

# A CONSTITUIÇÃO COMO FONTE DE PODER: BREVES APONTAMENTOS SOBRE O CONTROLE JUDICIAL DA ATIVIDADE POLÍTICA PELA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

Fernando Natal Batista\*

RECEBIDO EM:	19.3.2017
APROVADO EM:	30.6.2017

\* Mestrando em Direito Constitucional do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), pós-graduado pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (FESMPDFT), bacharel em Direito pela Universidade de Brasília (UnB), analista judiciário e assessor de ministro do Superior Tribunal de Justiça. E-mail: fernando.batista@stj.jus.br

• FERNANDO NATAL BATISTA

- **RESUMO:** O texto almeja abordar o controle judicial da atividade política pela jurisdição constitucional (*doctrine of political question*), a partir do evolucionismo semântico da Constituição e do estudo de casos representativos da superação da doutrina de autocontenção judiciária das questões políticas, inicialmente examinada pelo *chief of justice* John Marshall no célebre caso *Marbury vs. Madison*. A partir de um breve estudo histórico, utilizando-se, para tanto, doutrina nacional e estrangeira, é abordado o atual processo de superação da teoria da autocontenção judiciária das questões políticas pela Corte Suprema, mediante a invocação do texto constitucional como fonte legitimadora de atuação, resultando na (indevida) politização do Judiciário.
- **PALAVRAS-CHAVE:** jurisdição constitucional; judicialização da política; doutrina de autocontenção judicial.
- **ABSTRACT:** The text analyzes the judicial control of political activity by the doctrine of political question, based on the semantic evolutionism of the Constitution and the study of representative cases of overcoming the doctrine of judicial self-restraint, initially examined by the Chief of Justice John Marshall in the celebrated *Marbury vs. Madison* case. From a brief historical study, using both national and foreign doctrine, the current process of overcoming the theory of judicial self-restraint of political questions by the Supreme Court invoking the constitutional text as a legitimating source of action, resulting in (undue) politicization of the judiciary.
- **KEYWORDS:** constitutional jurisdiction; judicialization of the policy; doctrine of judicial self-restraint.

## 1. Introdução

O presente estudo tem como escopo discorrer brevemente sobre a origem histórica da doutrina das questões políticas, seu surgimento e desenvolvimento no Brasil, sendo possível concluir, ainda, mediante o estudo de casos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal (STF), que o princípio da supremacia da Constituição, insito na teoria da jurisdição constitucional (*judicial review*), permitiu que o Poder Judiciário adjudicasse qualquer questão política como sendo uma questão constitucional, consolidando a judicialização da política como um fenômeno, quiçá, irreversível.

Para fins metodológicos, o presente texto será restrito à análise do *plano semântico* da Constituição, adotando-o, assim, como recorte teórico deste ensaio. Assim, realizada a delimitação do objeto de estudo, será, ainda, ao longo do trabalho, desenvolvida

uma contextualização crítica dos argumentos dogmáticos de vários doutrinadores constitucionalistas, preponderantemente o de Carl Schmitt, em face da atual conjuntura constitucional de governança do nosso país, cuja conclusão, em contraposição à teoria schmittiana, pode ser fidedignamente reproduzida na paradoxal frase proferida pelo ministro Ayres Britto<sup>1</sup>: “O Judiciário não governa, mas ele governa quem governa”, elevando a Constituição, como fonte de poder, metaforicamente, a hodierna quimera indômita, em que, em um só corpo, habitam três cabeças (Executivo, Legislativo e Judiciário) destoantes e que, continuamente, lutam entre si, esquecendo o concerto das funções estatais.

Destaca-se, por oportuno, que o *judicial review* recebe ainda hoje críticas ferrenhas, podendo-se citar, por exemplo, a firme posição defendida por Jeremy Waldron (2006)<sup>2</sup> que, no texto “The core of the case against judicial review”, abertamente sustenta a ideia de que não há razoabilidade na afirmação de que os direitos individuais teriam maior proteção no âmbito do Judiciário do que nas arenas políticas, e, independentemente do resultado alcançado pelos juízes, ele seria democraticamente ilegítimo.

## 2. O evolucionismo semântico da Constituição

A questão da legitimidade do poder político – ou soberano – e da participação democrática dos cidadãos nos processos decisórios de uma nação organizada tem sido continuamente uma das preocupações das ciências sociais, sobretudo do direito.

O Estado, no entendimento de Platão, “nasce das necessidades dos homens” (DALLARI, 1995, p. 45), competindo-lhe executar ações promocionais do bem comum. Isso é, desde sempre, seja na Antiguidade ou nos dias de hoje, um consenso.

A dúvida remanescente e, quiçá, insolúvel seria: quem é o *soberano*?

Os contratualistas, como Hobbes, Rosseau e Montesquieu, pretenderam delimitar o poder soberano em um pacto escrito, dividindo-o de forma a mitigar a preponderância de um homem aos demais.

Tanto é que Montesquieu, ao descrever o modelo institucional inglês, pretendeu, na verdade, prescrever uma estrutura de poderes em que “o poder freie o poder”

1 Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2006-abr-05/judiciario\\_ao\\_governa\\_ele\\_governa\\_quem\\_governa](http://www.conjur.com.br/2006-abr-05/judiciario_ao_governa_ele_governa_quem_governa)>. Acesso em: 5 jan. 2016.

2 Waldron (2006) inicia o artigo com uma pergunta crucial: “Should judges have the authority to strike down legislation when they are convinced that it violates individual rights?”. E responde: “in many countries they do”. Contudo, a proposta do estudo é outra: “this essay will argue that judicial review of legislation is inappropriate as a mode of final decision making in a free and democratic society”.

(“*le pouvoir arrête le pouvoir*”<sup>3</sup>), em contraposição ao absolutismo vigente na França do século XVIII.

