

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA – UFSC
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
DEPARTAMENTO DE DIREITO – DIR
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – CPGD
PROGRAMA DE DOUTORADO

Danielle Anne Pamplona

O processo de decisão de questões políticas pelo
Supremo Tribunal Federal – a postura do juiz

Florianópolis
junho de 2006

Danielle Anne Pamplona

O processo de decisão de questões políticas pelo
Supremo Tribunal Federal – a postura do juiz

Tese apresentada ao Curso de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito à obtenção do título de Doutor em Direito, área de concentração em Direito, Estado e Sociedade, e aprovada em sua versão final na forma prevista no Regimento no CPGD/UFSC.

Orientador: Horácio Wanderlei Rodrigues

Florianópolis
junho de 2006

Autor: Danielle Anne Pamplona

Título: O processo de decisão de questões políticas pelo Supremo Tribunal Federal – a postura do juiz

Tese apresentada ao Curso de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, como requisito à obtenção do título de Doutor em Direito, área de concentração em Direito, Estado e Sociedade, e aprovada em sua versão final na forma prevista no Regimento no CPGD/UFSC.

Florianópolis (SC), de de 2006.

Professor Orientador: Doutor Horácio Wanderlei Rodrigues
UFSC – Universidade Federal de Santa Catarina

Coordenador do Curso: Professor Doutor Orides Mezzaroba
UFSC – Universidade Federal de Santa Catarina

Autor: Danielle Anne Pamplona

Título: O processo de decisão de questões políticas pelo Supremo Tribunal Federal – a postura do juiz

Tese apresentada ao Curso de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito à obtenção do título de Doutor em Direito, área de concentração em Direito, Estado e Sociedade, e aprovada pela banca examinadora composta pelos professores abaixo assinados.

Florianópolis (SC), de de 2006.

Professor Doutor Horácio Wanderlei Rodrigues
Universidade Federal de Santa Catarina

Membro da Banca Examinadora [título, nome e IES]

Membro da Banca Examinadora [título, nome e IES]

Membro da Banca Examinadora [título, nome e IES]

Membro da Banca Examinadora [título, nome e IES]

RESUMO

O trabalho versa sobre o processo de decisão pelo qual os juízes passam quando se deparam com questões políticas, aquelas que foram decididas em instância final pelos Poderes Legislativo e Executivo. Foi necessário estabelecer o que são questões políticas, sua inter-relação com os temas da separação de poderes, do controle de constitucionalidade e com alguns princípios constitucionais escolhidos. A atividade judicial também foi avaliada enquanto processo interpretativo, tendo como norte os ensinamentos de Ronald Dworkin. A avaliação do sujeito do processo interpretativo foi feita considerando-se os ensinamentos de Fritjof Capra. A importância do tema é refletida pelas exigências impostas aos juízes pelo Estado atual, aliadas à preponderância do Poder Judiciário sobre os outros Poderes, eis que, ao se lhe franquear o controle da constitucionalidade de atos e leis, há uma outorga de poder fiscalizatório bastante alargado. Isto não poderia ter sido feito sem a leitura da doutrina e jurisprudência americanas, já que o ordenamento brasileiro de lá importou vários de nossos institutos. Com isso, foi possível conjugar os ensinamentos dos dois autores, para encontrar um fundamento para a obrigação de o Poder Judiciário se manifestar inclusive nos casos em que se defronta com uma questão política, além de fornecer subsídios a respeito de como tal decisão deve ser produzida.

Palavras-chave: Poder Judiciário. Questões políticas. Processo de decisão judicial.

ABSTRACT

The thesis explores the decisional process of political questions, those which were ultimately decided by the other branches of Government. It defines political questions, their relations with the Separation of Powers doctrine, the judicial review and some chosen constitutional principles. The judicial activity was also analyzed as the interpretation process that it is, founded on the ideas of Ronald Dworkin. The analysis of the subject of the interpretation process was determined by Fritjof Capra's ideas. The relevancy of the work is exposed by the duties imposed to judges nowadays, as well as by the prominence of the Judiciary Branch, since being able to exercise the judicial review has given it a broad spectrum of action. Reading North-American doctrine and jurisprudence was essential for developing the thesis since so much was imported by the Brazilian law system. Then, it was possible to work with both authors and agree a foundation for imposing to the Judiciary Branch the resolution of even a political question, and beyond that, to find ways of explaining how the decision-making process should occur.

Keywords: Judiciary Branch. Political Questions. Judicial decisional process.

RESUMÉ

Le travail porte sur le processus de décision par lequel passent les juges lorsqu'ils se trouvent face à des questions politiques, celles décidées en instance finale par les pouvoirs Législatif et Exécutif. Il nous a fallu établir ce qui est de questions politiques, leur interrelation avec les thèmes de la séparation des pouvoirs, du contrôle de constitutionnalité et avec quelques principes constitutionnels choisis. L'activité judiciaire a été également évaluée en tant que processus interprétatif, ayant pour nord les enseignements de Ronald Dworkin. L'évaluation du sujet du processus interprétatif a été réalisée tout en prenant en compte les enseignements de Fritjof Capra. L'importance du thème est reflétée par les exigences imposées aux juges par l'Etat actuel, aliées à la primauté du Pouvoir Judiciaire sur les autres pouvoirs, et voilà que, lorsque l'on lui accorde le contrôle de la constitutionnalité d'actes et de lois, il y a un octroi de pouvoir surveillant assez élargi. Cela n'aurait pas pu être fait sans la lecture de la doctrine et jurisprudence américaines, car la législation brésilienne en a importé plusieurs de nos instituts. Par cela, il nous a été possible de conjuguer les enseignements des deux auteurs afin de retrouver un fondement à l'obligation du Pouvoir Judiciaire de se manifester voire dans les cas des questions politiques, outre le fait de fournir des subsides par rapport à la manière selon laquelle une telle décision doit être produite.

Mots-clés: Pouvoir Judiciaire. Questions politiques. Processus de décision judiciaire.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 O SURGIMENTO E A ORGANIZAÇÃO DO ESTADO	16
2.1 ALGUMAS MODALIDADES DE ESTADO	20
2.2 O ESTADO TRIPARTITE	23
2.3 DO SISTEMA CONSTITUCIONAL ANALISADO	31
2.3.1 Limitações ao poder político	32
2.3.1.1 A separação de poderes	34
2.3.1.2 Controle de constitucionalidade	42
3 AS QUESTÕES POLÍTICAS	52
3.1 A NATUREZA DAS QUESTÕES POLÍTICAS	52
3.1.1 Atos de governo e atos de Estado	52
3.1.2 Atos discricionários	54
3.2 DELIMITAÇÃO DO CONCEITO	58
3.2.1 O caso Marbury vs. Madison	59
3.2.2 A doutrina nos Estados Unidos da América	64
3.2.3 Alguns casos da Suprema Corte americana	70
3.3 A DISCUSSÃO SOBRE A DOUTRINA DAS QUESTÕES POLÍTICAS NO BRASIL	79
3.4 AS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS	87
3.5 A JURISPRUDÊNCIA	89
3.6 A ADOÇÃO DA DOUTRINA DAS QUESTÕES POLÍTICAS	100
3.6.1 Análise diante da separação dos poderes	104
3.6.2 Análise diante do princípio da inafastabilidade do Judiciário	107
3.6.3 Análise diante do aspecto material da devida adequação ao direito ...	113
3.6.4 Da possibilidade de adoção da doutrina das questões políticas no Brasil atual	114
3.6.4.1 O controle de constitucionalidade dos atos administrativos	116
3.6.5 Conseqüências da adoção da doutrina	123

4 O PODER JUDICIÁRIO	124
4.1 HISTÓRICO DO PODER JUDICIÁRIO E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	124
4.2 O PODER JUDICIÁRIO E A ANGÚSTIA DO SER HUMANO	129
4.3 FORMAS DE PREENCHIMENTO DE CARGOS	131
4.3.1 Legitimidade das decisões	135
4.4 AS FUNÇÕES DO PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL	143
4.4.1 As mazelas do Poder Judiciário no Brasil	144
4.5 CORTES CONSTITUCIONAIS	146
4.5.1 O Supremo Tribunal Federal	147
<i>4.5.1.1 Função social</i>	<i>149</i>
<i>4.5.1.2 Função econômica</i>	<i>151</i>
4.6 O PODER POLÍTICO E A SUPREMA CORTE BRASILEIRA	152
5 O PROCESSO DE DECISÃO	161
5.1 INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL	163
5.2 A TEORIA DE RONALD DWORKIN	168
5.3 O PENSAMENTO DE FRITJOF CAPRA	189
5.4 A CONTRIBUIÇÃO DE RONALD DWORKIN E FRITJOF CAPRA PARA COM O TEMA	193
5.5 A PREPONDERÂNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL	215
6 CONCLUSÃO	224
REFERÊNCIAS	230

1 INTRODUÇÃO

Há muito, o tema deste trabalho incomoda sua autora. Pelo menos desde o ingresso no curso de mestrado, já era rondada por duas indagações que, à época, não lhe pareciam estar conectadas. A primeira dizia respeito ao julgamento, pelos Tribunais, de casos que envolviam decisões finais dos Poderes Executivo e Legislativo. A segunda dizia respeito aos instrumentos utilizados pelos juízes quando colocavam um ponto final em assuntos vitais para as pessoas.

A tese do presente trabalho diz respeito ao modo de ocorrência da decisão pelos juízes e que serventia teria a teoria das questões políticas na tentativa de encontrar uma resposta satisfatória para a primeira questão. A preocupação foi voltada para o Judiciário brasileiro e, para o Supremo Tribunal Federal, em particular. Explica-se: as questões políticas afloram com facilidade em casos onde o Judiciário deve fazer o controle de constitucionalidade. Ora, é quando o juiz se defronta com questões políticas que sua verdadeira essência, enquanto ser humano e julgador, vem à tona. Decidir as questões políticas apresenta um número maior de problemas diante de todos os princípios e interesses envolvidos.

Somente muito depois do ingresso no mestrado é que percebeu como as coisas estavam relacionadas. Aliás, foi muito mais tarde que percebeu que tudo se relaciona, ainda que se trate de coisas que, em um primeiro momento, pareçam ser incomensuráveis. Somente o amadurecimento pessoal pode trazer algumas certezas, ainda que passageiras – eis que o amadurecimento é um processo para a vida inteira –, a respeito das relações dos seres humanos entre si e com o mundo. Todo o estudo e a pesquisa estão fortemente influenciados pelas crenças que a autora carrega acerca do espírito humano e de suas possibilidades de conquista.

Aquelas indagações foram acentuadas no curso de Doutorado, em especial nas frutíferas aulas de Teoria do Conhecimento ministradas pelo Orientador desta tese, Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues. São aulas que não serão esquecidas, pois juntou-se ali um grupo com sinergia ideal para fazer o

conhecimento acontecer. Cada um contribuiu com sua parte, uns muito mais do que outros, e, por certo, a autora fez parte do segundo grupo. De qualquer modo, foi nesses encontros que um ciclo se fechou. O complemento que faltava para que a autora colocasse um ponto final em algumas indagações veio, em especial, com a leitura de Fritjof Capra e com as discussões acaloradas sobre o pensamento do autor.

O trabalho ficou estruturado em duas partes quantitativamente bastante desiguais e filosoficamente ainda mais diferentes. Isso, desde logo alertamos, pode causar um susto ao leitor desavisado. A primeira parte é bastante dogmática, tratando da realidade histórica da organização dos Estados, dos julgamentos e do Poder Judiciário. A segunda parte, que por este critério é representado tão-somente pelo último capítulo, volta-se à filosofia, ao julgamento enquanto processo jurídico e ao julgamento enquanto processo, cuja ocorrência se dá em um ser. É aí que fica evidente que não se pode separar a ideologia da autora das conclusões que defende.

A longa jornada para chegar às conclusões deste trabalho teve início, certamente, com as indagações acerca das questões políticas: o que são de fato? Encontrar uma resposta para essa primeira pergunta já não foi tarefa fácil. Muito foi lido, em especial na doutrina e jurisprudência americana, para se chegar à conclusão de que os norte-americanos, longe de procurarem um conceito, estavam mais preocupados com os casos em que as questões políticas surgiam. Uma vez definido o que são tais questões, indagou-se “quando” e “se” deve a teoria ser aplicada em nosso ordenamento. Para isso, necessário foi levantar os princípios constitucionais que a Constituição de 1988 prescreve, realizando uma avaliação da possibilidade e obrigatoriedade da aplicação da teoria. E somente agora, revisando notas há muito escritas, percebe-se que a possibilidade e a obrigatoriedade da aplicação da doutrina foram tema de intenso debate interno: se aplicada, ofende o devido processo legal material e o princípio da inafastabilidade da jurisdição, se não aplicada, ofende o princípio da separação de poderes. Ou tomava-se partido da separação de poderes e defendia-se a teoria a ferro e fogo, ou defendia-se um Poder Judiciário extremamente forte, capaz de decidir até mesmo as chamadas questões políticas. A decisão foi fruto de muita reflexão.

Neste ponto foi necessário reconhecer que a aplicação da teoria das questões políticas serve àqueles que pretendem reforçar outra teoria, a da separação de poderes. Ocorre que, no caminho, a discussão precisou ser voltada para o papel do Judiciário e à ocorrência ou não de usurpação da atividade do Poder Legislativo. Por isso é que a doutrina da separação de poderes teve de ser visitada, e sua aplicabilidade discutida. Portanto, necessário foi desenvolver também esse tema, trazendo ao trabalho a opinião dos autores acerca da própria aplicação desta teoria. Mas, se foi identificado que a teoria das questões políticas reforça a teoria da separação de poderes, também foi identificado qual o remédio para isso, ou seja, o que é utilizado pelo ordenamento para que se tente chegar a um equilíbrio. E então o texto se deparou com o instituto do controle de constitucionalidade. Percebe-se, portanto, que o caminho não foi curto para se chegar ao tema das questões políticas e, quando aí se chegou, necessário ainda foi ir adiante, para complementar o raciocínio.

Por isso, o processo de decisão também foi analisado. Não foi elaborado estudo minucioso de cada uma das teorias que tentam explicá-lo porque a autora já partiu de sua preferência, conquistada no decorrer dos estudos de pós-graduação: Ronald Dworkin. A autora teve contato com os escritos do professor Dworkin em um curso na Faculdade de Direito de Harvard. De lá para cá, o autor foi lido e relido, possibilitando uma melhor compreensão e evidenciando a simpatia da autora por suas idéias. Dworkin procura explicar o processo de decisão, afastando a idéia de que o juiz deve simplesmente aplicar a lei. Para ele, tal processo é muito mais complexo, e a carga de dificuldade ainda pode ser aumentada, de acordo com as hipóteses que devem ser resolvidas. Este autor acredita que o Direito é construído pelos juízes, na medida em que o interpretam e o aplicam ao caso concreto. Por isso, ele compara as decisões judiciais a um romance escrito por vários autores. Cada autor deve complementar o que o autor precedente escreveu, sem perder a lógica do fundamento.

Ronald Dworkin define, portanto, como as decisões são tomadas, indicando que o juiz não deve se preocupar com o bem-estar geral da comunidade, mas, sim, com os princípios envolvidos naquele caso e com o direito da parte envolvida. Neste ponto, ao definir que o juiz deve levar em consideração princípios, e não políticas, a autora encontrou dificuldades para justificar a teoria. O problema

que se apresentou foi o de como justificar a eleição, pelo juiz, de um ou outro princípio para definir determinado caso concreto.

Foi então que se fez um salto, e aqui a aparente incomensurabilidade do trabalho, e retirou-se da filosofia de Fritjof Capra o necessário para complementar Ronald Dworkin. Capra não tem qualquer preocupação acerca do processo judicial, é um autor muito mais amplo, preocupado com a vida do homem em sociedade e com suas relações consigo. Para Capra, o mundo está interligado em uma enorme rede, e todas as ações influenciam e são influenciadas mutuamente. Capra busca justificar a idéia de que é obrigatório e urgente que os indivíduos tenham consciência de si, de seus atos e dos outros. Sua linha de raciocínio está voltada para a postura, para o comportamento humano. Ainda que estejam a falar sobre assuntos totalmente diversos, foram esses ensinamentos de Capra acerca da postura do ser humano os aproveitados para fechar o raciocínio acerca da atividade judicial desenvolvido por Dworkin. Fácil é concluir que os princípios escolhidos devem refletir um ser humano preocupado com seus iguais e com o meio onde está inserido; fácil é concluir que o juiz, muito mais do que ser um conhecedor da lei, deve ser um conhecedor da essência humana.

Em síntese, portanto, o problema que se coloca no presente texto é a obrigatoriedade ou não de o magistrado tomar uma decisão quando se depara com uma hipótese que pode ser classificada como política, e, se ele deve decidir, como o fará.

A pesquisa se deu principalmente na biblioteca da Universidade de São Paulo, na biblioteca da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, na biblioteca do Congresso dos Estados Unidos e na biblioteca da Harvard Law School. Mas toda essa busca não estaria perto de ser completada se não fosse a pesquisa do Professor Sansão José Loureiro, que nos foi confiada com a missão de, um dia, finalizar este trabalho. A dificuldade pela pesquisa na língua inglesa foi bastante acentuada na infinita leitura de casos, já que a linguagem especificamente jurídica foge, por obviedade, àquela comum do dia-a-dia, mais facilmente dominada.

Assim, no primeiro capítulo, a preocupação foi definir o tipo de Estado do qual o trabalho tratará. Para isso, além de discutir a origem do Estado, delimitou-se a diferença entre o Estado liberal e o social, identificando o papel do Poder Judiciário e do juiz em cada um deles. A discussão passou também pelo tema da separação

de poderes, não somente para ressaltar o que a doutrina já diz acerca da possibilidade de sua aplicação, mas para visualizá-la como doutrina que é reforçada pela aplicação da teoria das questões políticas.

No segundo capítulo, cuidou-se da teoria das questões políticas, de sua conceituação, exemplos, origem e aplicação, tanto nos Estados Unidos – de onde foi importada para o Brasil – quanto no ordenamento pátrio. Neste capítulo, procurou-se demonstrar que há princípios constitucionais expressos que impedem a tentativa de afastar da análise do Poder Judiciário quaisquer questões, o que acaba por responder se é possível invocar a doutrina no Brasil atual e, para além disto, quais as conseqüências de sua aplicação. Aliás, a própria estrutura do Estado e a posição do Poder Judiciário atual exigem do juiz uma postura um tanto quanto ativa, buscando dar efetividade aos direitos dos indivíduos.

No terceiro capítulo, a preocupação foi com o Poder Judiciário, com a legitimidade das decisões do Supremo Tribunal Federal diante da forma de preenchimento de seus cargos, com suas funções e, em especial, com seu poder político. Avaliar o entrelaçamento do Direito e da política, como isso ocorre e quais as conseqüências para as atividades do julgador também foram preocupações do capítulo, o que levou à questão de como se dá a atividade de julgar, o processo de decisão. O fato de existir uma função específica para um órgão como o Judiciário não foi obra do acaso. Analisar as construções de Aristóteles e Montesquieu com suas propostas de divisão do poder levou a questionar o que havia antes de um Estado com o poder dividido em três funções. E mais: o Estado como preconizado, com seu poder dividido, realmente funciona? É ele que tem sido aplicado nos países modernos? A resposta a essas indagações leva a crer que a sociedade deve exigir do Estado que tome decisões, em especial em situações cruciais, devendo ser derrubado o mito de que o Legislativo está, realmente, a representar a vontade da maioria da população. E mais, tais decisões devem ser coerentes, em concordância com os princípios que eleja como fundamentais.

Além disto, não seria possível concluir acerca das limitações ao Poder Judiciário, se é que existem, sem avaliar o próprio texto constitucional que dita princípios vitais para a solução do problema, como o devido processo legal e o da inafastabilidade da jurisdição.

Necessário foi, então, analisar o papel do Poder Legislativo e as críticas que são feitas sempre que o Judiciário tem uma atuação ativa. O problema da legitimidade das decisões, diante do Poder Judiciário e do Poder Legislativo, também foi tratado no presente trabalho, sem olvidar que, em última instância, trata-se da tentativa de conciliação entre o Estado democrático, fundamentalmente preocupado com a vontade da maioria, e o Estado Constitucional de Direito, que se preocupa com a implementação de princípios e normas que não refletem, necessariamente, a vontade da maioria.

Por isso, no quarto capítulo, avaliou-se o processo de decisão, como o juiz interpreta as normas constitucionais e as conseqüências das diversas formas de atuação. É neste capítulo que, como informado acima, se toma partido de uma forma em especial de aplicação de normas, a preconizada por Ronald Dworkin, mas não somente para acatá-la em sua plenitude, sem qualquer crítica. Ao contrário, ciente de que mesmo a doutrina de Dworkin tem limitações, buscou-se possibilitar sua utilização através de uma visão filosófica do processo de decisão, com apoio em Fritjof Capra. A necessidade de aplicação de uma nova ética, voltada para a completude do indivíduo e para o reconhecimento de suas relações com o ambiente que o cerca, foi percebida como essencial. E foi neste quadro que se quis inserir a atividade jurisdicional quando julga também as questões políticas.

A autora está ciente do salto que deu ao tentar utilizar teorias tão diversas, até mesmo incomensuráveis, mas acreditou na possibilidade de tal trabalho pelo simples fato de que utiliza as duas teorias como complementares uma a outra, sem qualquer tentativa de sobreposição. Utiliza Dworkin até suas conclusões acerca do modo como o juiz decide, e, então, utiliza Capra, para definir como o juiz pode buscar a melhor decisão. Definitivamente, não há contradição entre os autores utilizados, o que possibilitou a mútua colaboração.

O trabalho pretende dar uma resposta a cada uma destas questões. Pode não ser uma posição definitiva, mas é o melhor que o amadurecimento intelectual, cultural e social da autora pôde obter neste momento.

2 O SURGIMENTO E A ORGANIZAÇÃO DO ESTADO

Tratar do tema do presente trabalho torna necessário identificar o tipo de Estado que se estuda. De fato, o papel desempenhado pelos juízes é flagrantemente influenciado pela filosofia vigente à época. Assim, não se ignora que o Poder Judiciário tem feições totalmente diferentes diante de um Estado autoritário, de um Estado liberal ou de um Estado social. Para chegar a essa discussão, far-se-á uma digressão acerca deste ente, o Estado.

Dalmo de Abreu Dallari faz uma síntese dos teóricos que tentam explicar o momento de surgimento do Estado. Ele identifica três grandes correntes que tentam responder à questão do momento de surgimento do Estado. Alguns autores defendem que o Estado sempre existiu¹, eis que “desde que o homem vive sobre a Terra acha-se integrado numa organização social”²; outros entendem que o homem esteve na Terra sem que houvesse um Estado formado, e que este foi criado para suprir as necessidades que surgiram nos grupos sociais; outro grupo de autores entende que, só se pode falar em Estado quando se identifica uma “sociedade política dotada de certas características muito bem definidas”³. Neste sentido, afirma Túlio Ortiz que “es por eso también que el medievo, tan influido por el germanismo, no conoció al Estado que, como sabemos, es un hecho que comienza a gestarse a partir de la decadencia de la Edad Media, para consolidarse en la modernidad”⁴. Jorge Miranda, por sua vez, afirma que

Encontram-se sociedades historicamente antecedentes da formação do Estado, ainda que não inelutavelmente conducentes à passagem a Estado:

¹ E, nesse sentido, cita Eduard Meyer e Wilhelm Koppers. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*, p. 44.

² DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*, p. 44.

³ Neste sentido cita Carl Schmidt e Giorgio Balladore Pallieri. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*, p. 44.

⁴ ORTIZ, Túlio. *Política y Estado*, p. 121. Tradução livre da autora: “é por isso também que a Idade Média, tão influenciada pelo germanismo, não conheceu o Estado que, como sabemos, é um fato cuja gestação inicia a partir da decadência da Idade Média, para consolidar-se na modernidade”.

são, entre outras, a família patriarcal, o clã e a tribo, a gens romana, a fratria grega a gentilidade ibérica, o senhorio feudal⁵.

E, em outra passagem:

Falar em Estado equivale, portanto, a falar em comunidade e em poder organizados ou, doutro prisma, em organização da comunidade e do poder, equivale a falar em comunidade ao serviço da qual está o poder e em organização que imprime carácter e garantias de perdurabilidade a uma e outro⁶.

Marcelo Caetano não se envolve na discussão acerca da existência ou não de Estado na Idade Média, quando especifica sobre qual Estado está a discorrer em seu trabalho:

Note-se que o Estado [...] objeto do estudo [...] é o Moderno, que surgiu na Europa com a Idade Moderna, sobre as ruínas do feudalismo. Teve por base o desenvolvimento da economia mercantil e a libertação das sociedades civis do domínio temporal da Igreja e assentou na concentração do poder nas mãos do príncipe e no despertar da consciência nacional, que permitiu encontrar um fundamento e um fim despersonalizados para o poder.

[...] Ficarà de lado o Estado da antiguidade e não será considerada a questão de saber até que ponto existiu Estado durante a Idade Média [...]⁷.

Celso Ribeiro Bastos lembra que

[...] preferem os autores localizar o seu [do Estado] aparecimento no início dos tempos modernos, uma vez que só então, em última análise, se reúnem, nas entidades políticas assim denominadas, todas as características próprias do Estado⁸.

O Estado, neste trabalho, é o que surgiu como uma instituição necessária para organizar a vida em sociedade. Se os indivíduos conseguissem viver isoladamente, o Estado não seria necessário. Todavia, quando passam a viver em

⁵ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*, p. 20.

⁶ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, tomo III, p. 22.

⁷ CAETANO, Marcelo. *Direito constitucional*, p. 158.

⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de teoria do Estado e ciência política*, p. 6.

grupo, as relações passam a ser mais complexas e o atendimento dos diversos interesses – às vezes conflitantes – requer a participação de um ente considerado como “acima” de todos os indivíduos, tanto para impor regras como para fiscalizar as condutas e sancionar os desviantes. Este poder de dissecar as complexas relações e resolver sobre os conflitos esteve nas mãos de um só indivíduo por muito tempo. O monopólio de funções provou não ser a melhor disposição para os indivíduos em sociedade, na medida em que os indivíduos foram se intitulando de direitos, materiais e processuais.

Com a luta para ver assegurado o direito de defesa dos indivíduos, necessário foi reconhecer que não seria possível permitir à mesma pessoa que estabelece as regras, que também as imponha e decida sobre os desvios. A concentração dessas funções em uma mesma pessoa fazia com que o exercício do poder fosse arbitrário. É o que acontecia com o Estado absolutista. Esse Estado, típico na França pré-Revolução, foi a primeira manifestação do tipo. Antes disto, não havia um Estado, mas simplesmente uma organização da sociedade em um regime feudal, “uma série de poderes ou autoridades, cada qual com ampla jurisdição, verticalmente dispostas [...]”⁹. Neste sentido, esclarece Juan Bustos Ramírez:

La expansión del comercio en los siglos XV y XVI, el desarrollo de la banca, el ascenso de la manufactura hicieron saltar las vallas del sistema económico localista del feudalismo y de su consiguiente sistema de relaciones sociales. Resultaba necesario introducir un nuevo orden político, económico y social, y éste era justamente el del Estado, y en particular el del Estado absoluto¹⁰.

Além do momento de surgimento do Estado, outra pergunta sobre a qual se debateu a doutrina foi como o Estado surgiu e essa exige outras explicações¹¹. Há quem acredite que o Estado é consequência do estilo de vida do homem, de sua necessidade inata de se relacionar com as outras pessoas. Essa é a corrente

⁹ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, tomo I, p. 62.

¹⁰ RAMÍREZ, Juan Bustos. *Estado y control: la ideología del control y el control de la ideología*, p. 11. Tradução livre da autora: “A expansão do comércio nos séculos XV e XVI, o desenvolvimento do sistema bancário, o crescimento dos manufaturados [...], fizeram saltar as cercas do sistema econômico localista do feudalismo e do consequente sistema de relações sociais. Era necessário introduzir uma nova ordem política, econômica e social, e esta era justamente a do Estado, e em particular a do Estado absoluto.”

¹¹ Uma excelente síntese das diversas correntes encontra-se em ROSATI, Horacio Daniel. *El origen del Estado*, p. 13 e ss.

naturalista, representada, de diferentes formas, por Aristóteles e Santo Tomás de Aquino. O primeiro afirmava que o Estado era fruto da natureza, é o instinto social do homem que o faz se reunir e assim surge o Estado¹². Para o segundo, as idéias de Aristóteles são corretas, mas é a intervenção divina que faz o Estado acontecer, já que Deus é o responsável por dar aos homens a razão, que os diferencia dos animais¹³.

Outra corrente afirma que o Estado é resultado de um pacto feito entre os homens e a autoridade. Neste sentido, Thomas Hobbes afirmava que os homens viviam em estado de guerra, de conflitos, o que gerava tamanha insegurança que os fez pactuar para admitir uma autoridade absoluta e indestrutível, pelo receio dos homens de que se voltasse ao estado de guerra inicial¹⁴. E assim nasce o Estado absolutista. Para John Locke, os homens no seu estado natural são livres e iguais e buscam o progresso pessoal¹⁵. Essa ambição individual deve ser limitada por alguma autoridade, e é por isso que admitem o Estado, para garantir a liberdade de todos. Assim surge o Estado liberal de Direito. Para Jean Jacques Rousseau, o povo contrata entre si para então contratar com o Estado sua submissão a ele; assim, primeiro se instala a vontade geral, para então se instalar o Estado¹⁶. Surge daí o Estado democrático social de Direito.

Há ainda doutrinadores para os quais o Estado seria um repressor social. É o caso do Marxismo, para o qual há uma constante luta entre a classe detentora do poder e a detentora da força de trabalho, entre dominantes e dominados. Em Marx, os homens se relacionam de acordo com os papéis que cumprem na cadeia de produção. Tais papéis determinam sua consciência e suas lutas¹⁷.

Para os fins desse estudo, reconhece-se que o Estado liberal evoluiu e sua passagem para o Estado social foi acompanhada de mudanças em relação ao seu papel perante a sociedade. Como o Poder Judiciário é somente uma das formas de manifestação do poder, sua atuação também é modificada com a implementação

¹² ARISTÓTELES. *La política*, livro primeiro, capítulo primeiro, p. 23.

¹³ TOMÁS DE AQUINO, SANTO. *Opúsculo sobre el gobierno de los príncipes*, Libro primero, cap.I, p. 257-259.

¹⁴ HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*, p. 74-77.

¹⁵ LOCKE, John. *Segundo tratado do governo*, p. 36.

¹⁶ ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do contrato social*, cap. I, p. 22-23.

¹⁷ MAX, Karl. Para a crítica da economia política. In: _____. *Manuscritos econômico-filosóficos e outros textos escolhidos*, p. 129-130.

de novas características ao Estado. O Estado atual, voltado para o bem-estar do indivíduo, mas consciente de que a carga de responsabilidade do modelo do Estado social não é factível, é o Estado no qual se insere o presente trabalho.

2.1 ALGUMAS MODALIDADES DE ESTADO

O conceito de Estado de Direito¹⁸ é aberto, porque dependente dos termos que o compõem. A palavra “Direito”, em especial, é objeto de várias conceituações, por isso, ao longo da história, várias foram as significações de “Estado de Direito”. A expressão é típica do movimento liberal que ocorria na França, na época em que eclodiu a Revolução Francesa. A própria revolução foi uma tentativa de fazer valer os direitos dos súditos contra o Estado. Então, àquela época, falar em Estado de Direito implicava reconhecimento de direitos dos indivíduos em face do Estado. Conquistou-se uma situação em que o Estado não interferia nas relações dos particulares, atuando como mero espectador. E isso era o que esperava a burguesia revolucionária, cansada de produzir e manter toda a capacidade de decisão nas mãos do rei. A doutrina constitucionalista liberal situa o Estado de Direito como oposto ao Estado de Polícia. Para Canotilho¹⁹, o Estado de Direito não é uma forma do Estado, mas, sim, uma forma de sua atuação. E é verdade eis que, em um Estado de Direito, o Estado estaria comprometido a intervir para salvaguardar os direitos dos indivíduos. É de fato um modo de se comportar do Estado, abstendo-se de interferir na seara particular. Sua tarefa é a de regular tais direitos e intervir somente quando exista ameaça a algum deles.

Entretanto, como já afirmado, a palavra direito trará à expressão “Estado de Direito” tantas significações quantos forem os significados emprestados a ela própria. O Direito pode ser entendido como o conjunto da produção legislativa. Neste caso, ter-se-á um Estado em que importam as leis elaboradas pela função própria do Governo, sem nenhuma indagação acerca de seu conteúdo. Este é o Estado

¹⁸ E já foi discorrido sobre o tema, não com esta extensão, em PAMPLONA, Danielle Anne. *O devido processo legal, aspecto material*, p. 28-33.

¹⁹ Estão aqui as lições de Canotilho em sua obra *Direito constitucional*, p. 345 e ss.

chamado Estado Legislativo²⁰, ou o Estado de Direito Positivista, onde pouco importa o conteúdo da lei, mas tão somente, que possa ser efetivamente chamada de lei, o que tornaria obrigatório seu atendimento. Neste tipo de Estado, importa que a lei seja elaborada por quem detenha a competência e que seja fielmente obedecida, o que caracterizaria formalmente o Estado de Direito. E este Estado de Direito é formal justamente porque, apesar do título, em verdade, falta-lhe a preocupação com o conteúdo da lei. Se não há preocupação com o conteúdo da lei, não há porque dar ao juiz a chance de verificar se a norma infra-constitucional está adequada ao texto da Constituição; se não há controle da constitucionalidade, não pode existir Estado que garanta os direitos dos indivíduos. E essa é decorrência lógica já que para que os indivíduos estejam seguros do respeito aos seus direitos necessário é permitir-lhes o socorro ao Judiciário sempre que se encontrarem em situação que se lhes configure uma violação.

O liberalismo faz surgir o direito constitucional, com a intenção de contenção do poder absoluto. O liberalismo, em sua dimensão política, é o responsável pelo Constitucionalismo liberal, expresso no Estado de Direito, onde a supremacia constitucional e o império da lei são características marcantes. Destas características decorre a expressa adoção da teoria da separação de poderes²¹. A idéia liberal de que o Estado ideal seria aquele que não interviesse nas relações entre os indivíduos provou, no tempo, não ser suficiente e eficaz. Os indivíduos provaram ser capazes de causar tantos danos uns aos outros quanto o próprio Estado lhes causava. Com o afastamento do Estado e sua incapacitação para regular as relações privadas, passou a existir a imposição da vontade daquele com maior poder econômico. Se antes era o Estado que submetia os indivíduos, sem sua fiscalização passou a existir a submissão de um indivíduo ao outro. Operou-se o deslocamento do poder, da figura do Estado para a figura do indivíduo com maior poder econômico. Para corrigir esta situação, procurou-se fazer com que o Estado fosse um pouco mais presente na vida dos cidadãos, interferindo, ao menos, para equilibrar tais situações de desigualdade. A esta forma de atuação do Estado se denomina Estado Social de Direito. Nas palavras de Ernesto Benda:

²⁰ A denominação é lembrada por José Afonso da Silva, que discorda de Carl Schmitt neste particular, afirmando que se trata de uma deturpação do conceito de Estado de Direito. SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 115.

²¹ DANTAS, Ivo. *Constituição & Processo*, v. I, p. 89-90.

Para comprender postulados constitucionales como el Estado de Derecho, son decisivos la evolución histórica y los cambios en la concepción del Estado. De ahí que en una época en la que la emergente burguesía trataba crecientemente de liberarse de la tutela autoritaria accediera a primer plano la garantía jurídica frente al Estado de los espacios conquistados de libertad. Los principios que delimitan el concepto formal de Estado de Derecho caracterizan las posiciones más importantes para tal objetivo. Pero ya entonces se planteó la cuestión de si con ello se había logrado todo [...] si bien que la idea burguesa de Estado de Derecho continúa brindando importantes garantías, no ofrece por sí misma una respuesta suficiente²².

O princípio do Estado de Direito não é pré-constitucional. Nele se conjugam elementos formais – divisão de poderes, o princípio da legalidade da administração, a independência dos tribunais, a inafastabilidade da tutela do Judiciário e a indenização pelo patrimônio – e elementos materiais, quais sejam, a obediência ao princípio da legalidade e a independência dos juízes²³. Faltam ao Estado de Direito os elementos materiais que podem ser identificados na preocupação com o próprio conteúdo veiculado na lei.

Portanto, conceituar determinado Estado como de Direito parece indicar que neste Estado as leis são respeitadas, já que elas configuram o próprio direito. Entretanto, o respeito às leis não é suficiente para determinar a existência de um Estado onde haja respeito pelos direitos individuais. Devem existir simultaneamente outras características que ensejam o respeito aos princípios acima nominados e outros de mesma relevância.

No caso brasileiro, nossa Constituição Federal resolve o problema, deixando longe a satisfação com um simples Estado de Direito. É necessário algo mais. A República brasileira deve, por imposição do art. 1º da Constituição Federal de 1988, revestir-se dos elementos que compõem o Estado de Direito. É fundamental que haja respeito aos princípios constitucionais e à possibilidade de revisão dos atos das funções do Governo. Respeitando os princípios insertos na

²² BENDA, Ernesto. *Manual de derecho constitucional*, p. 488. Tradução livre da autora: “Para compreender postulados constitucionais como o do Estado de Direito, são decisivas a evolução histórica e as mudanças na concepção de Estado. Então, em uma época na qual a burguesia emergente tratava crescentemente de libertar-se da tutela autoritária, passa a primeiro plano de importância a garantia jurídica, frente ao Estado, dos espaços conquistados pela liberdade. Os princípios que delimitam o conceito formal de Estado de Direito caracterizam as posições mais importantes para esse objetivo. Mas já se colocou a questão de se com isso se obteve tudo [...] se bem que a idéia burguesa de Estado de Direito continua oferecendo importantes garantias, não oferece por si mesma uma resposta suficiente.”

²³ BENDA, Ernesto. *Manual de derecho constitucional*, p. 488.

Constituição, e deles retirando o fundamento para interpretação de outras normas, atendendo às normas postas pelo ordenamento e possibilitando que os atos das funções do Governo sejam revistos pelo Judiciário, estar-se-á garantindo um Estado onde não só impera a lei, mas também criando um Estado Constitucional de Direito, que se ocupa do conteúdo da lei.

Mas nem sequer o Estado Constitucional de Direito é suficiente, hoje, para garantir a dignidade do ser humano. Hodiernamente, as necessidades de proteção, não somente do indivíduo (perante o Estado e outros indivíduos), mas também de seu ambiente, exigem um Estado diferenciado²⁴.

Não basta assegurar o direito à vida, bem fundamental, ela deve ser digna e fundada em valores que garantam a sua continuidade para além do indivíduo que hoje a reivindica. E a dignidade não está completamente prevista com o asseguramento do direito à saúde, ao lazer e à educação. Faz-se necessária uma mudança profunda, não bastando a Constituição tão-só prever tais direitos. Eles precisam se concretizar. E ir além. Ainda é preciso dar atenção ao que circunda o indivíduo, seu ambiente, e preservá-lo, garantindo sua continuidade e existência para outras gerações. Falta assegurar que o ambiente sobreviva ao ser humano.

2.2 O ESTADO TRIPARTITE

Não é novidade que a construção de um Estado, no qual as diferentes funções do Governo fossem distribuídas a diferentes pessoas, seguiu o Estado totalitário. O Estado centralizado na figura do rei, detentor dos poderes para comandar minuciosamente a vida dos indivíduos, deu lugar a um Estado no qual as diferentes expressões do poder eram exercidas por diferentes figuras, tentando assim assegurar a existência de cidadãos em uma sociedade sem opressão e com alguma segurança de justiça.

²⁴ Não se ignora que ainda houve um outro estágio no desenvolvimento do Estado, qual seja, o Estado social, que tentou suprir as necessidades dos indivíduos, mas que também apresentou suas limitações.

Nos Estados Unidos, a organização estatal também obedece a um modelo republicano, dual²⁵ e presidencialista, com a divisão tripartite de poderes.

A organização política da União (tal como a dos Estados, extremamente semelhante) dir-se-ia directamente inspirada em MONTESQUIEU: três poderes – legislativo, executivo, judicial – e cada poder não só produzindo os actos inerentes à sua função (*fauculté de statuer*) mas também interferindo em actos doutros órgãos, contribuindo para a produção dos seus efeitos ou impedindo que eles se dêem (*faculte d'empêcher*).

É aquilo a que se tem chamado um mecanismo de *checks and balances*, de freios e contrapesos²⁶.

Em *O Federalista*, Hamilton já defendia a necessidade de um poder judicial com características diversas das do Legislativo e do Executivo, instituídos para fazer o sistema funcionar. Como lembra Luis Sanchez Agesta, para Hamilton, o poder judicial é:

garantia del respeto a la verdadera voluntad del pueblo, creador de la Constitución, frente a los poderes 'constituídos', que no son sino comitentes de aquél; por otra parte, la Unión peligraría sin un órgano de coordinación y defensa de la jerarquía y unidad federal que garantice la Constitución nacional frente a las legislaturas de los Estados y resuelva con una autoridad imparcial y superior las cuestiones que puedan suscitarse entre éstos o entre los Estados y la Unión, o entre los miembros de un Estado y otro Estado diverso²⁷.

Um panorama do sistema político americano é fornecido por Jorge Miranda:

a) Atribuição do Poder Executivo a um Presidente dos Estados Unidos, eleito por 4 anos, formalmente através [...] colégio eleitoral, realmente (por força da intervenção dos partidos) por sufrágio directo;

²⁵ O sistema federativo é dual, eis que admite o governo dos Estados-membros e o governo da União. Os Estados Unidos foram o primeiro país a adotar tal modelo.

²⁶ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, tomo I, p. 148.

²⁷ AGESTA, Luis Agesta. *Curso de derecho constitucional comparado*, p. 212. Tradução livre da autora: "...garantia de respeito à verdadeira vontade do povo, criador da Constituição, frente aos poderes constituídos, que não são senão comitentes daquele; por outro lado, a União estaria em risco sem um órgão de coordenação e defesa da hierarquia e unidade federal que garantisse a Constituição nacional diante dos poderes legislativos dos Estados e que resolva com uma autoridade imparcial e superior as questões que podem ser levantadas entre estes ou entre os Estados e a União, ou entre os membros de um Estado e outro Estado diferente.

- b) Atribuição do Poder legislativo às duas Câmaras do Congresso, sendo os Senadores eleitos por 6 anos, com renovação bienal de um terço, e os Representantes por 2 anos;
- c) Independência recíproca dos titulares, com incompatibilidade de cargos, e nem respondendo politicamente o Presidente perante o Congresso, nem podendo este ser dissolvido ou adiado por aquele;
- d) Possibilidade de *impeachment* ou sujeição do Presidente a responsabilidade criminal efectuada por deliberação do Congresso, mas por maioria qualificada de dois terços;
- e) Interdependência funcional, com mútua colaboração e fiscalização – veto presidencial das leis (somente superável por maioria de 2/3) e mensagens do Presidente ao Congresso, por um lado, e autorizações e aprovações relativas a nomeações para altos cargos, a tratados e a créditos orçamentais, bem como comissões de inquérito, por outro lado;
- f) Na prática, atribuição ao Presidente, sobretudo, de faculdades de impulsão ou iniciativa (donde, os termos governo presidencial ou presidencialismo) e ao Congresso de faculdades de deliberação (o Presidente marca as grandes decisões do quadriênio, mas está sob a constante vigilância e influência efectiva do Congresso, em especial do Senado)²⁸.

Veja-se, portanto, que os Estados Unidos adotaram a separação de poderes como preconizado por Montesquieu²⁹ de separar as três funções do Governo e entregá-la a pessoas diferentes, todavia, há uma prevalência do Judiciário, que detém o poder de controle sobre os atos dos outros poderes.

A história francesa construiu um país alternado entre dois pólos bastante diferentes. A França ora aplicava as lições de Montesquieu, ora as de Rousseau à sua organização:

MONTESQUIEU constrói a sua doutrina pensando na liberdade; a separação de poderes é uma garantia da liberdade, porque, contra o poder só o poder. (<É preciso que o poder detenha o poder>). Daí, outrossim, um governo representativo, porque sem representação política cai-se na concentração do poder no príncipe, ou no povo.

Diversamente, ROUSSEAU procura a máxima pureza da democracia. Há um só povo; logo, deve haver unidade do seu poder; e a vontade do povo não se representa. A liberdade encontra-se no exercício do poder directamente pelo povo, não por quem se pretenda seu representante [...]³⁰.

²⁸ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, tomo I, p. 149.

²⁹ Não se ignora que a idéia de separação não é originalmente de Montesquieu, mas sim, de Aristóteles. Todavia, foi Montesquieu, ao analisar a estrutura política inglesa, quem melhor expressou o modo de funcionamento da teoria, elaborando o sistema dos freios e contrapesos para que uma função do poder fosse limitada por outra,

³⁰ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, tomo I, p. 160.

Na França, o Presidente da República é o chefe de Estado e o Primeiro Ministro é o chefe de Governo³¹, responsável perante o Parlamento. As funções do poder também não são radicalmente observadas no caso francês, assim é que o Executivo pode, mediante autorização do Legislativo, editar as chamadas *ordonnances*, que têm duração limitada. Deixam de ter eficácia se o projeto de lei para sua ratificação não é apresentado no prazo que o Legislativo fixar³².

A autoridade judiciária é representada pelos tribunais judiciais, todavia, quando o litígio envolve cidadãos e poderes públicos, o tribunal competente é a Corte de Justiça da República. Em última instância, é o Conselho de Estado que julga os atos administrativos. É também este Conselho o consultado pelo Executivo acerca de projetos de lei³³.

³¹ Extrato do art. 21 da Constituição francesa: "Le Premier Ministre dirige l'action du Gouvernement. Il est responsable de la Défense Nationale. Il assure l'exécution des lois. Sous réserve des dispositions de l'article 13, il exerce le pouvoir réglementaire et nomme aux emplois civils et militaires." Tradução livre da autora: "O Primeiro Ministro dirige os trabalhos do Governo. Ele é responsável pela Defesa Nacional. Ele assegura a execução das leis. Sob as reservas das disposições do artigo 13, ele exerce o poder regulamentar e nomeia os funcionários civis e militares."

³² Article 38. Le Gouvernement peut, pour l'exécution de son programme, demander au Parlement l'autorisation de prendre par ordonnances, pendant un délai limité, des mesures qui sont normalement du domaine de la loi. Les ordonnances sont prises en Conseil des ministres après avis du Conseil d'État. Elles entrent en vigueur dès leur publication, mais deviennent caduques si le projet de loi de ratification n'est pas déposé devant le Parlement avant la date fixée par la loi d'habilitation. A l'expiration du délai mentionné au premier alinéa du présent article, les ordonnances ne peuvent plus être modifiées que par la loi dans les matières qui sont du domaine législatif. Tradução livre da autora: O Governo pode, para executar seu programa, requerer ao Parlamento autorização para prescrever, por um prazo limitado, medidas que são normalmente de competência da lei. As prescrições são tomadas pelo Conselho de ministros depois do parecer do Conselho de Estado. Elas entram em vigor com sua publicação, mas caducam se o projeto de lei de ratificação não é apresentado perante o Parlamento antes da data fixada pela lei de habilitação. Com a expiração do prazo mencionado na primeira alínea do presente artigo, as prescrições não podem ser modificadas senão pela lei cujas matérias sejam de competência do legislativo.

³³ Article 37. Les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire. Les textes de forme législative intervenus en ces matières peuvent être modifiés par décrets pris après avis du Conseil d'État. Ceux de ces textes qui interviendraient après l'entrée en vigueur de la présente Constitution ne pourront être modifiés par décret que si le Conseil constitutionnel a déclaré qu'ils ont un caractère réglementaire en vertu de l'alinéa précédent. Tradução livre da autora: As matérias estranhas à competência da lei têm característica regulamentar. Os textos legislativos que interferem nessas matérias podem ser modificados por decretos ditados após o parecer do Conselho de Estado. Aqueles destes textos que intervêm após a entrada em vigência desta Constituição não poderão ser modificados por decreto senão se o Conselho constitucional declarar que eles possuem característica regulamentar em virtude da alínea precedente.

Há uma Corte Superior denominada de *Haute Cour de Justice*, cujos membros são eleitos pela Assembléia Nacional e pelo Senado³⁴. A jurisdição pode ser civil ou penal; a primeira envolve o direito comum, da seguridade social, comercial e trabalhista. Não há possibilidade de o Judiciário efetuar a revisão da produção do Poder Legislativo, o que derivou do seguinte:

- 1) Da idéia de lei (ordinária), ou do seu primado, como expressão da vontade geral formada através de assembléias soberanas;
- 2) Do entendimento dado à teoria da separação dos poderes, não se admitindo que órgãos estranhos à função legislativa, os tribunais, venham apreciar a validade das leis;
- 3) Da reacção contra a prática dos parlamentos (judiciais) do Ancien Régime, o que levou até a proibição, por lei, da apreciação jurisdiccional da constitucionalidade³⁵.

E tal impossibilidade é anotada por Alfonso Santiago:

Los sistemas jurídicos continentales, inspirados en el modelo francés, circunscriben la función de los jueces a la resolución de las normas vigentes. Les está vedado a los magistrados entrar a considerar por sí su constitucionalidad y, por tanto, tienen la obligación ineludible de aplicarlas. Esto delimita su función jurisdiccional estrictamente a la administración de la justicia. La función de control constitucional no existirá o estará separada de los órganos que ejercen la función jurisdiccional y encargada a una magistratura especial³⁶.

³⁴ Article 67: Il est institué une Haute Cour de Justice. Elle est composée de membres élus, en leur sein et en nombre égal, par l'Assemblée Nationale et par le Sénat après chaque renouvellement général ou partiel de ces assemblées. Elle élit son Président parmi ses membres. Une loi organique fixe la composition de la Haute Cour, les règles de son fonctionnement ainsi que la procédure applicable devant elle. Tradução livre da autora: "Fica instituída uma Alta Corte de Justiça. Ela é composta por membros eleitos, no seu seio e em número igual, pela Assembléia Nacional e pelo Senado após cada renovação geral ou parcial de suas assembléias. Ela elege seu Presidente entre seus membros. Uma lei orgânica fixa a composição da Alta Corte, suas regras de funcionamento e o procedimento aplicável perante ela."

³⁵ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, tomo I, p. 166.

³⁶ SANTIAGO, Alfonso. Los modelos institucionales de Corte Suprema, p. 98. Tradução livre da autora: "Os sistemas jurídicos continentais, inspirados no modelo francês, delimitam a função dos juízes à resolução das normas vigentes. É vedado aos magistrados de ofício avaliar a constitucionalidade e, portanto, têm a obrigação inafastável de aplicá-las. Isto delimita sua função judicial estritamente à administração da justiça. A função do controle constitucional não existirá ou estará separada dos órgãos que exercem a função jurisdiccional e atribuída a uma magistratura especial."

A desconfiança dos franceses em relação ao Poder Judiciário ficou bastante evidente na Revolução Francesa, já que no Estado absolutista os juízes eram fiéis à Coroa:

Las funciones judiciales son diferentes y estarán siempre separadas de las funciones administrativas. Los jueces no podrán, bajo pena de ser prevaricantes, interferir de cualquier forma que lo hicieren en las tareas de los cuerpos administrativos, ni convocar ante ellos a los funcionarios por asuntos relativos a sus funciones³⁷.

Todavia, as decisões administrativas são passíveis de revisão, ainda que não por órgão do Judiciário, mas sim por tribunais administrativos.

O sistema político francês pode ser assim descrito:

- a) Subsistência de um Chefe do Estado na linha da tradição monárquica e no qual se faz assentar formalmente a titularidade do Poder Executivo;
- b) Bicameralismo;
- c) Inexistência de maioria parlamentar de base, devido à multiplicidade de partidos políticos;
- d) Necessidade de formação de governos de coligação;
- e) Importância do Conselho de Ministros como órgão de definição e concerto da política governamental;
- f) Governos de curta duração, em virtude da instabilidade das coligações;
- g) Ausência ou paralisia do poder de dissolução do Parlamento pelo Chefe do Estado ou pelo Governo³⁸.

Portanto, trata-se de uma organização bastante diferente da norte-americana. Ainda que se vislumbre a separação de poderes, fica evidente que o Judiciário não tem o mesmo papel e importância.

A Áustria é uma República federativa que conta com uma Assembléia Nacional, representada pelo Senado e pela Casa dos Representantes (do povo) no

³⁷ Ley 16/24, de 13.08.1790, art. 13, citado por HERRENDORF, Daniel E. *El poder de los jueces*, p. 30. Tradução livre da autora: "As funções judiciais são diferentes e estarão sempre separadas das funções administrativas. Os juízes não poderão, sob pena de serem prevaricadores, interferir de qualquer forma nas tarefas dos corpos administrativos, nem convocar os funcionários por assuntos referentes às suas funções."

³⁸ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, tomo I, p. 168.

seu Poder Legislativo³⁹. Constitucionalmente está prevista a separação de poderes, com a expressa menção à necessária separação entre o Judiciário e o Executivo⁴⁰.

O Poder Executivo é representado pelo Presidente, pelo Chanceler, o vice-Chanceler e os Ministros. Os últimos têm competência para todos os assuntos administrativos que não sejam expressamente deixados nas mãos do Presidente⁴¹.

O sistema de governo pode ser chamado de semi-presidencial,

por o Presidente da República ser eleito por sufrágio directo, nomear o Governo e poder dissolver o Parlamento; mas na prática o sistema tem funcionado como parlamentar, dada a apresentação de candidaturas à presidência pelos partidos, o bipartidarismo e o ter sempre (ou quase sempre) o Chanceler a maioria nas Câmaras⁴².

A organização do Poder Judiciário cabe à lei infra-constitucional⁴³; segundo o art. 86 do texto constitucional, os juízes são indicados pelo Chanceler ou pelo Presidente, ou, se este autorizar, por Ministro. Os tribunais podem indicar nomes para concorrer ao cargo. O controle de constitucionalidade de leis é vedado pela Constituição⁴⁴ para os tribunais judiciais, todavia, se um juiz entende que está diante de ato que fere o texto constitucional, deverá encaminhá-lo à Corte Constitucional para que esta então decida acerca da constitucionalidade.

³⁹ Art. 24 da Constituição austríaca: "The legislative power of the Federation is exercised by the House of Representatives jointly with the Senate." Tradução livre da autora: "O Poder Legislativo da Federação é exercido pela Casa dos Representantes em conjunto com o Senado." Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/internacional1.htm>. Acesso em: 02 mar. 2006.

⁴⁰ O art. 94 dita: Judicial and administrative powers shall be separate at all levels of proceedings. Tradução livre da autora: "Os poderes judicial e administrativo devem ser separados em todos os níveis de procedimentos." Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/internacional1.htm>. Acesso em: 02 mar. 2006.

⁴¹ Art. 69 da Constituição austríaca: (1) The Federal Chancellor, the Vice-Chancellor, and the other Federal Ministers are entrusted with the highest administrative business of the Federation in so far as this is not assigned to the Federal President. They constitute as a body the Federal Government under the chairmanship of the Federal Chancellor. Tradução livre da autora: "Ao Chanceler, ao Vice-Chanceler e aos outros Ministros da Federação são confiados os mais altos negócios administrativos da Federação de modo a não serem confiados ao Presidente. Eles constituem o Governo Federal sob a presidência do Chanceler." Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/internacional1.htm>. Acesso em: 02 mar. 2006.

⁴² MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, tomo I, p. 212.

⁴³ Art. 83 da Constituição austríaca: (1) The constitution and competence of the courts is laid down by federal law.

⁴⁴ Article 89 (1) Save as otherwise provided by this Article, the courts are not entitled to examine the validity of duly published laws, ordinances, and treaties.

A Corte Constitucional está no topo da organização judiciária na Áustria, criada em 1920 como “tribunal supremo de competência concentrada e especializada no domínio da inconstitucionalidade”⁴⁵. Ela é composta por quatorze juízes e seis substitutos, indicados pelo Presidente entre nomes vindos dos outros membros do Executivo ou do Legislativo, dentre cidadãos com formação jurídica e vida profissional na área reconhecida. A aposentadoria ocorre aos setenta anos, a menos que a própria Corte decida diferente. Suas decisões podem envolver questões com repercussões políticas. Ela recebe cerca de três mil novos casos a cada ano e seus juízes decidem cerca de setecentos processos a cada sessão. Um caso levado à Corte Constitucional austríaca leva cerca de nove meses para ser decidido.

A última palavra em assuntos que não envolvam a interpretação da Constituição é dada pela Suprema Corte. Assim, tem-se a separação entre a Suprema Corte, que decide casos judiciais, e a Corte Constitucional, encarregada dos casos constitucionais, que alguns chamariam de políticos.

Na Argentina, a República federalista é estruturada com a presença de um Presidente da República, chamado de Presidente da Nação Argentina, um Parlamento e o Judiciário. O Poder Legislativo argentino é representado pelo Congresso, composto pela Câmara de Deputados e pela Câmara de Senadores.

A Corte Suprema de Justiça é o órgão maior do Poder Judiciário e seus juízes estão investidos no cargo enquanto tiverem “boa conduta”. O cargo de juiz da Corte Suprema só será franqueado àqueles com pelo menos oito anos de exercício da advocacia, além de ter, no mínimo, trinta anos e ser cidadão argentino há pelo menos seis anos. A Corte Suprema tem o poder, constitucionalmente previsto, de decidir sobre as causas que envolvam a interpretação da Constituição.

A idéia de que seria suficiente tal separação foi aportada para o Brasil com a onda liberal que acompanhou principalmente os que estudavam na Europa. Por isso, tradicionalmente, nossas Constituições prevêm a separação orgânica das três funções do poder, através de uma organização presidencialista. Isto significa dizer que há as três funções separadas e entregues a pessoas diferentes,

⁴⁵ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, tomo I, p. 212.

exatamente, neste ponto, como dita a teoria da separação, nos moldes expostos por Montesquieu.

Efetivamente, parecem estar atendidos os requisitos da teoria de separação dos poderes. Todavia, na prática, o que se vê é que as funções não estão delimitadas com exatidão, ao contrário, há uma linha tênue que permite que o órgão responsável por uma das funções acabe exercendo outras.

Isto poderia ser um fato sem importância, uma simples flexibilização da teoria que se adequaria ao desenvolvimento do Estado em si. Todavia, o que se percebe é que, cada vez mais, uma função de um órgão é usurpada por outro órgão, por diferentes e justificáveis motivos ou não. É o que acontece, por exemplo, com a atividade legislativa do Poder Executivo, em muito elástica com a possibilidade de criação das medidas provisórias⁴⁶.

Os diferentes países têm suas peculiaridades em relação à estruturação política. O modo com que encaram as funções do Judiciário, a maior ou menor confiança que depositam nele, serão critérios para estabelecer se será ou não possível a esse poder efetuar o controle dos atos dos outros poderes.

2.3 DO SISTEMA CONSTITUCIONAL ANALISADO

Há que se iniciar fazendo uma ressalva, para que fique compreendido que, no presente trabalho, não passou despercebido o fato de que a doutrina das questões políticas, objeto do estudo, foi elaborada em um sistema constitucional diverso do brasileiro, qual seja, o norte-americano.

O sistema constitucional americano é fruto do constitucionalismo inglês, cuja síntese encontra-se nas palavras de Jorge Miranda⁴⁷.

A noção de Constituição e do seu valor superior a todos os demais actos da Federação e dos Estados federados e, em especial, a autoridade

⁴⁶ E sobre o assunto veja-se CLÈVE, Clémerson Merlin. *Atividade legislativa do Poder Executivo no Estado contemporâneo e na Constituição de 1988*. São Paulo: RT, 1993.

⁴⁷ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, tomo I, p. 140.

reconhecida aos tribunais na sua interpretação e na sua concretização são notas tão profundas do sistema e tão específicas que, com o mesmo sentido ou com a mesma intensidade, não poderiam passar para qualquer outra parte.

Há, de fato, diferenças profundas entre os sistemas, talvez por ação do tempo, talvez pela própria gênese das instituições. Neste sentido, as instituições norte-americanas, por serem mais antigas, tiveram um tempo maior para se desenvolver e, além disso, o fato histórico da maneira de estruturação do Estado norte-americano, com um legislativo fraco e um judiciário forte, são diferenças importantes entre os sistemas.

No Brasil, comparativamente, as instituições são mais novas e, ao menos na República, nossa estrutura de Estado resultou de cópia⁴⁸ e não exatamente de reflexão acerca das necessidades da sociedade ou da época. Assim, ainda que o Poder Judiciário americano não tenha sido, em sua gênese, considerado um poder importante, a obra de seus membros o fez ter uma imagem de respeitabilidade bastante forte.

Enquanto isso, no Brasil, o Judiciário sempre teve a imagem de um poder fraco, antes, por obra do positivismo, agora, pela atuação de seus membros. Neste sentido e corroborando o quanto dito, cite-se como exemplo eloqüente, o mandado de injunção⁴⁹.

Apesar das diferenças, não se pode negar o fato de que o sistema constitucional brasileiro copiou, muito, do sistema constitucional americano. Neste sentido, lembra Jorge Miranda: “Há que se distinguir, na difusão do Direito constitucional norte-americano, transplantações globais e parciais. As primeiras deram-se, por imitação [...] para o Brasil após a proclamação da República [...]”⁵⁰. E

⁴⁸ São conhecidas a preferência de Rui Barbosa pela organização norte-americana e as ‘importações’ que fez para o ordenamento pátrio.

⁴⁹ A Constituição prevê, em seu art. 5º, inc. LXXI – “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania;...”. Esse instrumento poderia ser utilizado para resolver o problema do indivíduo, com eficiência, sempre que ocorresse uma das hipóteses previstas, todavia, o Supremo Tribunal Federal preferiu somente informar ao poder legislativo que este se encontra em mora para legislar, ou conceder-lhe um prazo para legislar. Como essas soluções não obrigam a produção legislativa, o mandado de injunção foi esvaziado por que os indivíduos não conseguem resolver o problema concreto.

⁵⁰ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, tomo I, p. 153.

elas são, sem dúvida, obra de Rui Barbosa, que copiou não somente a estruturação política, como a possibilidade e o modelo do controle de constitucionalidade.

2.3.1 Limitações ao poder político

A doutrina muito debateu acerca do dever e da possibilidade de limitação do poder político, e se isso deveria ocorrer e se seria tarefa para o direito. O direito e o poder político existem independentemente um do outro e, para explicar como o direito limita o poder político, há algumas teorias. A teoria jusnaturalista, em geral, admite a existência de um conjunto de regras, o direito natural, anterior ao direito positivo e ao poder político. Tais regras serviriam, inclusive, para limitar o poder político. Por sua vez, a teoria historicista encontra no Direito uma fonte de limitação do poder político porque entende o direito como uma criação espontânea da sociedade. Assim, o poder político não pode contrariar o senso comum coletivo, sob pena de não se firmar. Mas essas não são as únicas teorias que tentam explicar a limitação do poder político, e estudá-las foge ao objetivo deste trabalho.

Importa saber que o Direito exerce, sobre a política, uma força de contenção. Assim é que encontramos no Direito, em várias hipóteses, a limitação da atuação da política. O Direito dita as regras básicas, através das quais o jogo político ocorrerá. Por isso é que temos, em regras jurídicas, a organização do Estado, a maneira como cada função exerce seu papel e até mesmo o relacionamento entre os diversos poderes estatais. Neste sentido, afirma Canotilho⁵¹:

[...] na constituição da realidade política, a dimensão da juridicidade ganha relevo ao verificar-se que muitas das acções políticas são disciplinadas por [...] regras jurídicas [...]. É o que acontece com o direito constitucional [...] este direito estabelece um verdadeiro estatuto jurídico do político [...]

Para Marcelo Caetano⁵²,

⁵¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*, p. 35.

⁵² CAETANO, Marcelo. *Direito constitucional*, v. 1, p. 352.

É logicamente necessário admitir a limitação do Poder: toda a instituição é um instrumento a serviço de determinados fins; ora, o Poder político não foi instituído para realizar a totalidade dos fins humanos (já que alguns, sobretudo de ordem espiritual, são puramente individuais e que outros preexistentes à sociedade política, como a família) e sim alguns apenas; logo, o Poder político só é legítimo enquanto perseguir os fins próprios da sua instituição e respeitar os fins exclusivos de cada pessoa, bem como os fins das sociedades primárias, nomeadamente da família.

A limitação do Poder político deve ser jurídica: desde que a sociedade política respeite os valores próprios da pessoa humana e das outras formas de sociedade, as relações entre a sociedade política, as pessoas e as sociedades primárias põem-se em termos de Justiça (para que cada qual tenha e possa fruir o que legitimamente pertence ao seu âmbito próprio) e implicam Segurança, logo, cabem na esfera do Direito.

A limitação do poder político se faz necessária, ainda que essa não seja condição suficiente, para a existência de um Estado que contemple as aspirações atuais de garantias aos indivíduos. Veja-se que tal limitação é típica do Estado liberal, inerte, e ela não foi capaz de evitar os abusos cometidos em nome da lei.

O político, de qualquer forma, é limitado pelo jurídico. São as normas jurídicas que estabelecerão a amplitude e o conteúdo do poder político. Em verdade, um Estado de Direito, como quer ser o brasileiro, precisa, necessariamente, prever mecanismos de limitação do poder político. Já assinalava Alfonso Santiago que “La Constitución es el principal medio e instrumento concebido por el derecho público moderno a fin de lograr su objetivo: someter el proceso político a reglas jurídicas para conseguir el control del poder estatal”⁵³.

Marcelo Caetano enumera “os principais processos sugeridos ou ensaiados” para limitação do poder político: o pacto de sujeição; as Constituições rígidas; as declarações de Direitos; a separação de poderes; o direito de resistência e a democracia⁵⁴.

O poder político deve ser limitado para assegurar aos indivíduos que seus direitos serão observados e que o poder atuará na medida em que os indivíduos estabelecem que ele o deve fazer, através do texto constitucional.

⁵³ SANTIAGO, Alfonso. *La Corte Suprema y el control político*, p. 53. Tradução livre da autora: “A Constituição é o principal meio e instrumento concebido pelo direito público moderno para alcançar seu objetivo: submeter o processo político a regras jurídicas para conseguir o controle estatal.”

2.3.1.1 A separação de poderes

O contexto da aplicação da separação de poderes deixa à evidência que foi uma tentativa de limitação ao poder do Estado. Efetivamente, uma das maneiras de limitar o poder político do Estado é adotar a doutrina da separação de poderes. Neste sentido, assinala Dalmo de Abreu Dallari⁵⁵:

É importante assinalar que essa teoria teve acolhida e foi consagrada numa época em que se buscavam meios para enfraquecer o Estado, uma vez que não se admitia sua interferência na vida social, a não ser como vigilante e conservador das situações estabelecidas pelos indivíduos.

