas. Com efeito, podem-se visualizar, no contexto brasileiro, elementos de todas as teorias acima abordadas.

De início, dificilmente seria possível desprezar a importância do fator institucional, uma vez que os novos mecanismos de controle de constitucionalidade trazidos pela Constituição de 1988 sem dúvida deixam à disposição dos atores políticos novas alternativas de alcançar seus *policy goals*. Este aspecto é especialmente enfatizado por Vianna et al (1999), segundo os quais os novos instrumentos de revisão judicial trazidos pela Carta Constitucional ampliaram a “comunidade de intérpretes da Constituição”, ou seja, permitiram que uma ampla gama de atores políticos, sociais e jurídicos passassem a participar efetivamente do processo de interpretação e mudança da Constituição.

Por si só, contudo, as instituições não tem uma capacidade explicativa absoluta. Assim, destaca-se que, no Brasil, está igualmente presente o fator consolidação democrática, que permite aos juízes da Suprema Corte anteverem que uma decisão contrária aos interesses dos poderes representativos dificilmente implicará em uma reação adversa por parte destes, o que viabiliza uma participação mais independente e pró-ativa do Tribunal no jogo político nacional. Ou seja, ao passo que há vinte anos, em meio às muitas incertezas da incipiente redemocratização do país, os juízes da Suprema Corte brasileira provavelmente temeriam as reações de uma decisão que contrariasse os interesses da maioria política, tal temor dificilmente seria fundado nos dias de hoje, fato que sem dúvida aumenta a independência e a pré-disposição por parte do STF em intervir no cenário político pátrio.

Também se faz presente, com força, a participação da sociedade civil neste processo de ampliação da inserção do Judiciário no *policy-making*. Com efeito, o papel de associações civis, sindicatos, bem como de outros grupos organizados no processo de judicialização da política no Brasil tem sido considerado significativo, ao ponto de a literatura especializada ter afirmado que a sociedade civil tem-se constituído em “um dos principais protagonistas no processo de animação da judicialização da política” (Vianna et al, 2007: 71). No caso específico das omissões inconstitucionais, pode-se dizer que os sindicatos têm cumprido papel de particular relevância na empreitada de trazer ao Supremo Tribunal Federal controvérsias trabalhistas não regulamentadas pelo Congresso Nacional. Com o tempo, esta insistência das entidades sindicais tende a produzir os resultados por elas buscados, como foi o caso aviso prévio proporcional, anteriormente debatido.

Por fim, o caráter de delegação deliberada por parte dos órgãos representativas igualmente parece estar presente no caso brasileiro. Tal constatação é corroborada pelo fato de que grande parte das omissões declaradas inconstitucionais pelo STF dizem respeito a relações de trabalho⁴ (tanto com relação a trabalhadores celetistas quanto com relação a servidores públicos federais), as quais por definição versam sobre questões altamente controversas, que envolvem forte carga ideológica e que afetam um grande número de eleitores e categorias organizadas. No caso da greve dos servidores públicos, por exemplo, é mais fácil, passados mais de 20 anos da promulgação da Constituição, argumentar que o Congresso se absteve deliberadamente de regulamentar a questão do que sustentar que não houve tempo para que o Legislativo formulasse uma proposta adequada para disciplinar o tema. O mesmo poderia ser afirmado para a questão do aviso prévio proporcional, aposentadoria especial de servidores públicos, etc. Em uma palavra: o Congresso parece deliberadamente evitar estas questões, provavelmente com o intuito de não ter de arcar com os custos eleitorais de uma decisão que

⁴ Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal declarou a mora do Legislativo em regulamentar a questão da greve dos servidores públicos, conforme analisado anteriormente (MI 670, relator p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, julgado em 25/10/2007); a lide relativa à aposentadoria especial a que aduz o art. 40, § 4º da Constituição Federal (MI 712, relator Min. Marco Aurélio, julgado em 30/08/2007); e, por fim, a controvérsia acerca do aviso prévio proporcional (MI 943, de relatoria do Min. Gilmar Mendes, pendente de julgamento).

inevitavelmente desagradará grande número de eleitores. Com a intensificação do processo de judicialização da política, os membros do Congresso sabem que estas questões controversas acabarão caindo nas mãos do Poder Judiciário, mas isso não parece ser contrário aos seus interesses.

V – Conclusões.

Conforme apontado no início deste estudo, não há dentre os cientistas políticos um consenso acerca do novo papel político exercido pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário desde a redemocratização do país.