A Constituição, como defendia Sieyès (2001, p. 45), como documento escrito, seria esse instrumento capaz de constringer e limitar o poder soberano, pois “em toda nação livre – e toda nação deve ser livre – só há uma forma de acabar com as diferenças, que sem produzem com respeito à Constituição”.

Nesse sentido, Lassale (2001, p. 40) é categórico ao asseverar que “os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas do poder”, razão pela qual a Constituição de um povo, para o citado autor, poderia ser definida como a soma dos fatores reais do poder que regem uma nação<sup>4</sup>.

Seguindo, ao menos nesse ponto, a mesma ideia, Grimm e Mohnhaupt (2012, p. 150), ao examinarem o evolucionismo das constituições ocidentais, sobretudo a americana e a francesa, frutos de revoluções populares, também defendem a ideia de que a Constituição reproduz a situação política de um Estado<sup>5</sup>, de forma que “o contrato constitucional e as leis fundamentais aparecem como os dois lados da mesma moeda: enquanto o contrato constitucional remete ao processo, as leis fundamentais designam o produto deste”.

Assim, ao menos para os contratualistas, as normas jurídicas escritas definem as competências e os limites do poder do Estado<sup>6</sup>.

Todavia, Hesse (1991, p. 11) refuta a tese sociológica inicialmente defendida por Lassale (2001), pois “o direito constitucional não estaria a serviço de uma ordem estatal justa, cumprindo-lhe tão-somente a miserável função – indigna de qualquer ciência – de justificar as relações de poder dominantes”. Para Hesse (1991), a pretensão de eficácia de uma norma constitucional *não se confunde* com as condições de sua realização, *mas procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social*.

Logo, a Constituição adquire força normativa na medida em que logra êxito em realizar essa pretensão de eficácia, e o impulso que constitui a essência e a eficácia da Constituição reside na natureza das coisas, transformando-se, assim, em força ativa.

3 No original: “*Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par le disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir*”.

4 Todavia, a Constituição jurídica ou escrita não passa – nas palavras de Lassale (2001) – de um pedaço de papel, residindo a sua capacidade regulatória limitada à sua compatibilidade com a Constituição real, de modo que, do contrário, segundo o mesmo autor, torna-se-ia inevitável o conflito, cujo desfecho há de se verificar contra a Constituição escrita, esse *pedaço de papel* que terá de sucumbir diante dos fatores reais de poder dominantes no país.

5 “A constituição é então a condição da política do Estado, criada pelo contrato e determinada pelas leis fundamentais” (GRIMM; MOHNHAUPT, 2012, p. 150).

6 “Em todos os Estados livres a constituição é fixa e como o legislativo supremo deriva seu poder e autoridade da constituição, ele não pode desprezar vínculos dela sem destruir sua própria fundação” (GRIMM; MOHNHAUPT, 2012, p. 153)

Não é, portanto, como adverte o jurista alemão, em tempos tranquilos e felizes que a Constituição normativa vê-se submetida à sua prova de força<sup>7</sup>.

Igualmente compete à Constituição cunhar os fundamentos e estabelecer os princípios que regularão a ordem jurídica, assim como instituir conteúdos jurídicos legítimos, sobretudo em matéria de direitos fundamentais, dotando-os de força vinculante para irradiar-se por todo o ordenamento jurídico.

A Constituição estará revestida de força normativa *quando conseguir impedir que as questões constitucionais se convertam em questão de poder*.

Isso é muito importante e, atualmente, no Brasil, observado o cenário político-jurídico, quase inatingível, basta para tanto acompanhar as decisões proferidas monocraticamente por alguns dos integrantes do STF<sup>8</sup>.

Ora, como leciona Hesse (1991), a força normativa está condicionada à possibilidade de realização dos conteúdos da Constituição, assim quanto mais ampla e profunda for a conexão de seus preceitos normativos com a historicidade e a realidade, afinada com o propósito de conservar e desenvolver a construção jurídico-social presente, maior será a perspectiva de esses elementos desenvolverem a força normativa. Por outro lado, quando a Constituição ignora os elementos fomentadores do desenvolvimento político, econômico, social e espiritual do seu tempo, vê-se incapaz de conservar e ampliar sua própria realização, situação que provoca a fragilidade da força normativa e a instabilidade jurídico-social para sua ruptura.

Já para Schmitt a *constituição em sentido positivo* surge como ato do poder constituinte. Esse ato constitui a forma e o modo da unidade política, cuja existência é anterior; é uma decisão consciente (do povo) que a unidade política, por meio do titular do poder constituinte (o povo), adota por si e para si.

A constituição, aqui, vale em virtude da vontade política existencial daquele que a adota.

O *conceito positivo* entende a constituição como decisão de conjunto sobre o modo e a forma da unidade política. É aqui que Schmitt (2015) trata de sua especial contribuição à teoria constitucional. Afirmar ele que somente é possível um conceito de constituição quando se distingue entre constituição e lei constitucional.

7 “Não é a vontade dos diferentes legisladores que consegue que as normas da Constituição sejam acatadas, que se afirme o Estado como unidade política de ação estabelecida por ela, e seja assumido responsabilmente, mas, sim, que, ademais, o acordo dos progenitores da Constituição tem que se perpetuar, por princípio, entre aqueles que posteriormente hão de viver sob ela. Isso depende de que a ordem positivada nela, e por ela se considere moralmente reta, ordem legítima, e exiba à sua volta efeitos integradores” (HESSE, 1991, p. 25).

8 Disponível em: <<http://epoca.globo.com/politica/noticia/2016/12/afastamento-de-renan-surpreende-ministros-do-supremo.html>>; <<http://oglobo.globo.com/brasil/fux-concede-liminar-para-que-projeto-anticorruptao-volte-para-camara-20649412>>. Acesso em: 7 jan. 2017.

