



**UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO**

ÍCARO DA SILVA BORGES CAMPOS

**CONTROLE JURISDICIONAL DE QUESTÕES POLÍTICAS NO
ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO:
UMA REVISÃO DA DOUTRINA DAS QUESTÕES POLÍTICAS**

Salvador
2019

ÍCARO DA SILVA BORGES CAMPOS

**CONTROLE JURISDICIONAL DE QUESTÕES POLÍTICAS
NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO:
UMA REVISÃO DA DOUTRINA DAS QUESTÕES POLÍTICAS**

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da
Universidade Federal da Bahia, como requisito
parcial para a obtenção do grau de Bacharel em
Direito.

Orientador: Prof. Dr. Fábio Periandro de Almeida
Hirsch

Salvador
2019

TERMO DE APROVAÇÃO

ÍCARO DA SILVA BORGES CAMPOS

CONTROLE JURISDICIONAL DE QUESTÕES POLÍTICAS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO:

UMA REVISÃO DA DOUTRINA DAS QUESTÕES POLÍTICAS

Monografia apresentada ao curso de Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Aprovada em: _____ de _____ de _____.

Fábio Periandro de Almeida Hirsch – Orientador _____
Doutor em Direito pela Universidade Federal da Bahia
Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia
Professor Assistente de Direitos Fundamentais e Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.

Carlos Eduardo Behrmann Rátis Martins _____
Doutor em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa
Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade de Lisboa
Professor Assistente de Direito Constitucional e Direito da Educação da Faculdade de Direito de Universidade Federal da Bahia.

Felipe Jacques Silva _____
Doutorando em Direito pela Universidade Federal da Bahia
Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia
Professor Substituto de Hermenêutica Jurídica e Sociologia Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.

RESUMO

A presente monografia busca fazer uma revisão da doutrina das questões políticas à luz do que desde sempre se consignou como questão política a partir do emblemático julgado do caso *Marbury vs. Madison*. Tentou-se visualizar os limites da prestação jurisdicional de questões políticas. Nesse diapasão, se examinou neste trabalho a construção jurisprudencial norte-americana acerca do tema, a fim de se extrair os principais aspectos em que se amparou a Suprema Corte dos Estados Unidos ao longo dos últimos dois séculos. Buscou-se, outrossim, recolocar tais pontos levantados sob o feixe do moderno pensamento constitucional alemão que muito tem inspirado a jurisdição constitucional brasileira. Assim, à medida que atualizamos a discursão engendrada pela doutrina das questões políticas, concretizamos a proposição inicial. Com o fito de aprofundar a atualização, buscamos também analisar a atual jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca das factuais questões políticas, bem como de políticas públicas, que não deixam de sê-las. No que se refere às políticas públicas, o nosso recorte pautou-se em reflexões e propostas contemporâneas sobre a matéria no contexto do Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: doutrina das questões políticas; autocontenção judicial; limites ao controle jurisdicional; jurisdição constitucional.

ABSTRACT

The present study seeks to review the political question doctrine in the light of what has always been considered a political issue from the emblematic judgment of the *Marbury v. Madison*. An attempt has been made to visualize the limits of the judicial provision of political issues. In this diapason, this study examined the American jurisprudential construction on the subject, to extract the main aspects that supported the United States Supreme Court over the last two centuries. It was also sought to reposition these points raised under the beam of modern German constitutional thinking that has long inspired Brazilian constitutional jurisdiction. Thus, as we update the discourse engendered by the political question doctrine, we realize the initial proposition. In order to deepen the update, we also seek to analyze the current jurisprudence of the Federal Supreme Court of Brazil about the factual political issues, as well as public policies, which are nonetheless. Regarding public policies, our focus was on contemporary reflections and proposals on the subject in the context of the Democratic state.

Keywords: political question doctrine; judicial self-restraint; limits on jurisdictional control; constitutional jurisdiction.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 A DOCTRINA DAS QUESTÕES POLÍTICAS.....	7
2.1 ORIGEM NO CONSTITUCIONALISMO NORTE-AMERICANO: <i>MARBURY V. MADISON</i>	7
2.2 CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL NORTE-AMERICANA AO LONGO DOS SÉCULOS XIX E XX	9
2.3 A QUESTÃO POLÍTICA	12
2.4 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES: DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.....	15
2.5 A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E A SOCIEDADE ABERTA DE INTÉRPRETES.....	20
2.6 A QUESTÃO POLÍTICA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS	24
3 O TRATO DE QUESTÕES POLÍTICAS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ..	27
3.1 PRIMEIROS PRECEDENTES DA REPÚBLICA E OS PRIMEIROS CASOS FACE À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988	27
3.2 ATOS DO PODER LEGISLATIVO E MATÉRIAS <i>INTERNA CORPORIS</i>	31
3.3 MEDIDAS PROVISÓRIAS.....	34
3.4 PROCESSO DE <i>IMPEACHMENT</i>	36
3.6 ALGUMAS CONSIDERAÇÕES	40
4. POLÍTICAS PÚBLICAS ENQUANTO QUESTÕES POLÍTICAS	42
4.1 DA POSSIBILIDADE DE CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS	42
4.2 AS PROPOSTAS DA ABERTURA COGNITIVA E DOS INSTRUMENTOS DE CONTROLE.....	48
4.3 O “NÃO LUGAR” DO PODER JUDICIÁRIO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO	50
5 CONCLUSÃO.....	56
REFERÊNCIAS	57

1 INTRODUÇÃO

A doutrina das questões políticas é uma construção jurisprudencial norte-americana que remonta aos tempos da fundação dos Estados Unidos da América. Traz consigo íntima afinidade com o controle de constitucionalidade, compartilhando com esta sua origem no caso *Marbury vs. Madison*. Representa, a referida doutrina, a justificação para a autocontenção do Poder Judiciário, à luz do postulado da separação de poderes.

A análise da construção jurisprudencial tanto norte-americana quanto brasileira acerca da matéria se justifica, na atualidade, pelo diálogo contemporâneo acerca dos limites da competência do Poder Judiciário face aos outros poderes políticos. A revisitação é fundamental, pois os pressupostos em que se embasa tem muito a nos ensinar sobre as balizas à jurisdição.

O exame também se demonstra essencial tendo em vista que o princípio da separação de poderes não é mais entendido hoje como já fora pela doutrina liberal. Ademais, o constitucionalismo atual, diante do Estado Democrático de Direito, como resultante das construções liberais e sociais, exigem outros paradigmas.

Nessa senda, as políticas públicas, como ferramentas do processo de efetivação das normas constitucionais prestacionais, impõe novas questões à prestação jurisdicional.

No primeiro capítulo trabalhamos a origem e desenvolvimento da doutrina das questões políticas. Buscamos desvendar o que seria a questão não sindicável. Ainda, através da atualização do princípio da separação de poderes e embasando-se na teoria concretista alemã, tendo como marco teórico a concepção de força normativa da Constituição elaborada por Hesse, buscamos descobrir a função a ser exercida pelo Poder Judiciário hoje. Logo, através de uma releitura da doutrina das questões políticas, investigamos o *locus* do Poder Judiciário enquanto fração de poder estatal no Estado Democrático de Direito.

Se pretendeu responder à seguinte pergunta: diante da supremacia constitucional e de uma Constituição exaustivamente programática, consagradora de direitos individuais, sociais e transindividuais, há limites ao controle jurisdicional?

No segundo e terceiro capítulos, sob outra perspectiva, analisamos a jurisprudência erigida pelo Supremo Tribunal Federal ao longo dos anos, procurando entender qual resposta a Corte Constitucional brasileira dá a nossa primordial indagação.

Utilizamos o método dedutivo com base em pesquisa qualitativa da literatura jurídica e jurisprudência da Suprema Corte norte-americana e do Supremo Tribunal Federal. Como já dito, o marco teórico do presente trabalho consubstancia-se na tese da força normativa da Constituição.

2 A DOCTRINA DAS QUESTÕES POLÍTICAS

A doutrina das questões políticas defende, em linha gerais, que são incompetentes os tribunais para decidirem questões próprias do campo político. Estaria a atuação do Poder Judiciário restrita à solução de conflitos jurídico-constitucionais; reservadas as questões políticas aos órgãos dotados de legitimidade democrática (RIBEIRO, 2007, p. 211).

2.1 ORIGEM NO CONSTITUCIONALISMO NORTE-AMERICANO: *MARBURY V. MADISON*¹

Se tivermos a distinção entre os âmbitos político e jurídico como substancial pressuposição da doutrina das questões políticas, chegaremos à conclusão de que a referida tese surge em 1796, no caso *Ware v. Hylton*², diante do qual a Suprema Corte dos Estados Unidos recusou pronunciar-se sobre a nulidade do Tratado de Paris de 1783 (IRARRÁZAVAL, 2016, p. 236).

No caso, questionava-se os termos do tratado internacional, que permitia a recuperação de dívidas devidas a credores britânicos por, agora, cidadãos americanos, face a lei do estado da Virgínia, que os desobrigava. Respondendo ao pleito de declaração de nulidade do tratado em questão, a Suprema Corte norte-americana firmou o entendimento de que “essa seria uma consideração da política, de extrema magnitude e certamente inteiramente incompetente ao exame e à decisão de um tribunal”³ (tradução nossa).

Todavia, *Marbury v. Madison*, de 1803, é reconhecidamente o caso paradigmático para a doutrina das questões políticas. Na emblemática decisão que inaugurou o controle de constitucionalidade norte-americano (*judicial review*), “ficou registrado que, se por um lado o Poder Judiciário está autorizado a reconhecer a nulidade de atos da legislatura quando contrários à Constituição, por outro não lhe é lícito ingressar no campo da política” (TEIXEIRA, 2004, p. 10).

Em *Marbury v. Madison*, os juízes de paz William Marbury, Dennis Ramsay, Robert Townsend Hooe e William Harper, nomeados para os cargos ao final do mandato do Presidente John Adams, moveram ação perante a Suprema Corte contra o Secretário de Estado James Madison, nomeado pelo Presidente Thomas Jefferson, sucessor do Presidente John Adams. A ação teve como escopo a decisão tomada pelo Presidente Thomas Jefferson de desconsiderar

¹ ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137. Washington, 24 de fevereiro de 1803.

² ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Ware v. Hylton*, 3 U.S. 199. Washington, 7 de março de 1796.

³ Ibidem. “These are considerations of policy, confiderations of extreme magnitude, and certainly entirely incompetent to the examination and decision of a Court of Justice”.

as nomeações, tendo em vista que as posses não se deram ainda no governo que o antecedeu. Os juízes de paz, então, pleiteavam que “fosse expedido mandado judicial determinando ao Secretário de Estado que lhes entregassem os termos de nomeação (*commissions*) para que pudessem tomar posse nos seus respectivos cargos de juiz” (KLAUTAU FILHO, 2003, p. 264).

Assim, julgando o caso, o Juiz Marshall, neste ponto, deu razão aos autores, pois entendeu que desde o momento em que firmada a assinatura do Presidente nos termos de nomeação e afixado o selo dos Estados Unidos, o ato da indicação produz seus efeitos:

O primeiro objeto de investigação é: 1. O petionário tem direito a tomar posse como juiz de paz? É decididamente a opinião da Corte de que quando a nomeação é assinada pelo Presidente, a indicação é feita; e a nomeação está completa quando o selo dos Estados Unidos foi afixado a ela pelo Secretário de Estado. Negar a entrega do termo de nomeação e, conseqüentemente, a posse a Marbury é, portanto, um ato considerado pela Corte não garantido pelo direito, uma violação de um direito legal consolidado (*a vested legal right*). (KLAUTAU FILHO, 2003, p. 265).

Ademais, o Juiz Marshall sentenciou que a Suprema Corte tem sua competência adstrita aos direitos individuais dos cidadãos (MARSHALL, 1997, p. 18), defendendo que atos discricionários e de natureza política, emanados pelo Executivo, seriam as hipóteses que obstariam a revisão judicial (BARROSO, 2012, p. 29).

O controle de constitucionalidade (*judicial review*) das normas infraconstitucionais, advém, no caso em tela, da análise que se faz acerca do remédio jurídico destinado à busca de satisfação do direito subjetivo e, por conseguinte, das normas de competência atinentes à Suprema Corte.

Quanto ao controle (*judicial review*) propriamente dito, consubstanciou-se no reconhecimento de inconstitucionalidade do *Judiciary Act* face ao Artigo III da Constituição dos Estados Unidos. Entendeu-se que o Congresso, ao criar uma hipótese de competência originária da Suprema Corte, fora das que estavam previstas no texto constitucional, incorria em uma inconstitucionalidade. Daí então se decidiu que a Corte não poderia expedir o *writ of mandamus*, tendo em vista que o caso em tela estaria amparado em competência instituída inconstitucionalmente pelo *Judiciary Act* (BARROSO, 2012, p. 30).

A despeito da incompetência derivada da norma inconstitucional, necessário salientar, no entanto, que o *writ of mandamus*, ordem judicial para a prática de determinado ato, foi entendido pelo Juiz Marshall como o remédio adequado. Ao adentrar na análise da possibilidade de se emitir uma determinação dessa natureza a um agente do Poder Executivo, fixou a tese de que quando o chefe de um Poder tem o dever jurídico de praticar um ato que afeta direitos

individuais, não haveria fundamento para os tribunais demitirem-se do dever de prestar jurisdição (MARSHALL, 1997, p. 19).

Ao que nos importa, portanto, se entendeu que “os atos do Poder Executivo são passíveis de controle jurisdicional, tanto quanto a sua constitucionalidade como quanto a sua legalidade” (BARROSO, 2012, p. 29). Porém, resta claro que, para o Juiz Marshall, atos discricionários e de natureza política, não envoltos por direitos individuais violados, estariam à margem da apreciação judicial.

2.2 CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL NORTE-AMERICANA AO LONGO DOS SÉCULOS XIX E XX

De início, se faz necessário afirmar que, no presente tópico se pretende, tão somente, traçar uma linha temporal a fim de buscar as decisões da Suprema Corte estadunidense que moldaram a doutrina da forma como a mesma é entendida no presente.

Embora *Marbury v. Madison* ostente a relevância histórica, *Luther v. Borden*⁴, de 1849, é tida como o *leading case* para a doutrina das questões políticas. Isso se dá, em grande medida, pelo fato de que nesta decisão se admitiu explicitamente o caráter unicamente político de uma cláusula constitucional (IRARRÁZAVAL, 2016, p. 237).

Se requeria, em *Luther v. Borden*, que a Corte decidisse se a violação de domicílio praticada pelo governo do Estado de Rhode Island contra Martin Luther havia ultrapassado a barreira da legalidade. Todavia, a resposta à demanda invariavelmente desembocaria não só no reconhecimento da legalidade ou ilegalidade da ação, mas também na concordância desta à cláusula de garantia, prevista no Artigo IV, Seção 4 da Constituição. Tendo em vista que a celeuma tinha como pano de fundo a disputa política entre o governo estadual réu da demanda e um governo rebelde, que havia se auto instituído através de um processo político popularmente legitimado, a Suprema Corte achou por bem se abster de uma decisão (TEIXEIRA, 2004, p. 12).

Resumindo o teor da sentença, Teixeira nos diz que “a Suprema Corte, numa interpretação da cláusula de garantia (...), entendeu que se tratava de uma questão puramente política e não judicial, não lhe competindo, portanto, sobre ela deliberar. O controle da aplicação dessa cláusula era atribuição exclusiva dos órgãos políticos do poder central dos Estados Unidos” (2004, p. 13).

⁴ ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Luther v. Borden*, 7 How. 48 U.S. 1. Washington, 3 de janeiro de 1849.

Nesse sentido, a decisão aqui em comento tem como marco a admissão de que há normas constitucionais cuja aplicação e controle competem exclusivamente aos órgãos políticos democraticamente legitimados.

Noutra trilha, Irarrázaval nos diz que até 1962 a identificação da natureza do assunto submetido à apreciação do Poder Judiciário – se político ou jurídico – carecia de uma organização. No entanto, na sentença de *Baker v. Carr*⁵ a Corte estabeleceu vários critérios que passariam a servir de orientação para a identificação de questões políticas não judiciáveis (2016, p. 238).

Deste modo, os seis critérios para a identificação de questões políticas firmados em *Baker v. Carr*, catalogados por Bickel, são os seguintes: a) que se trate, com base no texto da Constituição, de uma matéria encomendada a um dos poderes políticos; b) que a matéria careça de normas, impossibilitando que o tribunal a resolva; c) que a matéria não possa ser decidida à margem de uma definição política claramente excluída daquelas submetidas à discricionariedade judicial; d) que seja impossível que o tribunal decida de maneira imparcial, expressando um desrespeito aos poderes políticos; e) que é uma questão cuja solução suscita a extraordinária necessidade de aderir acriticamente às decisões políticas já tomadas; e, finalmente, f) que, devido à existência de múltiplos pronunciamentos feitos por diferentes órgãos, a matéria em questão tenha o potencial de produzir uma situação embaraçosa (TUSHNET, 2002, p. 1206).

Para além dos supracitados critérios, Teixeira nos ensina que *Baker v. Carr* representou também a redução do âmbito de aplicação da doutrina das questões políticas (2004, p. 17). Representa, sobretudo, um revés jurisprudencial, pois passou-se a entender por questão política aquela que relacionaria o Judiciário Federal e os Poderes Executivo e Legislativo da União. Logo, diferente do fixado em *Luther v. Borden*, desta vez foi admitido o reconhecimento, por exemplo, da inconstitucionalidade de reforma de Constituição estadual (2004, p. 16).