A doutrina da separação de poderes tem suas raízes nos escritos de Aristóteles⁵⁶, que identificava a necessidade de divisão das atribuições do poder entre diversas pessoas, evitando-se o abuso de poder. Dalmo de Abreu Dallari afirma que ele via perigo e injustiça ao se atribuir a somente um indivíduo o exercício do poder, além de ser contra-producente um só homem tentar prever tudo aquilo que nem a lei pode especificar⁵⁷.

Aristóteles já identificava o perigo e a ineficiência da concentração de funções do poder em um só indivíduo. Mas foi Locke, nos tempos modernos, quem abordou o tema na obra *Two treatises of government*, onde sustentava “os princípios de liberdade política da revolução de 1689 e impugnava o absolutismo real”⁵⁸.

No século XVII, Locke, vislumbrando a Inglaterra, escreve também sobre a separação de poderes⁵⁹. Para ele, o Judiciário pertenceria ao Legislativo, não sendo um poder independente. Havia uma quarta função, que era o poder do rei de exercer o Governo sem estar limitado a regras, ou seja, um poder discricionário, que,

⁵⁴ A enumeração e explicação de cada item está em CAETANO, Marcelo. *Direito constitucional*, v. 1, p. 359 e ss.

⁵⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*, p. 181.

⁵⁶ Apesar da opinião de Dalmo de Abreu Dallari, para quem a moderna doutrina da separação dos poderes não foi um desenvolvimento do pensamento de Aristóteles, mas, sim, refletiu o próprio desenvolvimento do Estado. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*, p. 182.

⁵⁷ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*, p. 182.

⁵⁸ CAETANO, Marcelo. *Manual de direito constitucional*, v. 1, p. 232.

⁵⁹ LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*, p. 450 e ss.

apesar de não ter sido a intenção de Locke, permitiria abusos em nome do bem público. Segundo Dalmo de Abreu Dallari,

Locke aponta a existência de quatro funções fundamentais, exercidas por dois órgãos do poder. A função legislativa caberia ao Parlamento. A função executiva, exercida pelo rei, comportava um desdobramento, chamando-se função federativa quando se tratasse do poder de guerra e de paz, de ligas e alianças, e de todas as questões que devessem ser tratadas fora do Estado. A quarta função, também exercida pelo rei, era a prerrogativa, conceituada como o poder de fazer o bem público sem se subordinar a regras⁶⁰.

Mas foi Montesquieu o responsável por dar à teoria da separação de poderes uma feição prática⁶¹. Ao descrever o que acontecia na Inglaterra, ao estudar sua estrutura política, acabou por definir que as funções do Governo⁶², além de não deverem estar entregues à mesma pessoa, deveriam funcionar como fiscalizadoras uma das outras.

[...] suas considerações derivam da idéia de que, para assegurar o primado da liberdade, é preciso, acima de tudo, limitar o exercício da autoridade, evitando que esta se concentre nas mãos de um único soberano. Assim, muito mais do que estar preocupado com as problemáticas intrínseca ou inerentes ao poder, Montesquieu preocupa-se com as questões extrínsecas ou, em outros termos, com as condições de exercício do poder para garantir a liberdade⁶³.

No século XVI, Montesquieu escrevia sua obra *O espírito das leis*, na qual retratava o que ocorria na Inglaterra. Nessa obra, já se percebe o poder dividido entre as funções legislativas, executivas e judiciárias como meios de limitação. Neste sentido é que Locke era ingênuo, eis que acreditava que a virtude dos governantes seria suficiente para limitar o poder⁶⁴. Para José Afonso da Silva,

⁶⁰ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*, p. 183.

⁶¹ Para Celso Ribeiro Bastos, “[A] essência dessa doutrina consiste em estabelecer um mecanismo de equilíbrio e recíproco controle a presidir o relacionamento entre os três órgãos supremos do Estado: o Poder Legislativo, o Poder Executivo e o Poder Judiciário”. (BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de teoria do Estado e ciência política*, p. 76)

⁶² Com Montesquieu, a problemática foi desenvolvida ele quando enumerou as funções que este “ente superior” tem a exercer: deve editar normas, deve administrar o que é de todos e ainda resolver conflitos.

⁶³ LOIS, Cecília Caballero. *Uma teoria da Constituição: Justiça, Liberdade e Democracia em John Rawls*, p. 65.

A divisão de poderes fundamenta-se, pois, em dois elementos: (a) especialização funcional, significando que cada órgão é especializado no exercício de uma função; [...] b) independência orgânica, significando que, além da especialização funcional, é necessário que cada órgão seja efetivamente independente dos outros, o que postula ausência de meios de subordinação⁶⁵.

Montesquieu já se preocupava com o possível e o provável abuso do poder, quando afirma que “[p]ara que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder”⁶⁶. Mas, ao dizer isso, sua preocupação estava voltada para os poderes executivo e legislativo. Montesquieu não demonstra qualquer preocupação com a possibilidade de os membros do Judiciário passarem a deter algum poder, eis que considerava o poder de decidir “invisível e quase nulo”⁶⁷. Assim, o Poder Judiciário não tinha qualquer relevância no quadro de poder, restando, em especial ao legislador toda a preponderância dentro do sistema político.

Então, para Montesquieu, a disposição das coisas, nada mais era do que deixar a cargo de pessoas diferentes as diversas funções que identificou, dando, pouca ou nenhuma atenção ao Judiciário. Por isso, afirmou:

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o Poder Legislativo está reunido ao Poder Executivo, não existe liberdade [...]. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do Poder Legislativo e do Executivo [...]. Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares⁶⁸.

Para Montesquieu, a existência da liberdade política em um Estado depende de que os “três poderes não estejam reunidos nas mesmas mãos e que se repartam por órgãos diferentes, de maneira que, sem nenhum usurpar as funções

⁶⁴ BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*, p. 34.

⁶⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 109.

⁶⁶ MONTESQUIEU. *O espírito das leis*, p. 170.

⁶⁷ MONTESQUIEU. *O espírito das leis*, p. 173.

⁶⁸ MONTESQUIEU. *O espírito das leis*, p. 174.

dos outros, possa cada qual impedir que os restantes exorbitem da sua esfera própria de ação”⁶⁹. Neste sentido, lembra Celso Ribeiro Bastos que

Montesquieu tinha uma profunda descrença quanto ao homem desvencilhar-se de todos os desatinos que o poder o leva a cometer. Para ele, a força corruptora do exercício do mando político está sempre presente. Chegou mesmo a afirmar que se todo poder corrompe o homem o poder soberano o corrompe soberanamente⁷⁰.

Para o propósito desta tese, o foco será a função jurisdicional. Montesquieu já definia quem deveria ficar responsável por tal tarefa:

O poder de julgar não deve ser dado a um senado permanente, mas deve ser exercido por pessoas tiradas do seio do povo em certos momentos do ano, da maneira prescrita pela lei, para formar um tribunal que só dure o tempo que a necessidade requer⁷¹.

O tema central aqui é o Poder Judiciário, para que seja confirmada a possibilidade dele decidir sobre questões políticas e, se positiva a resposta, como o Estado exerce sua função de resolver conflitos neste caso particular.

A tarefa de dirimir conflitos não é nova para o Estado, ao contrário, ele sempre chamou para si o exercício da jurisdição, privando os particulares de resolverem sozinhos seus problemas. A tarefa de subsumir um caso concreto à lei ou aos costumes, aos princípios ou à jurisprudência não parece fácil, em qualquer caso. Todavia, chama a atenção como esse processo pode ou deve transcorrer quando o julgador encontra uma questão que envolve uma decisão tomada pelo próprio Estado.

Essas idéias refletem a organização de um ou outro Estado. Quando da formação do Estado norte-americano, as idéias de Montesquieu prevaleceram, inspirando os federalistas, ao separarem as funções do Estado, entregando-as a órgãos diferentes, com capacidade de fiscalizar um ao outro.

Marcelo Caetano afirma que

⁶⁹ CAETANO, Marcelo. *Direito constitucional*, v. 1, p. 236.

⁷⁰ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de teoria do Estado e ciência política*, p. 77.

Na Constituição de Filadélfia encontra-se efetivamente a fórmula de especialização dos órgãos e de recíproca limitação dos seus poderes preconizada por Montesquieu. O Congresso, bicameral, faz as leis, mas não superintende no governo, embora o Senado possa impedir a nomeação de certos funcionários e a celebração de tratados. O Executivo, confiado a um só homem, tem plenos poderes para atuar, contanto que o faça de acordo com as leis, de cuja elaboração não participa, mas que pode obrigar a rever e ponderar pelo Congresso antes de as promulgar. Os tribunais são independentes, mas podem anular os atos ilegais do Executivo e os atos inconstitucionais do Legislativo.

Tudo se reduz, porém, a fórmulas práticas de equilíbrio dos órgãos supremos do Estado, com o objetivo concreto de impedir a concentração e o exercício despótico do poder⁷².

Apesar da fama da teoria da separação de poderes e de sua adoção, ainda que formal, pelas Constituições de diversos Estados, a doutrina lançada por Montesquieu não chega a ser aplicada. Neste sentido, Dalmo Dallari, para quem a teoria de Montesquieu, que preconizava poderes separados, relacionando-se entre si através de freios e contrapesos, nunca foi implementada, sendo somente uma teoria que buscava limitar o poder do Estado. Aliás, este autor é enfático ao afirmar que nem mesmo se pode querer aplicar tal teoria, devido às necessidades do homem:

Na verdade, as próprias exigências de efetiva garantia de liberdade para todos e de atuação democrática do Estado requerem deste maior dinamismo e a presença constante na vida social, o que é incompatível com a tradicional separação de poderes. É necessário que se reconheça que o dogma está superado, reorganizando-se completamente o Estado, de modo a conciliar a necessidade de eficiência com os princípios democráticos⁷³.

De fato, se o liberalismo exigia a limitação do poder político e a separação de poderes servia a tal necessidade, quando o Estado assume uma nova feição ele passa a ter novas incumbências. No Estado social, como se verá adiante, o Estado é bastante exigido, o que faz com que precise atender a uma demanda maior. Isso reflete a eficiência do Estado e acaba permitindo que uma função do poder atue quando a outra não atende com eficiência as necessidades da sociedade. Nesse sentido, Paulo Bonavides:

⁷¹ MONTESQUIEU. *O espírito das leis*, p. 180.

⁷² CAETANO, Marcelo. *Direito constitucional*, p. 237.

⁷³ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*, p. 186.

A separação de poderes é, como vimos, técnica em declínio, sujeita à gradual superação, imposta por requisitos novos de equilíbrio político e acomodação a esquemas constitucionais, cujo pensamento já não assenta em razões preponderantes de formalismo na proteção de direitos individuais, conforme o teor clássico de sua elaboração inicial e finalidade precípua do velho liberalismo⁷⁴.

E conclui: “Chegamos, de nossa parte, a essa conclusão: a teoria de divisão de poderes foi, em outros tempos, arma necessária da liberdade e afirmação da personalidade humana (séculos XVIII e XIX)”⁷⁵.

E mesmo nos Estados Unidos, que construíram suas instituições sob o manto do medo do Legislativo, não se acredita ser a doutrina de Montesquieu algo estanque:

As a principle of statesmanship the practical demands of government preclude its doctrinaire application. [W]e are dealing with what Sir Henry Maine, following Madison, calls a ‘political doctrine’ and not a technical rule of law. Nor has it been treated by the Supreme Court as a technical legal doctrine. From the beginning that Court has refused to draw abstract, analytical lines of separation and has recognized the necessary area of interaction⁷⁶.

Mas, para Marcelo Caetano, a doutrina de Montesquieu preconizava algo diferente.

A prática demonstrou por toda a parte a inconveniência e até a impossibilidade desse sistema, que não correspondia, aliás, à fórmula de Montesquieu, pois este entendia que a cada órgão ou sistema de órgãos deveria ser atribuída, não só a faculdade de decidir ou estatuir em certo domínio da atividade estadual, mas também a faculdade de refrear ou impedir os abusos de autoridade dos órgãos que atuassem noutros

⁷⁴ BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*, p. 54.

⁷⁵ BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*, p. 74.

⁷⁶ FRANKFURTER, Landes. Power of Congress over Procedure in Criminal Contempts in ‘Inferior’ Federal courts – A study in separation of powers, 37 Harv. L. Rev. 1010, 1012-14, 1924, apud NOWAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. *Constitutional law*, p. 130. Tradução livre da autora: “Como um princípio de política, as demandas práticas do governo impedem sua aplicação doutrinária. Nós estamos lidando com o que Sir Henry Maine, seguindo Madison, chama de uma ‘doutrina política’ e não tecnicamente uma regra de direito. Desde o início, a Corte tem se recusado a extrair linhas de separação abstratas e analíticas e tem reconhecido a área necessária de interação.”

domínios. Os diversos poderes haviam, pois, de atuar concertadamente em regime de permanente e harmoniosa colaboração⁷⁷.

Como dito antes, a separação de poderes surgiu como uma técnica de resistência ao poder absoluto, objetivando retirar do privilégio e do monopólio do rei a faculdade de mando e desmando sobre todos os atos do Estado⁷⁸. Afirma Dalmo de Abreu Dallari que

[F]oi a intenção de enfraquecer o poder do Estado, complementando a função limitadora exercida pela Constituição, que impôs a separação de poderes como um dos dogmas do Estado Moderno, chegando-se mesmo a sustentar a impossibilidade de democracia sem aquela separação⁷⁹.

Ainda que hoje, em especial diante da organização política do Brasil, justifique-se a preocupação de mando de somente um grupo que consiga obter a hegemonia, ou pelo menos a maioria no Legislativo, e que represente o mesmo grupo de interesse no Executivo, é bastante improvável que a fórmula da separação de poderes consiga evitar tal situação.

E se isso for verdade, o paradoxo está criado. Tem-se a previsão constitucional de respeito à histórica doutrina, que serviria justamente para coibir abusos. Por outro lado, a organização política em nosso país possibilita a concentração de mais de uma função do poder nas mãos do mesmo grupo.

Se a doutrina de separação de poderes não é aplicada no sentido de separação estanque, mas, sim, admite-se a cooperação entre as funções do poder, é grande o exercício mental a se fazer para conjugá-la com a possibilidade do controle judicial de atos do Executivo e do Legislativo, o princípio da inafastabilidade da jurisdição e o devido processo legal em seu aspecto material, como se verá adiante.

A essência da doutrina das questões políticas diz que tais questões não devem ser julgadas pelo Judiciário, por configurarem assuntos já decididos por outro poder, o que reforça a teoria da separação de poderes.

⁷⁷ CAETANO, Marcelo. *Direito constitucional*, v. 1, p. 245.

⁷⁸ BONAVIDES, Paulo. *Teoria do Estado*, p. 203.

⁷⁹ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*, p. 184.

Todavia, a própria deturpação na separação de poderes que é o que, na prática, o Estado consegue implementar, faz com que a proteção à separação de poderes seja um argumento muito frágil para, sozinho, justificar a adoção da teoria das questões políticas.

2.3.1.2 Controle de constitucionalidade

Um outro meio para conter o poder político é admitir o controle de constitucionalidade. Neste sentido, manifestava-se o juiz Thayer, da Suprema Corte americana, como lembra Alexander M. Bickel:

[...] in the vast majority of cases, judicial review is not simply a matter of measuring a statute against crisply defined constitutional provisions but, rather, a policy-making process, in which judges engage after the legislators have, for their part, made a choice⁸⁰.

Alfonso Santiago vê um caráter político na Suprema Corte de um país, e afirma que

Desde el punto de vista político, el control constitucional significa ante toda la existencia de límites al ejercicio del poder político: el establecimiento de un poder independiente que puede frenar o limitar una decisión política adoptada por los órganos que tienen a su cargo la función gubernamental. El control de constitucionalidad es uno de los medios más eficaces de limitación y control del poder estatal para que el mismo no incurra en abusos⁸¹.

Nos mecanismos de controle de constitucionalidade, encontram-se os meios com que não só o Judiciário, especialmente, mas também o Executivo, têm

⁸⁰ BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch*, p. 36. Tradução livre da autora: “[...] na grande maioria dos casos, a revisão judicial não trata de, simplesmente, opor uma lei contra uma previsão constitucional mal definida, mas, sim, é um processo de decisão política, ao qual os juízes se juntam após os legisladores terem feito suas escolhas.”

⁸¹ SANTIAGO, Alfonso. *La Corte Suprema y el control político*, p. 128. Tradução livre da autora: “Do ponto de vista político, o controle de constitucionalidade significa diante de toda a existência de limites ao exercício de poder político: o estabelecimento de um poder independente que pode frear ou limitar uma decisão política adotada pelos órgãos que têm como encargo a função

de revisar o que foi produzido pelo Executivo e pelo Legislativo. Apesar de reconhecer que o Executivo exerce controle de constitucionalidade quando o Presidente da República exerce seu poder de veto, e que o Legislativo também exerce um controle de constitucionalidade quando submete um projeto de lei à comissão própria para discutir a constitucionalidade do projeto de lei, o presente trabalho se aterá, tão-somente, à atividade do Poder Judiciário, já que este é o limite de nossa investigação.

Afirma Marcelo Caetano que

O sistema que acabamos de expor (rigidez das leis constitucionais e garantia contra a inconstitucionalidade das leis ordinárias) é o mais perfeito que até agora se ideou para assegurar a limitação jurídica do poder dos governantes.

Assenta [...] na concepção da separação entre a atividade governativa e a função judicial, supondo nesta real independência e a mais respeitada autoridade como expressão da soberania do Direito⁸².

É claro que não serão todos os ordenamentos que permitirão o controle de constitucionalidade de leis e atos normativos. A possibilidade foi admitida, pioneiramente, nos Estados Unidos, eis que os colonizadores ingleses tinham muita desconfiança em relação ao Parlamento. Todavia, a possibilidade de atuação de um tribunal desta maneira seria totalmente impensável na Inglaterra. Vejam-se as palavras de Dicey:

The principle of Parliamentary sovereignty means neither more nor less than this, namely, that Parliament thus defined has, under the English constitution, the right to make or unmake any law whatever; and, further, that no person or body is recognised by the law of England as having a right to override or set aside the legislation of Parliament⁸³.

governamental. O controle de constitucionalidade é um dos meios mais eficazes de limitação e controle do poder estatal para que o mesmo não incorra em abusos.”

⁸² CAETANO, Marcelo. *Direito constitucional*, v. 1, p. 407.

⁸³ DICEY, Albert Venn. *The law of the Constitution*, p. 4. Tradução livre da autora: “O princípio da soberania do Parlamento significa nada mais nada menos do que o Parlamento, assim definido, tem, sob a Constituição inglesa, o direito de fazer ou desfazer a lei que por bem entender; e, ainda mais, que nenhuma pessoa ou corpo é reconhecida pela lei inglesa como tendo direito de ou ignorar a legislação do Parlamento.”

E o juiz Thayer era abertamente avesso à possibilidade da revisão judicial de atos legislativos e executivos. Assim afirmou:

It should be remembered that the exercise of it [the power of judicial review], even when unavoidable, is always attended with a serious evil, namely, that the correction of legislative mistakes comes from the outside, and the people thus lose the political experience, and the oral education and stimulus that comes from fighting the question out in the ordinary way, and correcting their own errors. The tendency of a common and easy resort to this great function, now lamentably too common, is to dwarf the political capacity of the people, and to deaden its sense of moral responsibility⁸⁴.

E o próprio Alexander M. Bickel⁸⁵ acreditava que o “judicial review may, in a larger sense, have a tendency over time seriously to weaken the democratic process. Judicial review expresses, of course, a form of distrust of the legislature”⁸⁶.

De fato, o Parlamento é uma instituição tão forte na Inglaterra que o próprio autor cita a frase abaixo indicando que chega a ser quase um provérbio: “[...] Parliament can do everything but make a woman a man, and a man a woman”⁸⁷.

A possibilidade de se efetuar um controle da constitucionalidade das leis existe para que se garanta a supremacia da Constituição e para que haja alguma limitação ao poder político.

Mediante el control de constitucionalidad, podrá revisarse el ejercicio del poder estatal cada vez que de modo concreto sea sospechado de ilegitimidad. El control de constitucionalidad examina, en cada caso concreto, se la obediencia debida a los poderes públicos está fundada y justificada, si las decisiones políticas adoptadas merecen acatamiento. Se da, por tanto, una función legitimadora o descalificadora del ejercicio del

⁸⁴ THAYER, J. B. John Marshall. Boston: Houghton Mifflin, 1901. p. 103 e ss. Apud BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch*, p. 22. Tradução livre da autora: “Deve ser lembrado que o seu exercício [o poder da revisão judicial], mesmo quando inevitável, vem sempre com a preocupação com um sério mal, qual seja, que a correção dos erros legislativos vem de fora, e por isso as pessoas perdem a experiência política, e a educação oral e o estímulo que vem da luta pela questão pelos meios normais, e a correção dos próprios erros. A tendência de um recurso comum e fácil para esta grande função, agora lamentavelmente muito comum, é restringir a capacidade política das pessoas, e acabar com o seu senso de responsabilidade moral.”

⁸⁵ Juiz da Suprema Corte Americana.

⁸⁶ BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch*, p. 21. Tradução livre da autora: “...a revisão judicial pode, em termos amplos, ter uma tendência a longo prazo de enfraquecer o processo democrático. A revisão judicial expressa, é claro, uma forma de desconfiança do legislativo.”

⁸⁷ DICEY, Albert Venn. *The law of the Constitution*, p. 5. Tradução livre da autora: “O Parlamento pode fazer tudo exceto transformar uma mulher em um homem e um homem em uma mulher.”

poder público a cargo de un órgano independiente, que también integra el gobierno del Estado.

De este modo, el control de constitucionalidad realiza una mediación entre los fines que de modo general busca el constitucionalismo (existencia de un poder eficaz, limitado y razonable) y una situación concreta de ejercicio del poder público⁸⁸.

É uma técnica que pode ou não estar expressamente prevista na própria Constituição, e que pode obedecer a três diversos sistemas: o jurisdicional, o político ou o misto.

O controle misto é aquele em que um órgão político se encarrega da fiscalização da constitucionalidade de determinadas leis, enquanto outras ficam a cargo de um órgão judicial. Este é o caso da Suíça, cujas leis locais têm sua constitucionalidade controlada jurisdicionalmente, enquanto as leis federais se submetem ao controle político da Assembléia Nacional⁸⁹.

O controle político é aquele em que o próprio Poder Legislativo, ou outro órgão criado para tal função, controla a constitucionalidade das leis. O controle jurisdicional é aquele no qual cabe ao Poder Judiciário enfrentar as questões de constitucionalidade, declarando inconstitucional a lei que contrarie preceito da Constituição.

Quando todos os juízes, independentemente de sua instância, podem decidir acerca da constitucionalidade das leis, diz-se que o controle de constitucionalidade das mesmas é difuso, ou seja, pode ser exercitado por todos. Mas o exercício do controle pode estar determinado a um só órgão do Poder Judiciário ou a um órgão especial, quando se diz então que o controle é concentrado. No sistema difuso, é necessária a existência de um caso concreto, em que se discuta a constitucionalidade de uma norma, eis que os diversos juízes que compõem o Poder Judiciário não podem se manifestar acerca de uma lei abstratamente considerada. Já o critério concentrado admite que os legitimados

⁸⁸ SANTIAGO, Alfonso. *La Suprema Corte y el control político*, p. 129. Tradução livre da autora: "Mediante o controle de constitucionalidade, poderá revisar-se o exercício do poder estatal cada vez que de modo concreto suspeite-se de ilegitimidade. O controle de constitucionalidade examina, em cada caso concreto, se a obediência devida aos poderes públicos está fundamentada e justificada, se as decisões políticas tomadas merecem ser acatadas. Ocorre, portanto, uma função legitimadora ou desqualificadora do exercício do poder público do qual está encarregado um órgão independente, que também integra o governo do Estado. Deste modo, o controle de constitucionalidade realiza uma mediação entre os fins que, de modo geral, almeja o constitucionalismo (existência de um poder eficaz, limitado e razoável) e uma situação concreta de exercício do Poder Público."

tomem a iniciativa de suscitar a inconstitucionalidade de uma lei quando assim o entenderem.

O sistema de controle é chamado de *judicial review* nos Estados Unidos, e lá, ele é feito de maneira difusa, ou seja, todo e qualquer juiz, independentemente de sua instância, pode se manifestar sobre a constitucionalidade de todos os atos normativos, ficando sempre a decisão definitiva a cargo da Suprema Corte. A possibilidade de revisão dos atos do Legislativo se deu devido à profunda desconfiança que o povo nutria em relação a esse Poder.

Já na Europa, a situação era bastante diferente, sendo o Poder Legislativo um poder bastante forte. Além disso, a filosofia difundida pelo político Ferdinand Lassalle fazia crer que a Constituição não passava de uma “folha de papel”⁸⁹. Diante desta expressão claramente pejorativa, não havia ambiente para que se desenvolvesse um forte espírito de confiança e de respeito pela Constituição, e que pudesse levar os indivíduos a pugnar pela atuação do Poder Judiciário para protegê-los. Devido a esses fatos, a Europa adotara um sistema de controle de constitucionalidade, como adaptado por Hans Kelsen, que formula um sistema em que um tribunal constitucional fica encarregado do controle de constitucionalidade. Esse controle, por sua vez, será feito de forma concentrada, ou seja, poucos detêm legitimidade para tanto.

No segundo pós-guerra, a situação dos países europeus é diferente. Desenvolveu-se a teoria política que almejava um Estado Social, onde imperasse a submissão às leis mas com respeito aos direitos dos indivíduos. O Estado de Direito se mostrou ineficaz, podendo ser facilmente manipulado pelos legisladores e aplicadores do Direito, resultando nas maiores atrocidades que o mundo conheceu. Foram principalmente as experiências alemã e italiana que levaram os constituintes a novamente se preocuparem com um tribunal constitucional que pudesse frear a arbitrariedade do legislador, e com uma filosofia que não admitisse a lei por si só, mas sim, dependente de seu conteúdo. Baseada na supremacia da Constituição, a Europa adota o sistema americano do controle jurisdicional, através do critério concentrado no Tribunal Constitucional.

⁸⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, p. 52.

⁹⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, p. 130.

A primeira Constituição republicana brasileira adotou um sistema de controle de constitucionalidade. Seu texto foi quase na totalidade redigido pelo político e jurista Ruy Barbosa, profundo conhecedor do constitucionalismo norte-americano. Sendo um grande estudioso do desenvolvimento constitucional americano, não poderia ser diferente a sua inclinação por aquele modelo, que, sem dúvida, influenciou a Constituição brasileira, a qual adotou o critério do controle difuso de constitucionalidade das leis, através do modo incidental ou de exceção.

É manifesta a influência americana na primeira Constituição republicana brasileira, o que levou Jorge Miranda a classificar o Brasil como o país da família americana⁹¹. A Constituição de 1934 manteve o critério difuso, mas trouxe a novidade da ação direta de inconstitucionalidade interventiva.

A Constituição de 1946 previa a ação direta de inconstitucionalidade genérica, e a de 1969 instituiu a ação direta interventiva, para a proteção dos princípios de Constituições estaduais. O texto da Constituição de 1988 prevê a ação direta de inconstitucionalidade por ação ou omissão, a ação declaratória de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito constitucional⁹².

Em síntese, o sistema brasileiro atual conjuga os sistemas de controle difuso e concentrado. O sistema de controle difuso, adotado desde a primeira Constituição da República, chegou ao Brasil por influência americana através de Ruy Barbosa. Já o sistema de controle concentrado só foi adotado mais tarde, na Constituição de 1934, com a ação direta de inconstitucionalidade, por influência das experiências austríaca, italiana e alemã.

O processo de controle de constitucionalidade exige, por óbvio, que o juiz interprete a lei. Não se pode aplicar a lei sem antes interpretá-la. Há sempre uma carga subjetiva na tarefa hermenêutica. O *judicial review* existe para salvaguardar a Constituição. Não se afasta a possibilidade de abusos, mas tal possibilidade não deve impedir que os direitos fundamentais sejam protegidos pela atuação do

⁹¹ O autor observa principalmente os institutos da fiscalização e do presidencialismo para chegar à tal conclusão. (MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito constitucional*, tomo I, p. 155)

⁹² E aqui está a se falar, exclusivamente, das hipóteses de intervenção do Poder Judiciário. Não se olvida, todavia, que o Poder Legislativo e o Poder Executivo também têm suas formas de intervir para assegurar a constitucionalidade das leis.

Judiciário, toda vez que sofrerem ameaça ou forem lesados⁹³. Através do controle de constitucionalidade é permitido ao Poder Judiciário manifestar-se sobre a conformidade de um ato do Legislativo ou do Executivo com a Constituição. É o instrumento mais eficiente para provocar, no Judiciário, a interpretação da letra da Constituição. É através dele, portanto, que o Poder Judiciário poderá “verificar” os atos dos outros Poderes. Se o Judiciário está revendo decisões tomadas no âmbito dos outros Poderes, é justo afirmar que essa função do Poder Judiciário é uma função política, se for utilizado o critério de que está a decidir um conflito político⁹⁴. De fato, a defesa da Constituição é expressão da política.

Aliás, se há controle de constitucionalidade, é porque o ordenamento jurídico exige que a atividade estatal esteja sujeita ao Direito, e, se é assim, o controle de constitucionalidade está mesmo a fazer um controle político. Nesse sentido, afirma Alfonso Santiago que “[E]l objetivo del Estado de derecho es erradicar la arbitrariedad en el ejercicio del poder”⁹⁵.

O problema é saber se essa atividade de controle de constitucionalidade faz-se tão-somente política, ou ainda há atividade jurídica. Para García de Enterría, há um predomínio da característica jurídica no controle de constitucionalidade, eis que seria o jurídico que dá a sustentação para as decisões. Neste sentido, comenta o autor:

Es, pues, cierto que el tribunal decide conflictos políticos, pero lo característico es que la resolución de los mismos se hace por criterios y métodos jurídicos, y esto no sólo formalmente, según la famosa objeción de Schmidt (la justicia constitucional como política en forma judicial), sino materialmente, administering the law by processes of rigorous legal logic, administrando el derecho por cauces de rigurosa lógica jurídica, o en términos del juez Frankfurter, esforzándose por alcanzar ‘the achievement of justice between man and man, between man and State, through reason

⁹³ Neste mesmo sentido: CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*, p. 242.

⁹⁴ Não se desconhece a opinião de André Ramos Tavares, para quem os autores, geralmente, indicam “aspectos realmente políticos que, contudo, não influenciam a natureza da atividade jurisdicional desenvolvida pelo Tribunal Constitucional”. (TAVARES, André Ramos. *Tribunal e jurisdição constitucional*, p. 29)

⁹⁵ SANTIAGO, Alfonso. *La Corte Suprema y el control político*. Buenos Aires: Ábaco, 1998. p. 48. Tradução livre da autora: “O objetivo do Estado de direito é erradicar a arbitrariedade no exercício do poder.”

called law' (la realización de la justicia entre hombre y hombre, entre hombre y Estado, por medio de la razón llamada derecho)⁹⁶.

Diante deste panorama, a questão que se coloca é saber como se relacionam o jurídico e o político. Não é de hoje que há estudos explicando as relações entre poder e direito. Todavia, o que se quer aqui é identificar uma outra forma de política, não aquela relacionada ao jogo de poder, como afirmou Carlos Fayt:

La defensa de la Constitución es una función jurisdiccional que reviste, en su más elevado sentido, una vigorosa expresión de la política en su sentido plenario, de la preservación del sistema de vida de una comunidad y nada tiene que ver con la política agonal, de lucha por el poder; ni arquitectónica, de técnica o arte de gobernar⁹⁷.

Mas há quem defenda que o controle de constitucionalidade é essencialmente político, e o juiz, quando o exerce, está, em verdade, utilizando-se de um poder parecido com o daqueles encarregados, precipuamente, de exercer uma função política. Neste sentido, Karl Lowenstein:

El control de constitucionalidad es, esencialmente control político, y cuando se impone frente a los otros detentadores del poder, es en realidad una decisión política. Cuando los tribunales proclaman y ejercen su derecho de control, dejan de ser meros órganos encargados de ejecutar la decisión política y se convierten por propio derecho en un detentador del poder semejante, cuando no superior, a los otros detentadores del poder instituido...⁹⁸

⁹⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA. Eduardo. *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, p. 158. Tradução livre da autora: “E, pois, certo que o tribunal decide os conflitos políticos, mas o característico é que a resolução dos mesmos se faz por critérios e métodos jurídicos, e isto não só formalmente, segundo a famosa objeção de Schmidt (a justiça constitucional como política em forma judicial), senão materialmente, administrando o direito por processos de rigorosa lógica jurídica, ou, nos termos do juiz Frankfurter, esforçando-se para alcançar a obtenção de justiça entre homem e homem, entre homem e Estado, através da razão chamada direito.”

⁹⁷ FAYT, Carlos. *Nuevas fronteras del derecho constitucional*, p. 17. Tradução livre da autora: “A defesa da Constituição é uma função jurisdiccional que reveste, em seu sentido mais elevado, uma vigorosa expressão da política em seu sentido amplo, da preservação do sistema de vida de uma comunidade e não se relaciona com a política de competição, de luta pelo poder; nem arquitetônica, de técnica ou arte de governar.”

⁹⁸ LOWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*, p. 309. Tradução livre da autora: “O controle de constitucionalidade é, essencialmente, controle político, e quando se impõe frente aos outros detentores de poder, é, em realidade, uma decisão política. Quando os tribunais proclamam e exercem seu direito de controle, deixam de ser meros órgãos encarregados de executar a

Para Alfonso Santiago

Esta tarea de encauzar el cambio exigirá de la Corte Suprema una cierta dosis de creatividad jurídica. El pasado, la historia, la jurisprudencia anterior no suelen ser suficientes para resolver los nuevos problemas que traen los cambios: hace falta, sobre la base de lo pasado, crear lo nuevo. [...]. Crear la imagen de que hay una Constitución rígida que limita realmente el ejercicio del poder y a la vez darle la suficiente flexibilidad que permita su legítima adaptación a las cambiantes circunstancias históricas, es una delicada misión que tiene encomendada la Corte Suprema como intérprete final de la Constitución⁹⁹.

E continua:

[...] la interpretación y el control de constitucionalidad que realiza la Corte Suprema son realidades históricas, dinámicas, que acompañan estrechamente a los procesos políticos y que están profundamente afectadas por los mismos¹⁰⁰.

Por sua vez, a limitação a esse poder de controle de constitucionalidade é feita através da doutrina das questões políticas. Em outras palavras, o controle de constitucionalidade é o instrumento para ocorrência de situações onde se pode perquirir sobre a adoção ou não da doutrina das questões políticas.

A preocupação que deu gênese a esse trabalho é mais facilmente compreendida se for lembrado que a configuração do Estado brasileiro lhe dá três funções, que estão expressa e harmonicamente separadas. Por isso, a questão é: como justificar as situações em que o poder competente para julgar decide sobre

execução política e se convertem pelo próprio direito em um detentor de poder semelhante, quando não superior, ao dos outros detentores de poder instituídos... ”

⁹⁹ SANTIAGO, Alfonso. *La Corte Suprema y el control político*, p. 137. Tradução livre da autora: “Essa tarefa de represar a mudança exigirá da Corte Suprema uma certa dose de criatividade jurídica. O passado, a história, a jurisprudência anterior não conseguem ser suficientes para trazer os novos problemas que as mudanças trazem: é necessário, sobre a base do passado, criar o novo. [...] Criar uma imagem de que há uma Constituição rígida que realmente limita o exercício do poder e então dar-lhe a flexibilidade suficiente que permita sua adaptação legítima às circunstâncias históricas mutantes, é uma delicada missão que tem a Corte Suprema como intérprete final da Constituição.”

¹⁰⁰ SANTIAGO, Alfonso. *La Corte Suprema y el control político*, p. 137. Tradução livre da autora: “[...] a interpretação e o controle de constitucionalidade que realiza a Corte Suprema são realidades históricas, dinâmicas, que acompanham estreitamente os processos políticos e que são profundamente afetadas pelos mesmos.”

questão cuja decisão é da competência precípua de outro poder, e, sob o viés contrário, como justificar a abstenção do poder competente para julgar diante de tais questões, quando sua função principal é manter o respeito pela Constituição?

Foi para impor algum limite à atuação do Judiciário que surge a doutrina das questões políticas, que, como será visto, subtrai desse poder parte de sua competência para julgar os atos dos outros poderes.

Para os fins desse estudo, reconhece-se que o Estado liberal evoluiu e sua passagem para o Estado social foi acompanhada de mudanças em relação ao seu papel perante a sociedade. Todavia, a evolução não pára e o Estado já tem nova conformação. Nesse sentido, Eduardo Antonio Temponi Lebre;

[...] hodiernamente, ultrapassamos todas as fases remanescentes da era moderna, tanto nos modos de produção de riquezas, quanto do conhecimento. Não poderiam o Estado e o Direito ficar alheios a estas profundas mudanças, provocadas pela alta qualificação da mão-de-obra e da tecnologia em todos os níveis do trabalho e do conhecimento humano¹⁰¹.

Como o Poder Judiciário é somente uma das formas de manifestação do poder, sua atuação também é modificada com a implementação de novas características ao Estado. O Estado atual, voltado para o bem-estar do indivíduo, mas consciente de que a carga de responsabilidade do modelo do Estado social não é factível, é o Estado no qual se insere o presente trabalho.

¹⁰¹ LEBRE, Eduardo Antonio Temponi E. O conceito de Justiça Democrática: seu processo de conhecimento e a questão da separação dos poderes da república, p. 206.

3 AS QUESTÕES POLÍTICAS

A conceituação das questões políticas é algo que se apresenta de maneiras absolutamente diferentes na doutrina. Ainda que se queira afirmar que o político é o que envolve as questões das funções dos poderes do Estado, os que se lançaram ao tema preferiram exemplificá-lo. Todavia, tentou-se, abaixo, buscar elementos que possam definitivamente caracterizar as questões políticas.

3.1 A NATUREZA DAS QUESTÕES POLÍTICAS

Descobrir a gênese das questões políticas ou de que elas decorrem poderia ser um norte para a sua conceituação. Por estarem estritamente vinculadas aos atos do Executivo, Legislativo e Judiciário, tenta-se, em um primeiro momento, estabelecer uma correlação com os atos de governo e os atos de Estado.

3.1.1 Atos de governo e atos de Estado

É possível utilizar a distinção entre atos de governo e atos de Estado para tentar acessar um conceito de questões políticas. Os atos tomados pelo chefe do Executivo, enquanto voltados à administração do país, são tidos como atos de governo. Por outro lado, aqueles atos que o chefe do Executivo toma quando encarna o representante do país, atos voltados ao exterior, são considerados atos de Estado.

Assim, uma distinção possível seria estabelecer que os atos de Estado são sempre questões políticas. Diante disto, a aplicação da doutrina, como

elaborada nos Estados Unidos, não permitiria a análise judiciária dos atos do chefe do Poder Executivo, enquanto na posição de chefe de Estado.

Afirmar a existência de atos de Estado indica uma preocupação com as relações exteriores, buscando “evitar embaraços na [sua] conduta, sendo a validade de um ato de Estado estrangeiro, em certas circunstâncias, questão política e, portanto, não cognoscitiva das Cortes”¹⁰².

Nos Estados Unidos, a doutrina do ato de Estado foi admitida no caso *Banco Nacional de Cuba vs Sabbatino*, onde se discutia a validade de expropriações feitas pelo governo cubano. A Suprema Corte decidiu que

Por ofensiva que seja à ordem pública deste país e de seus Estados federados uma expropriação desse tipo, chegamos à conclusão de que melhor serve ao interesse nacional e ao progresso com vistas a estabelecer uma regra de direito internacional entre as Nações, manter-se intacta a doutrina do ato de Estado, para que neste caso reine sua aplicação¹⁰³.

Todavia, ainda restariam todos os atos classificados como atos de governo. Estariam tais atos sujeitos à revisão judicial ou não? Aqui a resposta dependerá das normas às quais se submete o Poder Judiciário. Não se pode criar uma regra geral a ser aplicada em diferentes ordenamentos jurídicos. Necessário é analisar cada ordenamento e estabelecer quais são os limites impostos ao Poder Judiciário.

Para Hely Lopes Meirelles, há os atos políticos, praticados por agentes do governo e que, por dependerem de um juízo de conveniência e oportunidade, possuem um grau de discricionariedade grande, o que restringe a possibilidade de controle judicial. Todavia, ressalva que, se o ato lesa direito subjetivo ou é taxado de inconstitucional, não poderá escapar ao crivo do Judiciário¹⁰⁴.

¹⁰² DURÃES, Beatriz Schiffer. *Imunidade de jurisdição e a doutrina do ato de Estado*, p. 21.

¹⁰³ “A pesar de lo gravoso que pueda ser para la norma pública de este país y a los Estados que lo integran una expropiación de esta índole, llegamos a la conclusión de que mejor se sirve el interés nacional como al progreso hacia la finalidad de que rija el derecho internacional entre las naciones, manteniendo intacta la doctrina del Acto del Poder Soberano, para que en este caso reine su aplicación. Disponível em <<http://realidadjuridica.uapc.mx/realidad/contenido-unilat.htm>>. Acesso em: 03 ago. 2006.

¹⁰⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, p. 607.

Como já se adiantou, necessário é, portanto, voltar-se ao texto constitucional para verificar quais as tarefas que foram deixadas a cargo do Poder Judiciário. E é o que se fará em relação ao Brasil, para definir se o Poder Judiciário deve ficar inerte diante das questões políticas, ou se deve, também sobre elas, manifestar-se.

3.1.2 Atos discricionários

Parte da doutrina entende que os atos administrativos revestem-se de caráter vinculado ou discricionário¹⁰⁵. Atos administrativos são normas concretas expedidas pela Administração. Nas palavras de Lúcia Valle Figueiredo, é

a norma concreta, emanada pelo Estado ou por quem esteja no exercício da função administrativa, que tem por finalidade criar, modificar, extinguir ou declarar relações jurídicas entre este (o Estado) e o administrado, suscetível de ser contrastada pelo Poder Judiciário¹⁰⁶.

Todos os atos administrativos são passíveis de análise pelo Judiciário, que verifica se eles obedecem aos princípios do Direito. Por força do princípio da legalidade, a Administração “não poderá proibir ou impor comportamento algum a terceiro, salvo se estiver previamente embasada em determinada lei que lhe faculte proibir ou impor algo a quem quer que seja”¹⁰⁷. Deve-se observar a lei, e sem a sua permissão não se pode agir. Com muito mais razão, deve-se afirmar a subordinação da Administração aos princípios constitucionais. Justifica-se assim a definição de Juarez Freitas, para quem atos administrativos são:

[...] aqueles atos jurídicos expedidos por agentes públicos no exercício das atividades de administração, cuja regência, até mesmo quando envolvem, de maneira reflexa, atividades de exploração econômica, desvela-se

¹⁰⁵ Esta distinção é tratada em PAMPLONA, Danielle Anne. *O devido processo legal – aspecto material*, no capítulo 5.3.1.

¹⁰⁶ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*, p. 92.

¹⁰⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, p. 50.

sempre orientada por normas, princípios e valores de ordem pública, pois qualquer atuação estatal somente se legitima em face da subordinação aos relevantes fins concorrentes para o interesse público, à mercê dos quais se estrutura toda a rede dos conceitos administrativos, primordialmente o de relação jurídico-administrativa¹⁰⁸.

A distinção entre atos administrativos discricionários e vinculados corresponde a uma classificação doutrinária que diferencia os atos praticados pela Administração pela necessidade ou não de estrita obediência a regras, ou pela maior liberdade de atuação do agente administrativo. O interesse em tal distinção reside no fato de que o ato discricionário pode ser tido como ato político, e, por isso, infenso ao controle judicial.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o ato vinculado é aquele onde a lei não deixa opções: “ela estabelece que, diante de determinados requisitos, a Administração deve agir de tal ou qual forma”¹⁰⁹. E, para Renato Alessi, o ato vinculado é aquele cuja norma permissiva confere à Administração a competência, estabelecendo o único modo pelo qual a Administração pode agir através de seu agente¹¹⁰.

Afirma Juarez Freitas:

[A] diferença entre os atos administrativos vinculados e discricionários reside antes no maior ou menor grau de vinculação ao princípio da legalidade estrita do que na liberdade do agente na consecução dos atos da administração ou da prestação do serviço público, isto é, o administrador, nos atos discricionários, emite juízos decisórios de valor, no desiderato da máxima concretização dos valores projetados, ao passo que, ao expedir atos vinculados propriamente ditos (reitere-se também a impossibilidade lógica de uma vinculação absoluta), só emite o mínimo de juízo estritamente necessário à subordinação principiológica e ao controle insito à sistematicidade do ato¹¹¹.

Tem toda razão o autor. Em primeiro lugar, porque afirma não ser possível confundir a discricionariedade com o arbítrio do agente, e em segundo lugar, por ressaltar a inexistência de atos totalmente vinculados e acrescente-se, a de atos totalmente discricionários. Por isso é que Marcelo Caetano define o termo

¹⁰⁸ FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, p. 24.

¹⁰⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 176.

¹¹⁰ ALESSI, Renato. *Instituciones de derecho administrativo*, p. 187.

¹¹¹ FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, p. 46.

discricionário, afirmando que significa “livre dentro dos limites permitidos pela realização de certo fim visado por lei”¹¹². Agustín Gordillo também se manifesta para afirmar que não há atos totalmente discricionários ou totalmente vinculados:

En realidad, nunca las atribuciones de un órgano administrativo podrán ser totalmente regladas o totalmente discrecionales; es imposible en la práctica – e inconveniente – prever hasta el último detalle de lo que el órgano debe hacer: siempre quedará algún pequeño margen que deberá dejarse necesariamente al arbitrio del funcionario actuante.

Lo mismo ocurre a la inversa: jamás existirá una norma tal que autorice a un funcionario a hacer absolutamente cualquier cosa, sin limitación algun; siempre existirá alguna otra norma o principio que le fije de antemano ciertos principios a que deberá ajustar sua acción¹¹³.

É, no mesmo sentido a afirmação de Marcelo Caetano, de que

não se pode rigorosamente falar em actos discricionários: não há actos discricionários, existem apenas actos praticados no exercício de poderes discricionários cumulativamente com poderes vinculados, embora nuns o objecto esteja determinado e noutros indeterminado¹¹⁴.

Por outro lado, para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o ato administrativo discricionário é aquele em que “a lei deixa certa margem de liberdade de decisão diante do caso concreto, de tal modo que a autoridade poderá optar por uma dentre várias soluções possíveis, todas válidas perante o direito”¹¹⁵.

Admitindo-se a existência de atos administrativos discricionários, a ressalva a ser feita é de que tal adjetivação não deve ser utilizada como justificativa para o Judiciário se furtar a analisá-los.

¹¹² CAETANO, Marcelo. *Direito administrativo*, p. 129.

¹¹³ GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*, p. 26. Tradução livre da autora: “Na realidade, nunca as atribuições de um órgão administrativo podem ser totalmente vinculadas ou discricionárias; é impossível na prática – e inconveniente – prever até o último detalhe o que o órgão deve fazer: sempre haverá uma margem de discricionariedade deixada ao agente. O mesmo ocorre no inverso: jamais existirá uma norma tal que autorize um funcionário a fazer absolutamente qualquer coisa, sem limitação alguma; sempre existirá alguma outra norma ou princípio que lhe indique, de antemão, outros princípios que deve observar.”

¹¹⁴ CAETANO, Marcelo. *Direito administrativo*, p. 128.

¹¹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 176.

De fato, como afirma Marcelo Caetano, “ao exercer poderes discricionários, o órgão da Administração está exclusivamente vinculado ao respeito do *fim* para cuja realização foram concedidos”¹¹⁶. Mas, se há vinculação em relação ao fim do ato, este deve ser fielmente cumprido pela Administração, e, se dele desviar-se, estará ferindo a devida adequação ao Direito. Estaria então caracterizado o desvio de poder, configurando-se uma ilegalidade¹¹⁷. Entende Marcelo Caetano que “[...] o juiz só pode anular um acto por desvio de poder na medida em que ele contrarie o fim expresso ou implícito da lei”¹¹⁸. Ora, se há tal inconstitucionalidade, o Judiciário não pode se furtar ao seu reconhecimento.

Portanto, ainda que alguns entendam os atos discricionários como aqueles em que a concreção da norma ficaria sujeita ao juízo de conveniência e oportunidade do administrador, tornando-os atos não passíveis de controle pelo Judiciário, parece que diante da amplitude de aplicação do devido processo legal, a distinção tende a perder importância¹¹⁹. Veja-se que, ao ofender o princípio constitucional citado, o ato está eivado de inconstitucionalidade, e a própria Constituição elegeu o Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição Federal, e tal órgão, com tal responsabilidade, não pode deixar de analisar a conformidade com o texto constitucional.

Celso Antonio Bandeira de Mello afirma que:

Ainda que sejam correntes as expressões “ato vinculado” e “ato discricionário, em rigor [...] querem significar, respectivamente, que o agente administrativo está, no que concerne a quaisquer destes aspectos, previamente manifestado de maneira estrita pela lei ou que, pelo contrário, por força da dicção normativa que lhe regula a conduta, disporá, em relação a algum ou alguns deles, de certa liberdade para decidir, no caso concreto, sobre o modo de atender com máxima perfeição possível o interesse público entregue a seu encargo.

Quer-se dizer: não é o ato que é vinculado ou discricionário; tanto que se costuma afirmar que tais ou quais “elementos” dele são sempre vinculados.

Em verdade, discricionária é a apreciação a ser feita pela autoridade quanto aos aspectos tais ou quais e vinculada é sua situação em relação a tudo

¹¹⁶ CAETANO, Marcelo. *Direito administrativo*, p. 146.

¹¹⁷ CAETANO, Marcelo. *Direito administrativo*, p. 147.

¹¹⁸ CAETANO, Marcelo. *Direito administrativo*, p. 147.

¹¹⁹ GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*, tomo 1, p. 14.

aquilo que se possa considerar já resoluto na lei e, pois, excludente de interferência de critérios da Administração¹²⁰.

Por isso, a classificação do ato como discricionário não é, e nem pode ser, suficiente para que escape ao Poder Judiciário sua avaliação.

3.2 DELIMITAÇÃO DO CONCEITO

Apesar da avaliação dos tipos de atos que poderiam estar relacionados às situações que são denominadas de políticas, o direito norte-americano não partiu de tal teorização para definir a doutrina objeto do presente estudo.

De fato, como sói acontecer em todos os ramos do Direito, o ensino nas escolas americanas é bastante diverso do das escolas brasileiras. Aqui, nos preocupamos com a teoria, acima de tudo. Lá, o estudo parte dos casos que decidiram questões afetas ao objeto de pesquisa.

Além disso, a própria doutrina americana reconhece a dificuldade na definição do termo “questão política”, como Schwartz bem ilustra: “[...] es más fácil exponer la doctrina de que las cuestiones políticas no está entro del dominio del poder judicial que definir la expresión “cuestión política” o determinar qué asuntos quedan dentro de su alcance”¹²¹.

Assim é que, para definir o que sejam as questões políticas, necessário é analisar o momento no qual delas se falou pela primeira vez¹²².

¹²⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. “Relatividade” da competência discricionária.

¹²¹ SCHWARTZ, Bernard. *Los poderes del gobierno*, v. I, p. 577. Tradução livre da autora: “[...] é mais fácil expor a doutrina de que as questões políticas não estão no domínio do poder judicial do que definir a expressão ‘questão política’ ou determinar que assuntos estão dentro de seu alcance.”

¹²² Não se desconhece o ensinamento de Bernard Schwartz de que, em 1460, o Duque de York, propôs ação requerendo que fosse declarado o legítimo herdeiro do trono. Neste caso, os juízes declinaram da possibilidade de análise do caso, afirmando que não se manifestariam sobre assuntos afeitos às atividades dos lordes do Rei. Isso porque, o mesmo autor reconhece que a primeira vez em que foi explanada, o foi pelo juiz Marshall no caso *Marbury vs. Madison*. (SCHWARTZ, Bernard. *Los poderes del gobierno*, v. I, p. 576-577)

3.2.1 O caso Marbury vs. Madison

O momento histórico de surgimento da teoria que diz serem os atos do Legislativo passíveis de revisão judicial é a decisão da Suprema Corte americana no caso Marbury vs. Madison¹²³. Neste sentido, afirma Marcelo Caetano:

Era preciso que um órgão independente e imparcial velasse pela observância da Constituição e mantivesse nos seus papéis tanto o Poder federal como as autoridades dos Estados federados. O Supremo Tribunal chamou a si essa missão, que não lhe estava atribuída expressamente na Constituição, a partir do célebre caso Marbury v. Madison (1803). Mas com ele veio uma idéia nova, desconhecida em Inglaterra: a de que a Constituição limita os poderes dos órgãos da soberania¹²⁴.

Apesar de, historicamente, esse caso ser conhecido por conter a manifestação do juiz Marshall sobre a *judicial review*, seu voto contém o embrião da doutrina das *political questions*.

Para compreensão da doutrina, necessário é entender o que foi o caso e sua inserção histórica. John Adams era o presidente federalista em 1801, quando, ao final de seu mandato, resolveu, entre outras medidas¹²⁵, nomear vários juizes de paz, cerca de duas semanas antes de entregar o cargo de chefe do Executivo para o então presidente eleito, republicano, Thomas Jefferson. O ato de nomeação depende da confirmação pelo Senado, da assinatura do Presidente e da entrega do “diploma”¹²⁶ feita pelo Secretário de Estado ao nomeado. James Madison tinha sido nomeado Secretário de Estado pelo então presidente eleito e, apesar de ter entregue vários dos “diplomas” emitidos pelo ex-presidente, recusou-se a entregar o

¹²³ William Rehnquist faz uma didática explanação do caso em *The Supreme Court: How it was, how it is*. New York: First Quill Edition, 1987.

¹²⁴ CAETANO, Marcelo. *Direito constitucional*, p. 117.

¹²⁵ As outras decisões não são de somenos importância, ao contrário, contribuem para formar o quadro da época. Sabendo que não tinha feito sucessor, editou lei que se aplicava aos estrangeiros, aumentando o tempo de naturalização de cinco para quatorze anos, permitindo prisão de nacionais de países inimigos e autorizando o Presidente a expulsar estrangeiros que considerasse perigosos. Além disto, editou o *Sedition Act*, que tornava ilegal a publicação ou manifestação contrária ao Poder Legislativo ou ao Executivo. É claro que tais normas chocam-se com os interesses dos republicanos, já que seus simpatizantes eram imigrantes franceses e irlandeses, que os apoiavam nas eleições. É neste clima que se desenvolvem as situações que culminam na ação proposta perante a Suprema Corte.

¹²⁶ Em inglês, o termo é *comission*.

de Marbury. Marbury então impetrou um mandado de segurança na Suprema Corte, requerendo que Madison fosse obrigado a lhe entregar o “diploma”.

Necessário compreender o momento histórico no qual se insere o caso. Naquela época, não era dada a devida importância ao Poder Judiciário. Prova disto é que, somente um mês antes do início das atividades da Suprema Corte, é que se atentou para a necessidade de abrigá-la em um prédio. Para resolver o problema de onde instalá-la, foi concedida uma pequena sala no primeiro andar do Capitólio, onde a Suprema Corte exerceu suas atividades por sete anos¹²⁷.

Nesta atmosfera é que a Suprema Corte, composta de juízes nomeados por um Presidente federalista, se viu obrigada a julgar pedido de um outro nomeado pelo mesmo presidente, contra um secretário de Estado servindo um republicano.

Quando a Suprema Corte finalmente decidiu o caso, partiu da necessidade de enfrentar quatro questões, quais sejam¹²⁸: 1) Marbury tinha direito ao cargo de juiz de paz, e assim, ao diploma que confere tal direito? 2) Tendo este direito, o Direito lhe confere algum instrumento para fazê-lo efetivo? 3) O *writ of mandamus* é o remédio apropriado para o caso? 4) A Suprema Corte tem competência para decidir este *writ*?

Marshall foi o responsável pelo voto e definiu que, com a assinatura do Presidente, a nomeação estaria completa, e, por isso, Marbury teria direito ao cargo de juiz de paz. Definiu ainda que evidentemente, se um direito é concedido ao indivíduo, não se pode admitir que não haja no ordenamento jurídico um remédio para a defesa de tal direito.

Em relação à terceira questão, que diz respeito à possibilidade da utilização do *writ of mandamus in casu*, Marshall decidiu que era cabível, desde que não envolvessem a discricionariedade do agente. Essa, na época, foi a questão que mais polêmica gerou, eis que a decisão – como efetivamente ocorreu – poderia permitir a utilização de recurso ao Judiciário (lembre-se, composto por federalistas) para anular a eficácia de atos do Congresso e do Executivo (agora compostos por republicanos).

¹²⁷ Dados históricos fornecidos por: REHNQUIST, William H. *The Supreme Court: How it was, how it is*. New York: First Quill Edition, 1987.

¹²⁸ A história do caso em estudo foi retirada de REHNQUIST, William H. *The Supreme Court*, p. 28 e ss.

Para isso, Marshall afirmou que

Pela Constituição dos Estados Unidos, o presidente é investido em certos poderes políticos importantes, no exercício dos quais tem de usar de sua própria discricção, ficando responsável exclusivamente para com seu país, no caráter político, e para com a sua consciência. Em tais casos [...] a matéria é política; porque respeita à nação, e não aos direitos individuais (they respect the nation, not individual rights): e, sendo confiados ao Executivo, a deliberação dêste é terminante¹²⁹.

Com isso, o juiz Marshall quis dizer que os tribunais só poderiam ter competência sobre os direitos dos indivíduos e não sobre as atividades discricionárias exercidas pelo Executivo. Segundo Salvador Lozada,

[...] el famoso magistrado clasificaba a las cuestiones políticas en dos categorías: em primer lugar, aquellas que han sido sometidas por la Constitución o por la ley al ejecutivo o a la legislatura, teniendo éstos algún margen de discrecionalidad; en segundo término, aquellas que son políticas por naturaleza. A diferencia de la segunda, la primera categoría es de fácil aceptación. Aun cuando ninguna norma sustraiga expresamente a los tribunales ciertas cuestiones, la jurisprudencia admite sin dificultad el abstenerse de juzgar en materias a cuyo respecto se puede inferir razonablemente que los autores de la Constitución o de la ley pensaron en la decisión del ejecutivo o del Congreso como último, final e irreversible¹³⁰.

Para responder à última questão, necessário é entender que Marbury impetrou o *writ of mandamus* perante a Suprema Corte fundamentado no *Judiciary Act* de 1789, que afirmava que a Suprema Corte tinha poderes: “de conceder ordens mandamentais em casos fundamentados nos princípios e costumes do Direto, para

¹²⁹ Writings upon the Federal Constitutional, p. 14-14, apud *Obras completas de Rui Barbosa*, v. XX, tomo V, p. 124. (grafia original)

¹³⁰ LOZADA, Salvador. *El Derecho*, tomo 2, p. 2. Tradução livre da autora: “[...] o famoso magistrado classificava as questões políticas em duas categorias: em primeiro lugar, aquelas que foram submetidas pela Constituição ou pela lei ao Executivo ou ao Legislativo, tendo estes alguma margem de discricionariedade; em segundo, aquelas que são políticas por natureza. Diferentemente da segunda, a primeira é de fácil aceitação. Ainda quando nenhuma norma subtraía expressamente dos tribunais a apreciação de certas questões, a jurisprudência admite sem dificuldades a abstenção de julgar matérias às quais se pode razoavelmente inferir que os autores da Constituição ou da lei pensaram na decisão do Executivo ou do Congresso como última, final e irreversível.”

quaisquer cortes indicadas, ou pessoas em cargos executivos ou legislativos, sob a autoridade dos Estados Unidos”¹³¹.

Ora, diante dessa previsão legal, não há dúvidas acerca do direito de Marbury de impetrar a ordem perante a Suprema Corte. Todavia, Marshall analisou a constitucionalidade desta seção do *Judiciary Act* e definiu que trazia poderes derivados do artigo III da Constituição americana, que dita:

the Supreme Court shall have original jurisdiction in all cases affecting ambassadors, other public ministers and consuls, and those in which a state shall be a party. In all other cases, the Supreme Court shall have appellate jurisdiction¹³².

Marshall então decidiu que o *Judiciary Act* no qual se fundamentava Marbury era inconstitucional eis que dava à Suprema Corte competência não prevista na Constituição, já que estendia sua competência originária a quem não era embaixador ou cônsul.

Marshall afirmava, com base na seção 2 do artigo III da Constituição americana, que cabia ao Poder Judiciário, no caso, à Suprema Corte norte-americana, verificar se uma lei obedecia à Constituição.

O artigo citado dita que:

Section 2. The judicial power shall extend to all cases, in law and equity, arising under this Constitution, the laws of the United States, and treaties made, or which shall be made, under their authority;— to all cases affecting ambassadors, other public ministers and consuls; — to all cases of admiralty and maritime jurisdiction; — to controversies to which the United States shall be a party; — to controversies between two or more states; — between citizens of different states; — between citizens of the same state claiming lands under grants of different states, and between a state, or the citizens thereof, and foreign states, citizens or subjects¹³³.

¹³¹ No original: “to issue writs of mandamus in cases warranted by the principles and usage of law, to any courts appointed, or persons holding office, under the authority of the United States.” (Tradução livre da autora)

¹³² Tradução livre da autora: “a Suprema Corte tem competência originária em todos os casos que envolvam embaixadores, outros ministros oficiais e cônsules, e naqueles em que um Estado seja parte. Em todos os outros casos, a Suprema Corte terá competência recursal.”

¹³³ Tradução livre da autora: “O poder judicial se estende a todos os casos, de direito e equidade, ocorrendo sob esta Constituição, as leis dos Estados Unidos, e tratados firmados, ou que serão firmados, sob sua autoridade; a todos os casos em que são afetados embaixadores, outros

De fato, nesse artigo, não está expressa a possibilidade de revisão judicial nos moldes plantados por Marshall. Por isso é que há quem defenda, na doutrina americana, a total ausência de autorização para que a Suprema Corte efetue o controle de constitucionalidade de leis e de atos administrativos. Neste sentido:

There is, then, no doctrine of national, substantive judicial supremacy which inexorably flows from *Marbury v. Madison* itself, *i.e.*, no doctrine that the only interpretation of the Constitution which all branches of the national government must employ is the interpretation which the Court may provide in the course of litigation¹³⁴.

Uma das interpretações possíveis é que o produto do trabalho legislativo poderá ser submetido à Suprema Corte para que ela verifique se foi elaborado de acordo com o texto constitucional. Está aqui se falando sobre procedimento. É fato que, em momento algum, este artigo se refere ao conteúdo ou à forma da lei que será submetida à análise pelo Judiciário. Então, como chegou Marshall a tal conclusão?

Marshall, ao interpretar a seção 2, onde diz “The judicial power shall extend to all cases [...] arising under this Constitution [...]”¹³⁵, define que ela significa que o poder judicial pode ser exercido em todos os casos em que haja uma questão de constitucionalidade. Todavia, é possível que sejam levados ao Judiciário questões de constitucionalidade que não se relacionem com a produção do legislativo, como, por exemplo, o requerimento de indenização por um ato administrativo. Não é necessário que se analise lei infra-constitucional; basta ao

ministros e cônsules públicos; a todos os casos de jurisdição marítima e que envolvam o alto escalão da marinha; as controvérsias nas quais os Estados Unidos são parte; as controvérsias entre dois ou mais Estados; entre cidadãos do mesmo Estado reclamando terras concedidas por outros Estados, e entre um Estado, ou seus cidadãos, e Estados, cidadãos ou temas estrangeiros.”

¹³⁴ A critical guide to *Marbury v. Madison*. *Duke Law Journal*, n. 1, p. 37, jan. 1969. Tradução livre da autora: “Não há, então, doutrina da supremacia judicial material nacional que inexoravelmente decorra da [decisão] *Marbury vs. Madison*, por exemplo, não há doutrina que dite que a única interpretação da Constituição que todos os poderes do governo federal devam empregar seja a interpretação que a Corte possa dar no curso de um litígio.”

¹³⁵ EUA. Constituição. Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/constitution/constitution.articleiii.htm#section2>>. Acesso em: 03 ago. 2006.

Judiciário analisar se o caso subsume-se ou não ao art. 37, § 6º¹³⁶, da Constituição Federal brasileira, para citar um exemplo.

É claro que muito se discutiu porque caberia exatamente ao Poder Judiciário dizer se um ato legislativo estava ou não de acordo com o texto constitucional. Em resposta a isto, afirmou Marshall:

It is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is. Those who apply the rule to particular cases, must of necessity expound and interpret that rule. If two laws conflict with each other, the courts must decide on the operation of each.

So if a law be in opposition to the constitution; if both the law and the constitution apply to a particular case, so that the court must either decide that cases conformably to the law, disregarding the Constitution; or conformably to the constitution, disregarding the law; the court must determine which of these conflicting rules governs the case. This is the very essence of judicial duty¹³⁷.

Assim é que Marbury não foi empossado no cargo e os republicanos criticaram a decisão por ela abrir possibilidade de impetração de mandado de segurança contra membros do mais alto escalão do Poder Executivo.

3.2.2 A doutrina nos Estados Unidos da América

A doutrina das questões políticas é analisada pelo direito constitucional americano, sem perder de vista sua aplicabilidade, que se dá no direito processual civil.

¹³⁶ As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

¹³⁷ Em Historic Supreme Court Decisions. LII Collection. Cornell Law School, 1996. Tradução livre da autora: “É enfaticamente a seara e tarefa do departamento judicial dizer o que é o direito. Aqueles que aplicam as regras a casos particulares necessitam explicar e interpretar essa regra. Se duas leis conflitam entre si, as cortes precisam decidir acerca da execução de cada uma. Então, se uma lei se opõe à Constituição; se ambas, a lei e a Constituição, são aplicáveis a um caso em particular, de modo que a Corte precise decidir de acordo com a lei, ignorando a Constituição; ou de acordo com a Constituição, ignorando a lei; a corte precisa estabelecer quais dessas regras conflitantes governam o caso. Essa é a real essência da tarefa judicial.”

Ela tem suas raízes na crença de que o Poder Judiciário não deve analisar conflitos entre os diferentes poderes, pois há algumas situações que podem ser melhor resolvidas através do processo político, deixando-se para os eleitores a tarefa de aprovar ou não as decisões tomadas, através das eleições.

As cortes federais, ao analisar um caso, precisam, em um primeiro momento, definir se o caso é “justiciável”¹³⁸, o que implica definir se o caso pode ou não ser analisado pela Corte. Para que a resposta seja afirmativa, alguns requisitos precisam estar preenchidos, quais sejam: deve haver um litígio real entre as partes, ou seja, elas devem buscar decisões diferentes; o autor deve reunir as seguintes características: ter um direito ameaçado ou ofendido; conseguir identificar o ofensor; existir a previsão de um procedimento que resolva a questão; a questão levada à Corte deve ser presente, ou seja, a Corte não se pronuncia em consultas¹³⁹ ou sobre controvérsias que já não existam no mundo real; por fim, a questão não pode ser política. Ou seja, a questão política afasta a característica de “justiciável” do caso.