• FERNANDO NATAL BATISTA

A distinção entre constituição e lei constitucional somente é possível porque a essência da constituição não está contida em uma lei ou em uma norma. No fundo de toda normatização, reside uma decisão política do titular do poder constituinte, quer dizer, do povo na democracia, do monarca na monarquia autêntica.

Assim, no caso da Constituição de Weimar, são decisões políticas fundamentais: a decisão em favor da democracia, a decisão em favor da república, a decisão em favor do Estado federal, a decisão em favor do regime parlamentar-representativo, a decisão em favor do Estado burguês de direito com seus princípios: direitos fundamentais e divisão de poderes.

A teoria da constituição, portanto, dentro do pensamento schmittiano, é a teoria daquilo que forma o Estado soberano, isto é, da unidade política de um povo, consubstanciada nos princípios *da identidade e da representação*.

A identidade<sup>9</sup> de um povo justifica a formação de um Estado por meio do poder constituinte, buscando a sua unidade política que, por representação, deverá ser mantida.

Democracia é, para Schmitt (2015), identidade entre dominadores e dominados<sup>10</sup>, entre governantes e governados, entre os que mandam e os que obedecem. Essa definição decorre da igualdade substancial, que é requisito essencial da democracia representativa schmittiana.

Tem-se, portanto, que para Schmitt a democracia se traduz na convergência da unidade volitiva dos representados na personificação de um representante majoritariamente escolhido. O poder do Estado emana do povo na democracia<sup>11</sup> e aquele que governa só o é porque tem a confiança do povo para governar.

A representação<sup>12</sup>, como se pode extrair, não é um fenômeno normativo, mas algo existencial, pertencente ao sistema político, o qual se manifesta na esfera do público, sendo mais bem explicado por Schmitt (1998) na obra *Catolicismo romano e forma política*.

Para ele, a representação implica um movimento de mediação entre esse princípio ideal (a unidade política), que excede a experiência empírica, e a realidade concreta

9 “No hay, pues, ningún Estado sin representación, porque no hay ningún Estado sin forma política, y a la forma le corresponde esencialmente la representación de la unidad política. [...] De igual manera, no hay ningún Estado sin elementos estructurales del principio de identidad” (SCHMITT, 2015, p. 207).

10 “La simultaneidad de dominadores y dominados, de gobernantes y gobernados, significa una vinculación de ambos principios: representación e identidad, sin los que es imposible un Estado” (SCHMITT, 2015, p. 215).

11 “Democracia es una dominación del Pueblo sobre sí mismo” (SCHMITT, 2015, p. 231).

12 Para Schmitt (1998, p. 209), “representar quer dizer tornar visível e atualizar um ser invisível através de um ser publicamente presente. A dialética do conceito está em que o invisível é pressuposto como ausente e, no entanto, ao mesmo tempo, se torna presente”.

(o poder de decidir), presentificado na figura do líder majoritária e democraticamente aclamado por identificação popular.

Todavia, em cenários políticos fragmentados, construídos no solo arenoso da polarização ideológica e, ainda, profícuo em representantes sem carisma e incapazes de agregar coalizões perenes, como presentemente se sucede no Brasil, não há espaço fértil para o florescimento do ideário schmittiano, mormente porque, em razão do estado de permanente desconfiança e descrença popular, não há a personificação da unidade da vontade do povo, fomentando assim, continuamente, a luta de forças entre a tríade dos poderes constituídos.

### 3. O surgimento e a evolução clássica da *doctrine of political questions*

A doutrina das questões políticas, como rememora Schwartz (1966)<sup>13</sup>, surgiu, pela primeira vez, no ordenamento jurídico anglo-saxão, em 1460, quando um tribunal inglês se recusou a apreciar um pedido formulado pelo duque de York, que pretendia assegurar o seu direito à sucessão do trono bretão.

Sua delimitação, contudo, nos termos que atualmente conhecemos, é fruto do emblemático julgamento realizado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, no caso *Marbury vs. Madison*, cujas balizas foram simultaneamente erigidas com a doutrina da supremacia constitucional, razão pela qual a decisão do *chief of justice* Marshall (1997) é tão importante para a caracterização das atribuições do Poder Judiciário e para o reconhecimento de sua vital importância no arranjo das funções do Estado de direito.

No delineamento de sua doutrina, Marshall (1997) partiu da ideia de que a Constituição confere ao titular do Poder Executivo certas *atribuições políticas dotadas de discricionariedade*, por conseguinte os atos que ele pratica no exercício dessas atribuições não estão sujeitos ao exame judicial, porque dizem respeito a assuntos de interesse da nação.

Seu pensamento, dada a sua importância histórica, restou assim sintetizado:

[...] o tribunal só tem competência para decidir acerca de direitos individuais; jamais para examinar como o Executivo ou os funcionários executivos desempenham seus deveres em tudo a

13 “A relutância dos tribunais americanos em tratar dessas chamadas ‘questões políticas’ é, deve-se notar, partilhada pelos tribunais dos países de Direito Consuetudinário desde tempos remotos. Em 1460, o Duque de York moveu um processo para que ele fosse declarado como legítimo herdeiro do trono. Mas os juizes decidiram que ‘não ousavam entrar no trato de tal questão, pois compete ao senhor de sangue real e dono dessas terras tomar conhecimento e intrometer-se em tais assuntos’. Desde essa época, os tribunais anglo-americanos se têm recusado a exercer jurisdição em casos em que percebem que o exercício do poder judiciário é inadequado” (SCHWARTZ, 1966, p. 194).

• FERNANDO NATAL BATISTA

que se aplica a faculdade discricionária. Questões por sua natureza política, ou submetidas ao nuto do Executivo pela Constituição e pelas leis, nunca poderão ser ventiladas neste Tribunal (MARSHALL, 1997, p. 18).

