Doutrina das questões políticas e jurisdição constitucional

Análise da atuação do Supremo Tribunal Federal à luz da teoria discursiva do direito e da democracia

Maria Luísa Silva Ribeiro

Sumário

1. Introdução. 2. A doutrina das questões políticas. 3. Jurisdição constitucional sob a perspectiva da teoria discursiva de Jürgen Habermas. 3.1. A teoria discursiva e a legitimidade do direito. 3.2. Relação entre política e direito. 3.3. Princípio da separação de Poderes. 3.4. Papel e limites de atuação das Cortes Constitucionais. 4. Estudo de casos decididos pelo Supremo Tribunal Federal envolvendo questões de natureza política. 5. Conclusão.

1. Introdução

A doutrina das questões políticas está relacionada ao processo de transição do primeiro pós-guerra, com o Plano Marshall, para a reconstrução da Europa devastada, que veio a constituir o chamado Estado do Bem-Estar Social ou Estado Providência, preocupado com os problemas da pobreza, as insuficiências do mercado para solvê-las, dando um novo perfil e significado para o papel que assume.

Antes ou até então, a concepção de cidadania, e também a de Estado de Direito, estavam jungidas, sob o ponto de vista político, à contenção do poder do Estado. Com o Estado do Bem-Estar Social, surge a idéia de cidadania também econômica, de modo que a participação do cidadão deveria se dar não apenas no âmbito do político, mas também no processo econômico (JUCÁ, 1999, p. 42-44).

Maria Luísa Silva Ribeiro é bacharel em Direito pela Universidade de Brasília UnB, Especialista em Direito Administrativo pela Universidade Cândido Mendes e em Análise da Constitucionalidade pela UnB e Coordenadora do Núcleo Jurídico Câmara dos Deputados.

Artigo produzido com base no Trabalho de Conclusão do Curso de Especialização em Análise da Constitucionalidade, promovido pela Universidade do Legislativo Brasileiro – UNILEGIS em parceria com a Universidade de Brasília – UnB, como requisito para obtenção do título de Especialista. Orientador: Prof. Leonardo Augusto de Andrade Barbosa.

No momento em que a intervenção do Estado na economia passa a ensejar o surgimento de direitos para os cidadãos, oponíveis contra o Estado, de exigir ações concretas, e estas não se efetivam, passou-se a configurar lesão ou ameaça de direito que, em tese, legitimaria o endereçamento de provocação ao Poder Jurisdicional. A esse último caberia, como garante do ordenamento jurídico em última instância, obrigar os encarregados do exercício do poder político à execução dessas ações.

Essa, em breves linhas, é a raiz do fenômeno denominado pela doutrina de "judicialização da política" ou "politização do Judiciário"[1], caracterizado pelo recurso freqüente ao Poder Judiciário para decidir sobre questões de natureza econômica ou política que afetam os outros poderes estatais, prestadores dos serviços correspondentes aos direitos subjetivos invocados.

Vale lembrar que o Judiciário foi construído e experimentado como poder "politicamente neutro". Sob a capa da imparcialidade e independência dos juízes, postulava-se a exclusão, na sua ação, dos fatores históricos e sociais, limitando-se a hermenêutica aos estreitos limites da aplicação da hipótese legal ao caso concreto.

Esta feição ganhou novo perfil a partir da consolidação política da Suprema Corte norte-americana, inaugurando o controle de constitucionalidade das leis, fundado no princípio da supremacia da Constituição sobre o corpo normativo infraconstitucional, negando validade a este quando em dissonância àquela.

Simultaneamente ao surgimento do controle de constitucionalidade naquela Corte, desenvolveu-se a chamada doutrina das questões políticas, a qual vindicava existir uma distinção entre matérias políticas e jurídicas, para concluir que aos tribunais somente compete dirimir os conflitos jurídico-constitucionais, ficando a solução dos problemas políticos a cargo dos órgãos dotados de legitimidade democrática. Explicita, dessa forma, a idéia de que certas decisões provenientes dos Poderes Legislativo e Executivo estariam imunes à autoridade judiciária (TEIXEIRA, 2005, p. 47).

O adensamento da dimensão política do poder judicial o retirou daquela postura de neutralidade, ainda que em parte, tendo em vista o desempenho do papel de controle real de poder. Ao praticar o crivo do controle de constitucionalidade, com poderes para negar efeito a ato jurídico do Executivo e do Legislativo, ganhou a Corte Constitucional, assim e por isso, nova dimensão.