Afirma Alfonso Santiago que

Esta doctrina, surgida conjuntamente con el control de constitucionalidad, es una verdadera válvula de escape que justifica la no realización del control de constitucionalidad en algunas materias o aspectos concretos. Con la sola calificación de un asunto como cuestión política, el tribunal renuncia a revisar su constitucionalidad¹⁴⁰.

A questão política pode ser definida como aquela em que a decisão cabe a um outro poder ou onde a Suprema Corte entende que não deve interferir, por isso é que a cada caso decidido a Suprema Corte identifica o que é ou não questão política. Como essa definição não parece ajudar muito na identificação das questões políticas, no final, serão questões políticas os casos que assim forem identificados pela Suprema Corte.

¹³⁸ Tradução livre da autora para a derivação do termo *justiciability*.

¹³⁹ Note-se que, apesar das Cortes estaduais seguirem as mesmas regras, alguns Estados permitem decisões de questões com caráter consultivo.

¹⁴⁰ SANTIAGO, Alfonso. *La Suprema Corte y el control político*, p. 175. Tradução livre da autora: “Essa doutrina, que surgiu concomitantemente ao controle de constitucionalidade, é uma verdadeira válvula de escape que justifica a não-realização do controle de constitucionalidade em algumas matérias ou aspectos concretos. Somente por ser o assunto qualificado como questão política, o tribunal renuncia à revisão de sua constitucionalidade.”

Desde el punto de vista que aquí interesa, la doctrina [das questões políticas] ha contribuido a la discreción en el obrar de la Corte por dos razones fundamentalmente: 1) se trata de una de las nociones más inaccesibles y confusas de todo el derecho constitucional, y 2) la Corte, aprovechando esa circunstancia, sin duda ha hecho uso de ella sin mayor preocupación por la ortodoxia jurídica. En punto a lo primero, tanto los autores nacionales, v. gr. Jorge Vanossi, como los norteamericanos, entre los que cito a Wright, Tribe y Hengin, admiten que la doctrina es verdaderamente confusa. En punto a lo segundo, a nadie escapa que la Corte se ha escudado muchas veces en las cuestiones políticas cuando no ha querido resolver un punto de derecho¹⁴¹.

Laurence Tribe também identifica a doutrina com a dificuldade em estabelecer o que sejam as questões políticas. Neste sentido, afirma que “[T]he political question doctrine is in a state of some confusion”¹⁴².

No julgamento do caso *Baker vs. Carr*¹⁴³, o Juiz Brennan, relator do processo, afirmou:

Deciding whether a matter has in any measure been committed by the Constitution to another branch of government, or whether the action of that branch exceeds whatever authority has been committed, is itself a delicate exercise in constitutional interpretation, and is a responsibility of this Court as ultimate interpreter of the Constitution¹⁴⁴.

Salvador Lozada¹⁴⁵ afirma que esta doutrina surge de idéia arraigada no direito inglês de que os tribunais não deveriam sequer conhecer das demandas contra o Estado.

¹⁴¹ SANTIAGO, Alfonso. Los modelos institucionales de Corte Suprema, p. 145. Tradução livre da autora: “Do ponto de vista que aqui interessa, a doutrina [das questões políticas] contribui com a descrição do trabalho da Suprema Corte por duas razões fundamentais: 1) trata-se de uma das noções mais inacessíveis e confusas de todo o direito constitucional, e 2) a Corte, aproveitando tal circunstância, sem dúvida, faz uso dela sem maior preocupação com a ortodoxia jurídica. Em relação ao primeiro, tanto os autores nacionais, p. ex. Jorge Vanossi, como os norte-americanos, entre os quais cito Wright, Tribe e Hengin, admitem que a doutrina é verdadeiramente confusa. Em relação ao segundo, ninguém duvida que a Corte se escondeu muitas vezes atrás das questões políticas quando não queria resolver uma questão de direito.

¹⁴² TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*, p. 96. Tradução livre da autora: “A doutrina das questões políticas encontra-se um tanto confusa.”

¹⁴³ Ver esclarecimentos acerca deste caso no tópico 4.4.

¹⁴⁴ Em *Baker vs. Carr*, 369 US 186. Tradução livre da autora: “Decidir se uma matéria foi ou não deixada, pela Constituição, para decisão de outro poder, ou se a atuação deste poder excede a autoridade outorgada pela Constituição, é um exercício delicado de interpretação constitucional, e é a responsabilidade desta Corte como último intérprete da Constituição”.

¹⁴⁵ LOZADA, Salvador. *El Derecho*, tomo 2, p. 1.

Então há, de fato, duas opções: ou adota-se a interpretação dada por Marshall ao artigo III, na seção 2 (que, sem dúvida, foi influenciado pela necessária limitação do Legislativo, que era muito forte na Inglaterra), ou adota-se outra interpretação, que permite defender, tão-somente, a revisão formal das leis diante da Constituição Federal.

Não é o intuito tentar derrubar duzentos anos de história, mas isso faz refletir sobre a “importação” de teorias sem uma maior análise de sua origem e conteúdo. Adotar a segunda opção levará, inevitavelmente, a definir Marshall como um juiz com muita eloquência, que estava no local certo, na hora certa, com um objetivo definido, e que, por isso, conseguiu criar uma estratégia para fazer prevalecer sua crença.

Nesse sentido, não se olvide que a possibilidade de o Judiciário reverter uma decisão do Legislativo não foi usada novamente, antes que se passassem cinquenta e quatro anos¹⁴⁶ e que só muito depois de prolatada essa decisão ficou famosa por seu conteúdo sobre a *judicial review*.

Por outro lado, também não se pode olvidar que foi essa construção que possibilitou e influenciou a criação de outro sistema de controle de constitucionalidade, idealizado por Kelsen.

Pode-se identificar e celebrar nessa decisão o início do declínio da aplicação da teoria de separação dos poderes como preconizada por Montesquieu, ou a prova de que a teoria nunca foi completamente aplicada: ora, nada deixa o Poder Judiciário mais forte do que o reconhecimento de sua competência para controlar a constitucionalidade dos atos dos outros poderes.

Aliás, essa característica é peculiar ao sistema americano, já que foi o primeiro a permitir o controle de constitucionalidade. Veja-se o que diz Jorge Miranda:

[...] os Estados Unidos vivem quase desde a sua formação sob o princípio da constitucionalidade, isto é, de que as leis e os outros actos do Estado devem ser conformes à Constituição e não devem ser aplicados pelos tribunais no caso de serem desconforme.

¹⁴⁶ A decisão seguinte a afirmar ser uma lei inconstitucional foi em *Dred Scott vs. Sanford*, em 1856.

Nenhum preceito constitucional expresso confere este poder de garantia aos tribunais, prevê a *judicial review*. Não obstante, sólidas razões jurídicas foram invocadas, desde o início, para o sustentar. Foram elas: 1) o Poder Legislativo é um poder constituído, que não pode ser exercido em contrário da Constituição, obra do poder constituinte; 2) os tribunais só podem aplicar leis válidas e são inválidas as leis contrárias à Constituição – que é lei superior a todas as outras leis¹⁴⁷.

E a importância de se admitir o controle de constitucionalidade pelo Judiciário é avaliada por Bernard Schwartz:

Es la posición de la Constitución como ley suprema de la nación lo que a hecho que la revisión judicial sea una necesidad práctica. Si esa posición suprema tiene que mantenerse en la práctica, los tribunales deben rehusar el cumplimiento de leyes que estén en conflicto con disposiciones constitucionales¹⁴⁸.

E o juiz Marshall, no julgamento do citado caso *Marbury vs. Madison* afirmou:

Onde os chefes de administrações forem instrumentos políticos e confidenciais do Poder Executivos, instituídos apenas para cumprir as vontades do Presidente, ou antes, para servir em assuntos nos quais o Executivo exerça discricção legal, ou constitucional (in cases in which the executive possess a constitutional or legal discretion), perfeitamente óbvio é que os seus atos não são examináveis senão politicamente. Mas onde a lei estatui especificadamente um dever, e há direitos individuais, dependentes da observância deste, igualmente manifesto é que qualquer indivíduo, que se considere agravado, tem o direito de recorrer, em procura de remédio, às leis do país¹⁴⁹.

Para Daniel E. Herrendorf, as questões políticas, nos Estados Unidos, compreendem:

1) el liderazgo de la política exterior a través del gobierno; 2) las cuestiones referentes a la forma de gobierno; 3) las reformas y enmiendas

¹⁴⁷ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, tomo I, p. 145.

¹⁴⁸ SCHWARTZ, Bernard. *Los poderes del gobierno*, v. I, p. 29. Tradução livre da autora: “É a posição da Constituição como lei suprema da nação que faz com que a revisão judicial seja uma necessidade prática. Se essa posição suprema tem que ser mantida na prática, os tribunais devem recusar o cumprimento de leis que estejam em conflito com disposições constitucionais.”

¹⁴⁹ Historic Supreme Court Decisions. LII Collection, Cornell Law School.

constitucionales; 4) la validez de los títulos de los representantes electos; 5) en algunos estados, las leyes electorales y la evaluación de las elecciones¹⁵⁰.

Para Pomeroy¹⁵¹, “[A] matéria de um pleito é política e alheia, pois, ao domínio da justiça, tão-somente quando interessa a existência de *jure* de um governo, ou envolve a legalidade de medidas puramente governativas (*purely governmental*).”

Alexander M. Bickel extrai os fundamentos para a existência da doutrina das questões políticas:

Such is the foundation in both intellect and instinct, of the political-question doctrine: the Court's sense of lack of capacity, compounded in unequal parts of (a) the strangeness of the issue and its intractability to principled resolution; (b) the sheer momentousness of it, which tends to unbalance judicial judgment; (c) the anxiety, not so much that the judicial judgment will be ignored, as that perhaps it should but will not be; (d) finally (“in a mature democracy”), the inner vulnerability, the self-doubt of an institution which is electorally irresponsible and has no earth to draw strength from¹⁵².

Do que foi dito, extrai-se que nos Estados Unidos não há uma conceituação para as questões políticas. Entretanto, é certo dizer que serão os casos onde a Constituição Federal expressamente ou não atribui ao Executivo ou ao Legislativo a competência para decidir. Esses, se chegarem ao Poder Judiciário, podem ser por ele consideradas questões políticas, quando então o Poder Judiciário abstém-se do julgamento.

¹⁵⁰ HERRENDORF, Daniel E. *El poder dos jueces, lo que piensan los jueces que piensan*, p. 34. Tradução livre da autora: “1) a liderança da política exterior através do governo; 2) as questões referentes à forma de governo; 3) as reformas e emendas constitucionais; 4) a validade dos títulos dos representantes eleitos; 5) em alguns estados, as leis eleitorais e a avaliação das eleições.”

¹⁵¹ POMEROY. An introduction to the constitutional law of the United States, § 746, p. 624, apud BARBOSA, Rui. *O direito do Amazonas ao Acre setentrional*. Obras completas de Rui Barbosa, v. XXXVII, tomo V, p. 111.

¹⁵² BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch*, p.184. Tradução livre da autora: “Este é o fundamento intelectual e instintivo da doutrina das questões políticas: a sensação de falta de capacidade da Corte, composta em partes desiguais por: (a) novidade da matéria e impossibilidade de resolvê-la através de princípios; (b) grande importância dela, o que tende a desequilibrar o julgamento judicial; (c) ansiedade, não porque a decisão judicial será ignorada, mas porque talvez devesse ser e não será; (d) finalmente (em uma democracia madura), vulnerabilidade interna, a dúvida de uma instituição que é irresponsável eleitoralmente e não tem de onde retirar suas forças.”

3.2.3 Alguns casos da Suprema Corte Americana

Nos Estados Unidos, Tribe¹⁵³ reconhece a doutrina, afirmando que determinadas cláusulas constitucionais não poderiam ser consideradas como passíveis de análise pela Suprema Corte.

Até a década de 30, a Suprema Corte declarou inconstitucionais várias leis cujo conteúdo era intervencionista, sempre buscando proteger os direitos individuais¹⁵⁴. Afirmava, nesses casos, que a decisão sobre economia tomada pelo Legislativo estavam sujeitas ao crivo judicial.

Em matéria eleitoral, a Suprema Corte americana adotou a doutrina em *Colegrove vs. Green*¹⁵⁵, negando-se a avaliar a constitucionalidade de lei que distribuía o eleitorado em Illinois. A Suprema Corte norte-americana também definiu que não era sua competência proferir decisão sobre a “faculdade de o Presidente convocar os militares, executar as leis da Nação e encerrar insurreições” (*Martin vs. Mott*)¹⁵⁶, o juiz Story afirmou:

Sempre que uma lei dá poder discricionário a uma pessoa, para exercê-lo por si mesma, mediante sua própria opinião sobre certos fatos, é sólida a regra de interpretação, que a lei constitui esta pessoa como único e exclusivo juiz da existência de tais fatos¹⁵⁷.

¹⁵³ TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*, p. 73.

¹⁵⁴ Assim ocorria com as leis que buscavam implementar o *New Deal*, sempre barradas por afrontarem o direito individual de contratar.

¹⁵⁵ 328 US 549, 1946. We are of opinion that the appellants ask of this Court what is beyond its competence to grant. This is one of those demands on judicial power which cannot be met by verbal fencing about “jurisdiction.” It must be resolved by considerations on the basis of which this Court, from time to time, has refused to intervene in controversies. It has refused to do so because due regard for the effective working of our Government revealed this issue to be of a peculiarly political nature, and therefore not meet for judicial determination. MR. JUSTICE FRANKFURTER 328 U.S. 549 Diante da modificação quantitativa do número de eleitores em distritos de Illinois, os apelantes queriam invalidar lei que, a seu ver, concedia diferente peso ao voto do cidadão, de acordo com o distrito onde votasse.

¹⁵⁶ 12 Wheat, 425 US 19 1827. Neste caso, o militar deixou de se apresentar a uma convocação e enfrentaria o confisco de bens por isso. A discussão na Corte era acerca da existência de justificativa para a convocação de militares, o que somente poderia acontecer, de acordo com a Constituição, em determinados casos, mas sempre seria um ato do Presidente. Assim, a Corte precisou estabelecer se este ato do Presidente caberia somente à sua convicção ou se poderia ser avaliado pelo Judiciário.

¹⁵⁷ Whenever a statute gives a discretionary power to any person, to be exercised by him upon his own opinion of certain facts, it is a sound rule of construction, that the statute constitutes him the sole and exclusive judge of the existence of those facts.

Em matéria de política internacional, a doutrina foi discutida em *Ware vs. Hylton*¹⁵⁸, quando, por não admitir a adoção da doutrina das questões políticas, possibilitou à Corte manifestar-se sobre a constitucionalidade de lei que extinguiu dívidas com estrangeiros de países inimigos. Em *Chicago and Southern Airlines vs. Waterman Steamship Corp.*¹⁵⁹ restou afirmado:

Seria intolerável que as cortes, sem possuírem informação relevante, devessem revisar e talvez anular atos do Executivo decididos a partir de informações tidas propriamente como secretas. Nem podem as cortes esperar que as confidências do Executivo lhes sejam reveladas. Mas, mesmo que as cortes pudessem exigir a abertura total [de tais informações], a própria natureza das decisões executivas em matéria internacional é política, não judicial. Tais decisões foram totalmente confiadas pela Constituição aos departamentos de governo, do Executivo e do Legislativo. São delicadas, complexas e incluem elementos de profecia. São e devem ser adotadas somente por quem é diretamente responsável diante do povo, cujo bem-estar promovem ou arriscam. São decisões que têm determinada característica que impede que os tribunais tenham aptidão, facilidade ou responsabilidade, e desde há muito se sustenta pertencerem ao domínio do poder político e não sujeitas à intromissão ou indagação judicial¹⁶⁰.

Em relação às questões internacionais, foram declaradas como não passíveis de análise judicial as seguintes questões:

¹⁵⁸ 3 Dall. 3 US 199, 260, 1796. Neste caso um cidadão de Virgínia negava-se a pagar uma dívida a um cidadão inglês alegando que uma lei de seu estado extinguiu tal dívida por se tratar de crédito de estrangeiro inimigo. Por outro lado, o cidadão inglês afirmava que o Tratado de Paris assegurava seu direito ao recebimento do valor. A discussão na Corte se deu acerca da validade da lei da Virgínia frente ao Tratado de Paris. A Corte invalidou a lei de Virgínia e confirmou a possibilidade da Corte fazer a revisão judicial de leis.

¹⁵⁹ Historic Supreme Court Collection. LII Cornell Law School, 333 US 103, 1940. O caso tratava de decidir se uma Lei sobre Aviação Civil, autorizando a revisão judicial das ordens que descrevia do Departamento de Aviação Civil, incluía ou não aquelas ordens que concedem ou negam requerimentos de empresas privadas para voar para o exterior e que dependiam de aprovação do Presidente,

¹⁶⁰ It would be intolerable that courts, without the relevant information, should review and perhaps nullify actions of the Executive taken on information properly held secret. Nor can courts sit in camera in order to be taken into executive confidences. But even if courts could require full disclosure, the very nature of executive decisions as to foreign policy is political, not judicial. Such decisions are wholly confided by our Constitution to the political departments of the government, Executive and Legislative. They are delicate, complex, and involve large elements of prophecy. They are and should be undertaken only by those directly responsible to the people whose welfare they advance or imperil. They are decisions of a kind for which the Judiciary has neither aptitude, facilities nor responsibility and have long been held to belong in the domain of political power not subject to judicial intrusion or inquiry.

- a) reconhecimento de novos Estados ou governos – United States vs. Belmont¹⁶¹;
- b) disputas dos Estados Unidos com nações estrangeiras por terras: Foster and Elam vs. Neilson¹⁶²;
- c) medidas de emergência em tempo de guerra: Korematsu vs. United States¹⁶³;
- d) relações com tribos indígenas: Cherokee vs. State of Georgia¹⁶⁴.

Os casos que chegaram à Suprema Corte americana versando sobre os assuntos arrolados foram considerados como intocáveis, ou seja, a Suprema Corte entendeu que o Poder Judiciário não poderia revisar a decisão tomada no âmbito de outro poder.

¹⁶¹ 310 US 324, 1918. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0301_0324_ZS.html>. Acesso em: 06 ago. 2006. Trata-se de tentativa de recuperação de soma em dinheiro depositada por uma empresa russa junto a um banco privado. Em 1918, o governo russo liquidou as corporações privadas e seus créditos passaram a pertencer ao governo. Em 1933, tal situação foi revertida, o que levou à busca do valor depositado nos Estados Unidos. Neste caso, a Corte afirmou que não lhe cabia discutir o ato do governo russo de liquidar as empresas privadas e lhes tomar os créditos, afirmando que “cada Estado soberano deve reconhecer a independência de outro Estado soberano, e que as cortes de um não julgarão os atos de governo de outro, tomados em seu próprio território”.

¹⁶² 2 Pet., 27 US 253, 307, 1829. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0027_0253_ZS.html>. Acesso em: 05 ago. 2006. Trata de disputa pelas terras da Lousiana após a assinatura do Tratado de São Ildefonso. A Corte entendeu que essa matéria pertencia ao político, e não ao jurídico.

¹⁶³ 323 US 214, 1944. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0323_0214_ZS.html>. Acesso em: 05 ago. 2006. Neste caso discutia-se uma lei que determinava a evacuação de japoneses e seus descendentes durante o estado de guerra com o Japão de determinadas áreas costeiras nos Estados Unidos.

¹⁶⁴ 5 Pet. 30 US 1, 1831. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/supct/html/historics/USSC_CR_0030_0001_ZS.html>. Acesso em: 04 ago. 2006. O caso tratava de requerimento dos índios cherokee para que fosse avaliada a constitucionalidade de lei da Geórgia que interferia com o poder de autodeterminação dos índios.

Ao decidir o caso *Coleman vs. Miller*¹⁶⁵, o juiz Hughes afirmou que, para determinar quando uma questão é ou não política, o relevante a se considerar deveria ser a característica de ato final de departamentos políticos e a dificuldade em classificá-la como judicial. Em *Colegrove vs. Green*¹⁶⁶, o juiz Frankfurter disse que a Constituição “tem muitas ordens que não são executáveis pelos tribunais porque estão claramente fora das condições e propósitos que circunscrevem a ação judicial”.

O caso *Baker vs. Carr*¹⁶⁷, julgado em 1962 pela Suprema Corte Americana, é tido como o primeiro onde a Corte expressamente se manifestou acerca da doutrina como um tema central. Nele, discutia-se uma lei do Tennessee do início do século XX. Charles W. Baker e outros cidadãos do Tennessee afirmavam que uma lei deste Estado que determinava o modo de distribuição dos lugares da Assembléia Legislativa e da Constituição dos distritos eleitorais havia sido ignorada, eis que não haviam sido contabilizados o crescimento populacional e a migração dentro do Estado. A discussão, portanto, cingia-se à possibilidade ou não da Suprema Corte manifestar-se acerca do modo de distribuição de assentos no Poder Legislativo estadual.

A Suprema Corte definiu que a Constituição do Tennessee continha disposições que obrigavam a redistribuição de votos de acordo com o número de eleitores, a cada dez anos. Todavia, tal redistribuição há muito não era respeitada.

O juiz William Brennan, relator da decisão, afirmou que:

¹⁶⁵ *Coleman vs. Miller*, 307 U.S. 433 (1939) em *Historic Supreme Court Decisions*, LII Collection, Cornell Law School. Essa é uma decisão importante porque estabeleceu que se o Congresso Americano, quando propõe para ratificação uma emenda à Constituição acerca de seu artigo V - prefere não especificar um prazo para que os legislativos estaduais atuem para dar-lhe efetividade, então a emenda ainda precisa ser implementada no nível estadual. De acordo com *Coleman*, somente o Congresso – se e quando sua decisão for ratificada pelo número suficiente de Estados – tem a discricionariedade para definir se se passou muito tempo ou não de sua proposição de emenda e a última ratificação estadual para então definir se efetivamente foi alcançado o quórum mínimo de ratificação da emenda. Essa decisão modificou decisão anterior (*Dillon vs. Gloss*, 1921) e foi o fundamento para a ratificação da vigésima sétima emenda à Constituição americana que se deu de modo diferente das outras (ao invés de ser pelo próprio legislativo estadual, o foi por comissões do legislativo).

¹⁶⁶ 228 US 549, 1946. *Historic Supreme Court Collection*. LII Collection, Cornell Law School.

¹⁶⁷ *Baker vs. Carr*, 369 U.S. 186 (1962).

O direito do cidadão ao voto sem defeitos arbitrários impostos pela ação estatal foi reconhecido como abrigado pela Constituição, sempre que tal defeito resulte da diluição por um cálculo incorreto, conforme *United States vs. Classic*, 313 US 299, ou pela recusa em contar votos de alguns locais arbitrariamente selecionados, conforme *United States vs. Mosley*, 238 US 383, ou pela alteração dos votos nas urnas, conforme *Ex parte Siebold*, 100 US 371¹⁶⁸.

Por isso, a Suprema Corte entendeu que a alegação de que a cláusula da *equal protection* não estava sendo aplicada era suficiente para que o caso fosse por ela julgado.

Nessa decisão, ficou estabelecido que, para determinar o que é um caso de questão política, a Corte deve observar:

Prominent on the surface of any case held to involve a political question is found a textually demonstrable constitutional commitment of the issue to a coordinate political department; or a lack of judicially discoverable and manageable standards for resolving it; or the impossibility of deciding without an initial policy determination of a kind clearly for nonjudicial discretion; or the impossibility of deciding without an initial policy determination of a kind clearly for nonjudicial discretion; or the impossibility of a court's undertaking independent resolution without expressing lack of the respect due coordinate branches of government or an unusual need for unquestioning adherence to a political decision already made; or the potentially the embarrassment from multifarious pronouncements by various departments in question¹⁶⁹.

Mas o voto vencido afirmava que não havia na Constituição americana qualquer garantia de que os votos dos indivíduos tivessem o mesmo valor e que a

¹⁶⁸ “A citizen’s right to a vote free of arbitrary impairment by state action has been judicially recognized as a right secured by the Constitution, when such impairment resulted from dilution by a false tally, cf. *United States vs. Classic*, 313 U.S. 299, or by a refusal to count votes from arbitrarily selected precincts, cf. *United States vs. Mosley*, 238 U.S. 383, or by a stuffing of the ballot box cf. *Ex parte Siebold*, 100 U.S. 371.” *Historic Supreme Court Decisions. LII Collection*.

¹⁶⁹ *Historic Supreme Court Decisions. LII Collection*. Tradução livre da autora: “Importante na superfície de qualquer caso que se diga tratar de questão política é encontrar se: (1) um compromisso constitucional textualmente demonstrável com um departamento político coordenado; (2) a falta de padrões que possam ser descobertos e manuseados para resolvê-lo; (3) a impossibilidade de decidir sem uma ordem política inicial não se subsuma à discricção judicial; (4) a impossibilidade de a Corte tomar uma decisão independente sem expressar a falta de respeito para com os outros poderes; (5) uma necessidade incomum de não questionar a aderência a uma decisão política já tomada; (6) a possibilidade de embaraço pelos diferentes pronunciamentos por vários departamentos sobre a mesma questão.”

Suprema Corte americana não deveria avaliar o modo de composição do Poder Legislativo dos Estados, por se tratar de uma questão local¹⁷⁰.

Discutiu-se, portanto, se o Judiciário poderia ou não manifestar-se acerca de questões como a do presente caso, tida pelos vencidos como política. O voto vencedor afirmou que não se tratava de uma questão política e que a distribuição de assentos no Legislativo é uma questão “judiciável” e merecedora de avaliação judicial.

Ao final de seu voto, o Juiz John Harlan afirma que:

In the last analysis, what lies at the core of this controversy is a difference of opinion as to the function of representative government. It is surely beyond argument that those who have the responsibility for devising a system of representation may permissibly consider that factors other than bare numbers should be taken into ‘account. The existence of the United States Senate is proof enough of that. To consider that we may ignore the Tennessee Legislature’s judgment in this instance because that body was the product of an asymmetrical electoral apportionment would in effect be to assume the very conclusion here disputed. Hence we must accept the present form of the Tennessee Legislature as the embodiment of the State’s choice,” or, more realistically, its compromise, between competing political philosophies. The federal courts have not been empowered by the Equal Protection Clause to judge whether this resolution of the State’s internal political conflict is desirable or undesirable, wise or unwise¹⁷¹.

¹⁷⁰ As palavras são do juiz John Harlan, que relatou o voto vencido, com o qual assentiu o Juiz Felix Frankfurter: “I can find nothing in the Equal Protection Clause or elsewhere in the Federal Constitution which expressly or impliedly supports the view that state legislatures must be so structured as to reflect with approximate equality the voice of every voter. Not only is that proposition refuted by history, as shown by my Brother Frankfurter, but it strikes deep into the heart of our federal system. Its acceptance would require us to turn our backs on the regard which this Court has always shown for the judgment of state legislatures and courts on matters of basically local concern.” Tradução livre da autora: “Não encontro nada na cláusula da *Equal Protection* ou em qualquer outro lugar da Constituição Federal que expressa ou implicitamente fundamente a opinião de que os legislativos estaduais devem ser estruturados de modo a refletirem com aproximada igualdade a voz de cada eleitor. Essa proposição não é somente refutada pela história, como demonstrou meu irmão, Frankfurter, mas fere o coração de nosso sistema federal. Sua aceitação requereria que déssemos nossas costas ao que essa Corte tem sempre decidido em relação às legislaturas e cortes estaduais e matérias de interesse local.”

¹⁷¹ Tradução livre da autora: “Na última análise, o que está no cerne desta controvérsia é uma diferença de opinião em relação à função do governo representativo. É extenuante de dúvida que aqueles que têm responsabilidade pelo desenvolvimento de um sistema representativo podem até acreditar que há outros fatores mais importantes do que números para serem levados em consideração. A existência do Senado americano é a prova suficiente disto. Argumentar que podemos ignorar as decisões do Legislativo do Tennessee porque aquele corpo é produto de uma eleição assimétrica seria confirmar a conclusão que aqui se discute. Então, precisamos aceitar a atual forma do Legislativo do Tennessee como a exigida pelo Estado, ou, para ser mais realista, como seu compromisso com filosofias políticas opostas. As cortes federais não têm o poder, pela

Na verdade, este caso

[...] reviewed in considerable detail the political question cases and concluded that it is the relationship between the judiciary and the coordinate branches of the Federal Government, and not the federal judiciary's relationship to the states, that gives rise to the 'political question'¹⁷².

No caso *Goldwater vs. Carter*¹⁷³ foi discutida a autoridade do Presidente Jimmy Carter para unilateralmente anular o Tratado Sino-americano de Defesa Mútua. Os congressistas que ingressaram com a ação defendiam que o Presidente carecia da aprovação do Senado para tanto e, não buscando tal aprovação, teria agido além dos poderes que lhe foram conferidos pela Constituição.

A Suprema Corte não aceitou o caso. O juiz William Rehnquist entendeu que os assuntos externos conduzidos pelo Congresso e pelo Presidente são questões políticas sobre quais o Judiciário não pode se manifestar. O juiz Lewis Powell, apesar de concordar com o voto de Rehnquist, afirmou que os poderes do Presidente de quebrar um contrato sem aprovação do Congresso poderiam ter sua constitucionalidade discutida na Suprema Corte, se o caso tivesse sido apresentado de outra forma. Neste sentido, afirmou que, se o Congresso tivesse editado uma resolução no sentido do cumprimento do tratado, aí então poder-se-ia discutir a constitucionalidade dos poderes atribuídos ao Presidente da República. Em outras palavras, já que o Congresso não se opôs à atuação presidencial, não havia disputa para ser resolvida judicialmente. Todavia, sem a resolução, o caso não passava de uma disputa essencialmente política entre os poderes.

Outra decisão em que se discutiu a existência da questão política foi no famoso caso *United States vs. Nixon*¹⁷⁴, conhecido como *Watergate*. Watergate era o nome do complexo de edifícios que abrigava o comando da campanha do partido

Cláusula da *Equal Protection*, para julgar se uma decisão de um conflito político interno estadual é desejável ou não, ou esperta ou não."

¹⁷² NOWAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. *Constitutional law*, p. 107. Tradução livre da autora: "[...] reviu em detalhe os casos de questões políticas e concluiu que é a relação entre o Judiciário e os ramos coordenados do Governo Federal, e não a relação entre o Judiciário federal e os Estados, que faz surgir a questão política."

¹⁷³ *Goldwater vs. Carter*, 444 U.S. 996 (1979).

¹⁷⁴ *United States vs. Nixon*, 418 U.S. 683 (1974).

democrata. Richard Nixon, republicano, ganhou a reeleição mas, no final da campanha, o prédio no Watergate foi arrombado. As investigações levaram a funcionários ligados ao Presidente, apesar das várias negativas da administração de qualquer participação no caso. O Procurador responsável pelo caso intimou o Presidente para que apresentasse fitas que teria gravado de conversas tidas no salão oval com seus assessores. O Presidente chegou a entregar algumas fitas, mas moveu uma medida para anular a intimação, alegando que tinha privilégio como chefe do Poder Executivo e que conversas com seus assessores eram secretas e poderiam não apresentar interesse para a nação. Essa medida, quando levada à Suprema Corte, a fez discutir sobre duas situações: o poder do Judiciário de dar a última palavra acerca do que a Constituição significa, e a possibilidade de o Presidente da República deter algum privilégio que lhe permita reter informações ou materiais relevantes para um processo criminal.

O Juiz Burger retomou os argumentos expendidos na decisão do caso *Marbury vs. Madison* e afirmou que o Judiciário pode e deve se manifestar sobre o conteúdo da Constituição e que, nem mesmo o Presidente da República, pode estar acima dela. O Presidente entregou as fitas com as gravações e o conteúdo delas ligava tão fortemente sua administração com o escândalo do Watergate que ele acabou por renunciar.

Perceba-se que, neste caso, o fundamento da medida tomada pelo Presidente, para não ser intimado, era de que a separação de poderes impedia, a seu ver, que o Judiciário analisasse a alegação do Presidente de que detinha um privilégio. O Juiz Burger entendeu que se deve respeitar a interpretação que cada poder dá ao texto constitucional quando trata de delimitar seus próprios poderes, todavia, diversas vezes a corte já se manifestou afirmando que é seu dever dizer o que é a lei. E mais, afirmou que

[...] Notwithstanding the deference each branch must accord the others, the "judicial Power of the United States" vested in the federal courts by [the Constitution] can no more be shared with the Executive Branch than the Chief Executive for example, can share with the Judiciary the veto power, or the Congress share with the Judiciary the power to override a Presidential veto. Any other conclusion would be contrary to the basic concept of separation of powers and the checks and balances that flow from the scheme of a tripartite government. We therefore reaffirm that it is the

province and the duty of this Court “to say what the law is” with respect to the claim of privilege presented in this case¹⁷⁵.

E, nesse caso, a alegação do Presidente parecia ser convincente, eis que afirmava ser evidente a necessidade e a validade da proteção de suas conversas com funcionários do alto escalão do Governo, já que, sabendo que tais conversas viriam a público, a sinceridade das opiniões poderia ser afetada. Além disto, para ele, a doutrina da separação de poderes não permitiria que o Presidente fosse intimado neste caso, eis que se tratava de suas atitudes na sua própria esfera de competências determinada pela Constituição.

Em seu voto, o juiz Burger também afirmou:

The expectation of a President to the confidentiality of his conversations and correspondence, like the claim of confidentiality of judicial deliberations, for example, has all the values to which we accord deference for the privacy of all citizens and added to those values the necessity for protection of the public interest in candid, objective, and even blunt or harsh opinions in Presidential decision-making. A President and those who assist him must be free to explore alternatives in the process of shaping policies and making decisions and to do so in a way many would be unwilling to express except privately. These are the considerations justifying a presumptive privilege for Presidential communications. The privilege is fundamental to the operation of government and inextricably rooted in the separation of powers under the Constitution¹⁷⁶.

No caso *Nixon vs. United States*, 506 U.S. 224 (1993), o juiz federal Walter Nixon, do Distrito do Mississippi, sofreu *impeachment* por ter sido condenado

¹⁷⁵ Tradução livre da autora: “[...] embora os poderes devam acatar um o que o outro decida, o ‘poder judicial dos Estados Unidos’ garantido às cortes federais [pela Constituição] não pode ser mais dividido com o Poder Executivo do que o chefe do Executivo pode, por exemplo, dividir com o Judiciário o poder de veto, ou o Congresso dividir com o Judiciário o poder de anular o veto presidencial. Qualquer outra conclusão seria contrária ao conceito básico da separação de poderes e do sistema de pesos e contrapesos que flui do esquema do governo tripartite. Então nós reafirmamos que é o trabalho e dever desta Corte ‘o dizer o que a lei é’ em relação à alegação de privilégio apresentada neste caso.”

¹⁷⁶ Tradução livre da autora: “A expectativa de um presidente ter confidencialidade em suas conversas e missivas, como a alegação de confidencialidade de deliberações judiciais, por exemplo, tem a importância que damos ao direito de privacidade dos cidadãos, acrescida da necessidade de proteção do interesse público de opiniões sinceras, objetivas, até mesmo duras e cruéis no processo de decisão presidencial. Um Presidente e aqueles que o assistem devem se sentir livres para explorar alternativas no processo de definir políticas e tomar decisões e também para fazer isso de uma maneira na qual muitos não estariam dispostos caso não estivessem protegidos pela privacidade. Essas são as considerações que justificam a presunção de um

por falso testemunho perante um júri. O processo de *impeachment* tramitou pela Câmara e depois pelo Senado, onde passou por um Comitê, responsável pela colheita de provas, sendo depois votado e aprovado pelo Senado como um todo. A medida foi interposta por Nixon, que alegava que a Constituição determinava que o Senado, como um todo, e somente ele, teria o poder de aprovar o *impeachment*.

Para a Suprema Corte, esse caso não era “justiciável”, eis que havia na Constituição regra expressa estabelecendo a competência para um comitê, ou seja, caberiam ao Senado as regras processuais para a aprovação do *impeachment*.

De fato, o texto constitucional estabelece que a competência é do Senado, e assim, parece que o Judiciário não deveria avaliar sua atuação. Ainda assim, neste caso, houve juízes que se preocuparam com a possibilidade de o Senado aprovar *impeachment* com a certeza de que o procedimento não poderia ser revisado, utilizando-se, inclusive, de procedimentos arbitrários.

3.3 A DISCUSSÃO SOBRE A DOUTRINA DAS QUESTÕES POLÍTICAS NO BRASIL

A doutrina das questões políticas foi copiada do direito norte-americano para o ordenamento brasileiro por influência de Rui Barbosa. Pode-se afirmar que, segundo ela, foge ao Poder Judiciário a competência para julgar questões que envolvam a discricionariedade nos outros dois poderes – Executivo e Legislativo.

Para J. Cretella Júnior, o ato político

é toda manifestação de vontade do poder público que, por sua condição toda especial, escapa à revisão do Poder Judiciário, constituindo esse tipo de ação não uma exceção ao princípio da legalidade, mas à competência do juiz, o qual não tem possibilidades de fiscalizá-lo, se a isso for provocado¹⁷⁷.

privilégio para as comunicações presidenciais. O privilégio é fundamental para a operação do governo e inextricavelmente enraizada na separação de poderes constitucionalmente prevista.”

¹⁷⁷ CRETELLA JÚNIOR, J. Teoria do Ato do Governo, p. 73-85.

A dificuldade em definir a expressão 'questão política' foi lembrada por J. Cretella Júnior:

[...] a expressão ato de governo [...] quando enfrentada com o rigor científico exigido para delimitar o setor exato sobre o qual se projeta, porque os vocábulos governo e político são suscetíveis de várias interpretações, que se distribuem através de gama riquíssima, cujos intervalos são menores que um milímetro, numa escala de mil¹⁷⁸.

Para Rui Barbosa,

atos políticos do Congresso, ou do Executivo, na acepção em que êsse qualificativo traduz exceção à competência da justiça, consideram-se aqueles, a respeito dos quais a lei confiou a matéria à discricão prudencial do poder, e o exercício dela não lesa direitos constitucionais do indivíduo¹⁷⁹.

Como indicado na definição de Rui Barbosa, a doutrina das questões políticas serviria como limitação à atuação do Poder Judiciário, contribuindo para que ele não se envolvesse em questões que tipicamente pertenceriam à esfera do Poder Executivo ou do Poder Legislativo.

A aplicação da doutrina, portanto, colabora com a implementação e atendimento da teoria da separação de poderes que exigia poderes independentes, exercidos por pessoas ou órgãos diversos, e que teriam ingerência um sobre o outro somente para atuar como freio.

No Brasil, Lêda Boechat Rodrigues afirmava que,

Quando queria eximir-se de julgar alguma causa ou pedido, foi comum o Supremo Tribunal apelar para o argumento de que se tratava de 'ato político' ou 'questão política'. Nos casos de intervenção federal, como vimos há pouco, o Tribunal sempre se valeu de tal argumento. Futuramente, no caso Café Filho, seria exatamente essa a alegação à qual o STF se prenderia para não conhecer da questão¹⁸⁰.

¹⁷⁸ CRETELLA JÚNIOR, J. Teoria do Ato do Governo, p. 74-85.

¹⁷⁹ BARBOSA, Rui. *O direito do Amazonas ao Acre setentrional*. Obras completas de Rui Barbosa, v. XX, tomo V, p. 134.

¹⁸⁰ RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*, tomo II, 1910-1926, p. 294.

Esta autora identifica o ano de 1911 como o primeiro em que se falou em ‘caso político’, quando o Tribunal declarou “[A]inda que seja ‘caso político’ não pode o Poder Judiciário esquivar-se de conhecer da ‘questão judiciária’ que lhe for submetida, ligada ou envolvida naquele”¹⁸¹.

Rui Barbosa foi defensor incondicional da aplicação da doutrina¹⁸², mas, mais adiante, passa a defendê-la admitindo uma exceção: quando fosse lesado um direito individual, o Poder Judiciário passaria a ter o direito de se manifestar, ainda que o tema objeto dos autos fosse uma questão política¹⁸³.

Afirmava que

[D]esde Marshall, no imemorable aresto em que se sagrou, a jurisdição dos tribunais contra o exercício inconstitucional das faculdades do Governo, ou do Congresso, ficou, ao mesmo tempo, reconhecido existir no domínio desses poderes uma região impenetrável à autoridade da justiça: a região política¹⁸⁴.

Dizia ainda:

Atos políticos do Congresso ou do Executivo, na acepção em que esse qualificativo traduz exceção à competência da Justiça, consideram-se aqueles a respeito dos quais a lei confiou a matéria à discricção prudente do poder e o exercício dela não lesa direitos constitucionais do indivíduo. Em prejuízo destes, o direito constitucional não permite arbítrio a nenhum dos poderes. Se o ato não é daqueles que a Constituição deixou à discricção da autoridade, ou, se, ainda que o seja, contravém às garantias individuais, o caráter político da função não esbulha do recurso reparador as pessoas agravadas¹⁸⁵.

Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal, no Brasil, pelo voto do relator Themístocles Cavalcanti, no julgamento do Recurso Extraordinário 57.924/SP em 11.04.1969, já afirmou que:

¹⁸¹ Julgamento do HC 3.061 (27.07.1911), Rel. Min. Canuto Saraiva, *RF* 17/457.

¹⁸² Discurso de posse no Instituto dos Advogados do Brasil, 19.11.1914.

¹⁸³ BARBOSA, Rui. *O direito do Amazonas ao Acre setentrional*. Obras completas de Rui Barbosa, v. XXXVII, tomo V, p. 178.

¹⁸⁴ BARBOSA, Rui. *O direito do Amazonas ao Acre setentrional*. Obras completas de Rui Barbosa, v. XXXVII, tomo V, p. 96.

¹⁸⁵ BARBOSA, Rui. *Revista Forense*, v. 126, nov. 1949, p. 234.

Essa doutrina (das questões políticas) tem sido superada por outra fórmula consagrada na Constituição de 1946 e na atual, que considera da competência do Poder Judiciário o exame de qualquer lesão de direito individual.

Entendida essa expressão em seu sentido mais largo, como de proteção a todos os direitos, ficam excluídos os atos políticos, mas considerados estes apenas como o exercício de poderes que não encontram na lei a sua limitação¹⁸⁶.

No sentido de que havia limitações à manifestação da Corte Suprema, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se no julgamento do *Habeas Corpus* 14.518, em 14.01.1925, onde foi relator o Ministro Godofredo Cunha:

Tratando-se de ato político, não é lícito ao Poder Judiciário Federal entrar na apreciação dos fatos e motivos que o determinaram, sob pena de abuso de poder, e menos ainda que o Poder Executivo lhe preste contas dos interrogatórios e inquéritos abertos para apurar a responsabilidade dos suspeitos ou envolvidos nas perturbações da ordem pública, direito reservado exclusivamente ao Poder Legislativo, não lhe sendo igualmente lícito corrigir os abusos do Executivo, exceto quando este infringir o disposto no art. 80, § 2º, da Constituição Federal¹⁸⁷.

Na explicação de Lêda Boechat Rodrigues, o acórdão “alude à detenção do paciente durante o estado de sítio decretado em virtude de movimento revolucionário, considerando o mesmo sujeito ao poder arbitrário do Executivo e, como tal, tratar-se de ato político que fugia à apreciação do Judiciário”¹⁸⁸.

Para Rui Barbosa, atos políticos são “aquêles a respeito dos quais a lei confiou a matéria à discricção prudencial do poder, e o exercício dela não lesa direitos constitucionais do indivíduo”¹⁸⁹. E então, para explicitar o que seriam tais questões meramente políticas, complementa o estadista:

Quais são, porém, os poderes exclusiva e meramente políticos? Evidentemente os que não são limitados por direitos correlativos, nas pessoas, individuais ou coletivas, sobre que tais poderes se exercem.

¹⁸⁶ CAVALCANTI, Themístocles. *Revista dos Tribunais*, ano 58, n. 402, abr. 1969.

¹⁸⁷ Trata-se de artigo da Constituição de 1891 que dizia que o Poder Executivo federal poderia decretar o estado de sítio desde que se limitasse a adotar, contra as pessoas, as seguintes medidas: “1º A detenção em lugar não destinado aos réus de crimes comuns; 2º O desterro para outros sítios do território nacional.”

¹⁸⁸ RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*, Tomo I, p. 293.

¹⁸⁹ Apud RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*, Tomo I, p. 293.

Quando à função de um poder, governativo ou Legislativo, não corresponde, fronteiramente, um direito constitucional da entidade, natural ou moral, que a ação desse poder interessa e poderá ferir, um tal poder está confiado, pela sua natureza, ao arbítrio da autoridade, em quem reside. É um poder discricionário, e, como poder discricionário, seja palpável contradição nos termos que sofresse restrição pela interferência coibitiva de outro¹⁹⁰.

Mas é somente no texto em que faz a defesa do Estado do Amazonas, quando pleiteava como sua parcela do território então recém-incorporado do Acre, que Rui Barbosa cria doutrina, arrolando os casos que se tratam de questões políticas:

[...] temos como elementos capitais da autoridade política, isto é, da ação discricionária, no Chefe da Nação e no Congresso:

1. A declaração de guerra e a celebração da paz.
2. A manutenção e direção das relações diplomáticas.
3. A verificação dos poderes dos representantes dos governos estrangeiros.
4. A celebração e rescisão de tratados.
5. O reconhecimento da independência, soberania e governo de outros países.
6. A fixação das extremas do país com os seus vizinhos.
7. O régimen do comércio internacional.
8. O comando e disposição das forças militares.
9. A convocação e mobilização da milícia.
10. O reconhecimento do governo legítimo nos Estados, quando contestado entre duas parcialidades.
11. A apreciação, nos governos estaduais, da forma republicana, exigida pela Constituição.
12. A fixação das relações entre a União ou os Estados e as tribos indígenas.
13. O régimen tributário.
14. A adoção de medidas protecionistas.
15. A distribuição orçamentária da despesa.
16. A admissão de um Estado à União.
17. A declaração da existência do estado de insurreição.
18. O restabelecimento da paz nos Estados insurgentes e a reconstrução neles da ordem federal.
19. O provimento de cargos federais.
20. O exercício da sanção e do veto sobre as resoluções do Congresso.

¹⁹⁰ BARBOSA, Rui. *O direito do Amazonas ao Acre setentrional*. Obras completas de Rui Barbosa, v. XXXVII, tomo V, p. 114.

21. A convocação extraordinária da representação nacional¹⁹¹.

Alertava, todavia, que:

Não basta que a questão estreme com a política, ou com ela prenda; que tenha relações políticas, ofereça aspectos políticos, ou seja suscetível de efeitos políticos; que à política interesse, ou sôbre ela possa atuar por alguma das suas faces, algumas das suas ligações, alguns dos seus resultados. É mister que seja simplesmente, puramente, meramente política, isto é, que pertença ao domínio político totalmente, unicamente, privativamente, exclusivamente, absolutamente¹⁹².

E, em seguida, esclarece:

68. Entre essas atribuições todas, cuja matéria, na Constituição brasileira, ocupa o art. 34, nº 1, 4, 5, 6, 10, 11, 12, 17, 18, 20, 21, 25 e art. 48, nº 1, 2, 3, 4, 5, 7, 8, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, evidentissimamente sobressai um traço comum, que delineia a fisionomia do gênero. Todas elas têm por objeto a apreciação de conveniências, transitórias ou permanentes, mas sempre de natureza geral. São considerações de interesse comum, de utilidade pública, de necessidade ou vantagem nacional, requerendo uma autoridade mais ou menos arbitrária, subordinada a competência dos que a exercem aos freios da opinião popular e da moral social, mas autônoma numa vasta órbita de ação, dentro na qual a discricção do legislador e do administrador se move livremente.

Eis o terreno meramente político, defeso como tal à ingerência dos tribunais¹⁹³.

E, refutando opinião de professor americano, que afirma que o povo americano teria sido iludido, fazendo-o crer que seria natural à Suprema Corte analisar atos legislativos, que seria uma função judicial, quando, em verdade, tratava-se de função política, afirmou:

Com ser das mais respeitáveis esta opinião, não temos por autorizado nem verossímil o acerto, que supõe aos organizadores da Constituição americana a dissimulação intencional de uma entidade política, na criação da Corte Suprema, sob o manto do poder judicial. Dos melhores trabalhos sobre o assunto nos parece evidenciado que a doutrina americana da rejeição das leis inconstitucionais pela justiça tem origem nas tradições

¹⁹¹ BARBOSA, Rui. *O direito do Amazonas ao Acre setentrional*. Obras completas de Rui Barbosa, v. XXXVII, tomo V, p. 118.

¹⁹² BARBOSA, Rui. *O direito do Amazonas ao Acre setentrional*. Obras completas de Rui Barbosa, v. XXXVII, tomo V, p. 156.

¹⁹³ BARBOSA, Rui. *O direito do Amazonas ao Acre setentrional*. Obras completas de Rui Barbosa, v. XXXVII, tomo V, p. 119.

coloniais e nas da Confederação dos Estados que o movimento de 1776 emancipara. Sentenças das justiças coloniais declaravam inválidos os estatutos locais, em excedendo os poderes outorgados pelas cartas; e, quando a estas sucederam, com a Confederação, as Constituições estaduais, do mesmo modo se houveram alguns tribunais de Estados, em presença de atos Legislativos locais a elas opostos. Esses precedentes Judiciários naturalmente deviam de sugerir aos espíritos conservadores, que preponderaram no feitio da Constituição americana, considerações donde poderia resultar a interpretação, que fez da Corte Suprema o oráculo da constitucionalidade das leis. No acanhado embrião desta idéia, que se lhes deparava na praxe daqueles tempos, os rudimentos dessa faculdade, limitada pelas condições da época a controvérsias de mero direito privado, não deixariam entrever a modificação política de semelhante prerrogativa, quando entregue privativamente a um grande tribunal nacional, estabelecido na cúpula do sistema, e imitado por esta situação, de uma unicidade absoluta, no arbítrio, por uma parte, de reprimir os outros dois poderes federais cada qual nas sua alçada, por outra de conciliar, contendo-os a ambos, as pretensões da União com as dos Estados¹⁹⁴.

E Pontes de Miranda também alertava:

O que um Poder Judiciário faz – dentro das suas atribuições – vale nos casos concretos; o que qualquer dêles pratica fora das suas atribuições, ferindo direitos públicos ou privados, a que correspondam ações ou exceções, é suscetível de ser considerado inconstitucional. Quando Marshall dizia que as questões, por sua natureza política, nunca poderiam ser ventiladas na Corte Suprema, pronunciava frase vaga, que não se pode repetir sem perigo. Onde a ‘questão política’ se liga a atos que violam direitos, a ação leva-a à Justiça e a Justiça pode conhecer dela. Já não é exclusivamente política. Nunca se considera questão exclusivamente política qualquer questão que consiste em saber – se existe ou qual a extensão ou amplitude de uma atribuição das entidades políticas – (União, Estados-membros, Distrito Federal, Municípios), de algum dos poderes públicos (Poder Legislativo federal, Poder Executivo federal, Poder Executivo estadual, Prefeitos, Câmaras municipais) ou de algum dos seus órgãos, e se foi, ou não, violado, ou se não pode ser violado (*habeas corpus*, mandado de segurança) direito individual¹⁹⁵.

Por sua vez, Aliomar Baleeiro¹⁹⁶ reconhecia a doutrina, mas analisava as diferenças entre as cortes brasileira e americana para indicar que seria pouco eficaz sua aplicação em nosso país.

Para Francisco Gerson Marques de Lima, as questões políticas “são as que se resolvem com faculdades exclusivamente políticas, através de poderes unicamente políticos, mediante critério discricionário da autoridade, e cujos

¹⁹⁴ BARBOSA, Rui. *O direito do Amazonas ao Acre setentrional*. Obras completas de Rui Barbosa, v. XXXVII, tomo V, p. 107.

¹⁹⁵ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*, v. II, p. 180.

¹⁹⁶ BALEEIRO, Aliomar. *A função política do Judiciário*, p. 14.

requisitos não podem ser atribuídos à apreciação do Judiciário”¹⁹⁷. André Ramos Tavares admite “que a questão política pode realmente ingressar no domínio do Tribunal Constitucional, mas só o fará legitimamente sob as vestes da interpretação constitucional”¹⁹⁸.

Caio Mário da Silva Pereira tentou explicar o que seria a questão política através de exemplo:

O Congresso legisla, vota uma resolução que transita pelas duas Casas; vai à sanção e é promulgada em lei. Contra esta insurge-se o particular.

Se contra o diploma alinha argumentos de conveniência, de interesse, de conformidade ou desconformidade com a necessidade nacional, aí não entra o Poder Judiciário, ao se lhe fecharem as portas da cidadela política.

Mas, se contra a manifestação legislativa argúi a contravenção de texto constitucional, opõe a insubordinação de legislativa aos cânones da Carta, acusa o Congresso de transpor os limites da outorga votada pelo povo soberano, aí não pode haver muralhas que defendam a região política da devassa judiciária. Num e noutro caso, política foi a atividade do Poder Legislativo, e nem por isso eles se assemelham quando trazidos à praça judiciária¹⁹⁹.

Para Pontes de Miranda, “não pode o Judiciário conhecer das questões exclusivamente políticas como seriam as que versassem sobre a oportunidade, acerto ou conveniência do ato”²⁰⁰. Themístocles Cavalcanti, por sua vez, afirmava que se não se pode negar ao Judiciário a análise de lesão ou de ameaça de lesão à direito, conseqüentemente não se pode falar em restringir a atuação do Poder Judiciário²⁰¹.

Para Pedro Lessa o “[P]oder meramente político é um poder discricionário”²⁰², no que foi acompanhado por Rui Barbosa em *O Direito do Amazonas*. Assim, se admite na doutrina que os atos discricionários não estariam sujeitos à apreciação do Judiciário. Quando for tratado das disposições existentes na Constituição brasileira atual, voltar-se-á ao assunto, todavia, desde logo deixa-se o registro de que não se pode, hoje, concordar com tal posição.

¹⁹⁷ LIMA, Francisco Gérson Marques de. *O STF na crise institucional brasileira*, p. 31.

¹⁹⁸ TAVARES, André Ramos. *Tribunal e jurisdição constitucional*, p. 67.

¹⁹⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Apreciação judicial de questão política, p. 37.

²⁰⁰ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*, v. II, p. 178.

²⁰¹ CAVALCANTI, Themístocles. *Revista do Supremo Tribunal Federal*, p. 414.

²⁰² LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário*, p. 59.

Diante do todo o dito, pode-se definir questão política como toda questão decidida no âmbito do Executivo e do Legislativo. Se isso for verdade, enfrentar esse conceito, somente em relação ao Legislativo, já é um grande problema. Ora, as leis são produto de decisão do Legislativo e assim, deveriam, por tal enunciado, ser consideradas como questões políticas; em outras palavras, não passíveis de revisão pelo Judiciário. Sim, se o conceito acima estiver correto, as leis não deveriam sofrer o controle de constitucionalidade.

É verdade que, nesta linha de pensamento, obriga-se a defender a impossibilidade da existência do controle de constitucionalidade de leis, ou, no mínimo, questionar quais são as questões constitucionais que não podem ser objeto de decisão pelo Judiciário. Há duas maneiras de enfrentar a questão: a primeira, é analisar historicamente de onde surgiu essa teoria (a possibilidade de o Judiciário se manifestar sobre a constitucionalidade de leis, o que foi feito no caso *Marbury vs. Madison*) e sua correção; a segunda, é analisar o momento atual do ordenamento jurídico que interessa neste trabalho, o brasileiro, e tentar definir se há autorização legal (constitucional ou não) para a aplicação desta teoria, o que se fará a seguir.

3.4 AS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

A Constituição de 1891 foi emendada em 1926 e, o art. 59, § 5º, passou a constar com a seguinte redação:

Nenhum recurso judiciário é permitido para a justiça federal ou local, contra a intervenção nos Estados, a declaração do estado de sítio, e a verificação de poderes, o reconhecimento, a posse, a legitimidade e a perda de mandato dos membros do Poder Legislativo ou Executivo, federal ou estadual; assim como, na vigência do estado de sítio, não poderão os tribunais conhecer dos atos praticados em virtude dele pelo Poder Legislativo ou Executivo.

A Constituição de 1934 ditava, em seu art.o 68: “É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questões exclusivamente políticas”.

E o art. 18 de seu Ato das Disposições Constitucionais Transitórias dizia: “Ficam aprovados os atos do Governo Provisório, dos interventores federais nos Estados e mais delegados do mesmo Governo, e excluída qualquer apreciação judiciária dos mesmos atos e dos seus efeitos”.

A Constituição de 1937 ditava em seu art. 170: “Durante o estado de emergência ou o estado de guerra, dos atos praticados em virtude deles não poderão conhecer os juízes e tribunais”. E seu art. 94 previa: “É vedado ao Poder Judiciário conhecer de questão exclusivamente política”.

O art. 181 da Emenda Constitucional n.1 à Constituição de 1969 ditava:

Ficam aprovados e excluídos de apreciação judicial os atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução de 31 de Março de 1964, assim como:

I – os atos do Governo Federal, com base nos Atos Institucionais e nos Atos Complementares e seus efeitos, bem como todos os atos dos Ministros militares e seus efeitos, quando no exercício temporário da Presidência da República, com base no Ato Institucional n. 12, de 31 de agosto de 1969;

II – as resoluções, fundadas em Atos Institucionais, das Assembléias Legislativas e Câmaras Municipais, que hajam cassado mandatos eletivos ou declarado o impedimento de Governadores, Deputados, Prefeitos e Vereadores quando no exercício dos referidos cargos; e

III – os atos de natureza legislativa expedidos com base nos Atos Institucionais e Complementares indicados no item I.

A razão de uma Constituição se preocupar em expressamente prever a proibição foi explicada por Caio Mário da Silva Pereira, quando afirmava que “Repelir a separação judicial dos casos políticos tem sido uma preocupação tão acendrada em nossos meios jurídicos, e o meio de introduzir o Judiciário nesta arena apaixonada tem causado tão grave impressão...”²⁰³.

Analisando o momento atual do Brasil, a Constituição Federal dita, em seu art. 102, inciso I, alínea “a”:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

²⁰³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Apreciação judicial de questão política, p. 38.

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal; ...”

De fato, não há nela, assim como na Constituição Federal norte-americana, a expressa menção ao conteúdo ou à forma da lei como aspectos a serem analisados pelo Judiciário.

Mas há, expressamente, a possibilidade de revisão. Por isso, o Judiciário pátrio sempre admitiu o controle, inclusive o material, da constitucionalidade das leis. Como, então, justificá-lo? Se nem a análise da origem do instituto permite, ao certo, afirmar se essa era a intenção do constituinte norte-americano?

A resposta, hoje, está na cláusula do devido processo legal. Não importa, agora, se o instituto do controle de constitucionalidade nasceu de uma mentira²⁰⁴. Também não importa se ele é amplamente utilizado, eis que não se acredita ser esse o fato que lhe dá legitimidade. O conteúdo material da cláusula do devido processo legal (melhor compreendido como devida adequação ao direito) exige que o Judiciário faça cumprir a Constituição, e seria, efetivamente, um esvaziamento do texto maior se fosse deixado somente ao processo político a correção de leis materialmente constitucionais.

É verdade que

[...] a intangível e impenetrável região política, se fôr entendida em toda a sua amplitude, acabará fechando em muralhas invulneráveis toda a atividade nacional, a tal ponto que o Judiciário ficaria adstrito à solução quase miserável de conflitos puramente individuais, e sua toga reduzida a proporções bem módicas²⁰⁵.

E não é este o objetivo do Judiciário em um Estado que lhe dá cada vez mais poderes. A necessidade que esteja presente para fazer valer os direitos dos indivíduos é prova necessária de que não se lhe pode diminuir a atividade.

²⁰⁴ Como já dito, há interpretação do voto de Marshall na decisão do caso *Marbury v. Madison*, no sentido de que de modo algum a Constituição previa a possibilidade do controle de constitucionalidade pelo Judiciário. O julgador teria, tão somente, aproveitado a chance que lhe foi dada para trazer uma maior importância a um poder que muito pouco valia e muito pouco interesse despertava à época.

3.5 A JURISPRUDÊNCIA

Em 07 de novembro de 1956, foi julgado o Mandado de Segurança 3.557/DF, impetrado pelo Vice-Presidente no exercício da Presidência, João Café Filho, em face de resoluções editadas pelo Senado e pela Câmara, que o impediam de voltar ao exercício da Presidência da República – após se afastar por motivo de saúde – alegando que tais motivos não teriam cessado.

Afirmava Café Filho que as resoluções eram inconstitucionais e refletiam abuso de poder e que o atestado médico confirmando a cessação do impedimento de ordem de saúde deveria ser suficiente para que pudesse voltar às suas atividades.

Entre outros argumentos, as casas do Legislativo afirmaram que não cabia ao Supremo Tribunal Federal analisar a questão, eis que se tratava de “[...] ato de soberania e de cunho eminentemente político. Ao Poder Legislativo é inerente a atribuição de decidir da subsistência ou da cessação do impedimento do Presidente da República”²⁰⁶.

O relator Ministro Hahnemann Guimarães, em seu voto, afastou a alegação de que não poderia o Tribunal se manifestar sobre a questão por ter contornos políticos, afirmando que:

A competência dada na Constituição, art. 101, I, “i”, compreende os atos não-legislativos, que pratiquem a Câmara ou o Senado, e lesem direito individual [...]. O cunho político da resolução não pode, em virtude da garantia da Constituição, art. 141, § 4º, excluir da apreciação do Poder Judiciário a argüida lesão do direito individual [...]²⁰⁷. (grifo do autor)

Decidindo o mesmo caso, o Ministro Ribeiro da Costa afirma:

²⁰⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Apreciação judicial de questão política, p. 38.

²⁰⁶ Relatório do Ministro Relator Hahnemann Guimarães, fls. 2.

²⁰⁷ Em seu voto, fls. 3.

Há de se distinguir, entretanto, a imunidade que cobre o exercício desse poder, enquadrado na esfera puramente política das Câmaras, esfera em que se desenvolve a função discricionária e política da iniciativa, conveniência da oportunidade e da determinação do próprio conteúdo das leis, há de se distinguir dos casos em que a obediência às exigências formais, impostas pelas Constituições e leis orgânicas, limita a função legislativa, resguardando os interesses individuais ou coletivos em jogo.

Desde que uma disciplina constitucional limita a competência de um poder, na escolha dos meios ou da forma de proceder, deixa a questão de ser política e exclusiva, para subordinar-se ao exame judicial, desde que haja interesses feridos e direitos individuais comprometidos pelo ato emanado do poder competente.

É que a competência nunca é absoluta, — o arbítrio não se cobre com a competência, que encontra limites no próprio poder concedido e na forma regulada pelo estatuto fundamental (Constituição Federal Comentada, vol. IV, pp. 210/211)²⁰⁸. (grifos do autor)

E continua:

O problema da competência do Congresso Nacional para, em Resolução, declarar o impedimento do Presidente da República, nos termos em que o fez, envolve antes uma questão estritamente jurídica que de índole política²⁰⁹.

O julgamento do caso acabou suspenso por força do estado de sítio que vigia no correr da impetração do mandado, mas a Corte teve sua oportunidade para afirmar que, ainda que seja ato político, a resolução do Poder Legislativo, quando ofende direito individual, não pode ser afastada do controle do Judiciário, por força da inafastabilidade da jurisdição.

Em 15 de março de 1990, o Poder Executivo, através do novo Presidente eleito, editou a Medida Provisória 168, que, entre outras providências, criava uma nova moeda e congelava ativos financeiros acima de NCr\$ 50.000,00. O plano ficou conhecido como Plano Collor I. Como era evidente que o Poder Judiciário enfrentaria uma enxurrada de ações discutindo a constitucionalidade da medida provisória, o Executivo foi além, e editou a Medida Provisória 173, em 18 de março de 1990, que ditava, em seu art. 1º, que não seria concedida medida liminar em mandado de segurança e em ações ordinárias ou cautelares decorrentes das medidas provisórias, e aí arrolava a de n. 168.

²⁰⁸ Em seu voto, fls. 9.

²⁰⁹ Às fls. 10.

Com isso, o Poder Executivo retirava do Poder Judiciário a possibilidade de se manifestar, em juízo prévio, acerca da constitucionalidade do bloqueio dos cruzados. O Partido Democrático Trabalhista (PDT) propôs ação direta de inconstitucionalidade da Medida Provisória 173, cujo relator foi o Ministro Paulo Brossard que, em seu relatório, afirmou:

o caso é de singular gravidade e importância. Desprezados aspectos circunstanciais, ele nos coloca diante desta indagação: a Constituição ontem promulgada solenemente e jurada publicamente está em vigor e a todos obriga ou é mero ornamento, a ser observada *si et in quantum*, conforme as conveniências e oportunidades?²¹⁰

O Ministro Paulo Brossard também observou que a citada medida provisória

De chofre, por via unilateral e imperatória, sumariamente se proíbe a concessão de liminares, bem como a execução de sentenças sem trânsito em julgado, em mandados de segurança, em ações ordinárias e em ações cautelares, decorrentes das dez medidas provisórias, que enumera. Desse modo, a missão reparadora de lesões de direitos, inerente ao Poder Judiciário fica bloqueada e durante um período relativamente longo e que se pode tornar excessivamente longo, não se pode dar a reparação judicial, ainda que a lesão seja insigne e o direito líquido e certo²¹¹.

O mencionado Ministro reconheceu que, quando está tratando de direitos individuais, o Supremo Tribunal Federal não pode ser afastado da análise do caso. Ora, quando estão em jogo direitos individuais, o Supremo Tribunal Federal não pode se furtar a decidi-los – nem sob o argumento de que tal questão é política. O Ministro Paulo Brossard não expressou tal raciocínio, ao qual não se sabe se ele chegou, todavia, afirmou:

Como se vê, há uma série de situações que se ligam intimamente a direitos individuais e na medida em que eles necessitam de proteção, sob pena de lesão direta e imediata, tenho para mim que não é lícita qualquer limitação ao direito, à ação do mandado de segurança²¹².

²¹⁰ Às fls. 3.

²¹¹ Às fls. 9 de seu voto.

²¹² Em seu voto, fls. 19.

E chegou à evidente conclusão: “Parece-me que a mesma autoridade que adota as medidas constitucionalmente questionáveis não pode vedar que elas sejam apreciadas pela Justiça, sem cortes e sem limitações”²¹³.

Assim, o voto foi pela suspensão da eficácia da medida provisória no que se referia à proibição de concessão de liminares em mandado de segurança. O Ministro Celso de Mello foi além, para deferir integralmente a liminar postulada. Todavia, esses não foram os votos vencedores, foi a tese do Ministro Sepúlveda Pertence que prevaleceu para estabelecer que a Medida Provisória 173 não era inconstitucional, todavia, deixava aberta a possibilidade de que cada juiz analisasse sua constitucionalidade diante do caso concreto que se lhe apresentasse.