Também pontua o mesmo autor que, pela primeira vez a Corte deixou claro que a doutrina das questões políticas deriva da garantia constitucional da separação de poderes (2004, p. 16). Por fim, a sentença de *Baker v. Carr*, firmou a seguinte tese:

De outra parte, esclareceu que decidir se uma questão é política implica a avaliação das faculdades conferidas com exclusividade aos outros Poderes da nação. Isso requer a interpretação da Constituição. Por meio do processo interpretativo, a Corte irá se pronunciar se outro Poder se manteve nos limites das suas faculdades constitucionalmente outorgadas. No que diz respeito a esse aspecto, a questão é

⁵ ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186. Washington, 26 de março de 1962.

judicial. O aspecto político limita-se à matéria de fundo, ao mérito, à oportunidade ou conveniência do ato impugnado (TEIXEIRA, 2004, p. 16-17).

Frente ao exposto, chega-se à conclusão de que *Baker v. Carr*, ao passo que moldou sobremaneira a doutrina das questões políticas, fixando critérios objetivos para a sua aplicação, também representou, em diversas frentes, a mitigação do seu âmbito de aplicação. Tanto assim o foi, que o Juiz Brennan, ao expressar o pensamento majoritário que se formou no julgado, reconheceu a inconstitucionalidade de uma lei que versava sobre os distritos eleitorais do Estado do Tennessee face a 14^a Emenda à Constituição, afastando a sujeição da questão à cláusula de garantia e afirmando que “o postulado à proteção de um direito político, como o desigual valor do voto, não configurava uma questão política não sujeita ao Judiciário” (TEIXEIRA, 2004, p. 17-18).

Embora a Suprema Corte dos Estados Unidos tenha se utilizado da doutrina das questões políticas para se eximir de decisões acerca de diversas matérias, é no âmbito das relações exteriores que sua aplicação se encontra consideravelmente pacificada.

Destarte, a Corte já decidiu: que a determinação acerca de quem seria o soberano de um determinado território corresponde aos poderes políticos e não ao Poder Judiciário; que a condução das relações internacionais do governo está incumbida aos poderes Legislativo e Executivo, estando o exercício dessa tarefa alheia ao Judiciário; que o reconhecimento de uma nação estrangeira depende do poder político; que ao Poder Legislativo e não ao Judiciário compete estabelecer as fronteiras dos países; que o Poder Judiciário só tem sua atuação vinculada aos tratados internacionais já recepcionados pelo Poder Legislativo; e, por fim, que compete exclusivamente ao poder Executivo o reconhecimento de guerra externa ou o reconhecimento de representantes de nações estrangeiras (IRARRÁZVAL, 2016, p. 239).

Sobre questões internas do Poder Legislativo, em *Powell v. McCormack*⁶, de 1969, quando a Câmara de Representantes impediu um deputado eleito de ocupar sua cadeira no parlamento, a Corte, interpretando a Constituição, decidiu que o caso estava sujeito à sua jurisdição, pois entendeu que “era necessário determinar que poder havia sido concedido pelo Artigo I, Seção 5, da Constituição, à Câmara de Representantes, e em que extensão ele estava sujeito à revisão judicial” (TEIXEIRA, 2004, p. 21) vindo a entender, ao final, que a ação do órgão parlamentar era judicialmente apreciável, reconhecendo a inconstitucionalidade do ato.

⁶ ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Powell v. McCormack*, 395 U.S. 486. Washington, 16 de junho de 1969.

Vê-se assim que no âmbito da Suprema Corte dos Estados Unidos há uma substancial construção jurisprudencial a respeito de matérias que não seriam jurídico-constitucionais, afeitas apenas ao campo político.

Entretanto, ainda que a revisão jurisprudencial norte-americana até aqui ilustrada seja indispensável a fim de entendermos o surgimento e desenvolvimento da doutrina das questões políticas, esta não é suficiente para fazermos uma separação do que seria a questão jurídico-constitucional passível de exame meritório por parte do Poder Judiciário e a questão política não apreciável, exclusiva do campo político.

Não obstante, as discussões levantadas até este ponto nos fornecem alguns problemas para adentrarmos no diálogo que se pretende estabelecer na presente monografia: a) a relação de simbiose entre a doutrina das questões políticas e o princípio da separação de poderes explicitada em *Baker v. Carr*; b) a aplicação e o controle de aplicabilidade de determinadas normas constitucionais, exclusivamente, por órgãos políticos, tese fixada em *Luther v. Borden*; e c) a ideia de inafastabilidade da jurisdição quando a questão política viola direito individual, fixada, desde a origem, em *Marbury v. Madison*.

2.3 A QUESTÃO POLÍTICA

Se tentarmos responder a partir da revisão jurisprudencial estadunidense desenvolvida até a página anterior à indagação do que seria uma questão política, uma resposta plausível seria a de que questão política é aquela cujos tribunais já a entenderam como tal. Certamente a resposta faz sentido e denota a importância dos precedentes para entendermos o Direito, sobretudo em um sistema *common law*. No entanto, a dúvida merece uma melhor investigação.

Debruçando-se sobre o tema, muitos autores atribuem duas formas à doutrina das questões políticas: a forma clássica, difundida por Wechsler, e a forma prudencial, elaborada por Bickel (HENKIN, 1976, p. 601). A primeira sustenta que a limitação ao poder das cortes só pode apoiar-se em uma interpretação da Constituição em que se conclua, como resultado da interpretação, que determinada matéria tenha sido atribuída pela própria Constituição a um dos poderes políticos. Já a segunda, em contrapartida, afirma que a decisão das cortes de não intervir em um conflito é resultado de um juízo de prudência apoiado em razões que dificilmente podem apresentar-se como conclusões de um processo interpretativo do texto constitucional (IRARRÁZAVAL, 2016, p. 242).

Assim, embora embasadas em pressupostos distintos, a diferença substancial entre essas duas vertentes estaria no grau de abertura que teria determinado órgão jurisdicional para concluir determinada questão como política. O juízo de prudência traria maior abertura.

Indo mais longe, há quem defenda – como Henkin – a tese de que, ao ser provocada sobre as ditas questões políticas, a Suprema Corte não adotou nenhuma “doutrina”, pois ao revisar os atos dos outros poderes, o tribunal, em verdade, apenas se recusou a invalidar ou referendar as ações contestadas. A autoridade constitucional do Executivo ou Legislativo e incompetência do Judiciário não seria a verdadeira razão de decidir (1976, p. 601).

Sustenta Henkin que, em nenhum caso o Suprema Corte usou a frase “questão política” e que, quando o fez, estava usando-a em um sentido diferente, dizendo algo como: “analisamos suas reivindicações e descobrimos que a ação reclamada envolve questão política e está dentro dos poderes conferidos pela Constituição aos ramos políticos. O ato denunciado não viola nenhuma limitação constitucional a esse poder, ou porque a Constituição não impõe limitações relevantes ou porque a ação está amplamente dentro dos limites prescritos”⁷ (HENKIN, 1976, p. 601, tradução nossa). Ou seja, não haveria uma abstenção de decidir, haveria uma decisão de mérito reconhecendo a legalidade e legitimidade do ato político questionado.

Distintamente, Tushnet se questiona se a doutrina das questões políticas teria desaparecido. O autor defende que em *Bush v. Gore*⁸, julgado que resolveu uma disputa de recontagem nas eleições presidenciais de 2000 na Flórida, o prevalente silêncio da Suprema Corte sobre a sindicabilidade da matéria é óbvio para um estudioso da questão. Ressalva, no entanto, que a consciência jurídica de um estudioso da doutrina das questões políticas foi moldada por um contexto histórico anterior, fazendo uma referência aos estudos empreendidos por Bickel no início do século XX (2002, p. 1229).

Bickel e Scharpf estavam certos ao ver que a tarefa de combinar prudência e lei era particularmente importante para a época em que escreveram. Eles estavam lidando com uma Suprema Corte que havia emergido recentemente da crise precipitada pela obstrução ao *New Deal* e que, simultaneamente, tentava redefinir o escopo do poder do governo, desenvolvendo restrições de direitos civis e liberdades civis ao poder do governo⁹ (TUSHNET, 2002, p. 1231, tradução nossa).

⁷ “We have reviewed your claims and we find that the action complained of involves a political question, and is within the powers granted by the Constitution to the political branches. The act complained of violates no constitutional limitation on that power, either because the Constitution imposes no relevant limitations, or because the action is amply within the limits prescribed”.

⁸ ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Bush v. Gore*, 531 U.S. 98. Washington, 12 de dezembro de 2000.

⁹ “Bickel and Scharpf were right to see that the task of combining prudence and law was particularly important for the time at which they wrote. They were dealing with a Supreme Court that had only recently emerged from the crisis precipitated by the Court’s obstruction of the New Deal and that was simultaneously attempting to redefine

O autor ainda afirma que, Frankfurter, mentor de Bickel, estava preocupado com o legado construído pelo Supremo Corte no que dizia respeito à doutrina das questões políticas, no entanto, também acreditava que o Poder Judiciário deveria, por exemplo, ser usado para alcançar a justiça racial no contexto da luta pelos direitos civis:

Para Frankfurter e Bickel, o sucesso exigia que a Corte calculasse cuidadosamente quando poderia disciplinar as maiorias locais e nacionais que agiam contra a visão dos direitos civis e das liberdades civis com as quais Frankfurter e Bickel estavam comprometidos. Simpatizante do principal impulso das decisões da Suprema Corte enquanto Earl Warren foi Chefe de Justiça, no início dos anos 1960, Bickel estava preocupado com a sustentabilidade das iniciativas do tribunal. As decisões se sustentariam se houvesse prudência ao decidir. Essa é a chave do seu interesse pela doutrina das questões políticas e, de certa forma, justifica o desaparecimento desta¹⁰ (TUSHNET, 2002, p. 1231, tradução nossa).

Fazendo um contraponto, argumenta ainda que em *Bush v. Gore* floresce “um certo tipo de positivismo” que se estabelece junto com a aceitação por parte dos cidadãos de uma “teoria de forte supremacia judicial”. Ou seja, há uma preocupação de que o país não cumpra as decisões da Corte, como se se tivesse a certeza de que a Corte nunca está errada (TUSHNET, 2002, p. 1230).

Portanto, para Tushnet, o contexto histórico e social de *Baker v. Carr* muito explica o teor do julgado, assim como também explica a ideia de prudência presente em Bickel. Outrossim, clarifica o que Tushnet entende por desaparecimento da doutrina das questões políticas, resultante imediato do maior grau de liberdade que os tribunais teriam para entender determinada questão como política ou jurídica; o que veio a desembocar no silêncio a respeito da doutrina das questões políticas em *Bush v. Gore*.

De um olhar para a realidade estadunidense, infere-se que o fortalecimento do Poder Judiciário muito se explica pelas transformações políticas e a efervescência social que teve o século XX como palco. Outro fator de destaque é o cultural: o que Tushnet apontou como uma “teoria de forte supremacia judicial”.

the scope of government power by developing civil rights and civil liberties restrictions on government power.

¹⁰ “For Frankfurter and Bickel, success required that the Court carefully calculate when it could succeed in disciplining local and national majorities that acted against the vision of civil rights and civil liberties to which Frankfurter and Bickel were committed. Sympathetic with the main thrust of the Warren Court's decisions through the early 1960s, Bickel was concerned that the Court would not be able to sustain its initiatives unless the Court acted with prudence. The setting in which he wrote provides the key to his interest in justiciability doctrines and to their disappearance”.

Noutro giro, em sistemas romano-germânicos, como o brasileiro, o processo de industrialização que trouxe consigo problemas sociais e econômicos, fazendo surgir um campo fértil para o pensamento socialista e para o fortalecimento de movimentos sociais, gerou, já no século XIX, o reconhecimento progressivo de direitos da chamada segunda dimensão. Estes direitos “caracterizam-se, ainda hoje, por outorgarem ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho etc., revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas” (SARLET, 2015, p. 47).

No século XX, com a consagração de diversos direitos sociais e econômicos em textos constitucionais, os cidadãos, titulares destes direitos, passaram a ter legitimidade para provocar o Judiciário a fim de efetivá-los. Esta “é a raiz do fenômeno denominado pela doutrina brasileira de ‘judicialização da política’ ou ‘politização do Judiciário’” (RIBEIRO, 2007, p. 210).

É dizer, então, que no Brasil, consoante se verá pormenorizadamente adiante, para além das justificativas apontadas na experiência norte-americana, que aqui também são notadas, há de nos recordarmos que as peculiaridades do sistema romano-germânico, o processo político recente que se consubstanciou no Texto de 1988, bem como as bases jurídico-filosóficas do nosso tempo representam um caldo propenso a alimentar as discussões acerca da judicialização de questões políticas.

Frise-se, ainda, que no Brasil atual o significado de “questão política” ganha outros contornos. Isso se dá, sobretudo, pelo fortalecimento do princípio da supremacia da Constituição, que enquanto documento jurídico-político fundador do ordenamento legal, disciplinador dos mais variados temas, amplia por demais as matérias passíveis de controle de constitucionalidade. Nesse sentido, dizer “que as questões políticas não estão sujeitas à apreciação dos juízes não significa que sejam destituídas de aspectos jurídicos e que nada efetivamente possa ser submetido ao Judiciário” (TEIXEIRA, 2004, p. 45), como veremos mais adiante, a juridicidade e imperatividade das normas constitucionais exigem uma prestação jurisdicional.

2.4 O PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DE PODERES: DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Vimos que a jurisprudência norte-americana explicitou que a doutrina das questões políticas deriva da garantia constitucional de separação de poderes. Nesse seguimento, indispensável uma breve análise deste axioma tão presente nas experiências estatais ocidentais.

Bonavides aponta que o princípio da separação de poderes, que muito influenciou o moderno Estado de direito, embora tenha tido sua sistematização na obra de Montesquieu, tem seus precursores na antiguidade. O autor afirma que Aristóteles, desde aquela época distinguia a assembleia-geral, o corpo de magistrados e o corpo judiciário. Na Idade Média e nos tempos modernos o ideal de separação se repetiram (2018, p. 146).

O doutrinador constata: “Marsílio de Pádua no *Defensor Pacis* já percebera a natureza das distintas funções estatais e por fim a Escola de Direito Natural e das Gentes, com Grotius, Wolf e Puffendorf, ao falar em *partes potentiales summi imperii*, se aproximara bastante da distinção estabelecida por Montesquieu. Em Bodin, Swift e Bolingbroke a concepção de poderes que se contrabalançam no interior do ordenamento estatal já se acha presente, mostrando quão próximo estiveram de uma teorização definida a esse respeito” (2018, p. 146).

Já adentrando no pensamento liberal clássico, Locke vai defender que o governo pressupõe a escolha de sua forma por parte dos governados. Definida a forma de governo, deve a maioria escolher a composição do Poder Legislativo. Locke teoriza a supremacia do poder legiferante. Logo, o controle do Legislativo sobre o Poder Executivo e o Poder Federativo – ambos subordinados ao primeiro – representaria o controle do governo pela sociedade, o que seria o princípio do estado civil. (MELLO, 2000, p. 87).

De se notar que Locke – como liberal clássico que era – temia que até mesmo o corpo legislativo, detentor do poder supremo do Estado, se tornasse arbitrário, razão por que entendia que mesmo o poder político fundado no consentimento da coletividade necessitava de algum tipo de controle. Dessa forma, além de pregar a necessidade de o poder legislativo atuar em consonância com um processo pré-estabelecido, da proibição de se delegar o seu poder e de governar por atos improvisados e arbitrários, também defendia a absoluta impossibilidade de o próprio corpo legislativo executar as suas leis. (MEDEIROS, 2008, p. 196).

Não obstante, Montesquieu foi à Inglaterra estudar, *in loco*, o que ele chama de “bases constitucionais da liberdade”. A este estudo dedicou a análise detalhista da estrutura do Legislativo britânico e das junções dos três Poderes: Executivo, Legislativo e Judiciário. A teoria dos poderes seria a representação da equipotência entre estes. Seria, assim, a ideia de equivalência e igual poder (ALBUQUERQUE, 2000, p. 119).

Albuquerque afirma, ainda, que a busca da separação de poderes no modelo britânico nos sugere “a interpenetração de funções judiciárias, legislativas e executivas”:

Basta lembrar a prerrogativa de julgamento pelos pares nos casos de crimes políticos para perceber que a separação total não é necessária nem conveniente. A equipotência, ou equivalência dos poderes também é refutada implicitamente por Montesquieu, quando afirma que o judiciário é um poder nulo, ‘os juizes (são)... a boca que pronuncia as palavras da lei’” (ALBUQUERQUE, 2000, p. 119).

A despeito da colocação transcrita acima, para Albuquerque se extrai dos escritos de Montesquieu que a moderação entre os poderes depende, muito mais, que a instância moderadora encontre sua força política em outra base social (2000, p. 120). Devem existir forças sociais e políticas adversas nos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Por outro lado, no berço da doutrina das questões políticas, a ideia da separação de poderes como instrumento para libertar o homem do antigo regime ecoou nas vozes de Hamilton, Madison e Jay através de “O Federalista” (LIMONGI, 2000, p. 245).

Os norte-americanos encontraram outras ferramentas para garantir a moderação entre os poderes. Nesse sentido, Limongi afirma que para os autores de “O Federalista”, os ramos de poder devem ser dotados de força suficiente para resistirem-se uns aos outros, permanecendo todos dentro dos ditames constitucionais (2000, p. 251). Tal força veio a ser representada pelo que se passou denominar de sistema de freios e contrapesos ou, “mecanismos de defesa de cada poder em face dos outros” (OMMATI, 1977, p. 56).

Para Klautau Filho, até mesmo o controle de constitucionalidade (*judicial review*), algo inconcebível no sistema britânico analisado por Montesquieu, é decorrência do mecanismo de freios e contrapesos (2003, p. 259).

Neste ponto, os argumentos de “O Federalista” muito se aproximam das constatações apontados por Bonavides ao contrapor a tese de Montesquieu sobre a divisão do poder entre as forças sociais. Para o doutrinador as “técnicas de controle que medraram no constitucionalismo moderno constituem corretivos eficazes ao rigor de uma separação rígida de poderes, que se pretendeu implantar na doutrina do liberalismo” (2018, p. 151).