Um primeiro diagnóstico, exemplificado pelo estudo de Carvalho Neto (2009) aponta para o sentido de que não há uma efetiva inserção do STF no cenário político brasileiro. Este autor, analisando o perfil de todas as ADINs julgadas pelo Tribunal entre 1988 e 2002 cujo objeto era a contestação de atos normativos federais, observou que era pequeno o índice de ações julgadas procedentes, seja na decisão liminar, seja na decisão de mérito – em ambas as hipóteses, apenas cerca de 20% do total de ações obtivera resultado favorável, ou seja, apenas 2 em cada 10 ações de inconstitucionalidade conseguiam efetivamente eliminar ou suspender a eficácia normativa de um diploma jurídico emitido pelos órgãos representativos. A partir destes números, e verificando que as escassas ocasiões em que as ADINs obtinham sucesso se relacionam majoritariamente a situações específicas, nas quais o Ministério Público da União ataca leis que regulamentam a atividade da Administração Pública, este autor chega à conclusão de que “não existe uma participação crescente do Supremo Tribunal Federal no mundo político propriamente dito” (Carvalho Neto, 2009: 315).

Por outro lado, alguns autores realizam uma análise diametralmente oposta. Exemplo desta corrente é o texto de Viera (2008), que classifica o processo de judicialização da política no Brasil como um movimento em direção à “Supremocracia”, no qual o Supremo Tribunal Federal estaria se tornando paulatinamente o principal centro decisório do país. Segundo este autor, ainda que a expansão das atribuições dos Tribunais não seja um fenômeno estritamente brasileiro, em nenhum outro país ele se encontra com a mesma intensidade. Em suas palavras,

Se esta [a expansão do papel político das Supremas Cortes] é uma atribuição comum a outros tribunais constitucionais ao redor do mundo, a distinção do Supremo é de escala e de natureza. Escala pela quantidade de temas que, no Brasil, têm natureza constitucional e são reconhecidas pela doutrina como passíveis de judicialização; de natureza, pelo fato de não haver qualquer obstáculo para que o Supremo aprecie atos do poder constituinte reformador (Vieira, 2008: 445).

O que o presente estudo buscou demonstrar foi que, na verdade, os dois posicionamentos anteriormente esboçados parecem ser exagerados, não analisando com precisão a real extensão do fenômeno da judicialização da política no Brasil. Com efeito, parece precipitado, por um lado, afirmar que não existe uma efetiva inserção do STF no processo político brasileiro, levando em conta tão-somente os resultados dos julgamentos de ações diretas de inconstitucionalidade. É que esta análise ignora o fato de que um Tribunal que declara inconstitucional vinte por cento das leis que chegam ao seu plenário não é uma Corte tão inativa ou passiva quanto se dá a entender em uma primeira análise, principalmente se comparamos este percentual com a experiência outros países. Mais atento a esta perspectiva comparativa, Da Ros (2008) observa que decisões judiciais contrárias aos interesses dos poderes representativos são muito menos frequentes em países como Estados Unidos ou França. Por outro lado, a tese defendida por Vieira igualmente parece ignorar a perspectiva comparativa, já que um rápido exame de decisões políticas exercidas por Tribunais Constitucionais estrangeiros mostraria que há países em que a judicialização da política tem sido muito mais intensa do que no Brasil⁵.

⁵ Neste sentido, Hirschl (2008) traz alguns exemplos interessantes. O autor aponta, por exemplo, que na África do Sul a Corte Constitucional chegou a rejeitar a validade de toda uma Constituição elaborada por órgãos representativos; na Coreia do Sul, a Suprema Corte reconduziu ao poder, em 2004, um presidente que havia previamente sofrido processo de *impeachment*; na Hungria, a Corte Constitucional, em 1995, declarou inconstitucional um amplo pacote de medidas de austeridade econômica, alegando que os órgãos representativos não tinham legitimidade para realizar determinados cortes orçamentários em questões sociais como saúde e educação; em Israel, o Tribunal máximo foi chamado a emitir decisão acerca da validade da construção do *West Bank Barrier*, polêmico projeto de construção de um muro que separava Israel dos territórios palestinos. O que se depreende daqui é que o Supremo Tribunal Federal brasileiro está longe de ser o único Tribunal Constitucional a ser chamado a resolver questões políticas de sua nação. Antes, tudo indica que a participação da Suprema Corte brasileira na política nacional é até mais tímida do que a que ocorre em outros países.

Ademais, pode-se argumentar que a participação do STF no *policy-making* brasileiro poderia ainda ser mais intensa. Nos casos analisados neste trabalho, por exemplo, viu-se que o Supremo Tribunal adotou soluções normativas para alguns casos, em especial nas controvérsias referentes à greve dos servidores públicos e à aposentadoria especial dos mesmos, mas, apesar disso, limitou-se a fazer uso da analogia, com a finalidade de regulamentar as matérias de acordo com o preceituado em leis pré-existentes, referentes aos trabalhadores celetistas. Pode-se argumentar, neste sentido, que o Supremo pode, no futuro, ir além, regulamentando questões políticas sem se apoiar em diplomas legais já estabelecidos⁶.