Parece que essa decisão foi apaziguadora e com fulcro político. Nas palavras de Oscar Vilhena Vieira:

[...] esquivou-se o Supremo de assumir a responsabilidade de suspender a eficácia da medida presidencial, sem, no entanto, suspender o poder de cada juiz de deixar de aplicá-la num caso concreto. Dessa forma, fragmentou o conflito, que por ele poderia ser resolvido, com efeito *erga omnes*, em milhares de conflitos entre o Estado e cada indivíduo que recorresse ao judiciário. Essa decisão, embora não fosse a melhor para o governo, visto que da sua perspectiva o melhor seria a impossibilidade de se contestar as medidas governamentais, era-lhe ainda bastante interessante, pois que de um ponto de vista absolutamente racional, o número de cidadãos indignados que buscaria o judiciário para afastar a incidência das medidas arbitrárias do governo, sempre seria menor do que a totalidade dos cidadãos atingidos por uma decisão do Supremo Tribunal Federal²¹⁴.

E veja-se que outra foi a decisão do Supremo Tribunal Federal, em 1993, como menciona Oscar Vilhena Vieira:

[...] o Supremo Tribunal Federal suspendeu liminarmente diversos artigos da Medida Provisória 375, editada pelo Presidente Itamar Franco, em ação direta de inconstitucionalidade proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil. Além de outras providências, a Medida Provisória 375 buscava limitar a concessão, pelo Poder Judiciário, de liminares contra o plano econômico do governo. O que, de acordo com o Supremo Tribunal Federal, é

²¹³ Em seu voto, fls. 22.

²¹⁴ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal*, p. 103.

incompatível com a Constituição. Não se trata de julgar quais das duas decisões do Supremo Tribunal Federal está correta, porém apontar a sua ambigüidade ao decidir. A atenuante desta ambigüidade é o fato de haver ocorrido uma mudança na composição do Supremo neste intervalo de tempo. A agravante é que no caso da Medida Provisória 375, diferentemente da de número 173 que trazia uma proibição à concessão de liminares, buscou-se apenas dificultar a concessão de liminares²¹⁵.

Com o bloqueio de valores, inúmeros cidadãos recorreram ao Poder Judiciário para que esse reconhecesse seus direitos e determinasse o desbloqueio do dinheiro. A decisão de constitucionalidade da medida provisória teve o voto a favor do Ministro Sydney Sanches, para quem a concessão da liminar “resultaria em enorme transtorno para a economia, com a injeção de trilhões, o que pode trazer o retorno de uma ameaçadora hiperinflação”²¹⁶ o que sem dúvida contraria a posição de André Ramos Tavares, que afirma que “[s]ó se consideram argumentos jurídicos na motivação da decisão. Caso contrário, não se estará diante de uma decisão judicial e, nessa medida, o resultado alcançado será ilegítimo”²¹⁷.

Em 1992, o então Presidente da República Fernando Collor de Mello foi denunciado por crime de responsabilidade perante a Câmara dos Deputados. Em mandado de segurança impetrado pelo Presidente, discutiu-se, além de outros pontos, a possibilidade de utilização, pelo Presidente da Câmara, o Deputado Ibsen Pinheiro, de algumas disposições da Lei 1.079/50 enquanto afastava outras, sob a alegação de que não teriam sido recepcionadas pela Constituição de 1988²¹⁸. Essa discussão fez com que o Supremo Tribunal Federal se manifestasse acerca do procedimento a ser adotado na Câmara, acatando alguns ritos sugeridos pelo Presidente da Casa, mas afastando outros, fazendo incidir ora o Regimento Interno da Câmara, ora a Lei 1.079/50. Essa situação fez com que, em um primeiro momento, se discutisse acerca da possibilidade de manifestação pelo Supremo Tribunal Federal acerca de rito procedimental do Poder Legislativo. Assim, o Ministro

²¹⁵ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal*, nota de rodapé, p. 103.

²¹⁶ Citado por VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal*, p. 105.

²¹⁷ TAVARES, André Ramos. *Tribunal e jurisdição constitucional*, p. 49.

²¹⁸ Entre as disposições afastadas estava a previsão do voto secreto para o recebimento da denúncia, eis que entendeu o então Presidente da Câmara que a Constituição de 1988 expressamente previa tal votação quando assim o desejava que fosse, e, na regulação do processo de *impeachment*, não se referiu expressamente ao voto secreto.

Paulo Brossard levantou questão de ordem de falta de jurisdição da Suprema Corte para conhecer o mandado de segurança. Ele então afirmava:

O processo de responsabilidade, em suas distintas fases, foi confiado à Câmara e ao Senado, sucessivamente. As matérias a ele relativa são da competência privativa ora da Câmara ora do Senado. O Judiciário, por isso, não tem interferência no processo, nem cabe recurso a ele das decisões, sejam da Câmara, sejam do Senado, em qualquer de suas fases, inclusive das derradeiras, condenatórias ou absolutórias.

Não porque o assunto seja 'exclusivamente político', no qual impera a discrição, **mas porque a Constituição**, na repartição de competências, **conferiu ao Congresso e só a ele**, Câmara e Senado, **iniciar, conduzir e encerrar o processo**²¹⁹. (grifos do autor)

Em contrapartida, o Ministro Sepúlveda Pertence afirmou:

É que, se, de um lado, a Constituição deu à Câmara dos Deputados o poder de autorizar e ao Senado o de processar e julgar o Presidente da República nos crimes de responsabilidade, bem como ao Senado de processar outros dignitários, de outro lado, Senhor Presidente, a mesma Constituição, no judiciarismo do nosso sistema, fez do Supremo Tribunal, sem exceção, órgão de controle da legitimidade da ação das Casas quando violadoras de direitos subjetivos, ao nos atribuir, sem restrições, competência para o mandado de segurança, e até, eventualmente, para o *habeas corpus*, quando a elas se atribua a coação.

Daí, sem engano que se trate de uma jurisdição das Casas do Congresso Nacional [...] admitir que as garantias fundamentais do *due process*, no desenvolvimento do processo do *impeachment*, são susceptíveis do controle judicial²²⁰.

A Corte acabou afastando a preliminar levantada pelo Ministro Paulo Brossard e se manifestou acerca do mérito no mandado de segurança.

Outro caso foi o noticiado em 1994, quando foi anulada a nomeação de um ex-presidente da Assembléia Legislativa do Rio de Janeiro para o cargo de conselheiro do Tribunal de Contas do Estado. A anulação ocorreu por deferimento de pedido liminar em ação promovida pelo Ministério Público, que afirmava que o ex-Presidente não tinha idoneidade para assumir o cargo.

²¹⁹ Em seu voto, fls. 115, grifos no original.

²²⁰ Em seu voto, fls. 112.

Não era a primeira ação intentada pelo Ministério Público, mas, antes, a juíza que analisou o caso definiu que o Poder Judiciário não tinha competência para intervir na nomeação²²¹.

A Constituição brasileira, em seu art. 62, determina que, em casos de “relevância e urgência, o presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei [...]”. As medidas provisórias perdem sua eficácia, desde a sua edição, se, no prazo de sessenta dias, não forem convertidas em lei, segundo o parágrafo terceiro deste mesmo artigo. Apresentadas como restrição ao princípio da legalidade²²², expressam forma de flexibilização da distribuição de funções aos poderes do Estado, configurando espécie de legislação editada por exercício de função atípica do Executivo.

Não são verdadeiras leis. Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, “representam medidas excepcionais, efêmeras e precárias, passíveis de perder a eficácia desde o início, que regulam algumas situações diante do preenchimento de dois requisitos: a relevância e a urgência”²²³.

Para justificar a análise do Poder Judiciário acerca dos dois requisitos constitucionais para expedição de medidas provisórias, há que se compreender o que significam, pois é impossível analisar uma expressão cujo conteúdo não se compreende. Tal tarefa, entretanto, é bastante dificultada diante dos termos “relevância” e “urgência”, porque são tidos como conceitos vagos, deixando ao presidente da República a liberdade de escolher o momento e o conteúdo desse expediente.

Ainda que sejam termos vagos, até certo ponto qualquer cidadão pode com tranquilidade indicar o que seja relevante, ou o que seja urgente. Trata-se da chamada “zona de certeza positiva”, como definida por Saenz Moreno²²⁴, sempre existente, e que corresponde a uma faixa de possibilidades em que é certa a ocorrência ou não dos termos vagos. E, ainda que se trate de situação em zona

²²¹ A ação foi notícia no jornal *Estado de S. Paulo*, de 31.10.1994. Tratava-se de ação proposta pelo então Procurador-Geral de Justiça daquele Estado, Antonio Carlos Biscaia, em face do ex-Presidente da Assembléia José Nader.

²²² Neste sentido, MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, p. 62.

²²³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, p. 62 e ss.

²²⁴ Apud MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Controle jurisdicional dos pressupostos de validade das medidas provisórias, p. 13.

fronteiriça, o exame individualizado da medida provisória levará à conclusão da ocorrência destes requisitos. García de Enterría alerta que a zona de incerteza só pode existir em abstrato, porque, diante do caso concreto, só podem existir duas situações: ou ele se subsume no conceito expresso pelo termo vago, ou não²²⁵.

Diante de cada situação concreta, não haverá dúvida acerca do que seja relevância e urgência. E mais, caberá sempre ao Judiciário, ao enfrentar termos vagos, defini-los, devendo aproveitar a oportunidade em que casos afins sejam trazidos ao seu conhecimento para sua decisão para informar o sistema, definindo o âmbito de abrangência de tais conceitos. Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello, citando o entendimento de García de Enterría, do qual discorda: "...assiste ao Juiz reconduzir a hipótese a uma das zonas de certeza"²²⁶.

Diante do caso concreto é possível a determinação da presença dos requisitos constitucionais de expedição de medidas provisórias. Por isso, atender ao princípio da devida adequação ao direito implica a exigência de que o Poder Judiciário manifeste-se acerca da presença de tais requisitos. Ao contrário, deve determiná-los e analisar sua ocorrência.

Mas, na opinião do então Procurador-Geral da República, Saulo Ramos, em seu Parecer de n. 92/1989²²⁷, "os pressupostos constitucionais legitimadores dessa verdadeira ação cautelar legislativa – relevância da matéria e urgência na sua positivação – submetem-se ao juízo político e à avaliação discricionária do Presidente da República", ou seja, ao Judiciário não caberia sua revisão.

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou de maneira diversa, quando do julgamento da ADIn 293/DF, em que o Relator Ministro Celso de Mello afirmou:

Os pressupostos constitucionais legitimadores dessa verdadeira ação cautelar legislativa – relevância da matéria e urgência na sua positivação – submetem-se, num primeiro momento, ao juízo político e à avaliação discricionária do Presidente da República [...]. Sem prejuízo, obviamente, de

²²⁵ Apud MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Controle jurisdicional dos pressupostos de validade das medidas provisórias*, p. 14.

²²⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Controle jurisdicional dos pressupostos de validade das medidas provisórias*, p. 14.

²²⁷ RAMOS, Saulo. *Coletânea de Medidas Provisórias*, p. 15.

igual competência do Poder Legislativo, a ser exercida *a posteriori* e, quando tal se impuser, dos Tribunais e juízes²²⁸.

Apesar de já ter proferido algumas decisões sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal tem deixado escapar a oportunidade de manifestar-se com mais freqüência sobre o rol de matérias que não justificam a edição de medidas provisórias.

Foi no julgamento da ADIn 1.005-1/DF, que o Ministro Marco Aurélio, citando Sacha Calmon Navarro Coelho, afirmou que “exatamente os pressupostos de urgência e relevância excluem um rol de matérias do âmbito das medidas provisórias [...]”²²⁹. E ainda, em sua confirmação de voto, afirma que “é hora desta Corte sinalizar fixando os parâmetros referentes à edição de medidas provisórias”²³⁰.

E teria sido mesmo tarefa à qual não poderia se furtar o Supremo Tribunal Federal, nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello:

[...] a função da expressão ‘interesse público relevante e urgente’ cumpre exata e precisamente a função de delimitar a competência atribuída ao chefe do Poder Executivo para expedição de medidas provisórias, demarcando as hipóteses em que pode utilizá-las²³¹.

Na ADIn 293-7/600/DF²³², restou afirmado pela Corte que um “estado de necessidade” justificaria a emissão de medidas provisórias. Caberia, então, definir o que vem a ser tal “estado de necessidade”. Para Maria Helena Diniz, o estado de necessidade seria configurado pela

ofensa do direito alheio para remover perigo real e iminente, quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário e quando não exceder os limites do indispensável para a remoção do perigo, resultante de acontecimento fortuito ou acidental²³³.

²²⁸ STF, ADIn 293/DF, Lex-JSTF, 178/54.

²²⁹ ADIn 1.005-1/DF, DJ 19.05.1995, Ementário 1787-2, p. 312.

²³⁰ ADIn 1.005-1/DF, DJ 19.05.1995, Ementário 1787-2, p. 326.

²³¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Controle jurisdicional dos pressupostos de validade das medidas provisórias*, p. 12.

²³² Lex JSTF 178/54.

²³³ DINIZ, Maria Helena. *Dicionário Jurídico*, v. 2, p. 407.

Como dito, as medidas provisórias representam exceção ao princípio da repartição dos poderes do Estado e ao princípio da legalidade. Representa situação de tamanha gravidade, por sobrepor-se a tais princípios, que seus pressupostos devem ser exatamente definidos e sua ocorrência obrigatoriamente verificada pelo Poder Judiciário.

Por fim, sobre a solução de problemas políticos pelo Judiciário, afirma ainda Oscar Dias Corrêa:

Parece-lhe [a Manuel Garcia Pelayo Y Alonso] que a ação das Cortes Constitucionais é decisiva no plano jurídico e no plano político, procurando, pela solução dos problemas políticos através de princípios jurídicos, pacificar a vida política. Por isso, convoca a lição de García de Enterría no sentido de que o juiz constitucional resolve os conflitos políticos segundo o método jurídico, com ajuda do raciocínio jurídico²³⁴.

E mesmo a legitimidade do Judiciário para decidir sobre questões já definidas nos outros poderes já foi discutida. Veja-se abaixo:

Essa magistratura, que, “em certo sentido, chega a ditar leis ao próprio legislador, tem logrado constantemente desatar as mais altas questões constitucionais e políticas, sem se desmandar jamais da sua alçada. Desde as leis essenciais, que ficam a natureza, a forma e as balizas do Governo, pautam as atribuições legislativas, executivas e judiciárias, bem como as relações dos vários Estados, já uns com os outros, já com a União, ou entendem com as convenções diplomáticas internacionais, até a legislação especial relativa à punição da blasfêmia, ao descanso nos domingos, ou à propriedade literária, todas se têm submetido ao toque dos tribunais, sendo por eles ora confirmadas, ora declaradas nulas, depois de passarem por uma espécie de acareação com o pacto fundamental²³⁵.”

Vê-se, portanto, que a doutrina das questões políticas foi alvo de discussão entre os membros da Suprema Corte brasileira. A aplicação da doutrina já serviu para afastar a análise judicial. Parece, entretanto, que as melhores decisões

²³⁴ CORRÊA, Oscar Dias. *O Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional do Brasil*, p. 99.

²³⁵ BARBOSA, Rui. *O direito do Amazonas ao Acre setentrional*. Obras completas de Rui Barbosa, v. XXXVII, tomo V, p. 58, citando RACIOPPI, Nuovi Limiti e Freni nelle Istituzioni Politiche Americane, p. 339, e NOAILLES, Cent Ans de République aux États-Unis, v. II, p. 185-186.

estão com aqueles que, por força de outros princípios constitucionais, não conseguem afastar o dever do Poder Judiciário de analisar tais questões.

Conclui-se, do todo visto, que a doutrina das questões políticas não é desconhecida no ordenamento jurídico brasileiro. A doutrina, diga-se, para fazer justiça, que, em especial, Rui Barbosa já mencionou. E os tribunais também já a aplicaram. Diante dos exemplos trazidos, conclui-se que o próprio Supremo Tribunal Federal é o juiz de quando se está diante de uma questão política. Assim, uma Corte interventiva terá tendência de dificultar a aplicação da doutrina²³⁶. E como a Corte aplica ou não a doutrina? Através da interpretação. Ao interpretar cada caso, a Corte pode se manifestar se está ou não diante de uma questão política. Assim, pode-se afirmar que questões políticas são aquelas decisões tomadas pelos poderes Legislativo e Executivo, todavia, cabe ao Supremo Tribunal Federal a última palavra.

Por isso, parte desse trabalho, necessariamente, precisa voltar os olhos à interpretação judicial, com o objetivo de verificar como o juiz chega à sua decisão.

Neste processo, no entanto, não se pretende fazer do texto um trabalho filosófico. Por isso, não se discutem todas as doutrinas que procuram explicar o processo de decisão. Desde logo, escolheu-se uma teoria e, por entendê-la não completa, buscou-se em outros pensadores uma solução para a maneira de como se dá o processo decisório.

3.6 A ADOÇÃO DA DOUTRINA DAS QUESTÕES POLÍTICAS

Aliomar Baleeiro²³⁷ defendia a aplicação da doutrina no Brasil, com os mesmos argumentos de Tribe. Agustín Gordillo²³⁸, por sua vez, nega a existência dos chamados atos políticos, negando também a possibilidade de aplicação de tal doutrina. Aliás, mesmo nos Estados Unidos, onde a doutrina nasceu e se desenvolveu diante de casos concretos, os juízes não foram unânimes. Neste

²³⁶ Isso indica que a doutrina filosófica da época será determinante do modo de atuação da Corte.

²³⁷ BALEEIRO, Aliomar. *A função política do Judiciário*.

²³⁸ GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*.

sentido, o Juiz Frankfurter, em voto vencido no julgamento de *Baker vs. Carr*²³⁹, entendia que as questões políticas devem ficar fora do controle judicial:

Apportionment, by its character, is a subject of extraordinary complexity, involving [...] considerations of geography, demography, electoral convenience, economic and social cohesions or divergences among particular local groups, communications, the practical effects of political institutions like the lobby and the city machine, ancient traditions and ties of settled usage, respect for proven incumbents of long experience and senior status, mathematical mechanics, censuses compiling relevant data, and a host of others. [369 U.S. 186, 324] Legislative responses throughout the country to the reapportionment demands of the 1960 Census have glaringly confirmed that these are not factors that lend themselves to evaluations of a nature that are the staple of judicial determinations or for which judges are equipped to adjudicate by legal training or experience or native wit. And this is the more so true because in every strand of this complicated, intricate web of values meet the contending forces of partisan politics. The practical significance of apportionment is that the next election results may differ because of it. Apportionment battles are overwhelmingly party or intra-party contests. It will add a virulent source of friction and tension in federal-state relations to embroil the federal judiciary in them. [369 U.S. 186, 325]²⁴⁰

Todavia, há que se reconhecer que a atuação do Poder Judiciário no Brasil está bastante alargada, em especial porque o texto constitucional dita a inafastabilidade do Judiciário quando estiver sendo ameaçado ou lesionado direito, e ainda porque vários são os princípios que devem atender aos poderes Legislativo e Executivo em seu atuar precípua. Neste sentido, afirmava Rui Barbosa que

[A] justiça não aprecia os atos impugnados, senão sob um aspecto: a ofensa da Constituição. Se a interpretação constitucional não está em lide,

²³⁹ Ver esclarecimentos acerca deste caso no tópico 4.4.

²⁴⁰ Tradução livre da autora: “A distribuição, por seu caráter, é um tema extraordinariamente complexo, envolvendo [...] elementos geográficos, demográficos, conveniências eleitorais, coesão econômica e social ou divergência entre certos grupos locais, comunicações, efeitos práticos de instituições políticas como o *lobby* e o aparato partidário, antigas tradições e usos estabelecidos, o respeito por aqueles que ocupam cargos com larga experiência e *status* superior, mecanismos matemáticos, censos com dados relevantes e muitos outros. As respostas legislativas em todo o país para as necessidades de redistribuição indicadas pelo Censo de 1960 confirmaram, com evidência, que esses não são fatores que se prestam a avaliações acerca das determinações judiciais ou que equipem os juízes a julgar pelo treinamento legal ou pela experiência ou pelo talento natural. E isso é ainda mais verdadeiro porque em cada parte desta complicada e intrincada rede de valores há as forças competitivas dos partidos políticos. O significado prático da distribuição é que nas próximas eleições o resultado pode ser diferente por causa dela. As batalhas pela distribuição são primordialmente partidárias ou intra-partidárias. Seria adicionar uma força virulenta de fricção e tensão nas relações Federação-Estado imiscuir nelas o Judiciário federal.

os atos do Congresso, ou do Executivo, não são discutíveis perante os tribunais. Esta é a preliminar à anulação judiciária de tais atos²⁴¹.

Após analisar várias decisões tomadas pela Suprema Corte, afirma:

No entanto, através de todos esses fatos, que não parece confirmarem de todo esta norma, sempre sustentou a Corte Suprema não lhe ser lícito 'intervir no exercício político do poder da legislatura, ou do Presidente', e que não podem constituir objeto de litígio perante ela 'as questões políticas de sua natureza'²⁴².

Por isso é que parece que o Poder Judiciário detém alguma precedência sobre os outros poderes. Já afirmava Rui Barbosa que

[...] embora envolvam [os casos julgados pela Suprema Corte] as atribuições cardeais do governo, são sempre eles os que estabelecem a expressão autêntica da lei, e a eles se têm de inclinar os órgãos políticos da Constituição, nos casos resolvidos pelo último tribunal do país. Porque, no regímen, esse tribunal, enquanto guarda e expositor da Constituição, tem precedência à própria legislatura. Os juristas americanos citam, a este propósito, com admiração da sua sagacidade, as palavras do Bispo Hoadly há dois séculos, adotadas agora pelo Juiz Holmes e pelo Professor Thayer: 'Aquele, que tem a autoridade absoluta de interpretar a lei, esse é, verdadeiramente, o legislador'²⁴³.

E, para explicitar como o Poder Judiciário acaba por tudo decidir, afirma:

Eis aqui onde impera o direito privado. Aqui está onde ele entra, domina com as suas condições, e impõe o seu selo como cláusula impreterível à competência da justiça. É na exigência da lesão do direito de uma individualidade, na exigência da instauração da lide sob as formas normais do processo, na exigência de que o pedido se limite à reparação do dano, ou à restituição do direito.

Satisfeitas essas exigências, as quais adaptam a questão ao mecanismo processual, donde depende o remédio Judiciário, nada importa que ela confine com a região política, ou que na essência a interesse, pela qualidade dos princípios invocados, pelo caráter das entidades litigantes,

²⁴¹ BARBOSA, Rui. *O direito do Amazonas ao Acre setentrional*. Obras completas de Rui Barbosa, v. XXXVII, tomo V, p. 70.

²⁴² BARBOSA, Rui. *O direito do Amazonas ao Acre setentrional*. Obras completas de Rui Barbosa, v. XXXVII, tomo V, p. 110.

²⁴³ BARBOSA, Rui. *O direito do Amazonas ao Acre setentrional*. Obras completas de Rui Barbosa, v. XXXVII, tomo V, p. 56.

pela importância dos resultados previstos ou mesmo pela natureza do direito restituendo, como nas reivindicações da função eleitoral, ou da elegibilidade²⁴⁴.

Assim, fácil é subsumir à competência do Judiciário quaisquer causas:

De modo que o valor entre o direito privado e o direito público, entre a necessidade do remédio constitucional e a do respeito às fronteiras políticas está unicamente na forma de litígio civil, imposta à ação dos tribunais²⁴⁵.

Pontes de Miranda afirmava que:

Sempre que se discute se é constitucional, ou não, o ato do Poder Executivo ou do Poder Judiciário ou do Poder Legislativo, a questão judicial está formulada, o elemento político foi excedido e caiu-se no terreno da questão jurídica²⁴⁶.

E a possibilidade de revisão judicial dos atos dos outros poderes restou expressa nas palavras do Ministro Fernando Osório, no julgamento da Apelação Cível 148, onde foi anulado ato do Poder Executivo que demitiu o Professor Major Alcides Bruce: “A independência do Poder, seja este qual fôr, não vai ao ponto de autorizá-lo a rasgar a Constituição”²⁴⁷.

Para Castro Nunes:

Não é por ser política a matéria que ela escapa ao poder de apreciação do Judiciário. Matéria eminentemente política é a tributação, são os tratados, é a expulsão de estrangeiros, é o direito eleitoral, são os crimes políticos. No entanto, ninguém dirá que as questões daí derivadas não sejam ou não possam ser, em dados casos, de índole judicial.

Essencialmente político é o estado de sítio, na decretação como na execução da medida, considerada a mais alta expressão da polícia política. No entanto, a configuração do direito individual poderia resultar, *v.g.*, do tratamento como réus de crimes comuns dos detidos em consequência do sítio, ainda mesmo que tal violação constitucional tivesse assento no ato do Congresso que autorizasse a medida. Da mesma natureza a anistia que,

²⁴⁴ BARBOSA, Rui. *O direito do Amazonas ao Acre setentrional*. Obras completas de Rui Barbosa, v. XXXVII, tomo V, p. 72.

²⁴⁵ BARBOSA, Rui. *O direito do Amazonas ao Acre setentrional*. Obras completas de Rui Barbosa, v. XXXVII, tomo V, p. 73.

²⁴⁶ MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*, v. II, p. 182.

²⁴⁷ Apud RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*, tomo I, p. 68.

não obstante, Rui Barbosa ajuizou, na defesa de direitos individuais lesados.

Nem será porque sejam discricionárias tais medidas, e bem assim tantas outras de caráter Legislativo ou Executivo, abrangidas na conceituação do poder de política. Porque a discricção cessa onde começa o direito individual, posto em equação legal.

As medidas políticas são discricionárias apenas no sentido de que pertencem à discricção do Congresso ou do Governo os aspectos da sua conveniência ou oportunidade, a apreciação das circunstâncias que possam autorizá-las, a escolha dos meios, etc. Discricionárias são, com idêntica conceituação, as medidas de polícia no seu mais amplo sentido adotadas na esfera administrativa. Mas, dizendo isso, não se diz, nem se poderia dizer, que a discricção legislativa ou administrativa pode exercitar-se fora dos limites constitucionais ou legais, ultrapassar as raías que condicionam o exercício legítimo do poder²⁴⁸.

E a doutrina não divergia em relação à necessidade de o Poder Judiciário rever questões que afetassem direitos individuais. Veja-se a assertiva de Eptácio Pessoa:

[...] o que digo é que o Poder Judiciário não pode deter-se diante da matéria política, se por acaso a elucidação dela fôr essencial, necessária, indispensável, para o amparo do direito privado a que, pela Constituição, êle tem de acudir²⁴⁹.

Portanto, no Brasil, mesmo com a importação da doutrina, sempre que houver um direito fundamental envolvido, o Poder Judiciário tem o poder-dever de se manifestar. Esse poder-dever decorre dos princípios expressos na Constituição Federal que serão analisados em seguida.

3.6.1 Análise diante da separação dos poderes

²⁴⁸ NUNES, José de Castro. Teoria e prática do Poder Judiciário. Rio de Janeiro: Forense, 1973, apud CORRÊA, Oscar Dias. *O Supremo Tribunal Federal, Corte Constitucional do Brasil*, p. 56.

²⁴⁹ PESSOA, Eptácio. Discurso no Senado em 15.10.1914. *Revista do Supremo Tribunal*, v. II, 2ª parte, p. 387.

Há alguns princípios na Constituição brasileira de 1988 que afastam a possibilidade de o Poder Judiciário se eximir de analisar questões políticas, estejam ou não revestidas do manto da discricionariedade.

A bem da verdade, a fragilidade de tal constatação já era sentida há muito tempo. Veja-se o que dizia Caio Mário da Silva Pereira:

Vota o Legislativo tal medida ou pratica o governo ato, e à súplica do lesado ao Judiciário, ocorre a defesa miraculosa: a questão não é suscetível de exame judicial, porque o ato e a medida se praticaram como atribuição específica do Executivo e do Legislativo, e, dentro desta esfera, é de caráter político, exclusivamente político, expressão do exercício do poder discricionário.

Com isto, apenas se resolve a questão com a própria questão; fecha-se um completo círculo vicioso, consagra-se uma petição de princípio, e solenemente lesa-se o direito subjetivo, público ou privado.

É que, no exercício do poder discricionário, o agente pode estar procedendo legitimamente, e pode não o estar²⁵⁰.

A ainda que Castro Nunes tenha a seguinte posição:

As medidas políticas são discricionárias apenas no sentido de que pertencem à discrição do Congresso ou do govêrno os aspectos de sua conveniência ou oportunidade, a apreciação das circunstâncias que possam autorizá-las, a escolha dos meios, [...]²⁵¹

Não se pode defender essa posição na atualidade. Ora, o art. 37 da Constituição Federal expressamente prevê a obediência, pela Administração Pública, ao princípio da eficiência. Como justificar a abstenção do Poder Judiciário em analisar determinada situação, com base na sua discricionariedade, quando o princípio da eficiência perquire inclusive sobre a oportunidade e a conveniência do ato?

Rui Barbosa, em obra posterior à sua defesa do Amazonas, afirmava que:

Se a autoridade invoca uma atribuição inexistente, ou exorbita de uma atribuição existente, embora discricionária dentro de seus limites, não pode

²⁵⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Apreciação judicial de questão política*, p. 40.

²⁵¹ NUNES, José de Castro. *Teoria e prática do Poder Judiciário*, p. 606.

a justiça recusar o socorro legal ao direito do indivíduo ou do Estado, que para ela apelar²⁵².

Adotar a doutrina das questões políticas, ou seja, estabelecer que o Poder Judiciário não possa decidir quando no caso estiver envolvida uma decisão tomada pelo Executivo ou pelo Legislativo e, não qualquer decisão, mas somente a decisão cuja competência é daqueles poderes, deve ter algum reflexo na teoria da separação de poderes. Já se falou, neste trabalho, como o princípio da separação de poderes, ainda que com a técnica dos freios e contrapesos aplicada, não é atendido.

E, de fato, ao adotar a doutrina das questões políticas, se está, verdadeiramente, limitando a atividade do Poder Judiciário, em outras palavras, se está circunscrevendo um limite além do qual o Poder Judiciário não poderá decidir. Tecnicamente, o Poder Judiciário não poderá sequer conhecer do caso se estiver envolvida uma questão política.

Então, parece ser seguro afirmar que adotar esta doutrina é um reforço para a teoria da separação de poderes. De fato, ela garante que não haja ingerência de um poder em outro, que é justamente a base da teoria da separação.

Não se olvide, no entanto, que a teoria da separação de poderes vem acompanhada da teoria dos freios e contrapesos. Nesse sentido, não basta a organização do Estado garantir que as diferentes funções do poder estejam distribuídas a pessoas diferentes. Para garantir o exercício correto das funções (e este exercício correto é aqui tomado como o exercício que atende às prescrições constitucionais), necessário é que cada um dos poderes tenha instrumentos para sopesar o exercício da atividade de outro poder.

E esse raciocínio é fácil de alcançar, pois não pode mesmo haver prevalência de um poder sobre o outro, eis que o Executivo, o Legislativo e o Judiciário nada mais são do que três diferentes faces de uma mesma coisa.

Assim, se for para defender a adoção da teoria da separação (com todas as flexibilidades admitidas hodiernamente), necessário é aplicar a doutrina das questões políticas, conciliada com os mandamentos constitucionais vigentes. Assim,

²⁵² BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição Federal brasileira*, v. IV, p. 44.

o Poder Judiciário pode e deve analisar atos tomados no âmbito dos outros dois poderes, todavia, com a aplicação da doutrina, circunscreve-se um limite claro para tal atuação, impedindo que sua ingerência venha, inclusive, a descaracterizar a própria teoria da separação dos poderes.

Mas essa é uma primeira conclusão a que se chega. Não quer dizer, nesse momento, que, após a análise do texto constitucional e do papel do Judiciário, a advocacia da utilização da doutrina das questões políticas permaneça.

3.6.2 Análise diante do princípio da inafastabilidade do Judiciário

Questão tormentosa é analisar a possibilidade de adoção da doutrina das questões políticas diante do princípio da inafastabilidade do Judiciário²⁵³. Não é novidade que o particular não pode fazer valer sua vontade, fazer justiça com suas próprias mãos.

O poder de dizer o direito, jurisdição, é também um dever, e se manifesta sempre que uma parte busca do Judiciário a solução para o litígio em que se envolve. Assim, afirma Castro Nunes:

Ferida ou violada a Constituição e suscitada a questão entre as partes, em forma regular, autoriza-se a jurisdição, com fundamento na cláusula constitucional que reservou ao Poder Judiciário *tôdas as questões nascidas da Constituição...*²⁵⁴

²⁵³ Essa análise foi feita em PAMPLONA, Danielle Anne. *O devido processo legal – aspecto material*, p. 90-94.

²⁵⁴ NUNES, José de Castro. *Teoria e prática do Poder Judiciário*, p. 156.

Esse princípio está umbilicalmente ligado ao princípio do acesso à justiça, que, por sua vez, só é princípio fundamental a partir do momento em que o Estado toma para si o monopólio de dizer o Direito. Ora, se a atuação do Estado vem em substituição ao que as pessoas faziam sozinhas, ou seja, à autotutela, o mínimo que o Estado deve garantir é que o resultado que ele forneça seja igual ao que as pessoas obtinham antes. Neste sentido:

O Estado, ao proibir a autotutela, assume o monopólio da jurisdição. Como consequência, ou seja, diante da proibição da autotutela, ofertou-se àquele que não podia mais realizar o seu interesse através da própria força o direito de recorrer primeiro à justiça, ou o direito de ação [...]
Em outras palavras, se o particular foi proibido de exercer a ação privada, o Estado, ao assumir a função de resolver os conflitos, teria que propiciar ao cidadão uma tutela que correspondesse à realização da ação privada que foi proibida²⁵⁵.

Portanto, se, em princípio, admitia-se a autotutela dos interesses individuais em conflito, desde que o Estado chamou a si o poder de dirimir conflitos, deve assegurar a todos o direito de ir até ele para apresentar sua demanda, e principalmente, vê-la resolvida, tanto no plano processual como no material. Se assim não ocorrer, estará negando ao cidadão o direito de ver seu litígio resolvido. Assim: “Nesse sentido, por direito de acesso à justiça entende-se o direito às preordenação de procedimentos realmente capazes de prestar a tutela adequada, tempestiva e efetiva”²⁵⁶.

Na verdade, em Roma, eram os delegados do rei que exerciam o poder de dizer o direito, o que, no período clássico, passou a ser atribuição de magistrados superiores e pretores. Para os povos germânicos, cabia ao povo, através de assembléias, ditar o direito. Entretanto, seja rei, magistrado, delegados, pretores ou o povo, sempre “personificavam ou representavam o poder soberano [...]. [F]unção do Estado, portanto”²⁵⁷.

Já na Idade Média, o poder jurisdicional pertencia aos senhores feudais e à Igreja. A Revolução Francesa reforçou tal princípio, com a separação de poderes e

²⁵⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*, p. 31.

²⁵⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*, p. 65.

a respectiva incumbência do Poder Judiciário do *ius dicere*. Hoje, então, cabe ao Legislativo ditar as leis, e, ao Judiciário, ditar o direito.

É do próprio Estado de Direito que se deduz “a exigência de um procedimento justo e adequado de acesso ao direito e de realização do direito”²⁵⁸. A Constituição de 1988 enuncia este princípio no inciso XXXV de seu art. 5º; *in verbis*: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”. Não se devem alargar os limites de tal princípio a ponto de alegar-se sua aplicação em qualquer caso. Deve-se lembrar que o direito à ação é condicionado pelo preenchimento de todas as suas condições.

É justamente da crise do Estado liberal, que não conseguiu proteger os indivíduos do poder do mais forte economicamente, que surge a necessidade de novos direitos. O princípio da igualdade passa por uma revisão, já não basta mais a garantia da igualdade jurídica eis que a mesma não garante a igualdade real. O Estado para a ter como finalidade o bem-estar social, com o dever de garantir condições materiais que concedam aos indivíduos liberdade real. É no pós-guerra que o acesso à justiça passa a ser uma preocupação eis que antes, bastava o indivíduo ter direito a estar em juízo através da propositura de uma ação ou de sua defesa²⁵⁹. Neste sentido:

Foi, no entanto, no pós-guerra que essa questão [acesso à justiça] explodiu. Por um lado, a consagração constitucional dos novos direitos econômicos e sociais e a sua expansão paralela à do Estado de bem-estar transformou o direito ao acesso efetivo à justiça num direito charneira, um direito cuja denegação acarretaria a de todos os demais. Uma vez destituídos de mecanismos que fizessem impor o seu respeito, os novos direitos sociais e econômicos passariam a meras declarações políticas, de conteúdo e função mistificadores²⁶⁰.

A Constituição de 1988 já deu um passo à frente prevendo a inclusão da apreciação do Judiciário à lesão de direito individual. No campo dos interesses meta-individuais, da defesa em juízo dos interesses, sem qualquer distinção entre os direitos individuais ou coletivos.

²⁵⁷ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*, v. 1, p. 67.

²⁵⁸ Segundo CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*, p. 385.

²⁵⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*, p. 22-25.

O direito à ação ou ao processo se consubstancia em: “alguém [...] ter sofrido dano que afete direito subjetivo; não se lhe pode(ndo) negar o direito de pedir a tutela jurisdicional para a defesa desse direito”²⁶¹. No mesmo sentido, afirma Roberto Rosas que “o poder de agir é um direito público subjetivo, consistente na faculdade do particular, fundada em uma norma de direito público”²⁶². Mas, para além disso:

Não basta, pois, que se assegure o acesso aos tribunais, e, conseqüentemente, o direito ao processo. Delineia-se inafastável, também, a absoluta regularidade deste [direito no processo], com a verificação efetiva de todas as garantias resguardadas ao consumidor da justiça, em um breve prazo de tempo, isto é, dentro de um tempo justo, para a consecução do escopo que lhe é reservado²⁶³.

Em verdade, diante da nova visão do processo como instrumento para eliminar os conflitos que envolvem as pessoas, com decisões mais justas²⁶⁴, o direito de ação passa a ser algo mais amplo e complexo, abarcando não somente o direito a ser parte legítima para estar em juízo, mas também o direito de obter um procedimento célere, com observação do contraditório e da ampla defesa, que resulte uma decisão justa obtida com a observância da adequação ao direito em todo o processo²⁶⁵.

Não se olvide das palavras de Humberto Teodoro Júnior, para quem

a garantia constitucional de direito ao processo (direito à tutela jurisdicional) só será efetiva na medida em que se assegurar o recurso ao *devido processo legal*, ou seja, aquele traçado previamente pelas leis processuais, sem discriminação de parte, e com garantia de defesa, instrução contraditória, duplo grau de jurisdição, publicidade dos atos, etc. [...] ²⁶⁶.

Por isso é que:

²⁶⁰ SANTOS, Boaventura de Souza. Introdução à sociologia da administração da Justiça, p. 45.

²⁶¹ MARQUES, José Frederico. *Manual de Direito Processual Civil*, p. 80.

²⁶² ROSAS, Roberto. *Direito Processual Constitucional*, p. 33.

²⁶³ TUCCI José Rogério Cruz e. Garantias do processo sem dilações indevidas, p. 257.

²⁶⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, p. 373.

²⁶⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, p. 374-376.

Se o Estado proibiu a autotutela, é correto afirmar que ele está obrigado a prestar a tutela jurisdicional adequada a cada conflito de interesses. Nesta perspectiva, então, deve surgir a resposta intuitiva de que a inexistência de tutela adequada à determinada situação conflitiva significa a própria negação da tutela a que o Estado se obrigou no momento em que chamou a si o monopólio da jurisdição, já que o processo nada mais é do que a contrapartida que o Estado oferece aos cidadãos diante da proibição da autotutela²⁶⁷.

Há muito, portanto, o Estado retirou das mãos do particular tal possibilidade. Primeiro, porque é o Estado que pode dizer no que consiste a Justiça, em segundo lugar, porque somente o Estado pode corrigir os desvios²⁶⁸.

Assim, se a regra é a de que cabe ao Estado decidir quando há um conflito, o princípio da inafastabilidade da jurisdição veio corroborar essa idéia, ao afirmar que aquele que diz o direito, ou seja, o Judiciário, não pode se furtar a dizê-lo.

Fica evidente, então, que há um conflito entre este princípio e a doutrina das questões políticas, na medida em que esta doutrina está exatamente limitando o poder do Estado de dizer o Direito.

Uma solução é observar o problema sob o seguinte prisma: a doutrina das questões políticas somente restringe a atuação do Poder Judiciário quando os casos levados a ele versem sobre uma decisão que é de competência, reconhecida pelo ordenamento jurídico, de outro poder. Assim, ainda que o princípio da inafastabilidade do Judiciário seja imperativo, justamente para evitar que este poder se sobressaia sobre os outros dois, é que se poderia impor tal limite.

De qualquer modo, há ainda uma válvula de escape para evitar a adoção completa da doutrina das questões políticas. Quando a questão levada ao Judiciário for política, mas ela, de alguma maneira, afete os direitos fundamentais, a doutrina não poderá ser aplicada e, conseqüentemente, não poderá ser afastada a possibilidade de o Poder Judiciário decidir.

²⁶⁶ Apud RODRIGUES, Marcelo Abelha. Análise de alguns princípios do processo civil...p. 47.

²⁶⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*, p. 112.

²⁶⁸ Todavia, o acesso à justiça não é garantia totalmente observada: "Calcado na trilogia jurisdição, ação e processo, o Direito Processual [...] se alicerça em princípios [...] sobressaem [...] acesso à Justiça [...] Pressupõe a existência de meios, vias e mecanismos postos à disposição das partes para demandarem o provimento judicial ou resistirem à pretensão ajuizada, afastando os obstáculos econômicos, culturais e sociais, como os custos do processo, a desinformação e as restrições à legitimidade ativa." TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *A efetividade do processo e a reforma processual*, p. 230.

Assim decidiu o juiz Clark, no julgamento do caso *Baker vs. Carr*²⁶⁹:

Although I find the Tennessee apportionment statute offends the Equal Protection Clause, I would not consider intervention by this Court into so delicate a field if there were any other relief available to the people of Tennessee. But the majority of the people of Tennessee have no [369 U.S. 186, 259] “practical opportunities for exerting their political weight at the polls” to correct the existing “invidious discrimination.” Tennessee has no initiative and referendum. I have searched diligently for other “practical opportunities” present under the law. I find none other than through the federal courts. The majority of the voters have been caught up in a legislative strait jacket. Tennessee has an “informed, civically militant electorate” and “an aroused popular conscience,” but it does not sear “the conscience of the people’s representatives.” This is because the legislative policy has riveted the present seats in the Assembly to their respective constituencies, and by the votes of their incumbents a reapportionment of any kind is prevented. The people have been rebuffed at the hands of the Assembly; they have tried the constitutional convention route, but since the call must originate in the Assembly it, too, has been fruitless. They have tried Tennessee courts with the same result, and Governors have fought the tide only to flounder. It is said that there is recourse in Congress and perhaps that may be, but from a practical standpoint this is without substance. To date Congress has never undertaken such a task in any State. We therefore must conclude that the people of Tennessee are stymied and without judicial intervention will be saddled with the present discrimination in the affairs of their state government²⁷⁰.

Ou seja, a Corte deve intervir sempre que não haja outro meio para a defesa dos direitos dos cidadãos.

Isso faz com que, na prática, adotando-se este raciocínio, ao se deparar com uma questão política, o Judiciário esteja diante de um caso em que não pode

²⁶⁹ *Baker vs. Carr*, 369 US 186. Para explicação do conteúdo do caso, ver capítulo 4.4.

²⁷⁰ Tradução livre da autora: “Apesar de entender que o estatuto de distribuição do Tennessee viola a cláusula de igual proteção, não consideraria a intervenção desta corte assunto tão delicado se houvesse qualquer outra opção para o povo do Tennessee. Mas a maioria do povo do Tennessee não tem “oportunidades práticas para exercer seu peso político nas eleições” para corrigir a infame discriminação existente. Tennessee não tem iniciativa [para produção de leis] e referendo. Eu procurei diligentemente por outras oportunidades apresentadas pela lei. Eu não encontrei outra senão através das cortes federais. A maioria dos eleitores foi capturada em uma camisa de força legislativa. Tennessee tem um eleitorado informado e militante e uma consciência popular elevada, mas isso não atinge a consciência dos representantes do povo. Isso se dá porque a política legislativa tem fixado os assentos atuais na Assembléia em relação a sua seção eleitoral, e pelo voto de tais eleitores uma redistribuição não é possível. As pessoas têm sido recusadas nas mãos da Assembléia; elas tentaram a rota da convenção constitucional, mas desde que isso depende da Assembléia, foi infrutífero. Elas tentaram as Cortes do Tennessee com o mesmo resultado, e os Governadores somente conseguiram se debater na maré. Diz-se que há recurso junto ao Congresso e talvez haja, mas do ponto de vista prático isso não é viável. Até a presente data o Congresso nunca tomou atitude em qualquer Estado. Nós, então, precisamos concluir que o povo do Tennessee está frustrado e sem a intervenção judicial; está selado à presente discriminação no que se refere ao seu governo estadual.”

decidir, exceto se, neste caso, houver violação de direito fundamental. Veja-se, entretanto, que o direito à jurisdição é, ele próprio, um direito fundamental. Nesse sentido, o Ministro Celso de Mello, em seu voto ao julgar a ADI 223 DF/MC:

O direito ao processo constitui, ele próprio, expressão das liberdades públicas, ineliminável por ato estatal [...] até mesmo a criação de obstáculos institucionais que impossibilitem o acesso à jurisdição, traduz desrespeito à cláusula constitucional que impõe ao Estado o dever de tornar efetiva a prestação jurisdicional. Quando essa obrigação é descumprida pelos órgãos judiciários que compõem a estrutura institucional do Estado e este, por inércia ou inatividade, deixa de exercer a tutela jurisdicional invocada, incide, o Poder Público, em comportamento inconstitucional, posto que a indeclinabilidade, sendo um dos princípios que regem a jurisdição, funda-se no preceito da Carta Política que alberga o direito de ação e que impõe ao aparelho estatal o dever de administrar justiça²⁷¹.

Sendo direito fundamental, não há como negar que, sempre que o Judiciário se furtar ao julgamento, estará infringindo o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal.

3.6.3 Análise diante do aspecto material da devida adequação ao direito

Já foi dito acima que o Estado liberal no pós-guerra fez emergir a necessidade de que o acesso à justiça fosse materialmente verificado, eis que os novos direitos exigiam que os indivíduos tivessem real acesso ao Judiciário, com a prestação célere e adequada às suas necessidades.

De fato, quando o Estado toma para si a jurisdição, deve garantir que os indivíduos terão o mesmo resultado que obteriam se estivessem liberados para a autotutela²⁷². Uma das garantias de que isso ocorrerá está expressa no texto

²⁷¹ Em seu voto, fls. 31.

²⁷² Sobre os primórdios das resoluções de conflitos, veja-se MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*, p. 37: “Antigamente, quando o Estado ainda não tinha poder suficiente para ditar normas jurídicas e fazer observá-las, aquele que tinha um interesse e queria tê-lo realizado fazia, através da força, com que aquele que ao seu interesse resistisse acabasse observando-o. Na verdade, realizava o seu interesse aquele que tivesse força ou poder para tanto, prevalecendo a denominada ‘justiça do mais forte sobre o mais fraco’.”

constitucional, através do princípio denominado de devido processo legal. Esse princípio enuncia a devida adequação ao direito. A tradução do termo em inglês não permitiu que se captasse, com a devida precisão, o significado da expressão “due process of law”, como já se teve oportunidade de discorrer em outro texto²⁷³. O aspecto material do devido processo legal imprime à atividade legislativa a responsabilidade de conformidade substancial de sua produção com o texto da Constituição Federal. Em relação à atividade do Executivo, há a obrigação constitucional de que os atos estejam conforme à justiça.

Para o Poder Judiciário o princípio urge aplicação eis que são inúmeros os seus desdobramentos. No campo processual exigirá obediência a todas as garantias do processo, como o juiz natural, o contraditório, a ampla defesa. Mas é no campo material que sua obrigatoriedade se faz sentir com mais urgência. De fato, as garantias processuais são atendidas eis que tiveram um tempo maior para serem absorvidas. A dificuldade está em fazer valer o aspecto material do princípio do devido processo legal. Materialmente, para o Judiciário, ele exigirá o atendimento do justo. E a justiça não se faz atendendo somente aos princípios processuais, necessário é que sejam complementados com a atuação firme, consciente e responsável do juiz, ao avaliar a legislação aplicável, sua conformidade com o texto constitucional, e ao proferir sua decisão.

O aspecto material do devido processo legal traz ao Poder Judiciário um novo desafio quando trata de analisar se deve ou não manifestar-se ao estar diante de uma questão política. Ora, se no entender dos julgadores a decisão tomada por outro poder não estiver conformada aos ditames da justiça, poderá haver intervenção judicial. E mais, como se verá adiante, se não há conformidade de um ato de outro poder com o texto constitucional, e se o Poder Judiciário é o único que pode dizer o direito, então se lhe impõe a obrigação de se manifestar, não podendo se esconder atrás de doutrinas castrativas para deixar de julgar.

Lembre-se de que tal assertiva não vem sem a ponderação da dificuldade de encontrar o conceito ideal e infalível do justo. Esse tema será enfrentado com mais vagar a seguir, quando se discute o processo de decisão. Todavia, desde logo é possível posicionar-se afirmando a crença na capacidade de escolha e alocação

²⁷³ PAMPLONA, Daniellle Anne. *O devido processo legal – aspecto material*.

dos seres humanos que estarão decidindo, por todos, o que é justiça em um determinado espaço de tempo para uma determinada sociedade.

3.6.4 Da possibilidade de adoção da doutrina das questões políticas no Brasil atual

Não há no texto constitucional vedação expressa ao Poder Judiciário em relação ao enfrentamento de questões políticas, ou seja, não se adotou, expressamente, a doutrina das questões políticas.

A ausência de dispositivo constitucional expresso, todavia, não importa, automaticamente, a impossibilidade de aplicação da teoria, como se viu ao ser analisada a jurisprudência. Por outro lado, diante dos princípios constitucionais da devida adequação ao direito e da inafastabilidade da jurisdição, parece contraditório, e mesmo na contramão da história, qualquer defesa de aplicação da teoria.

A inafastabilidade da jurisdição impede que o indivíduo recorra ao Judiciário e não obtenha solução para sua aflição²⁷⁴. Por outro lado, visitar a jurisprudência dos Tribunais pátrios não deixa dúvidas acerca da atual posição dos mesmos acerca da doutrina, qual seja, o seu total abandono. E o fato de que os tribunais não têm aplicado a doutrina das questões políticas tem consequências. Tem um significado em relação ao papel interpretativo do tribunal: há que se questionar que critérios e valores tem seguido o tribunal para entender que é competente para se manifestar em todas as matérias. Mas isso não foi sempre assim. Ao analisar a jurisprudência no Brasil, encontram-se diversos casos em que o

²⁷⁴ É evidente que estão descartados os casos de extinção do processo sem julgamento do mérito, onde a lide pode novamente ser proposta. Por outro lado, não se pode deixar de observar que há entraves para que os indivíduos realmente cheguem a ter a resolução dos conflitos em que se envolvem, por exemplo, as custas do processo (custas para propositura da ação, valores para pagamento dos peritos, honorários advocatícios); a baixa renda da população em geral e o fato de que quanto menor o valor da causa mais alta tendem a ser as custas; a duração do processo, e sobre isso: “A questão da morosidade do processo está ligada, fundamentalmente, à estrutura do PJ e ao sistema de tutela dos direitos. O bom funcionamento do PJ depende de uma série de fatores, exigindo, entre outras coisas, relação adequada entre o número de juízes e o número de processos.” MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*, p. 34.

Poder Judiciário deixou de se manifestar, alegando, expressamente, estar diante de uma questão política.

Parece que a simples análise do texto constitucional não resolve o problema da possibilidade e viabilidade de adoção da doutrina das questões políticas no Brasil. Se, por um lado, a ausência de regra expressa na Constituição não desautoriza o uso da doutrina em questão, por outro, as outras regras constitucionais parecem convergir para seu necessário abandono. Necessário é avaliar as conseqüências da adoção da doutrina das questões políticas para que se possa tomar partido.

3.6.4.1 O controle de constitucionalidade dos atos administrativos²⁷⁵

Se as questões políticas são decisões tomadas pelos Poderes Legislativo e Executivo, e se a doutrina das questões políticas retira do Judiciário a competência para rever tais questões, importante é analisar os limites do controle de constitucionalidade dos atos administrativos, mesmo porque, eles expressarão, muitas vezes, as próprias políticas governamentais, que são expressas, precipuamente, por meio de medidas provisórias.

Acredita-se²⁷⁶ que todos os atos administrativos devem concordar com a Constituição, e com todos os seus preceitos, e não somente com alguns²⁷⁷. Aqui abre-se a possibilidade de controle do mérito de qualquer ato administrativo.

²⁷⁵ Este tópico sofreu modificações para ser aqui apresentado, mas seu cerne é o tópico 5.3.1.1 em PAMPLONA, Danielle Anne. *O devido processo legal – aspecto material*.

²⁷⁶ E, é claro, não somos nós os pioneiros. Seguimos os ensinamentos do Professor Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, que já, em face da Constituição anterior, por seu art. 153, § 4º (na atual Constituição, art. 5º, XXXV), afirmava que nenhum ato de governo poderia ser excluído do controle jurisdicional. MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*, p. 78.

²⁷⁷ E, em última análise, o que é o princípio da legalidade, inscrito no inciso II do art. 5º da Constituição Federal de 1988, senão o reflexo direto do *due process of law*, exigindo a adequação às leis?

Entendendo-se o *due process of law* inserido no art. 5º, LIV, da Constituição, como a devida adequação ao direito²⁷⁸, pode-se afirmar que os atos da Administração devem ser legais, morais, razoáveis, ou seja, não arbitrários, para que possam ser válidos.

Para quem admite a existência de atos discricionários, não se pode negar que cabe ao administrador interpretar a norma, para preencher um conceito com seus critérios. E aqui não são admissíveis quaisquer critérios. Têm de ser aqueles adotados pelo homem médio²⁷⁹, onde há que estar presente a razoabilidade em suas decisões²⁸⁰. Essa razoabilidade só poderá ser verificada na motivação do ato, que deve influenciar o administrador para agir de determinada maneira. E é exatamente aí que o Poder Judiciário pode verificar a validade do ato. Assim, mesmo tratando-se de ato do Poder Executivo, não pode obedecer à Constituição Federal e, ao mesmo tempo, se furtar do conhecimento e julgamento da matéria, para, no mínimo, avaliar se está em conformidade com a moralidade e a legalidade exigidas da Administração Pública.

Se o inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal de 1988 (a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito) garante o acesso ao Judiciário sempre que se verifique lesão ou ameaça a um direito, combinando-se este inciso com o de número LIV (ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal), conclui-se que nem o mérito das decisões administrativas pode ser excluído da apreciação do Judiciário.

A análise pelo Judiciário dos atos administrativos não é idéia nova. Ao contrário, a partir da Revolução Francesa, a noção de cidadania passa a exigir dos entes públicos prestação de contas de suas atividades²⁸¹.

Num primeiro momento é fácil identificar que um dos limites para atuação da Administração é a própria finalidade do ato, ou seja, desde que todos os atos administrativos devem cumprir uma finalidade (e toda atribuição que a lei prevê ao poder público visa a algum fim), sempre que eles se desviarem de tal finalidade

²⁷⁸ DANTAS, F. C. de San Tiago. Igualdade perante a lei e *due process of law*. In: *Problemas de Direito Positivo*, p. 50.

²⁷⁹ Sobre o assunto, com profundidade, ver BRANDÃO, Antônio José. Moralidade administrativa, p. 14.

²⁸⁰ Remeto o leitor à obra da Professora Lúcia Valle Figueiredo, *Curso de direito administrativo*, p. 119 e ss.

²⁸¹ ASSIS, Alexandre C. de. Excesso de poder e discricionariedade: controle judicial, p. 147.

serão passíveis de anulação pelo Judiciário. É a chamada teoria de desvio do poder, como relata Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

[...] o desvio do poder ocorre quando a autoridade usa do poder discricionário para atingir fim diferente daquele que a lei fixou. Quando isso ocorre, fica o Poder Judiciário autorizado a decretar a nulidade do ato, já que a Administração fez uso indevido da discricionariedade, ao desviar-se dos fins de interesse público definidos na lei²⁸².

Não é difícil admitir a atuação do Judiciário para verificar a competência, a finalidade e a forma dos atos. Sempre que estiverem em desconformidade com o que a lei estritamente determina, passíveis são de anulação e correção pelo Judiciário. O problema está em delimitar a atuação do Judiciário quando o ato não pode ser caracterizado exatamente como abusivo.

Dir-se-á que aqueles atos que são albergados por um permissivo legal que autoriza uma certa discricionariedade não poderão ser revistos pelo Judiciário no tocante a esta parte específica. Ou seja, o Judiciário somente teria legitimidade para analisar o que fosse vinculado à lei nos atos administrativos, sendo que a parte acobertada pela discricionariedade não seria de sua competência, cabendo somente ao agente decidir pela melhor maneira de agir.

Mesmo nos atos chamados discricionários, o administrador estará “perante o dever jurídico de praticar, não qualquer ato dentre os comportados pela regra, mas, única e exclusivamente, aquele que atenda com absoluta perfeição à finalidade da lei”²⁸³. De qualquer modo, há que se admitir que, mesmo os denominados atos discricionários devem obediência aos princípios insculpidos na Constituição, o que alarga a possibilidade de revisão dos atos pelo Judiciário²⁸⁴. O princípio do *devido processo legal*, em seu aspecto material e da inafastabilidade do Judiciário, ao fundamentar a atividade do Judiciário na análise da constitucionalidade

²⁸² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 111.

²⁸³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*, p. 32.

²⁸⁴ Como lembra FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, p. 34: “Por certo, admitindo-se a vinculação imanente à discricionariedade, alargam-se os horizontes de controle teleológico dos atos administrativos. No exame da conveniência e da oportunidade, a discricção deverá ser examinada juridicamente com o escopo de impedir que o mérito se confunda com o arbítrio.”

dos atos administrativos, deve ser colocado em mesmo nível de importância dos princípios gerais do direito. É neste sentido a lição de Michel Stassinopoulos:

Ces règles (règles que déterminent les limites du pouvoir discrétionnaire) appartiennent à la catégorie des principes généraux que ne sont pas décrétés expressément par une loi, mais que résultent, par voie d'interprétation, des dispositions et de l'esprit des lois administratives en général. Elles doivent, par conséquent, être considérées comme des règles de droit écrit et non des règles coutumières ou relevant d'un soi-disant droit naturel²⁸⁵.

O Judiciário poderá analisar quaisquer atos administrativos em confronto com aqueles princípios constitucionais que norteiam a atividade da Administração. Na verdade, perante o direito, é admissível negar a própria existência de atos discricionários como enunciados até então. Ainda que se admita a existência de atos em que o agente possa se defrontar com mais de uma solução plausível, não há que admitir mais de uma solução juridicamente perfeita, que atenda não só ao comando imediato da lei, como também a todos os princípios elencados na Constituição, e sobretudo, que atenda à necessidade dos cidadãos de ver a realização da justiça.

Assim, não pode o Poder Judiciário alegar que o ato administrativo se trata de questão política e deixar de verificar sua adequação aos princípios da cidadania (CF/88, art. 1º, II), da dignidade da pessoa humana (CF/88, art. 1º, III), dos valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa (CF/88, art. 1º, IV), dos objetivos da República brasileira (CF/88, art. 3º) e dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (CF/88, art. 37), entre outros.

Mas não é somente o ato administrativo em si que poderá ser verificado pelo Poder Judiciário. O ato da Administração de revogar um ato administrativo (que não se trata de outro, senão um ato administrativo) também deverá obedecer a um juízo de oportunidade e conveniência. Devendo obedecer a tais valores, podem os atos administrativos ser avaliados pelo Judiciário, com base nos princípios

²⁸⁵ *Apud* FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, p. 34 N.R. 41. Tradução livre da autora: "Estas regras [regras que determinam os limites do poder discricionário] pertencem à categoria dos princípios gerais que não estão expressos na lei, mas que resultam, através da interpretação, das disposições e do espírito das leis administrativas em geral. Elas devem, conseqüentemente, ser consideradas como regras de direito escrito e não regras costumeiras ou relevantes para um dito direito natural."

constitucionais²⁸⁶. Percebe-se, portanto, que a discricionariedade dos atos administrativos estará sempre vinculada aos princípios constitucionais, que informarão toda a atividade administrativa. De fato, tal situação configura-se como uma limitação imposta à Administração também em relação aos poderes de revogação de seus próprios atos.

Uma das teorias que tenta solucionar a problemática da avaliação pelo Judiciário dos atos administrativos é a dos “fatos determinantes”. Explica-se que a todo poder discricionário corresponde um pressuposto material – que é uma situação no mundo dos fatos – da norma a ser aplicada. Portanto, “se a valoração jurídica da realidade pode porventura ser objeto de uma análise discricionária, a situação factual que reclama uma providência jurídica só há de ser vista de modo único”²⁸⁷. Ou seja, sempre que houver motivo para a prática de determinado ato, e tal motivo seja indicado pela Administração, deve ser um motivo verdadeiro, podendo o Judiciário analisar *in casu* “os pressupostos de fato e as provas de sua ocorrência”²⁸⁸.

Outro meio para avaliar a possibilidade de revisão judicial dos atos administrativos é a análise dos conceitos jurídicos indeterminados. Tais conceitos são aqueles expressos na lei, mas que não vêm definidos com precisão, gerando alguma dúvida quando da sua aplicação a uma situação²⁸⁹, funcionando como uma válvula para a rigidez imposta pela legalidade²⁹⁰. Para García de Enterría, os conceitos indeterminados se referem a “una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado, no obstante lo cual es claro que intenta delimitar un supuesto concreto”²⁹¹.

Em verdade, o conceito jurídico é sempre determinável. O que pode ser indeterminado, por força da própria linguagem coloquial utilizada, é o termo que se utiliza para expressá-lo. Nesse sentido, Eros Roberto Grau, afirma que à “aplicação

²⁸⁶ Neste sentido, FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, p. 37.

²⁸⁷ ASSIS, Alexandre C. de. Excesso de poder e discricionariedade: controle judicial, p. 148.

²⁸⁸ Neste sentido: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*, p. 181.

²⁸⁹ Alguns dos exemplos mais citados na doutrina são a “boa-fé”, os “bons costumes”, a “ordem pública”.

²⁹⁰ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. A relação meio/fim na teoria geral do direito administrativo, p. 27.

²⁹¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*, tomo. I, p. 448. Tradução livre da autora: “uma esfera de realidade cujos limites não parecem bem precisos em seu enunciado, apesar de ser claro que tenta delimitar uma hipótese concreta.”

dos conceitos indeterminados só se permite uma única solução justa”²⁹². “O erro reside em crer que há uma pluralidade de soluções para a aplicação deste tipo de conceito, quando, no caso concreto, sua qualificação jurídica não pode ser mais de uma [...]”²⁹³. Diante do caso concreto, caberá ao agente da Administração escolher aquela opção que seja mais próxima de cumprir com a finalidade da lei, que será, ao fim, a única solução possível. Como afirma García de Enterría “[A]sí, conceptos como urgencia, orden público, justo precio, calamidad pública, medidas adecuadas o proporcionales, incluso necesidad pública, utilidad pública y hasta interés público, no permiten en su aplicación una pluralidad de soluciones justas, sino una sola solución en cada caso [...]”²⁹⁴.

Também pode o Judiciário argumentar pela necessária razoabilidade dos atos da Administração. Mesmo que se trate de ato em que se admita a existência de discricionariedade, como quando a lei traz conceito indeterminado, cabe ao Judiciário analisar se é razoável a atitude do agente. A razoabilidade é imposta pelo aspecto material do devido processo legal, que não permite que o agente administrativo, sob o manto da existência de um conceito indeterminado na lei, aja em desconformidade com os ditames do Direito. Ou seja, todas essas hipóteses estão sujeitas à revisão judicial, sem a possibilidade de aplicação da doutrina das questões políticas.

A Constituição Federal brasileira não é tão clara como a espanhola, que determina a obediência ao Direito, em seu art. 103.1, estabelecendo que “la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa [...] con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho”²⁹⁵, ao qual Eduardo García de Enterría se refere nos seguintes termos: “[...] expresión que obviamente alude a la necesidad de una conformidad total a las normas – y a los principios que las sostienen – y no a una mera libertad básica de acción con el sólo límite externo de las mismas”²⁹⁶. E, mais adiante: “Así, pues, no hay en Derecho español ningún <espacio franco o libre

²⁹² GRAU, Eros Roberto. Poder discricionário, p. 42.

²⁹³ ASSIS, Alexandre C. de. Excesso de poder e discricionariedade, p. 148.

²⁹⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*, tomo. I, p. 451. Tradução livre da autora: “Assim, conceitos como urgência, ordem pública, preço justo, calamidade pública, medidas adequadas e proporcionais, também a necessidade pública e até o interesse público, não permitem, em sua aplicação, uma pluralidade de soluções justas, mas somente uma solução em cada caso [...]”.

²⁹⁵ Disponível em: <<http://www.direito.adv.br/constitu.htm>>. Acesso em: 02 ago. 2006.

²⁹⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*, tomo. I, p. 431.

de Ley> en que la Administración pueda actuar con um poder ajurídico y libre. Los actos y las disposiciones de la Administración, todos, han de <someterse a Derecho?, han de ser <conformes> a Derecho”²⁹⁷.

Portanto, diante do princípio do devido processo legal e da inafastabilidade da jurisdição, não pode o Judiciário afirmar que se trata de questão política quando diante de um conceito indeterminado, eximindo-se de analisá-lo. Em verdade, ele deve analisar a aplicação que a Administração fez de tal conceito, sob a ótica dos princípios constitucionais.

Do mesmo modo, Manoel de Oliveira Franco Sobrinho pugna pela possibilidade de controle do poder discricionário; nas suas palavras: “...o que se condena, na realidade, é a não-aceitação do controle do poder discricionário. Quando na sua indeterminação, a discricionariedade fere não o direito da pessoa, mas aquele direito comum a todos os indivíduos”²⁹⁸. Ou ainda, Bandeira de Mello, propugnando pela avaliação dos atos discricionários, afirma que

Segue-se que a abstrata liberdade conferida ao nível da norma não define o campo da discricionariedade administrativa do agente, pois esta, se afinal for existente (ao ser confrontada a conduta devida com o caso concreto), terá sua dimensão delimitada por este mesmo, já que a variedade de soluções em tese pela norma traz consigo implícita a suposição de que algumas delas serão adequadas para certos casos, outras para outra ordem de casos e assim por diante. Então, o controlador da legitimidade do ato (muito especialmente o Poder Judiciário), para cumprir sua função própria, não se poderá livrar de averiguar, caso por caso, ao lume das situações concretas que ensejaram o ato, se, à vista de cada uma daquelas específicas situações, havia ou não discricionariedade e que extensão tinha, detendo-se apenas e tão-somente onde e quando estiver perante opção administrativa entre alternativas igualmente razoáveis, por ser *in concreto* incognoscível a solução perfeita para o atendimento da finalidade, isto é, do interesse consagrado pela norma²⁹⁹.