Bonavides aponta alguns exemplos: a) presença do Executivo na órbita legislativa por via do veto; b) a participação do Executivo na esfera do Poder Judiciário na concessão de indulto, faculdade com que modifica efeitos de ato proveniente de outro Poder; c) o controle parlamentar sobre a ação executiva na rejeição do veto, no processo de *impeachment* contra a autoridade executiva, na aprovação de tratado e na apreciação de indicações oriundas do Poder Executivo para o desempenho de altos cargos da administração pública; e d) o Judiciário, quando decide sobre inconstitucionalidade de atos do Legislativo e, frente ao Poder Executivo, reconhece a ilegalidade de certas medidas administrativas (2018, p. 151-152).

O estado liberal teve a separação de poderes como uma constante. Medeiros afirma que “esse modelo de organização do poder político, que se pretendeu implementar durante o século XIX e que persistiu até os primórdios do século XX, apresentava algumas variantes de países para países, mas sempre mantendo um núcleo em comum. E, dentro desse mínimo comum entre os países, sobressaía a separação de Poderes” que assumiu “uma posição de destaque nas constituições liberais escritas, chegando a ser considerado condição da própria existência de uma Constituição, como se infere do artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão” (2008, p. 198).

Deste modo, a separação de poderes, enquanto princípio do constitucionalismo democrático, fez surgir na consciência ocidental “o sentimento valorativo dos direitos e garantias individuais, de que foi, no combate aos déspotas do absolutismo, a arma mais eficaz” (BONAVIDES, 2004, p. 64).

É de se afirmar ainda que a teoria clássica da separação dos poderes foi responsável pela neutralização do Poder Judiciário e pela separação entre os campos da política e do direito. O Poder Judiciário pós-Revolução Francesa, por exemplo, encontra seus limites nas disposições da Constituição Francesa de 1791 que, ao prever que “o poder judiciário não pode ser exercido pelo corpo legislativo, nem pelo rei” e que os “tribunais não podem se imiscuir no exercício do poder legislativo, nem suspender a execução das leis”, pôs o Poder Judiciário de fora da política (LEITÃO, 2008, p. 27).

A historiografia francesa nos mostra, porém, que apesar de as classes mais baixas, representadas por camponeses pobres, estarem nas primeiras trincheiras da Revolução Francesa junto aos burgueses e grandes proprietários, quando bem-sucedida a Revolução, estes últimos cuidaram para que na nova ordem prevalecesse apenas aos seus anseios, circunstância que veio a acentuar a pauperização das massas (MORAES, 2014, p. 271).

Sem embargo, tal mazela socioeconômica teve como resultante o abandono do liberalismo dogmático (MORAES, 2014, p. 273). Assim, as camadas sociais periféricas passavam a reivindicar direitos trabalhistas, previdenciários e sociais em geral (BONAVIDES, 2004, p. 186), o que fez com que a separação de poderes se transformasse em “técnica em declínio”, sujeita a superação imposta pelo reequilíbrio político e “acomodação de esquemas constitucionais cujo pensamento não assenta em razões preponderantes de formalismo na proteção de direitos individuais” (BONAVIDES, 2004, p. 65).

Desde que o constitucionalismo entrou a envolver no sentido do enriquecimento de seu conteúdo, para deixar de ser forma e se converter em substância, abrangendo paulatinamente novas áreas da realidade social, notadamente as de teor econômico, passou aquele princípio a ter interesse secundário, por haver deixado de corresponder ao sentido atual de organização democrática, na qual fatores estranhos, desconhecidos à teoria política do século XVIII, começaram de interferir na estrutura da sociedade, modificadas por relações imprevistas de caráter social e econômico (BONAVIDES, 2004, p. 65).

Ao reconstituir o surgimento do estado social, ou estado de bem-estar social, Ferraz Júnior nos diz que este processo reverteu alguns dos postulados do estado de direito, e a separação de poderes foi um desses. Numa nova concepção, as liberdades positivas e a liberdade participativa não seriam princípios a serem defendidos, mas a serem realizados (1994, p. 18).

Os direitos sociais, produto típico do estado do bem-estar social, não são, pois, conhecidamente, somente normativos, na forma de um *a priori* formal, mas têm um sentido promocional prospectivo, colocando-se como exigência de implementação. Isto altera a função do Poder Judiciário, ao qual, perante eles ou perante a sua violação, não cumpre apenas julgar no sentido de estabelecer o certo e o errado com base na lei (responsabilidade condicional do juiz politicamente neutralizado), mas também e, sobretudo examinar se o exercício discricionário do poder de legislar conduz à concretização dos resultados objetivados (responsabilidade finalística do juiz que, de certa forma, o repolitiza). (FERRAZ JÚNIOR, 1994, p. 18).

Enveredando por esse caminho, o estado social fomentou um Direito que, ao contrário de boca que pronuncia as palavras da lei, ideia fortemente presente no estado liberal, encontra suas bases na interpretação. Nesse contexto, já no fim do século XIX, tivemos a contribuição do realismo jurídico, nos Estados Unidos, e durante o século XX, o positivismo discricionário de Hart e o positivismo normativista, que colaboraram com críticas sobre o papel do juiz e da justiça. Assim sendo, este último, cuja a obra de Kelsen é representativa, colocou o juiz no momento de aplicação da norma, implicando no reconhecimento de um papel destacado da atividade jurisdicional e dimensionando a interpretação como ato de vontade (COSTA, 2017, p. 47-48).

Já por volta de 1970, a desaceleração da economia e a crise do petróleo põem o *Welfare State* à prova. Bahia entende que o Estado Democrático de Direito surge como redefinição do que se entende por Estado (2004, p. 312-314). Constata-se, pois, o surgimento de novas propostas para o lugar do Poder Judiciário no contexto do Estado Democrático de Direito. Para Costa, a análise dessas novas propostas, ainda que defendam ideias plurais sobre o papel do Judiciário e a liberdade de atuação do juiz, trazem um reforço para a verificação da importância crescente da função jurisdicional depois da segunda metade do século XX (2017, p. 54).

Nessa senda, o presente trabalho buscará, através de uma releitura da doutrina das questões políticas, investigar o *locus* do Poder Judiciário enquanto fração de poder estatal no Estado Democrático de Direito. Se pretende responder à seguinte pergunta: diante da supremacia constitucional e de uma Constituição exaustivamente programática, consagradora de direitos individuais, sociais e transindividuais, há limites ao controle jurisdicional?

Se pretende, com o método concretista alemão e tendo como marco teórico a concepção de força normativa da Constituição elaborada por Hesse, chegar a alguma resposta. Na mesma empreitada também se examinará em que medida a efetivação de direitos fundamentais se relaciona à ideia de judicialização de questões políticas. Sob outra perspectiva, ao analisar a jurisprudência erigida pelo Supremo Tribunal Federal ao longo dos anos, procuraremos entender qual resposta a Corte Constitucional brasileira dá a nossa primordial indagação.

2.5 A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E A SOCIEDADE ABERTA DE INTÉRPRETES

Parece notório que o Estado Democrático de Direito brasileiro, consubstanciado na Constituição Federal de 1988, combina as liberdades próprias do estado liberal e o dirigismo característico do estado social. Já tivemos a oportunidade de analisar ambos os marcos quando tratamos do princípio da separação de poderes. Como vimos, outrossim, as liberdades positivas, enquanto direitos de segunda dimensão, carecem de realização fática, não bastando a mera defesa ou promessa destas no campo das ideias.

É nesse contexto, que ao se observar os sistemas jurídicos ocidentais se nota que o constitucionalismo atual tem como premissas fundamentais: a) a normatividade da Constituição ou, em outras palavras, o reconhecimento da imperatividade das normas constitucionais, b) a rigidez dos textos constitucionais, que traz como resultante a superioridade da Constituição face ao restante do ordenamento jurídico e c) o texto constitucional como paradigma interpretativo para o sistema como um todo. Ainda há de se destacar que sob a ótica metodológica-formal, a Constituição foi elevada à norma jurídica suprema. Já do ponto de vista material, dois elementos caracterizam o constitucionalismo contemporâneo: a) a incorporação pelos textos constitucionais de opções políticas, neste ponto com evidente destaque para a concretização de direitos fundamentais e b) conflitos entre as opções normativas que precisam encontrar uma harmonia na integralidade do texto (BARCELLOS, 2005, 84).

A partir de agora buscaremos focar as nossas atenções à normatividade da Constituição. A história constitucional nos mostra que o poder das forças sociais, no sentido de forças reais

de poder, impõem-se à força normativa na prática política cotidiana, fazendo existir uma tensão perceptível entre ambas as forças. Nessa concepção, a Constituição enquanto texto, estaria submetida à realidade político-social. Todavia, se assim considerarmos, estaremos assumindo que a Constituição seria mero veículo justificador das relações de poder dominantes. Daí por que necessário o questionamento: “Existiria, ao lado do poder determinante das relações fáticas, expressas pelas formas políticas e sociais, também uma força determinante do texto constitucional?” (HESSE, 1991, p. 10-11).

O condicionamento recíproco entre norma constitucional e realidade político-social não nos permite fazer uma análise isolada de qualquer destes dois fenômenos. Por outro lado, considerar que a norma constitucional é desprovida de uma força normativa não parece uma dedução razoável. A pretensão de eficácia da norma constitucional exige uma relação de coordenação com as condições históricas de sua realização. Logo, o texto constitucional tem um significado próprio e autônomo no campo das forças que resultam na realidade estatal, e este significado adquire força normativa quando se pretende eficaz (HESSE, 1991, p. 13-15).

O que se quer dizer é que na perspectiva jurídico-normativa a Constituição é também fator real de poder, pois, vigente e eficaz. Assim, “interage com os demais fatos sociais, sobre eles influenciando e deles recebendo influência, dentro do processo dialético de ação recíproca entre a infraestrutura e a superestrutura” (COELHO, 1995, p. 36). Nesse aspecto, a Constituição, enquanto construção teórica, deve encontrar um “germe material no tempo e nas circunstâncias” (HESSE, 1991, p. 17). Do contrário, assumirá a condição de letra morta.

Tendo a força normativa da Constituição como pressuposto, surge a problemática de cunho interpretativo. Como vimos alhures, enquanto a Constituição do estado liberal-burguês consubstanciou-se na garantia das liberdades de primeira ordem, o estado social e o estado democrático de direito que o procederam buscaram garantir e efetivar as liberdades prestacionais positivas. Nessa trilha, enquanto fatores reais de poder – e conseqüentemente um emaranhado de questões políticas –, porquanto vigentes e eficazes, estas Constituições, que ao mesmo tempo redesenharam o Estado, jogaram um feixe de luz sobre o Poder Judiciário, que no novo desenho estatal, é guardião da ordem jurídica e detentor da interpretação final do texto constitucional:

Em síntese, supremacia da constituição, controle de constitucionalidade e jurisdição constitucional soberana se integram e se complementam, mutuamente, para qualificar o Estado Contemporâneo como Estado Constitucional de Direito ou, se preferirmos, como Estado Judicial de Direito, dado o crescente protagonismo político do

Judiciário, sobretudo dos órgãos da jurisdição constitucional, sem que isso implique quer a politização da justiça, quer a judicialização da política (COELHO, 2006, p. 54).

É de se notar, pois, que o caráter político-compromissório do texto constitucional e o *locus* do Poder Judiciário enquanto derradeiro intérprete do texto constitucional são o cerne da problemática da judicialização da questão política.

Quanto a isto, na perspectiva constitucional contemporânea que nos embasamos, “quanto mais o conteúdo de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa” (HESSE, 1991, p. 20), assim, aqui se defende que o Poder Judiciário, enquanto intérprete e aplicador da Constituição, deve buscar a melhor efetividade dos comandos constitucionais.

Ainda sobre a questão interpretativa, vimos que em *Luther v. Borden* a Suprema Corte dos Estados Unidos, no século XIX, admitiu que há normas constitucionais cuja aplicação e controle competem exclusivamente aos órgãos políticos democraticamente legitimados.

No caso em questão, entendeu a Corte que apenas o Poder Legislativo teria legitimidade exclusiva para, ao interpretar a Constituição, afirmar se o governo de Rhode Island atendia à cláusula de garantia, prevista no Artigo IV, Seção 4 da Constituição. Posteriormente, no século XX, *Baker v. Carr* pôs em dúvida a manutenção desta tese.

Hodiernamente, o processo de interpretação das normas constitucionais, e sua decorrente aplicação, se caracteriza pela potencial vinculação de diversos intérpretes: órgãos estatais, potências públicas, cidadãos e grupos; não havendo um elenco cerrado ou fixado de intérpretes (HÄBERLE, 2014, p. 27).

Deste modo, o conceito de interpretação passa por uma nova sistemática, pois Häberle vai defender que quem vive a norma acaba por interpretá-la ou, pelo menos, cointerpretá-la (2014, p. 27). O autor vai defender que a interpretação empreendida pela jurisdição constitucional, enquanto órgão que dá a última palavra sobre a interpretação, subsistirá. No entanto, a democratização da interpretação deve ser garantida sob a influência da teoria democrática (2014, p. 28).

De logo se diz que os direitos fundamentais necessitam, para que se produza uma interpretação razoável do próprio texto, da interpretação dos seus destinatários (COELHO, 1998, p. 126). Nos parece inarredável, assim, que uma sociedade plural nos diversos aspectos sociais (étnicos, culturais, religiosos, etc.), que busca garantir proteção a direitos a grupos minoritários, deva buscar garantir, outrossim, a pluralidade de intérpretes:

O mesmo se diga com relação àqueles direitos cujo âmbito de proteção envolve conteúdos só revelados com a ajuda hermenêutica de intérpretes não-jurídicos, como é o caso dos direitos das populações indígenas, nos termos em que são reconhecidos pelo artigo 231 da Constituição do Brasil. Sem o apoio dos próprios índios, de antropólogos e de indigenistas - que, aliás, participaram do processo constituinte - o juiz não conseguirá sequer ler esse dispositivo constitucional (COELHO, 1998, p. 126).

Dando continuidade ao conceito de interpretação em sua tese, Häberle trabalha os sentidos lato e estrito da interpretação constitucional. Nessa linha, enquanto elemento objetivo dos direitos fundamentais, esse duplo sentido representa uma complexa participação do intérprete, que se daria onde se encontra institucionalizada (2014, p. 29). Pois bem. Tal institucionalização requer uma relação cooperativa entre o Estado e a sociedade através de novos instrumentos e mecanismos de participação (LEAL, 2008, p. 33). Leal ensina, então, que o *amicus curiae*, enquanto terceiro endoprocessual com interesses de ordem material, significou uma maior abertura do debate constitucional, “na medida em que se viabiliza a participação de diversos setores da sociedade no processo” (2008, p. 40). Assim, defende também que a noção de Constituição aberta pensada por Häberle constitui uma ruptura na operacionalização da Constituição (2008, p. 46).

Ao suscitar possíveis objeções à sua tese, Häberle adentra na problemática da legitimação, que poderia vir a ser questionada acerca daqueles que não estão oficialmente ou formalmente nomeados para exercer a função de intérprete. Do ponto de vista teórico-constitucional, as forças plurais da sociedade estão legitimadas para interpretar a constituição no fato de que essas forças representam um pedaço da publicidade e da realidade da Constituição (2014, p. 38). De igual modo, enxerga que do ponto de vista da teoria da democracia:

“Povo” não é apenas um referencial quantitativo que se manifesta no dia da eleição e que, enquanto tal, confere legitimidade democrática ao processo de decisão. Povo é também um elemento pluralista para a interpretação que se faz presente de forma legitimadora no processo constitucional: como partido político, como opinião científica, como grupo de interesse, como cidadão. A sua competência objetiva para a interpretação constitucional é um direito da cidadania, no sentido do art. 33 da Lei Fundamental (NT 8). Dessa forma, os direitos fundamentais são parte da base de legitimação democrática para a interpretação aberta, tanto no que se refere ao resultado quanto no que diz respeito ao círculo de participantes (*Beteiligtenkreis*) (HÄBERLE, 2014, p. 40).

No entanto, necessário se faz reafirmar que a sociedade aberta de intérpretes não implica no abandono do Poder Judiciário enquanto intérprete derradeiro do texto constitucional.

Häberle atribui à Corte Constitucional o status de último intérprete formalmente competente (2014, p. 40). O que se tem, em verdade, é uma recolocação da Corte Constitucional, que deve relativizar a interpretação jurídica, no sentido de possibilitar que os princípios e métodos interpretativos, ao passo que conservem os seus significados, exerçam a função de filtros à “força normatizadora da publicidade”. Tem-se ainda uma modulação no que se refere ao controle: leis não tão polêmicas não necessitam de um controle rigoroso, todavia, leis que têm suma importância para a sociedade e que, em razão disso, fomenta uma maior participação interpretativa da mesma devem ganhar controle rigoroso (2014, p. 44-45).

Em nosso sentir, portanto, o Poder Judiciário, no Estado Democrático de Direito, não deve se eximir do reconhecimento de que o texto da Constituição é dotado de uma força normativa. Como vimos, não deve abster-se de prestar jurisdição, pois o fundamento da prestação jurisdicional não se reveste de intromissão em atribuições de outros Poderes, ao contrário, a prestação jurisdicional também é um mandamento constitucional. Ainda, enquanto intérprete final, deve estar atento à sociedade aberta de intérpretes. Não que isso signifique vinculação a esta ou a inviabilização de se tomar posicionamentos contra majoritários; significa, em verdade, elemento legitimador da interpretação.

2.6 A QUESTÃO POLÍTICA E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Se pretende demonstrar no presente tópico como a ideia de direito fundamental subjetivo e a sua violação, desde a concepção da doutrina das questões políticas, sempre ensejou em justificação para a prestação jurisdicional.