Delimitadas as suas balizas históricas, pode-se dizer, resumidamente, que a doutrina das questões políticas, como teoria de autocontenção judiciária (*judicial self-restraint*), tem como finalidade tornar determinadas áreas de atuação política estatal *infensas* à tutela normativa do Judiciário, retirando-as do âmbito de conhecimento das instâncias jurisdicionais, segundo a justificativa de que sua resolução é mais adequada pelos ramos políticos<sup>14</sup>. Traduz, portanto, uma ideia de imunidade judiciária dos atos do poder político, praticados no exercício *da atividade estrita* de governo, todavia, desde a sua concepção, reconhece-se um *limite* à liberalidade envolvendo a temática “questão política”: os *direitos individuais*.

O melhor exemplo dessa afirmação, inclusive, por sua manifesta atualidade, foi o julgamento da ADPF 378/DF, no qual o Poder Judiciário (STF), no âmbito de um processo político de impedimento presidencial, afirmou que a atuação judicial se encontra plenamente justificada na garantia do devido processo legal da denunciada, devendo a casa legislativa, durante o procedimento de *impeachment*, observar os direitos e as garantias da acusada, especialmente os princípios da legalidade, do contraditório e da ampla defesa, previstos pela Constituição da República e pela Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica).

A proposta dessa doutrina de autocontenção judicial, portanto, é estabelecer, dentro do arranjo da teoria da separação dos poderes, a possibilidade de excluir determinadas matérias de natureza política, inerentes à condução da governança estatal do julgo dos tribunais, desde que não viole direitos individuais fundamentais.

O empoderamento do Judiciário, ao exercer o controle de constitucionalidade, com poderes para negar efeito a ato jurídico do Executivo e do Legislativo, é ferinamente criticado por Maus (1999):

Quando a justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social – controle ao qual normalmente se deve subordinar toda instituição de Estado em uma forma de organização política democrática.

14 “The political branches may successfully police themselves by obeying judicially unenforceable constitutional provisions. Indeed, some scholars argue, the political branches may have institutional advantages that make them better suited to apply certain constitutional provisions than the judiciary” (SIEGEL, 2004).

No domínio de uma Justiça que contrapõe um direito “superior”, dotado de atributos morais, ao simples direito dos outros poderes do Estado e da sociedade, é notória a regressão a valores pré-democráticos de parâmetros de integração social.

Concluindo, as decisões de conteúdo político têm fomentado questionamentos sobre a legitimidade do poder judicial para deliberar sobre aspectos próprios do cotidiano dos ramos políticos, mormente porque, sopesado o acompanhamento das Cortes Supremas, a sua aplicação ou supressão não possui ainda critérios claros de aferição.

#### 4. A doutrina das questões políticas à luz da Suprema Corte dos Estados Unidos: apontamentos sobre alguns dos casos emblemáticos

Segundo Cole (2014), pesquisador e advogado legislativo do Congresso norte-americano, a origem da doutrina pode ser atribuída à opinião do *chief justice* Marshall (1997) no caso *Marbury vs. Madison*, ao elaborar uma distinção entre casos em que o presidente e seus agentes exercem poderes puramente políticos e aqueles nos quais exercem deveres específicos cometidos pelo direito. Somente neste último caso, o agente público é juridicamente responsável por sua conduta.

Posteriormente, como rememora Souto (2015), a Suprema Corte dos Estados Unidos, inúmeras vezes, declarou a insindicalidade das questões políticas. De acordo com Teixeira (2016), entre as matérias consideradas pela Suprema Corte não sujeitas ao controle judicial podem ser apontadas as seguintes: 1. medidas implementadas pelo presidente, destinadas a debelar uma insurreição; 2. adequação à forma republicana de governo de disposições da Constituição de um Estado; 3. garantia de soberania sobre águas territoriais; 4. atos do presidente praticados na condição de chefe das Forças Armadas e condutor das relações exteriores; 5. determinação da periculosidade de uma pessoa para fins de deportação; e 6. ato declaratório de cessação do estado de guerra.

Atualmente, a aplicação moderna da *political questions doctrine* deriva do precedente firmado em *Baker vs. Carr*<sup>15</sup> no qual a Suprema Corte norte-americana delineou que 1. é a relação existente entre o Judiciário Federal e os demais poderes da União que dá ensejo à exceção de “questão política”, e não há relação entre o Judiciário Federal e os

15 Disponível: <<https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/369/186>>. Acesso em: 14 mar. 2017.

Estados (*horizontalidade do controle judicial*); e 2. a “questão política” diz respeito à garantia constitucional da separação de poderes.

Ao fixar que está fora do âmbito da doutrina a relação vertical de poderes entre os entes federativos, a Suprema Corte dos Estados Unidos admitiu a sua competência para decidir pedido de declaração de inconstitucionalidade da reforma de Constituição estadual. Com isso, mudou sua anterior jurisprudência, segundo a qual não lhe competia dizer se a Constituição de um Estado contrariava ou não a forma republicana de governo adotada pelos Estados Unidos. Enfim, para efeito de preservar o princípio da supremacia da Constituição Federal, *questões estaduais de natureza política passaram a ser admitidas na jurisdição da Suprema Corte norte-americana*.

Posteriormente, em novos casos, como informa Souto (2015), o Tribunal restringiu sua atuação em matérias que, segundo a sua convicção, seriam de cunho eminentemente político, evitando nelas intervir: 1. questões de política exterior (*Goldwater vs. Carter*); 2. assuntos militares (*Gilligan vs. Morgan*); 3. convenções partidárias (*O'Brien vs. Brown*); e 4. *Impeachment* (*Nixon vs. United States*), oportunidade em que a Suprema Corte textualmente afirmou que a doutrina da questão política é essencialmente uma função da separação dos poderes, existente para conter tribunais de interferência indevida no negócio dos outros ramos do governo e deriva, em grande parte, das preocupações de prudência sobre o respeito que se deve ter com os ramos políticos.