Em uma palavra, nem tanto ao céu, nem tanto à terra: a participação do Supremo Tribunal Federal na política brasileira tem sido significativa, porém não exagerada ou além dos padrões verificados em outras nações.

VI – Bibliografia citada.

ARANTES, Rogério. Judiciário: entre Justiça e política. In: AVELAR, Lúcia; CINTRA, Antônio Octavio (orgs.) *Sistema político brasileiro: uma introdução*. Rio de Janeiro: Konrad-Adenauer-Stiftung; São Paulo, Ed. Unesp, 2004.

BATOCHIO, Ligia. A interpretação do STF quanto aos efeitos da decisão no Mandado de Injunção. In: COUTINHO, Diego; VOJVODIC, Adriana. *Jurisprudência constitucional: como decide o STF?* São Paulo, Malheiros, 2008.

BRANCO, Paulo Gustavo; COELHO, Inácio; MENDES, Gilmar. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo, Saraiva, 2008 [3ª edição].

CARVALHO NETO, Ernani. Judicialização da política no Brasil: controle de constitucionalidade e racionalidade política. *Análise Social*, vol. XLIV (191), 2009.

⁶ É nesse sentido, inclusive, que parece estar caminhando o STF, conforme exposto no item III.3 do presente estudo.

CHAVEZ, Rebecca. The rule of law and courts in democratizing regimes. In: WHITTINGTON, K.; KELEMEN, R. *The Oxford Handbook of law and politics*. New York, Oxford University Press, 2008.

COUSO, Javier. Consolidación democrática y Poder Judicial: los riesgos de la judicialización de la política. *Revista de Ciencia Política*, Santiago, vol. 24, n. 2, p. 29-48, 2004.

DA ROS, Luciano. *Decretos presidenciais no banco dos réus: análise do controle abstrato de constitucionalidade de medidas provisórias pelo Supremo Tribunal Federal no Brasil (1988-2007)*. Dissertação (Mestrado em Ciência Política). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2008.

EPP, Charles. *The rights revolution: lawyers, activists, and Supreme Courts in comparative perspective*. Chicago: The University of Chicago Press, 1998.

EPSTEIN, Lee.; KNIGHT, Jack.; SHVETSOVA, Olga. The role of constitutional courts in the establishment and maintenance of democratic systems of government. *Law & Society Review*, vol. 35, n. 1, p. 117-164, 2001.

HIRSCHL, Ran. The judicialization of politics. In: WHITTINGTON, K.; KELEMEN, R. *The Oxford Handbook of law and politics*. New York, Oxford University Press, 2008.

LIMA, Juliana. O direito de greve dos servidores públicos e o STF. In: COUTINHO, Diego; VOJVODIC, Adriana. *Jurisprudência constitucional: como decide o STF?* São Paulo, Malheiros, 2008.

MACIEL, Débora & BRITO, Ana Paula. Movimentos sociais, direito e mudança política: a mobilização legal em torno da lei Maria da Penha. *Paper* apresentado no 34º Encontro Anual da ANPOCS, 2010, Seminário Temático Judiciário, ativismo e política.

PINHEIRO, Victor. O STF e o mito do legislador negativo. In: COUTINHO, Diego; VOJVODIC, Adriana *Jurisprudência constitucional: como decide o STF?* São Paulo, Malheiros, 2008.

DA ROS, Luciano; TAYLOR, Matthew. Os partidos dentro e fora do poder: a judicialização como resultado contingente de estratégia política. *Dados*, Rio de Janeiro, v. 51, n. 4, 2008b, pp. 825-864.

TAYLOR, Matthew; RÍOS-FIGUEROA, Julio. Institutional determinants of the judicialisation of policy in Brazil and México. *Journal of Latin American Studies*, vol. 38, n. 4, p. 739-766, 2006.

VANBERG, Georg. Establishing and maintaining judicial independence. In: WHITTINGTON, K.; KELEMEN, R. *The Oxford Handbook of law and politics*. New York, Oxford University Press, 2008.

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

VIANNA, Luis Werneck. et al. Dezesete anos de judicialização da política. *Tempo Social, Revista de Sociologia Política da USP*, v. 19, n. 2, p. 39-85, 2007.

VIEIRA, Oscar. Supremocracia. *Revista Direito GV*, vol. 4, n. 2, p. 461-464, 2008.