Antes, porém, indispensável reconstituirmos o conceito de direitos fundamentais na doutrina contemporânea. Examinando o conceito de direitos fundamentais, Silva entende que a expressão abrange as limitações impostas pela soberania popular aos poderes constituídos do Estado que dela dependem (2005, p. 178). Na configuração do Estado Democrático de Direito, pois, a ação do Estado é limitada. Tal limitação, como já tivemos a oportunidade de constatar, acompanha os Estados ocidentais desde a concepção liberal, que surge em antagonismo ao antigo regime justamente com este propósito. Da soberania popular enquanto limite à ação estatal elide, quando violados direitos fundamentais, a autorização ao Poder Judiciário, enquanto órgão legitimamente competente, para intervir na questão, ainda que esta questão seja encarada como política (TEIXEIRA, 2004, p. 41).

Nesse seguimento, ao tecer comentários à Constituição brasileira de 1967, Miranda vai afirmar, quanto à competência do Poder Judiciário em matéria de controle de

constitucionalidade que, não deve este deixar de exercê-lo por “timidez, por escrúpulo, por temor da opinião pública do momento, ou da maior tendência da imprensa” e, deixando de julgar “onde não está a linha da sua competência”, o Poder Judiciário encontra o seu âmbito de atuação. Vem afirmar posteriormente que a apreciação judicial deve recair “em todos e quaisquer atos” de todos os órgãos estatais (1967, p. 601-603). O Poder Judiciário julga e a decisão deve ser respeitada. Todavia, não cabe a este Poder invadir a competência dos outros, pois assim estaríamos diante de verdadeira desordem. Se pode deduzir então que o texto constitucional, enquanto garantidor dos direitos fundamentais é limite a ser observado tanto pelos Poderes Executivo e Legislativo quanto pelo Poder Judiciário.

Ao criticar a opção de se listar questões políticas sobre as quais não caberia o Judiciário se imiscuir, Miranda, a título de exemplo, afirma que uma dessas matérias, a saber, “declaração de guerra”, poderia, sim, vir a ser judicializada; por exemplo: “se a pessoa chamada às armas para a guerra alega, em pedido de *habeas corpus*, que o Presidente da República não teve autorização do Congresso Nacional, o que é essencial segundo o art. 47, II, da Constituição de 1967” (1967, p. 610-611). Dando continuidade, traz uma gama de amostras que põem em cheque diversas matérias que seriam questões políticas não judiciáveis, mas que, as circunstâncias de fato podem fazer com que as sejam.

No seu entender, o poder discricionário é inerente à ação política dos Poderes Executivo e Legislativo, adverte, porém, que a discricionariedade encontra seus limites na competência que é outorgada aos mesmos, assim sendo, os atos inconstitucionais são suscetíveis ao controle de constitucionalidade (1967, p. 615-616). A transposição, pelo órgão agente, da linha delimitadora da sua competência, converte a questão, antes política, em jurídica, sujeita, portanto, ao controle judicial (TEIXEIRA, 2004, p. 41).

Nesse aspecto, o posicionamento dos autores aqui analisados nos remete à construção jurisprudencial norte-americana já analisada no presente trabalho. Primeiro, se viu que desde *Marbury v. Madison* se firmou a tese de que quando os Poderes Legislativo e Executivo praticam atos que afetam direitos individuais, não há fundamento para que o Poder Judiciário deixe de prestar jurisdição:

Quando, porém, mandam-lhe a lei fazer certo ato que interessa a absolutos direitos individuais, em cujo desempenho ele não funciona sob a direção particular do Presidente, e cujo fiel cumprimento o supremo executivo não pode legitimamente proibir, nem jamais se presume ter proibido, como, por exemplo, registrar uma comissão para cargos públicos, ou uma escritura de terras, que já estavam revestidas de todas as solenidades legais, ou dar certidão desse registro; em tais casos não se imagina sob que pretexto os tribunais do país se considerariam se considerariam

positivamente escusos da obrigação de distribuir justiça à pessoa ofendida, como se aqueles deveres funcionais devessem ter sido desempenhados por outra pessoa que não o chefe do departamento (MARSHALL, 1997, p. 19).

Igualmente, em *Baker v. Carr*, se entendeu que o igual valor do voto da população do Estado do Tennessee é direito público e a lei estadual que transpassa esta garantia incorporada ao texto constitucional pela 14ª Emenda à Constituição é inconstitucional, pois fere um direito imposto pela Constituição. Logo, não haveria razão para que se negasse a prestação jurisdicional.

Diante de tais observações, parece evidente, em nosso sentir, que “quando não estejam em jogo os direitos fundamentais ou os procedimentos democráticos –, juízes e tribunais devem acatar as escolhas legítimas feitas pelo legislador, assim como ser deferentes com o exercício razoável de discricionariedade pelo administrador, abstendo-se de sobrepor-lhes sua própria valoração política” (BARROSO, 2012, p. 377). Daí por que, a existência de violação de direitos fundamentais ou da ordem democrática tornará qualquer matéria que, *a priori*, é própria do campo político, em uma matéria passível de judicialização.

A matéria da judiciabilidade de questões que se localizam no meandro político-jurídico, ante os compromissos da Constituição de 1988, é inesgotável. Tais compromissos têm desafiado os Poderes Executivo e Legislativo. O fracasso na implementação de políticas públicas, a insuficiência de recursos e a inércia, muitas vezes presente nos órgãos democraticamente legitimados, têm, cada vez mais, convidado o Poder Judiciário a traçar soluções políticas. Tem-se, pois, uma judicialização não só de questões factualmente políticas, mas também de políticas públicas, que não deixam de ser questões políticas afeitas, a princípio, aos órgãos democraticamente legitimados.

Nos próximos capítulos se buscará reconstituir a edificação jurisprudencial em torno do tratamento de questões políticas e de políticas públicas no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Ademais, se buscará, em capítulo último, à luz do método adotado na presente pesquisa, uma solução à problemática acerca dos limites ao controle jurisdicional de questões políticas.

3 O TRATO DE QUESTÕES POLÍTICAS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Supremo Tribunal Federal, como instituição decorrente do processo de proclamação da República, foi instituído em 1890. Na origem, sua competência muito se relacionava com a resolução de conflitos entre os entes da federação e julgar em grau de recurso as sentenças que contestassem a validade de leis e atos governamentais em face da Constituição. Se conclui assim que, em sua concepção, embora desenhado como cúpula do Poder Judiciário, suas atribuições eram expressamente políticas, sendo a Corte indispensável para limitar a ação do estado aos parâmetros constitucionais (VIEIRA, 1994, p. 71). Desta feita, enquanto órgão com clara atribuição política, desde os primeiros anos de funcionamento, foi instado a se posicionar diante dos Poderes Executivo e Legislativo.

Por consequência, natural que surgisse uma doutrina a respeito das questões políticas e, tal como a República norte-americana foi uma inspiração para o modelo de Corte Constitucional na formulação do Supremo Tribunal Federal, a *political question doctrine*, enquanto tese de autocontenção do Poder Judiciário, também foi transladada pela Corte brasileira (TEIXEIRA, 2004, p. 48).

3.1 PRIMEIROS PRECEDENTES DA REPÚBLICA E OS PRIMEIROS CASOS FACE À CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal, em 1892, foi provocado a se manifestar sobre o primeiro caso político, o qual passamos a analisar. O Executivo, comandado pelo então Vice-Presidente Marechal Floriano Peixoto, havia declarado o Distrito Federal em estado de sítio em contrapartida à Revolta da Armada, rebelião causada por militares que exigiam a saída de Floriano Peixoto do cargo de Presidente com a convocação de novas eleições, vez que Hermes da Fonseca havia renunciado e o Vice-Presidente, ao assumir, não convocou novas eleições, como previa a Constituição de 1891. Com base na declaração de sítio, Floriano Peixoto determinou a detenção e o desterro de parlamentares, militares e civis considerados pelo governo como envolvidas na rebelião (PEIXOTO, 2017, p. 1093-1094).

Diante das prisões, Ruy Barbosa ingressou com uma série de petições de *habeas corpus* perante o Supremo Tribunal Federal. Nelas, questiona juridicamente as medidas tomadas pelo Executivo, provocando o Judiciário a se posicionar sobre a interpretação das normas

constitucionais que regulavam o estado de sítio. No *Habeas Corpus* de nº 300¹¹, esquivando-se dos lúcidos e tecnicamente elaborados argumentos do impetrante, e interpretando as faculdades conferidas ao Presidente durante o estado de sítio, o tribunal “considerou-as como sendo discricionárias do Presidente da República, que se torna responsável pela declaração e pelos eventuais abusos cometidos no estado de sítio (...) o Supremo Tribunal Federal decidiu que essa discricionariedade implicava que as questões surgidas do uso das faculdades do Executivo no estado de sítio não podiam ser resolvidas pelo Judiciário, pois dependiam sempre de um juízo político prévio” (PEIXOTO, 2017, p. 1095).

A maioria dos Ministros, à exceção de Pisa e Almeida, pois, denegaram a ordem. Teixeira afirma que a decisão, nos termos acima transcritos, pode ser entendida como a criação, pelo Supremo Tribunal Federal, de “sua” própria doutrina das questões políticas (2004, p. 60). Tal afirmativa parece razoável, pois como vimos, e consoante o próprio Ruy Barbosa vai defender posteriormente, a inteligência posta em *Marbury v. Madison* aponta para outro caminho.

Desse modo, cediço que o primeiro caso político analisado pelo o Supremo Tribunal Federal em nada se assemelha a *Marbury v. Madison* e, diga-se ainda, que a doutrina consagrada nos Estados Unidos, longe de favorecer o pensamento majoritário da Corte, ao contrário, é “o mais bem sortido arsenal de armas utilizáveis em auxílio” de um entendimento oposto àquele (BARBOSA, 1892, p. 109). Numa síntese:

O arresto proferido na causa *Marbury vs. Madison*, portanto, estende a competência das justiças federais imensamente além da que o meu requerimento de *habeas corpus* lhes atribui. Eu reclamo para os tribunais apenas o direito de entender na apreciação de atos do governo, que ferem o indivíduo nas suas liberdades. Ele reivindica para os tribunais a faculdade de sentenciar até a respeito de atos administrativos cujo caráter eminentemente político não se pode contestar, como o provimento de cargos do governo. E porquê? Simplesmente porque, na espécie (entendia a corte suprema), havia um direito adquirido, que proteger. O juiz de paz, assinava, como estava, referendada e selada a nomeação, tinha ante si um quinquênio, durante o qual era inamovível. Pouco importa, pois, que a investidura fosse ato de governo. Esse ato, uma vez praticado, importava a aquisição de um direito. E do direito adquirido a justiça era o poder idôneo para conhecer. Se isso era verdadeiro em relação a direitos adquiridos por atos espontâneos do governo, que diria a corte suprema, quando se tratasse de direitos investidos nos indivíduos por disposição constitucional? (BARBOSA, 1892, p. 112-113).

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Habeas Corpus nº 300. Impetrante: Ruy Barbosa. Relator: Juiz Joaquim da Costa Barradas. Rio de Janeiro, 23 de abril de 1892. In: COSTA, Edgard. **Os Grandes Julgamentos do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1964, v. 1 (1892-1925), p. 26-33.

A história se repete. O Supremo foi novamente provocado acerca de uma questão política em 1897, ante uma situação semelhante à de 1892. Ao receber as tropas vitoriosas que regressavam de Canudos, o Presidente Prudente de Moraes foi atacado por um soldado. Para defender o Presidente, o Ministro da Guerra, Marechal Carlos Machado Bittencourt, atingiu o soldado com um punhal, levando-o à morte momentos depois. Referido evento motivou o Presidente a pedir ao Congresso Nacional a decretação de estado de sítio sob a justificativa de que havia uma conspiração contra a estabilidade do governo. O Congresso deu o aval. Instaurou-se, então, inquérito policial, que veio a concluir pela coparticipação de parlamentares, militares e civis, os quais foram desterrados para a Ilha de Fernando de Noronha. Ruy Barbosa, novamente, ingressou com *habeas corpus*¹² no Supremo a favor dos desterrados (TEIXEIRA, 2004, p. 77).

No entanto, mais uma vez a Corte não atendeu às pretensões de Ruy Barbosa. O Tribunal seguiu entendendo que a doutrina das questões políticas impossibilitava a apreciação do caso pelo Poder Judiciário, afirmando que competia ao Congresso examinar as decisões do Executivo questionadas no remédio (PEIXOTO, 2017, p. 1105). Poucos dias depois, do julgamento do *habeas corpus* impetrado por Ruy Barbosa, por meio da mesma via eletiva¹³, Joaquim da Costa Barradas, ex-ministro do Supremo Tribunal Federal e relator do *Habeas Corpus* nº 300, questionou os desterrados do Presidente Prudente de Moraes. Na apreciação deste segundo pedido a composição da Corte havia sido substancialmente alterada, com a chegada de três ministros, que votaram pela concessão da ordem. Além disso, o relator do *Habeas Corpus* nº 1.063, impetrado por Ruy Barbosa e julgado dias antes, Bernardino Ferreira, mudou seu voto, formando a maioria necessária para a mudança de entendimento da Corte (TEIXEIRA, 2004, p. 79). Apesar de não haver no acórdão do *Habeas Corpus* nº 1.073 e nos votos proferidos em separado referência expressa à doutrina do Juiz Marshall sobre as questões políticas, Teixeira vai concluir que, nesse último, ela acabou prevalecendo (2004, p. 84).

No presente, ante a ordem constitucional vigente, a doutrina das questões políticas, como decorrência do processo evolutivo desde a Primeira República, terá a redução do seu âmbito de aplicação como constante. A regra agora é o controle judicial das questões políticas;

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 1063. Impetrante: Ruy Barbosa. Relator: Juiz Bernardino Ferreira. Rio de Janeiro, 26 de março de 1898. In: COSTA, Edgard. **Os Grandes Julgamentos do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1964, v. 1 (1892-1925), p. 41-49.

¹³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 1073. Impetrantes: Joaquim da Costa Barradas, José Cândido de Albuquerque Melo e Matos e João Damasceno Pinto de Mendonça. Relator: Juiz Lúcio de Mendonça. Rio de Janeiro, 16 de abril de 1898. In: COSTA, Edgard. **Os Grandes Julgamentos do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1964, v. 1 (1892-1925), p. 50-67

a exceção, o exercício pela Alta Corte da sua autocontenção (TEIXEIRA, 2004, p. 150). Afirmamos ainda que essa é também uma opção política da Constituição de 1988, seja por consagrar uma gama de direitos fundamentais potencialmente sujeitos à violação por parte dos Poderes Legislativo e Executivo, seja pelo princípio da inafastabilidade de jurisdição, escrito, outrossim, como direito fundamental.

O inaugural teste de autoridade do Supremo Tribunal Federal ante a nova ordem constitucional tem como substância as medidas econômicas baixadas via Medida Provisória pelo Presidente Fernando Collor. A saber, na avaliação constitucional da Medida Provisória nº 168¹⁴, que criou uma nova moeda, congelou ativos financeiros e deu outras providências e da Medida Provisória nº 173¹⁵, que proibia a concessão de medida liminar em mandados de segurança e em ações ordinárias ou cautelares decorrentes das Medidas Provisórias do plano econômico governamental (VIEIRA, 1994, p. 98-99).

A questão da constitucionalidade ou inconstitucionalidade do bloqueio de ativos financeiros foi decidida liminarmente em março de 1989; negou-se o pedido liminar. A referida medida só voltou a ser reapreciada em 1991, nessa segunda oportunidade, reconheceu-se a constitucionalidade do bloqueio (VIEIRA, 1994, p. 105). Já a Medida Provisória nº 173 fora logo analisada pela Corte na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 223-6/DF¹⁶. Na análise constitucional desta, Vieira afirma que o Supremo decidiu de forma ambígua. O voto do Ministro Sepúlveda Pertence, acompanhado pela maioria, apesar de não reconhecer a inconstitucionalidade da Medida Provisória, não afastou a possibilidade de apreciação da matéria, caso a caso, pelo Poder Judiciário. Assim, ficou ressalvada a possibilidade de “que cada juiz, ao apreciar um pedido de liminar contra o plano econômico, pudesse avaliar se as limitações feitas pela Medida Provisória nº 173 estavam, naquele caso concreto, ferindo ou não o próprio poder cautelar do juiz de conceder liminar” (1994, p. 101).

É notável a posição conciliatória adotada pelo Tribunal nos casos que trouxemos acima, sobretudo no que se refere à Medida Provisória nº 173, pois evidente que a medida editada pelo Poder Executivo era extremamente discutível tanto do ponto de vista político quanto jurídico.

¹⁴ BRASIL. Medida Provisória nº 168, de 15 de março de 1990. Institui o cruzeiro, dispõe sobre a liquidez dos ativos financeiros, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 16 de março de 1990.

¹⁵ BRASIL. Medida Provisória nº 173, de 18 de março de 1990. Dispõe sobre a não concessão de medida liminar em mandados de segurança e em ações ordinárias e cautelares decorrentes de medidas provisórias, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 19 de março de 1990.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 223-6/DF. Requerente: Partido Democrático Trabalhista - PDT, Relator: Ministro Paulo Brossard. Brasília, 4 de abril de 1990. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346264>. Acesso em 26 de novembro de 2019.

Embora não tenha afastado a eficácia das normas em controle concentrado de constitucionalidade, a possibilidade de resguardar os direitos individuais através de controle difuso foi cimentada a fim de atenuar, de alguma forma, o arbítrio que o diploma normativo em questão representava.

Nos tópicos seguintes tentaremos traçar os principais pontos que suscitam, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a questão da sindicabilidade e controle, por parte do judiciário, de questões políticas.