Por isso é tão importante a justificação dos atos da Administração. Na França, a exigência da motivação do ato já foi observada e, ainda que aquele sistema guarde diferenças profundas em relação ao sistema adotado no Brasil, é de se observar a passagem de García de Enterría, que diz:

²⁹⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*, tomo. I, p. 432.

²⁹⁸ FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *O controle da moralidade administrativa*, p. 13.

²⁹⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle jurisdicional*, p. 46 e ss.

La aplicación ulterior de los principios generales del Derecho como técnica de reducción de la discrecionalidad administrativa se añadiría más adelante con el arrêt Barel de 1954 y el arrêt Maison Genestal de 1968 daría un paso más al exigir de la Administración en cualquier caso indicar con precisión las razones de hecho y de derecho capaces de justificar la decisión discrecional adoptada³⁰⁰.

De qualquer modo, se a discricionariedade representa a existência de mais de uma possibilidade legal, não se pode olvidar que a verificação do ato discricionário pelo Judiciário será sempre para assegurar que mesmo a discricionariedade ocorrente se apresenta dentro dos limites que o Direito impõe para aquele caso concreto. Portanto, o controle dos atos administrativos, sejam eles vinculados ou discricionários, poderá e deverá ser feito pelo Judiciário. Nos atos vinculados, a desconformidade com a legalidade e com o Direito é mais evidente, pela própria estrutura da norma. Nos atos discricionários, entretanto, tal situação não é tão clara, devendo o juiz perquirir acerca da obediência aos princípios do direito que limitam tal atuação, em especial aqueles arrolados no art. 37 da Constituição³⁰¹. Será sempre, em última análise, uma situação em que o Poder Judiciário deverá assegurar a constitucionalidade de tais atos.

3.6.5 Conseqüências da adoção da doutrina

A discussão aqui proposta envolve as conseqüências de se afirmar, hoje, no Brasil, que o Judiciário deve se furtar a decidir as questões políticas.

Pelo todo visto, não há dúvidas de que a adoção da doutrina das questões políticas reforça a separação dos poderes e afasta do Poder Judiciário a possibilidade de revisão de decisões dos outros poderes. Por outro lado, também

³⁰⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*, p. 456. Tradução livre da autora: “A aplicação posterior dos princípios gerais do Direito como técnica de redução da discricionariedade administrativa seria acrescentada aos julgamentos Barel de 1954 e Maison Genestal de 1968, dando um passo a mais para exigir da Administração que, em qualquer caso, indique com precisão as razões de fato e de direito capazes de justificar a decisão discricionária adotada.”

³⁰¹ “A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência...”

não se duvida de que a não adoção da doutrina fortalece sobremaneira o Poder Judiciário em detrimento dos outros poderes.

Essas são, basicamente, as conseqüências que podem ser sentidas pela tomada de um ou outro caminho.

A decisão acerca de qual dos dois caminhos deve ser trilhado é bem mais complexa do que antever suas conseqüências. Para que seja definido o caminho, necessário será ponderar acerca do verdadeiro papel do Judiciário na sociedade brasileira, e o que se espera dele, como ente responsável pela solução de litígios e, além disto, como responsável pela tranquilidade dos indivíduos. Necessário será indagar o que pretendem os indivíduos e o que esperam do Judiciário.

Impossível adentrar tal discussão, portanto, sem falar do Poder Judiciário e avaliar o que de mais recente se tem dito acerca de seu papel na organização estatal hoje existente no Brasil.

4 O PODER JUDICIÁRIO

O trabalho versa, em particular, sobre o Supremo Tribunal Federal. Fez-se necessário avaliar, todavia, o papel do Judiciário diante da atual organização estatal. A tentativa de saber como se dá o processo de decisão não pode se furtar de avaliar como o Judiciário interage com a sociedade, e como deveria interagir.

4.1 HISTÓRICO DO PODER JUDICIÁRIO E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

A formação do Poder Judiciário brasileiro sofreu influências norte-americanas e européias. Assim define José de Albuquerque Rocha:

Examinando-se os fatores que condicionaram a formação do direito e Judiciário brasileiros, certificamo-nos de que estamos vinculados ao modelo europeu (romano-canônico), vínculos que se manifestam, de um lado, nas fontes formais do direito, onde a lei foi e continua sendo a fonte do direito por excelência (daí a doutrina da superioridade do legislador) e, de outro lado, no tradicional papel do juiz de subordinação à lei, ou seja, historicamente, mero aplicador das normas editadas pelo Estado através do Legislativo, de onde resulta a doutrina do papel secundário do juiz em face do legislador [...]. Entre nós prevalece a idéia de que a atitude do juiz em relação ao direito, que, basicamente, se identifica com a lei de origem estatal, é de dependência, o que vai explicar o caráter burocrático da organização judiciária, a qualidade de servidor público do juiz e seu pouco ou nenhum poder criativo³⁰².

Quando o liberalismo atinge o Brasil, ainda em sua fase imperial, encontra um território cuja estrutura político-administrativa era patrimonialista e

³⁰² ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o Poder Judiciário*, p. 101.

conservadora³⁰³ o que impedia o impacto que teve na Europa, nos juízes que foram lançados à atividade de dizer a lei, tão-somente³⁰⁴.

No Brasil, todo o impacto que o liberalismo pôde ter disse respeito à eliminação dos vínculos coloniais com Portugal³⁰⁵.

A época imperial do Brasil pode ser dividida em fases. Na fase das capitanias hereditárias, o Poder Judiciário brasileiro estava nas mãos dos “juízes ordinários, almotacés, vereadores e outros funcionários, todos nomeados pelo donatário...”³⁰⁶. O donatário das terras era o legitimado para verificar as decisões, em grau de recurso, exceto nas causas cíveis de valor superior a cem mil réis, nas quais o recurso de apelação seria apreciado pelo Tribunal da Corte.

Na fase das Governadorias-Gerais vigiam as Ordenações Filipinas. Neste período, a justiça de primeira instância era representada pelos ouvidores gerais, corregedores, ouvidores de comarca, provedores, juízes de fora, juízes ordinários, juízes de vintena, juízes de órfãos, almotacés, alcaides e vereadores. A segunda instância era representada pelos Tribunais de Relação instalados no Rio de Janeiro e na Bahia; as causas de valor superior a um conto e duzentos mil réis davam direito à parte recorrer ao Desembargo do Paço de Lisboa³⁰⁷.

O direito material aplicado era aquele vigente em Portugal na época, tipicamente individualista. O direito do povo nativo, essencialmente comunitário e igualitarista, foi ignorado³⁰⁸.

Quando D. João VI se muda para o Brasil, trazendo com ele a família real, inaugura-se uma nova fase, eis que o Brasil foi elevado à categoria de Reino Unido

³⁰³ ABREU, Pedro Manoel. *Acesso à justiça e juizados especiais: o desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil*, p. 119.

³⁰⁴ Isso, é claro, sob o manto do positivismo vigente à época. “Do positivismo jurídico resultou a atitude aparentemente descomprometida do jurista em relação ao objeto e limites de seu trabalho, tornando-o infenso à problematização, alheando-se...”. ABREU, Pedro Manoel. *Acesso à justiça e juizados especiais: o desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil*, p. 150.

³⁰⁵ ABREU, Pedro Manoel. *Acesso à justiça e juizados especiais: o desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil*, p. 120.

³⁰⁶ ALMEIDA, José Maurício Pinto de. *O Poder Judiciário brasileiro e sua organização*, em especial a p. 11.

³⁰⁷ Nesta época o território brasileiro era dividido em doze partes doadas pelo Imperador a quem ele escolhesse através das Cartas de Doação. Sobre o histórico do Poder Judiciário no Brasil ver ALMEIDA, José Maurício Pinto de. *O Poder Judiciário brasileiro e sua organização*, em especial as p. 11-16.

³⁰⁸ ABREU, Pedro Manoel. *Acesso à justiça e juizados especiais: o desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil*, p. 121.

ao de Portugal e Algarves. Há um aumento considerável da população e dos conflitos, por isso, necessário foi aumentar o número de pessoas envolvidas na administração da justiça³⁰⁹. Nessa fase foram criados outros dois Tribunais de Relação, o de Maranhão e o de Pernambuco; foram ainda instalados o Supremo Conselho Militar e de Justiça, o Tribunal da Mesa do Desembargo do Paço e da Consciência e Ordens, a Intendência Geral de Polícia e os Juizados Privativos. Por sua vez, o Tribunal de Relação do Rio de Janeiro foi transformado em Superior Tribunal de Justiça.

Como os juízes eram essencialmente portugueses, alguns brasileiros, mas que tinham estreitas ligações com Portugal – seja pela exigência de *status* econômico e social, seja pela exigência de formação na Faculdade de Lisboa – a fidelidade à Coroa era bastante evidente. Por isso, e pela escassez de juízes na época próxima à Independência³¹⁰, os liberais que cuidavam das reformas entenderam por bem descentralizar o sistema judicial, e criaram na Carta de 1824, a Justiça de Paz e o sistema de jurados³¹¹.

Com a Constituição imperial, o Poder Judiciário ganhou relativa independência, eis que havia um controle sobre ele, exercido pelo Imperador³¹². Além disso, apesar de garantir a vitaliciedade dos juízes, lhes negava a inamovibilidade e não previa a irredutibilidade de vencimentos. Em 1841 foi aprovada lei que modificou profundamente o sistema judicial. Ao que interessa para o presente trabalho, necessário saber que o liberalismo que vinha regendo o sistema

³⁰⁹ ABREU, Pedro Manoel. *Acesso à justiça e juizados especiais: o desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil*, p. 122.

³¹⁰ “À medida que se avizinhava a independência, muitos juízes abandonaram o país, mas a maioria aparentemente transferiu sua lealdade ao antigo rei a seu filho. Estimava-se, em 1808, que 45% dos magistrados atuando no Brasil eram estrangeiros. Em 1928 a imprensa noticiava abertamente que o suborno aos juízes era a maior praga das províncias do Brasil.” ABREU, Pedro Manoel. *Acesso à justiça e juizados especiais: o desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil*, p. 129.

³¹¹ ABREU, Pedro Manoel. *Acesso à justiça e juizados especiais: o desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil*, p. 130.

³¹² Veja-se o que dizia a respeito dos juízes: “Art. 154. O Imperador poderá suspendê-los por queixas contra eles feitas, precedendo audiência dos mesmos Juízes, informação necessária, e ouvido o Conselho de Estado. Os papéis, que lhes são concernentes, serão remetidos à Relação do respectivo Distrito, para proceder na forma da Lei.” NOGUEIRA, Octaciano. *Constituições Brasileiras: 1824*, Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 1999.

(notadamente com o sistema de jurados)³¹³ sofreu um duro golpe eis que, com a reforma, os juízes passaram a ser, essencialmente, nomeados pelo Imperador, e o Superior Tribunal de Justiça criado não tinha qualquer atribuição política, não podendo analisar a constitucionalidade dos atos dos outros poderes³¹⁴. Os magistrados não interpretavam as leis, julgavam de acordo com o seu texto e estavam confinados aos casos envolvendo particulares, já que, à época, havia o contencioso administrativo para os casos envolvendo os indivíduos e a Administração. Neste sentido, referindo-se inclusive a período posterior ao imperial:

O direito liberal clássico, que evidentemente não concebia a intervenção do Estado na esfera dos particulares, refletiu-se na jurisdição, espelhando a figura de um juiz inerte, que deixava a sorte do processo unicamente às partes, sem nele poder interferir nem mesmo para determinar de ofício uma prova, quando tinha consciência de que a “verdade” dos fatos estava sendo “construída” pela astúcia ou em virtude de maior habilidade de uma das partes³¹⁵.

E, em outro texto:

No Estado liberal o juiz é inerte, por força mesmo dos ensinamentos de Montesquieu, onde ficava o juiz proibido de interpretar a lei. Com o Estado social o juiz para a ter mais liberdade e maior participação no processo, em relação à justiça do mesmo, a produção de provas³¹⁶.

Com a promulgação da Constituição de 1891, o Poder Judiciário foi transformado em poder soberano; foi criada a justiça federal, que funcionaria concomitantemente com a estadual, e o Supremo Tribunal Federal³¹⁷. Aos juízes foi

³¹³ “O sistema de jurado foi a culminação lógica do princípio da participação popular aplicada à magistratura, personificando os ideais de autonomia judicial e localismo [...]. Tal sistema, em verdade, constituiu um ataque frontal à elite judicial. Eram os juízes de fato ou dos fatos, podendo ser analfabetos, que julgavam, sem que um juiz profissional pudesse modificar suas decisões.” (ABREU, Pedro Manoel. *Acesso à justiça e juizados especiais: o desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil*, p. 130)

³¹⁴ ABREU, Pedro Manoel. *Acesso à justiça e juizados especiais: o desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil*, p. 131.

³¹⁵ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*, p. 54.

³¹⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*, p. 101.

³¹⁷ “Art. 55. O Poder Judiciário da União terá por órgão um Supremo Tribunal Federal, com sede na Capital da República, e tantos juízes e tribunais federais, distribuídos pelo país, quantos o Congresso criar.” (BALEEIRO, Aliomar. *Constituições brasileiras: 1891*, p. 92)

garantida a vitaliciedade e a irredutibilidade de vencimentos³¹⁸. Esse texto constitucional previu a possibilidade de controle de constitucionalidade exercido mediante um caso concreto, com decisão válida entre as partes do processo³¹⁹.

A Constituição de 1934 não trouxe modificações essenciais capazes de alterar o âmago do Poder Judiciário no Brasil. Todavia, fez inovações, criando a Justiça Militar³²⁰ e a Justiça Eleitoral³²¹. No texto constitucional de 1937 estavam previstas as garantias de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos e manteve o Supremo Tribunal, sob a denominação Supremo Tribunal Federal. Em relação à atividade judicial, os textos de 1946, 1967 e 1969 não trazem mudanças. É no texto constitucional de 1988 que se percebe uma mudança drástica que deveria ser sentida e participada pelos Juízes. Provavelmente pelo momento histórico no qual se insere a promulgação da Constituição de 1988, os direitos e garantias ali expressos são motivos para uma verdadeira revolução no modo em que se percebe a justiça. Neste sentido:

Com o Estado social intensifica-se a participação do Estado na vida das pessoas e, conseqüentemente, a participação do juiz no processo, que não deve mais apenas estar preocupado com o cumprimento das “regras do jogo” cabendo-lhe agora zelar por um “processo justo”, capaz de permitir: I) a justa aplicação das normas de direito material; II) a adequada verificação dos fatos e a participação das partes em um contraditório real e não somente formal; e III) a efetividade da tutela dos direitos, com um maior zelo pela ordem no processo, com a repressão do litigante de má-fé, e com a determinação, a requerimento da parte, da tutela antecipatória, e da concessão, de ofício, da tutela cautelar³²².

³¹⁸ “Art. 57. Os juízes federais são vitalícios e perderão o cargo unicamente por sentença judicial. Parágrafo primeiro. Os seus vencimentos serão determinados por lei e não poderão ser diminuídos.” BALEEIRO, Aliomar. *Constituições brasileiras*: 1891, p. 92.

³¹⁹ “Art. 59, § 1º. Das sentenças das justiças dos Estados em última instância haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: [...] b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas.” BALEEIRO, Aliomar. *Constituições brasileiras*: 1891, p.93.

³²⁰ “Art. 84. Os militares e as pessoas que lhes são assemelhadas terão foro especial nos delitos militares. Este foro poderá ser estendido aos civis, nos casos expressos em lei, para a repressão de crimes contra a segurança externa do País, ou contra as instituições militares.” POLETTI, Ronaldo. *Constituições brasileiras*: 1934, p. 147.

³²¹ “Art. 82. A Justiça Eleitoral terá por órgãos: o Tribunal Superior de Justiça Eleitoral, na Capital da República; um Tribunal Regional na capital de cada Estado, na do Território do Acre e no Distrito Federal; e juízes singulares nas sedes e com as atribuições que a lei designar, além das juntas especiais admitidas no art. 83, § 3º.” POLETTI, Ronaldo. *Constituições brasileiras*: 1934, p.147.

³²² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*, p. 55.

É certo que muitos dos direitos ali arrolados eram repetições dos textos constitucionais anteriores. Contudo, some-se a um texto profícuo em reconhecer direitos, uma sociedade ansiosa por desfazer as amarras com o autoritarismo até então vigente, e se tem a receita perfeita para a reivindicação por garantias de que os direitos ali expressos seriam respeitados.

4.2 O PODER JUDICIÁRIO E A ANGÚSTIA DO SER HUMANO

O Poder Judiciário é só mais uma das instituições das quais os indivíduos têm alguma expectativa. A sua importância está no fato de que é a instituição responsável pela solução de conflitos, e, na vida em sociedade, os conflitos são muitos.

Ao recorrer ao Estado, o indivíduo busca uma solução que lhe seja satisfatória, que preencha os seus desejos em relação a uma situação. O papel a que tem se prestado o Judiciário não tem conseguido atingir tais expectativas. Na prática, o único fato da demora da prestação jurisdicional já é suficiente para desiludir até os mais românticos. Veja-se que

A condição atual inviabiliza o STF de prestar sua verdadeira tutela constitucional, residindo no volumoso número de processos uma das grandes causas desta ausência pretoriana. Tanto o número de apreciações diárias para cada Ministro (25,54 processos), quanto o tempo despendido nas sessões de julgamento (3,04 minutos, para cada feito), impossibilitam uma análise verticalmente justa, prudente, humanista, serena e prospectiva de grandes questões submetidas ao órgão, *v.g.*, a política econômica do país, o *impeachment* do governante, as relações entre os poderes (autonomia e harmonia), a invasão na propriedade dos cidadãos (genericamente), o estado de sítio, as relações internacionais, etc. Tais questões, senão a própria vida e o destino da nação, não podem ser decididos em pouco mais de três minutos³²³.

Importante é como a sociedade enxerga o Poder Judiciário, sua imagem, é dela que advém o poder político do Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido:

³²³ LIMA, Francisco Gérson Marques de. *O STF na crise institucional brasileira*, p. 65.

Su poder real reside, más allá de las provisiones normativas, en el prestigio institucional que goce ante los otros poderes y ante la opinión pública; y ese prestigio está directamente relacionado con el modo en que asuma y cumpla su función de poder moderador en el proceso político, sabiendo equilibrar adecuadamente su presencia institucional y su *self-restraint* para respetar en todo momento el ámbito de competencia política de los otros poderes de gobierno [...]. Sus aciertos acrecientan su prestigio y poder y afianzan su independencia. Por el contrario, sus desaciertos, tanto por debilidad como por extralimitación en el control, cercenan su autoridad³²⁴.

Com conseqüências em relação à imagem do Judiciário, a Emenda Constitucional 45, de 2004, trouxe algumas inovações. Entre elas, importante mencionar que o efeito vinculante previsto para as ações declaratórias de constitucionalidade e direta de inconstitucionalidade, aliado à súmula vinculante no controle difuso, farão com que ao Supremo Tribunal Federal cheguem um número menor de processos³²⁵.

Todavia, essas reformas foram acompanhadas do alargamento da competência do Supremo Tribunal Federal, que agora abarca também o antigo recurso especial, no que diz respeito a decisões que julguem válidas leis locais contestadas em face de lei federal³²⁶. E nem sempre as soluções adotadas são eficientes. O Supremo Tribunal Federal acaba de aprovar o “recurso eletrônico”, com o evidente e expreso intuito de acelerar o tempo para distribuição de um recurso, o que é bom para a parte. Mas, além disto, o número de recursos distribuídos em um determinado espaço de tempo aumentará. Ora, isso fará com que os mesmos onze julgadores tenham uma carga ainda maior de trabalho. Esse exemplo ilustra bem

³²⁴ SANTIAGO, Alfonso. *La Corte Suprema y el control político*, p. 234. Tradução livre da autora: “Seu poder verdadeiro reside, além de nas provisões normativas, no prestígio institucional que goza diante dos outros poderes e diante da opinião pública; e esse prestígio está diretamente relacionado com o modo com que assume e cumpre sua função de poder moderador no processo político, sabendo equilibrar adequadamente sua presença institucional e seu *self-restraint* [auto-limitação] para respeitar sempre o âmbito de competência políticos dos outros poderes do governo [...] Seus acertos somam-se ao seu prestígio e poder e afirmam sua independência. Ao contrário, seus desacertos, tanto por fragilidade como por extrapolação no controle, cerceiam sua autoridade.”

³²⁵ Essas regras vêm ao encontro do novo inciso, LVXXVIII, do art. 5º da Constituição, que assegura: “...a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”. BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituição/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 02 ago. 2006.

³²⁶ É o que diz a alínea “d” do inc. III do art. 102 da Constituição Federal, incluída pela Emenda 45/04: “Cabe ao Supremo Tribunal Federal [...] III – julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância, quando a decisão recorrida: [...] d) julgar válida lei local contestada em face de lei federal;...”

como o ser humano tenta resolver seus problemas causando ou agravando outros. Isso tudo para voltar a dizer que é necessário saber o que os indivíduos querem do Poder Judiciário; é esse o caminho a seguir? Colocar a tecnologia a serviço do agravamento de problemas. E por que isso é importante? Porque, ao final, se quer acreditar que o essencial está nos seres humanos, e essa essência tem influência em todas as áreas da vida, na esfera pessoal, em relação aos amores e amigos, e na esfera profissional. Ora, conhecer a essência dos indivíduos levará também à resposta de como o julgador julga, e porque toma determinado rumo, mas, além disso, também leva à resposta de como o Judiciário pode servir melhor, como os relacionamentos podem melhorar, como se pode cuidar mais dos outros e do que nos cerca. No fim, falar do juiz não é, e nem pode ser, diferente de falar do homem, do ser humano. Neste sentido, Paulo Roney Ávila Fagúndez disse que “...a própria ciência do Direito está precisando, urgentemente, estabelecer uma conexão da normatização jurídica com a vida”³²⁷. Todavia, para chegar neste ponto, dever-se-á percorrer a trilha seguinte, questionando-se acerca da legitimidade do Supremo Tribunal Federal, de suas funções e do modo de desenrolar do processo de decisão.

4.3 FORMAS DE PREENCHIMENTO DE CARGOS

Há diferentes formas para preenchimento dos cargos de julgadores no Poder Judiciário. Historicamente, no Brasil, na época Imperial, o ingresso na magistratura dependia da origem social,

pequena nobreza, filhos de fidalgos e funcionalismo (filhos de fiscais, inspetores ou tabeliães), filhos e netos de letrados, com restrição aos comerciantes ou negociantes, cristão-novos e os impuros de sangue (mestiços, mulatos, judeus) – era indispensável ser graduado na Universidade de Coimbra (em Direito Civil ou Canônico), ter exercido a profissão por dois anos e ter sido selecionado através de exame de ingresso ao serviço público (a leitura dos bacharéis) pelo Desembargo do Paço em Lisboa³²⁸.

³²⁷ FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila. *Direito e holismo*, p. 47.

³²⁸ ABREU, Pedro Manoel. *Acesso à justiça e juizados especiais: o desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil*, p. 123.

Portanto, o Brasil sempre adotou o sistema de concurso público³²⁹, onde, atualmente, através de provas e análise de títulos, os melhores colocados ingressam na carreira³³⁰.

Os futuros juízes, no Brasil, devem ser aprovados em concurso público, cuja participação somente é garantida àqueles que comprovarem ter, no mínimo, três anos de atividade jurídica³³¹. Esta atividade jurídica foi estabelecida pelo Conselho Nacional de Justiça como aquela exercida após a conclusão do curso de Direito em cargos que somente podem ser preenchidos por bacharéis, admitindo-se ainda a frequência a certos cursos de pós-graduação.

O concurso público, no Brasil, é realizado em mais de uma fase. Os candidatos são avaliados com questões objetivas, com questões subjetivas e com a redação de peças processuais, antes de serem entrevistados pessoalmente por uma banca avaliadora. No que diz respeito à Magistratura de segundo grau:

O acesso aos tribunais de segundo grau é franqueado aos profissionais que tenham percorrido longa caminhada, nas respectivas carreiras, seja na Magistratura (após atuar como substituto e, como titular, em todas as entrâncias, é que o juiz pode aspirar sua promoção para órgão colegiado de segundo grau), seja no Ministério Público (cujo membro, além disso, é instado a ascender ao segundo degrau da carreira, na Procuradoria de Justiça, para ser indicado ao Tribunal), seja na Advocacia (exigindo-se do bacharel, também, a reunião dos requisitos de *notável saber jurídico* e de *reputação ilibada*. E, com isso, obviamente, se busca, pelos dados da experiência e da prudência, o sempre almejado aperfeiçoamento da administração da Justiça³³².

³²⁹ É certo, todavia, que a Justiça de Paz, criada pela Constituição de 1824 era composta por juízes eleitos. Art. 162 da Constituição de 1824: Para este fim haverá Juizes de Paz, os quais serão eletivos pelo mesmo tempo e maneira por que se elegemos vereadores das Câmaras. Suas atribuições e Distritos serão regulados por lei. NOGUEIRA, Octaciano. *Constituições brasileiras: 1824*, p. 100.

³³⁰ Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

I - ingresso na carreira, cujo cargo inicial será o de juiz substituto, mediante concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases, exigindo-se do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e obedecendo-se, nas nomeações, à ordem de classificação.

³³¹ Sobre isso: “[A realidade] mostra [...] gritantemente, que o exercício pleno e, por via de consequência, satisfatório da Magistratura reclama, salvo raríssimas exceções, o amadurecimento, feito experiência, do juiz, que só o decurso do tempo pode gerar.” TUCCI Rogério Lauria, TUCCI, José Rogério Cruz e. *Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo*, p. 209.

³³² TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo*, p. 210.

Todavia, essa não precisa ser a única opção. Os julgadores podem ser eleitos pela comunidade, desde que preencham os requisitos para serem considerados elegíveis. Ainda que a utilização de tal método para o preenchimento de vagas no Poder Judiciário seja adotado por pouquíssimos lugares, como em alguns cantões na Suíça, na ex-União Soviética e nos Estados Unidos, ela vale ser mencionada pelo simples fato de ser aplicada na maior potência mundial.

Há ainda a possibilidade de indicação. Os julgadores podem ocupar o cargo por serem considerados aptos para tanto pela pessoa responsável pelo preenchimento do quadro.

A Constituição americana, em sua Seção I do art. III, dita regras, tão somente, em relação à Suprema Corte, quando afirma:

O Poder Judiciário dos Estados Unidos será investido em uma Suprema Corte e nos tribunais inferiores que forem oportunamente estabelecidos por determinações do Congresso. Os juízes, tanto da Suprema Corte como dos tribunais inferiores, conservarão seus cargos enquanto bem servirem, e perceberão por seus serviços uma remuneração que não poderá ser diminuída durante a permanência no cargo³³³.

Estabelecer que o Congresso ditará as regras para os tribunais inferiores abriu espaço para um fenômeno *sui generis*: nos Estados Unidos, cada Estado pode estabelecer e aplicar suas regras para o preenchimento das vagas no Poder Judiciário.

Assim é que, por exemplo, no Texas, há eleição. A eleição é não partidária e a crítica que se faz é acerca de seu financiamento, que muitas vezes é feito pelos próprios advogados e partes em processos. As campanhas têm um custo elevado, em especial nas Cortes de Apelação, e o montante despendido por um ou outro candidato acaba por afetar o resultado da mesma. Neste sentido, Daniel E. Herrendorf:

Las desventajas son fácilmente sospechables: los jueces tienden a mantener simpatías respecto de sus electores confiables y de los partidos que los apoyan. En los EE.UU. se ha intentado remediar estos problemas

³³³ Disponível em: <<http://www.braziliantranslated.com/euacon01.html>>. Acesso em: 04 ago. 2006.

con medidas de eficacia relativa: nominación simultánea por ambos partidos como condición para ser candidato, periodos largos que disminuyan al juez la angustia de lograr su reelección y las consiguientes promesas de sentenciar en tal o cual sentido, opinión previa sobre el candidato del Bar Association³³⁴.

Para José de Albuquerque Rocha, o juiz tem um compromisso moral

na atuação dos valores, princípios e regras da Constituição, que é o fundamento do ordenamento jurídico e seu postulado hermenêutico essencial, compromisso do qual deriva uma concepção do juiz como sacerdote do direito, defensor da Constituição, sobretudo dos direitos humanos, a desaconselhar sua eletividade. A eletividade, por sua natureza, o vincula de alguma maneira aos eleitores, o que contraria o seu compromisso moral com os direitos fundamentais, em defesa dos quais deve julgar até contra a opinião pública e, especialmente, contra os “governos de turno que, no Brasil, levantam a pretensão de amoldar a Constituição a seus desejos, como se suas vontades fossem unímodas; e fossem os donos da Constituição e do Direito [...]”³³⁵.

Os juízes federais somente perdem seus cargos por morte ou aposentadoria, mesmo se condenados por contravenções. Somente se violarem o que se considera um bom comportamento é que podem ser removidos através de *impeachment*. A aposentadoria ocorre aos sessenta e cinco anos e não é compulsória. Ao atingir esta idade, o juiz pode escolher ser elevado ao *status* de “sênior” e continuar trabalhando. Ser um juiz sênior significa manter seu gabinete e obedecer ao juiz chefe do distrito.

Há ainda os magistrados. Estes não são juízes como estabelecido pelo art. III acima mencionado. Eles são contratados pelo juiz chefe do distrito e podem ser demitidos justificadamente a qualquer momento.

O Judiciário francês é composto por cidadãos com formação universitária³³⁶ que ingressam no curso da Escola Nacional de Magistratura, de

³³⁴ HERRENDORF, Daniel E. *Lo poder dos jueces, lo que piensan los jueces que piensan*, p. 55. Tradução livre da autora: “As desvantagens são facilmente percebíveis: os juízes tendem a ter simpatias com seus fiéis eleitores e com os partidos que os apoiam. Nos Estados Unidos tentou-se remediar esses problemas com medidas de relativa eficácia: nomeação simultânea por ambos os partidos como condição para ser candidato, períodos de tempo maiores para diminuir a angústia do juiz de ser reeleito e as conseqüentes promessas de sentenciar em tal ou qual sentido, opinião prévia sobre o candidato da Entidade de Classe.”

³³⁵ ROCHA, José de Albuquerque. *Poder Judiciário: o que conservar e o que inovar*, p. 31.

³³⁶ Não é exigido o curso de Direito, mas sim, qualquer curso universitário.

duração de dois anos e sete meses. No final do curso, há uma prova eliminatória e os aprovados assumem o compromisso de manter-se no cargo por, pelo menos, dez anos, em contrapartida ao investimento que o governo fez para a sua formação³³⁷.

A filosofia da escola de formação de magistrados francesa indica a preocupação em formar indivíduos que estejam inseridos na sociedade, o que auxilia no processo de decisão, em especial quando se faz necessário compreender os anseios da comunidade para encontrar a melhor solução para uma lide. Segundo Ricardo Fiúza, a filosofia ali adotada se resume da seguinte maneira:

Desde as suas origens, a formação de Magistrados se debate entre dois imperativos contraditórios: a formação de alto nível nas técnicas jurídicas e o conhecimento aprofundado da sociedade que cerca o Juiz e dos problemas que a afligem³³⁸.

Sem dúvida, a dimensão que exige dos novos juízes o conhecimento da sociedade de onde virão os litígios que terão de julgar só tem a acrescentar no processo de decisão, colaborando para que o processo seja mais justo.

4.3.1 Legitimidade das decisões

Definir qual o sistema a ser adotado quando se trata de preenchimento dos cargos no Judiciário tem implicação direta na discussão acerca da legitimidade das decisões que serão proferidas.

Adhemar Ferreira Maciel acredita que

[...] o juiz que alimenta pretensões de voltar ao cargo, como acontece sobretudo com aqueles eleitos pelo povo, pode se tornar mais suscetível de influências por parte dos detentores do poder. Também não posso deixar de

³³⁷ FIÚZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. *Direito constitucional comparado*, p. 315 e ss.

³³⁸ FIÚZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. *Direito constitucional comparado*, p. 317.

reconhecer que o juiz 'carreirista' é de igual modo pernicioso para o jurisdicionado, pois põe em primeiro lugar sua vaidade pessoal³³⁹.

E tal discussão é procedente. Não se olvide que o Poder Judiciário é somente uma das funções do poder. E o poder tem como titular o povo. Se isto é verdade, há que significar que cada um dos indivíduos que estão exercendo este poder somente o está por que o povo assim o quer, e o devem exercer nos limites impostos pelo mesmo povo. Há sentido no raciocínio: o povo, diante de sua constituição numérica, não poderia mesmo tomar todas as decisões necessárias à convivência em sociedade. Aliás, já afirmava Montesquieu que "A grande vantagem dos representantes é que eles são capazes de discutir os assuntos. O povo não é nem um pouco capaz disto, o que constitui um dos grandes inconvenientes da democracia"³⁴⁰.

Ora, então, o modo de preenchimento dos cargos do Poder Judiciário terá influência direta na legitimidade de suas decisões. Pode-se defender que o Judiciário escolhido e nomeado por alguém, ou concursado, não corresponderá à vontade da população. Pode-se ainda afirmar que um Judiciário eleito será o mais próximo da representação de verdadeira legitimidade para proferir decisões. De fato, discute-se se há legitimidade em um Poder Judiciário que não é eleito pelo povo, e, mais especificamente, se seria possível, diante desta falta de legitimidade, derrubar as decisões do Legislativo eleito. Sobre isso, afirma Eugenio Raúl Zaffaroni:

Uma instituição não é democrática unicamente porque não provenha de eleição popular, pois, nem tudo o que provém dessa origem é necessariamente "aristocrático". Uma instituição é democrática quando seja funcional para o sistema democrático, quer dizer, quando seja necessária para sua continuidade, como ocorre com o judiciário. Quando se diz que o judiciário tem legitimidade constitucional, mas não legitimidade democrática, se ignora sua funcionalidade democrática³⁴¹.

Por outro lado, a doutrina, representada por Fábio Konder Comparato, enxerga um fator de legitimidade diferente para as decisões do Poder Judiciário.

³³⁹ MACIEL, Adhemar Ferreira. O papel jurídico, político e social do magistrado a propósito das Constituições brasileira e uruguaia, p. 225.

³⁴⁰ MONTESQUIEU. *O espírito das leis*, p. 175.

³⁴¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário, crise, acertos e desacertos*, p. 43.

Para ele, a legitimidade decorre do “prestígio público”, no respeito e na confiança. Veja o que ele diz, abaixo:

Na verdade, o fator que compatibiliza o Poder Judiciário com o espírito da democracia (no sentido que Montesquieu conferiu ao vocábulo) é um atributo eminente, o único capaz de suprir a ausência do sufrágio eleitoral: é aquele prestígio público, fundado no amplo respeito moral, que na civilização romana denominava-se *auctoritas*; é a legitimidade pelo respeito e a confiança que os juízes inspiram no povo. Ora, essa característica particular dos magistrados, numa democracia, funda-se essencialmente na independência e na responsabilidade com que o órgão estatal em seu conjunto, e os agentes públicos individualmente considerados, exercem as funções políticas que a Constituição, como manifestação original de vontade do povo soberano, lhes atribui³⁴².

Veja-se o que diz Jorge Miranda acerca do Poder Judiciário americano:

São três os aspectos que mais ressaltam na observação do sistema judicial dos Estados Unidos, originado no *common law*:

- 1) A singularidade da relação democrática entre os juízes e os cidadãos e a elevada autoridade social de que gozam;
- 2) A complexidade proveniente da estrutura federal, com dualismo de tribunais, federais e estaduais (art. III da Constituição);
- 3) A predominância do Supremo Tribunal (formado por 9 juízes vitalícios, designados pelo Presidente dos Estados Unidos com o ‘parecer e acordo do Senado’) e a unidade de julgados que com ela se obtém³⁴³.

A teoria tem várias sugestões sobre o tema. Para Fábio Konder Comparato, o preenchimento de cargos no Poder Judiciário deveria seguir às seguintes regras:

O Supremo Tribunal Federal deveria ser composto por quinze Ministros, um terço dos quais por indicação do próprio Tribunal, o outro terço indicado pelo Ministério Público Federal e o último terço de indicação da Ordem dos Advogados do Brasil. As indicações seriam sempre feitas em listas tríplices, e a escolha dos Ministros competiria ao Senado Federal, em votação com o quórum qualificado de dois terços dos senadores.

No Superior Tribunal de Justiça, manter-se-ia a mesma composição prevista no art. 104, parágrafo único, da Constituição, mas a designação dos

³⁴² COMPARATO, Fábio Konder. *O Poder Judiciário no regime democrático*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142004000200008&script=sci_arttext&lng=pt>.

³⁴³ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*, tomo I, p. 145.

Ministros incumbiria também ao Senado Federal, deliberando com o mesmo quórum qualificado que se acaba de indicar.

Igualmente para o Tribunal Superior do Trabalho, manter-se-ia a mesma composição determinada no art. 111, § 1º, da Constituição, mas as indicações seriam feitas em listas tríplexes pelo próprio Tribunal, o Ministério Público do Trabalho e a Ordem dos Advogados do Brasil, com a escolha definitiva sendo feita pelo Senado Federal, nas mesmas condições acima indicadas.

Quanto aos demais tribunais federais e os tribunais dos Estados e do Distrito Federal, quatro quintos dos seus integrantes deveriam ser escolhidos dentre Juizes de Direito, de modo alternado, por antigüidade e por concurso público, e o quinto restante na forma do disposto no art. 94 da Constituição, ou seja, por membros do Ministério Público, com mais de dez anos de carreira, e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, todos eles indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes, sendo que, recebidas as indicações, o tribunal formaria lista tríplex, a ser submetida ao Senado Federal. Seria, assim, abolido o critério de escolha por merecimento, o qual enseja uma inevitável margem de arbítrio por parte dos tribunais de justiça³⁴⁴.

Ricardo Fiúza observa que, onde se opta pelo sistema de controle de constitucionalidade concentrado, o melhor seria o tribunal responsável pela fiscalização ser composto por membros retirados do Legislativo, do Executivo e do Judiciário. Cita Agustín Gordillo:

A personalidade jurídica do Estado é um *conceito unitário* e abarca a atuação do Estado *legislador* (Poder Legislativo), *juiz* (Poder Judicial) e *administrador* (Poder Executivo); em outras palavras, o Estado atua com sua personalidade jurídica tanto quando dita atos administrativos como leis ou sentenças³⁴⁵.

E continua o autor:

Sabe-se que o Estado é, previamente, uma realidade social e política – com *personalidade política*, pois – e, posteriormente, uma ordem jurídica – com *personalidade jurídica* – e que se mantém vivo com as duas manifestações. Da primeira entidade surge o poder soberano, que concede à pessoa jurídica estatal o *poder público*, uma faculdade de mandar. Distinta e inferior ao *poder soberano*, esta faculdade tem seus limites na *Constituição*³⁴⁶.

³⁴⁴ COMPARATO, Fábio Konder. *O Poder Judiciário no regime democrático*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142004000200008&script=sci_arttext&tlng=pt>. Acesso em: 20 jan. 2006.

³⁴⁵ Apud FIÚZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. *Direito constitucional comparado*, p. 141.

³⁴⁶ FIÚZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. *Direito constitucional comparado*, p. 141.

Assim, conclui que deve haver uma dosagem entre poder político e jurídico na composição do Tribunal que irá decidir acerca de atos que podem emanar tanto do Judiciário, do Executivo ou do Legislativo.

Por outro lado, há quem defenda que falta ao Poder Judiciário legitimidade pelo fato de seus membros não serem escolhidos pelo povo. Neste sentido, Francisco Gerson Marques de Lima:

a forma de ingresso no STF é das mais ilegítimas possíveis. O critério não é o do concurso público, mas também não é o da eleição. O ministro do STF não se submete ao exame de competência intelectual via certame, aberto a outros brasileiros e profissionais da área. Porém, sua escolha tampouco é submetida ao crivo da população, donde sua ilegitimidade. Este dado se agrava com sua vitaliciedade, ocasionando um total descompromisso com o povo, cuja influência nessa Corte é nenhuma, pois não participa do processo de nomeação nem pode demitir ou concorrer para o *impeachment* do Ministro³⁴⁷.

Todavia, as fontes de legitimação do Poder Judiciário são a legitimação formal, entendida como a subordinação do juiz à lei e a legitimação substancial, entendida como a capacidade da jurisdição de defender e assegurar os direitos fundamentais³⁴⁸. Com esses dois elementos, a legitimidade do Judiciário estaria assegurada, ou seja, a legitimação de um juiz vem de sua capacidade de aplicação adequada do Direito vigente em um local em determinada época³⁴⁹. Por isso é que o papel do juiz se transforma no tempo, ao contrário do que admitia a filosofia liberal, de simples aplicador automático da lei, hoje o juiz tem papel diferenciado:

O juiz já não pode ser o inflexível aplicador da letra de uma lei estratificada, mas alguém provido de consciência a respeito das consequências concretas de sua decisão. O juiz não apenas *conhece* da demanda, mas *atua* no sentido de realizar o justo³⁵⁰.

Mas Oscar Vilhena Vieira tem opinião diversa:

³⁴⁷ LIMA, Francisco Gerson Marques de. *O STF na crise institucional brasileira*, p. 49.

³⁴⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Justicia penal y democracia*, p. 5.

³⁴⁹ O que significa dizer que depende de sua capacidade de aplicação adequada de todo o Direito e não somente de regras expressamente previstas.

³⁵⁰ NALINI, José Renato. *O juiz e o acesso à justiça*, p. 117.

Um dos mecanismos criados com o objetivo de minorar esse problema da omissão do sistema político em realizar a vontade constitucional foi atribuir ao judiciário a função de controlar as omissões constitucionais perpetradas pelos poderes constituídos. Os tribunais passam de uma posição meramente negativa ou de bloqueio, para uma situação em que lhes são atribuídas competências positivas. Se a implementação da vontade constitucional depende em larga medida de uma ação positiva dos poderes públicos e se essa não existir, a sociedade recorrerá ao judiciário para ver realizar seus direitos constitucionais. A atribuição de poderes positivos ao Poder Judiciário, para suprir essas omissões, provoca dificuldades tanto técnicas, como de justificação do seu poder, frente a uma teoria democrática. Isto porque não estão os juízes treinados para a função de *decision makers*, nem legitimados democraticamente para isso³⁵¹.

André Ramos Tavares alerta para a discussão acerca da característica política do Tribunal. Neste sentido, afirma que

[...] é inegável que há um forte componente político na designação dos magistrados do Tribunal Constitucional. Porém, é igualmente indiscutível que isto não acarreta a politização ou a partidarização do Tribunal, por uma série de motivos [...] dentre os quais [...]: a independência dos magistrados, a vitaliciedade, a não necessidade de prestação de contas àqueles que os designaram etc.³⁵².

E, por acreditar que a tarefa do tribunal de decidir questões constitucionais não faz dele um tribunal político, é que André Ramos Tavares afirmou: “Decidir matéria que apresente contornos políticos não transforma a atividade de jurisdicional em política, da mesma forma que falar sobre um psicopata não transforma ninguém num doente mental”³⁵³.

Os critérios para preenchimento de cargos são diferentes quando se trata de compor a corte suprema de um país. No caso específico do Supremo Tribunal Federal, ele foi criado, com esta denominação, na República, e seus membros, como regra geral³⁵⁴, foram sempre nomeados pelo Presidente da República, sujeitando os seus nomes à aprovação pelo Senado Federal.

³⁵¹ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal*, p. 35.

³⁵² TAVARES, André Ramos. *Tribunal e jurisdição constitucional*, p. 32.

³⁵³ TAVARES, André Ramos. *Tribunal e Jurisdição constitucional*, p. 42.

³⁵⁴ No Império, a nomeação dos Ministros do Supremo Tribunal de Justiça não dependia de prévia aprovação do Senado do Império. Getúlio Vargas nomeou vários Ministros que não passaram pela sabatina do Legislativo.

O Supremo Tribunal Federal sempre pôde escolher seu Presidente, já que detentor do poder de auto-administração. Somente durante o período de vigência da Constituição de 1937 é que tal atribuição passou a ser do Presidente da República.

Nos Estados Unidos, a Suprema Corte é composta por nove juízes, vitalícios, cujos nomes são indicados pelo Presidente da República e aprovados pelo Senado Federal, sendo removidos somente por aposentadoria ou pelo *impeachment*. Normalmente, o Presidente da República nomeia indivíduos que dividam sua ideologia, o que não impediu, historicamente, de várias decisões serem proferidas por juízes em contraste com a vontade do Presidente que os nomeou³⁵⁵.

Sua competência é, na prática, definida por ela mesmo, já que ao lhe ser encaminhado determinado processo, a primeira situação a definir é se expede ou não o chamado *writ of certiorari*, que é concedido com o voto de quatro dos nove juízes. Esta decisão é a que define se o processo será ou não julgado por ela.

O artigo terceiro, segunda seção, da Constituição americana delimita a competência das cortes federais:

The judicial Power shall extend to all Cases, in Law and Equity, arising under this Constitution, the Laws of the United States, and Treaties made, or which shall be made, under their Authority; to all Cases affecting Ambassadors, other public Ministers and Consuls; to all Cases of admiralty and maritime Jurisdiction; to Controversies to which the United States shall be a Party; to Controversies between two or more States; between a State and Citizens of another State; between Citizens of different States; between Citizens of the same State claiming Lands under Grants of different States, and between a State, or the Citizens thereof, and foreign States, Citizens or Subjects³⁵⁶.

³⁵⁵ O célebre caso é o do juiz Earl Warren, nomeado pelo Presidente Eisenhower que esperava dele julgamentos conservadores. Todavia, sua tendência claramente liberal fez com que o Presidente afirmasse que sua nomeação teria sido o maior erro que já tinha cometido.

³⁵⁶ A competência do Poder Judiciário se estenderá a todos os casos de aplicação da Lei e da Eqüidade ocorridos sob a presente Constituição, as leis dos Estados Unidos, e os tratados concluídos ou que se concluírem sob sua autoridade; a todos os casos que afetem os embaixadores, outros ministros e cônsules; a todas as questões do almirantado e de jurisdição marítima; às controvérsias em que os Estados Unidos sejam parte; as controvérsias entre dois ou mais Estados, entre um Estado e cidadãos de outro Estado, entre cidadãos de diferentes Estados, entre cidadãos do mesmo Estado reivindicando terras em virtude de concessões feitas por outros Estados, enfim, entre um Estado, ou os seus cidadãos, e potências, cidadãos, ou súditos estrangeiros. Disponível em: <<http://www.braziliantranslated.com/euacon01.htm>>. Acesso em: 04 ago. 2006.

Essa competência foi limitada posteriormente pela décima primeira emenda, que proibiu as cortes federais de conhecer de casos envolvendo um Estado e cidadãos de outro Estado, ou cidadãos de Estados estrangeiros – regra não fixa, eis que a Suprema Corte decidiu que o Congresso pode abrir exceções, definindo um patamar financeiro para conhecimento de causas.

Luis Sanches Agesta atribui ao sistema de eleição dos juízes o fato de que o povo americano é a raiz para a Constituição:

El hecho es que la Constitución misma emana del pueblo de los Estados Unidos, como explícitamente proclama su preámbulo [...] que en el pueblo tienen su raíz todas las instituciones de gobierno. Sin duda, el carácter representativo de las magistraturas de la Unión y de los Estados, así como su carácter temporal (no vitalicio, ni hereditario), está comprendido en este concepto [...]³⁵⁷.

Na França, a Corte Constitucional é denominada de *Conseil Constitutionnel* e tem competência sobre questões eleitorais e controle de constitucionalidade de leis. É composta por nove juízes não vitalícios e por todos os ex-presidentes da República, que gozam da vitaliciedade. Os juízes não vitalícios possuem mandato de nove anos, sendo cada terço renovado a cada três anos. Os juízes são indicados pelo Presidente da República, pelo Presidente da Assembléia Nacional e pelo Presidente do Senado³⁵⁸.

O Presidente da República e os Presidentes da Assembléia Nacional e do Senado não precisam se ater a qualquer critério constitucional para a nomeação, trata-se de ato discricionário.

³⁵⁷ AGESTA, Luis Sanches. *Curso de Derecho Constitucional Comparado*, p. 117.

³⁵⁸ Dita o art. 56 da Constituição francesa: “Le Conseil Constitutionnel comprend neuf membres, dont le mandat dure neuf ans et n’est pas renouvelable. Le Conseil Constitutionnel se renouvelle par tiers tous les trois ans. Trois des membres sont nommés par le Président de la République, trois par le Président de l’Assemblée Nationale, trois par le Président du Sénat.

En sus des neuf membres prévus ci-dessus, font de droit partie à vie du Conseil Constitutionnel les anciens Présidents de la République.”

Tradução livre da autora: “O Conselho Constitucional é composto por nove membros, cujo mandato tem duração de nove anos e não é renovável. O Conselho Constitucional é renovado por terços a cada três anos. Três dos seus membros são nomeados pelo Presidente da República, três pelo Presidente da Assembléia Nacional e três pelo Presidente do Senado.

Além dos nove membros acima mencionados, os ex-Presidentes da República são, de pleno direito, membros vitalícios do Conselho Constitucional.”

A Corte Constitucional alemã é constituída por dois Senados – de mesma hierarquia –, compostos por oito juízes, eleitos pelo Conselho Federal e pelo Parlamento Federal. Os juízes devem ter, no mínimo, quarenta anos e preencher os requisitos para a carreira. A eleição se dá de forma direta no Conselho Federal e de forma indireta no Parlamento³⁵⁹.

No Brasil, pode-se afirmar que as decisões do Supremo Tribunal Federal são legítimas, eis que seus membros, apesar de não eleitos, são escolhidos por um corpo eleito pelo povo e, além disto, no exercício de sua atividade, os membros do Supremo Tribunal Federal estão submetidos à Constituição e às leis, que são, em última instância, reflexo da vontade popular.

4.4 AS FUNÇÕES DO PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL

O ordenamento jurídico brasileiro resguardou ao Poder Judiciário, desde sempre, a competência para resolver os conflitos, envolvam a Administração, ou não! Assim, ao contrário de países como, por exemplo, a França, o Judiciário brasileiro sempre teve competência plena para se manifestar sobre os assuntos que lhe foram trazidos.

A função precípua do Judiciário pátrio é, evidentemente, solucionar conflitos, ainda que exerça também funções legislativas e executivas³⁶⁰. O Poder Judiciário diz o direito fundamentado em um ordenamento que tem como norma maior a Constituição Federal. Dela emanam as regras básicas³⁶¹ para a compreensão de todo o ordenamento.

³⁵⁹ Dados colhidos em MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*, p. 5.

³⁶⁰ Veja-se que, para citar dois exemplos, o Poder Judiciário pode apresentar projeto de lei que regulamente a Magistratura e o Poder Executivo legisla através de medidas provisórias.

³⁶¹ E também as regras que nada têm de básicas, que só estão ali, além do ranço histórico, porque nossa Constituição tinha de ser analítica diante da preocupação geral de que nenhuma regra fosse obedecida se não estivesse expressa nos mínimos detalhes no texto constitucional.

Ao julgar, o juiz deverá aplicar a legislação infraconstitucional cabível, sem olvidar o texto constitucional, devendo fazê-lo de maneira fundamentada, pelo próprio imperativo constitucional³⁶².

A função primordial do Poder Judiciário é dizer o direito, mas, para tanto, no Poder Judiciário, também se pratica o exercício de profunda repercussão que é a interpretação das normas constitucionais.

Essa interpretação pode e deve ser efetuada por qualquer magistrado, em qualquer instância. Mas a palavra final fica a cargo do Supremo Tribunal Federal³⁶³. Essa Corte tem aspiração de ser corte constitucional, na melhor acepção do termo, todavia, ainda está muito distante disto.

4.4.1 As mazelas do Poder Judiciário no Brasil

Sem dúvida, o Supremo Tribunal Federal é a última instância da população³⁶⁴ para ver a correção dos atos do Executivo e do Legislativo. Isso traz uma sobrecarga de responsabilidade à instituição: de modo algum ela pode frustrar a coletividade. Se o STF é encarregado de interpretar a Constituição e decidir acerca da conformidade dos atos das outras funções do poder com o texto constitucional, é normal que a comunidade deposite nele grande esperança.

Diante disto, é preocupante o fato de se encontrar decisões que estarrecem a população e vão de encontro com a vontade da comunidade.

Ultimamente, tem-se vulgarizado a prática de magistrados, sobretudo dos tribunais superiores da República, fazerem pronunciamentos públicos sobre assuntos de governo, sem qualquer ligação com os interesses da magistratura nacional.

³⁶² De acordo com o art. 93, inc. IX da Constituição Federal: "...todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade..."

³⁶³ E aqui, ressalva-se que se considera, tão-somente, os processos que não sofrem interrupção por apresentação de recursos intempestivos, ou desertos, mas sim os processos cuja parte recorre sem falhas processuais até a última instância.

³⁶⁴ Ainda que o papel do Supremo Tribunal Federal não seja uma terceira instância, é como sói ser visto pela população.

Será ainda preciso lembrar que tais atitudes contribuem fortemente para destruir o prestígio público e a necessária presunção de imparcialidade que é apanágio dos magistrados? Quem não percebe, afinal, que, depois de pronunciar-se publicamente, fora do contexto de um litígio judicial, contra ou a favor da atuação de governantes ou parlamentares, o magistrado perde a isenção para julgar, eventualmente, causas em que esses governantes ou parlamentares se achem, direta ou indiretamente, envolvidos?³⁶⁵

Há vários problemas acerca do Poder Judiciário: o acúmulo de processos, o número reduzido de juízes, a terceira instância e outros, mas, mais importante, a própria postura do juiz³⁶⁶. Para Boaventura de Souza Santos:

Há três tipos de obstáculos ao acesso à justiça: os econômicos (custos altos; relação desproporcional entre valor da causa e valor de sua litigância); sociais (falta de conhecimento dos direitos) e culturais; desconfiança³⁶⁷.

Cappelletti também vê nas custas judiciais³⁶⁸ um entrave ao acesso à justiça, na medida em que a maior parte da população não tem condições financeiras de arcar com o custo para ajuizamento de ações, o que é agravado pelo fato de que esta parte da população se envolve em causas de pequeno valor, onde, proporcionalmente, as custas são ainda mais altas. Além disto, aponta também o elemento cultural como outro entrave, na medida em que parcela significativa da população, normalmente os menos favorecidos economicamente, não tem conhecimento dos direitos que poderiam pleitear. Isso faz com que raramente procurem a justiça e os coloca em posição de desvantagem frente àquela parcela da população que habitualmente recorre à justiça, já que estão mais acostumados aos

³⁶⁵ COMPARATO, Fábio Konder. *O Poder Judiciário no regime democrático*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000200008>.

³⁶⁶ E sobre o assunto, não se desconhece os estudos e caminhos apontados pelo Direito Alternativo, através de Amilton Bueno de CARVALHO em suas obras *Direito alternativo em movimento*. 2. ed. Niterói: Luam, 1997 e *Direito alternativo: teoria e prática*. Porto Alegre: Síntese, 1998; e Lédio Rosa de ANDRADE, em suas obras *Introdução ao Direito Alternativo Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996 e *Juiz alternativo e Poder Judiciário*. São Paulo: Acadêmica, 1992.

³⁶⁷ SANTOS, Boaventura de Souza. *Introdução à sociologia da administração da Justiça*. p. 46-49.

³⁶⁸ E estudo de Castellar Pinheiro indica que 46% dos empresários brasileiros avaliam como ruim e 26% deles avaliam como péssimo o judiciário brasileiro no que se refere aos custos de acesso. No mesmo estudo, há indicação de que os próprios magistrados, na proporção de 30%, avaliam esse poder como muito ruim nesse quesito. Judiciário e Economia, Secretaria de Reforma do Judiciário, Ministério da Justiça, p.3. http://www3.mj.gov.br/reforma/pdf/publicacoes/judiciario_economia.pdf. Acesso em 17.novembro.2006.

seus aspectos processuais, além de eventualmente conhecer as pessoas envolvidas³⁶⁹.

Em relação à postura do juiz, a mesma pode ser vista sob dois ângulos: a postura funcional e a postura processual. A primeira decorre do exercício de uma função que exige a prestação jurisdicional em prazo que não configure a negação da justiça; o atendimento das partes e procuradores, em qualquer tempo, com civilidade, fazendo reduzir “a distância entre o Poder Judiciário e o destinatário de sua atuação”; o dever de fundamentar suas decisões; a dedicação prioritária à Magistratura. Em relação à postura processual, o juiz deve fazer o processo “tramitar de maneira regular, célere e não temerária”; a atenção à petição inicial; a resposta imediata às providências preliminares; a fiscalização dos encargos dos auxiliares, como peritos, depositários, intérpretes, oficiais de justiça e a solução do litígio³⁷⁰.

4.5 CORTES CONSTITUCIONAIS

As Cortes Constitucionais, por excelência e como o próprio nome indica, são aqueles Tribunais cuja preocupação exclusiva dos magistrados que o compõem é a defesa da Constituição.

Não seria honesto fazer essa assertiva e querer afirmar que o Supremo Tribunal Federal não é uma verdadeira corte constitucional sem levar em consideração o texto da Constituição Federal de 1988.

De fato, ainda que se afirme que o Supremo Tribunal Federal não é uma corte constitucional, isso deve ser devido a outros argumentos. A Constituição brasileira é de tal maneira analítica e competente para falar sobre tantos assuntos e em profundidades tão diversas que, somente decidindo sobre assuntos constitucionais, o Supremo Tribunal Federal deixaria de ser um Tribunal exclusivo e para decisão de poucas causas.

³⁶⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*, p. 15-29.

³⁷⁰ É a lição de NALINI, José Renato. *O juiz e o acesso à justiça*, p. 106-147.

A doutrina, todavia, caracteriza as cortes constitucionais como aquelas aptas para solucionar problemas afetos ao texto constitucional, somente. Há quem quis ver na criação de uma corte constitucional a solução para os problemas ético-políticos no Brasil. Não se concorda que essa seja a solução para tais problemas, apesar de ser a solução para outros. Há muito, quando escreveu trabalho acerca da crise constitucional em nosso país, Paulo Bonavides afirmava:

É desse mal de desobediência à Constituição que se entretece a crise constituinte; desobediência que não encontra no controle de constitucionalidade o suficiente remédio às lesões normativas e ao arbítrio dos governantes. A frouxidão e as omissões nesse controle, por parte do órgão de guarda da Constituição, o Supremo Tribunal Federal, constituem elemento agravante daquela crise, induzindo, com razão, muitos juristas brasileiros a preconizarem a instituição de um Tribunal Constitucional, cuja tarefa única seria proteger a Lei Maior, a exemplo das Cortes européias, do chamado modelo austríaco, tão propagado já na Europa e na América Latina depois da Segunda Grande Guerra. Mas, a nosso ver, um tribunal cuja independência, afirmação e eficácia só faria aumentar, se se lhe atribuísse, no palco das instituições de soberania, caráter de poder supralegislativo, suprajudiciário e supra-executivo; enfim, aquela espécie de poder moderador incumbido do nobre encargo de reconduzir os demais Poderes ao respeito da Constituição, e fazê-los assim concretizar a juridicidade da democracia e da liberdade³⁷¹.

A constatação do festejado professor só faz contribuir para a conclusão de que o problema pode não estar nas instituições, mas sim, nas pessoas por elas responsáveis, como se vê no capítulo 5.4 desse trabalho.

4.5.1 O Supremo Tribunal Federal

O Brasil sempre contou com a existência de cortes superiores, responsáveis pela última palavra em determinados assuntos que chegavam até o seu conhecimento.

Foi D. Pedro II que sugeriu a cópia da Corte americana, solicitando que dois brasileiros que viajavam aos Estados Unidos em missão oficial estudassem

³⁷¹ BONAVIDES, Paulo. *Do país constitucional ao país neocolonial*, p. 42.

bem o funcionamento daquele órgão. Como informa Oscar Vilhena Vieira, pediu D. Pedro que estudassem

Com todo cuidado a organização do Supremo Tribunal de Justiça de Washington. Creio que nas funções da Corte Suprema está o segredo do bom funcionamento da Constituição norte-americana. Quando voltarem haveremos de ter uma conferência a este respeito. Entre nós as coisas não vão bem, e parece-me se pudéssemos criar aqui um tribunal igual ao norte-americano, e transferir para ele as atribuições do Poder Moderador da nossa Constituição ficaria ela melhor. Dêem toda a atenção a este ponto [...]³⁷²

Entre 1808 e 1829 existiu, com a função de corte superior no Brasil, a Casa da Suplicação do Brasil. Entre 1829 e 1891, o papel de corte aqui foi exercido pelo Supremo Tribunal de Justiça. O Decreto 848, de 11 de outubro de 1890³⁷³, organizou a justiça federal e instituiu o Supremo Tribunal Federal. Há, no Brasil, uma corte superior denominada de Supremo Tribunal Federal desde o advento da primeira Constituição da República, em 1891.

A Constituição de 1934, em seu art. 63³⁷⁴, denominou a corte superior como Corte Suprema, o que vigeu até a Constituição seguinte, de 1937, que voltou a adotar o nome de Supremo Tribunal Federal.

A composição da corte superior no Brasil variou bastante na história. A Casa da Suplicação do Brasil era composta por vinte e três juízes e o Supremo Tribunal de Justiça (função de corte superior durante o Império) foi composto por dezessete juízes. Durante o período republicano, com pequenas variações, para mais³⁷⁵, o número de membros do Supremo Tribunal Federal sempre foi de onze juízes.

A caracterização do Supremo Tribunal Federal como corte constitucional depende da análise de suas competências. Infere-se da Constituição de 1988 que o Supremo Tribunal Federal tem competência para decidir questões constitucionais, julgar algumas ações originárias em que figurem autoridades identificadas na Constituição e solicitar intervenção federal por descumprimento de decisões judiciais. De fato, a competência da Corte vem descrita no art. 102 do texto

³⁷² VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal*, p. 73.

³⁷³ Para um histórico do Supremo Tribunal Federal, veja-se NUNES, José de Castro. *Teoria e prática do Poder Judiciário*, p. 166-175.

³⁷⁴ “Art. 63. São órgãos do Poder Judiciário: a) a Corte Suprema;...”

³⁷⁵ O Ato Institucional 2, de 1965, aumentou o número de membros do Supremo Tribunal Federal para dezesseis juízes, o que foi mantido pela Constituição de 1967.

constitucional, que identifica dezesseis situações em que o Supremo Tribunal Federal se manifestará somente em primeira instância.

A competência do Supremo Tribunal Federal é por demais alargada para que seja considerado uma verdadeira Corte Constitucional. Ainda que para Luis Afonso Heck³⁷⁶ baste que estejam preenchidos os requisitos abaixo para que a Corte seja considerada uma Corte Constitucional, quais sejam: a criação pela própria Constituição, que também estabelece suas competências e que tenha papel decisivo na formação política do país, parece que somente estas características não são suficientes para a caracterização de uma Corte Constitucional.

Francisco Gerson Marques de Lima indica que uma verdadeira Corte Constitucional é aquela que exerce o controle abstrato de constitucionalidade de atos normativos e aprecia os litígios entre órgãos e autoridades estatais e entre unidades políticas³⁷⁷.

Como visto, a competência do Supremo Tribunal Federal vai muito além disto, o que acaba desconfigurando seu papel de Corte Constitucional.

4.5.1.1 Função social

Não se pode negar que a sociedade deposita no Poder Judiciário esperança toda vez que a ele são levados temas de profunda repercussão na vida dos indivíduos. O Poder Judiciário é o único que tem função que possibilita corrigir os outros dois poderes. Há que se fazer uma ressalva: ainda que o Legislativo possa, através de emenda, modificar uma decisão do Poder Judiciário, e mesmo com toda a lentidão deste, ainda é mais fácil obter do Judiciário uma decisão que contrarie, ou seja, corrija, o estabelecido pelo Executivo ou pelo Legislativo.

Essa característica de revisor dos atos dos outros poderes faz com que as expectativas em relação a ele sejam elevadas. Os indivíduos sabem que, por mais injustos que pareçam os atos legislativos ou executivos, ainda há o Judiciário

³⁷⁶ HECK, Luis Afonso. *O tribunal constitucional federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais*, p. 102.

³⁷⁷ LIMA, Francisco Gerson Marques de. *O STF na crise institucional brasileira*, p. 57.

com todo o aparato fornecido pelo conteúdo da Constituição para defendê-los. Neste sentido:

Estabelecer uma Constituição e pretender que a sua supremacia fique entregue àqueles que precisamente são os mais tentados a violá-la, não passa de deixar a Constituição entregue a um autocontrole, que, definitivamente, nada mais é do que um ato de boa vontade³⁷⁸.

Essa é, sem dúvida, a função social do Judiciário: apaziguar os ânimos dos membros da sociedade, assegurando o respeito aos direitos dos indivíduos garantidos pela Constituição³⁷⁹. Mas a função é ainda mais cara para o Supremo Tribunal Federal, pelo fato de ser visto como uma terceira instância pela sociedade, é o que dá a última palavra sobre o assunto. Assim, os membros do STF devem ter consciência de que cada uma de suas decisões é aguardada pelas partes envolvidas com ansiedade, porque sabem ser esta a última instância e, em alguns casos, as decisões são aguardadas pela comunidade com bastante ansiedade, eis que assinalam a possibilidade ou não do ajuizamento de ações.

Cabe ao Supremo Tribunal Federal o papel de definir as situações da vida comum. O ser humano necessita da segurança de saber que há a quem recorrer, e que sua decisão será definitiva, e que será a melhor decisão. É a prática diuturna do STF que faz a sua imagem. Assim, a prática com lisura e isenção, onde se vê o respeito pela Constituição, faz com que a confiança da população seja incrementada. Mas quando ocorre o contrário, e a atividade do STF se distancia do que pretende a sociedade, ele passa a servir à minoria dominante.

As pesquisas³⁸⁰ apontam para um quadro desalentador: a maioria da população não confia no Poder Judiciário. Há, sim, casos de corrupção, de demora na solução dos litígios, todavia, a possibilidade de acerto em decisões importantes para a população, em decisões de repercussão – como são várias as que chegam ao STF, *e.g.*, sobre FGTS, reajuste de pensão, liberação dos cruzados... – faz crer que a atuação do STF pode reverter a imagem já formada do Judiciário.

³⁷⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário, crise, acertos e desacertos*, p. 37.

³⁷⁹ Portanto, não se está referindo, tão-somente, aos expressamente previstos, diante do texto do art. 5º, § 2º, mesmo os outros direitos devem ser observados.

³⁸⁰ Pesquisa: A imagem do Judiciário junto à população brasileira. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/seminario/pdf/dataunb.pdf>>. Acesso em: 04 ago. 2006.

4.5.1.2 Função econômica

Não se pode negar que algumas situações levadas ao Judiciário fazem com que este decida sobre casos que têm reflexos econômicos. Não é difícil imaginar o reflexo econômico de uma decisão que determine o pagamento de diferenças de reajuste de milhões de benefícios previdenciários, por exemplo, ou de diferenças no reajuste de poupanças.