Essa nova dimensão de atuação das Cortes Constitucionais agudizou-se de tal modo na Suprema Corte Norte-Americana, que Ingeborg Maus (2000, p. 185-187) chegou a proclamar, criticamente, o papel do Judiciário como superego da sociedade:

> "[...] Quando a justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social – controle ao qual normalmente se deve subordinar toda instituição de Estado em uma forma de organização política democrática. No domínio de uma Justiça que contrapõe um direito "superior", dotado de atributos morais, ao simples direito dos outros poderes do Estado e da sociedade, é notória a regressão a valores pré-democráticos de parâmetros de integração social."

As decisões de forte conteúdo e significação política têm oportunizando questionamentos sobre a legitimidade do Judiciário para deliberar sobre aspectos políticos, ao tempo em que suscitam a elaboração de teorias a respeito dos limites de atuação da jurisdição constitucional nessa seara, sobretudo porque, alega-se, os juízes não são detentores de mandato popular. Argüi-se, ainda, que o Judiciário nem sempre dispõe do instrumental técnico adequado a enfrentar determinadas questões, o que comprometeria a qualidade das decisões.

À medida que o Judiciário aprofunda sua condição de partícipe do processo de gover-

no em sentido amplo, várias correntes doutrinárias passam a debruçar-se sobre a questão teórica da função e dos limites de atuação dos tribunais constitucionais em matérias políticas.

Destaca-se, nesse cenário, a solução proposta pela teoria discursiva de Jürgen Habermas (HABERMAS, 1997, p. 99 e 149), a qual sustenta a contenção judicial ao papel de garante da manutenção de um nível ótimo de vazão dos dutos democráticos. Mesmo essa atuação judicial excepcional deve se dar, entretanto, em ambiente dialógico, razão pela qual os debates construtivos deveriam ser realizados no âmbito da comunidade de intérpretes da Constituição (HÄBERLE, 1997).

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal (STF) tem alternado posturas ativistas e contidas na apreciação de questões ditas estritamente políticas. Pretende-se, assim, no presente trabalho, após explanar os pressupostos da doutrina das questões políticas, desde suas origens nos Estados Unidos até o seu desenvolvimento no Brasil, mergulhar nos esclarecimentos teóricos oferecidos pela teoria discursiva do direito sobre o papel da jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito, para, ao final, sob os auspícios dessa teoria, lançar luzes sobre a postura que vem sendo adotada pelo Colendo Tribunal ao decidir questões de natureza política.

2. A doutrina das questões políticas

A doutrina das questões políticas compreende a distinção entre matérias políticas e jurídicas, para concluir que aos tribunais somente compete dirimir os conflitos jurídico-constitucionais, ficando a solução dos problemas políticos a cargo dos órgãos dotados de legitimidade democrática. Explicita, dessa forma, a idéia de que as decisões provenientes dos poderes políticos do Estado estão imunes à autoridade judiciária, como esclarece Cristina Queiroz (1990, p. 210):

> "No fundo, o que se discute não é o direito ou a obrigação de julgar, mas algo de mais profundo: a relação entre o juízo normativo e o juízo político, a relação entre o direito e a política. A este propósito, a *Political Question Doctrine* pode, de algum modo, servir de paradigma. Como critério interpretativo não significa uma redução ou debilitamento da competência judicial de controle dos tribunais de justiça constitucional. Significa, exclusiva e rigorosamente, a sua renúncia em fazer política, a sua renúncia em intervir no domínio da liberdade de conformação política criadora dos órgãos para tal legitimados."

A doutrina tem sua aplicabilidade no âmbito do controle judicial de constitucionalidade, servindo, nas palavras de Alfonso Santiago (1998, p. 175), como uma espécie de "válvula de escape que justifica a não-realização do controle de constitucionalidade em algumas matérias ou aspectos concretos". Assim é que, por meio da qualificação de uma questão como política, sujeita à discricionariedade de outro Poder do Estado, o juiz renuncia ao exercício da jurisdição constitucional, abstendo-se de julgá-la.

Sua origem remonta ao surgimento do controle judicial de constitucionalidade na Suprema Corte dos Estados Unidos. Na famosa decisão do Caso *Marbury v. Madison* (ESTADOS UNIDOS, 1803), o juiz Marshall registrou que, se por um lado, o Poder Judiciário está autorizado a reconhecer a nulidade dos atos legislativos quando contrários à Constituição; por outro, não lhe é facultado ingressar no campo da política.