3.2 ATOS DO PODER LEGISLATIVO E MATÉRIAS *INTERNA CORPORIS*

A literatura aponta para duas espécies de controle de atos do Poder Legislativo; seriam o controle político e o controle jurisdicional. O primeiro se difundiu na França revolucionária como consequência da desconfiança que se tinha com o Poder Judiciário do antigo regime. Se diz, outrossim, que o poder de veto do Presidente da República, presente no ordenamento constitucional brasileiro, seria exemplo desta espécie. O controle jurisdicional, enquanto controle preventivo, se caracteriza pelo juízo acerca das formalidades indispensáveis à formação de normas jurídicas (QUEIROZ FILHO, 2001, p. 52-54).

Nos Estados Unidos, há fortes opiniões que defendem o controle judicial das questões internas do Poder Legislativo, desde que as normas de natureza regimental também sejam de natureza constitucional. Nesse sentido, a Suprema Corte daquele país tem entendido que nos casos de atos internos do Poder Legislativo não se deve intervir quando a matéria estiver afetada à jurisdição exclusiva do Congresso (QUEIROZ FILHO, 2001, p. 70). Já vimos neste trabalho que, em *Powell v. McCormack*, se entendeu que por meio da interpretação da Constituição se pode determinar quais extensões o texto constitucional confere poder discricionário ao Legislativo, daí por que, mesmo em casos em que impera o entendimento de que a norma tenha alto teor político, ainda há a possibilidade de determinado ato vir a ser submetido ao escrutínio do Judiciário.

Na doutrina brasileira, por outro lado, Queiroz Filho aponta que Francisco Campos possuía uma postura bastante conservadora no tocante à possibilidade de qualquer controle judicial sobre atos de órgãos legislativos, mesmo se estivermos diante de normas de natureza constitucional (2001, p. 73). Diuturnamente, Ruy Barbosa, em nosso sentir, apresenta posição que muito se aproxima do espírito emanado por *Marbury v. Madison*, haja vista que “definía como de economia interna do Congresso Nacional os atos praticados dentro de sua estrita competência, conforme descrito pela Carta Política, salvo se lesarem direitos constitucionais do

indivíduo”. Na mesma linha, Pedro Lessa entende que os poderes do Legislativo encontram diâmetro na Constituição e Themístocles Cavalcanti prega que a disciplina constitucional, limitadora material e formal da competência do Poder Legislativo, quando violada, enseja subordinação ao judiciário (QUEIROZ FILHO, 2001, p. 72).

Assim, cresce hoje uma tendência de admissão total de controle de atos *interna corporis*. Para Meirelles, “é lícito ao Judiciário perquirir da competência das câmaras e verificar se há inconstitucionalidades, ilegalidades e infringências regimentais nos seus alegados *interna corporis*” (2007, p. 716). Passemos então aos entendimentos do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria.

A Corte firmou o entendimento de que controvérsias que tenham como questão a aplicação dos regimentos internos das Casas do Congresso Nacional são imunes ao controle judicial. Nessa senda, cabe apenas ao próprio Poder Legislativo solucionar as questões relativas à interpretação das normas procedimentais prescritas nos regimentos internos e só se justificaria a interferência do Judiciário quando a norma procedimental esteja prevista no texto constitucional.

Alguns mandados de segurança impetrados contra atos de autoridades das casas legislativas do Congresso Nacional trazem exemplos do que já foi entendido como matéria *interna corporis*. Nesse aspecto, no Mandado de Segurança de nº 20.415¹⁷, analisado ainda sob a ótica da Constituição de 1967, se afirmou que o pleito, ao questionar a substituição de indicação para compor Comissão Parlamentar de Inquérito, não encontra respaldo normativo no texto constitucional, haja vista que este nada prevê sobre nomeação ou afastamento de parlamentar. Assim, o Pretório Excelso não o conheceu. O Mandado de Segurança de nº 20.464¹⁸ e o Mandado de Segurança de nº 20.471¹⁹, também não foram conhecidos pelo Supremo Tribunal Federal à razão de se tratarem de normas estritamente regimentais, razão pela qual o controle judicial não seria cabível. Ambos diziam respeito à pauta legislativa e a negativa das autoridades coatoras em incluir na Ordem do Dia determinadas Proposta de Emenda à Constituição e, ao não encontrar paradigma em norma constitucional, impossibilitada a análise dos remédios pelo Tribunal (MAMEDE, 2008, p. 25).

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 20.415/DF. Relator: Min. Aldir Passarinho. Brasília, DF, 19 de dezembro de 1984. DJ de 19.04.1985, p. 5.455.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 20.464/DF. Relator: Min. Soares Munoz. Brasília, DF, 31 de outubro de 1984. DJ de 07.12.1984, p. 20.987.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 20.471/DF. Relator: Min. Francisco Rezek. Brasília, DF, 19 de dezembro de 1984. DJ de 22.02.1985, p.1.589.

A consolidação da jurisprudência acerca das matérias *interna corporis* se deu no Mandado de Segurança nº 22.503²⁰, que fora impetrado por parlamentares ante a inobservância por parte do Presidente da Câmara dos Deputados, de inúmeros dispositivos regimentais ao pautar emenda aglutinativa à Reforma da Previdência, via Proposta de Emenda à Constituição. Seguindo seu entendimento o Supremo decidiu, por maioria, que matéria regimental é questão *interna corporis*. O Mandado de Segurança foi conhecido somente no que dizia respeito à alegação de violação do art. 60, § 5º da Constituição Federal²¹. Dessa forma, “foi conhecido quanto à alegação de impossibilidade de matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada poder ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa, embora tenha sido indeferido no mérito” (MAMEDE, 2008, p. 32).

No Mandado de Segurança nº 24.831²², todavia, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a omissão por parte do Presidente do Senado Federal no que concerne à indicação de membros de Comissões Parlamentares de Inquérito – ainda que os líderes partidários tenham se absterido –, a impossibilitar a instauração destas, fere direito subjetivo da minoria parlamentar, já que atendidos, na situação examinada, os requisitos de instauração se encontravam caracterizados:

(...) o fundamento em que se apoia o mandado de segurança concerne à alegação de ofensa a direitos impregnados de estatura constitucional, o que legitima, por si só, o exercício pelo Supremo Tribunal Federal da jurisdição que lhe é inerente, de fazer prevalecer a autoridade da Constituição. Ou seja, a controvérsia instaurada não se reduz à condição de um tema revestido de caráter meramente regimental, mas da magnitude constitucional (MAMEDE, 2008, p. 37).

Desse modo, por maioria, foi concedida a segurança para assegurar à minoria legislativa no Senado Federal, o direito à efetiva composição e funcionamento da Comissão Parlamentar de Inquérito. Acertado dizer, pois, que a Alta Corte vem consolidando uma tendência a admitir um controle de conformidade do processo legislativo com os ditames constitucionais.

Até aqui analisamos, pois, o controle judicial do procedimento legislativo. No entanto, no que diz respeito ao controle de constitucionalidade de normas, embora não se admita um controle prévio de constitucionalidade, por parte do Judiciário, no que se refere à matéria das

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 22.503/DF. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DF, 08 de maio de 1996. DJ de 06.06.1997, p.24.872.

²¹ O art. 60, § 5º da Constituição Federal prevê que “a matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa”.

²² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 24.831/DF. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, DF, 22 junho de 2005. DJ de 29.06.2005, p. 11-12.

normas infraconstitucionais, a tramitação de Propostas de Emendas à Constituição está sujeita, sim, ao controle jurisdicional do ponto de vista material, a teor do disposto no art. 60, § 4º da Carta Magna²³, haja vista que o referido dispositivo prevê que não será sequer objeto de deliberação a proposta tendente a abolir a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto universal e periódico, a separação dos poderes e os direitos e garantias individuais²⁴. O mesmo raciocínio se aplica ao § 5º do art. 60 da Constituição (QUEIROZ FILHO, 2001, p. 91-92).

Parece certo dizer, portanto, que o Supremo Tribunal Federal, no que diz respeito ao processo legislativo, tem como pressuposto para prestar jurisdição a violação de direito constitucional de parlamentar ou parlamentares, no controle de normas procedimentais, quando a norma é de natureza constitucional e em matéria de Proposta de Emenda à Constituição quando inobservados os pressupostos constitucionais.

3.3 MEDIDAS PROVISÓRIAS

Vimos que no contexto do governo do Presidente Fernando Collor, o Supremo Tribunal Federal, em posicionamento ambíguo, legitimou a Medida Provisória nº 173 e não afastou a eficácia da Medida Provisória nº 168. Entretanto, foi ainda neste período que o Pretório Excelso decidiu em desconformidade com a vontade política do Poder Executivo. A decisão²⁵ a que nos referimos é a da suspensão liminar da eficácia e aplicabilidade da Medida Provisória nº 190²⁶. O referido diploma representava, materialmente, a reedição, como idêntico texto, da Medida Provisória nº 185²⁷, rejeitada pelo Congresso. O voto do relator, Ministro Celso de Mello, é considerado “antológico”:

Mais do que o simples julgamento de constitucionalidade da Medida Provisória nº 190, ou mesmo da questão de possibilidade ou não de se reeditar Medidas Provisórias, o relator tratou em seu voto da estrutura e do funcionamento do sistema constitucional, ou seja, sobre a própria essência do estado de direito. Evidenciando desta maneira um recado claro ao Poder Executivo, ao declarar: “Não basta apresentar, o governante – qualquer governante –, para justificar o exercício autorizado do poder, títulos de

²³ O art. 60, § 4º da Constituição Federal prevê que “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; II - o voto direto, secreto, universal e periódico; III - a separação dos Poderes; IV - os direitos e garantias individuais”.

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 20.257/DF. Relator: Min. Décio Miranda. Brasília, 08 de outubro de 1980. DJ de 27.02.1981, p. 1.304.

²⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 239-7/600.

²⁶ BRASIL. Medida Provisória nº 190, de 31 de maio de 1990. Dispõe sobre a suspensão da execução de sentenças em dissídios coletivos, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 1º de abril de 1990.

²⁷ BRASIL. Medida Provisória nº 185, de 4 de maio de 1990. Dispõe sobre a interposição de recurso nos dissídios coletivos e a concessão de efeito suspensivo e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 5 de maio de 1990.

legitimidade. Mais do que isso, é preciso respeitar, de modo incondicional, os parâmetros de atuação delineados no texto constitucional” (VIEIRA, 1994, p. 106).

Consignou-se, pois, que não poderia o Poder Executivo, ao arrepio da lógica que se extrai do texto constitucional, de maneira arbitrária e antidemocrática, subverter a ordem jurídica e reeditar medidas provisórias rejeitadas pelo Poder Legislativo.

Outro aspecto que ganha relevo quando o tema é o controle jurisdicional de Medidas Provisórias se refere à verificação dos requisitos constitucionais para a sua edição. O juízo acerca da urgência e relevância cabe inicialmente ao Presidente da República, no momento da edição, e depois ao Congresso Nacional, que pode não a converter em lei por ausência desses requisitos. Não caberia ao Poder Judiciário, em razão do princípio da separação de poderes, questionar aqueles pressupostos, salvo na hipótese de flagrante desvio de poder ou abuso do poder de legislar (CARVALHO, 2006, p. 353).

Nas palavras de Carvalho, deve-se ponderar, no entanto, que abrir ao Judiciário a possibilidade de verificar a ocorrência ou não da relevância e urgência, “poderia contribuir para evitar a proliferação de medidas provisórias adotadas pelo Chefe do Executivo sem a presença daqueles requisitos. Ademais, a discricionariedade que marca os requisitos da relevância e urgência não se confunde com ilegalidade nem com arbítrio, elementos incompatíveis com o Estado Democrático de Direito, que não devem ser preservados pela ação do Poder Judiciário, mediante os mecanismos de controle a seu cargo, entre eles os da constitucionalidade e legalidade dos atos do Poder Executivo” (2006, p. 354).

Assim, o controle de constitucionalidade a ser exercido pelo Poder Judiciário dos requisitos constitucionais de relevância e urgência para a edição de Medida Provisória dá-se excepcionalmente e através da análise objetiva dos referidos critérios constitucionais, conseqüentemente, o controle limita-se aos casos em que há flagrante “abuso de poder de legislar” ou “desvio de finalidade na atividade legislativa”. Se já convertida em lei, ou transcorrido o prazo *in albis* para apreciação do Congresso Nacional, há de se ter por prejudicada a ação direta de inconstitucionalidade, todavia, não há prejudicialidade quando há a conversão em lei sem alterações, haja vista que com isso sua vigência torna-se definitiva, com eficácia *ex tunc*, preservada, ainda, a integralidade do conteúdo normativo. Do contrário, também há de se reconhecer a prejudicialidade (CARVALHO, 2012, p. 417).

Portanto, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de, apenas excepcionalmente, admitir o controle de constitucionalidade dos requisitos de relevância e

urgência das medidas provisórias, a saber: quando a sua ausência for evidente, podendo ser aferida objetivamente, ou quando houver excesso de poder²⁸.

3.4 PROCESSO DE *IMPEACHMENT*

A questão do *impeachment* é outra matéria que se mostra indispensável como objeto de análise da problemática que traçamos no presente trabalho. A definição da natureza do instituto, que se coloca no meandro político-jurídico, traz consigo a possibilidade ou a impossibilidade de um controle judicial sobre a matéria – e quais seriam os limites do Poder Judiciário em um caso concreto.

A literatura, em seu conjunto majoritário, defende que o instituto tem feição política, se origina de causas políticas e objetiva resultados políticos. Contudo, a utilização de critérios jurídicos não é dispensada (BROSSARD, 1992, p. 76-77). Ainda sobre a natureza do instituto, julgamento o Mandado de Segurança nº 20.941-DF²⁹, o Ministro Sepúlveda Pertence classificou-o como de “natureza primacialmente política”. Ao decidir o Mandado de Segurança nº 21.623-DF³⁰, o Supremo Tribunal Federal tratou o processo de *impeachment* como político-penal.

Certo é que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em nenhum momento deixou de admitir o controle judicial em processo de *impeachment*. Todavia, há de se alegar lesão ou ameaça a direito subjetivo. No mesmo Mandado de Segurança nº 20.941-DF, em que se questionou decisão do Presidente da Câmara dos Deputados que rejeitou denúncia por crime de responsabilidade apresentada por Senadores contra o Presidente José Sarney, Ministros de Estado e o Consultor-Geral da República, a Corte rejeitou preliminar que alegava ausência de jurisdição do Judiciário para conhecer do pedido, firmando seu entendimento no sentido de que, no processo de impedimento do Presidente da República, embora a autorização pela Câmara e a decisão pelo Senado fossem medidas de natureza predominantemente política, sendo o seu

²⁸ Nesse sentido, BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.213/DF. Requerentes: Partido dos Trabalhadores - PT e Confederação Nacional dos Trabalhadores na Agricultura - CONTAG. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 4 de abril de 2002. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347486>. Acesso em 26 de novembro de 2019.

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 20.941/DF. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 31 de outubro de 1991.

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 21.623/DF. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, 28 de dezembro de 1992. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico/anexo/MS21623.pdf>. Acesso em: 26 de novembro de 2019.

mérito insuscetível de controle judicial, cabe ao Judiciário apreciar a regularidade do processo de *impeachment*, quando violado ou ameaçado direito subjetivo.

Nesse sentido, o posicionamento da Corte parece se coadunar com a vontade do constituinte. Certo dizer, destarte, que “o modelo processual desejado pela Constituição brasileira para o *impeachment* de Presidente da República é inerente a um modelo de jurisdição administrativa incomum no direito administrativo brasileiro”. Enquanto este último tem suas bases na tradição do direito administrativo europeu-continental, com poderes de revisão sobre a Administração Pública, o modelo processual do *impeachment* sofreu influência do constitucionalismo norte-americano (PERLINGEIRO, 2018, p. 156). Consoante vimos, é da tradição estadunidense, também, a doutrina das questões políticas.

Aqui se faz necessário um parêntese para dissecarmos como o instituto do *impeachment* já fora interpretado pela Suprema Corte daquele país. No caso *Nixon v. United States*³¹, de 1993, registrou-se que o *impeachment* não estava aberto à análise judicial. Nada obstante, o Juiz Souter afirmou que:

Pode-se, entretanto, prever circunstâncias diferentes e incomuns que justificariam uma revisão mais intensa de processos de impedimento [*impeachment*]. Se o Senado agisse de modo a ameaçar seriamente a integridade de seus resultados, condenando, por se dizer, como num cara ou coroa, ou em uma determinação sumária de que um oficial (ou funcionário público, dependendo do contexto) dos Estados Unidos fosse simplesmente um ‘cara mau’, (...) a interferência judicial poderia ser apropriada. Em tais circunstâncias, a atuação do Senado poderia estar muito longe do escopo de sua autoridade constitucional, e o impacto resultante sobre a República ser tão grande, que mereceria uma resposta judicial apesar de as preocupações com a prudência comumente recomendarem o silêncio. A doutrina das questões políticas, uma ferramenta para a manutenção da ordem governamental não será aplicada de modo a promover apenas desordem (PERLINGEIRO, 2018, p. 160).

Já afirmamos no presente trabalho que em *Powell v. McCormack* a Suprema Corte norte-americana já havia acentuado que quando se trata de interpretação da Constituição e extensão de aptidões outorgados aos Poderes constituídos, sua jurisdição está autorizada. Mesmo assim, *Nixon v. United States* parece nos ensinar igual lição: ao passo que a norma constitucional é a medida justificadora para a adoção da doutrina das questões políticas, também a é para uma intervenção judicial quando a mesma norma é desrespeitada.

³¹ ESTADOS UNIDOS. Supreme Court. *Nixon v. United States*, 506 U.S. 224. Washington, 13 de janeiro de 1993.

A jurisprudência pátria já vinha se firmando em sentido similar, consoante já apontamos. Conquanto, para além da violação de direito subjetivo, a inobservância da regularidade procedimental enseja controle jurisdicional.