No caso *Webster vs. Doe*, o *justice Scalia*<sup>16</sup> citou expressamente a doutrina da questão política para justificar o argumento de que nem todas as violações constitucionais devem ser remediáveis nos tribunais.

Há, todavia, casos emblemáticos em que a Suprema Corte adotou a teoria da supremacia constitucional em detrimento da doutrina de autocontenção.

Em *Roe vs. Wade*<sup>17</sup>, julgado em 1973 pelo *chief of justice Warren Burger*, firmou-se o entendimento de que as leis contra o aborto nos Estados Unidos violavam o direito constitucional à privacidade, garantido sob a cláusula do *devido processo legal* da “14<sup>a</sup> emenda” da Constituição. A decisão obrigou a modificação de todas as leis federais e estaduais que proscreviam ou restringiam o aborto e que eram contrárias a ela.

Pode-se citar, ainda, o caso *Bush vs. Gore* (2000), no qual a Suprema Corte dos Estados Unidos suspendeu a decisão do Tribunal da Flórida, no dia 12 de dezembro, com os votos dos *justices Rehnquist, O'Conor, Scalia, Kennedy e Thomas* formando a

16 “In *Webster v. Doe*, the Court’s conclusion that the CIA Director’s decision to fire an employee was judicially reviewable led Justice Scalia to observe that “the assumption that there are any executive decisions that cannot be hauled into the courts may no longer be valid” (BARKOW, 2002).

17 Disponível em: <[https://pt.wikipedia.org/wiki/Caso\\_Roe\\_contra\\_Wade](https://pt.wikipedia.org/wiki/Caso_Roe_contra_Wade)>. Acesso em: 12 mar. 2017.

maioria. Para a Suprema Corte, a recontagem de votos seria uma negação da proteção igualitária das leis. Para o professor Posner (2001)<sup>18</sup> (Chicago Law School), a decisão da maioria da Corte foi acertada porque uma recontagem poderia ter levado à eleição de Gore e gerado uma crise institucional no país. Ainda segundo Posner (2001), até a nomeação de Gore estaria ameaçada, pois, dependendo do modo como a Lei Eleitoral fosse interpretada, o Congresso poderia ter de decidir a questão.

Bickel (1986), por sua vez, ao escrever a obra doutrinária *The last dangerous branch*, enunciou outra teoria similar, a partir de estudos dos julgamentos do *chief of justice* Marshall (1997), batizada como as “virtudes passivas” do Judiciário. Entendia o jurista que a doutrina da questão política permitia aos tribunais declinar do julgamento de um caso por razões de prudência, pois as decisões judiciais tomadas em sede de controle de constitucionalidade correm o risco de legitimar políticas sem princípios ou prejudiciais ao Estado.

O saudoso professor da Yale Law School, ao discorrer sobre a doutrina das *passive virtues*, aconselhava os tribunais a evitar transformar conflitos jurídicos em conflitos políticos e constitucionais, na tentativa de proteger a legitimidade de seus julgados, pois, segundo ele, a intervenção permanente do Poder Judiciário em matérias de viés nitidamente político poderia inevitavelmente enfraquecer ou até mesmo subtrair a legitimidade e a credibilidade de suas decisões (BICKEL, 1961).

Todavia, a partir do julgamento do caso *Zivotofsky vs. Clinton*<sup>19</sup>, verifica-se a tendência de queda da doutrina da questão política, revelando que a Suprema Corte dos Estados Unidos tem adotado a visão de que, sozinha entre os três ramos do governo, tem o poder<sup>20</sup> e competência para fornecer o significado substantivo de todas as disposições constitucionais.

Como nos adverte a professora da NYU Law School Barkow (2002), o desaparecimento gradual da doutrina da questão política é parte integrante dessa nova tendência da Suprema Corte (*the new judicial supremacy*) de se recusar a conceder deferência

18 “Had Gore been declared the winner on the basis of the recount ordered by the Florida court on December, he would have owed his victory to legal error, whether or not it was a legal error that the U.S. Supreme Court should have corrected. The result of the Supreme Court’s intervention was, therefore, at the least, rough justice; whether it was legal justice is the question I have left for another occasion” (POSNER, 2001).

19 Disponível em: <<https://www.supremecourt.gov/Search.aspx?FileName=/docketfiles/10-699.htm>>. Acesso em: 14 mar. 2017.

20 Justice Roberts: “We disagree. The courts are fully capable of determining whether this statute may be given effect, or instead must be struck down in light of authority conferred on the Executive by the Constitution. [...] Resolution of Zivotofsky’s claim demands careful examination of the textual, structural, and historical evidence put forward by the parties regarding the nature of the statute and of the passport and recognition powers. This is what courts do. The political question doctrine poses no bar to judicial review of this case”. Disponível em: <[https://scholar.google.com/scholar\\_case?case=8709202503764337769&hl=en&as\\_sdt=2&as\\_vis=1&oi=scholarr](https://scholar.google.com/scholar_case?case=8709202503764337769&hl=en&as_sdt=2&as_vis=1&oi=scholarr)>. Acesso em: 15 mar. 2017.

interpretativa aos outros demais ramos do poder. A doutrina da questão política, de fato, encontra resistência com o atual lugar do poder judicial na estrutura constitucional.

## 5. A doutrina das questões políticas à luz do Supremo Tribunal Federal da República Federativa do Brasil

Historicamente, a doutrina da questão política foi inaugurada em nosso ordenamento no julgamento do HC n. 300/DF<sup>21</sup>, impetrado por Rui Barbosa, no ano de 1892, perante o STF, tendo sido considerada, pela doutrina nacional, a primeira decisão do tribunal num caso político de grande repercussão.

Como é sabido, Rui Barbosa impetrou o remédio constitucional em favor do senador Almirante Eduardo Wandenkolk e de outros cidadãos, indiciados por crimes de sedição e conspiração, presos em virtude de decretos expedidos pelo vice-presidente da República marechal Floriano Peixoto, na função de presidente.