Marshall partiu da idéia de que a Constituição confere ao titular do Poder Executivo (e seus auxiliares, quando atuam sob suas ordens) certas atribuições políticas dotadas de discricionariedade. Os atos que ele pratica no exercício dessas atribuições não estão sujeitos a exame judicial, porque dizem respeito a assuntos de interesse da nação e não envolvem direitos individuais. O Judiciário,

ao se deparar com matéria confiada ao Executivo, não poderia apreciar o tratamento a ela dispensado, tornando definitiva a decisão do Presidente da República, que só responderia à sua própria consciência e às leis do país.

Já no Brasil, o período de consolidação da doutrina no Supremo Tribunal Federal (STF) ocorreu no período entre 1910-1930, quando se passou a reconhecer, nos casos submetidos à sua apreciação, que se determinada questão envolvia matéria essencialmente política, ela não estaria sujeita ao controle judicial.

As principais questões que lhe foram submetidas e que podem ser indicadas como responsáveis pelos primórdios do exercício do poder de autocontenção do tribunal envolveram a decretação do estado de sítio e da intervenção federal, duplicata de governos e assembléias estaduais, cassação de mandato de deputado estadual, processo de *impeachment* de governante estadual e banimento da ex-família imperial. (TEIXEIRA, 2005)

A evolução da doutrina das questões políticas no Excelso Pretório teve como conseqüência prática a ampliação do espaço jurisdicionável. Nesse processo evolutivo, os direitos individuais desempenharam papel fundamental, pois passaram a ser razão fundamental embasadora da intervenção judicial, mesmo naqueles casos em que se discutia matéria de conteúdo político.

Já no passado mais recente, de vinte anos para cá, pode-se dizer que o Supremo tem exercido seu papel de autocontenção, por meio da doutrina das questões políticas, basicamente nas matérias *interna corporis* das Casas Legislativas, na apreciação de atos de expulsão de estrangeiros, em casos de anistia e no conhecimento dos pressupostos das medidas provisórias.

A abordagem das questões políticas consideradas *interna corporis* se tornou mais freqüente a partir da década de 80, quando o Tribunal foi provocado a se pronunciar em episódios relacionados ao processo de abertura política pelo qual passava o País. Várias medidas tomadas pela direção das duas Casas do Congresso Nacional na tramitação de emendas à Constituição que tratavam de eleições diretas foram levadas ao Tribunal que, em todas as oportunidades, decidiu tratar-se de matéria *interna corporis*, insuscetível de crítica judiciária.

Na década de 90, esse mesmo posicionamento foi reafirmado, desta feita apregoando a idéia de que as normas regimentais do processo legislativo são dotadas apenas de natureza ordinatória, não gerando efeitos subjetivos que possam ser garantidos mediante atuação do Poder Judiciário.

Apenas nos casos em que houvesse violação do processo legislativo constitucionalmente previsto haveria algum tipo de direito parlamentar. Na hipótese, esse último recorreria ao Judiciário para não participar do processo legislativo vedado constitucionalmente, obstando ao seu andamento.

Quanto à expulsão de estrangeiros, por envolver medida que expressa um ato de soberania estatal, o tribunal a tem considerado matéria de competência exclusiva do Presidente da República, somente podendo ser objeto do crivo judicial quando incidentes hipóteses expressamente estabelecidas em lei como impeditivas do ato[2]. A anistia, igualmente, tem sido reconhecida como matéria de atribuição exclusiva do Chefe do Executivo, sendo vedada sua anulação pela via judicial, consoante restou assentado na ADI nº 2.306-3 / DF.

No que tange à análise dos pressupostos para edição de medidas provisórias – relevância e urgência – o STF tem admitido "o controle dos pressupostos da medida provisória, todavia apenas na hipótese de excesso do poder de legislar, diante de abuso manifesto do juízo discricionário de oportunidade e de valor do Presidente da República." (CLÈVE, 2000, p. 230).

Muito embora o Supremo tenha recorrido à doutrina das questões políticas para conter o exercício da jurisdição sobre determinadas matérias, a tendência tem sido a

redução do seu âmbito de incidência, o que pode ser constatado nas recentes apreciações de temas como o processo de *impeachment* do Presidente da República e os processos político-disciplinares de parlamentar.

No julgamento de questões relacionadas ao *impeachment*, o Supremo entendeu que, apesar da sua natureza essencialmente política, sempre que for apontada alguma lesão a direito individual do cidadão, o processo estará sujeito à deliberação judicial, sendo que somente o mérito das decisões da Câmara e do Senado estarão imunes à crítica por parte da Corte[3].

Da mesma forma, os processos político-disciplinares de parlamentar, nada obstante seu caráter político, podem ser levados ao Tribunal para garantia da regularidade na condução do processo, da ampla defesa e do contraditório. (TEIXEIRA, 2005).