Com efeito, apesar de o texto da Constituição Federal brasileira consagrar imunidade judicial para a análise dos crimes de responsabilidade pelo Senado Federal, não havendo, assim, autorização pela Constituição para que o Judiciário reveja a decisão de impedimento proferida pelo Senado, “de duas uma: ou se tem um devido processo legal no *impeachment* que se equipare às garantias de um *fair trial*, ou surge uma lacuna no sistema constitucional brasileiro, com uma decisão de solução de conflitos de competência do Senado que se encontra dentro de uma esfera de imunidade e não sujeita à cláusula do *fair trial* do art. 5º, XXXV da Constituição” (PERLINGEIRO, 2018, p. 157).

Parece ter seguindo um posicionamento muito próximo à transcrita acima e também ao excerto jurisprudencial norte-americano já mencionado o Ministro Teori Zavascki, que ao julgar o Mandado de Segurança nº 34.371/DF³², apresentado pela Presidente Dilma Rousseff no curso do processo de *impeachment* de 2016, em dado momento afirma que “somente em hipótese extremada – em que demonstrada a existência, no processo de *impeachment*, de uma patologia jurídica particularmente grave – é que caberá uma intervenção”.

Sem embargo, no que diz respeito à garantia do devido processo legal, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 378³³, se coloca como a fonte mais segura acerca do que se pode entender como o atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal a esse respeito, haja vista que em referida ação se perquiriu juízo sobre a compatibilidade do rito de *impeachment* adotado pela Câmara dos Deputados com o texto constitucional. Nos termos do voto vencedor do Ministro Luís Roberto Barroso, amparando-se na segurança jurídica e previsibilidade procedimental, se fixou que deveriam ser observados os parâmetros procedimentais adotados no processo de impedimento do Presidente Fernando Collor, em 1992.

Para o presente trabalho, no qual analisamos o controle jurisdicional das questões políticas, os mandados de segurança analisados durante o primeiro processo de impedimento sob a égide da Constituição de 1988, parecem nos trazerem melhores respostas à primordial questão aqui levantada. Foram ajuizados cinco mandados de segurança pelo Presidente no decorrer do processo de impedimento, “em dois dos quais o Tribunal viu-se obrigado a firmar posição a respeito do alcance da sua jurisdição sobre atos da Câmara dos Deputados e do Senado

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 34.371/DF.

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 378/DF.

Federal num processo desse tipo, reconhecidamente de natureza política (TEIXEIRA, 2004, p. 175-176).

No Mandado de Segurança nº 21.564/DF³⁴, que impugnava ato do Presidente da Câmara dos Deputados, por ter conferido o prazo de cinco sessões para a apresentação de defesa e haver estabelecido o voto aberto no juízo de admissibilidade a ser exercido pelos deputados em Plenário, o Supremo Tribunal Federal foi instado a se manifestar, pelo Ministro Paulo Brossad, acerca da presença ou ausência de jurisdição para o caso:

Fiel ao seu pensamento a respeito do tema, disse que a jurisdição extraordinária e exclusiva para processar o Presidente da República, por crimes de responsabilidade, conferida ao Congresso Nacional, afastava a jurisdição do Tribunal para decidir acerca de atos produzidos por qualquer das duas Casas Legislativas, no processo de *impeachment*. (TEIXEIRA, 2004, p. 176).

Todavia, a preliminar suscitada pelo Ministro Paulo Brossad não foi acolhida por seus pares. O Ministro Néri da Silveira, repetindo lição proferida no julgamento do Mandado de Segurança nº 20.941-DF, primeiro precedente, já apontando no presente trabalho, afirmou que a ausência de jurisdição da Corte no processo de *impeachment*, dizia respeito apenas ao mérito das decisões da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

Já o Mandado de Segurança nº 21.689-DF³⁵ foi ajuizado contra a Resolução do Senado Federal, que, dando por procedentes a acusação formulada contra o Presidente, a despeito de sua renúncia ao cargo, aplicou-lhe a pena de inabilitação para o exercício de qualquer outra função pública, por oito anos. A Corte então, confirmando a sua jurisprudência, ingressou no mérito, no entanto, reconheceu a constitucionalidade da resolução questionada. O Ministro Celso de Mello acentuou, inclusive, que sempre que a discussão girar em torno da constitucionalidade ou inconstitucionalidade “a questão judicial está formulada, o elemento político foi excedido”.

Volvendo ao caso mais recente, no Mandado de Segurança nº 34.441/DF³⁶, último apresentado pela Presidente Dilma Rousseff após a fatídica decisão do Senado Federal que a impediu, a defesa alegou: a) inobservância do devido processo legal (enumerando diversas nulidades e vícios materiais), b) a falta de comprovação de fatos idôneos para a condenação e c) o desvio de poder no desenvolvimento do processo. Por tais vícios, o processo de

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 21.564/DF.

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 21.689/DF

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 34.441/DF

impeachment que levou ao impedimento da Presidente não estaria dentro da “moldura constitucional desenhada para tipificar os crimes de responsabilidade”. O Ministro Teori Zavascki, ao apreciar a matéria liminarmente, apregouou:

Boa parte dos questionamentos suscitados na impetração impõe juízos ainda inéditos na experiência jurisprudencial brasileira sobre a margem de controle jurisdicional admissível no processo de *impeachment*, envolvendo delicada avaliação, nesse domínio, a respeito da cláusula constitucional da separação de poderes. A definição dos exatos limites desse tipo de intervenção judicial é tema tormentoso, circundado das mais acirradas disputas doutrinárias, potencializadas, em nosso ordenamento, pelo anacronismo da legislação que define os crimes de responsabilidade e o seu processo de julgamento (...). Nessas circunstâncias, somente uma cabal demonstração da indispensabilidade de prevenir gravíssimos danos às instituições, ou à democracia ou, enfim, ao estado de direito é que poderia justificar um imediato juízo sobre as questões postas na demanda, notadamente para o efeito de antecipar qualquer dos provimentos antecipatórios requeridos.

Ao final, entendeu o Ministro que não há a caracterização, no caso, de violação à ordem constitucional revestida de gravidade apta a justificar atuação cautelar do Poder Judiciário. Os questionamentos que imporiam juízos inéditos, por ora, ainda não foram enfrentados pela Corte. Por conseguinte, o controle judicial em matéria de *impeachment* fica adstrito às seguintes questões: lesão a direito subjetivo e quando o rito não atende aos pressupostos constitucionais, desobedecendo o devido processo legal.

3.5 ALGUMAS CONSIDERAÇÕES

Considerado tudo o que pudemos tratar no presente capítulo, percebemos que o Supremo Tribunal Federal vem amadurecendo, ao longo de sua história, o seu entendimento sobre matérias sindicáveis e não sindicáveis. Com a re colocação da doutrina das questões políticas no Habeas Corpus nº 1.073, deu-se por vencido o arbítrio. Antes dele, Barbosa já nos ensinara, amparado em Blackstone, que a liberdade civil, na sua essência, consiste no direito de todo indivíduo a reclamar o socorro das leis, “onde quer que se lhe inflija agravo”, pois para os autores, havendo um direito legal, haverá um remédio legal (1892, p. 117).

Embora tenha tomado posição conciliatória nos seus primeiros testes de autoridade ante aos primeiros casos políticos após a promulgação da Constituição de 1988, notável que não abdica o Supremo Tribunal Federal da outorga que lhe faz o próprio texto constitucional no que diz respeito a inafastabilidade de jurisdição.

Quanto aos atos internos do Poder Legislativo e as matérias denominadas de *interna corporis*, é de se ver que o império da Constituição, mais uma vez, se coloca como paradigma.

Quando há violação de norma constitucional, seja porque a norma de processo legislativo tem natureza constitucional, seja porque incompatível uma Proposta de Emenda à Constituição ante as determinações constitucionais, limitadoras formais e materiais do poder de reforma, a intervenção do Poder Judiciário está autorizada. O Mandado de Segurança nº 24.831, que reconheceu direito subjetivo da minoria parlamentar, direito este de envergadura constitucional, reforça a imperatividade do texto constitucional.

Da mesma forma, o que já temos fixado em matéria de processo de *impeachment*, ressalvada a sua natureza estritamente política, nos faz advogar que, afora o mérito da decisão de impedimento, insuscetível de judicialização, questões procedimentais podem vir a ser controladas pelo Poder Judiciário, a fim de garantir o devido processo legal, sem o qual ter-se-ia lacuna capaz de provocar crise institucional de consequências imprevisíveis.

O diálogo acerca da matéria da sindicabilidade e as balizas que limitariam a atuação do Poder Judiciário, ante a dogmática da separação de poderes, ganha outros contornos quando tratamos de direitos de segunda dimensão e das políticas públicas necessárias às suas efetivações. É o que se pretende trabalhar no capítulo seguinte.

4. POLÍTICAS PÚBLICAS ENQUANTO QUESTÕES POLÍTICAS

A despeito de as políticas públicas não serem tema muito comum entre os estudiosos contemporâneos da doutrina das questões políticas, é inegável o caráter político destas (HORBACH, 2009, p. 15). Inegável, ainda, que no plano teórico, muitos dos argumentos opostos a um controle judicial de políticas públicas são também dispensados às questões factualmente políticas, estudadas em capítulo anterior.

No presente trabalho nos propomos a revisar a doutrina das questões políticas e o problema do controle jurisdicional no contexto do Estado Democrático de Direito, razão pela qual indispensável considerarmos a sindicabilidade das políticas públicas como objeto de estudo, pois representam ferramentas estatais à consecução dos direitos prestacionais. Aqui se pretende, também, levantar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria. Preferimos abordar as políticas públicas em capítulo próprio em razão da maior profundidade que a questão exige.

4.1 DA POSSIBILIDADE DE CONTROLE JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Ao analisar a possibilidade de controle de políticas públicas por parte do Poder Judiciário, Barcellos vai argumentar, sob o ponto de vista material, que a partir do momento em que se converteu dadas opções políticas em normas jurídicas, surgiu a necessidade de se elaborar uma dogmática capaz de conferir eficácia a tais elementos normativos (2005, p. 86).

A dificuldade que se coloca, consubstancia-se, principalmente, no limite de recursos para fazer frente a infinidade de necessidades e compromissos sociais estatais. No seu entender, será necessário priorizar determinados investimentos. Tais escolhas “recebem a influência direta das opções constitucionais acerca dos fins que devem ser perseguidos em caráter prioritário”. Assim, “as escolhas em matéria de gastos públicos não constituem um tema integralmente reservado à deliberação política”, recebem, em verdade, grande acentuação de normas constitucionais³⁷ (BARCELLOS, 2005, p. 90-91).

³⁷ A autora aponta exemplos: “o art. 212 dispõe que: A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino. (...) o art. 198, § 2º dispõe que “§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre: I - no caso da União, a receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento); II - no caso dos Estados e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 155 e dos recursos de que tratam os arts. 157 e 159, inciso I, alínea a, e inciso II, deduzidas as parcelas que forem transferidas aos respectivos Municípios; III - no caso dos Municípios e do Distrito Federal, o produto da arrecadação dos impostos a que se refere o art. 156 e dos recursos de que tratam os arts. 158 e 159, inciso I, alínea b e § 3º”.

A escassez de recursos, enquanto empecilho para a consecução da efetivação dos direitos prestacionais não pode nem deve comprometer tais direitos. Há uma gama de medidas que podem ser tomadas. No âmbito judicial, decidir “não decidir” ou “escolher por não escolher”, disfarçando a existência de “escolhas trágicas, por meio de critérios que parecem neutros”, não parece ser a saída acertada para o problema (AMARAL, 2001, p. 172).

Nesse ínterim, a construção de uma dogmática jurídica consistente que viabilize o controle jurídico das políticas públicas no Brasil depende da identificação dos parâmetros de controle, da garantia de acesso à informação e da elaboração dos instrumentos de controle. Entre os parâmetros de controle teríamos, primeiro, os critérios legais, puramente objetivos; em segundo lugar, o hermenêutico, buscando-se extrair do texto constitucional o resultado final esperado da atuação estatal e; em último lugar, o controle da própria opção de política pública a ser implementada (BARCELLOS, 2005, p. 93-97).

Em defesa de uma autocontenção por parte do Poder Judiciário no trato de políticas públicas, há quem afirme que a Constituição brasileira adotou a teoria liberal clássica da separação de poderes, e que, portanto, a função de administrar a coisa pública, para promover o bem-estar social cabe ao Poder Executivo, sendo o Judiciário legitimado para intervir apenas excepcionalmente (SILVA, 2011, p. 208). Não nos parece, todavia, que essa tenha sido a escolha política da Constituição de 1988, principalmente levando-se em consideração o princípio de inafastabilidade de jurisdição, insculpido no mesmo rol dos direitos fundamentais. Concordamos com Silva, no entanto, quando afirma que “o acerto ou desacerto da política pública adotada não poderá ser objeto de controle judicial, especialmente porque o governante foi eleito e representa a vontade popular” (2011, p. 209).

A plena eficácia dos direitos sociais deve ser analisada, segundo Silva, à luz do princípio da reserva do possível, ou seja, “os pleitos deduzidos em face do Estado devem ser logicamente razoáveis e, acima de tudo, é necessário que existam condições financeiras para o cumprimento de obrigações por parte dele, de nada adiantando ordem judicial que não possa ser cumprida pela Administração por falta de recursos” (2011, p. 211). Assiste razão. No entanto, o princípio da reserva do possível, enquanto tese, não configura empecilho ao controle jurisdicional de políticas públicas. Se coloca, a nosso ver, como critério a ser levado em consideração para formação cognitiva por parte do órgão julgador. Na abordagem trazida por Barcellos, sob a qual já nos debruçamos, representaria conceito a ser considerado na hermenêutica das normas, enquanto parâmetros objetivos ou, até mesmo, como interpretação do texto constitucional acerca do resultado final que se espera da atuação estatal.

A moderna jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, há muito, tem admitido o controle judicial de políticas públicas. Nessa perspectiva, a atuação dos Poderes Executivo e Legislativo devia obedecer limites: “o limite principal era a preservação do mínimo intangível assegurador da dignidade do ser humano que não podia ser sonegado pela ação estatal (mínimo existencial). Esses eram os principais aspectos contidos no voto do Ministro Celso de Mello, relator da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45³⁸ (...). A despeito do julgamento pela prejudicialidade da arguição, o denso voto do Ministro Celso de Mello consolidou, de certa forma, o pensamento dessa vertente jurisprudencial” (VIEIRA JÚNIOR, 2015, p. 7).

Por esse ângulo, temos outras decisões da Suprema Corte brasileira avaliando políticas governamentais, como se pode depreender do julgamento do agravo regimental no Recurso Extraordinário nº 436.996/SP³⁹. Nesse precedente, “o Supremo impôs ao município paulista de Santo André a obrigação de fornecer vagas em creches e em pré-escolas para todas as crianças de até seis anos de idade” (HORBACH, 2009, p. 15). O relator afirma que:

“embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional”.

Em julgamento mais recente, no Recurso Extraordinário nº 592.581/RS⁴⁰ se pleiteava reforma de sentença que determinava ao Poder Público a execução de obras em casa do albergado sob o argumento de ofensa ao princípio da separação de poderes. O Ministro Ricardo Lewandowski, na relatoria, ao iniciar seu voto, questionou:

“indaga-se a esta Suprema Corte se, tendo em conta as precárias condições materiais em que se encontram as prisões brasileiras, de um lado, e, de outro, considerada a delicada situação orçamentária na qual se debatem a União e os entes federados, estariam os juízes e tribunais autorizados a determinar ao administrador público a tomada de medidas ou a realização de ações para fazer valer, com relação aos presos,

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45. Requerente: Partido da Social Democracia Brasileira - PSDB. Relator: Ministro Celso de Melo. Brasília, 4 de maio de 2004.

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 436.996/SP. Relator Ministro Celso de Mello, Brasília, 22 de novembro de 2005.

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 592.581/RS. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 1 de fevereiro de 2016.

o princípio da dignidade humana e os direitos que a Constituição Federal lhes garante, em especial o abrigado em seu art. 5º, XLIX”.

Ao tratar da sujeição da matéria ao crivo do Poder Judiciário, o Ministro Ricardo Lewandowski foi enfático ao afirmar que a hipótese examinada não cuidava de implementação direta, pelo Judiciário, de políticas públicas. Ao revés, para o Ministro, “trata-se do cumprimento da obrigação mais elementar deste Poder que é justamente a de dar concreção aos direitos fundamentais, abrigados em normas constitucionais, ordinárias, regulamentares e internacionais”.

Assim, por unanimidade e nos termos do voto do relator, o Pretório Excelso firmou o entendimento de que “é lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes”. A Suprema Corte, assim, deu relevo à eficácia dos direitos constitucionais e ao princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Em outras situações, a literatura aponta que cotidianamente as Cortes têm prolatado decisões denominadas de normativas. As sentenças normativas se caracterizam por não só declarar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade das normas ou atos da Administração. Há, em referidas sentenças, também, a modificação direta do ordenamento, a fim de fazer valer o mandamento constitucional. Nesse espeque, haveria dois tipos de sentenças normativas: a aditiva e a substitutiva. A primeira se consubstancia na declaração de “ilegitimidade de ato normativo na parte em que deveria expressar certa norma”, já a segunda, “é aquela que a Corte declara a ilegitimidade constitucional de um ato normativo na parte que expressa certa norma em lugar de outra: uma norma distinta que deveria expressar para ser conforme a Constituição”. (PEIXINHO, 2008, p. 34).

Exemplo de sentenças normativas seriam as proferidas no Mandado de Injunção nº 718/DF⁴¹ e Mandado de Injunção nº 712/PA⁴². Neles, o Supremo Tribunal Federal inovou. A jurisprudência anterior se limitava a declarar a existência da mora legislativa para a edição de norma regulamentadora específica. No entanto, a Corte adotou, nesses casos, uma sentença de

⁴¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 718/DF. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 6 de novembro de 2007.