Tais atos determinaram a suspensão das garantias constitucionais, decretando-se o estado de sítio no Distrito Federal.

Fundamentou o pedido na inconstitucionalidade do estado de sítio e na ilegalidade das prisões ocorridas, umas antes de decretado o estado de sítio, outras, depois de terminada a sua vigência, quando devem imediatamente ser restabelecidas as garantias constitucionais.

Todavia, o pedido foi negado por dez votos a um; o voto divergente foi do ministro Pisa e Almeida, a concedê-lo.

De 1937 a 1946 (vigência da Constituição polaca), a atuação do Judiciário foi reduzida com o fortalecimento institucional do Poder Executivo.

Entretanto, o STF, na última década, tem atuado *ativamente no tocante ao controle judicial das questões políticas*, nas quais se observa violação às normas e preceitos constitucionais. Os diversos casos levados recentemente ao Pretório Excelso envolvendo atos das comissões parlamentares de inquérito corroboram essa afirmação, destacando-se, ainda, que o controle judicial da atividade política pelo STF tem sido exercido, em sede de jurisdição constitucional, por meio de ADI, ADPF e, preponderantemente, em sede de mandado de segurança, talvez porque a premência da resolução das questões políticas necessita de atuação imediata da Suprema Corte.

21 Acórdão proferido pelo STF no julgamento do HC n. 300/DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico/anexo/HC300.pdf>>. Acesso em: 3 mar. 2017.

Com efeito, analisando a jurisprudência atual do STF, observa-se que a nossa Suprema Corte tem uma postura muito menos conservadora que a sua coirmã norte-americana, talvez porque na nossa Carta Constitucional tenha expressamente consagrado o princípio da inafastabilidade de jurisdição.

Assim, alternando momentos de maior e menor ativismo judicial, o STF, ao longo de sua história, tem entendido que a discricionariedade das medidas políticas *não impede o seu controle judicial*, desde que haja violação a direitos assegurados pela Constituição.

Mantendo essa postura, o STF, na última década, *tem atuado ativamente no tocante ao controle judicial das questões políticas*, nas quais, segundo o seu entendimento, observa violação à Constituição.

Exemplificadamente, passa-se ao exame dos seguintes e emblemáticos precedentes:

- ADPF 378/DF (relator para acórdão: ministro Barroso): definiu o rito do processo político de afastamento da presidente da República, a cargo do Congresso Nacional. O STF decidiu que o Senado Federal poderia reavaliar o recebimento da denúncia de *impeachment* anteriormente realizado pela Câmara dos Deputados e não recebê-la. Decidiu-se, também, que as votações do *impeachment* deveriam ser abertas. A favor da votação secreta pesou o argumento de que a Constituição não regulava o assunto e o Regimento Interno da Câmara estabelecia apenas que as votações para a composição da Mesa Diretora e das comissões, especiais ou permanentes, deveriam ser secretas, havendo, portanto, um silêncio normativo. O ministro Dias Toffoli foi o defensor mais veemente dessa posição. Para ele, a alteração significava a interferência do Judiciário no Legislativo.
- MS 34.070/DF (relator: ministro Gilmar Mendes): cuidava-se do emblemático mandado de segurança impetrado, em caráter coletivo por partidos políticos, contra o ato de nomeação de Luiz Inácio Lula da Silva para o cargo de ministro-chefe da Casa Civil do governo Dilma Rousseff.

O relator, naquela oportunidade, asseverou, ao admitir a impetração do mandado de segurança por partidos políticos, que a oposição tinha claro interesse em levar ao Judiciário atos administrativos de efeitos concretos lesivos a direitos difusos, tratando-se o *mandamus* de uma via de defesa ordem constitucional que pode ser validamente aceita.

Fundamentou, ainda, que nenhum chefe do Poder Executivo, em qualquer de suas esferas, é dono da condução dos destinos do país; na verdade, segundo o ministro Gilmar Mendes, ostenta papel de simples mandatário da vontade popular, a qual deve

ser seguida em consonância com os princípios constitucionais explícitos e implícitos, entre eles a probidade e a moralidade no trato do interesse público *lato sensu*.

E concluiu que o princípio da moralidade pauta qualquer ato administrativo, inclusive a nomeação de ministro de Estado, de maneira a impedir que sejam conspurcados os predicados da honestidade, da probidade e da boa-fé no trato da *res publica*, pois, apesar de ser atribuição privativa do presidente da República a nomeação de ministro de Estado (art. 84, I, da CF/88), o ato que visa ao preenchimento de tal cargo deve passar pelo crivo dos princípios constitucionais, mais notadamente os da moralidade e da impessoalidade (interpretação sistemática do art. 87 c/c art. 37, II, da CF/88).

## 6. A contextualização da primazia constitucional no atual cenário brasileiro: a politização do Judiciário

O dirigismo constitucional, idealizado e defendido pelo professor Canotilho (2003), na obra *Constituição dirigente e vinculação ao legislador*, originariamente publicada no ano de 1982, permeou os trabalhos de Assembleia Nacional Constituinte, instalada em 1º de fevereiro de 1987, tendo sido incorporado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Na citada obra, em apertada síntese, o constitucionalista de Coimbra defendeu uma proposta normativa da Constituição, conferindo-lhe a possibilidade de construir um Estado de dirigismo social.

Embora o mestre lusitano tenha sustentado em sua citada obra que o dirigismo constitucional não tem como escopo anular o debate político, apenas limitado às normas programáticas estabelecidas pela Constituição.

Nesse cenário, em que os órgãos deliberativos e políticos atuam na escolha de prioridades de governo, no âmbito de suas competências, o Judiciário é chamado apenas para controlar a licitude de atuação dos demais órgãos estatais.