No último capítulo deste trabalho, apresentar-se-ão, com mais detalhes, alguns dos recentes casos apreciados pelo Supremo Tribunal Federal envolvendo questões políticas, desta feita analisados à luz dos esclarecimentos oferecidos pela teoria do discurso de Jürgen Habermas, objeto de estudo do próximo capítulo.

3. Jurisdição constitucional sob a perspectiva da teoria discursiva de Jürgen Habermas

3.1. A teoria discursiva e a legitimidade do direito

No mundo contemporâneo, as cosmovisões metafísicas ou religiosas tornaram-se insuficientes para conferir legitimidade ao direito. A legitimidade do direito também não mais se sustenta em uma forma de dominação coletiva, instituída pela racionalidade administrativa / judicial e vinculada a uma estrutura abstrata e formal de leis, como pensava Max Weber e Kelsen, prosélitos do positivismo jurídico.

Como resposta à rejeição da sociedade plural e racionalista, Habermas (1997, p. 46) propôs que o papel do sagrado fosse ocupado pela ação simultânea e co-originária da Moral e do Direito. A legitimidade do direito deveria, assim, advir da seguinte relação: a imposição coercitiva do Direito pelo Estado está conectada a um processo de normatização racional do direito, sendo coerção e liberdade elementos fundamentais à dupla dimensão da validade jurídica. Em substituição à produção interior e monológica de normas jurídicas, pautada por uma moral convencional, Habermas (1997, p. 138) apresenta o procedimento dialógico, fundado no princípio do discurso.

A moral co-originária do direito é a pós-convencional, em que os indivíduos conseguem identificar os valores que formam sua identidade e passam a ter juízos críticos sobre eles, por meio do reconhecimento dos direitos individuais e de princípios universais.

O direito, assim, não recebe seu pleno sentido normativo de per si, por meio de sua forma, nem de um conteúdo moral *a priori*, mas sim por intermédio de um procedimento de elaboração legislativa que gera legitimidade. Assume, dessa forma, a função primordial de estabilizador das expectativas sociais de comportamento.

A legitimidade e justiça de uma lei estão, agora, relacionadas à sua gênese democrática, consoante destaca Habermas (2003, p. 235), citando a socióloga Ingeborg Maus: "O que garante a justiça da lei é a gênese democrática e não os princípios jurídicos *a priori* aos quais o direito deveria corresponder. 'A justiça da lei é garantida através do processo especial de seu surgimento'".

Para o direito moderno, o princípio do discurso significa, em verdade, o próprio princípio democrático; e o conceito de constituição, nessa perspectiva, é identificado com um processo permanente de aquisição de direitos fundamentais. (CARVALHO NETTO, Menelick de, 2003, p. 145). Trata-se, portanto, de uma comunidade de princípios, que atribui densificação a um sistema de diretos abstrato, consoante destaca Habermas (2003, p. 166).

3.2. Relação entre política e direito

Para Habermas (2003, p.181-183), direito estatal e poder político são elementos cooriginários que se unem na institucionalização de funções que fornecem ao exercício da dominação política uma forma organizada. Dessa forma, poder político e direito estatalmente sancionado surgem como dois componentes que constituem a autoridade estatal juridicamente configurada. Pode-se asseverar, destarte, existir uma conexão funcional entre os códigos do direito e do poder.

A função intrínseca do poder político figura, nesse cenário, como sendo a realização de finalidades coletivas. A do direito, a estabilização de expectativas de comportamento. De um lado, no momento em que o direito empresta uma forma jurídica à dominação política, ele serve à constituição de um código binário de poder. Quem quer que disponha do poder, pode dar ordens aos outros. A par de instrumentalizar a organização da dominação política, o direito também legitima o poder político, funcionando como fonte de justiça.

Na esteira desse raciocínio, é possível citar como contribuições do direito para a realização da função intrínseca do poder político o fato de lhe conferir autoridade e competência jurisdicional, e também o constituir e autorizar as instituições governamentais.

De outro lado, o poder político garante a observância das decisões dos tribunais, servindo à constituição de um código jurídico binário: legal / ilegal. Nessa medida, atua como instrumento de institucionalização do Direito pelo Estado.

Como contribuição do poder político para a função intrínseca do direito, é válido afirmar que o poder engendra uma certeza do direito, que possibilita aos destinatários calcular as conseqüências de seu comportamento e dos outros, reforçando-o com o elemento da coercibilidade.