⁴² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 712/PA. Relator Ministro Eros Grau. Brasília, 23 de novembro de 2007.

caráter substitutivo, impondo conteúdo normativo, vindo a “regulamentar” o direito de greve dos servidores públicos:

O parâmetro normativo foi a Lei nº 7.783/89, que é a legislação geral que normatiza o direito de greve no âmbito dos trabalhadores em geral, respeitados os princípios norteadores dos serviços públicos, especialmente o princípio da continuidade da prestação dos serviços públicos. Reconheceu a Suprema Corte que negar o exercício do direito de greve por meio do mandado de injunção significaria injustificada e inadmissível negativa de prestação jurisdicional e violação frontal a um direito fundamental, seja agente público ou trabalhador. No quadro desse julgado havia um vazio legislativo e sob pena de negativa de prestação jurisdicional, o Supremo Tribunal Federal não se limitou apenas a declarar a mora do Poder Legislativo, mas preencheu a lacuna existente, sem, contudo, assumir uma função típica do Poder Legislativo. A decisão do STF seria, para os seus pares, uma regulação provisória com perfil de sentença aditiva na ausência de norma que regula o direito de greve dos servidores públicos, até que o Parlamento venha a cumprir a sua legítima competência legislativa plena (PEIXINHO, 2008, p. 34-35).

Parece ter ido mais longe o Supremo Tribunal Federal ao julgar, em caráter liminar, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347⁴³. Na inicial da referida ação objetiva se requeria:

“a) que fossem determinados ao Governo Federal a elaboração e o encaminhamento ao Supremo, no prazo de três meses, de um plano nacional visando à superação, dentro de três anos, do quadro dramático do sistema penitenciário brasileiro; b) que o aludido plano contivesse propostas e metas; c) que o plano previsse os recursos necessários à implementação das propostas e o cronograma para a efetivação das medidas; d) que o plano fosse submetido à análise do Conselho Nacional de Justiça, da Procuradoria-Geral da República, da Defensoria-Geral da União, do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, do Conselho Nacional do Ministério Público e de outros órgãos e instituições que desejassem se manifestar e da sociedade civil; e) que o Tribunal deliberasse sobre o plano, para homologá-lo ou impor providências alternativas ou complementares; f) uma vez homologado o plano, fosse determinado aos governos dos estados e do Distrito Federal que formulassem e apresentassem ao Supremo, em três meses, planos próprios em harmonia com o nacional, contendo metas e propostas específicas para a superação do Estado de Coisas Inconstitucional; g) que o Tribunal deliberasse sobre cada plano estadual e distrital, para homologá-los ou impor providências alternativas ou complementares; e h) que o Supremo monitorasse a implementação dos planos nacional, estaduais e distrital, com o auxílio do Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas do Conselho Nacional de Justiça, em processo público e transparente, aberto à participação colaborativa da sociedade civil”.

Tal como no Recurso Extraordinário nº 592.581/RS, nesta ação de controle concentrado se discute a violação de direitos fundamentais de presos sob a custódia do poder estatal. O autor

⁴³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 18 de fevereiro de 2016.

busca o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional⁴⁴ no que concerne ao sistema penitenciário brasileiro e a adoção de providências estruturais em face de lesões a preceitos fundamentais. Tais lesões seriam decorrentes de ações e omissões dos poderes públicos. O Ministro Marco Aurélio, relator da ação, na ocasião do julgamento da medida cautelar⁴⁵, entendeu por cabível a arguição; também reconheceu a compatibilidade do Estado de Coisas Inconstitucional com o ordenamento pátrio. Em seu voto, afirmou que para ver estar configurado o Estado de Coisas Inconstitucional, há de se demonstrar: a) situação de violação generalizada de direitos fundamentais; b) inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a situação identificada; e c) a superação das transgressões, de modo que exija a atuação de todas as autoridades políticas.

Justificando a intervenção da Alta Corte, o relator assevera que não estaríamos diante de atuação, por parte do Supremo Tribunal Federal, em tarefas próprias dos demais Poderes, pois o Pretório Excelso, no seu entender, deve superar “bloqueios políticos e institucionais” sem afastar esses Poderes dos processos de formulação e implementação das soluções necessárias. Se encarrega, todavia, de estabelecer diálogo com os outros Poderes e com a sociedade, servido, a Corte, de catalizadora das políticas públicas necessárias.

Como resposta à decisão cautelar acima narrada, o Senador Antônio Carlos Valadares apresentou projeto de lei para regulamentar o Estado de Coisas Inconstitucional: ao justificar o projeto, “o Senador caracterizou o Estado de Coisas Inconstitucional como uma criação judicial preocupante, especialmente por conta da usurpação das competências dos demais poderes, Executivo e Legislativo, bem como por representar ativismo judicial”, ainda na exposição de motivos salientou que “essa heterodoxa posição do Judiciário em face dos demais poderes precisava de balizas normativas, a fim de harmonizar os princípios da separação de poderes e da reserva do financeiramente possível” (MAGALHÃES, 2019, p. 15).

A preocupação do parlamentar é bem-vinda ao debate. Todavia, a construção jurisprudencial da Corte já analisada sob os mais diversos aspectos no presente trabalho, nos

⁴⁴ Trata-se de construção jurisprudencial da Corte Constitucional colombiana, que tratou do assunto pela primeira vez na Sentencia de Unificación (SU) n° 559, de 1997. Nesse caso, a Corte Constitucional constatou existir um descumprimento generalizado dos direitos previdenciários de um grupo de 45 (quarenta e cinco) professores de dois municípios colombianos e de um grupo ainda maior que era alcançado pela situação. Declarou o “estado de coisas inconstitucional” e determinou que os municípios envolvidos encontrassem solução para a inconstitucionalidade em prazo razoável. A respeito, conferir: VIEIRA JÚNIOR, Ronaldo Jorge Araújo. Separação de poderes, Estado de Coisas Inconstitucional e compromisso significativo: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Dezembro/2015 (Texto para Discussão n° 186). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 24 de novembro de 2019.

⁴⁵ Quanto às medidas cautelares, deferiram os Ministros as seguintes: a) que os juízes e tribunais realizem, em até noventa dias, audiências de custódia; b) que a União libere as verbas do fundo penitenciário nacional e; c) *ex-officio*, que a União e os Estados encaminhem ao Supremo Tribunal Federal informações sobre a situação prisional.

sugere que, a despeito da heterodoxia visualizada nos recentes julgados, há uma preocupação em se preservar o “núcleo essencial do princípio da separação e harmonia dos Poderes”. Em tais julgados recentes se percebe, outrossim, um posicionamento razoavelmente cauteloso. Para além da preocupação acerca das repercussões que o posicionamento recente pode vir a ter na relação entre os Poderes, há quem diga que a experiência colombiana no que se refere ao Estado de Coisas Inconstitucional é negativa: “foram apontados como principais defeitos a pouca flexibilidade das ordens judiciais, a baixa fiscalização de seu cumprimento e a pouca preocupação da Corte com a real impossibilidade de as autoridades públicas cumprirem as ordens” (VIEIRA JÚNIOR, 2015, p. 12-17). Mais à frente enfrentaremos essa, dentre outras questões afeitas ao Estado de Coisas Inconstitucional.

Neste tópico inicial se pretendia, tão somente, tratar da possibilidade do controle jurisdicional de políticas públicas. Entendemos por atingido tal objetivo. A conclusão que nos cabe acerca da possibilidade de controle jurisdicional de políticas públicas, então, é a de que caberá, absolutamente, o controle judicial quando direitos fundamentais se encontram violados. Ademais de toda a argumentação jurídica despejada pelas ações judiciais analisadas, à luz da essência da doutrina das questões políticas, já debatida em diversas oportunidades no curso do presente trabalho, não caberia, também, outra conclusão. Nesse aspecto, não se pode confundir a busca pela prestação jurisdicional ou controle jurisdicional com a substância das decisões que podem vir a ser tomadas.

A problemática que se impõe agora, sobre a qual pretendemos nos debruçar diz respeito aos limites do controle jurisdicional de políticas públicas. Nos debruçaremos em tópico último. Pretendemos, inclusive, tratar da proposta legislativa do Senador Antônio Carlos Valadares, sobre a disciplina a ser aplicada no controle de constitucionalidade amparado no Estado de Coisas Inconstitucional.

4.2 AS PROPOSTAS DA ABERTURA COGNITIVA E DOS INSTRUMENTOS DE CONTROLE

Neste ponto se pretende demonstrar algumas propostas da literatura que têm como objetivo concretizar um controle jurisdicional de políticas públicas. No primeiro momento abordaremos a proposta de abertura cognitiva, num segundo, retomaremos as ideias de Barcellos, que nos sugere instrumentos para o controle judicial de políticas públicas e, finalmente, nos aprofundaremos no estudo das decisões estruturantes, base teórica do Estado de Coisas Inconstitucional.

Tendo como pressuposto a necessidade de efetivação de direitos prestacionais por parte do Judiciário sem que isso prejudique o postulado da separação de poderes, Pereira e Oliveira encontram uma resposta na filosofia do direito, no direito constitucional e no processo civil. Para os autores, com base em Dworkin, a aplicação de princípios pode fundamentar as decisões judiciais per se, no entanto, deve o julgador se preocupar com a realização dos cálculos necessários para a correta aplicabilidade daqueles. Nesse sentido, deve o Judiciário decidir com atenção à justiça substancial proposta pelo texto constitucional (2017, p. 13-16):

Isto também vale para a implementação de políticas públicas: o Judiciário conta com um aparato argumentativo para justificar suas decisões, orientando sua atuação de suporte ao Poder Executivo, quando se depara com casos em que as omissões são patentes e as decisões estruturais se fazem necessárias. Afinal, o papel do magistrado é dar sentido aos valores constitucionais, lançando mão do texto constitucional, da história e das ideias sociais. As falhas dos poderes levam a essa postura do julgador, que o faz sem estar alinhado ideologicamente com valores político-partidários, mas sim compromissado com os valores constitucionais (PEREIRA; OLIVEIRA, 2017, p. 16).

A função do julgador, assim, se torna fundamental ao ônus argumentativo, pois as suas decisões, inevitavelmente, ao passo que garante determinado sujeito ou grupo de sujeitos, pode vir a criar óbices à realização de outros direitos, de titularidade também outra. Como proposta, apresentam os autores a “reserva de consciência das decisões na abertura procedimental”. A reserva de consistência traduziria a abertura procedimental da jurisdição, absorvendo a pluralidade de argumentos que nela são depositados. Trata-se de uma proposição presente na obra de Häberle, já aqui abordada, e que implica para o magistrado o dever de construir uma fundamentação para a decisão judicial que pacifique todos os interesses colidentes. Imperativa, pois, a necessidade de órgãos que possam auxiliar o magistrado a fim de evitar o problema de obstar a realização de direitos de terceiros. O canal processual para participação destes possíveis órgãos seria dado através do *amicus curiae*, em termos mais ou menos como os defendidos por Leal, cuja proposta já trabalhamos no primeiro capítulo (PEREIRA; OLIVEIRA, 2017, p. 18-19).

Enquanto Pereira e Oliveira se preocupam com a legitimidade de um controle jurisdicional de políticas públicas à luz da teoria democrática e tendo como norte a efetividade de normas constitucionais, Barcellos vai se ocupar do estudo de uma forma de garantir a imperatividade das normas constitucionais. Assim, entende que uma vez que os parâmetros constitucionais e legais estejam fixados e se verifique, em determinado momento e circunstância, que eles não foram observados, a violação deverá acarretar consequências

jurídicas, “seja para punir o infrator, para impedir que o ato praticado em descumprimento da regra produza efeitos, ou ainda para impor a observância da regra” (2005, p. 100):

Em primeiro lugar, é possível imaginar algum tipo de penalidade aplicável ao responsável uma vez que se verifique o não oferecimento, e.g., de educação fundamental ou de atendimento médico básico a toda a população. Na segunda linha, é possível conceber que o Estado seja proibido de gastar com, e.g., publicidade governamental, até que as metas prioritárias estabelecidas pela Constituição sejam alcançadas. Em terceiro lugar, pode-se cogitar de o próprio Judiciário ser autorizado a impor aos demais Poderes Públicos o investimento nas metas constitucionais (BARCELLOS, 2005, p. 100).

A autora reconhece, no entanto, que estamos diante de pontos sensíveis. A seu ver, a construção de instrumentos de controle será provavelmente o ponto mais complexo e sensível. Por isso, afirma que a reflexão sobre ele é urgente pois possibilitaria transformar o discurso da centralidade das normas constitucionais e dos direitos fundamentais (2005, p. 102).

4.3 O “NÃO LUGAR” DO PODER JUDICIÁRIO NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Inicialmente, necessário se faz à abordagem que se pretende traçar no presente tópico levantarmos algumas ideias acerca do papel do Poder Judiciário hoje. Nesse aspecto, a centralidade do texto constitucional, tema que discutimos em capítulo primeiro desta monografia, divide espaço com a centralidade do Poder Judiciário no sistema constitucional.

Em referido contexto, o Judiciário não pode assumir uma posição passiva diante da sociedade. Streck vai defender que ao Poder Judiciário concebe-se “uma nova inversão no âmbito das relações dos poderes de Estado, levando-o a transcender as funções de *checks and balances*, mediante uma atuação que leve em conta a perspectiva dos direitos constituídos democraticamente” (2013, p. 178). Por outro lado, em significativa crítica ao que chama de decisionismo ou ativismo judicial, vê como um problema a defesa de “um direito constitucional da efetividade”, afeito a uma “concretização *ad hoc* da Constituição” (STRECK, 2013, p. 14).

Necessária a distinção, nesse aspecto, do que seria a judicialização e o que seria o ativismo judicial:

A judicialização e o ativismo são traços marcantes na paisagem jurídica brasileira dos últimos anos. Embora próximos, são fenômenos distintos. A judicialização decorre do modelo de Constituição analítica e do sistema de controle de constitucionalidade abrangente adotados no Brasil, que permitem que discussões de largo alcance político e moral sejam trazidas sob a forma de ações judiciais. Vale dizer: a judicialização não decorre da vontade do Judiciário, mas sim do constituinte. O ativismo judicial, por sua vez, expressa uma postura do intérprete, um modo proativo e expansivo de interpretar a Constituição, potencializando o sentido e alcance de suas normas, para ir além do legislador ordinário. Trata-se de um mecanismo para contornar, *bypassar* o processo político majoritário quando ele tenha se mostrado inerte, emperrado ou incapaz de produzir consenso. Os riscos da judicialização e, sobretudo, do ativismo envolvem a legitimidade democrática, a politização da justiça e a falta de capacidade institucional do Judiciário para decidir determinadas matérias. (BARROSO, 2012, p. 31).

Ao atacar uma postura ativista, ante o protagonismo do Poder Judiciário, Streck não vê sentido em se depositar todas as esperanças de realização desse direito nos juízes, haja vista que para o autor, no campo jurídico, prevalece o “paradigma epistemológico da filosofia da consciência”. Não obstante, afirma que “o que se tem visto no plano das práticas jurídicas nem de longe chega a poder ser caracterizada como filosofia da consciência, trata-se de uma vulgata disso”. Diante dos direitos a serem tutelados, como a vida ou a dignidade da pessoa humana, para ficarmos apenas em dois exemplos, qual seria, então, a tarefa do jurista? (2013, p. 14-18).

Houve uma “pré-ocupação de ordem éticofilosófica” e o direito deve ocupar-se com a construção de uma sociedade justa e solidária. Contudo, o “sopesamento” do julgador, por vezes, representa postura para além dos limites estabelecidos constitucionalmente. Daí se extrai como central o problema da discricionariedade, a ser superada pela fundamentação e justificação que guarde intimidade com os princípios que repercutem a história institucional do direito (STRECK, 2013, p. 18-26). Se depreende, pois, que ao aplicar a norma, o juiz deve observar a moldura normativa.

Aliás, ao defender tal tese, Streck vai sustentar, outrossim, a não superação do positivismo pelo que se convencionou chamar de neoconstitucionalismo, tese sustentadora do decisionismo. Argumenta ainda que o decisionismo não se coaduna com a democracia (STRECK, 2013, p. 26). A nosso ver, as colocações do autor são necessárias para combater o desvirtuamento e o arbítrio que a proposta neoconstitucionalista, afirmativamente, pode vir a desembaraçar. Nesse ponto, concordamos com Streck. Concordamos também, ainda que esta não seja uma questão a ser aqui enfrentada, com o seu posicionamento de que o neoconstitucionalismo, enquanto busca pela efetividade do texto constitucional, não é uma superação do positivismo. Divergimos, todavia, da crítica que se faz acerca da tentativa de se fazer valer, através dos preceitos constitucionais, os direitos constitucionalmente positivados.

Em nosso ponto de vista, tal tentativa não representa, diuturnamente, arbítrio. Ademais, à luz da teoria da democracia, não estamos diante de um problema quando o Poder Judiciário, diante da violação de direitos fundamentais, decide no sentido se salvaguardá-los:

Os riscos para a legitimidade democrática, em razão de os membros do Poder Judiciário não serem eleitos, atenuam-se na medida em que juízes e tribunais se atenam à aplicação da Constituição e das leis. Não atuam eles por vontade política própria, mas como representantes indiretos da vontade popular. É certo que diante de cláusulas constitucionais abertas, vagas ou fluidas – como dignidade da pessoa humana, eficiência ou impacto ambiental –, o poder criativo do intérprete judicial se expande a um nível quase normativo. Porém, havendo manifestação do legislador, existindo lei válida votada pelo Congresso concretizando uma norma constitucional ou dispondo sobre matéria de sua competência, deve o juiz acatá-la e aplicá-la. Ou seja: dentre diferentes possibilidades razoáveis de interpretar a Constituição, as escolhas do legislador devem prevalecer, por ser ele quem detém o batismo do voto popular (BARROSO, 2012, p. 31).