Estas decisões, por seu cunho econômico, dão ao Judiciário, e em especial ao STF, por ser a “última instância”, uma função econômica. As decisões judiciais podem ter grande influência na economia do país, todavia, essa possibilidade, ainda que existente, não deve pautar o conteúdo das decisões.

Se o STF busca a melhor decisão para os indivíduos – e sem olvidar que o direito de um não pode ser sacrificado pelo bem da coletividade, mas sim, há que se buscar uma solução apaziguadora e que satisfaça o interesse de todos – o desafio é encontrar um meio de assegurar a melhor decisão pelo Judiciário.

Mas o poder que o Judiciário detém de influir na economia não deveria influenciar as decisões que toma. Há, aqui, que se fazer algumas observações. Em primeiro lugar, em um mundo ideal, tal função econômica não deveria sequer ser reconhecida, eis que o Judiciário não deveria deixar de atender ao direito individual fundamental por receio de, por exemplo, quebra de uma grande instituição comercial, ou pela repercussão que a decisão traria aos cofres públicos.

Na prática, todavia, não é isso o que ocorre. As decisões são bastante influenciadas pelo elemento econômico. E aqui ainda cabe distinguir duas situações. O Supremo Tribunal Federal pode tomar uma decisão contrária a um direito fundamental, mas bem fundamentada em um outro direito, que entenda ter peso maior naquele caso. Outra situação é quando o Tribunal decide contra um direito individual fundamental, mas por força das pressões que sofre de grupos com poderio econômico e/ou político ou por razões econômicas. Esta última deve ser totalmente afastada, repelida e evitada. Não se pode admitir que a instituição

incumbida de assegurar os direitos dos indivíduos fique à mercê de influências de grupos com interesses diretos nas suas decisões.

4.6 O PODER POLÍTICO E A SUPREMA CORTE BRASILEIRA

Há, em verdade, crença de que não se pode dissociar o caráter político do Supremo Tribunal Federal. Veja-se a opinião de Oscar Dias Corrêa:

A função constitucional confunde-se com o caráter político de sua atuação, no sentido de que o Poder do Estado é poder político e não se pode alhear dos problemas políticos nacionais, nem ignorá-los: pode ser, e certamente será, convocado a apreciar questões ligadas ao exercício da atividade política do governo, quer no sentido amplo, quer no que se relaciona com atos que, praticados por ele, representem violações das garantias e direitos individuais.

Atuando como intérprete da Constituição, há de decidir conflitos de interesses entre os Poderes do Estado, arbitrando-lhes as controvérsias, para estabelecer o equilíbrio quebrado, a interdependência ameaçada, ou a harmonia atingida³⁸¹.

A possibilidade de um Tribunal deter um poder político nem sempre é bem vista. Ainda que não se possa fechar os olhos à realidade, há quem critique o trabalho da Suprema Corte Americana, que reconhecidamente detém um poder político. Neste sentido, Luiz Sánchez Agesta³⁸²: “[...] ha desenvuelto el Tribunal Supremo a partir de la guerra de Secesión una nueva función que designan los autores muy expresivamente como el veto, la censura o el control judicial [...]”.

Após anuir a existência de tal função, afirma:

[...] parece como si el Tribunal Supremo se hubiera desorbitado de su función jurídica, deshaciendo en beneficio propio el equilibrio de poderes establecido por la Constitución [...] la judicatura ha asumido este poder de interpretar la Constitución, construir el Derecho estatutario en función de sus

³⁸¹ CORRÊA, Oscar Dias. *O Supremo Tribunal Federal. Corte Constitucional do Brasil*, p. 21.

³⁸² AGESTA, Luiz Sánchez. *Curso de derecho constitucional comparado*, p. 214. Tradução livre da autora: “...o Tribunal Supremo desenvolveu, a partir da guerra da Secessão, uma nova função que designam os autores muito expressivamente como o veto, a censura, ou o controle judicial...”

declaraciones y anular la legislación que contradiga el texto constitucional tal como es entendido por el Tribunal Supremo³⁸³.

Atualmente, pode-se dizer que a função política do Supremo Tribunal Federal é enxergada com tranquilidade pela doutrina, mas isso nem sempre foi assim. Veja-se o que afirmou Hamilton em *O Federalista*:

A judicatura, pela natureza de sua função, será sempre o menos perigoso para os direitos políticos da Constituição porque terá a mínima capacidade de danificá-los ou violá-los [...] Pode-se dizer verdadeiramente que não tem força ou vontade, senão simplesmente, juízo [...] Isso prova incontestavelmente que a judicatura é, sem comparação, o mais frágil dos três departamentos do poder³⁸⁴.

No Brasil, há muito, Galeno Lacerda reconhece a força do Poder Judiciário:

[...] os Juízes e Tribunais brasileiros, como Poder, se situam acima dos demais Poderes do Estado e gozam de notável autonomia de decisão. A Constituição e as leis lhes conferem grande discricão para realizarem a Justiça concreta do caso, através de um instrumento processual flexível e antiformalista. Podem, além disto, deixar de aplicar leis por inconstitucionais, ou preencher-lhes as lacunas quando necessário³⁸⁵.

Aliás, veja-se o que já dizia Dworkin:

O Direito, assim concebido, é profunda e inteiramente político. Juristas e juízes não podem evitar a política no sentido amplo da teoria política. Mas o Direito não é uma questão de política pessoal ou partidária, e uma crítica do Direito que não compreenda essa diferença fornecerá uma compreensão pobre e uma orientação mais pobre ainda³⁸⁶.

³⁸³ AGESTA, Luiz Sánchez. *Curso de derecho constitucional comparado*, p. 215. Tradução livre da autora:.. para que o Tribunal Supremo se afastou de sua função jurídica, desfazendo, em benefício próprio, o equilíbrio de poderes estabelecido pela Constituição.... a judicatura assumiu este poder de interpretar a Constituição, construir o direito estatutário em função de suas declarações e anular a legislação que contradiga o direito constitucional tal como ele é entendido pelo Tribunal Supremo.

³⁸⁴ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*, n. 78, p. 274.

³⁸⁵ LACERDA, Galeno. Juiz e a Justiça no Brasil, p. 177.

³⁸⁶ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*, p. 217.

No mesmo sentido, afirma Francisco Gerson Marques de Lima:

[...] constata-se uma função também política do STF. Primeiro, por colocar-se ele no ápice da pirâmide judiciária, no cume do Poder Judiciário (cuja estruturação obedece a critérios políticos), uma das três instituições básicas, encarregada de cumprir uma das clássicas funções do Estado (legislativa, executiva e judiciária); e não existir poder apolítico dentro da formação estatal. Segundo, por serem as decisões do Judiciário, nesta esteira, manifestações de índole política (não partidária) do Estado, no desempenho da jurisdição. Terceiro, porque habitualmente se submetem ao seu crivo questões referentes à condução do país, ao comportamento de altas autoridades, à política econômica da nação, tributação, às alterações constitucionais, ao controle da constitucionalidade dos atos normativos, aos conflitos entre a União, seus Estados e o Distrito Federal, e entre estes e Estados ou organismos estrangeiros, bem ainda à segurança nacional, etc.³⁸⁷

Alfonso Santiago afirma que é função política

aquella que el Poder Judicial, especialmente através de la actuación de la Corte Suprema, desarrolla tanto en relación con el control de los poderes Ejecutivo y Legislativo (función de control político) como en lo referente a la conducción general del país (participación incidental en la función gubernamental). Esta función política se deriva de modo inmediato del control de constitucionalidad que tiene encomendado el Poder Judicial³⁸⁸.

García de Enterría já advertia para o fato de que

Toda la polémica sobre los tribunales constitucionales versa siempre sobre las mismas dos cuestiones, bien conocidas. Por una partes la cuestión de la tensión entre política y derecho, que inquiere si los graves problemas

³⁸⁷ LIMA, Francisco Gerson Marques de. *O STF na crise institucional brasileira*, p. 30.

³⁸⁸ SANTIAGO, Alfonso. *La Corte Suprema y el control político*, p. 117. Tradução livre da autora: "Toda a polémica sobre os tribunais constitucionais versa sempre sobre as mesmas duas questões, bem conhecidas. Por um lado, a questão da tensão entre política e direito, que indaga se os graves problemas políticos que se submetem à decisão do tribunal podem se resolver com os critérios e os métodos de uma decisão judicial. É, portanto, o tribunal, apesar de sua denominação, uma verdadeira jurisdição, ou é um órgão político, que decide politicamente sob o manto das sentenças? [...] Segunda questão [...] de onde o tribunal constitucional retira seus critérios de decisão, supondo que ele intervém justamente no momento em que se comprova a insuficiência do texto constitucional?, pois ainda que o pretenda aplicar, é fato que a história demonstra que os tribunais constitucionais exercem na prática um verdadeiro poder de emenda, nos termos do Juiz Marlan, isto é, um poder de emendar ou revisar a Constituição, ou ao menos suplementá-la, de construir preceitos constitucionais novos, que nem poderiam sequer estar na intenção do constituinte. E então, qual é a legitimidade democrática? Onde estão as fontes de direito de critérios tão relevantes e transcendentes, capazes de se impor frente à vontade das Câmaras, que são a expressão da vontade popular?"

políticos que se someten a decisión del tribunal pueden resolverse con los criterios y los métodos de una decisión judicial. Es, por tanto, el tribunal, a pesar de su nombre, una verdadera jurisdicción, o es más bien un órgano político, que decide políticamente bajo capa de sentencias? [...]. Segunda cuestión [...] de dónde extrae el tribunal constitucional sus criterios de decisión, supuesto que él interviene justamente en el momento en que se comprueba una insuficiencia del texto constitucional?, pues aunque pretenda aplicar este, es un hecho que la historia demuestra que los tribunales constitucionales ejercitan en la práctica un verdadero *amending power*, en los términos del juez Marlan, esto es, un poder de enmendar o revisar la constitución, o al menos de suplementarla, de construir preceptos constitucionales nuevos, que ni pudieron estar siquiera en la intención del constituyente. Y entonces, cuál es la legitimidad democrática? Dónde están las fuentes del derecho de criterios tan relevantes y trascendentes, capaces de imponerse a la voluntad de las Cámaras, que son la expresión de la voluntad popular?³⁸⁹

E, nas palavras de Loewenstein,

Como ya hemos señalado, el control de constitucionalidad es, esencialmente control político, y cuando se impone frente a los otros detentadores de poder, es en realidad una decisión política. Cuando los tribunales proclaman y ejercen su derecho de control, dejan de ser meros órganos encargados de ejecutar la decisión política y se convierten por propio derecho en un detentador del poder semejante, cuando no superior, a los otros detentadores del poder instituidos³⁹⁰.

E Eugenio Raúl Zaffaroni:

A justiça moderna não pode ser “apolítica” nesse sentido, e hoje mais do que nunca deve-se reconhecer que o Poder Judiciário é “governo”. Sua definição não pode ser encontrada na afirmação de que não estabelece regras *erga omnes*, de que não é “co-legislador”, para reconhecer de imediato que igualmente não lhe resta às vezes outro recurso do que sê-lo, como o demonstra nossa realidade³⁹¹.

³⁸⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, p. 158.

³⁹⁰ LOEWENSTEIN, Kart. *Teoría constitucional*, t. II, p. 75. Tradução livre da autora: “Como já indicamos, o controle de constitucionalidade é, essencialmente, controle político, e quando se impõe diante aos outros detentores de poder, é em realidade uma decisão política. Quando os tribunais proclamam e exercem seu direito de controle, deixam de ser meros órgãos encarregados de executar a decisão política e se convertem por seu próprio direito em detentor de poder semelhante, quando não superior, ao dos outros detentores de poder instituídos.”

³⁹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário, crise, acertos e desacertos*, p. 24.

E, ainda, anota Oscar Dias Correa, que “[é] o STF um órgão político, poder político”³⁹², ao citar Seabra Fagundes que dizia:

Com relação ao Supremo Tribunal, o exercício de função política não se dá na rotina de suas atividades, senão quando chamado ele, na aplicação da Constituição da República, a manifestar-se sobre a validade de lei e atos executivos em face de princípios constitucionais basilares, como os que dizem com a significação do regime federativo, com a independência e harmonia dos poderes do Estado, com a definição e a proteção dos direitos individuais [...] com as conceituações da segurança nacional e da ordem econômica etc. Ao manifestar-se, em qualquer dessas matérias, como árbitro do que é a Constituição, o seu desempenho é político. Porque a Lei Maior será aquilo no conteúdo e na extensão que os seus arestos declarem que é³⁹³.

A tarefa do Poder Judiciário se torna mais complexa de acordo com o tipo de texto constitucional. Neste sentido, Oscar Vilhena Vieira:

O papel dos tribunais responsáveis pela guarda e fiscalização da aplicação da Constituição tornou-se extremamente mais complexo. Os tribunais, principalmente aqueles com jurisdição constitucional, de uma posição de legisladores negativos, como pretendia Kelsen, passaram a estar envolvidos em diversas novas tarefas, entre as quais a de zelar pela aplicação positiva da vontade constitucional e eventualmente substituir o legislador ou administrador omissos e concretizar diretamente os direitos constitucionais de um indivíduo ou coletividade. O poder daqueles responsáveis pela aplicação do direito foi aumentado ao serem encarregados de decidir com base em normas de conteúdo aberto ou ainda a partir de normas de conteúdo conflitante, resultantes do caráter compromissário da Constituição. De uma função adjudicatória, passa o juiz a também exercer atribuições governativas³⁹⁴.

No direito continental, o juiz é considerado “un administrador [...] de la justicia ya contenida en las normas dictadas por el legislador en quien reside la soberanía popular”³⁹⁵.

³⁹² CORREA, Oscar Dias. *O Supremo Tribunal Federal. Corte Constitucional do Brasil*, p. 56.

³⁹³ CORREA, Oscar Dias. *O Supremo Tribunal Federal. Corte Constitucional do Brasil*, p. 57.

³⁹⁴ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal*, p. 37.

³⁹⁵ SANTIAGO, Alfonso. Los modelos institucionales de Corte Suprema, p. 76. Tradução livre da autora: “um administrador [...] da justiça já contida nas normas ditadas pelo legislador, em quem reside a soberania popular.”

E, mais do que isso, “[E]stá na hora de reconhecer que a política permeia toda a atividade humana. E o jurista adota uma postura política, sem ser ela necessariamente partidária”³⁹⁶.

No direito norte-americano, o juiz

re-crea el derecho por vía interpretativa, aun cuando se nutre de los precedentes. Además, y sobre todo cuando se trata de los magistrados de la Corte Suprema, expresa la última voz en materia de interpretación de la Constitución, ejerciendo el control de constitucionalidad. Sin duda, en este caso, el papel del juez es político en un doble sentido. En principio, porque al resolver conflictos de interés va desarrollando el derecho y, a través de él, desplegando las relaciones sociales. No segundo término, porque al controlar la constitucionalidad del ordenamiento jurídico, toca a sus hacedores en lo que estos expresan como decisión política general³⁹⁷.

Na decisão *Cooper vs. Aaron*, são encontrados argumentos a favor da Suprema Corte deter o poder de revisão de todos os outros atos judiciais em confronto com a Constituição:

This decision [Marbury vs. Madison] declared the basic principle that the federal judiciary is supreme in the exposition of the law of the Constitution, and that principle has ever since been respected by this Court and the Country as a permanent and indispensable feature of our constitution system³⁹⁸.

Um dos conceitos trazidos por Alfonso Santiago de poder judicial como poder político afirma que, os juízes, através do exercício de suas competências e, em especial, quando efetuam o controle de constitucionalidade, estão exercendo inafastavelmente papel político.

³⁹⁶ FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila. *O direito e a hipercomplexidade*, p. 125.

³⁹⁷ SANTIAGO, Alfonso. Los modelos institucionales de Corte Suprema, p. 76. Tradução livre da autora: “recria o direito por via interpretativa, ainda quando se nutre dos precedentes. Além disto, é sobretudo quando se trata dos magistrados da Corte Suprema, expressa a última palavra em matéria de interpretação da Constituição, exercendo o controle de constitucionalidade. Sem dúvida, neste caso, o papel do juiz é político em duplo sentido. Em princípio porque, ao resolver conflitos de interesse, desenvolve o direito, e, através dele, desdobra as relações sociais. Em segundo lugar, porque, ao controlar a constitucionalidade do ordenamento jurídico, os seus operadores entendem isso como uma decisão política geral.”

³⁹⁸ 358 US 1, 17-19 (1958). Tradução livre da autora: “Essa decisão [Marbury v. Madison] declarou o princípio básico de que o judiciário federal é supremo para expor a lei da Constituição, e esse

A equação do poder político do tribunal, em especial da Corte Suprema de um país, deve ser feita para evitar abusos. Assim, mesmo que reconhecido seu papel político, especialmente ao efetuar o controle de constitucionalidade, deve-se estar certo de que tal controle não pode ser exercido arbitrariamente, ao contrário, é justamente pela possibilidade de efetuar o controle de constitucionalidade que deve ser ainda mais claro aos seus componentes seu compromisso e responsabilidade com a sociedade.

Não se pode negar a característica de tribunal político ao Supremo Tribunal Federal, seja porque decide conflitos políticos, seja porque a própria defesa da Constituição é expressão da política, ou ainda porque tem o poder de efetuar o controle de constitucionalidade.

De fato, ao efetuar o controle de constitucionalidade de uma lei ou ato normativo, o Supremo Tribunal Federal não está sendo somente tribunal, mas sim, está a representar um Poder, está exercendo um poder político.

Nas palavras de Alfonso Santiago:

Concluimos, por tanto, este apartado afirmando que la función política de la Corte Suprema consiste principalmente en controlar la legitimidad de las decisiones de los demás poderes y en participar incidentalmente en la función gubernamental³⁹⁹.

E mais:

En el sentido expuesto, y siendo la administración de justicia una de las funciones estatales indelegables e indestructiblemente ligadas a la efectiva vigencia del estado constitucional de derecho, no puede sino reconocerse que el accionar del más alto tribunal de la República tiene un claro perfil político. Y ello es así por cuanto, si la característica del concepto de lo político, como inherente al accionar del poder estatal, se puede sintetizar como la capacidad de condicionar a la comunidad sobre la cual se ejerce, induciendo comportamientos o prohibiéndolos, la Corte Suprema de Justicia, a través de los actos de su competencia, determina el alcance y

princípio tem, desde então, sido respeitado por essa Corte e pelo país como característica permanente e indispensável para nosso sistema constitucional.”

³⁹⁹ SANTIAGO, Alfonso. Los modelos institucionales de Corte Suprema, p. 41. Tradução livre da autora: “Concluimos, portanto, esta parte do texto, afirmando que a função política da Corte Suprema consiste principalmente em controlar a legitimidade das decisões dos demais poderes e em participar incidentalmente na função governamental.”

límites del ordenamiento jurídico vigente. Y de esse modo impacta, y al impactar, condiciona sobre la comunidad a la que va dirigido el mensaje. Ejerce, entonces, una función de co-gobierno, con el carácter de tribunal político, a través de atribuciones propias, exclusivas y excluyentes de naturaleza jurisdiccional⁴⁰⁰.

É por isso que o controle de constitucionalidade deve existir em um Estado Constitucional de Direito.

En línea con la trascendencia institucional que pose el ejercicio de tal facultad [do controle de constitucionalidade]⁴⁰¹, la doctrina europea reconoce que el control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes se ha convertido en una pieza clave de la arquitectura del estado de derecho⁴⁰².

Um dos fundamentos para a implementação de um mecanismo de controle no sistema europeu é que se “materializa, así, una decisión política de otorga a un órgano especializado la defensa del pacto constitucional, amparando a las minorías de las decisiones de las mayorías circunstanciales”. O fundamento para a implementação de um mecanismo de controle nos Estados Unidos é “a primacía de la Constitución como norma jurídica que refleja la voluntad del pueblo soberano en el ejercicio del poder constituyente – ya hemos recordado la decisión del juez Marshall en este sentido – y el intérprete de tal primacía es el tribunal constitucional”, que é também o intérprete final⁴⁰³.

⁴⁰⁰ SANTIAGO, Alfonso. Los modelos institucionales de Corte Suprema, p. 102. Tradução livre da autora: “No sentido exposto, e sendo a administração da justiça uma das funções estatais indelegáveis e indestrutivelmente ligadas à efetiva vigência do estado constitucional de direito, só se pode reconhecer que a ação do mais alto tribunal da República tem um claro perfil político. E é assim porque, se a característica do conceito do político, como inerente à ação do poder estatal, pode ser sintetizada como a capacidade de condicionar a comunidade sobre a qual exerce seu poder, induzindo comportamentos ou proibindo-os, a Corte Suprema de Justiça, através dos atos de sua competência, determina o alcance e limites do ordenamento jurídico vigente. E deste modo causa impacto, e ao fazê-lo, condiciona a comunidade à qual dirige a mensagem. Exerce, então, uma função de co-governo, com o caráter de tribunal político, através de atribuições próprias, exclusivas e excludentes de natureza jurisdiccional.”

⁴⁰¹ Nota da autora.

⁴⁰² SANTIAGO, Alfonso. Los modelos institucionales de Corte Suprema, p. 105. Tradução livre da autora: “De acordo com a transcendência institucional que possui o exercício de tal facultade [do controle de constitucionalidade], a doutrina europeia reconhece que o controle jurisdiccional da constitucionalidade das leis se converteu em uma peça chave da arquitetura do estado de direito.”

⁴⁰³ SANTIAGO, Alfonso. Los modelos institucionales de Corte Suprema, p. 110. Tradução livre da autora: “...se materializa, assim, uma decisão política de outorga a um órgão especializado a defesa do pacto constitucional, amparando as minorias das decisões das maiorias circunstanciais”. [...] “a primazia da Constituição como norma jurídica que reflete a vontade do povo soberano no exercício do poder constituinte – já recordamos a decisão do juiz Marshall neste sentido – e o intérprete de tal primazia é o tribunal constitucional.”

Perceba-se, no entanto, que

Será heresia supor que a função política da Alta Corte significa permitir-lhe a acomodação dos julgados a conveniências conjunturais. Seja em nome da harmonia dos poderes, seja no de razões de Estado. Essa e estas não podem pesar para levá-lo a julgar, pois o seu papel, em um sistema de direito escrito e de divisão de poderes, é o de aplicar os tetos sem outras considerações que as de ordem jurídica, ou seja, de ordem constitucional e legal. Inclusive, enfrentando oposição dos outros órgãos do Estado, que se terão, por fim, de submeter à exegese que ele, pela natureza mesma da sua função peculiar – a jurisdicional – fixa por certa e definitiva. As razões de Estado não podem conviver com o texto da Constituição para explicar atos contrários a ele. Rendendo-se a elas, o Tribunal negaria a sua própria razão de ser. Sim, porque, se ele existe, como instância máxima de guarda da Constituição Federal contra violações de qualquer origem, o ceder a estas, por motivos políticos, equivaleria a demitir-se do papel para que foi criado. O juízo constitucional [...] opera com normas que submetem o político ao direito⁴⁰⁴.

Diante disso, e dito que há atividade política na função judicial, em especial quando decide acerca da constitucionalidade de atos executivos e legislativos, resta saber como justificar a possibilidade de o Poder Judiciário exercer tal papel.

O Judiciário detém um processo decisório, mais eficiente do que os outros poderes, como se verá abaixo, e, se essa assertiva for verdadeira, ela pode ser a chave para a explicação do porquê se deve aceitar a decisão de questões políticas pelo mesmo.

⁴⁰⁴ São as palavras de Seabra Fagundes (As funções políticas no STF. In: Arquivos do Ministério da Justiça, n. 157, p. 30-31) apud CORREA, Oscar Dias. *O Supremo Tribunal Federal, Corte constitucional no Brasil*, p. 58.

5 O PROCESSO DE DECISÃO

Já foi visto no presente texto⁴⁰⁵ o modo como os indivíduos que compõem o Poder Judiciário chegaram aos seus cargos. Seja por concurso, seja por escolha presidencial, o preenchimento do cargo se dá com a participação de membros de todos os poderes, ou por avaliação do conhecimento do indivíduo.

Assim, afasta-se a tese da ilegitimidade do Poder Judiciário para dizer o que é ou não constitucional e a ilegitimidade para decidir diferente do que decidiram os membros do Executivo e do Legislativo, que ali estão por força do voto direto da população.

Resta saber, então, se os membros do Poder Judiciário têm melhores condições de tomar tais decisões, e por que isso ocorre. Para tanto, essencial é avaliar o processo decisório do magistrado. Essa questão não era tida como de grande importância para o direito brasileiro⁴⁰⁶, o que se explica eis que

Para um jurista de tradición romanista esto [a importância do juiz e da sentença e de suas relações] ha de ser una gran novedad, pues el problema del juez y la sentencia no es para él un gran problema: el juez es un administrador de normas positivas; y la sentencia es, para la tradición racionalista mayoritaria, un momento del procedimiento judicial creado por el Código de Procedimientos; y para la insólita tradición empirista (Carnelutti y Couture), la sentencia es 'leer, pensar y escribir'⁴⁰⁷.

⁴⁰⁵ Vide tópico 4.2.

⁴⁰⁶ Sobre o assunto, o Direito Alternativo se manifesta, veja-se, em especial Amilton Bueno de CARVALHO em suas obras *Direito alternativo em movimento*. 2. ed. Niterói: Luam, 1997 e *Direito alternativo: teoria e prática*. Porto Alegre: Síntese, 1998; Lédio Rosa de ANDRADE, em suas obras *Introdução ao direito alternativo brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996 e *Juiz alternativo e Poder Judiciário*. São Paulo: Acadêmica, 1992.

⁴⁰⁷ HERRENDORF, Daniel E. *El poder de los jueces, lo que piensan los jueces que piensan*, p. 89. Tradução livre da autora: "Para um jurista de tradição romanista isso [a importância do juiz, da sentença e de suas relações] será uma grande novidade, pois o problema do juiz e da sentença não é para ele um grande problema: o juiz é um administrador de normas positivas; e a sentença é, para a tradição racionalista majoritária, um momento do procedimento judicial criado pelo Código de Processo; e para a insólita tradição empirista (Carnelutti e Couture), a sentença é 'ler, pensar e escrever'."

De fato, parece ser mais importante discutir as normas, eis que estas são o núcleo da ciência do direito, assim, a preocupação com quem as aplica e como as aplica acaba ficando em segundo plano. Todavia

El modo de pensar del juez es un tema capital para la filosofía del Derecho como para la ciencia jurídica, pues compromete el modo en que desenvuelven sus capacidades intelectivas los jueces cuando juzgan, los juristas cuando escriben, los abogados cuando litigan. Y siendo un modo de pensar que claramente puede definirse como razón práctica, queda pendiente una indagación relativa a esta forma inusual de razón⁴⁰⁸.

E essa é característica típica de um Estado influenciado pelo positivismo, como será visto adiante. E isso parece ser uma característica forte no Brasil. De fato, os juízes, aqui, estão sempre bastante preocupados em aplicar o texto da lei⁴⁰⁹, sendo possível inclusive, aplicar as observações abaixo:

También son muy conocidos los casos patéticos en que los jueces sentencian a pensar de sí mismos y de sus conciencias de jueces, dejándose aplatar por la voluntad de la ley, como si una ley pudiera tener voluntad. Estos jueces hasta suelen declarar su inconformidad existencial con la sentencia que ellos mismos elaboran, ordenan y firman⁴¹⁰.

Várias são as correntes que tentam explicar como ocorre a decisão e em que ela está realmente fundamentada, se depende ou não de fatores externos ao

⁴⁰⁸ HERRENDORF, Daniel E. *El poder de los jueces, lo que piensan los jueces que piensan*, p. 117. Tradução livre da autora: “O modo de pensar de um juiz é um tema capital para a filosofia do Direito e para a ciência jurídica, pois compromete o modo no qual são desenvolvidas as capacidades intelectuais dos juízes quando julgam, dos juristas quando escrevem, dos advogados quando litigam. E sendo um modo de pensar que claramente pode ser definido como razão prática, fica pendente uma investigação acerca desta forma inusitada de razão.”

⁴⁰⁹ E essa é uma característica que também afeta o processo. Ora, é de Chiovenda a idéia de que a função jurisdicional é caracterizada pela substituição de uma atividade privada por uma atividade pública. Nesse sentido, a jurisdição é a vontade concreta da lei, sob a influência positivista, o núcleo do problema estava na atividade do juiz. Com Carnelutti a idéia de jurisdição é modificada, ele parte da idéia de lide, de conflito de interesses; ele se ocupará com a justa composição da lide através da avaliação da atividade das partes. O histórico e as diferentes concepções de jurisdição estão em MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*, p. 80-92.

⁴¹⁰ HERRENDORF, Daniel E. *El poder de los jueces, lo que piensan los jueces que piensan*, p. 138. Tradução livre da autora: “Também são muito conhecidos os casos patéticos nos quais os juízes sentenciam apesar de si próprios e de suas consciências de juízes, deixando-se levar pela vontade da lei, como se uma lei pudesse ter vontade. Esses juízes até declaram sua inconformidade existencial com a sentença que eles mesmos elaboram, ordenam e assinam.”

julgador e como estes podem exercer alguma influência. Neste sentido, afirmou Jorge R. Vanossi:

Decir que el control de constitucionalidad implica nada más que confrontar la norma superior (la constitución) con la norma inferior (ley, decreto, resolución), importa una hipocresía jurídica inadmisibile. El juez-controlador de la constitucionalidad difícilmente actúa en un laboratorio normativo aséptico y ajeno al medio donde vive: muy pocas veces pasa así y jamás deviera pasar, por lo demás.

El objetivo del estado de derecho es erradicar la arbitrariedad en el ejercicio del poder⁴¹¹.

Das várias teorias que procuram explicar como os juízes chegam às suas decisões, parece que uma boa explicação foi dada por Ronald Dworkin. Neste trabalho serão utilizadas as premissas de sua teoria, a teoria da integridade no direito. A conjugação desta teoria com outra, que será vista em seguida, se apresenta como uma boa solução para o papel do Poder Judiciário quando enfrenta questões políticas. Por isso, antes de conjugar as duas teorias, serão vistas cada uma separadamente, para tornar possível sua complementação mútua.

5.1 INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL

A adoção de qualquer teoria que tente a explicar como o juiz chega a seu veredicto não estará afastada do fato de que, para tanto, é necessário que esse juiz interprete a norma constitucional. De fato, não há possibilidade de aplicação de regra sem que se tenha em mente o que ela signifique. Segundo Jorge Miranda, “[N]ão é possível aplicação sem interpretação, tal como esta só faz pleno sentido posta ao serviço da aplicação”⁴¹². Daí a importância da interpretação, expressada

⁴¹¹ SANTIAGO, Alfonso. *La Corte Suprema y el control político*, p. 48. Tradução livre da autora: “Dizer que o controle de constitucionalidade implica nada mais do que confrontar a norma superior (a Constituição) com a norma inferior (lei, decreto, resolução), importa em uma hipocrisia jurídica inadmissível. O juiz-controlador da constitucionalidade difícilmente atua em um laboratório normativo asséptico e alheio ao meio onde vive: muitas poucas vezes é assim e, além disso, jamais deveria ser.”

⁴¹² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Teoria do Estado e da Constituição*, p. 448.

pelo autor citado com a máxima: “[I]nterpretar a Constituição é ainda realizar a Constituição”. Nesse sentido, Anna Cândida da Cunha Ferraz afirma que, “[A]ssim, a interpretação é *conditio sine qua non* para a aplicação da norma constitucional; sem ela, a dinâmica constitucional seria impossível”⁴¹³.

A interpretação das normas legais é matéria bastante estudada em direito e a doutrina é unânime ao reconhecer que, diante da “supremacia da Constituição, a utilização de normas abstratas, de princípios, o tratamento dos direitos fundamentais e dos poderes e a regulamentação da esfera política”⁴¹⁴, a interpretação de regras constitucionais deve ser orientada por métodos específicos, que levem em consideração a especificidade de tais normas. Assim, além dos métodos tradicionais, a Constituição exigirá outros instrumentos interpretativos⁴¹⁵. Nesse sentido:

Como lei fundamental, sujeita-se aos métodos clássicos de interpretação de qualquer lei – o gramatical, o lógico, o histórico e o sistemático – ao qual se ajunta, com especial relevância, o método teleológico, fundado na finalidade da norma. Mas de parte estas regras tradicionais, avultam no processo de interpretação constitucional determinados princípios, próprios às peculiaridades do Direito Constitucional⁴¹⁶.

Os princípios basilares que devem ser levados em consideração ao interpretar a Constituição são: supremacia da Constituição, continuidade da ordem jurídica e unidade da Constituição. Eles devem ser avaliados em conjunto com a necessidade de dar efetividade às normas constitucionais, para que a Constituição possa realmente ser concretizada, praticada, o que nada mais é do que valorizar o texto constitucional⁴¹⁷.

⁴¹³ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*, p. 24.

⁴¹⁴ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*, p. 71.

⁴¹⁵ Sem deixar de ser interpretação jurídica, como alerta TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*, p. 71.

⁴¹⁶ BARROSO, Luiz Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993. p. 343. No mesmo sentido, FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*, p. 25.

⁴¹⁷ BARROSO, Luiz Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*, p. 343-344.

Alfonso Santiago lembra que a Constituição pode ser modificada pela sua interpretação dinâmica ou pela mutação constitucional. No primeiro caso, [...] los textos constitucionales, que por su propia naturaleza ya gozan de cierta elasticidad, han de ser interpretados por los jueces de acuerdo con las circunstancias de cada momento histórico⁴¹⁸. Para Luiz Roberto Barroso:

A nova interpretação constitucional assenta-se no exato oposto de tal proposição: as cláusulas constitucionais, por seu conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente, não se prestam ao sentido unívoco e objetivo que uma certa tradição exegética lhes pretende dar. O relato da norma, muitas vezes, demarca apenas uma moldura dentro da quais se desenham diferentes possibilidades interpretativas. À vista dos elementos do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados é que será determinado o sentido da norma, com vistas à produção da solução constitucionalmente adequada para o problema a ser resolvido⁴¹⁹.

A doutrina identifica um elemento político que dá especificidade à interpretação constitucional, eis que a norma constitucional tem natureza política. É então que indica o Ministro do Supremo Tribunal Federal Themístocles Cavalcanti, que no julgamento da Representação de Inconstitucionalidade n. 746/GB, citado por Anna Cândida da Cunha Ferraz, afirmou:

Na interpretação da Constituição não se deve levar em conta somente a intenção do legislador, o sentido e a significação das palavras, o raciocínio lógico no processo de interpretação, mas principalmente o sentido político da interpretação, considerando-se a Constituição como um diploma político [...]. Em poucos setores essa preocupação deveria ser mais viva do que na aplicação das normas constitucionais relativas à Federação, porque é aí que mais se faz sentir a diretriz política das relações entre os poderes Estaduais e o Federal [...]⁴²⁰.

É esse elemento político que favorece, para tal autora, a caracterização da interpretação constitucional como processo de mutação constitucional. Mais adiante, afirma ainda:

⁴¹⁸ SANTIAGO, Alfonso. *La Corte Suprema y el control político*, p. 134. Tradução livre da autora: “[...] os textos constitucionais, que por sua própria natureza já gozam de certa elasticidade, devem ser interpretados pelos juízes de acordo com as circunstâncias de cada momento histórico.”

⁴¹⁹ BARROSO, Luiz Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro, tomo III, p. 7.

⁴²⁰ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*, p. 28.

Ressaltam, assim, os constitucionalistas o elemento político na interpretação constitucional, de modo a deixar claro que, dentre as peculiaridades inerentes a essa modalidade de interpretação, esse elemento ou aspecto ocupa lugar de relevo⁴²¹.

Em especial em países onde o texto constitucional é sintético, ou seja, curto e direto, sem descer às especificidades, o papel do Judiciário é ampliado eis que, ao decidir, deverá expressar o que a Constituição diz, ainda que não expressamente. Neste sentido, Anna Cândida da Cunha Ferraz alerta:

Observe-se, em primeiro lugar, que quanto mais concisa, sintética e genérica for a Constituição, mais ampla, profunda e extensa é a atividade interpretativa judicial, especialmente onde há possibilidade de contrastar, em juízo, leis e atos de aplicação constitucional frente à Constituição⁴²².

Essa atividade do Judiciário deu origem a uma expressão conhecida, o governo dos juízes, para identificar um sistema onde o Judiciário decide com tamanha liberdade que é difícil identificar os fundamentos expressos nas normas do sistema. Sobre isso, afirma Anna Cândida da Cunha Ferraz:

Importa salientar que a interpretação construtiva⁴²³, ao buscar ajustar as normas da Constituição à sociedade em evolução, à realidade, a uma situação ou comportamento não expressamente disciplinados pelo texto constitucional, representa um poderosíssimo veículo de mutação constitucional⁴²⁴.

Por isso, no Brasil, no que depende da característica da Constituição em relação ao modo como foi escrita, essa possibilidade de interpretação construtiva seria reduzida. Todavia, há outros fatores que influenciam⁴²⁵ a caracterização da

⁴²¹ FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*, p. 26.

⁴²² FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*, p. 105.

⁴²³ E a mesma autora afirma que na interpretação construtiva há todos os elementos da interpretação constitucional, acrescidos de um critério político. E diz mais, não vê motivos para ver a interpretação constitucional como algo distinto da construção constitucional, eis que a segunda é uma espécie de interpretação. FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*, p. 47.

⁴²⁴ *Processos informais de mudança da Constituição*, p. 48.

⁴²⁵ Citados e explanados por FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição*, p. 61.

interpretação como tal, quais sejam, a linguagem utilizada, se é ou não composta de conceitos elásticos; a existência de lacunas; as diferentes categoriais de normas constitucionais⁴²⁶. A interpretação construtiva pode ser confundida com a interpretação evolutiva, onde se respeitam as necessidades da comunidade em determinado momento histórico. Sobre ela, afirma André Ramos Tavares:

[...] a interpretação evolutiva mostra-se extremamente adequada às Constituições que, como a brasileira e a maioria das Constituições atuais, contemplam em si finalidades distintas, absolutamente diversas. A preferência por uma ou outra não se encontra na Constituição, mas sim numa escolha que pertence ao momento histórico vivido. Assim ocorre, v.g., entre a segurança e a privacidade, ou a comunicação e a intimidade⁴²⁷.

Para Jorge Miranda, há alguns aspectos que devem ser considerados quando se trata de interpretação constitucional, e afirma que

A Constituição deve ser apreendida, a qualquer instante, como um todo, na busca de uma unidade e harmonia de sentido. O apelo ao elemento sistemático consiste aqui em procurar as recíprocas implicações de preceitos e princípios em que aqueles fins se traduzem, em situá-los e defini-los na sua inter-relação e em tentar, assim, chegar a uma idônea síntese globalizante, crível e dotada de energia normativa⁴²⁸.

Além disto, os conceitos indeterminados devem ser alvo de um grande esforço de determinação ou densificação, devendo ser entendidos na perspectiva de princípios constitucionalmente relevantes; não se pode olvidar que as normas constitucionais precisam ser interpretadas para delas ser extraída a maior eficácia possível⁴²⁹.

⁴²⁶ E aqui é necessário fazer a ressalva de que tal discussão sequer é admitida nos Estados Unidos. De fato, a doutrina, lá, não faz tal avaliação das normas constitucionais. A Constituição fala de modo conciso, é sintética, e não se vê relevância em classificar as normas ali inseridas.

⁴²⁷ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*, p. 78.

⁴²⁸ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*, p. 451.

⁴²⁹ Estes e outros vetores para a interpretação constitucional estão em MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*, p. 452 e ss.

O texto constitucional deve ser interpretado aproximando o significado de suas palavras ao seu significado comum, eis que, “a interpretação da Constituição deve operar, sempre, o mais próximo possível de seu povo”⁴³⁰.

5.2 A TEORIA DE RONALD DWORKIN

O positivismo jurídico tem um importante crítico em Ronald Dworkin. Este autor sempre esteve preocupado com o processo de decisão judicial, de como os juízes chegam aos seus veredictos e nunca conseguiu admitir que o poder do juiz é discricionário. Para desenvolver sua teoria, toma como base a doutrina positivista, desenvolvida por H. L. A. Hart, a quem sucedeu na cadeira de filosofia na Universidade de Oxford. Para Hart⁴³¹, há

duas classes distintas de regras: as primárias e as secundárias, cuja união vai significar o direito enquanto modelo complexo [...] constituindo o que ele determina como sistema jurídico. Por força das regras primárias (ou de obrigação) human beings are required to do or abstain from certain actions, whether they wish to or not⁴³². Já, as regras secundárias provide that the human beings may by doing or saying certain things introduce new rules of the primary type, extinguish or modify old ones, or in various ways determine their incidence or control their operation⁴³³. Enquanto aquelas impõem deveres, obrigações ou abstenção de certos atos, estas conferem poderes, podendo ser [...] regras de reconhecimento [...] regras de alteração [...] e regras de julgamento.

As idéias de Dworkin em seus principais trabalhos podem ser resumidas pela teoria dos direitos – onde advoga a tese de que os direitos individuais não devem ser preteridos a favor da coletividade; a tese da resposta certa – onde afirma que o juiz, ao decidir, sempre tem a melhor opção, única; o direito em cadeia (*chain*

⁴³⁰ TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*, p. 73.

⁴³¹ É essa a leitura de CHUEIRI, Vera Karam de. *Filosofia do direito e modernidade*, p. 88.

⁴³² Tradução livre da autora: “os seres humanos são obrigados a fazer ou deixar de fazer certas ações, queiram ou não.”

⁴³³ Tradução livre da autora: “[...] proporcionam que os seres humanos possam, ao fazer ou dizer certas coisas, introduzir novas regras primárias, extingui-las ou modificá-las, ou em diversas maneiras determinar sua incidência ou controlar sua operação.”

of law) que faz o direito ser compreendido como um conceito interpretativo⁴³⁴ e o direito como integridade – abaixo explicado.

De acordo com as doutrinas positivistas, os princípios não têm relevância, eis que, ou não são vinculantes, ou de maneira alguma podem garantir o resultado obtido através da decisão. Para Hart,

os verdadeiros fundamentos do direito encontram-se na aceitação, por parte da comunidade como um todo, de uma regra-mestra fundamental (que ele chamou de ‘regra de reconhecimento’) que atribui a pessoas ou grupos específicos a autoridade de criar leis⁴³⁵.

Dworkin refuta tal tese, afirmando que não se pode furtar do dever de obediência aos princípios. O problema real é saber como tal obrigação é diferente do dever de obediência às regras e, ainda, para o autor, não se sustenta a crítica positivista de que os princípios não garantem determinada conclusão em uma decisão, pelo simples fato de que são as normas que têm tal característica, e não os princípios. Portanto, sua função ou o modo de sua utilização deverão ser diferentes das das normas.

Para os positivistas “cuando un caso no puede subsumirse en una norma clara, el juez debe ejercer su discreción para decidir sobre el mismo, estableciendo lo que resulta ser un nuevo precedente legislativo”⁴³⁶.

Dworkin refuta a teoria que afirma que o direito é um conjunto de normas aplicáveis porque se admite uma norma de reconhecimento, o que determinaria a aplicação de todas as outras. Para ele, quando o juiz se depara com um caso difícil, utilizar-se-á de princípios e de programas⁴³⁷, além das regras. Com isso, Dworkin restringe o espaço para a atuação discricionária do juiz. Para Dworkin, reconhecer o direito como sistema de normas, como quis Hart, implica excluir os princípios do ordenamento. Nesse sentido, afirma que “lo que quiero es oponerme a la idea de

⁴³⁴ CHUEIRI, Vera Karam de. *Filosofia do direito e modernidade*, p. 68.

⁴³⁵ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 42.

⁴³⁶ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, p. 83. Tradução livre da autora: “quando um caso não pode se subsumir a uma norma clara, o juiz deve exercer sua discricção para decidir sobre o mesmo, estabelecendo o que resulta ser um novo precedente legislativo.”

⁴³⁷ O autor fala em “policies” que também pode ser traduzido como políticas, metas.

que ‘el derecho’ sea un conjunto fijo de estándares, de la clase que sean”⁴³⁸ [normas ou princípios]⁴³⁹. Todavía, há situações em que os juízes, ao decidir, não encontram norma aplicável ao caso, ou, nas palavras de Dworkin,

[C]uando un determinado litigio no se puede subsumir claramente en una norma jurídica, establecida previamente por alguna institución, el juez – de acuerdo con esa teoría [o positivismo] – tiene ‘discreción’ para decidir el caso en uno o otro sentido⁴⁴⁰.

Dworkin não admite esta solução e afirma que, quando os juízes se deparam com tais situações, estão realmente diante de um caso difícil, que exige, para sua solução, a aplicação de princípios. Para ele

[...] aun cuando ninguna norma establecida resuelva el caso, es posible que una de las partes tenga derecho a ganarlo. No deja de ser deber del juez, incluso en los casos difíciles, descubrir cuáles son los derechos de las partes, en vez de inventar retroactivamente derechos nuevos. Sin embargo, debo decir sin demora que esta teoría no afirma en parte alguna la existencia de ningún procedimiento mecánico para demostrar cuáles son los derechos de las partes en los casos difíciles⁴⁴¹.

E não resolve o problema afirmar, simplesmente, que os princípios poderiam estar incluídos na assertiva positivista de que o sistema é composto de normas, eis que eles diferem, em muito, das normas. Afirma Dworkin que “[...] no podemos adaptar la versión que dá Hart del positivismo modificando su regla de

⁴³⁸ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, p. 140. Tradução livre da autora: “o que quero é me opor à idéia de que ‘o direito’ seja um conjunto fixo de padrões, de qualquer classe”.

⁴³⁹ Nota da autora.

⁴⁴⁰ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, p. 146. Tradução livre da autora: “Quando um determinado litígio não pode se subsumir claramente em uma norma jurídica, estabelecida previamente por alguma instituição, o juiz – de acordo com essa teoria [o positivismo] tem ‘discrecionalidade’ para decidir o caso em um ou outro sentido.”

⁴⁴¹ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, p. 146. Tradução livre da autora: “ainda quando nenhuma norma estabelecida resolva o caso, é possível que uma das partes tenha direito a ganhá-lo. Não deixa de ser dever do juiz, inclusive nos casos difíceis, descobrir quais são os direitos das partes, ao invés de inventar retroativamente direitos novos. No entanto, devo dizer desde logo que essa teoria não afirma em lugar algum a existência de nenhum procedimento mecânico para demonstrar quais são os direitos das partes nos casos difíceis.”

reconocimiento para que abarque los principios”⁴⁴². Aliás, a distinção entre normas e princípios, na doutrina, é corrente. Para exemplificar, tome-se Canotilho⁴⁴³ que estabelece:

(1) os princípios são normas jurídicas impositivas de uma optimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos fácticos e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (impõem, permitem ou proíbem) que é ou não é cumprida [...]; a convivência dos princípios é conflitual; a convivência de regras é antinômica; os princípios coexistem; as regras antinômicas excluem-se; (2) consequentemente, os princípios, ao constituírem exigências de optimização, permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à ‘lógica do tudo ou nada’), consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra vale (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida das suas prescrições, nem mais nem menos. (3) em caso de conflito entre princípios, estes podem ser objecto de ponderação, de harmonização, pois eles contêm apenas ‘exigências’ ou ‘standards’ que, em ‘primeira linha (*prima facie*), devem ser realizados”⁴⁴⁴.

Assim é que as normas obedecem a um padrão de válidas ou de não-válidas, mas os princípios não. Quando há confronto entre normas, necessariamente uma delas é invalidada. É o que ocorre quando uma norma dita exatamente o oposto da outra, ou seja, quando há uma antinomia, e é o que se resolve com a aplicação da conhecida solução de Bobbio⁴⁴⁵, que sugere três critérios para resolvê-la: o critério cronológico (*lex posterior derogat priori*), o critério hierárquico (*lex superior derogat inferior*) e, por último, o critério da especialidade (*lex specialis derogat generali*). A solução de Bobbio faz com que se busque a norma hierarquicamente superior, ou a norma mais recente, ou a norma específica, que sempre terá preferência de aplicação sobre a norma hierarquicamente inferior, a mais antiga ou a norma geral. Ocorre que, neste modelo, a norma escolhida afasta

⁴⁴² DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, p. 99. Tradução livre da autora: “não podemos adaptar a versão que Hart dá do positivismo modificando sua regra de reconhecimento para que abranja os princípios.”

⁴⁴³ Não se desconhece que Canotilho foi fortemente influenciado por Konrad Hesse e Alexy, todavia, em especial quando trata de conceituar princípios, há também influência de Dworkin. Ainda assim, há que se ressaltar que Canotilho e Dworkin, na essência, não comungam das mesmas idéias. Canotilho está bem mais propenso às idéias de Alexy e suas teorias acerca da possibilidade de ponderação de princípios, idéia que o afasta totalmente de Dworkin.

⁴⁴⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*, p. 167.

⁴⁴⁵ A era dos direitos. p. XXX.

totalmente a aplicação da norma derogada por ela. E isso não ocorre com os princípios. Os princípios, quando em conflito, necessariamente precisam conviver.

Dworkin faz distinção entre princípios e normas, quando afirma:

La diferencia entre principios jurídicos y normas jurídicas es una distinción lógica. Ambos conjuntos de estándares apuntan a decisiones particulares referentes a la obligación jurídica en determinadas circunstancias, pero difieren en el carácter de la orientación que dan. Las normas son aplicables a la manera de disyuntivas. Si los hechos que estipula una norma están dados, entonces o bien la norma es válida, en cuyo caso la respuesta que da debe ser aceptada, o bien no lo es, y entonces no aporta nada a la decisión⁴⁴⁶.

Enquanto que:

Los principios tienen una dimensión que falta en las normas; la dimensión del peso o importancia. Cuando los principios se interfieren (la política de protección a los consumidores de automóviles interfiere con los principios de libertad de contratación, por ejemplo), quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno⁴⁴⁷.

Há que se anuir que, se isto é verdade, ainda caberá saber como definir qual princípio tem o peso maior, questão vital, já que Dworkin afirma que há, sempre, a decisão correta quando o juiz se defronta com um caso difícil, onde não há norma para ser aplicada. Em relação a isto, o próprio autor afirma:

En esto [na decisão de qual o princípio com maior peso]⁴⁴⁸ no puede haber, por cierto, una mediación exacta, y el juicio respecto de si un principio o directriz en particular es más importante que otro será con frecuencia motivo

⁴⁴⁶ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, p. 74. Tradução livre da autora: “A diferença entre princípios jurídicos e normas jurídicas é uma distinção lógica. Ambos os conjuntos de padrões apontam para decisões particulares referentes à obrigação jurídica em determinadas circunstâncias, mas diferem no caráter da orientação que dão. As normas são aplicáveis como disjuntivas. Se os fatos estabelecidos por uma norma são dados, então ou a norma é válida, e em tal caso a resposta que dá deve ser aceita, ou então não é, e neste caso nada acresce à decisão.”

⁴⁴⁷ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, p. 77. Tradução livre da autora: “Os princípios têm uma dimensão que as normas não têm: a dimensão do peso ou da importância. Quando os princípios se chocam (a política de proteção aos consumidores de automóveis se choca com o princípio da liberdade de contratação, por exemplo), quem vai resolver o conflito tem que levar em consideração o peso relativo de cada um.”

⁴⁴⁸ Nota da autora.

de controversias. Sin embargo, es parte esencial del concepto de principio el que tenga esta dimensión, que tenga sentido preguntar qué importancia o qué peso tiene⁴⁴⁹.

E para distinguir as normas dos princípios, afirma Dworkin:

Las normas no tienen esta dimensión. Al hablar de reglas o normas, podemos decir que son o que no son funcionalmente importantes (la regla de béisbol de que tres lanzamientos fallados significan la exclusión es más importante que la regla de que los corredores pueden avanzar sobre una base, porque la alteración de la primera regla modificaría mucho más el juego que la de la segunda). En este sentido, una norma jurídica puede ser más importante que otra porque tiene un papel más relevante en la regulación del comportamiento. Pero no podemos decir que una norma sea más importante que otra dentro del sistema, de modo que cuando dos de ellas entran en conflicto, una de las dos sustituye a la otra en virtud de su mayor peso⁴⁵⁰.

Uma solução para os casos em que os princípios conflitam foi dada por Konrad Hesse, para quem se deve buscar aplicar o máximo possível de todos os princípios que estejam em conflito, ou seja, não se pode partir do raciocínio de que um dos princípios deverá, necessariamente, ser flexibilizado, relativizado ou diminuído para dar espaço à aplicação de outro. A teoria de Hesse foi batizada de “concordância prática” e significa que se normas jurídicas de hierarquia constitucional colidem, deve-se buscar a otimização entre os direitos e valores em jogo, buscando um equilíbrio dos princípios, e não sua derrogação. Segundo Ingo Wolfgang Sarlet,

⁴⁴⁹ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, p. 77. Tradução livre da autora: “Nisso [na decisão de qual o princípio com maior peso] não pode haver, certamente, uma medida exata, e o juízo a respeito de se o princípio ou diretriz em particular é mais importante que outro será, com frequência, motivo de controvérsias. Todavia, é essencial ao conceito de princípio que ele tenha essa dimensão, que tenha sentido perguntar que importância ou peso ele tem.”

⁴⁵⁰ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, p. 78. Tradução livre da autora: “As normas não têm essa dimensão. Ao falar de regras ou normas podemos dizer que são ou não funcionalmente importantes (a regra de beisebol de que três lançamentos falhos significam a exclusão é mais importante do que a regra de que os corredores podem avançar sobre uma base, porque a alteração da primeira regra modificará muito mais o jogo do que a alteração da segunda). Neste sentido, uma norma jurídica pode ser mais importante que outra porque tem um papel mais relevante na regulamentação do comportamento. Mas não podemos dizer que uma norma seja mais importante que outra dentro do sistema, de modo que, quando duas delas entrem em conflito, uma delas substitui a outra em função de seu maior peso.”

Em rigor, cuida-se de processo de ponderação⁴⁵¹ no qual não se trata da atribuição de uma prevalência absoluta de um valor sobre outro, mas, sim, na tentativa de aplicação simultânea e compatibilizada de normas, ainda que no caso concreto se torne necessária a atenuação de uma delas⁴⁵².

Esse “processo de ponderação” é, em verdade, um método para interpretação e aplicação dos princípios. Através dela, o juiz terá sua margem de discricionariedade restringida eis que ela busca estabelecer o que será fundamentado racionalmente. Assim, levará em consideração os diferentes valores em jogo para balanceá-los, pesando os diferentes enfoques da questão. Todavia, a ponderação acaba por se utilizar do mesmo peso para situações que não são equiparáveis, ou, são incomensuráveis. Os critérios não podem ser aplicados a ambas as situações. Além disto, é essencialmente utilitarista⁴⁵³, buscando sempre o bem da coletividade, fazendo com que, em última análise, o juiz busque implementar políticas ao invés de reconhecer direitos⁴⁵⁴.

Não há como admitir como correta a doutrina positivista se ela não inclui no sistema jurídico os princípios que são utilizados pelos juízes no momento de sua decisão. Por outro lado, se a regra de reconhecimento do ordenamento jurídico somente reconhece as normas como integrantes de tal ordenamento, ela também não pode ser tida como válida. Também não é solução afirmar que alguns princípios podem ser incluídos no conceito de norma ou podem estar incluídos no mandamento da regra de reconhecimento, eis que Dworkin não admite a discricionariedade do juiz, e essa solução deixaria nas mãos dos juízes definir quais os princípios que fazem ou não parte do ordenamento.

Ronald Dworkin é tido como adepto da escola “interpretativista”, o que significa dizer que acredita que a lei é aquilo que os advogados obtêm com sua

⁴⁵¹ Perceba-se que esse é um dos métodos para resolver o conflito entre princípios, e não é o aceito por Dworkin.

⁴⁵² SARLET, Ingo Wolfgang. Valor de alçada e limitação do acesso ao duplo grau de jurisdição, p. 121.

⁴⁵³ “Trata-se, em primeiro lugar, da doutrina de Bentham, a qual se reduz, no essencial, a uma aritmética dos prazeres, isto é, a um cálculo egoísta da maior quantidade possível de felicidade individual, o que conduz, aliás – por um cálculo inteligente – a visar o máximo de felicidade para o maior número de indivíduos. O utilitarismo altruísta de Stuart Mill considera mais a qualidade dos prazeres e conclui que o indivíduo, por interesse, deve finalmente querer a felicidade de todos. DUROZOI, G.; ROUSSEL, A. *Dicionário de Filosofia*, p. 380.

⁴⁵⁴ SOARES, Guilherme. *Os direitos, os juízes, o povo: a cláusula pétrea dos direitos e garantias individuais e o controle judicial de constitucionalidade das Emendas da Constituição de 1988*, p. 188-196.

prática diuturna; chegou mesmo a afirmar que “o direito é um conceito interpretativo”⁴⁵⁵ e a

interpretação repercute na prática, alterando sua forma, e a nova forma incentiva uma nova reinterpretação. Assim, a prática passa por uma dramática transformação, embora cada etapa do processo seja uma interpretação do que foi conquistado pela etapa imediatamente anterior⁴⁵⁶.

Aplicando tal raciocínio ao direito, escreve Dworkin:

De repente, o que parecia incontestável é contestado; uma nova interpretação – ou mesmo uma interpretação radical – de uma parte importante da aplicação do direito é desenvolvida por alguém em seu gabinete de trabalho, vendo-se logo aceita por uma minoria ‘progressista’. Os paradigmas são rompidos, e surgem novos paradigmas. São esses os diversos elementos de nossa nova imagem da jurisdição, em corte transversal e ao longo do tempo. A antiga imagem do direito visto como simples matéria de fato [...] dizia para não tomarmos ao pé da letra os votos proferidos pelos juízes nos casos difíceis; essa nova imagem tem o mérito notável de nos permitir, mais uma vez, acreditar no que dizem nossos juízes⁴⁵⁷.

Para ele não há separação entre direito e moral: “[...] en los sistemas legales complejos, como los que rigen en los Estados Unidos y en Gran Bretaña [...] no es posible establecer una distinción final entre los estándares legales y morales, como afirma el positivismo”⁴⁵⁸.

O autor ainda admite que os princípios morais são regras como aquelas escritas, bastando, para tanto, que estejam de acordo com o que já foi decidido pelos tribunais e com a tradição legal.

O processo de decisão sempre leva em consideração as decisões do passado, de onde os juízes irão retirar o princípio aplicável ao caso presente, de algum modo, inclusive justificando a decisão passada. O ponto central da teoria é que há, sempre, uma melhor decisão para encontrar o verdadeiro direito da pessoa,

⁴⁵⁵ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 109.

⁴⁵⁶ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 59.

⁴⁵⁷ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 112.

⁴⁵⁸ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, p. 102. Tradução livre da autora: “[...] nos sistemas legais complexos, como os que vigem nos Estados Unidos e na Grã-Bretanha [...] não é possível estabelecer uma distinção definitiva entre os padrões legais e morais, como afirma o positivismo.”

mesmo quando a jurisprudência indique que não há uma regra certa a ser aplicada, ou a situação seja controvertida. Assim, não há espaço para a discricionariedade do juiz, eis que não admite que haja, nas leis, qualquer espaço para preenchimento através da atividade judicial.

A idéia da qual se parte é a da *chain of law* que, analogamente ao exercício literário de construção de um romance, pretende edificar uma decisão jurídica. Assim, os juízes deveriam encarar a sua decisão (o ato de criação) como um capítulo a mais de uma história já iniciada por outros e, portanto, levar em conta o que já foi escrito (ato de interpretação), no sentido de não romper com a unidade e coerência da história. Cada juiz (ou escritor) deve fazer da sua decisão (ou texto), naquele momento, a (ou o) melhor possível⁴⁵⁹.

E essa corrente de direito é evidente quando os juízes se fundamentam em precedentes para julgar um caso, sem se olvidar que eles escrevem o direito, enquanto autores, mas também são dele críticos, já que é possível que um juiz julgue contra um precedente. Assim, o juiz é autor ao verter sua decisão, e através de uma postura interpretativa em relação aos precedentes, nada mais faz do que construir o direito.

As decisões judiciais devem sempre estar fundamentadas em princípios e não em políticas. É o que dita Dworkin: “Propugno, sin embargo, la tese de que las decisiones judiciales en los casos civiles, aun en casos difíciles [...] son y deben ser, de manera característica, generadas por principio, no por directrices políticas”⁴⁶⁰.

Isso é relevante quando se discute acerca da possibilidade de o Supremo Tribunal Federal decidir questões políticas, eis que traz outra indagação: se o Tribunal pode decidi-las, como deverá fazê-lo? Deve fundamentar sua decisão em políticas ou princípios?

Para distinguir os dois tipos de decisão, exemplifica:

Incluso un programa [legislativo] que sea principalmente cuestión de política, como puede serlo un programa de subsidios para industrias

⁴⁵⁹ CHUERI, Vera Karam de. *Filosofia do direito e modernidade*, p. 98.

⁴⁶⁰ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, p. 150. Tradução livre da autora: “Proponho, entretanto, a tese de que as decisões judiciais nos casos cíveis, mesmo em casos difíceis [...] são e devem ser, de maneira característica, geradas por princípio, não por diretrizes políticas.”

importantes, puede necesitar de argumentos de principio que justifiquen sus designios. Puede suceder, por ejemplo, que el programa prevea iguales subsidios para fabricantes de capacidades diferentes, partiendo del supuesto de que los fabricantes de aviones menos poderosos tienen derecho a no verse excluidos de su actividad por la intervención gubernamental, aunque tal vez sin ellos la industria como tal sería más eficiente. Por otra parte, un programa basado principalmente en principios, como el programa contra la discriminación, puede reflejar el sentimiento de que los derechos no son absolutos, y de que pierden validez cuando las consecuencias de la política son muy graves. Por ejemplo, el programa puede prever que las reglas prácticas de empleo equitativo y justo no se aplicarán cuando hacerlo pueda resultar especialmente subversivo o peligroso. En el caso de los subsidios, podríamos decir que los derechos conferidos se generan en virtud de la directriz y son restringidos por el principio; en el caso de la anti-discriminación, los derechos son generados por el principio y están sujetos a la restricción de la directriz⁴⁶¹.

O juiz sempre pode encontrar a resposta correta para cada situação que lhe seja apresentada, e essa é sua atividade: encontrar a resposta correta para cada caso, baseado no que a comunidade deseja, sem se olvidar de analisar o caso diante do conjunto de regras apresentadas pelo sistema, como um todo. Em outras palavras, o juiz encontrará a única resposta correta para o caso se não perder de vista que o ordenamento jurídico é um todo; assim, ao decidir, estará construindo uma teoria que justifique esse todo, e terá chegado à resposta certa.

Todavia, a decisão não é determinada pelos princípios, conforme as palavras do autor

sostengo que principios como los que mencioné entran en conflicto y se influyen recíprocamente, de manera que cada principio que tiene importancia para un determinado problema jurídico proporciona una razón que, aun cuando argumento a favor de cierta solución, no la determina. Por consiguiente, quien debe decidir el problema se ve ante la exigencia de evaluar todos los principios conflictivos y contradictorios que sobre él

⁴⁶¹ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, p. 150. Tradução livre da autora: “Inclusive um programa (legislativo) que seja principalmente questão de política, como pode ser um programa de subsídios para indústrias importantes, pode precisar de argumentos de princípio para justificar seus objetivos. Pode acontecer, por exemplo, que o programa preveja subsídios iguais para fabricantes de capacidades diferentes, partindo do pressuposto de que os fabricantes de aviões menos poderosos têm o direito de não serem excluídos de sua atividade pela intervenção governamental, ainda que, talvez, sem eles, a indústria fosse mais eficiente. Por outro lado, um programa fundamentado principalmente em princípios, como o programa contra a discriminação, pode refletir no sentimento de que os direitos não são absolutos e que perdem validade quando as consequências política são muito graves. Por exemplo, o programa pode prever que as regras práticas de emprego equitativo e justo não serão aplicadas quando for especialmente subversivo ou perigoso. No caso dos subsídios, poderíamos dizer que os direitos conferidos são gerados pela diretriz e restringidos pelo princípio; no caso da antidiscriminação, os direitos são gerados por princípio e estão sujeitos às restrições da diretriz.”

inciden, y de llegar a partir de ellos a una resolución, en vez de identificar a uno solo, entre los demás, como 'válido'⁴⁶².

Para exercer tal atividade, o juiz sofre influência de sua moral e do que o autor chama de “a moral institucional”, que é o conjunto das decisões passadas. Assim, necessário é analisar o papel da jurisprudência e da moral na solução de novos casos. Poder-se-ia dizer que as decisões passadas impõem ao juiz um limite, restringindo sua discricionariedade, e que a moral do próprio juiz e a moral institucional o influenciam. Dworkin resolve essa situação com o que chama de “a tese dos direitos”, querendo indicar que as decisões judiciais impõem direitos políticos preexistentes. Para esta tese, “[...] en los casos difíciles, las decisiones judiciales se generan, de manera característica, en principios y no en directrices políticas”⁴⁶³, os juízes decidiram os casos difíceis “[...] confirmando o negando derechos concretos”⁴⁶⁴. De acordo com sua tese

[...] la historia institucional no actúa como un factor restrictivo sobre el juicio político de los jueces, sino que constituye un ingrediente de dicho juicio, porque la historia institucional es parte de los antecedentes que debe tener en cuenta cualquier juicio plausible sobre los derechos de un individuo [...] esos derechos políticos, más bien que oponerse a las decisiones políticas del pasado, las reflejan⁴⁶⁵.

A percepção de que o ordenamento jurídico é um todo é a base de sua teoria, que vê o direito como integridade. Essa teoria é uma tentativa de explicar o direito enquanto interpretação; ela quer ser um terceiro elemento, ao lado da

⁴⁶² DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, p. 135. Tradução livre da autora: “sustento que princípios como os que mencionei entram em conflito e se influenciam reciprocamente, de modo que cada princípio que tem importância para um determinado problema jurídico proporciona uma razão que, ainda quando seja argumento a favor de uma certa solução, não a determina. Então, quem deve decidir o problema se vê diante da exigência de avaliar todos os princípios conflitivos e contraditórios que incidem sobre ele, e de chegar, a partir deles, a uma solução, ao invés de identificar somente um deles como válido.”

⁴⁶³ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, p. 167. Tradução livre da autora: “...nos casos difíceis, as decisões judiciais são geradas, caracteristicamente, de princípios e não de diretrizes políticas.”

⁴⁶⁴ DWORKIN, Ronald. *los derechos en serio*, p. 171.