E, apesar das críticas, mormente em cenários cindidos como o brasileiro, vale frisar, o processo político é o espaço próprio para a promoção das políticas públicas. E a retirada da deliberação sobre políticas públicas do âmbito do processo político, sob o prisma do pensamento schmittiano, já analisado neste ensaio no evolucionismo semântico das cartas constitucionais, implicaria inegável supressão da orientação de governo escolhida pelos cidadãos, após o processo eleitoral, derruindo a representatividade democrática.

Todavia, o que se vê, empiricamente, mormente no contexto brasileiro, é um empoderamento, sem controle, do ativismo judicial, porquanto o Judiciário passou, no exercício da interpretação constitucional, a atuar concretamente como colegislador e, também, como administrador público de fato.

O debate político foi suplantado pelo controle constitucional contra majoritário, e, em que pese a gravidade dessa assertiva, tal afirmação, destaca-se, não é dissociada de fundamentos e fatos.

Com efeito, por várias vezes – e publicamente – os ministros do STF têm declarado a legitimidade do Poder Judiciário não somente como protagonista do processo legislativo, como também apto e legitimado para ordenar a consecução de políticas públicas, primordialmente atribuídas à administração, mas também para reformar atos de gestão praticados pelo Poder Executivo.

E, aqui, diga-se que não se trata, de modo algum, de uma crítica ao *judicial review*, mas aos excessos ideológicos praticados que interferem no concerto das funções estatais. Nesse viés, o STF cada vez mais revela negativamente seu papel político, pois, em suas recentes manifestações, as deliberações proferidas em casos emblemáticos (MS 34087/DF e ADPF 403/DF) têm demonstrado sua nítida inclinação política e revelado um corpo de magistrados muito mais preocupado com a opinião pública do que com as consequências práticas de suas decisões.

Cabe transcrever, ainda, a crítica do constitucionalista espanhol Verdú (1994)<sup>22</sup>, ao afirmar que o monopólio do conceito e da prática da Constituição pelos tribunais constitucionais conduz, às vezes, a que estes não se limitem a defender e a interpretar, como instância máxima, a Lei Fundamental, senão a assenhorá-la, ou seja: “não se reduzem a ser o Hüter da Constituição, senão o Herr dela”.

Nesse prisma, Bercovici (2003) rememora a lição profética de Schmitt, ao afirmar que o controle judicial de constitucionalidade conduz à indevida politização das Cortes:

Carl Schmitt entende que o controle judicial de constitucionalidade só poderia existir em um Estado Judicialista (*Justizstaat* ou *Jurisdiktionsstaat*), em que toda a vida política fosse submetida ao controle dos tribunais. A consequência disto não seria a judicialização da política, mas a politização da justiça (“*nicht etwa eine Juridifizierung der Politik, sondern eine Politisierung der Justiz*”).

22 “Agora bien, prescindiendo de que los trasplantes de instituciones no son siempre acertados, el monopolio del concepto y de la práctica de la Constitución por los Tribunales Constitucionales, conduce, a veces, a que estos no se limiten a defender y a interpretar, como instancia máxima, la Ley Fundamental sino a enseñorearla. Expresándolo en términos alemanes: no se reducen a ser el Hüter de la Constitución, sino el Herr de la misma” (VERDÚ, 1994, p. 109). Disponível em: <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/viewFile/3299/3140>>.

Pode-se citar como ilustração acerca da indevida politização do STF a proliferação de decisões singulares de cunho eminentemente político e, por vezes, até sem fundamento jurídico, como a emblemática decisão monocrática proferida pelo ministro Marco Aurélio de Mello, nos autos do MS 34087 MC/DF<sup>23</sup>, que, ao cassar o ato político do presidente da Câmara dos Deputados, determinou a abertura de processo de impedimento do então vice-presidente da República (sem previsão constitucional<sup>24</sup>) e, ainda, a instalação de comissão parlamentar da formação de culpa.

Outro bom exemplo de imiscuidade do STF foi também a decisão monocrática emanada pelo ministro Marco Aurélio de Mello, nos autos da ADPF 403/DF, que, em sede de liminar, afastou o senador Renan Calheiros da função de presidente do Senado Federal.

Tais decisões, sempre contextualizadas no âmbito do *judicial review*, tendo a Constituição como fonte (de transferência) de poder, *data máxima vênia*, não somente desestabilizam o cenário econômico-político nacional, como também revelam a ânsia de protagonismo político pela Corte Suprema, gerando, inclusive, até críticas internas de outros membros da instituição<sup>25</sup>, deteriorando ainda mais a já combalida estabilidade política nacional.

## 7. Apontamentos conclusivos

O desaparecimento da doutrina da questão política é parte integrante dessa nova tendência verificada tanto na Suprema Corte norte-americana quanto na brasileira, de se recusar a conceder deferência interpretativa aos demais ramos do poder, razão pela qual a doutrina da questão política hodiernamente está sendo cada vez mais excepcionalmente aplicada, dado o novo entendimento das Cortes sobre o atual do lugar do Poder Judiciário na estrutura constitucional republicana.

23 Transcreve-se o dispositivo: “3. Ante o quadro, defiro parcialmente a liminar para, afastando os efeitos do ato impugnado, determinar o seguimento da denúncia, vindo a desaguar na formação da Comissão Especial, a qual emitirá parecer, na forma dos artigos 20, cabeça, da Lei n.º 1.079/1950 e 218, § 5º, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados”.

24 Artigo 2º da Lei n. 1.079/50: “Os crimes definidos nesta lei, ainda quando simplesmente tentados, são passíveis da pena de perda do cargo, com inabilitação, até cinco anos, para o exercício de qualquer função pública, imposta pelo Senado Federal nos processos contra o Presidente da República ou Ministros de Estado, contra os Ministros do Supremo Tribunal Federal ou contra o Procurador Geral da República”. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L1079.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1079.htm)>. Acesso em: 13 mar. 2017.