Em nosso sentir, o pensamento explanado acima se coloca como um parâmetro razoável ante o princípio da separação de poderes e os direitos fundamentais constitucionalmente assegurados.

De todo modo, os apontamentos acima trazidos vão de encontro com uma tendência atual de se buscar o estabelecimento de balizas à atuação estatal. Por esse ângulo, Costa afirma que normas técnicas do Conselho Nacional de Justiça e até mesmo as modificações introduzidas pelo atual Código de Processo Civil sobre a formação da decisão judicial são exemplos de limites necessários para a atuação do Poder Judiciário (2017, p. 119).

No que concerne ao Estado de Coisas Inconstitucional, o projeto de lei do Senado Federal, de nº 736/2015, vem tentar a modificação do Código de Processo Civil e da Lei 9.882/1999, que disciplina a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, “para estabelecer termos e limites ao exercício do controle concentrado e difuso de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, dispor sobre o reconhecimento do estado de coisas inconstitucional e o compromisso significativo⁴⁶” (VIEIRA JÚNIOR, 2015, p. 34). De uma leitura da proposta se percebe que a mesma não tem o intuito de impossibilitar o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional, em verdade, vem legitimar e oferecer balizas às decisões estruturantes. Assim sendo:

⁴⁶ “O compromisso significativo é uma construção da Corte Constitucional sul-africana, não sendo disciplinada formalmente por norma legal. É um processo determinado pelo Poder Judiciário, de constante intercâmbio entre cidadãos e comunidades, de um lado, e o Estado, de outro, em que as partes tentam, a partir da compreensão das perspectivas do outro, um acordo na formulação e implementação de programas socioeconômicos que afetam comunidades ou grupos de pessoas” (VIEIRA JÚNIOR, 2015, p. 32).

por intermédio do art. 2º da proposição, sugere-se acrescer à Lei nº 9.882, de 1999, dispositivos que: i) fixam objetivamente os pressupostos a serem observados pelo Supremo Tribunal Federal para que seja reconhecido o “estado de coisas inconstitucional” (art. 9º-A); ii) estabelecem que o reconhecimento do “estado de coisas inconstitucional” redundará na determinação da celebração de “compromisso significativo” entre o Poder Público e os segmentos populacionais afetados (art.9º-B); iii) indicam as diretrizes (art. 9º-C) e os requisitos necessários (art. 9º-D) para a celebração do compromisso significativo. O art. 3º, por seu turno, propõe o acréscimo de dispositivo (art. 1.041-A) à Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, para estabelecer que a decisão do Supremo Tribunal Federal, no julgamento de recurso extraordinário com repercussão geral, que reconheça o “estado de coisas inconstitucional” como seu fundamento e determine a celebração de “compromisso significativo” entre o Poder Público e os segmentos populacionais afetados, observará o disposto nas alterações propostas por este projeto de lei à Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999 (VIEIRA JÚNIOR, 2015, p. 35).

Fica evidenciado, pois, que as alterações legislativas propostas buscam tornar os preceitos fundamentais efetivos. Na perspectiva do princípio da separação de poderes, representa saída harmônica à inteligência de que o Poder Judiciário, ao reconhecer o Estado de Coisas Inconstitucional, através de decisões estruturantes, estaria por sonegar competência das forças políticas.

No mesmo esboço, Vieira Júnior ainda afirma que a proposta de construção de soluções, contida na figura do “compromisso significativo”, em que o Poder Público responsável e os segmentos sociais interessados são chamados, a partir de diretrizes fixadas pela Corte Constitucional, a buscar as soluções hermenêuticas aptas a concretizar os direitos fundamentais envolvidos, muito se aproxima da tese desenvolvida por Häberle, aqui já trabalhados, no seu aspecto da legitimação fundamental para a participação da sociedade na interpretação da norma, em que sustenta a necessidade de interpretação pluralista e procedimental da Constituição (2015, p. 33).

Diga-se, ainda, que a leitura que se faz das inovações legislativas no que se refere à participação do Poder Judiciário na concretização de direitos fundamentais, nos faz acreditar que o Poder Legislativo tem alargado o poderio do Judiciário. A recente Lei 13.300/2016, posterior à discussão sobre o Estado de Coisas Inconstitucional acima estudada, estabelece que reconhecido o estado de mora legislativa, será deferida a injunção para “a) determinar prazo razoável para que o impetrado promova a edição da norma regulamentadora e; b) estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados ou, se for o caso, as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado”⁴⁷.

⁴⁷ BRASIL, Lei 13.300/2016.

Nesse aspecto, a inovação legislativa supera uma antiga controvérsia doutrinária, visto que pacífica o entendimento de que o que se objetiva em sede de mandado de injunção não é a expedição de norma regulamentadora. Se objetiva, em verdade, o exercício efetivo de direitos fundamentais ou das demais prerrogativas constitucionalmente abarcadas pelo instituto. Assim, “há o dever de uma vez atestado o estado de mora legislativa, o juiz proceder por mecanismos de viabilização do exercício concreto do objeto jurídico pleiteado. Afasta-se, assim, a incidência da corrente não-concretista tão usada pelo STF em diversas oportunidades” (SILVA; OLIVEIRA; SANTOS, 2017, p. 127).

Nos parece, portanto, que o papel que o Poder Judiciário vem desempenhando a fim de assegurar os direitos fundamentais consagrados na Constituição tem encontrado amparo no Legislativo. O projeto de lei do Senado Federal de nº 736/2015 e a Lei 13.300/2016 – sobretudo no que prescreve o seu art. 8º, inciso II, já transcrito neste trabalho – nos permite esta leitura.

Do ponto de vista prático, no que diz respeito à harmonia entre as forças de poder estatais, as novidades legislativas parecem apontar para uma solução afável para a problemática. No entanto, o problema da constante revisão da teoria da separação de poderes e da centralização judicial ainda não parece esgotado com sob o viés teórico. Contudo, o argumento do caráter antidemocrático, muito despejado ao constitucionalismo “da efetividade” – para ficarmos numa expressão de Streck – não é visto mais por parte dos teóricos contemporâneos da democracia como desrespeito ao princípio majoritário (SARMENTO, 2009). Ademais, reconhecendo-se a abertura de boa parte das normas constitucionais, a conclusão que se admite é a de que quem o julgador também participa do seu processo de criação. Nesse sentido compartilhamos da seguinte opinião:

Estou convencido de que o Poder Judiciário tem um papel essencial na concretização da Constituição brasileira. Em face do quadro de sistemática violação de direitos de certos segmentos da população, do arranjo institucional desenhado pela Carta de 88, e da séria crise de representatividade do Poder Legislativo, entendo que o ativismo judicial se justifica no Brasil, pelo menos em certas searas, como a tutela de direitos fundamentais, a proteção das minorias e a garantia do funcionamento da própria democracia. O maior insulamento judicial diante da pressão das majorias, bem como um certo *ethos* profissional de valorização dos direitos humanos, que começa a se instalar na nossa magistratura, conferem ao Judiciário uma capacidade institucional privilegiada para atuar nestas áreas (SARMENTO, 2009).

Daí por que o “não lugar” do Poder Judiciário, no particular das políticas públicas, tem como balizas o próprio texto constitucional, afinal é em razão deste que o controle de questões políticas, aqui incluídas as políticas públicas encontra esteio. Já havíamos expressado a mesma

conclusão quando tratamos dos direitos fundamentais como justificadores de uma intervenção judicial em questões políticas. Diz respeito a tese de *Marbury vs. Madison*, exhaustivamente aqui trabalhada. Guardada a devida distância temporal que nos separa do referido julgado, os parâmetros fixados nele e em *Baker v. Carr* nos parece de uma atualidade expressiva, razão pela qual o arbítrio e o caráter antidemocrático de um hipotético controle judicial hão por se ter configurados quando agir o Poder Judiciário fora dos ditames constitucionais, imiscuindo-se em situações que consideram os direitos fundamentais ou que acatam os pressupostos democráticos. Como dissemos, é nesse sentido que parece ter razão Streck quando afirma que o neoconstitucionalismo não supera o positivismo jurídico.

5 CONCLUSÃO

Consideradas todos os pontos trabalhados no presente estudo, na busca de uma resposta para a questão do lugar do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito, nos parece salutar admitir que o tema é indispensável à atualidade do direito constitucional. Os aspectos gerais abordados no surgimento da doutrina das questões políticas muito nos têm a ensinar. Nesse sentido, a lição do Juiz Marshall acerca do controle de constitucionalidade não poderia ter melhor companhia senão a doutrina das questões políticas. No nosso entender, ambos os postulados, que muito inspiraram as experiências estatais do ocidente, consubstanciam uma dupla negação ao antigo regime. Se por um lado o arbítrio político tem como remédio o controle de constitucionalidade, por outro, a doutrina das questões políticas medeia qualquer abuso por parte dos aplicadores das normas.

É claro que do ponto de vista da contemporaneidade, e levando-se em consideração a Constituição Federal que temos, a autocontenção nos parece medida excepcionalíssima a ser adotada pelo Poder Judiciário. Porém, os ensinamentos sobre a consideração que se deve ter para com os direitos fundamentais e com a democracia são bons combustíveis à força normativa do texto Constitucional. Da mesma forma, o postulado da separação de poderes. Representa verdadeiro anacronismo, a nosso ver, sujeitar o constitucionalismo contemporâneo à teoria liberal clássica, embora esta também tenha muito o que nos ensinar.

Nesse diapasão, a efetivação de direitos fundamentais, sejam eles violados pelas questões factualmente políticas, ou por políticas públicas, devem justificar um controle judicial da questão política. Vimos que desde as matérias *interna corporis* até o processo de *impeachment* são passíveis de controle jurisdicional, à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, quando violados tais direitos, ou mesmo outras normas constitucionais.

No âmbito do tema mais sensível, o das políticas públicas; haja vista representarem clara atribuição aos poderes políticos, exsurtem novas experiências que parecem pôr em cheque a separação de poderes, até em termos contemporâneos. Todavia, as saídas que as instituições têm encontrado para a questão são inspiradoras.

Por fim, nos resta afirmar que o lugar do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito perpassa pela garantia de efetividade das normas constitucionais. No nosso entender, isso não pode representar qualquer abalo à separação de poderes. As inovações legislativas aqui trazidas parecem concordar conosco.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, José Augusto Guilhon. Montesquieu: sociedade e poder. In: WEFFORT, Francisco (org.). **Os clássicos da política**. 13 Ed. São Paulo: Ática, 2000. p. 243-255.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. São Paulo: Renovar, 2001.

BARROSO, Luiz Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial E Legitimidade Democrática. [Syn]Thesis, Rio de Janeiro, vol. 5, nº 1, 2012, p. 23-32.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 6ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. A interpretação jurídica no Estado Democrático de Direito: contribuição a partir da teoria do discurso de Jürgen Habermas: **Jurisdição e hermenêutica constitucional no Estado Democrático de Direito**. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira (org.). Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 301-357.

BARBOSA, Ruy. **O estado de sítio**: sua natureza, seus efeitos, seus limites. Rio de Janeiro: Companhia Impressora, 1892.

BARCELLOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentias e controle das políticas públicas. In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, 240: 83-103 abr/jun, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. São Paulo: Editora Malheiros 25ª Ed. 2018.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. São Paulo: Editora Malheiros 8 Ed. 2007.

BROSSARD, Paulo. **O Impeachment**. São Paulo, Editora Saraiva. 3ª ed., 1992.

CARVALHO, Priscila Cesar Lins Assis de. O controle de constitucionalidade judicial dos requisitos de relevância e urgência das medidas provisórias. **De Jure: revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, MG, n. 19, jul. 2012, p. 405-438.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição: direito constitucional positivo**. 12. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

COELHO, Inocêncio Mártires. As idéias de Peter Häberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, 211: p. 125-134 jan/mar 1998.

COELHO, Inocêncio Mártires. Konrad Hesse: uma nova crença na Constituição. **Revista de Doutrina e Jurisprudência**, Brasília, set./abr. 1995. p. 33-49.

COELHO, Inocêncio Mártires. O Novo Constitucionalismo e a Interpretação Constitucional. **Direito Público**. nº 12 abr/mai/jun, 2006. P. 48-73.

COSTA, Claudia Marcia. **O protagonismo do Poder Judiciário no Estado Social e Democrático de Direito**: diagnósticos, consequências e contribuições para a sua transformação democrática. 2017. 166 f. Tese (Doutorado em Direito Político e Econômico) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2017.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? **Revista USP**. São Paulo. Dossiê Judiciário nº 21, mar/abr/mai de 1994. p. 12-21.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional: A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. **Direito Público**. nº 60, nov/dez, 2014. p. 25-50.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Traduzido por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

HENKIN, Louis. Is There a “Political Question” Doctrine? **Yale Law Journal**. New Haven, abril, vol. 85, 1976. p. 597-625.

HORBACH, Carlos Bastide. Controle judicial da atividade política: as questões políticas e os atos de governo. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 46 n. 182 abr./un. 2009. p. 7-16.

IRARRÁZAVAL, Luis Alejandro Silva. **Las cuestiones políticas**: una doctrina sobre los límites del poder judicial. El caso de los Estados Unidos. *Estudios Constitucionales*, ano 14, nº 2, 2016. p. 231-262.

KLAUTAU FILHO, Paulo. **A primeira decisão sobre controle de constitucionalidade: Marbury vs. Madison (1803)**. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 2, jul./dez. 2003. p. 256-275.

LEITÃO, Rômulo Guilherme. **“Judicialização da política” e governabilidade democrática no âmbito do poder local**. 2008. 107 f. Tese (Mestrado em Direito Constitucional) – Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2008.

LIMONGI, Fernando Papaterra. “O Federalista”: remédios republicanos para males republicanos. In: WEFFORT, Francisco (org.). **Os clássicos da política**. 13 Ed. São Paulo: Ática, 2000. p. 111-120.

MAGALHÃES, Breno Baía. O Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 15 n. 2, 2019. p. 1-37.

MAMEDE, Elissa Navarro. **Limites do controle jurisdicional do processo legislativo**. 2008. 46 f. Tese (Pós-graduação em Direito Legislativo) – Universidade do Legislativo Brasileiro, Brasília, 2008.

MARSHALL, John. **Decisões Constitucionais de Marshall**. Traduzido por Américo Lobo. Brasília: Ministério da Justiça, 1997.

MEDEIROS, Fabrício Juliano Mendes. Separação de poderes: de doutrina liberal a princípio constitucional. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 45 n. 178 abr./jun. 2008. p. 195-205.

MEIRELLES, Hely Lopres. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Leonel Itaussu Almeida. John Locke e o individualismo liberal. In: WEFFORT, Francisco (org.). **Os clássicos da política**. 13 Ed. São Paulo: Ática, 2000. p. 79-89.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1964**, t. III. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Jurisdição Constitucional Aberta: a Abertura Constitucional Como Pressuposto de Intervenção do Amicus Curiae no Direito Brasileiro. **Direito Público**. nº 21. mai/jun. 2008. p. 27-49.

MORAES, Ricardo Quartim de. A evolução histórica do Estado Liberal ao Estado Democrático de Direito e sua relação com o constitucionalismo dirigente. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília. ano 51, n. 204, out./dez. 2014. p. 269-285.

OMMATI, Fides. Dos freios e contrapesos entre os poderes do estado. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 14 n. 55 jul/set. 1977, 55-82.

PEIXINHO, Manoel Messias. O princípio da separação dos poderes, a judicialização da política e direitos fundamentais. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, n. 4, jul./dez. 2008 p. 13-44.

PEIXOTO, Rodrigo Luz. O Supremo Tribunal Federal e o estado de sítio na República Velha: a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o estado de sítio, do início da República

até a revolução de 30 (1893-1930). **Quaestio Iuris**. Rio de Janeiro. vol. 10, nº. 02, Rio de Janeiro, 2017. p. 1090-1124.

PERLINGEIRO, Ricardo. Impeachment e devido processo legal. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5. n. 1. jan/abr. 2018. p. 151-167.

QUEIROZ FILHO, Gilvan Correia de. **O controle judicial de atos do Poder Legislativo: atos políticos e interna corporis**. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

RIBEIRO, Maria Luísa Silva. Doutrina das questões políticas e jurisdição constitucional: análise da atuação do Supremo Tribunal Federal à luz da teoria discursiva do direito e da democracia. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília a. 44 n. 173 jan./mar. 2007 p. 209-224.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: **Direitos fundamentais e Estado constitucional**. Estudos em homenagem a J.J Gomes Canotilho. São Paulo: RT, 2009.

SILVA. José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 25ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Leandro José. Controle judicial das políticas públicas. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 191-218, jan./jun. 2011.

SILVA, Tagore Trajano de Almeida. OLIVEIRA, Ilzver de Matos. SANTOS, José Henrique Araújo. Teoria da eficácia do mandado de injunção sob o enfoque da Lei 13.300/2016. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA**, v. 27, n. 01, 2017. p. 107-130.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. O constitucionalismo no brasil e a necessidade da insurgência do novo: de como o neoconstitucionalismo não supera o positivismo. Florianópolis, **Revista do CEJUR/TJSC**. v. 1, n. 01. dez. 2013. p. 11-28.

TEIXEIRA, José Elares Marques. **A doutrina das questões políticas no Supremo Tribunal Federal**. 2004. 233 f. Tese (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2004.

TUSHNET, Mark Victor. Law and Prudence in the Law of Justiciability: The Transformation and Disappearance of the Political Question Doctrine. **North Carolina Law Review**. Chapel Hill, vol. 80, 2002. p. 1203-1235.

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

VIEIRA JÚNIOR, Ronaldo Jorge Araújo. **Separação de poderes, Estado de Coisas Inconstitucional e compromisso significativo: novas balizas à atuação do Supremo Tribunal Federal**. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, Dezembro/2015 (Texto para Discussão nº 186). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 24 de novembro de 2019.