⁴⁶⁵ DWORKIN, Ronald. *los derechos en serio*, p. 153. Tradução livre da autora: “[...] a história institucional não atua como um fator restritivo sobre o juízo político dos juízes, mas constitui um ingrediente de tal juízo, porque a história institucional é parte dos antecedentes que deve levar em consideração qualquer juízo plausível sobre os direitos de um indivíduo [...] esses direitos políticos, mais do que opor-se às decisões políticas do passado, as refletem.”

eqüidade e da justiça. Explica-se: o juiz, ao decidir casos que não contam com legislação específica, utiliza-se, normalmente, das regras de eqüidade e de justiça; assim, ao se deparar com um caso, ele pode se indagar acerca de qual seria a solução com maior aceitação na comunidade e qual seria a decisão mais justa perante os princípios que as decisões passadas elegeram. O autor aqui estudado dá mais uma opção para os juízes: afirma que eles devem também analisar o caso sob o ângulo da integridade, o que exige do juiz a análise do conjunto de princípios que pode ser aplicado ao caso, sem se olvidar do assentado pela jurisprudência.

A teoria da integridade na deliberação judicial requer que, “até onde seja possível, nossos juízes tratem nosso atual sistema de normas públicas como se este expressasse e respeitasse um conjunto coerente de princípios e, com esse fim, que interpretem essas normas de modo a descobrir normas implícitas entre e sob as normas explícitas”⁴⁶⁶. O direito, como integridade, indica que “as proposições jurídicas são verdadeiras se constam, ou se derivam, dos princípios de justiça, eqüidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade”⁴⁶⁷.

Mas a teoria de integridade relaciona-se também com a atividade política e com a atividade legislativa e, para tanto, exige um forte conteúdo moral, por isso, dependente dos próprios membros da sociedade. Nas teorias políticas comuns, são suficientes os ideais de eqüidade, justiça e do devido processo legal. Todavia, para a integridade ser efetivamente aplicada à política, para que seja um ideal desta, necessário se faz que haja integridade política, ou seja, a existência de um Governo íntegro, que aja de acordo com princípios previamente definidos, mesmo quando os membros da comunidade não estejam unanimemente de acordo acerca do conteúdo de tais princípios. Nas palavras de Dworkin⁴⁶⁸:

A integridade torna-se um ideal político quando exigimos o mesmo do Estado ou da comunidade considerados como agentes morais, quando insistimos que o Estado aja segundo um conjunto único e coerente de princípios, mesmo quando seus cidadãos estão divididos quanto à natureza exata dos princípios de justiça e eqüidade corretos.

⁴⁶⁶ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 261.

⁴⁶⁷ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 272.

⁴⁶⁸ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 202.

E continua:

A integridade da concepção de equidade de uma comunidade exige que os princípios políticos necessários para justificar a suposta autoridade da legislatura sejam plenamente aplicados ao se decidir o que significa uma lei por ela sancionada. A integridade da concepção de justiça de uma comunidade exige que os princípios morais necessários para justificar a substância das decisões de seu legislativo sejam reconhecidos pelo resto do direito. A integridade de sua concepção de devido processo legal adjetivo insiste que sejam totalmente obedecidos os procedimentos previstos nos julgamentos e que se consideram alcançar o correto equilíbrio entre exatidão e eficiência na aplicação de algum aspecto do direito, levando-se em conta as diferenças de tipo e grau de danos morais que impõe um falso veredicto [...] a integridade, mais que qualquer superstição de elegância, é a vida do direito tal qual o conhecemos⁴⁶⁹.

Em relação à atividade do Poder Legislativo, a integridade exigirá que os princípios que norteiam a definição da autoridade produtora de normas sejam verdadeiramente observados, devendo os que “criam o direito por legislação [mantê-lo] coerente quanto aos princípios”⁴⁷⁰. Além disto, ao aplicar a noção de integridade ao devido processo legal adjetivo, necessário é que sejam observados os procedimentos no ato de julgar, obtendo eficiência na aplicação do direito. Portanto, para o autor, a integridade possui conteúdo que deve ser acoplado àqueles elementos já reconhecidos pela teoria política, dando-lhes uma nova força.

A política está conectada ao direito, e a teoria que tente explicar a atividade judicial deve dar à política alguma importância. Os juízes utilizam a jurisprudência para fundamentar suas decisões; as novas decisões são tomadas com um olhar nas decisões passadas e outro na própria moral do juiz. Todavia, poder-se-ia afirmar que o juiz que assim decide é discricionário, eis que define quais os casos jurisprudenciais em que se apóia e seus significados e, ainda, deixa-se influenciar por sua moral. Dworkin lembra, entretanto, que os juízes estão submetidos à doutrina da responsabilidade política, que “[...] enuncia que los funcionarios políticos no deben tomar otras decisiones políticas que as que puedan

⁴⁶⁹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 203.

⁴⁷⁰ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 203.

justificar dentro del marco de una teoría política que justifique también las otras decisiones que se proponen tomar⁴⁷¹.

Assim, a doutrina da responsabilidade política

Condena la práctica de tomar decisiones que aisladamente parecen correctas, pero que no pueden ser incluidas en una teoría que abarque tanto principios como directrices políticas generales, y que sea congruente con otras decisiones a las que también se considera correctas⁴⁷².

Exige-se do juiz que, ao julgar, seja coerente com decisões passadas e que tenha disposição de usar o mesmo princípio, no futuro. Todavia, um problema salta aos olhos: se a jurisprudência tem tal importância, como se admite a modificação de decisões passadas?

Ao optar pela utilização de determinado princípio para fundamentar sua decisão e ao atribuir pesos aos princípios, o próprio juiz está delineando um limite que reflete sua opção política, ou seja, até que ponto ele se dispõe a assegurar determinado direito.

A teoria da integridade exige que a comunidade aja como um corpo político coeso, engajado na realização dos princípios da equidade, da justiça e do devido processo legal adjetivo⁴⁷³. Esta coesão somente pode ocorrer em um quadro de personificação da comunidade. De fato, a comunidade deve compreender a si mesma como um corpo único, como uma verdadeira entidade distinta de seus membros, um agente moral. A integridade implica a aplicação do mesmo rol de princípios a todos. “A idéia de integridade política personifica a comunidade [...] como uma comunidade atuante, pois pressupõe que a comunidade pode adotar,

⁴⁷¹ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, p. 154. Tradução livre da autora: “...enuncia que os funcionários políticos não devem tomar outras decisões políticas além daquelas que possam justificar com uma teoria política que justifique também as outras decisões que se proponham a tomar.”

⁴⁷² DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, p. 154. Tradução livre da autora: “Condena a prática de tomar decisões que isoladamente parecem corretas, eis que não podem ser incluídas em uma teoria que abarque tanto princípios quanto diretrizes políticas gerais, e que seja congruente com outras decisões que também considere corretas.”

⁴⁷³ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 204.

expressar e ser fiel ou infiel a princípios próprios, diferentes daqueles de quaisquer de seus dirigentes ou cidadãos enquanto indivíduos⁴⁷⁴.

Nas palavras de Vera Karam de Chueri,

Para que esta concepção flua no sentido da integridade, é necessário que o Estado ou a comunidade estejam comprometidos com os referidos princípios, assumindo uma personalidade própria que os caracterize como uma entidade distinta das pessoas que, individualmente, os integram⁴⁷⁵.

A autora demonstra que a equidade e a justiça podem entrar em conflito e que, a seu ver, a maioria das pessoas aceita o fato de que instituições imparciais podem decidir injustamente e que instituições parciais podem proferir decisões justas⁴⁷⁶. Portanto, eventualmente é preciso escolher entre um dos dois elementos e, pressupondo que a integridade efetivamente seja um terceiro elemento, temos que admitir que a justiça e a equidade podem ser sacrificadas em nome da integridade. E a integridade é utilizada na prática política comum. A equidade na política não aceita que exista participação de todos na decisão legislativa, quando está em jogo uma questão de princípios a serem adotados. Nestes casos, exige-se que seja adotado um princípio coerente, que é justamente o que a integridade requer, e não que se façam concessões a diferentes grupos. Em outras palavras, é preciso uma decisão acerca de qual sistema de justiça deva ser adotado, e não, fundamentá-lo em concessões.

Aceitar a integridade como elemento da política faz com que a sociedade se invista de um novo papel, “o papel de comunidade”, também chamado de fator “fraternidade”. Esta visão de comunidade dá autoridade moral àquele grupo de indivíduos para que possa assumir e mobilizar o monopólio da força coercitiva. Outra consequência da admissão da integridade como elemento da política é que ela faz com que esta comunidade seja fiel a um sistema de princípios identificável pelos seus cidadãos-membros. E esta possibilidade de identificação de princípios é importante, porque faz com que os indivíduos tenham, para com os outros, condutas iguais àquelas que esperam para si mesmos. Assim, a integridade acaba por

⁴⁷⁴ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 208.

⁴⁷⁵ CHUERI, Vera Karam de. *Filosofia do direito e modernidade*, p. 123.

⁴⁷⁶ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 215.

justificar a força coercitiva do direito, o que é relevante, já que o conceito de direito depende da explicação que se dá para justificar a força coercitiva do Estado.

Dworkin sabe que essa comunidade está longe de ser perfeita e “alerta que, não obstante a idealidade deste modelo de comunidade em diversos sentidos, sua construção teórica possibilita decidir sobre que atitudes deveriam ser interpretadas como expressões da prática política; distinguir o joio do trigo; o exercício ilegítimo (do poder) do legítimo [...]; a integridade como virtude política subscreve uma função contemporizadora dos conflitos existentes na política cotidiana, possibilitando decisões que não onerem os cidadãos, ainda que se trate da disputa entre a justiça e a equidade⁴⁷⁷”.

Dworkin afirma que explicar o porquê as pessoas têm obrigação de seguir certas decisões coletivas torna-se tarefa fácil diante da integridade. A comunidade que aceita a integridade e é fraterna acomodará as necessidades individuais em favor das necessidades coletivas, não por força de um contrato, mas, sim, por força da fraternidade.

[...] uma sociedade política que aceita a integridade como virtude política se transforma, desse modo, em uma forma especial de comunidade, especial num sentido que promove sua autoridade moral para assumir e mobilizar monopólio de força coercitiva⁴⁷⁸.

O problema, então, é saber como formar e identificar uma comunidade verdadeiramente fraternal, já que esta é a comunidade que melhor aproveitará a integridade. Dworkin identifica um modelo de comunidade, a qual chama de “modelo do princípio”⁴⁷⁹, como sendo o ambiente mais profícuo para a aplicação da integridade. Neste tipo de comunidade, há a aceitação de que as pessoas não são regidas somente por regras, mas sim, também por princípios; de que as pessoas têm direitos, e que tais direitos impõem, umas às outras, deveres. Neste tipo de sociedade, há uma verdadeira associação e as questões coletivas deixam de ser uma questão de poder e passam a ser uma questão de obrigação, em nome da fraternidade.

⁴⁷⁷ CHUERI, Vera Karam de. *Filosofia do direito e modernidade*, p. 128.

⁴⁷⁸ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 298.

⁴⁷⁹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 211.

Sem perder de vista que as decisões judiciais afetam o patrimônio e a liberdade dos indivíduos, Dworkin parte dos pressupostos de que sua teoria será aplicada em um Estado Democrático de Direito e de que a teoria que propõe é compreendida no âmbito dos argumentos dos juízes, dando menor ou nenhuma atenção aos aspectos sociológicos e econômicos. Para ele

A integridade [...] promove a união da vida moral e política dos cidadãos: pede ao bom cidadão, ao decidir como tratar seu vizinho quando os interesses de ambos entram em conflito, que interprete a organização comum da justiça à qual estão comprometidos em virtude da cidadania⁴⁸⁰.

Para a teoria da integridade no direito, o juiz decide aplicando a norma e justificando tal aplicação nos princípios; há sempre uma solução para os casos difíceis, através da aplicação dos princípios aceitos pela comunidade, enquanto que nos casos fáceis basta ao juiz aplicar a norma, eis que o fato ocorrido se subsume a ela. Não é o que acontece com os casos difíceis:

En los casos fáciles (por ejemplo, cuando se acusa a un hombre de violar una disposición que prohíbe exceder un límite de velocidad), parece correcto decir que el juez se limita a aplicar una regla anterior a un caso nuevo. Pero, podemos decir lo mismo cuando la Suprema Corte desatiende los precedentes y ordena la desegregación en las escuelas [de los Estados Unidos] o declara ilegales procedimientos usados por la policía y condonados por los tribunales desde hace decenios? En casos tan llamativos, la Corte da razones; no cita leyes, sino que apela a principios políticos y de justicia⁴⁸¹.

Não há espaço, na integridade, para a invenção de um direito, mas somente para a sua garantia.

⁴⁸⁰ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 230.

⁴⁸¹ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, p. 47. Tradução livre da autora: “Nos casos fáceis (por exemplo, quando um homem é acusado de violar uma disposição que proíbe exceder um limite de velocidade), parece correto dizer que o juiz se limita a aplicar uma regra anterior a um caso novo. Mas, podemos dizer o mesmo quando a Suprema Corte não atende aos precedentes e ordena a dessegregação nas escolas [dos Estados Unidos] ou declara ilegais os procedimentos usados pelo polícia e perdoados pelos Tribunais há décadas? Em casos tão chamativos, a Corte expõe suas razões; não cita leis, mas apela a princípios políticos e de justiça.”

O direito como integridade, portanto, começa no presente e só se volta para o passado na medida em que seu enfoque contemporâneo assim o determine. Não pretende recuperar, mesmo para o direito atual, os ideais ou objetivos práticos dos políticos que primeiro o criaram. Pretende, sim, justificar o que eles fizeram (às vezes incluindo, como veremos, o que disseram) em uma história geral digna de ser contada aqui, uma história que traz consigo uma afirmação complexa: a de que a prática atual pode ser organizada e justificada por princípios suficientemente atraentes para oferecer um futuro honrado. O direito como integridade deplora o mecanismo do antigo ponto de vista de que 'lei é lei', bem como o cinismo do novo 'realismo'. Considera esses dois pontos de vista como enraizados na mesma falsa dicotomia entre encontrar e inventar a lei⁴⁸².

Seus críticos afirmam que a lei e os princípios de direito apresentam lacunas que devem ser preenchidas pelo juiz, e então é forçoso reconhecer que nem sempre haverá somente uma resposta correta. Todavia, para Dworkin, os juízes estão sempre fazendo escolhas, e há muitos outros princípios que podem ajudar a solucionar um caso além daqueles que, em um primeiro momento, podem parecer os conflitantes no caso.

Admitir a utilização da tese dos direitos implica afirmar que os juízes decidem os casos fáceis com a aplicação direta da lei, aliás, são classificados como fáceis justamente por contar com uma legislação que se lhe aplique. Por outro lado, a decisão de casos difíceis é fundamentada em princípios aceitos pela comunidade e com a análise das decisões passadas, mas não é simplesmente retirada destas fontes, eis que, para cada caso, haverá uma resposta correta, o reconhecimento de um direito.

No âmbito constitucional, isso implica afirmar que a Corte Suprema de um país – e o que aqui se afirma aplica-se inteiramente ao Supremo Tribunal Federal brasileiro – deve decidir os casos que lhe são apresentados ainda que não encontre uma regra diretamente aplicável, mesmo no texto constitucional. Aliar tal idéia à possibilidade de revisão judicial dos atos dos outros dois poderes inevitavelmente levará à discussão acerca da possibilidade de admissão do ativismo judicial.

O ativismo judicial

[...] sostiene que los tribunales deben aceptar las directivas o mandatos de las estipulaciones constitucionales supuestamente <vagas> [...] [elaborando]

⁴⁸² DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 274.

principios de legalidad, igualdad y otros semejantes, revisarlos de tiempo en tiempo a la luz de lo que parezca ser la visión moral más reciente de la Corte y, de acuerdo con ello, juzgar los actos del Congreso, los diversos estados y el Presidente⁴⁸³.

E, para Alfonso Santiago,

la Corte activista es la que, más allá de ejercer la función de control respecto de las decisiones adoptadas por los poderes políticos, asume la iniciativa política y fija pautas de gobierno, adelantándose a la actuación de los otros órganos de conducción del Estado⁴⁸⁴.

Também conhecido como governo dos juízes, o ativismo “[...] se tornou um estigma do modelo constitucional americano, [e] refere-se àqueles períodos em que a Corte desenvolveu uma atuação ativa, interpretando e ampliando o sentido da Constituição, de forma a ocupar um espaço cada vez maior na arena de decisão política”⁴⁸⁵. Esses períodos podem ser identificados como a fase em que a atuação da Corte julgava inconstitucionais leis relacionadas ao *New Deal*, que eram consideradas intervencionistas demais diante dos direitos individuais, em especial o direito de contratar.

Para André Ramos Tavares, “A construção do Direito pelo judiciário é legítima. Sob esse prisma poder-se-ia considerar político o Tribunal Constitucional e suas decisões. Mas segundo esse critério, todo o judiciário seria político”⁴⁸⁶.

Marcelo Caetano afirma que

⁴⁸³ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, p. 217. Tradução livre da autora: “...sustenta que os tribunais devem aceitar as diretivas ou mandatos das estipulações constitucionais supostamente <vagas> [...] [elaborando] princípios de legalidade, igualdade e outros semelhantes, revisá-los de tempos em tempos à luz do que pareça ser a visão moral mais recente da Corte e, de acordo com ela, julgar os atos do Congresso, os diversos Estados e o Presidente.

⁴⁸⁴ SANTIAGO, Alfonso. *La Corte Suprema y el control político*, p. 418. Tradução livre da autora: “a Corte ativista é a que, além de exercer a função de controle das decisões adotadas pelos poderes políticos, assume a iniciativa política e fixa pautas de governo, adiantando-se à atuação dos outros órgãos de condução do Estado.”

⁴⁸⁵ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal*, p. 61.

⁴⁸⁶ TAVARES, André Ramos. *Tribunal e jurisdição constitucional*, p. 68.

[...] o Supremo Tribunal foi desenvolvendo a ingerência da justiça federal na atividade legislativa quer da União quer dos Estados. Este poder [...] tem, por vezes, sido utilizado como arma política, originando conflitos com os Presidentes [...] havia quem falasse num governo dos juizes nos Estados Unidos, visto serem eles quem em última análise decidia quais as leis que podiam vigorar [...]⁴⁸⁷.

Mas Alfonso Santiago chega a defender a Corte ativista, afirmando que:

[...] es legítima una postura activista cuando, de no asumirla, la Corte Suprema no puede ejercer adecuadamente su función jurisdiccional, por no contar con las normas que le permitan llegar a una solución justa del caso a decidir. Por lo tanto, la legitimidad del activismo judicial, con la consiguiente creación de derecho pretoriano, está estrechamente ligada al correcto funcionamiento de la área jurisdiccional que realiza la Corte Suprema y es más estrecha y excepcional en las áreas de su función política⁴⁸⁸.

Em verdade, o autor adiciona à hipótese acima o caso

cuando existe una situación de notoria injusticia e ilegitimidad política y media una omisión cómplice y prolongada de los poderes políticos para ponerle remeio. Si la Corte Suprema no asume la iniciativa, aunque sea parcialmente, ella se vería obligada a convalidar una situación claramente ilegítima. Un ejemplo de este supuesto, como veremos más adelante, lo constituye el caso 'Brown' sobre segregación racial en las escuelas, resuelto por la Corte Suprema americana em 1954⁴⁸⁹.

O extremo oposto do ativismo judicial é o programa da restrição judicial que

[...] sostiene que los tribunales deben permitir que las decisiones de otras ramas gubernamentales sigan en pie, aun cuando lesionen el sentido que

⁴⁸⁷ CAETANO, Marcelo. *Direito Constitucional*, v. 1, p. 118.

⁴⁸⁸ SANTIAGO, Alfonso. Los modelos institucionales de Corte Suprema, p. 54. Tradução livre da autora: "...é legítima uma postura ativista quando, ao não assumi-la, a Corte Suprema não pode exercer adequadamente sua função jurisdiccional, por não contar com as normas que permitam chegar a uma solução justa do caso que se lhe apresenta. Portanto, a legitimidade do ativismo judicial, com a conseqüente criação do direito pretoriano, está estreitamente ligada ao correto funcionamento da tarefa jurisdiccional que realiza a Corte Suprema, e é mais estreita e excepcional nas áreas de sua função política."

⁴⁸⁹ SANTIAGO, Alfonso. Los modelos institucionales de Corte Suprema, p. 54. Tradução livre da autora: "quando existe uma situação de notória injustiça e ilegitimidade política e ocorre uma omissão cúmplice e prolongada dos poderes políticos para remediá-la. Se a Corte Suprema não assume a iniciativa, ainda que seja parcialmente, ela se veria obrigada a convalidar uma situação claramente ilegítima. Um exemplo disso, como veremos mais adiante, é o caso "Brown" sobre segregação racial nas escolas, resolvido pela Corte Suprema em 1954."

tienen los propios jueces de los principios que imponen las doctrinas constitucionales generales, excepto cuando tales decisiones lesionan en tal medida la moralidad política que violarían las estipulaciones sobre cualquier interpretación plausible, o quizá cuando un precedente claro exija una decisión en contrario⁴⁹⁰.

Mas, percebe-se que Dworkin recusa qualquer atividade legiferante pelo Poder Judiciário. Para ele, a eqüidade consiste

na busca permanente de procedimentos políticos de distribuição do poder [...]. Os poderes formalmente instituídos resultam harmônicos entre si, não pela retórica dos freios e contrapesos, mas pela efetividade dos seus mecanismos [...]. Na relação do público com o privado, confere-se a todos os cidadãos uma parcela, potencialmente igual, de força, tendo cada cidadão uma parcela igual de controle sobre as decisões tomadas pelo Poder Público⁴⁹¹.

Em suma, Dworkin propugna por uma comunidade de princípios, cujos membros teriam seus direitos e deveres oriundos do esquema de princípios, subscrito pelas decisões tomadas pelas instituições políticas⁴⁹².

Com ele há de se concordar que o Direito não é somente o conjunto de regras, que os princípios são, ou deveriam ser, os vetores nas decisões judiciais, que há sempre a melhor decisão a ser tomada. Entretanto, há que se ponderar que, na eleição dos valores dos princípios, estarão em jogo os valores do próprio julgador. Nesse ponto, é preciso se distanciar de Dworkin, para buscar complementação e solução em outro pensador.

⁴⁹⁰ SANTIAGO, Alfonso. Los modelos institucionales de Corte Suprema, p. 34. Tradução livre da autora: “[...] sustenta que os tribunais devem permitir que as decisões de outras funções governamentais sejam mantidas, ainda quando lesionem o sentido que os próprios juízes têm acerca dos princípios que impõem às doutrinas constitucionais gerais, exceto quando tais decisões lesionam em tal medida a moralidade política que violariam as estipulações sobre qualquer interpretação plausível, ou, quiçá, quando um precedente claro exija uma decisão contrária.”

⁴⁹¹ CHUERI, Vera Karam de. *Filosofia do direito e modernidade*, p. 141.

⁴⁹² CHUERI, Vera Karam de. *Filosofia do direito e modernidade*, p. 128.

5.3 O PENSAMENTO DE FRITJOF CAPRA

Fritjof Capra⁴⁹³ é um pensador que aplica a teoria da complexidade – de acordo com a qual os seres estão todos conectados por sua energia – particularmente à análise das redes, ao capitalismo global e ao estado do mundo. As últimas descobertas científicas mostram que todas as formas de vida – desde as células mais primitivas até as sociedades humanas, suas empresas e Estados nacionais, até mesmo sua economia global – organizam-se segundo o mesmo padrão e os mesmos princípios básicos: o padrão de redes, com unidades e sistemas interconectados. O autor desenvolve uma compreensão sistêmica e unificada que integra as dimensões biológicas, cognitivas e sociais da vida e demonstra claramente que a vida, em todos os seus níveis, é inextricavelmente interligada por redes complexas.

O que se pretende aqui é utilizar sua visão de mundo na área jurídica. O autor identifica a tendência do global que contrasta com a tendência do reducionismo que permanece dominante dentro da comunidade científica. Ele conecta as origens da vida, da mente, da consciência e da natureza da realidade social, mostrando que a idéia de rede é a estrutura central da vida. Mostra também que a vida, a consciência e a sociedade são propriedades emergentes, em outras palavras, que são, em alguns sentidos, produtos criados por processos mais simples e as redes biológicas são os blocos de edifício da vida.

Capra faz uma análise detalhada da biotecnologia⁴⁹⁴. E é dessa análise que se extraem elementos para este trabalho. É aqui que toca o que ele chama de “o dogma central” no qual a engenharia genética é baseada, qual seja, a idéia de que os genes individuais determinam diretamente traços e comportamentos biológicos. Assim, a engenharia genética é determinismo biológico aplicado; todavia, o autor demonstra que o determinismo biológico é simplista e não conta com o suporte da evidência científica, e que a bio-engenharia e a modificação genética são

⁴⁹³ As idéias de Capra estão expostas em seus livros, e se complementam. Eles são, *O Tao da Física, O Ponto de Mutação, Teia da Vida e Conexões Ocultas – Ciência para uma vida sustentável*.

⁴⁹⁴ CAPRA, Fritjof. *Conexões ocultas*, p. 23 e ss.

tecnologias profundamente suspeitas e perigosas. E estas características se devem ao objeto de estudo da bio-engenharia e aos valores que ela envolve.

O grande questionamento do autor gira em torno de valores⁴⁹⁵. A preocupação com os valores emergentes de um mundo globalizado e capitalista onde o dinheiro é a medida das coisas. Mudar este sistema de valor transforma, conseqüentemente, o foco da atenção. Há vários exemplos de comunidades que estão produzindo com consciência ecológica e que inspiram tecnologicamente, mas não mudam os fatos fundamentais da classe, da economia e do poder. São experiências pontuais que ainda precisam ser descobertas.

São dois os grandes acontecimentos-chave para a mudança nos seres humanos: a ascensão do capitalismo global e a criação de comunidades sustentáveis baseadas na alfabetização ecológica e na prática do projeto ecológico⁴⁹⁶. Enquanto que o capitalismo global é composto de redes eletrônicas por onde correm fluxos financeiros e de informações, o projeto ecológico trata das redes ecológicas de fluxos energéticos e materiais. O objetivo da economia global é o de elevar ao máximo a riqueza e o poder de suas elites; o objetivo do projeto ecológico é o de elevar ao máximo a sustentabilidade da teia da vida. Nas palavras de Paulo Roney Ávila Fagúndez: “A grande mudança ocorrerá com a superação do ter e quando se consolidar a supremacia do ser, enfim, com a consciência da supremacia da vida nas suas múltiplas manifestações”⁴⁹⁷.

Estes dois grandes acontecimentos encontram-se em rota de colisão. Ávila Fagúndez afirma que a forma atual do capitalismo global é insustentável dos pontos de vista social e ecológico. O chamado “mercado global” nada mais é do que uma rede de máquinas programadas para atender a um único princípio fundamental: o de que o ganhar dinheiro deve ter precedência sobre os direitos humanos, a democracia, a proteção ambiental e qualquer outro valor.

Na sociedade capitalista contemporânea, o valor central – ganhar dinheiro – caminha de mãos dadas com a exaltação do consumo material. Uma corrente infinita de mensagens publicitárias reforça a ilusão das pessoas de que a

⁴⁹⁵ CAPRA, Fritjof. *Conexões ocultas*, p. 48 e ss.

⁴⁹⁶ CAPRA, Fritjof. *Conexões ocultas*, p. 181 e ss.

⁴⁹⁷ FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila. *O direito e a hipercomplexidade*, p. 19.

acumulação de bens materiais é o caminho que leva à felicidade, o próprio objetivo da vida. O aspecto negativo da globalização é que ela se apóia em uma visão de mundo como um grande mercado.

O grande desafio que se apresenta ao século XXI é o de promover a mudança do sistema de valores que atualmente determina a economia global e chegar a um sistema compatível com as exigências da dignidade humana e da sustentabilidade ecológica. Capra demonstra que os seres humanos estão ligados à teia da vida em nosso planeta e mostra quão imperiosa é a necessidade de se reorganizar o mundo segundo um conjunto de crenças e valores diferente (que não tenha o acúmulo de dinheiro por único sustentáculo) e isso não só para o bem-estar das organizações humanas, mas para a sobrevivência e sustentabilidade da humanidade como um todo. Nesse sentido, já disse José Renato Nalini que “[n]enhum significado do desenvolvimento econômico ou tecnológico, se não vier acompanhado de preservação dos valores básicos sobre que assenta a civilização”⁴⁹⁸.

Para virar o jogo e garantir que esse caminho atual não será seguido, o autor conta com a nova concepção dos sistemas biológicos e sociais complexos que demonstram quais perturbações significativas podem desencadear múltiplos processos de realimentação que podem produzir rapidamente o surgimento de uma nova ordem. Necessária é a mudança de valores que “[...] será a mola mestra da transformação. Precisamos mudar os valores – isso deve-se insistir –; sem alteração dos valores não se modifica a visão de mundo”⁴⁹⁹.

Por outro lado, a teoria da complexidade também nos diz que esses pontos de instabilidade podem desencadear não uma mudança inovadora, mas um simples colapso das estruturas existentes.

Nesse caso, qual a esperança que se pode ter para o futuro da humanidade? Para o autor estudado, a resposta mais inspiradora a essa questão existencial foi dada por um dos personagens centrais das transformações sociais recentes, o grande dramaturgo e estadista tcheco Václav Havel, que transforma a pergunta numa meditação sobre a esperança em si:

⁴⁹⁸ NALINI, José Renato. A ética nas profissões jurídicas, p. 455.

⁴⁹⁹ FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila. *O direito e a hipercomplexidade*, p. 82.

O tipo de esperança sobre a qual penso freqüentemente, [...] compreendo-a acima de tudo como um estado da mente, não um estado do mundo. Ou nós temos a esperança dentro de nós ou não temos; ela é uma dimensão da alma, e não depende essencialmente de uma determinada observação do mundo ou de uma avaliação da situação [...] [A esperança] não é a convicção de que as coisas vão dar certo, mas a certeza de que as coisas têm sentido, como quer que venham a terminar⁵⁰⁰.

E esse modo de enxergar o mundo tem reflexos em todas as áreas do conhecimento, por isso, nem o Direito pode se eximir-se de conhecê-lo, discuti-lo e aproveitá-lo. O que Capra diz é que se faz necessária uma nova consciência, ecológica, não somente no sentido de proteção ao meio ambiente, mas, mais do que isso, de proteção à vida na Terra.

Pois bem, no Direito, evidentemente, há a preocupação de tutela das várias formas de vida. O que se exige é que a aplicação da legislação existente e a criação de novas leis sejam pautadas por princípios éticos, princípios de respeito a si e ao outro, e de solidariedade. A busca por uma sociedade melhor, no sentido aqui apresentado, só pode levar a uma comunidade mais ética.

Perceba-se, no entanto, que essa ética é uma só, a ser aplicada diuturnamente, nas relações de trabalho e nas relações pessoais. É a mesma ética que os aplicadores das leis devem ter. Nesse sentido, Paulo Roney Ávila Fagúndez afirma que “[P]ara salvar o Direito, necessita-se dotá-lo de um conteúdo ético”⁵⁰¹. Em suma, o conhecimento de que estamos todos envolvidos em uma rede e de que qualquer instabilidade gerada tem reflexos não previsíveis deve pautar a conduta dos indivíduos.

Por isso, quando os juízes decidem buscando em princípios soluções, útil é exercitar a filosofia de Capra. De fato, exercita-se o poder de decisão até onde Dworkin o consegue explicar⁵⁰², após isso, necessário voltar os olhos aos ensinamentos de Capra, que trazem sentido à conduta judicial. Em outras palavras, é a consciência do todo que fará com que o juiz eleja os melhores princípios para o caso, os valore corretamente e encontre a melhor solução.

⁵⁰⁰ CAPRA, Fritjof. *Conexões ocultas*, p. 181 e ss.

⁵⁰¹ FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila. *Direito e holismo*, p. 22.

⁵⁰² Exatamente quando Dworkin diz que cabe ao juiz encontrar a melhor valoração para os princípios, retirando isso da sociedade.

Mas, se o problema é ético, deixar ou não nas mãos do Poder Judiciário importantes decisões acerca do que já foi definido por outros poderes é somente o início de um problema muito maior, que é, realmente, a organização do poder. Neste sentido, não haverá um problema de limitação somente em relação à atividade do Judiciário, mas também à do Executivo. Para exemplificar, não se olvide que

El presidente [...] estaba concebido como una especie de agente ejecutivo de la legislación aprobada por el Congreso; sin embargo, la práctica efectiva de los poderes presidenciales ha dibujado el contenido esencial de esa función, asignando al presidente un liderazgo político que comprende al mismo tiempo los poderes necesarios para 'gobernar'⁵⁰³.

Essa constatação precisa ser precedida da idéia de que, mesmo um Presidente, que deveria estar administrando de acordo com as regras estabelecidas pelo Legislativo, depende da articulação política necessária para que sua administração seja possível.

Assim, os problemas éticos podem surgir não somente no Judiciário, mas sim em quaisquer das funções do poder. E ainda mais, para extrapolar os limites deste trabalho jurídico, não se hesita em afirmar que os problemas éticos podem surgir em qualquer tipo de situação, envolvido ou não o Governo, bastando, para tanto, a existência do elemento homem diante de uma situação de decisão.

5.4 A CONTRIBUIÇÃO DE RONALD DWORKIN E FRITJOF CAPRA PARA COM O TEMA

Não há qualquer dúvida acerca da íntima relação entre a crise política e a jurisdicional que assola o país, de um lado, e uma crise ética⁵⁰⁴, do outro. Um país

⁵⁰³ AGESTA, Luis Sánchez. *Curso de derecho constitucional comparado*, p. 218. Tradução livre da autora: "O presidente [...] era concebido como uma espécie de agente executivo da legislação aprovada pelo Congresso; no entanto, a prática efetiva dos poderes presidenciais desenhou o conteúdo essencial desta função, assinando ao presidente uma liderança política que compreende ao mesmo tempo os poderes necessários para 'governar'."

⁵⁰⁴ José Renato Nalini fala da moral como sinônimo da ética: "A moral está para a vontade assim como a lógica para a inteligência. É a um tempo ciência e arte. É uma ciência, enquanto procura os princípios e condição da moralidade, ou seja, as leis da vontade em suas relações com o bem."

não pode sair incólume, por muito tempo, quando não há ética nas ações dos seus cidadãos. A busca desenfreada por bens materiais, a qualquer custo, faz com que se pague um preço pela saúde⁵⁰⁵ de cada um de nós, indivíduos, e pela saúde da coletividade. Nesse emaranhado de situações pelas quais os indivíduos passam diuturnamente, não se pode olvidar que “[A]s questões jurídicas estão inseridas na grande teia da vida, como diz Capra. E não há a possibilidade de se puxar um fio sequer que não venha a comprometer toda a estrutura”⁵⁰⁶.

A crise ética pela qual passa o País é identificada por estudiosos de diferentes áreas do conhecimento. O psiquiatra R. D. Laing⁵⁰⁷ afirma: “Perderam-se a visão, o som, o gosto, o tato e o olfato, e com eles foram-se também a sensibilidade estética e ética, os valores, a qualidade, a forma; todos os sentimentos, motivos, intenções, a alma, a consciência, o espírito”. Isso é resultado das opções que se apresentaram para a humanidade na história do conhecimento e das ciências.

Necessário é que os indivíduos sofram a influência de uma nova ética, não mais a ética moral, mas sim, uma ética holística, nas palavras de Paulo Roney Ávila Fagúndez:

Pretende-se enfrentar uma ética holística, contida numa ecologia profunda, que vê homens, animais e plantas numa convivência fraterna, porquanto se constituem em células do mesmo grande corpo universal. A ética não é algo dispensável. Sem dúvida, é a regra que disciplinará o futuro da humanidade. O sistema jurídico não traz as respostas para as grandes questões da humanidade. Todo o sistema repressivo parte do pressuposto da irresponsabilidade do ser humano. As normas jurídicas visam tutelar as condutas humanas. *Se os homens fossem realmente responsáveis pelas suas condutas não haveria a necessidade da tutela estatal*⁵⁰⁸.

A influência da matemática para explicar os acontecimentos foi decisiva para que os indivíduos passassem a se preocupar com o que é passível de classificação por medidas e qualidade. Nesse sentido, afirma Capra:

Mas é ciência prática, a ciência prática do bem, como a lógica é a ciência da verdade.” (NALINI, José Renato. A consciência moral do juiz, p. 258)

⁵⁰⁵ Aqui, o termo *saúde* é utilizado em um sentido amplo, abrangendo não somente o corpo físico, mas o espiritual, o âmbito financeiro e ambiental.

⁵⁰⁶ FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila. *O direito e a hipercomplexidade*, p. 53.

⁵⁰⁷ Citado por CAPRA, Fritjof. *O ponto de mutação*, p. 51.

⁵⁰⁸ Destaque da autora. FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila. *O direito e a hipercomplexidade*, p. 27.

A fim de possibilitar aos cientistas descreverem matematicamente a natureza, Galileu postulou que eles deveriam restringir-se ao estudo das propriedades essenciais dos corpos materiais – formas, quantidades e movimento –, as quais podiam ser medidas e qualificadas. Outras propriedades, como som, cor, sabor ou cheiro, eram meramente projeções mentais subjetivas que deveriam ser excluídas do domínio da ciência⁵⁰⁹.

Há muitos autores, nas diferentes áreas de conhecimento, que se ocupam de afirmar que se está diante de um momento de mudanças, mudança de paradigma, mudança de maneira de enxergar o mundo, mudança no modo de se relacionar com as pessoas e com o meio ambiente. Assim, os economistas se debruçam sobre os limites do capitalismo; os juristas, sobre o papel do Estado; os físicos, sobre o comportamento de micropartículas, não somente quando isoladas, mas, quando fazem parte de um sistema. Cada um se ocupa com o problema específico de sua área, mas se pode notar, nos estudos que são publicados, não somente em meios científicos, mas, também, nas notícias de jornal, que há um ponto de convergência entre as pessoas que se dedicam à solução de algum problema: todos estão tentando encontrar soluções a partir de uma análise generalista, que abarque o conhecimento de outras áreas do saber, que não somente aquela a que se dedicam. Desta maneira, o isolacionismo de partículas, que foi abandonado pela física como meio de compreensão do mundo, afetou a maneira de como o economista enxerga um determinado problema. Nas diversas áreas do saber, os olhos têm sido voltados para a compreensão de sistemas, de como seus elementos se relacionam, interagem e influenciam uns aos outros.

É assim que o próprio Dworkin representa essa tendência quando afirma que

O Direito como integridade tem uma atitude mais complexa com relação aos ramos do direito. Seu espírito geral os condena, pois o princípio adjudicativo de integridade pede que os juízes tornem a lei coerente com o todo, até onde lhes seja possível fazê-lo, e isso poderia ser mais bem-sucedido se ignorassem os limites acadêmicos e submetessem alguns segmentos do direito a uma reforma radical, tornando-os mais compatíveis, em princípio, com outros. Contudo, o direito como integridade é interpretativo, e a compartimentalização é uma característica da prática jurídica que nenhuma interpretação competente pode ignorar [...] [deve-se] encontrar uma

⁵⁰⁹ CAPRA, Fritjof. *O ponto de mutação*, p. 51.

explicação da prática de dividir o direito em ramos diversos que mostre essa prática em sua melhor luz⁵¹⁰.

E a falta de comunicação entre as diferentes áreas do saber tem consequências sentidas pelos estudiosos:

Em nosso continente, houve enormes problemas de qualidade no debate sobre o desenvolvimento. Um dos mais graves foi a falta de associação da ética com a economia. Não se cuidou do valor moral e ético da conduta econômica. Na base disso tudo está a desigualdade, um problema econômico que exige um debate e uma visão ética⁵¹¹.

Leonardo Boff, com outras palavras, também identifica a necessidade de se voltar para atitudes cooperativas e pelo respeito à natureza:

Esse conceito está presente em todos os documentos oficiais dos organismos internacionais, nacionais e nos projetos das empresas. Entretanto, devemos ter cautela no seu uso, pois se não discutirmos previamente o tipo de desenvolvimento que temos em mente, poderemos cair numa falácia e não realizar o que quer esse conceito. Se tomarmos como referência o desenvolvimento capitalista, devemos saber que ele, fundamentalmente, destrói a sustentabilidade. Esse tipo de desenvolvimento é linear, cumulativo, e não tolera limites porque é regido pela concorrência, não pela cooperação. Em razão disso, ele cria continuamente desigualdades sociais e, em geral, depreda a natureza ou coloca sob estresse os recursos escassos. O que queremos é a sustentabilidade, categoria que vem da biologia, da ecologia e das ciências da Terra. Por seu intermédio, se quer enfatizar o fato de que todos os seres são interdependentes, cooperativos e co-evoluem de forma a criar um equilíbrio dinâmico na realidade. O desenvolvimento capitalista, hoje hegemônico, como se constata em nível mundial, cria cada vez mais exclusões e, ano a ano, só faz piorar os índices de sustentabilidade da vida, dos ecossistemas e do Planeta⁵¹².

Essa mudança no modo de enxergar o mundo faz com que cresça o sentimento de que o homem também não está sozinho. O individualismo deve deixar de ser uma característica da humanidade, aos poucos, que passa a ter uma imagem, de si mesma, mais complexa, completa e sistêmica. É provável que não se

⁵¹⁰ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 301.

⁵¹¹ KLIKSBURG, Bernardo. Entrevista a Eliane Cantanhêde na *Folha de S. Paulo*, 13.08.2003. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fofha/pensata/ult681u89.shtml>>.

⁵¹² BOFF, Leonardo. Entrevista. Disponível em: <http://www.ethos.org.br/docs/empresas_entidades/conferencia/2003/leonardo.shtml>.

veja o final de tal mudança tão cedo, mas a história prova que as mudanças não ocorrem em um curto espaço de tempo. A vida de um homem não pode ser o paradigma para contabilizarem-se as mudanças pelas quais a humanidade passa. Em uma vida pode-se testemunhar, tão-somente, o ápice do declínio ou da ascensão de uma determinada característica da humanidade, mas jamais todo o seu curso.

É diante deste quadro que se apresenta oportuna a abordagem de Fritjof Capra acerca das mudanças pelas quais a humanidade passa, e, em especial, sobre o momento que agora se presencia⁵¹³. Capra fez uma interessante correlação entre a filosofia chinesa e o modo como mudanças ocorrem. Assim, descreve os dois pólos entre os quais a atividade do mundo se divide, o *yin* e o *yang*⁵¹⁴. Explica que o primeiro é feminino, temporizador, intuitivo, e o segundo é masculino, violento, agressivo, racional. Identifica então as fases culturais da humanidade como a prevalência de um outro pólo, de uma ou outra característica. Há muito, a humanidade passa por um período onde prevalece o lado *yang*, que tem como características a sociedade patriarcal, mulheres submissas, atos violentos contra a natureza, preocupação em retirar da natureza tudo o que for necessário para o ser humano, sem preocupação com as conseqüências, dominação da natureza, da mulher, da mãe, prevalência da ciência sobre a religião, atitudes competitivas e não-cooperativas.

Capra afirma que os movimentos sociais iniciados na década de setenta são a gênese de uma mudança de paradigma que há de afetar todas as relações sociais e ambientais⁵¹⁵. Os movimentos feministas, de consumidores, de minorias raciais, ecológicos, todos partem de um princípio comum: a tentativa de fazer respeitar regras de convivência mais igualitária e que permita a ocorrência de um futuro que comporte todos.

Tudo isso indica que se deve estar passando por uma transição, para um momento onde prevaleça o pólo *yin*, mais cooperativo, receptivo e intuitivo. A cultura chinesa não faz qualquer correlação entre estes dois pólos e juízos de valor, nenhum deles é melhor do que o outro; o melhor é a convivência harmoniosa dos

⁵¹³ CAPRA, Fritjof. *O ponto de mutação*, p. 19-30.

⁵¹⁴ CAPRA, Fritjof. *O ponto de mutação*, p. 31-38.

⁵¹⁵ CAPRA, Fritjof. *O ponto de mutação*, p. 29.

dois. Se for verdade que a humanidade está passando por tal momento de mudança – e há todas as indicações sociais disto: preocupação com a destinação de lixo; crescimento da iniciativa privada nas áreas de educação, saúde, ecologia, proteção de crianças através de organizações não-governamentais – parece que há ainda algo a fazer, há algo que ainda não está totalmente adaptado à nova corrente.

Na área dos estudos jurídicos, não poderia ser diferente, também se notam mudanças. Os movimentos sociais fazem com que novas leis sejam editadas, e deles surge a necessidade de proteção de minorias (crianças, idosos, consumidores) e de cuidados com o meio ambiente (leis protetivas da fauna e flora; de correta destinação de lixo domiciliar ou não).

O que mais toca ao cidadão leigo são as notícias, cada vez mais comuns, de que um esquema de corrupção foi desvendado ou denunciado; de que mais um traficante foi preso; do julgamento de um acusado por crime do colarinho branco; de fraudes em licitações; de maquiagem da contabilidade de empresas... Parece que ou o jornalismo investigativo definitivamente está em voga, ou as pessoas estão um pouco mais conscientes de que “esquemas”, corrupção e falta de ética é prejudicial a todos, ainda que beneficie muito, alguns poucos.

Mas talvez seja somente um efeito desta mudança de paradigma, deste momento de transição identificado por Capra. Talvez se esteja assistindo um período em que cada vez um número menor de pessoas admitirá a participação em esquemas ilegais ou imorais. Sem dúvida, esta é uma justificativa para o que se vê brotar em diferentes países: denúncias e mais denúncias de corrupção nas suas diversas maneiras.

É aqui que se evidencia o que se falou no início: a crise é ética. Não é mais possível desviar dinheiro público, em cifras de bilhões, para dividi-lo entre quatro ou cinco pessoas, enquanto milhões de crianças passam fome, não têm acesso à educação básica, a sistema de água e esgoto, à saúde, ao lazer. Não é mais possível que sejam admitidas fraudes em licitações que fazem com que o dinheiro público seja destinado a poucos empresários, dinheiro que deveria estar sendo aplicado na melhoria de condições de vida dos cidadãos.

As instituições públicas estão passando por essa crise, o que não é difícil de comprovar, bastando a leitura de qualquer jornal, em qualquer dia da semana, para identificar problemas que são éticos, em especial no Legislativo e no Executivo.

O poder do Estado foi dividido em três funções para tentar, assim, fazer com que trabalhassem harmoniosamente, sem desempenhar o papel de fiscal um do outro, mas, a divisão e a distribuição em pessoas diferentes foram feitas com o intuito primordial de evitar abusos.

Todavia, não há quem tente relevar o fato de que, na prática, o funcionamento dos poderes nunca foi como o preconizado na teoria. Suas funções, muitas vezes, se confundiram e se confundem. A tendência é de que um poder passe a ter mais atribuições, atribuições originalmente de outro poder, sempre que um deles deixa de atender a contento às necessidades sociais. Essa é uma explicação para a atribuição do Executivo, por exemplo, editar medidas provisórias. Ocorre que no exercício das funções atribuídas a cada um dos poderes, podem surgir conflitos, e os conflitos, assim como aqueles que surgem entre indivíduos, precisam ser resolvidos.

O Poder Judiciário é o que tem, por essência, a atribuição de resolver conflitos. Esta atribuição lhe foi concedida, inicialmente, porque se vislumbravam os conflitos entre indivíduos e entre estes e o Estado. Até aí não havia dificuldade em compreender e aceitar o exercício da jurisdição pelo Poder Judiciário, eis que os particulares não o poderiam fazê-lo por si próprios. Todavia, ao passar a decidir conflitos surgidos no âmbito dos próprios poderes, a situação toma uma coloração diferente. Uma nova ética precisa, urgentemente, pautar as decisões judiciais, uma ética holística, e mais do que isso, uma ética ecológica. Por isso, pertinentes as palavras de José Renato Nalini: “O quando se afirma em relação à consciência moral de qualquer ser humano, deve ser potencializado no concernente à consciência moral do juiz”⁵¹⁶.

Ao Poder Judiciário foi confiada a atividade importante de zelar pelo respeito à Constituição, texto maior a que tudo e todos estão sujeitos. Significa afirmar que, quando atua, o Estado também deve respeito às normas constitucionais. É assim que a atividade do Poder Executivo e do Poder Legislativo

⁵¹⁶ NALINI, José Renato. A consciência moral do juiz, p. 265.

pode ser fiscalizada pelo Poder Judiciário, tão-somente acerca de sua conformidade com a Constituição⁵¹⁷. Neste sentido, afirmou o Ministro Celso de Mello no julgamento da ADI 223/DF⁵¹⁸: “A submissão plena do Estado ao Judiciário dá concreção efetiva ao princípio tutelar das liberdades públicas e rompe os rígidos círculos de imunidade do poder”.

O instrumento que o Judiciário dispõe para efetuar tal fiscalização é o controle da constitucionalidade dos atos do Executivo e do Legislativo. Este instrumento, como já afirmado⁵¹⁹, é de grande importância, e da sua boa utilização depende o relacionamento harmônico entre os poderes. Já foi visto que foi por causa da possibilidade de o Poder Judiciário efetuar tal controle é que foi elaborada a doutrina das questões políticas, que limitam o poder de fiscalização, delimitando a área em que o Judiciário pode ou não adentrar e, em última análise, restabelecendo o equilíbrio entre os poderes.

Mas, em meio a tudo isto, não se pode olvidar que as decisões do Poder Judiciário são tomadas por seres humanos, os juízes, e que destes depende a conformação das decisões ao direito⁵²⁰ e sua capacidade de eficazmente resolver conflitos no âmbito processual e no material, além de trazer tranquilidade para as partes. Veja-se o que disse Daniel E. Herrendorf:

Ya temos explicado que el juez es el que le da vida al ordenamiento jurídico haciéndolo funcionar a todo él cada vez que emite un fallo. El derecho no es algo concluido y acabado que un funcionario aplica insensiblemente. El juez está integrando el ordenamiento jurídico todo, que descende hasta el sitio en que el juez está⁵²¹.

⁵¹⁷ O que é bastante, diga-se de passagem.

⁵¹⁸ Em seu voto, às fls. 31.

⁵¹⁹ Veja-se o capítulo 2.3.1.2.

⁵²⁰ E José Renato Nalini sugere, para possibilitar um treinamento moral dos juízes, tornando suas decisões ainda melhores: “o estudo; o hábito da reflexão; a transparência e o pedido de ajuda e conselho”. (NALINI, José Renato. A consciência moral do juiz, p. 265)

⁵²¹ HERRENDORF, Daniel E. *El poder de los jueces, lo que piensan los jueces que piensan*, p. 93. Tradução livre da autora: “Já explicamos que o juiz é quem dá vida ao ordenamento jurídico, fazendo-o funcionar a cada vez que decide. O direito não é algo concluído e acabado que um funcionário aplica insensivelmente. O juiz integra todo o ordenamento jurídico, que vem até ele [para permitir a ocorrência da decisão].

A doutrina das questões políticas tem a importante missão de colocar o Judiciário em posição de igualdade com os outros dois poderes, e também de evitar que ele prevaleça sobre o Executivo e o Legislativo pelo simples fato de poder dar a última palavra em qualquer assunto. Ainda que isso ocorra, ainda que tenha sido esse o motivo de criação da doutrina das questões políticas, há um aspecto que precisa ser observado.

Se há uma crise que leva à mudança de paradigma, se há uma crise ética, é necessário que alguém tenha o poder de decisão sobre o que está ou não de acordo com a moral⁵²². Por isso a insistência aqui, de que se tem um problema ético, e é aí que Dworkin parece trazer uma solução:

Nesta marcha, que parte da consideração dos direitos individuais como princípio político-jurídico fundamental, cuja defesa encontra-se na coerente argumentação jurídica, chegar-se-á à justificação de uma particular forma de liberalismo, que se assenta, sobretudo, numa ética da eqüidade⁵²³.

Por excelência, a avaliação incumbe ao Poder Judiciário. Não é possível deixar a cada um dos poderes que avalie se sua atuação está ou não de acordo com os princípios inscritos na Constituição. Se a avaliação for feita no âmbito dos próprios Executivos e Legislativos, os resultados obtidos não devem ser tão bons, pela razão de que o avaliador é também o avaliado. E fazer tal assertiva demanda explicações.

No Executivo há, em última análise, um só indivíduo para se imputar os atos⁵²⁴. Ainda que esteja prevista a possibilidade de responsabilização de ministros⁵²⁵, em última análise, é o Presidente da República quem tem ou não, atitudes morais, é ele quem decide pela nação. Ressalte-se que não se olvida do

⁵²² E isso nada mais é do que fiscalizar se os atos estão ou não de acordo com a Constituição, eis que, a própria, em seu art. 37, é expressa ao estabelecer o princípio da moralidade como vetor das atividades públicas.

⁵²³ CHUEIRI, Vera Karam de. *Filosofia do direito e modernidade*, p. 65.

⁵²⁴ Dita o art. 76 da Constituição: "O Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado."

⁵²⁵ O art. 102, I, "c", da Constituição, concede ao Supremo Tribunal Federal competência para processar e julgar, originariamente, nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado.

caráter consultivo de todos os que, escolhidos por ele, o rodeiam, mas a figura do Executivo é representada, no sistema presidencialista, por um só indivíduo.

No Legislativo, a situação é exatamente o inverso. Há uma infinidade de indivíduos que deveriam estar representando seus Estados ou os cidadãos que neles votaram. Todavia, a teoria está totalmente divorciada da prática. Os membros do Legislativo representam interesses de grupos que os financiam. A dependência do Executivo em relação ao Legislativo é tão grande que a barganha é prática disseminada. A liberação de verbas para partidos que concordam em votar a favor dos interesses do Executivo não é desconhecida de ninguém. A possibilidade de indicação para preenchimento de cargos em troca de votos também não é novidade. Estas situações têm sido, cada vez mais, trazidas à tona, denunciadas, o que indica que a mudança de paradigma é realmente global, ocorre também no âmbito político. Todavia, todas estas ocorrências fazem crer que o Legislativo não é o melhor ambiente para se julgar a conformidade de atos com a moralidade, a eficiência e os demais princípios constitucionais.

Não se desconhece a tese que apela ao argumento democrático quando afirma que

[...] si los hombres no tienen derecho en contra de la mayoría, si la decisión política es simplemente cuestión de cuáles ha de ser las preferencias que prevalezcan, entonces la democracia ofrece efectivamente una buena razón para dejar esa decisión en manos de instituciones más democráticas que los tribunales, aun cuando tales instituciones escojan opciones que repugnan a los propios jueces⁵²⁶.

Este nada mais é do que o argumento utilizado pelos adeptos da teoria da restrição judicial, eis que afirmam que muito melhor é deixar a decisão a cargo de um corpo político eleito pela maioria. É claro que a falácia deste argumento não o deixa ir muito longe. Não se pode afirmar ao certo que o Legislativo realmente reflita a opinião da maioria; por outro lado, mesmo se assim o for, se o Legislativo realmente representa a maioria, o perigo é muito maior, eis que não há segurança

⁵²⁶ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, p. 221. Tradução livre da autora: “[...] se os homens não têm direito contra a maioria, se a decisão política é simplesmente questão de quais devem ser as preferências a prevalecer, então a democracia oferece efetivamente uma boa razão para deixar essa decisão nas mãos de instituições mais democráticas que os tribunais, ainda quando tais instituições escolham opções que repugnem aos próprios juízes.”

alguma de que os direitos das minorias estarão garantidos nas decisões por ele tomadas. Por outro lado, afirma Luiz Flávio Gomes que: "A essência da legitimação democrática formal da atividade judicial, portanto, está, não na eleição direta dos juizes, senão na vinculação do juiz à lei"⁵²⁷.

Outro argumento a favor dos adeptos da teoria da restrição judicial, e para fortalecer a posição do Legislativo, é o que afirma que a democracia exige que os problemas morais e de princípios devem ser decididos por quem seja responsável perante a opinião pública, o que o Supremo Tribunal Federal não é. Este argumento também é facilmente refutado, nas palavras de Dworkin:

¿Por qué hemos de aceptar una visión tal de la democracia? Decir que eso es lo que significa democracia no sirve, porque es un error suponer que la palabra, en cuanto tal, tenga ningún significado tan preciso. Aun si lo tuviera, tendríamos que reformular la cuestión para preguntar por qué hemos de tener democracia, si damos por sentado que eso es lo que significa. Tampoco sirve de mucho decir que esa visión de la democracia está establecida en la Constitución estadounidense, ni que tiene un arraigo tal en nuestra tradición política que estamos firmemente a favor de ella. No podemos sostener que la Constitución, que no estipula norma alguna que limite la revisión judicial a los casos claros, establece una teoría de la democracia que excluye una revisión más amplia, ni tampoco decir que de hecho nuestros tribunales ha aceptado de manera coherente una restricción tal⁵²⁸.

Resta avaliar o Poder Judiciário. Está-se longe da intenção de afirmar, ou sequer tentar demonstrar, que o Judiciário está livre da corrupção. Onde há seres humanos ela pode ocorrer, em maior ou menor grau, dependendo do nível de comprometimento dos cidadãos⁵²⁹. Todavia, as decisões de questões constitucionais

⁵²⁷ E à Constituição, acrescenta a autora. GOMES, Luiz Flávio. *A dimensão da magistratura no estado constitucional e democrático de direito*, p. 121.

⁵²⁸ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, p. 222. Tradução livre da autora: "Por que temos de aceitar tal visão da democracia? Dizer que isso é democracia não serve, porque é um erro pressupor que a palavra, enquanto tal, não tenha um significado tão preciso. Ainda se o tivesse, teríamos de reformular a questão para perguntar por que temos de ter democracia, se damos por certo que isso é o que ela significa. Tampouco serve muito dizer que essa visão da democracia está estabelecida na Constituição norte-americana, nem que está tão arraigada em nossa tradição política que estamos firmemente a favor dela. Não podemos sustentar que a Constituição, que não estipula norma alguma que limite a revisão judicial dos casos claros, estabelece uma teoria da democracia que exclui uma revisão mais ampla, nem tampouco dizer que de fato nossos tribunais aceitaram de maneira coerente tal restrição."

⁵²⁹ Segundo a organização Transparência Internacional, em 2005, o Brasil estava em 62º lugar entre os países com maior grau de corrupção. O menor grau era encontrado na Islândia, Finlândia, Nova Zelândia e Dinamarca. Disponível em: <http://www.transparency.org/policy_research/surveys_indices/cpi/2005>. Acesso em: 05 ago. 2006.

passam hoje, necessariamente⁵³⁰, por onze cidadãos que compõem o Supremo Tribunal Federal. Afirmar que, efetivamente, o melhor é deixar que decidam, mesmo quando se trata de situações do âmbito restrito dos outros poderes, é se defrontar, inevitavelmente, com a questão do por quê? O que faz estes indivíduos melhores, ou especiais, ou diferentes, ou o que faz a reunião destes indivíduos diferente ou especial para se lhes franquear tamanha responsabilidade? E mais, nas palavras de Alexandre M. Bickel, citando o juiz da Suprema Corte Thayer, “[w]e cannot know whether [...] our legislatures are what they are because we have judicial review, or whether we have judicial review and consider it necessary because legislatures are what they are”⁵³¹.

Adhemar Ferreira Maciel adverte que “[Q]uer queiramos quer não, estamos sempre refletindo o meio onde nascemos e vivemos; nossa posição social; nossa infância; nossa família; nossa ideologia política. O próprio critério de recrutamento do juiz acaba por influir em sua conduta profissional”⁵³².

Há, de fato, diferentes críticas atingindo o Poder Judiciário. Algumas se referem à posição e à postura de um juiz, outras se referem à instituição como um todo, seu aparelhamento etc. Daniel E. Herrendorf fez uma avaliação do problema:

La inoriginalidad del derecho en las últimas décadas – largas décadas – ha sido tema de muchas meditaciones. Nos preguntamos si alguna vez se volverá a enseñar a los estudiantes que los que viven y crean el derecho son las personas, los unamunianos seres de carne y hueso que viven cada día de la vida con dolor, con felicidad, con angustia, con dichas, con desvelos. Que no hay más derecho que la conducta desplegada tal y como ella se despliega; que los jueces, en tanto que son los que tienen en sus manos la función de comprender esas conductas, no pueden burlarse de las normas, pero sí pueden juzgar de acuerdo a pautas de valoración que, dentro de lo razonable, descubran soluciones mejores que las que las normas proponen; y que el derecho, como vida humana viviente y como forma de cultura, requiere de nuevos estímulos, esto es, nuevas maneras

⁵³⁰ A menos que ocorra algum tropeço processual (perda de prazo; não-renovação de instância; falta de prequestionamento; falta de peças; falta de assinatura, e tantos outros motivos pelos quais os recursos podem não chegar ao STF).

⁵³¹ BICKEL, Alexandre M. *The least dangerous branch*, p. 25. Tradução livre da autora: “não podemos saber se [...] nossas legislaturas são o que são porque temos a revisão judicial, ou se nós temos a revisão judicial e a consideramos necessária porque nossas legislaturas são o que são.”

⁵³² MACIEL, Adhemar Ferreira. O papel jurídico, político e social do magistrado a propósito das Constituições brasileira e uruguaia, p. 223.

de pensar que descompriman una ciencia bastante agobiada por sí misma⁵³³.

São várias as objeções impostas à concessão de tal poder aos tribunais⁵³⁴. Podem ser fundamentadas na equidade, e assim afirmar que seria mais eqüitativo deixar a cargo de uma instituição democrática a solução de casos difíceis. Neste sentido, o fato de os juízes da Corte Suprema não serem eleitos pelo povo, em oposição aos membros do Poder Legislativo, seria um argumento decisivo para definir a detenção ou não de competência pelo Judiciário para se manifestar sobre a constitucionalidade de atos e leis. Neste sentido, afirma Alexandre M. Bickel que “[T]he heart of the democratic faith is government by the consent of the governed”⁵³⁵.

Todavia, essa oposição é rebatida com a avaliação dos casos em que a maioria legislativa deve decidir contra os seus interesses. Não é possível afirmar que o legislador eleito e dependente de seu eleitorado em uma reeleição decidiria contra os interesses da maioria. Diante disto, não é possível garantir uma decisão justa para com a minoria. Neste sentido:

Efetivamente, os representantes eleitos não são os mais aptos a identificar aquelas situações em que a maioria pretende excluir uma minoria do processo político ou diluir sua influência sobre as decisões através dele adotadas, ou quando a maioria estabelece um regime para si própria e outro, menos favorável, para uma minoria⁵³⁶.

⁵³³ HERRENDORF, Daniel E. *El poder dos jueces, lo que piensan los jueces que piensan*, p. 88. Tradução livre da autora: “A falta de originalidade do direito nas últimas décadas – longas décadas – tem sido tema de muitas meditações. Perguntamo-nos se alguma vez se voltará a ensinar aos estudantes que os que vivem e criam o direito são as pessoas, os tradicionais seres de carne e osso que vivem cada dia da vida com dor, com felicidade, com angústia, com sorte, com zelo. Que não há mais direito que a conduta desapegada no modo em que ela ocorre; que os juízes, na medida em que são os que têm em suas mãos a função de compreender essas condutas, não podem esquivar-se das normas, mas sim podem julgar de acordo com pautas de valoração que, dentro do razoável, descubram soluções melhores do que as propostas pelas normas; e que o direito, como vida humana vivente e como forma de cultura, requer novos estímulos, isso é, novas maneiras de pensar que descomprimam uma ciência bastante fatigada por ela mesma.”

⁵³⁴ E aqui vale a lição de DWORKIN em *Los derechos en serio*, p. 222 e ss.

⁵³⁵ BICKEL, Alexandre M. *The least dangerous branch*, p. 27. Tradução livre da autora: “O coração da fé democrática é governado pelo consentimento dos governados.”

⁵³⁶ BRITO, Miguel Nogueira de. *Originalismo e interpretação constitucional*, p. 86.

Outra oposição que poderia ser imposta ao poder de decisão dos tribunais é o argumento de que o Legislativo tem maior capacidade de tomar decisões acertadas, mais sãs, nas palavras de Dworkin. Nesse sentido, Alexander Bickel⁵³⁷ defendeu a idéia de que a Corte de Warren⁵³⁸ teria chegado a conclusões corretas em suas decisões se elas produziram resultados desejáveis. Por exemplo, a decisão seria correta, no caso da dessegregação, se ela tivesse levado ao fim do racismo. Como não foi o que ocorreu, por este raciocínio, a Corte deveria estar errada. É claro que está posição não é sustentável, eis que, o fato de a Corte ter tomado a decisão pela dessegregação foi um passo adiante para o reconhecimento de direitos dos negros, além disso, não há evidências de que os Estados Unidos estejam hoje pior do que se a Suprema Corte não tivesse tentado acabar com a segregação, aliás, a longo prazo, nem se pode dizer que o programa da Corte foi fracassado⁵³⁹.

Para Dworkin

Nuestro sistema constitucional descansa sobre una determinada teoria moral, a saber, que los hombres tienen derechos morales en contra del Estado. Las cláusulas difíciles del <Bill of Rights>, como las cláusulas de igual protección y de proceso debido, deben ser entendidas como apelaciones a conceptos morales, más bien que como el establecimiento de determinadas concepciones; por consiguiente, un tribunal que asuma la carga de aplicar plenamente tales cláusulas como derecho debe ser un tribunal activista, en el sentido de que debe estar preparado para formular y resolver cuestiones de moralidad política⁵⁴⁰.

⁵³⁷ Bickel foi um grande crítico das decisões da Suprema Corte americana, especificamente na época em que seu presidente foi Earl Warren. Suas idéias estão em um conhecido livro dos estudantes de Direito americano, chamado *The Supreme Court and the Idea of Progress*. New Haven: Yale University Press, 1978.

⁵³⁸ Refere-se ao período de 1953 a 1969, quando foi presidente da Suprema Corte o juiz Earl Warren. Os presidentes costumam dar nome ao período da Corte em que exercem seu cargo, assim, a Corte Warren denomina o conjunto de decisões com características específicas – neste caso, liberais – do período em que esse juiz esteve na presidência da Corte.

⁵³⁹ Este exemplo é de Dworkin em *Los derechos en serio*, p. 226.

⁵⁴⁰ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, p. 230. Tradução livre da autora: “Nosso sistema constitucional se fundamenta em uma determinada teoria moral, a saber, que os homens têm direitos morais diante do Estado. As cláusulas difíceis da <Carta de Direitos>, como as cláusulas de igual proteção e do devido processo, devem ser entendidas como apelações a conceitos morais, mais do que como o estabelecimento de determinadas concepções; por isso, um tribunal que assumo o encargo de aplicar plenamente tais cláusulas como direito deve ser um tribunal ativista, no sentido de que deve estar preparado para formular e resolver questões de moralidade política.”

Isso se aplica aos Estados Unidos porque sua Constituição é sintética e muito pouco diz a respeito dos direitos dos indivíduos, em especial se comparada com a Constituição brasileira. No Brasil, pelo seu texto constitucional, não é preciso afirmar que há direitos morais contra o Estado. Há direitos previstos expressamente no texto constitucional. E os direitos mais amplos, previstos como princípios, podem ser concretizados através da interpretação sistêmica ou legislação infraconstitucional. Se ambos falham, esses princípios poderiam necessitar de um conceito moral para sua concretização, e aí, e somente então, o tribunal seria ativista, porque teria de decidir sobre tais conceitos morais. Mas a característica de ativista deveria aqui ser ponderada, eis que estaria limitada pela consciência do todo, da inserção do juiz em uma rede, o que lhe retiraria a característica de ativista. Mas não se olvide que a atividade do juiz não é fácil, eis que “[...] a interpretação [...] em direito, é um delicado equilíbrio entre convicções políticas de diversos tipos [...] estas devem ser suficientemente afins, ainda que distintas, para permitirem um juízo geral que troque o sucesso de uma interpretação sobre um tipo de critério por seu fracasso sobre outro”⁵⁴¹.