25 Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/gilmar-ironiza-decisao-de-marco-aurelio-sobre-impeachment-de-temer-1-19022219>>; <<http://politica.estadao.com.br/blogs/eliane-cantanhede/gilmar-liminar-foi-ilegal/>>. Acesso em: 25 fev. 2017.

Percebe-se que o critério da violação ao princípio da separação dos poderes e às garantias individuais tem-se revelado como parâmetro interpretativo aberto, de grande aferição subjetiva, o que, na verdade, tem legitimidade, impropriamente, a atuação política das atuais Cortes Supremas.

Seria a Constituição, portanto, nesse contexto, metaforicamente, a quimera indômita dos Estados Sociais-Democráticos de Direito?

Embora, por óbvio, não apresente um corpo de leão e cabeças de cabra e dragão, as constituições ocidentais, de natureza contratualista, sempre objetivaram formal e materialmente estabelecer o exercício do poder estatal, de modo que, como afirma Vesting (2015, p. 179), “quanto mais a validade do direito era ligada ao poder, mais claramente colocava-se, em contrapartida, a questão do que o distinguia”.

Com efeito, por mais que se tente negar, o direito e o poder se coincidem no ponto mais elevado da hierarquia das fontes, que é a Constituição, logo, a sua verdadeira essência e precípua finalidade, parafraseando Schmitt (2015), “não era senão a expressão da autoridade decisória” (VESTING, 2015, p. 179).

Assim, por gerir um monstro de três cabeças, ansioso por demonstração de poder, a Constituição sempre será a fonte de legitimação de excessos e abusos pelos poderes estatais em democracias frágeis.

O problema real se materializa, tal como previsto por Schmitt (2005), em cenários de instabilidade política e fraqueza do Executivo, em que transparece a busca do protagonismo pelo Judiciário que, ao invocar o texto constitucional como fonte legitimadora de atuação e legitimidade, passa a se imiscuir ideologicamente, com nítido despreparo, nas questões políticas de gestão do Estado, abdicando de sua natural função de mediador institucional, para tão somente deteriorar ainda mais a estabilização do sistema jurídico, político e econômico de um país.

## THE CONSTITUTION AS A SOURCE OF POWER: BRIEF NOTES ON THE JUDICIAL CONTROL OF POLITICAL ACTIVITY BY THE CONSTITUTIONAL JURISDICTION

### REFERÊNCIAS

ACÓRDÃO proferido pelo STF no julgamento do HC n. 300/DF. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStf/julgamentoHistorico/anexo/HC300.pdf>>. Acesso em: 3 mar. 2017.

• FERNANDO NATAL BATISTA

BARKOW, R. E. More Supreme than Court? The fall of the political question doctrine and the rise of judicial supremacy. *Columbia Law Review*, v. 102, n. 2, p. 237-336, 2002.

BERCOVICI, G. Carl Schmitt, o Estado total e o guardião da Constituição. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, 2003. Disponível em: <<http://esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/viewFile/30/31>>. Acesso em: 25 fev. 2017.

BICKEL, A. Foreword: the passive virtues. 1961. Disponível: <[http://digitalcommons.law.yale.edu/fss\\_papers/3968](http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/3968)>. Acesso em: 14 fev. 2017.

BICKEL, A. *The last dangerous branch: the Supreme Court at the Bar of Politics*. 2. ed, New York: Vail-Ballou Press, 1986.

CANOTILHO, J. J. G. *A Constituição dirigente e a vinculação do legislador*. Coimbra: Almedina, 2003.

COLE, J. P. The political question doctrine: justiciability and the separation of powers. Congressional Reserch Service Reports, 2014.

DALLARI, D. de A. *Elementos de teoria geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 1995.

GRIMM, D. *Constituição e política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GRIMM, D.; MOHNHAUPT, H. *Constituição - história do conceito desde a Antiguidade até nossos dias*. Belo Horizonte: Livraria Tempus, 2012.

HESSE, K. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 1991.

KELSEN, H. *A jurisdição constitucional in Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LASSALE, F. *A essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

MARSHALL, J. *Decisões constitucionais de Marshall*. Tradução Américo Lobo. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

MAUS, I. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã. Tradução Martonio Lima e Paulo Albuquerque. *Estudos em Avaliação Educacional Fundação Carlos Chagas*, n. 20, jul./dez. 1999.

NOGUEIRA, R. Rui Barbosa e o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/181229/000390169.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 17 jun. 2016.

POSNER, R. A., Bush v. Gore: prolegomenon to an assessment, 68. *University of Chicago Law Review*, v. 719, 2001.

SCHMITT, C. *Catolicismo romano e forma política*. Prefácio, tradução e notas de A. F. de Sá. Lisboa: Hugin, 1998.

SCHMITT, C. *Teoría de la constitución*. Madrid: Alianza Editorial, 2015.

SCHWARTZ, B. *O direito constitucional americano*. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

SHAPIRO, M. Political jurisprudence. *Berkeley Law Journal*, v. 294, 1963.

SIEGEL, J. R. Political questions and political remedies. *GW Law Faculty Publications & Other Works*, 2004.

SIEYÉS, E. J. *A constituinte burguesa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SOUTO, J. C. *Suprema Corte dos Estados Unidos - principais decisões*. São Paulo: Atlas, 2015.

TEIXEIRA, J. E. M. T. A doutrina das questões políticas no Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/87028/207682.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 18 maio 2016.

VERDÚ, P. L. *La Constitución em la encrucijada (Palingenesia Iuris Politici)*. Madrid: Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1994.

VESTING, T. *Teoria do direito: uma introdução*. São Paulo: Saraiva, 2015.

WAHL, R. O primado da Constituição. *Revista da Ordem dos Advogados*, n. 47, 1987.

WALDRON, J. The core of the case against judicial review. *The Yale Law Journal*, n. 115, p. 1346-1406, 2006.