O Judiciário deverá sempre tentar equilibrar o interesse de todos com o interesse individual que se lhe apresenta. Neste sentido, assevera Dworkin que “La ruta del gobierno ha de consistir en mantener el timón en la línea media, equilibrando el bienestar general con los derechos personales y dando a cada cual lo debido”⁵⁴².

Assim, ao decidir uma questão política, “os juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade [...] [tentam encontrar] em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade”⁵⁴³.

Julgar os seus semelhantes ou pronunciar-se entre os seus pares, condenar ou absolver, exercer a severidade e praticar a indulgência, dispor da fazenda, da vida ou da honra dos outros, não há responsabilidade mais temerosa e mais grave. Ela exige a clareza da inteligência e a firmeza do

⁵⁴¹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 287.

⁵⁴² DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, p. 294. Tradução livre da autora: “A rota do governo deve se consistir em manter o timão na linha média, equilibrando o bem-estar geral com os direitos pessoais e dando a cada qual o quanto merece.”

⁵⁴³ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 305.

espírito, a competência e o caráter, o respeito que a si próprio se deve e o que aos outros se impõe. Não estou longe de acreditar que a civilização de um país se mede pela opinião que se tem de sua Magistratura, da autoridade ou do descrédito desta, do seu brilho ou de sua fraqueza, de sua imparcialidade ou de sua subserviência. A Justiça é o símbolo e o reflexo dos costumes públicos. Cada povo tem a magistratura que merece⁵⁴⁴.

Deve-se aliar, portanto, a condição de um indivíduo consciente de seu poder enquanto membro do Judiciário e, em especial, de sua mais alta Corte, com o conhecimento jurídico e com a sensibilidade para compreender sua posição no mundo que o cerca.

Neste sentido, para Dworkin

[...] os juízes não só podem como devem realizar – e, de fato, realizam – investidas na esfera do debate moral, a fim de decidir casos concretos. Cláusulas abertas da Constituição – como a do devido processo legal ou da igualdade – remetem o magistrado, obrigatoriamente, à esfera dos conceitos morais; ‘desta forma, uma corte que assume o ônus de aplicar essas cláusulas integralmente como direito, deve ser uma corte ativista, no sentido de que deve estar preparada para enquadrar e responder a questões referentes à moralidade política’⁵⁴⁵.

Além disto, há o princípio da responsabilidade, e é necessário acreditar que

[...] hombres y mujeres tienen la responsabilidad de organizar los juicios particulares sobre cuya base actúan en un programa de acción coherente o, por lo menos, que ése es el tipo de responsabilidad que tienen los funcionarios que ejercen el poder sobre otros hombres⁵⁴⁶.

E, de qualquer maneira

⁵⁴⁴ BARTHOLOMEU, Louis, Ministro da Justiça da França, citado pelo Ministro Ribeiro da Costa em seu voto no julgamento do Mandado de Segurança 3.557/DF, fls. 5.

⁵⁴⁵ VIEIRA, Oscar Vilhena. A moralidade da Constituição e os limites da empreitada interpretativa, ou entre Beethoven e Bernstein, p. 232.

⁵⁴⁶ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, p. 247. Tradução livre da autora: “...homens e mulheres têm a responsabilidade de organizar os juízos particulares sobre cuja base atuam em um programa de ação coerente ou, ao menos, esse é o tipo de responsabilidade que têm os funcionários que exercem o poder sobre outros homens.”

Si no podemos exigir que el Gobierno llegue a las respuestas adecuadas respecto de los derechos de sus ciudadanos, podemos reclamar que por lo menos lo intente. Podemos reclamar que se tome los derechos en serio, que siga una teoría coherente de lo que son tales derechos, y actúe de manera congruente con lo que él mismo profesa⁵⁴⁷.

Assim, alguém deve, efetivamente, tentar resolver as questões que a lei não resolve diretamente, e a questão de definir quem seja este alguém parece pender, indubitavelmente, para o Judiciário. E as questões políticas envolvem sempre direitos caros aos indivíduos, por isso devem ser tratadas com o devido cuidado e deferência, eis que “Se el Gobierno no se toma los derechos en serio, entonces tampoco se está tomando con seriedad el derecho”⁵⁴⁸.

E a teoria da integridade no direito, discutida acima, parece ser o melhor vetor para o Judiciário, na medida em que

A obrigação política deixa de ser, portanto, apenas uma questão de obedecer a cada uma das decisões políticas da comunidade, como em geral a representam os filósofos políticos. Torna-se uma idéia mais impregnada da noção protestante de fidelidade a um sistema de princípios que cada cidadão tem a responsabilidade de identificar, em última instância, para si mesmo, como o sistema da comunidade à qual pertence⁵⁴⁹.

Exigir que o Judiciário manifeste-se diante de questões políticas e que cada juiz, individualmente, faça um exercício para identificar quais os princípios envolvidos e quais os que devem prevalecer, é conceder, ao Judiciário, a importância que lhe é devida. O juiz deve estar consciente de seu processo de decisão. Ele não deve ser simplesmente algo intuitivo, algo que às vezes possa ser remetido aos casos passados, às vezes à sua própria moral, eis que, como afirmou Dworkin, “se compreendermos melhor a natureza de nosso argumento jurídico, saberemos melhor que tipo de pessoas somos”⁵⁵⁰, por isso o argumento moral

⁵⁴⁷ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, p. 278. Tradução livre da autora: “Se não podemos exigir que o Governo chegue a respostas adequadas sobre os direitos de seus cidadãos, podemos reclamar que ao menos o tente. Podemos reclamar que leve a sério os direitos, que siga uma teoria coerente acerca de tais direitos, e atue de maneira congruente com o que o mesmo professa.”

⁵⁴⁸ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, p. 303. Tradução livre da autora: “Se o Governo não leva os direitos a sério, então tampouco leva a sério o direito.”

⁵⁴⁹ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 231.

⁵⁵⁰ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 15.

trazido neste trabalho é tão importante: é necessário que a comunidade tenha identificado um conjunto de princípios e que exija sua obediência.

E não é de hoje que se reconhece que o trabalho de uma Corte Suprema não envolve somente a interpretação literal de leis. O juiz Taney, da Suprema Corte dos Estados Unidos, já era reconhecido por sua sensibilidade e por reconhecer “que a lei constitucional requer visão e senso comum além da análise legal cuidadosa”⁵⁵¹.

Neste sentido, já se manifestava Marcelo Caetano ao indicar que a limitação do poder político pelo controle de constitucionalidade pode não ser feito, na prática, como o é em teoria, e observa que,

Se na prática os resultados nem sempre são conformes com a teoria, isto quer dizer que nenhuma instituição ou sistema pode produzir os seus frutos numa sociedade se não for servida por homens dignos, com autoridade moral, competência profissional e total devoção à tarefa que lhes é confiada e se nessa sociedade não houver a convicção da necessidade e da utilidade da instituição ou do sistema, traduzida em respeito geral e em geral colaboração.

Os textos, as doutrinas, os princípios, tudo vale pouco se não for vivido. A primeira realidade política é o homem. Por isso, constituições eloqüentes e majestosas declarações de direitos, os parlamentos e os tribunais, serão processos vãos se não corresponderem a crenças, convicções e necessidades que os tornem efetivos e respeitados⁵⁵².

Assim, o problema não é mais saber que poder tem o Supremo Tribunal Federal, mas, sim, se ele pode ou não decidir as questões políticas. Foi a pergunta que se fez Dworkin:

A questão crucial agora não é saber que poder tem a Corte Suprema, mas como deve ser exercido seu vasto poder. Deveria ela empenhar-se em fazer cumprir toda a Constituição, inclusive as cláusulas que, para serem interpretadas, exigem um julgamento quase que exclusivamente político? Deveria decidir, por exemplo, se os detalhes da estrutura constitucional de algum Estado garantem ‘a forma republicana de governo’ que a Constituição federal exige, ou será que deveria deixar tal decisão a cargo do Congresso ou do próprio Estado? [...]. Deveria aceitar o julgamento dessas instituições, a menos que as considere totalmente equivocadas, ou deveria substituí-las sempre que preferisse uma decisão diferente?⁵⁵³

⁵⁵¹ São as palavras de William REHNQUIST (*The Supreme Court*, p. 69) “Taney... realized that constitutional law required vision and common sense as well as careful legal analysis”.

⁵⁵² CAETANO, Marcelo. *Direito constitucional*, v. 1, p. 407.

⁵⁵³ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 428.

Pertinente, portanto, a observação de Eugen Ehrlich, que afirmou que “a única garantia de justiça é a personalidade do juiz”⁵⁵⁴. Para Adhemar Ferreira Maciel:

No mundo da atualidade, de um modo geral, e no Brasil, de um modo particular, o juiz pode sentir-se pressionado pela mídia, que muitas vezes reflete interesses econômicos de grupos ou mesmo paixões públicas momentâneas. Nesse momento é que a personalidade do juiz tem de se fazer presente, para que ele, ainda que não se mostre insensível à realidade da vida, possa bem julgar o caso concreto⁵⁵⁵.

De fato, vários autores⁵⁵⁶ enxergam um componente pessoal do juiz para que o bom julgamento ocorra. Nesse sentido advoga Tocqueville:

Los jueces federales no deben ser solamente buenos ciudadanos, hombres instruidos y probos, cualidades necesarias a todos los magistrados. Es necesario encontrar en ellos hombres de Estado; es necesario que sepan discernir el espíritu de su tiempo, afrontar los obstáculos que puedan ser vencidos, desviarse de la corriente cuando el impulso amenace arrastrar tanto a ellos mismos como a la soberanía de la Unión y a la obediencia debida a las leyes⁵⁵⁷.

E também o juiz Felix Frankfurter:

Debe alcanzar un alto grado en diferentes direcciones y combinar talentos que no se hallan a menudo juntos. Debe ser matemático, historiador, hombre de Estado, filósofo en cierto grado. Debe interpretar símbolos y hablar con palabras. Debe contemplar lo particular en términos de lo general y alcanzar lo abstracto y concreto en el mismo pensamiento. Debe estudiar el presente a la luz del pasado para fines del futuro. Ninguna parte de la naturaleza humana ni de sus instituciones debe quedar al margen de su atención. Debe estar lleno de intención y desinterés de manera simultánea;

⁵⁵⁴ Apud MACIEL, Adhemar Ferreira. O papel jurídico, político e social do magistrado a propósito das Constituições brasileira e uruguaia, p. 221.

⁵⁵⁵ MACIEL, Adhemar Ferreira. O papel jurídico, político e social do magistrado a propósito das Constituições brasileira e uruguaia, p. 227.

⁵⁵⁶ Os quatro autores abaixo citados estão em SANTIAGO, Alfonso. *La Suprema Corte y el control político*, p. 230.

⁵⁵⁷ Tradução livre da autora: “Os juízes federais não devem ser somente bons cidadãos, homens instruído e probos, qualidades necessárias a todos os magistrados. É necessário encontrar neles homens de Estado; é necessário que saibam discernir o espírito de seu tempo, desafiar os obstáculos que podem ser vencidos, desviar-se da corrente quando ela ameaça arrastar a si, a soberania da União e a obediência devida às leis.”

tan cauteloso e incorruptible como un artista, y sin embargo, algunas veces, tan cerca de la tierra como un político⁵⁵⁸.

E, ainda, Genaro Carrió:

Si los jueces no quieren resolver a ciegas o en forma arbitraria los casos [...] no les basta conocer a fondo las normas jurídicas y sus fuentes, ni saber armar con ellas estructuras coherentes. Tienen que poseer, además, una adecuada información de hechos, sobre ciertos aspectos básicos de la vida de la comunidad a que pertenecen, un conocimiento ser o de las consecuencias probables de sus decisiones y una inteligencia alerta para clarificar cuestiones valorativas y dar buenas razones en apoyo de las pautas no específicamente jurídicas en que, muchas veces, tienen que buscar fundamento⁵⁵⁹.

Por fim, Vanossi acrescenta:

La Corte Suprema de una república es algo demasiado serio como para dejarla en las solas manos de burócratas forenses. Una integración ideal de la Corte no debe comprender más de un civilista. No es una cámara de especialistas ni un fuero dealzada. Sí, requiere la presencia de juristas conocedores del derecho público [...] Eso sí, también se necesita un par de estadistas, de hombres con cierta experiencia de gobierno, habituados al manejo de la cosa pública, que conozcan las implicancias políticas de todo juzgamiento [...]⁵⁶⁰

⁵⁵⁸ Tradução livre da autora: “Deve alcançar um alto grau em diferentes direções e combinar talentos que normalmente não se vêem juntos. Deve ser matemático, historiador, homem de Estado, filósofo em certo grau. Deve interpretar símbolos e falar com palavras. Deve contemplar o particular em termos do geral e alcançar o abstrato e o concreto no mesmo pensamento. Deve estudar o presente à luz do passado para fins do futuro. Nenhuma parte da natureza humana nem de suas instituições deve lhe passar despercebida. Deve estar cheio de intenção e desinteresse simultaneamente; tão cauteloso e incorruptível quanto um artista, e, a despeito disso, algumas vezes, tão perto da terra quanto um político.”

⁵⁵⁹ Tradução livre da autora: “Se os juízes não querem resolver cegamente ou arbitrariamente os casos [...] não lhes basta conhecer a fundo as normas jurídicas e suas fontes, nem saber construir com elas estruturas coerentes. Têm de possuir, além disso, uma adequada informação de fatos, sobre certos aspectos básicos da vida da comunidade a qual pertencem, um conhecimento sério das consequências prováveis de suas decisões e uma inteligência alerta para esclarecer questões valorativas e dar boas razões em apoio das pautas que não sejam especificamente jurídicas, nas quais, muitas vezes, têm que buscar fundamento.”

⁵⁶⁰ Tradução livre da autora: “A Corte Suprema de uma república é algo muito sério para ser deixada somente nas mãos de burocratas forenses. Uma formação ideal da Corte não deve ter mais do que um civilista. Não é uma câmara de especialistas nem um foro de alçada. Sim, requer a presença de juristas conhecedores do direito público [...] Isso sim, também se faz necessário um par de estadistas, de homens com certa experiência de governo, habituados com a direção da coisa pública, que conheçam as implicâncias políticas de todo o julgamento...”

E essa é a essência da teoria de Dworkin, para quem o direito constitucional e a moral são inseparáveis. Nas palavras de Miguel Nogueira de Brito, para Dworkin

[...] qualquer interpretação da Constituição deve ser testada em duas dimensões. A primeira é a 'dimensão do ajustamento' (*dimension of fit*): uma interpretação constitucional deve ser rejeitada se a prática jurídica for inteiramente inconsistente com os princípios que a mesma recomenda. Por outras palavras, uma determinada interpretação da Constituição deve ter uma base sólida na experiência jurídica. A segunda dimensão é a da justiça: se duas perspectivas sobre a melhor interpretação de uma norma constitucional se ajustam de igual modo à prática jurídica do passado, deve ser escolhida aquela que concretize princípios que nos pareçam melhor refletir os direitos e deveres morais. A Constituição surge, assim, como um enunciado de ideais morais abstratos que cada geração deve reinterpretar para si própria; ou, se se preferir, a Constituição dá-nos conceitos abstratos em relação aos quais cada geração deve desenvolver suas próprias concepções⁵⁶¹.

Assim, é necessário que o juiz constitucional tenha uma

fina 'sensibilidad jurídico-política', para ejercer con lucidez la función de gobierno y control político [...]. [E]s esa sensibilidad la que les permitirá ejercer con acierto el control de razonabilidad de los actos estatales, situar al tribunal en la posición institucional adecuada a cada circunstancia, mantener una real independencia de criterio, interpretar dinámicamente el texto constitucional, ponderar las consecuencias sociales de su decisión, resolver con acierto las dialécticas constitucionales antes señaladas y, en definitiva, dar pleno sentido al significado político del control de constitucionalidad y a la misión institucional del poder moderador que tiene asignada la Corte Suprema⁵⁶².

⁵⁶¹ BRITO, Miguel Nogueira de. Originalismo e interpretação constitucional, p. 86.

⁵⁶² SANTIAGO, Alfonso. *La Corte Suprema y el control político*, p. 231. Tradução livre da autora: "fina sensibilidad jurídica-política, para exercer com lucidez a função de governo e controle político... É essa sensibilidad que lhes permitirá exercer com acerto o controle da razoabilidade dos atos estatais, situar o tribunal na posição institucional adequada a cada circunstância, manter uma real independência de critério, interpretar dinamicamente o texto constitucional, ponderar as consequências sociais de sua decisão, resolver com acerto as dialéticas constitucionais assinaladas anteriormente e, por último, dar pleno sentido ao significado político do controle de constitucionalidade e à missão institucional do poder moderador que tem atribuída a Corte Suprema."

Sem se olvidar que “O melhor juiz não é aquele que tem maior acúmulo de conhecimentos. É mais importante que tenha consciência do seu papel na sociedade de realizador da justiça”⁵⁶³.

A moralidade administrativa configura, para os agentes administrativos, uma regra de conduta inafastável. Para Hauriou, a moralidade administrativa é “o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração”⁵⁶⁴. Nas palavras de Juarez Freitas, o princípio da moralidade,

[...] no campo administrativo, não há de ser entendido como singelo conjunto de regras deontológicas extraídas da disciplina interna da Administração. Na realidade, é extremamente mais: diz com os padrões éticos de uma determinada sociedade, de acordo com os quais não se admite a universalização de máximas de conduta que possam fazer perecer os liames sociais⁵⁶⁵.

A moral administrativa é diversa da moral do cidadão comum, pois a moral comum designa “o conjunto de relações efetivas ou atos concretos que adquirem um significado moral com respeito à moral vigente”⁵⁶⁶.

A mudança de paradigma, de maneira de enxergar o papel de cada indivíduo na composição de interesses divergentes, é idéia harmônica com os ensinamentos de Dworkin que dizia:

A society devote to that conception of the rule of law [...] makes an important promise to each individual, and the value of that promise seems [...] worth the cost. It encourages each individual to suppose that his relations with other citizens and with government are matters of justice, and it encourages him and his fellow citizens to discuss as a community what justice requires these relationship to be⁵⁶⁷.

⁵⁶³ FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila. *O direito e a hipercomplexidade*, p. 106.

⁵⁶⁴ Apud BRANDÃO, Antonio José. *Moralidade administrativa*, p. 17.

⁵⁶⁵ FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, p. 69.

⁵⁶⁶ Conceito de VAZQUEZ, Sanches. *ENCICLOPÉDIA Saraiva do Direito*, p. 259.

⁵⁶⁷ DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*, p. 32. Tradução livre da autora: “Uma sociedade devotada à concepção da regra de direito [...] faz uma importante promessa para cada indivíduo, e o valor desta promessa parecer valer a pena. Ela encoraja cada indivíduo a supor que suas relações com os outros cidadãos e com o governo são questões de justiça, e o encoraja e a seus colegas cidadãos a discutirem enquanto comunidade o que a justiça impõe que essas relações sejam.”

De fato, exige-se uma nova maneira de pensar a vida como um todo, e o Direito em particular. Faz-se necessário que os indivíduos compreendam seu papel nas relações com os outros indivíduos, nas relações com o governo e nas relações com o ambiente. O sentido de comunidade regida por princípios parece ser fundamental para justificar a possibilidade de atuação do Poder Judiciário, mesmo diante de questões que dizem respeito à atuação dos outros poderes. Isso porque

[...] qualquer ato de injustiça que seja cometido é, indistintamente, atribuído a todos. O agir conforme princípios é um agir coletivo: desde a consideração dos agentes, da atribuição de deveres e obrigações, até a própria justificação⁵⁶⁸.

Por isso é que

[...] a hermenêutica exige do operador do direito um profundo conhecimento da realidade social em que está inserido. Precisa sempre levar a termo a reflexão ética, porque sem ela não se promove a justiça. O Direito, sem dúvida, é muito mais que um conjunto de princípios e regras. Necessita se nutrir dos demais saberes⁵⁶⁹.

5.5 A PREPONDERÂNCIA DO PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL

Longe se vai o tempo em que poderiam ser verdadeiras, se é que um dia o foram, as palavras de Alexander Hamilton:

Whoever attentively considers the different departments of power must perceive, that, in a government in which they are separated from each other, the judiciary, from the nature of its functions, will always be the least dangerous to the political rights of the Constitution; because it will be least in a capacity to annoy or injure them. The Executive not only dispenses the honors, but holds the sword of the community. The legislature not only commands the purse, but prescribes the rules by which the duties and rights of every citizen are to be regulated. The judiciary, on the contrary, has no influence over either the sword or the purse; no direction either of the strength or of the wealth of the society; and can take no active resolution

⁵⁶⁸ CHUEIRI, Vera Karam de. *Filosofia do direito e modernidade*, p. 124.

⁵⁶⁹ FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila. *O direito e a hipercomplexidade*, p. 108.

whatever. It may truly be said to have neither force or will, but merely judgment; and must ultimately depend upon the aid of the executive arm even for the efficacy of its judgments⁵⁷⁰.

Dick Howard⁵⁷¹ traz alguns motivos pelos quais o Poder Judiciário passou a ser tão requisitado nos Estados Unidos, aumentando a força e a amplitude de seu papel como um dos elementos responsáveis pela organização da vida em sociedade.

Entre as causas para tal fenômeno, lembra o autor que a maneira de organização do Executivo, com a utilização de agências administrativas, uso de subsídios, fez aumentar o número de situações de conflito com os administrados, aumentando o número de processos; o sucesso de grupos minoritários em ações judiciais faz com que outros grupos minoritários prefiram recorrer ao Judiciário do que ao processo político⁵⁷².

Afirma ainda Howard que:

Um judiciário ativo pode, se atuar com prudência e moderação, estimular a saúde do corpo político, fortalecendo as condições com as quais um povo livre pode concretizar o seu futuro. Mas esse mesmo ativismo pode entorpecer o senso de responsabilidade e escolha que jaz na base de instituições livres. A intervenção da Corte Suprema deve ser a exceção, não a regra, funcionando como ajuda nas importantes decisões dos cidadãos e não em vez delas⁵⁷³.

Na verdade, o juiz moderno, sobretudo em país como o Brasil, não pode aceitar mais aquele papel passivo de exegeta da lei, de pesquisador da 'vontade do legislador'. Tem, se quiser cumprir o papel que a nação lhe confiou constitucionalmente, de resolver os casos concretos, procurando sempre por soluções justas e úteis, sem necessidade – frise-se – de subverter a segurança jurídica. Toda norma geral, abstrata, impessoal,

⁵⁷⁰ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*, n. 78. Tradução livre da autora: "Quem analise atentamente os diferentes departamentos do poder deve perceber que, no governo onde estejam separados uns dos outros, o Judiciário, pela natureza de suas funções, será sempre o menos perigoso poder para os direitos políticos previstos na Constituição; porque é o que tem menor capacidade de perturbá-los ou ofendê-los. O Executivo não somente dispensa as honras, mas segura a espada para a comunidade. O Legislativo não somente comanda o dinheiro, mas também prescreve as regras pelas quais os deveres e os direitos de cada cidadão devem ser regulados. O Judiciário, ao contrário, não tem influência nem sobre a espada nem sobre os valores; não pode direcionar nem a força nem a riqueza da sociedade; e não pode ser ativo em qualquer maneira. Pode-se verdadeiramente dizer que não tem força ou vontade, mas somente julgamento; e necessariamente depende da ajuda do Executivo até para a eficácia de seus julgamentos."

⁵⁷¹ Professor de Direito na Universidade de Virgínia, EUA.

⁵⁷² HOWARD, A. E. Dick. A Corte Suprema e a Constituição, p. 19.

⁵⁷³ HOWARD, A. E. Dick. A Corte Suprema e a Constituição, p. 20.

quando é aplicada ao caso concreto, acaba por ensejar, por parte de seu aplicador, a criação de direito que não foi previsto pelo legislador.

Como cada um de nós tem sua cosmovisão, ao interpretarmos uma mesma norma jurídica, acabamos, ainda que inconscientemente, por criar o direito. A diferença entre o legislador, principal criador de direito objetivo em nosso sistema, e o juiz, é, na verdade, de 'grau', e não propriamente de 'natureza'. O legislador atua mais livremente; o juiz, mais limitadamente. Ambos – legislador e juiz – se acham contidos pela Constituição, de onde todo órgão estatal retira sua força e autoridade. Esse o papel político do juiz quando é chamado a aferir o valor de uma norma ou de um ato administrativo conforme a Constituição e as leis⁵⁷⁴.

O autor fala em ativismo judicial porque um dos indicadores de que uma Corte tem esta característica é justamente sua predisposição em declarar leis ou atos do Executivo como inconstitucionais. Todavia, Daniel E. Herrendorf vê, sempre, um limitador à atividade judicial:

[...] no debemos restringir la actividad de los jueces en trance de interpretar la ley a su modo, e incluso decidir no utilizar esa ley si lo cree conveniente. Siempre sobre la idea de que la interpretación de la ley, como la interpretación de una partitura, no es una piedalibre: queda siempre trazado por el ordenamiento jurídico un círculo de juridicidad dentro del cual el juez puede moverse cómodamente, pero sin escaparse por la tangente que ese círculo – como todo otro – tuviere⁵⁷⁵.

Vicent Blasi afirma ainda que:

Em alguns aspectos, a revisão judicial pode ser vista não como um processo político fundamental, mas, em vez disto, como um corretivo, um antídoto a outras forças ou tendências que ameacem o sistema político. Na última década, duas de tais forças desestabilizadoras vieram a dominar as percepções públicas, engendrando, desta forma, através da maior parte do espectro político, um anseio por alguma espécie de corretivo.

Uma força potencialmente desestabilizadora é o desenfreado crescimento da burocracia governamental, tanto no nível estadual quanto no federal. À medida que o estado burocrático expande sua jurisdição e aumenta seu poder, os cidadãos sentem-se, freqüentemente, esmagados pela complexidade, impessoalidade, até mesmo irracionalidade do panorama político no qual

⁵⁷⁴ MACIEL, Adhemar Ferreira. O papel jurídico, político e social do magistrado a propósito das Constituições brasileira e uruguaia, p. 224.

⁵⁷⁵ HERRENDORF, Daniel E. *El poder de los jueces, como piensan los jueces que piensan*, p. 104. Tradução livre da autora: "...não devemos restringir a atividade dos juízes no estado de interpretar a lei ao seu modo, e inclusive não utilizar essa lei se crê conveniente. Sempre calcado na idéia de que a interpretação da lei, como a interpretação de uma partitura, não é arbitrária: o ordenamento jurídico sempre traça um círculo dentro do qual o juiz pode mover-se comodamente, mas sem escapar pela tangente que esse círculo – como qualquer outro – possa ter."

precisam atuar. Anseiam por um mundo mais simples, mas tratável, onde a escolha humana pareça importar e onde os juízos de valor pertinentes estejam dentro de sua compreensão⁵⁷⁶.

E nos Estados Unidos talvez isso possa ser ainda mais verdade do que no Brasil, já que, como afirma Vicente Blasi,

Apesar da mística e do tecnicismo do Direito, o fenômeno da interpretação constitucional pela Corte Suprema vai longe no atendimento desta necessidade. Embora parte da retórica política da época caracterize a Corte apenas como mais uma instituição remota, impessoal, em muito uma parte do estado burocrático, existem importantes modos pelos quais a Corte, verdadeiramente, torna o processo de governo mais acessível ao cidadão comum através do esclarecimento e da suavização dos conflitos políticos. Os casos constitucionais ocorrem entre partes identificáveis, uma das quais, tipicamente, é um indivíduo solitário com uma história pessoal interessante, legalmente pertinente [...]. Ironicamente, de muitos modos, a maior contribuição da Corte Suprema ao sistema político se dá através de sua função simplificadora, seu papel na preservação de uma arena num domínio político de outra forma incompreensível, onde as disputas são bilaterais e racionalmente discutíveis e onde as escolhas são inteligíveis e explicáveis⁵⁷⁷.

É por isso que José de Albuquerque Rocha afirma que “[A] posição de supremacia relativa do Judiciário sobre os demais Poderes é uma decorrência lógica do seu papel de intérprete oficial da Constituição”⁵⁷⁸.

E o modo com que o juiz exerce sua atividade, em especial quando interpreta as normas, tem profundas conseqüências:

Exercendo o poder nacional em nome do Estado, o juiz dita decisões que são providas de imperatividade (provimento) e que, por mais de um modo, podem influir no conteúdo da Constituição ou das leis, ou no significado dos textos, ou mesmo nas diretrizes políticas do Estado⁵⁷⁹.

Para Vicente Blasi:

⁵⁷⁶ BLASI, Vicent. A Corte Suprema, instrumento de mudança, p. 23.

⁵⁷⁷ BLASI, Vicent. A Corte Suprema, instrumento de mudança, p. 23.

⁵⁷⁸ ROCHA, José de Albuquerque. *Estudos sobre o Poder Judiciário*, p. 70.

⁵⁷⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*, p. 44.

Uma função possível do exame judicial é neutralizar as desigualdades do processo eleitoral, tanto diretamente – moldando princípios constitucionais que governem a distribuição do direito de voto e das oportunidades de expressão política – e indiretamente, examinando certos resultados legislativos mais intensamente do que outros [...] uma abordagem ativista por parte da Corte Suprema pode ser percebida como um possível corretivo para padrões de comportamento político indevidamente provincianos⁵⁸⁰.

Aliás, não se olvide que, para Dworkin, o juiz não pode criar o direito. Ele afirma que

La conocida actitud de que la adjudicación de competencia debe estar subordinada a la legislación encuentra apoyo en dos objeciones al poder creador de derecho del juez. La primera sostiene que una comunidad debe ser gobernada por hombres y mujeres elegidos por a mayoría y responsables ante ella. Como los jueces, en su mayoría, no son electos, y como en la práctica no son responsables ante el electorado de la manera que lo son los legisladores, el que los jueces legislen parece comprometer esa proposición. La segunda objeción expresa que si un juez legisla y aplica retroactivamente la ley al caso que tiene entre manos, entonces la parte perdedora será castigada no por haber infringido algún deber que tenía, sino un deber nuevo creado después del hecho⁵⁸¹.

Veja-se que, na Inglaterra, esse poder judicial é reconhecido, mas com grau diverso:

[...] adhesion by our judges to precedent, that is, their habit of deciding one case in accordance with the principle, or supposed principle, which governed a former case, leads inevitably to the gradual formation by the Courts of fixed rules for decision, which are in effect laws. This judicial legislation might appear, at first sight, inconsistent with the supremacy of Parliament. But this is not so. English judges do not claim or exercise any power to repeal a Statute, whilst Acts of Parliament may override and constantly do override the law of the judges. Judicial legislation is, in short, subordinate

⁵⁸⁰ BLASI, Vicent. A Corte Suprema, instrumento de mudança, p. 24.

⁵⁸¹ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*, p. 207. Tradução livre da autora: “A conhecida atitude de que a adjudicação de competência deve estar subordinada à legislação encontra apoio em duas objeções ao poder criador de direito do juiz. A primeira sustenta que uma comunidade deve ser governada por homens e mulheres eleitos pela maioria, e responsáveis perante ela. Como os juízes, em sua maioria, não são eleitos, e, como na prática não são responsáveis diante do eleitorado no modo em que são os legisladores, o fato de os juízes legislarem parece comprometer essa proposição. A segunda objeção afirma que, se um juiz legisla e aplica retroativamente a lei ao caso que tem em mãos, então a parte vencida será castigada não por ter infringido algum dever que tinha, mas por ter infringido um dever novo criado depois do fato.”

legislation, carried on with the assent and subject to the supervision of Parliament⁵⁸².

Há aqui, portanto, uma inversão: é o Legislativo quem revisa o que o Judiciário faz. Mas, o importante é o reconhecimento de que o juiz julga de acordo com o que Dicey chamou de princípios e que tais julgamentos, reiterados no tempo, são considerados leis. É claro que se refere à lei judicial como um mandamento que será respeitado pelo Judiciário no futuro, eis que tal decisão ocorreu reiteradas vezes. Deve-se complementar o raciocínio para compreender que a decisão, lei judicial, pode ser modificada no futuro por uma interpretação fundada em princípios diversos. Assim é que o Judiciário acabará decidindo, definitivamente, no caso concreto.

E como guardião da Constituição, o Poder Judiciário acaba sendo a última palavra nos conflitos entre poderes, até porque “O fato de o Presidente da República legitimar suas ações no mandato que lhe foi conferido pelo povo não o autoriza a violar a Constituição”⁵⁸³.

O Juiz deve garantir o Estado democrático de direito, e, para tanto, os direitos que tal Estado prevê em seu texto constitucional, por isso, seu papel não pode mesmo ser, somente, de aplicar automaticamente a lei. Deverá sempre avaliar se a mesma é constitucional. É uma revolução de envergadura. É o destronamento da lei. É, em suma, a substituição do Estado Legal pelo Estado de Direitos. A positivação dos direitos já não está, em última instância, nas mãos do legislador, senão na do Juiz, a quem cabe concretizar o significado dos enunciados constitucionais para julgar, a partir deles, a validade ou invalidade da obra do legislador⁵⁸⁴.

⁵⁸² DICEY, Albert Venn. *The law of the Constitution*, p. 18. Tradução livre da autora: “...a adesão dos nossos juízes ao precedente, ou seja, ao hábito de decidirem um caso de acordo com o princípio, ou suposto princípio, que fundamentou um caso anterior, leva inevitavelmente à gradual formação, pelas Cortes, de regras de decisão fixas, que são verdadeiras leis. Essa legislação judicial pode parecer, à primeira vista, inconsistente com a supremacia do Parlamento. Mas não é assim. Os juízes ingleses não reclamam ou exercitam qualquer poder para repelir uma Lei, enquanto que os Atos do Parlamento podem anular, e freqüentemente anulam, leis judiciais. A legislação judicial é, em resumo, legislação subordinada, que se mantém com o consenso e está sujeita à supervisão do Parlamento.”

⁵⁸³ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremo Tribunal Federal*, p. 108.

⁵⁸⁴ GOMES, Luiz Flávio. *A dimensão da magistratura no estado constitucional e democrático de direito*, p. 117.

Para a comunidade, o juiz, ativista ou não, é reconhecido com outra denominação:

A imaginação popular situa os juízes em campos opostos de acordo com as respostas que pressupõe que dariam a perguntas desse tipo. Considera alguns juízes 'liberais' e outros 'conservadores', e em geral parece preferir estes últimos. A base dessa distinção, contudo, é de difícil definição, e uma interpretação conhecida contribuiu para o lamentável caráter do debate público. As pessoas dizem que os juízes conservadores obedecem à Constituição, ao passo que os liberais tentam reformá-la segundo suas próprias convicções. Reconhecemos a falácia contida em tal descrição. Ela ignora o caráter interpretativo do direito. Os juízes considerados liberais e os chamados conservadores estão de acordo quanto às palavras que formam a Constituição enquanto texto pré-interpretativo. Divergem sobre o que é a Constituição enquanto direito pós-interpretativo, sobre as normas que mobiliza para avaliar os atos públicos. Cada tipo de juiz tenta aplicar a Constituição enquanto direito, segundo seu julgamento interpretativo do que ela é, e cada tipo acha que o outro está subvertendo a verdadeira Constituição. Desse modo, é inútil e injusto classificar os juízes segundo seu grau de fidelidade a seu juramento⁵⁸⁵.

E André Ramos Tavares adverte que não é

[...] possível se aceitar que um Tribunal Constitucional, quando tivesse de decidir as questões constitucionais, muitas de graves conseqüências para a sociedade, se baseasse exclusivamente em critérios puramente pessoais dos juízes, de simpatia, de opção política, de ideologia, de ordem religiosa ou filosófica, ou sob a denominação que se queira dar. Faltaria autoridade para assim proceder. Esta advém de um rigoroso método objetivo de interpretação e aplicação da Constituição, que garanta o acerto e a segurança desejados, bem como demonstre com extremo rigor e clareza sob quais fundamentos e justificativas a decisão foi tomada⁵⁸⁶.

Porém, não seria possível admitir a existência de verdadeira proteção aos direitos dos indivíduos se o juiz não tiver o poder de se manifestar com maior interferência no processo. Nesse sentido, “Um processo verdadeiramente democrático, fundado na isonomia substancial, exige uma postura ativa do magistrado”⁵⁸⁷.

⁵⁸⁵ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 428.

⁵⁸⁶ TAVARES, André Ramos. *Tribunal e jurisdição constitucional*, p. 48.

⁵⁸⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Novas linhas do processo civil*, p. 101.

Para Cármen Lúcia Antunes Rocha, essencial é a participação do Estado, educando os indivíduos para lutarem por seus direitos, sob pena de que a jurisdição seja somente uma “mentira legal ou uma possibilidade oficial”⁵⁸⁸. Todavia, para que tal seja possível, é premente que os indivíduos, sejam ou não membros do Poder Judiciário, estejam preparados para dele se utilizar e dele participar.

Luiz Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos alertam para a importância que se dá aos princípios no pós-positivismo:

O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre direito e ética⁵⁸⁹.

Para lá de exigir que os juízes conheçam e apliquem os princípios, o que se quer e precisa é que os juízes tenham ciência da importância de seu papel e decidam os casos que lhe são submetidos, preocupados com todos os reflexos que possam ter em relação aos indivíduos, mas não só em relação a eles, como também em relação ao seu ambiente. “Com efeito, só pode ser um bom juiz quem, além da vocação, que se faz, necessariamente, ínsita ao bom desempenho de qualquer atividade, mantenha conduta ilibada e se faça cultor, pelo menos, da ciência jurídica”⁵⁹⁰. E Eduardo Cambi afirma:

Por isso, o verdadeiro desafio é cultural, mudar o modo como o homem opera o direito é o escopo final e, reconheça-se, muito mais difícil que, simplesmente (sem embargo de isto ser absolutamente necessário), criar, em abstrato, as teorias⁵⁹¹.

⁵⁸⁸ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O direito constitucional à jurisdição, p. 34.

⁵⁸⁹ O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: SILVA, Virgílio Afonso da. *Interpretação constitucional*, p. 278.

⁵⁹⁰ TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo*, p. 207.

⁵⁹¹ CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: FUX, Luiz; NERY JÚNIOR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo e Constituição Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 671.

Nas palavras de Paulo Roney Ávila Fagundez:

O que se deseja é um sujeito autêntico, quântico, frágil e suficientemente forte para que possa compreender a magnitude da vida e que tenha consciência do papel que possui para promover a transformação social. A grande revolução ocorrerá a partir da mudança de cada ser humano⁵⁹².

Mas, veja-se que a atividade do juiz, com as características que se propõe no presente trabalho, só se justifica se tiver uma visão apropriada de para que serve o Direito com o qual trabalha.

O Direito deverá ser caminho para a construção de uma sociedade melhor. Não deve ser apenas a outra face do delito. De um lado a lei e do outro a necessária desobediência. A lei só existe em função da desobediência à lei⁵⁹³.

Assim, o Judiciário não pode se esconder atrás das questões políticas para deixar de julgar, mas, ao julgar, é bom que o faça consciente de seu papel e de sua influência na vida de cada indivíduo, por isso, a importância da ética na condução de sua atividade.

⁵⁹² FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila. *O direito e a hipercomplexidade*, p. 74.

⁵⁹³ FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila. *O direito e a hipercomplexidade*, p. 90.

6 CONCLUSÃO

Há duas maneiras de analisar o desenrolar deste trabalho. A mais lógica é a que avalia os assuntos através da ordem de sua apresentação nos capítulos. A outra é analisar o conteúdo do trabalho na ordem em que o desenvolvimento dos temas foi se mostrando necessário para a conclusão do trabalho.

Neste segundo caminho, não há como negar que se partiu da doutrina das questões políticas. O primeiro desafio era definir as “questões políticas” para então estabelecer se deve a doutrina ser, ou não, aplicada no ordenamento pátrio. O estudo necessário para responder a tais perguntas levou à conscientização de que a doutrina surgiu para equilibrar a força do Poder Judiciário frente aos outros poderes, em especial porque o Poder Judiciário tem o poder de fazer o controle de constitucionalidade de leis. Mas tal constatação levou à indagação do porquê era necessário restabelecer tal equilíbrio. E então necessário foi analisar a teoria da separação de poderes. E, ao estudá-la, constatou-se que muitos, há muito, afirmam que não há separação de poderes nos moldes elaborados por Montesquieu. Tal constatação levou à indagação do porquê da existência de tal teoria, inclusive de modo positivado, se parece não ser respeitada. E mais uma vez o estudo foi alçado a outro tema, qual seja, o do Estado, já que era necessário avaliar que tipo de Estado prevê a teoria da separação de poderes sem aplicá-la.

Mesmo desse ponto, foi necessário partir para outro: se o equilíbrio entre os poderes se faz necessário por força da teoria da separação de poderes, cada tipo de Estado vai refletir uma organização diferente de tais poderes. Assim, o papel do Poder Judiciário será modificado a cada nova interpretação do Estado. E a cada vez que o papel do Poder Judiciário é renovado, renova-se o papel do magistrado. Foi nesse ponto que se fez necessário avaliar o processo de decisão do juiz, e não se pôde ficar imune ao fato de que o juiz, antes de tudo, é um ser humano, e, como tal, fruto do meio em que vive e do qual sofre influências. Assim, na busca da melhor solução para os casos que se lhe são apresentados, deverá encontrar a melhor

resposta possível. Foi essa conclusão, que também é uma premissa, que levou à busca por um meio de garantir que o magistrado efetivamente encontrasse a resposta correta para o caso, ao que se chegou com os ensinamentos de Fritjof Capra.

Conclui-se então que a teoria das questões políticas dita que o Poder Judiciário não pode sequer conhecer de casos nos quais estejam sendo discutidas decisões tomadas, em última instância, pelos Poderes Legislativo e Executivo. Essas questões são denominadas questões políticas, e, por isso, fogem da possibilidade de análise do Poder Judiciário.

É mais evidente a ocorrência ou não de tais questões quando o Poder Judiciário é convidado a se manifestar sobre a constitucionalidade de leis e atos do Executivo. Nestas ocasiões é que a Suprema Corte poderá deparar-se com uma situação sobre a qual não deva se manifestar. Esta teoria foi, embrionariamente, mencionada na famosa decisão da Suprema Corte americana, *Marbury vs. Madison*, mais conhecida por ter sido a primeira decisão a manifestar a possibilidade de o Poder Judiciário rever atos dos outros Poderes. Nela, o Juiz Marshall estabeleceu que a função do Poder Judiciário é assegurar que todos os atos dos outros poderes respeitem as normas constitucionais, eis que a Constituição é a lei máxima do país. Mas foi também nessa decisão que teve a oportunidade de afirmar que há, sim, questões sobre as quais o Poder Judiciário não deve se manifestar. A lógica diz que a teoria das questões políticas, ao impedir que o Poder Judiciário se manifeste sobre decisões dos outros Poderes, está a reforçar a teoria da separação de poderes, garantindo que cada um tenha sua função principal, sem ingerências um do outro. Por outro lado, a possibilidade de revisão da constitucionalidade dos atos apresenta-se como um reforço ao Poder do Judiciário, desequilibrando a balança da separação de poderes. Por isso, diz-se que a teoria das questões políticas é um dos meios de frear o Poder Judicial ao exercer o controle de constitucionalidade. Quando exerce o controle, o Judiciário está, então, intervindo em assuntos já decididos pelos outros dois poderes. Essa intervenção será maior ou menor, de acordo com a disposição dos juízes que compõem a Suprema Corte de um país. A limitação a esse poder judicial, então, se dá através da doutrina das questões políticas, através da qual o Poder Judiciário deve deixar de se manifestar sempre que se deparar com questões definidas, em última instância, pelos outros Poderes.

A estrutura do Estado teve de ser visitada. Impossível chegar a alguma definição a respeito do que ocorre em uma instituição estatal sem compreender o momento de desenvolvimento da idéia de Estado.

O Estado absolutista concentrava todas as funções do Estado nas mãos do rei. Logo, Montesquieu fez evoluir a teoria apresentada por Aristóteles, para afirmar que só via perigo neste tipo de Estado, devendo, em verdade, as funções do poder estarem distribuídas entre diferentes pessoas, com a possibilidade de cada função servir como equilíbrio à outra, através do sistema que denominou de freios e contrapesos. Definido então que as funções do poder estariam entregues a pessoas diferentes, restava verificar como elas se relacionariam, e esse ponto também será dependente do tipo de Estado analisado. A teoria da separação de poderes é, em verdade, um limitador ao poder político, possibilitando a fiscalização de um Poder sobre o outro.

Neste sentido, o Poder Judiciário e seus membros terão características e tarefas diferentes dependendo do momento em que são analisados. Na vigência de um Estado absolutista, o Poder Judiciário se confunde com a vontade do rei. Por isso é que, no pós-Revolução Francesa, o Poder Judiciário foi fruto de muita desconfiança, o que fez com que seus poderes fossem diminuídos, em especial frente ao Poder Legislativo que, para a doutrina liberalista, passou a representar a salvação: produtor das regras que refletiam a vontade do povo. O Estado absolutista só poderia mesmo evoluir para um Estado onde o poder do Executivo e do Judiciário fosse limitado, e o respeito pelo Parlamento, eleito pelo povo e representante de sua vontade, fosse inevitável.

Sob a influência das idéias de Montesquieu, muito pouco podia fazer o juiz. Em verdade, ele era somente a boca através da qual a lei se expressava, seu dever circunscrevia-se, tão-somente, a dizer a lei. Não se lhe admitia qualquer atividade interpretativa. A separação de poderes vigente e o pouco poder dos juízes não permitiria que, de qualquer maneira, pudessem se manifestar sobre a constitucionalidade de leis.

Todavia, o Estado liberal evolui para o Estado social, onde as exigências aos juízes são diferentes. O Estado social é exigido pelos indivíduos que já não se contentam em serem protegidos frente ao Poder estatal. Ocorre que, ao conseguir proteção do Estado, foram assegurados direitos individuais, chamados então de

liberdades, eis que garantiam ao indivíduo a possibilidade de agir, sem a interferência estatal. Mas, deixados sozinhos para se relacionarem, a lei do mais forte economicamente prevaleceu, e logo percebeu-se que a igualdade liberal era tão-somente formal. Aí foi necessário fazer com que o Estado passasse a agir, para igualar juridicamente as situações que eram, na realidade, desiguais.

O Poder Judiciário assumirá, também, outra feição. No Estado social, ele passa a ser garantidor de todos os direitos assegurados aos indivíduos. Exige-se do juiz que seja ativo, com conseqüências processuais em relação à produção da prova, especialmente. Diante das novas características do Poder Judiciário, o próprio processo passa a ser visto como instrumento para garantia dos indivíduos. É através do processo que os indivíduos concretizarão seus direitos, por isso, passa a ser um importante tema a garantia de acesso real ao Judiciário. O texto constitucional brasileiro arrola vários direitos fundamentais, inclusive o acesso, que passa a ser interpretado de maneira cada vez mais ampla, acompanhando a evolução da idéia de Estado. De fato, ao tomar para si o monopólio da jurisdição, o Estado deve assegurar aos indivíduos que terão os mesmos resultados que obtinham quando faziam justiça com as próprias mãos. Diante deste Estado, obrigado a se manifestar pelo princípio da inafastabilidade da jurisdição, obrigado a assegurar que todos os procedimentos legislativos e executivos estejam adequados ao Direito pelo princípio do devido processo legal, não é mais possível se abster de julgar quaisquer questões, mesmo que políticas, em especial quando estão envolvidos direitos fundamentais.

Mas essa postura do Poder Judiciário não está infensa a críticas. Não faltou quem afirmasse que, ao ter tamanha ingerência, a Suprema Corte, em especial, estava exercitando um poder político. Daí surgiu a discussão acerca da existência de um poder político pelo Supremo Tribunal Federal. Não é porque o Supremo Tribunal Federal decide questões políticas que será transformado, automaticamente, em um poder político. Os procedimentos utilizados pelo Tribunal ainda são jurídicos, todavia, a política estará presente, não enquanto luta pelo poder, mas enquanto processo de decisão que dependerá de critérios não jurídicos. As críticas que são feitas em relação ao poder político do Supremo Tribunal Federal não procedem, eis que é um órgão composto por membros escolhidos pelos representantes do povo e tem, como missão, equilibrar o jogo de poder, já que, no

Legislativo, estão representadas as maiorias. Não há, portanto, outro recurso para as minorias senão recorrer ao Judiciário.

A expectativa que se cria do Judiciário é muito grande, o que aumenta a importância de seus membros. Ronald Dworkin explica o processo de decisão, afirmando que o juiz deve procurar decidir um caso como se estivesse dando continuidade a um romance, ou seja, não deve quebrar a lógica do que foi anteriormente escrito, além de dever não descuidar dos efeitos futuros de sua decisão. Para Dworkin, as decisões judiciais devem estar fundamentadas em princípios, e não em políticas públicas. Fundamentar as decisões judiciais em políticas públicas seria deixar ao arbítrio do Judiciário a escolha da melhor decisão. Quando o juiz fundamenta suas decisões no melhor princípio aplicável ao caso, está, em verdade, demonstrando sua preocupação com a garantia do direito do indivíduo.

Eleger esse melhor princípio, todavia, passa por processos internos do julgador. Por isso, lançou-se mão da teoria de Fritjof Capra, que adota a complexidade para explicar que, no mundo, tudo está interconectado, e, por isso, todas as relações se comunicam. Apesar de Capra não se preocupar, no particular, com o Poder Judiciário e muito menos com as decisões judiciais, eis que sua teoria é muito mais ampla, e seus ensinamentos podem ser aproveitados aqui. De fato, Capra se preocupa com as relações entre os seres humanos e entre eles e o ambiente. Para ele todos os atos se relacionam, por isso a responsabilidade de cada indivíduo antes de agir. O que dizer então da responsabilidade do juiz em um Estado que exige sua atuação intensa, como o Estado social. Agora, com a evolução do Estado e as preocupações não somente com a prestação estatal, há ainda um outro nível sendo acessado, e neste, o Judiciário tem um papel ainda mais atuante. É, sem dúvida, o Poder entre os Poderes, o controle de constitucionalidade lhe concede um força extraordinária e, de fato, só falta utilizá-la da melhor maneira possível para garantia dos direitos fundamentais.

A atividade do juiz de encontrar a resposta correta, passível de ser encontrada segundo os ensinamentos de Dworkin, demanda o exercício interpretativo do qual não se pode excluir uma carga valorativa, porque a atividade de interpretação depende do indivíduo que a exerce, seus valores são essenciais e determinantes para o resultado. Por isso a importância de uma postura diferenciada,

por isso a importância de entender que os seres não estão isolados dos outros e do meio em que vivem. Necessário é atentar para o pequeno detalhe de que as ações têm reflexos que nem sempre podem ser antevistos.

O Direito não pode mais fechar os olhos a uma nova ética, que faça de seus operadores indivíduos completos e preparados para a missão que têm. Essa ética passa por uma visão holística do homem e do mundo, uma visão do homem em sua completude. E não somente do homem completo, mas também de suas relações com quem e o que o cercam, por isso, necessário que essa visão seja ecológica.

E assim se chega à resposta para a questão central do trabalho, se deve-se ou não aplicar a doutrina das questões políticas no Brasil. De fato, a tese do estudo versa acerca da aplicabilidade da doutrina das questões políticas no país e, em um ou outro caso, como os juízes tomam suas decisões. O modo de enfrentar os problemas acima arrolados exclui qualquer possibilidade de aplicação da doutrina das questões políticas. Ora, se é no Supremo Tribunal Federal que se vislumbra a possibilidade de proteção também das minorias, com muito mais razão advogar-se a tese de que todos os problemas que lhe são dados a conhecer merecem uma solução.

Por isso, a doutrina das questões políticas não pode subsistir no ordenamento pátrio, e as melhores decisões dependerão da existência de um julgador holístico, centrado em sua existência.

REFERÊNCIAS

A imagem do Judiciário junto à população brasileira. Universidade de Brasília UnB, Pesquisas Sociais Aplicadas, DATAUnB. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/seminario/pdf/dataunb.pdf>>. Acesso em: 04 ago. 2006.

ABREU, Pedro Manoel. *Acesso à justiça e juizados especiais: o desafio histórico da consolidação de uma justiça cidadã no Brasil*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

AGESTA, Luis Sanchez. *Curso de derecho constitucional comparado*. 7. ed. rev. Madrid: Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, 1980.

ALESSI, Renato. *Instituciones de derecho administrativo*. 3 ed. Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1970.

ALMEIDA, José Maurício Pinto de. *O Poder Judiciário brasileiro e sua organização*. Curitiba: Juruá, 1996.

ARISTÓTELES. *A política*. São Paulo: Martins Fontes, 1991.

ASSIS, Alexandre C. de. Excesso de poder e discricionariedade: controle judicial. *Revista de Direito Público*, out./dez. 1989.

BALEEIRO, Aliomar. A função política do Judiciário. *Revista Forense*, n. 238, p. 5-14, 1972.

_____. *Constituições brasileiras: 1891*. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 1999.

BARBOSA, Rui. *O direito do Amazonas ao Acre setentrional*. Rio de Janeiro: Fundação Casa Rui Barbosa, 1910. Obras completas de Rui Barbosa, v. XXXVII, tomo V.

BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição Federal brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 1933. v. IV.

BARROSO, Luiz Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

_____; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de teoria do Estado e ciência política*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

BENDA, Ernest et alii. *Manual de derecho constitucional*. Madrid: Marcial Pons, 1996.

BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch*. 2. ed. Yale University Press, 1986.

BLASI, Vicent. A Corte Suprema, instrumento de mudança. *Revista Diálogo*, n. 2, v. 18, 1985.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. XXXXXXXXXXXX

BOFF, Leonardo. Ética e sustentabilidade serão pontos centrais da palestra de Leonardo Boff. Disponível em: <http://www.ethos.org.br/docs/empresas_entidades/conferencia/2003/leonardo.shtml>.

BONAVIDES, Paulo. *Do país constitucional ao país neocolonial*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Teoria do Estado*. 3. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1995.

_____. *Do Estado liberal ao Estado social*. 5. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

BRANDÃO, Antônio José. Moralidade Administrativa. *Revista de Direito Administrativo*, v. 25, p. 14, 1951.

BRITO, Miguel Nogueira de. Originalismo e interpretação constitucional In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

CAETANO, Marcelo. *Direito constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1977. v. I.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. In: FUX, Luiz, NERY JR, Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo e Constituição*: Estudos em homenagem ao Professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 662-683.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1995.

CAPPELLETTI, Mauro. *Acesso à justiça*. Porto Alegre: Fabris, 1998.

CAPRA, Fritjof. *A teia da vida*. 7. ed. São Paulo: Cultrix, 2002.

_____. *Conexões ocultas – ciência para uma vida sustentável*. São Paulo: Cultrix, 2002.

_____. *O ponto de mutação*. 22. ed. São Paulo: Cultrix, 2001.

_____. *O tao da física*. São Paulo: Cultrix, 1999.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. *Acesso à justiça*: juizados especiais cíveis e ação civil pública. 2. ed. rev., atual. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CASTRO, Carlos Roberto de Siqueira. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

CAVALCANTI, Themístocles. *Revista dos Tribunais*, ano 58, n. 402, abr. 1969

- CHUEIRI, Vera Karam de. *Filosofia do direito e modernidade*. Curitiba: JM, 1995.
- COMPARATO, Fábio Konder. *O Poder Judiciário no regime democrático*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142004000200008>. Acesso em: 04 maio 2006.
- CORRÊA, Oscar Dias. *O Supremo Tribunal Federal. Corte Constitucional do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- CRETELLA JÚNIOR, J. Teoria do Ato do Governo. *Informação Legislativa*. Brasília, n. 95, p. 73-85, jul./set. 1987.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 19. ed., atual. São Paulo: Saraiva. 1995.
- DANTAS, F. C. de San Tiago. Igualdade perante a lei e *due process of law*. In: _____. Problemas de direito positivo. Rio de Janeiro: Forense, 1953.
- DANTAS, Ivo. *Constituição & Processo*. Curitiba: Juruá, 2003. v. I – Introdução ao direito processual constitucional.
- DICEY, Albert Venn. *The law of the Constitution*. Indianapolis: Albert Fund, 1982.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 11. ed. rev., atual. São Paulo: Malheiros, 2003.
- DINIZ, Maria Helena. *Dicionário jurídico*. São Paulo: Saraiva, 1998. 4 v.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 1995.
- DUKE Law Journal, n. 1, January, 1969.
- DURÃES, Beatriz Schiffer. *Imunidade de jurisdição e a doutrina do ato de Estado*. Curitiba: Genesis, 2003.
- DUROZOI, G.; ROUSSEL, A. *Dicionário de Filosofia*. Porto: Porto, 2000.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- _____. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- _____. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1997.
- _____. *A matter of principle*. Cambridge: Harvard University, 1985.
- FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila. *O direito e a hipercomplexidade*. São Paulo: LTr, 2003.
- _____. *Direito e holismo*. São Paulo: LTr, 2000.
- FAYT, Carlos. *Nuevas fronteras del derecho constitucional*. Buenos Aires: La Ley, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. Justicia penal y democracia, in Jueces para la democracia. *Información y Debates*. Madrid, n. 4, set. 1988.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Processos informais de mudança da Constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais*. São Paulo: Max Limonad, 1986.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. A relação meio/fim na teoria geral do direito administrativo. *Revista de Direito Público*, 61/27.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. rev. atual. ampl., São Paulo: Malheiros, 1995.

FIÚZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. *Direito constitucional comparado*. 4. ed., rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *O controle da moralidade administrativa*, São Paulo: Saraiva, 1974.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 1997.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*. Madrid: Civitas, 1985.

_____; FERNANDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de derecho administrativo*. Madrid: Civitas, 1997. tomo I.

GOMES, Luiz Flávio. *A dimensão da magistratura no estado constitucional e democrático de direito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de derecho administrativo*. 3. ed. Buenos Aires: Ediciones Macchi, 1995.

GRAU, Eros Roberto. Poder discricionário. *Revista de Direito Público*, n. 93, p. 41-46, jan./mar. 1990.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O federalista*. 2. ed. São Paulo: Russell, 2005.

HECK, Luis Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1985.

HERRENDORF, Daniel E. *El poder de los jueces, como piensan el juices que piensan*. 3. ed. atual. Buenos Aires: Alberto-Perrot, 1998.

Historic Supreme Court Decisions. LII Collection, Cornell Law School, 1996.

HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. 3. ed. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Abril Cultural, 1983. (Os pensadores)

HOWARD, A. E. Dick. A Corte Suprema e a Constituição. *Revista Diálogo*, n. 2, v. 18, 1985.

KLIKSBURG, Bernardo. Entrevista à Eliane Cantanhêde. *Folha de S. Paulo*, 13 ago. 2003 Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/pensata/ult681u89.shtml>>. Acesso em: 05 abr. 2006.

LACERDA Galeno. Juiz e a Justiça no Brasil. *Revista de Processo*, n. 61, ano 16, p. 161-177, jan./mar. 1991.

LEBRE, Eduardo Antonio Temponi E. *O conceito de Justiça Democrática: seu processo de conhecimento e a questão da separação dos poderes da república*. Relatório de Pesquisa. Florianópolis: Fundação José Arthur Boiteux, 2005.

LESSA, Pedro. *Do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915.

LIMA, Francisco Gérson Marques de. *O STF na crise institucional brasileira*. Fortaleza: ABC, 2001.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría constitucional*. Buenos Aires: Depalma, 1976. Tomo II.

LOCKE, John. *Carta acerca da tolerância; Segundo tratado sobre o governo; Ensaio acerca do entendimento humano*. 3. ed. Tradução de Anuar Aiex e E. Jacy Monteiro. São Paulo: Abril Cultural, 1983. (Os pensadores)

_____. *Dois Tratados sobre o governo*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LOZADA, Salvador. *El Derecho*. Tucumán: Universitas SRL el Derecho, 1962. Tomo 2.

LYRA FILHO, Roberto. *O que é direito*. São Paulo: Brasiliense, 1999. (Coleção Primeiros Passos)

MACIEL, Adhemar Ferreira. *Dimensões de Direito Público*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

_____. O papel jurídico, político e social do magistrado a propósito das Constituições brasileira e uruguaia. In: VELLOSO, Carlos Mario da Silva. *Temas de Direito Público*, Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da tutela*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Novas linhas do processo civil*. 3. ed., rev. e ampl. São Paulo Malheiros 1999.

_____; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do processo de conhecimento*. 5. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1978. 4 v.

MARX, Karl. *Manuscritos econômico-filosóficos e outros textos escolhidos*. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1985.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 1990.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. "Relatividade" da competência discricionária. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 5, jan./fev./mar. 2006. Salvador, Bahia. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-5-JANEIRO-2006-CELSONANTONIO.pdf>>. Acesso em: 02 maio 2006.

_____. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. Controle jurisdicional dos pressupostos de validade das medidas provisórias. *Revista dos Tribunais*, n. 758, p. 11-15, dez. 1998.

_____. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 1992.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. *Princípios gerais de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1969. v. I.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Secretaria de Reforma do Judiciário. *Judiciário e Economia*. http://www3.mj.gov.br/reforma/pdf/publicacoes/judiciario_economia.pdf Acesso em: 17.novembro.2006.

MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. *Manual de direito constitucional*. 4. ed., rev., atual. Coimbra: Coimbra, 1990. Tomo I.

_____. _____. 2. ed., rev. Coimbra: Coimbra, 1988. Tomo III.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários à Constituição de 1946*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1953. v. II.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *O espírito das leis*. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

NALINI, José Renato. *O juiz e o acesso à justiça*. 2. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

_____. A ética nas profissões jurídicas. *Revista dos Tribunais*, n. 731, ano 85, p. 455-470, set. 1996.

_____. A consciência moral do juiz. *Revista dos Tribunais*, n. 708, ano 83, p. 257-271, out. 1994.

NOGUEIRA, Octaciano. *Constituições brasileiras: 1824*. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 1999.

NOWAK, John E.; ROTUNDA, Ronald D. *Constitutional law*. 5. ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1995.

NUNES, José de Castro. *Teoria e prática do Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 1943.

ORTIZ, Tulio. *Política y Estado*. Buenos Aires: Editorial Estudio, 1996.

PAMPLONA, Danielle Anne. *O devido processo legal – aspecto material*. Curitiba: Juruá, 2003.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Apreciação judicial de questão política. *Revista Forense*, n. 131, p. 37-40, set. 1950.

PESSOA, Eptácio. Discurso no Senado em 15.10.1914. *Revista do Supremo Tribunal*, v. II, 2ª parte, p. 387.

POLETTI, Ronaldo. *Constituições brasileiras: 1934*. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 1999.

RAMÍREZ, Juan Bustos. Estado y control: la ideología del control y el control de la ideología. In: _____. *El pensamiento criminológico*. Bogotá: Temis, 1983. v. II – Estado y Control.

RAMOS, Saulo. *Coletânea de medidas provisórias*, n. 1 a 73. São Paulo: IOB, 1989.

REHNQUIST, William H. *The Supreme Court: how it was, how it is*. New York: First Quill Edition, 1987.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O direito constitucional à jurisdição. In: TEIXEIRA, Sálvio de F. (Coord.). *As garantias do cidadão na justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993.

ROCHA, José de Albuquerque. Poder Judiciário: o que conservar e o que inovar. *Revista de Direito Processual Civil*. Curitiba: Gênese, 15: 24-32, jan./mar. 2000.

_____. *Estudos sobre o Poder Judiciário*. São Paulo: Malheiros, 1995.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Acesso à justiça no direito processual brasileiro*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

RODRIGUES, Lêda Boechat. *História do Supremo Tribunal Federal*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1965. Tomos I e II, 1910-1926.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. Análise de alguns princípios do processo civil à luz do título III do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 15, p. 43-78, jul./set. 1995.

ROSAS, Roberto. *Direito processual constitucional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

ROSATTI, Horacio Daniel. *El origen del Estado*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2002.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do contrato social; Ensaio sobre a origem das línguas; Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens; Discurso sobre as ciências e as artes*. 3, ed., São Paulo: Abril Cultural, 1983 (Os pensadores)

SANTIAGO, Alfonso. Los modelos institucionales de corte suprema. In: SANTIAGO, Alfonso; ÁLVAREZ, Fernando (Orgs.). *Función política de la Corte Suprema*. Buenos Aires: Ábaco, 2000.

SANTIAGO, Alfonso. *La Corte Suprema y el control político*. Buenos Aires: Ábaco, 1998.

_____; ÁLVAREZ, Fernando (Orgs.). *Función política de la Corte Suprema*. Buenos Aires: Ábaco, 2000.

SANTOS, Boaventura de Souza. Introdução à sociologia da administração da Justiça. In: FARIA, Jose Eduardo (Org.). *Direito e Justiça: a função social do Judiciário*. São Paulo: Ática, 1989. p. 39-65.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 15. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1992. v. I.

SARLET, Ingo Wolfgang. Valor de alçada e limitação do acesso ao duplo grau de jurisdição. *Revista da Ajuris*, 66, 1996.

SCHWARTZ, Bernard. *Los poderes del gobierno*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1966. v. I.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 13. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1997.

SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SOARES, Guilherme. *Os direitos, os juízes, o povo: a cláusula pétrea dos direitos e garantias individuais e o controle judicial de constitucionalidade das emendas da Constituição de 1988*. Florianópolis: UFSC (tese de Doutorado), 2006.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. *Tribunal e jurisdição constitucional*. São Paulo: Celso Bastos, 1998.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A efetividade do processo e a reforma processual. In: TUCCI, José Rogério Cruz e (Coord.). *Processo civil: estudo em comemoração aos 20 anos de vigência do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 229-244.

TRIBE, Laurence H. *American Constitutional Law*. 2. ed. Mineola, New York: The Foundation Press, Inc., 1988.

TOMÁS DE AQUINO, Santo. *Tratado de la ley; Tratado de la justicia; Opúsculo sobre el gobierno de los príncipes*. Traducción y estudio introductivo por Carlos Igancio González. México: Porrúa, 1981.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Garantias do processo sem dilações indevidas. In: _____ (Coord.). *Garantias constitucionais do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 234 a 262.

TUCCI, Rogério Lauria; TUCCI, José Rogério Cruz e. *Constituição de 1988 e processo: regramentos e garantias constitucionais do processo*. São Paulo: Saraiva, 1989.

VAZQUEZ, Sanches. *ENCICLOPÉDIA Saraiva do direito*. São Paulo: Saraiva, 1977.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A moralidade da Constituição e os limites da empreitada interpretativa, ou entre Beethoven e Bernstein. In: SILVA, Virgílio Afonso da (Org.). *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: RT, 1994.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário, crise, acertos e desacertos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.