Nesse passo, cada comunidade concreta de co-associados exerce sua autonomia em um sistema de direitos que requer interpretação e desenvolvimento, o qual se processa por meio de deliberações acerca de leis e políticas em que se procura, fundamentalmente, responder à questão básica "O que devemos fazer?". De acordo com o problema e a forma pelo qual ele é resolvido, diferentes formas de deliberação se apresentam, quais sejam: pragmáticas, éticas e morais.

3.3. Princípio da separação de Poderes

Explicitada a constituição recíproca de direito e poder político, é possível passar à justificação dos princípios que informam a organização constitucional da autoridade pública e então compreender a lógica da divisão de poderes sob a ótica da teoria discursiva.

Para a teoria habermesiana, a separação de competências entre as instâncias que elaboram as leis, as que as aplicam e as que as executam decorre da distribuição das possibilidades de utilizar os diferentes tipos de argumentos e de sua relação com as formas de comunicação que determinam como lidar com esses argumentos (HABERMAS, 2003, p. 215-216).

O Legislativo interpreta a Constituição ao elaborar e desenvolver o sistema de direitos. Só ele goza de acesso irrestrito aos argumentos de grande generalidade e abertura, como os éticos, morais, normativos e pragmáticos, realizando o processo de justificação de normas. Para Habermas (2003, p. 352), na tarefa de elaboração legislativa, o suprimento de informações e a escolha racional-finalística de meios são entrelaçados com o equilíbrio de interesses e com a constituição de compromissos, com a conquista da autocompreensão ética, com a formação de preferências, com a justificação moral e com testes de coerência jurídica.

Mas, no âmbito do parlamento, para que se assegure o procedimento democrático, é essencial que todos os membros da comunidade jurídica sejam capazes de tomar parte no discurso, com iguais oportunidades de assumir a posição de aceitação e de negação perante todas as afirmações relevantes.

Para que assim se opere, os discursos produzidos por representantes nas assembléias devem permanecer porosos, sensíveis e receptivos às sugestões, temas e contribuições de uma esfera pública comunicativa, pluralista, próxima do poder diluído.

Ao Judiciário, de sua vez, cumpre tão-somente desatar o feixe dos diferentes tipos de argumentos introduzidos no processo de normatização, fornecendo uma base racional para as pretensões de legitimidade do direito vigente e buscando conferir coerência ao sistema jurídico como um todo. Os discursos judiciais servem, desse modo, à aplicação das normas.

Nos discursos jurídicos de aplicação, uma decisão deve ser tomada apropriando-se das normas presumivelmente válidas em uma dada situação, cujas características relevantes devem ser descritas tão completamente quanto possível. O juiz atua como um representante imparcial da comunidade jurídica para a solução da controvérsia, visando decidir qual das normas válidas é aplicável. O Judiciário, ao interpretar a Constituição, toma suas razões para reger coerentemente casos concretos, de forma que as decisões tenham por base princípios jurídicos vigentes. Para as normas que não permitam aplicação consentânea com a Constituição, utiliza-se o controle de constitucionalidade.

À Administração, ao contrário do Legislativo e do Judiciário, é vedado lidar construtiva ou reconstrutivamente com os fundamentos ou motivos normativos. As normas conferidas à Administração vinculam a persecução de finalidades coletivas às premissas anteriormente estipuladas e restringe a atividade administrativa ao aspecto da racionalidade intencional. A ela compete, mediante utilização de discursos pragmáticos, escolher as tecnologias e estratégias mais adequadas à realização dos valores e finalidades previamente afirmadas nos discursos de justificação, sob a condição de que não se busque interesses ou preferências de sujeitos privados.

3.4. Papel e limites de atuação das Cortes Constitucionais

De acordo com a teoria discursiva, a prática decisória judicial é vinculada ao direito e às leis vigentes e a racionalidade da prestação jurisdicional depende da legitimidade desse direito, a qual, por sua vez, está associada à racionalidade do processo legislativo.

A questão da racionalidade da jurisdição está associada à necessidade de as decisões judiciais satisfazerem, ao mesmo tempo, aos critérios de segurança do direito e da aceitabilidade racional. O primeiro relaciona-se à manutenção de coerência do sistema jurídico, ao fato de as decisões deverem levar em conta os precedentes jurisprudenciais. A aceitabilidade racional, por seu turno, prende-se à questão de verificar se os precedentes são efetivamente adequados ao caso concreto.

O procedimentalismo aposta na racionalidade das próprias condições que fundamentam o suposto de que o processo democrático como um todo facilita resultados racionais. "A partir daí, é possível dizer que a razão incorpora-se nas condições pragmático-formais possibilitadoras de uma política deliberativa, não sendo necessário contrapô-la a esta última como se fosse uma autoridade estranha, situada além da comunicação política." (HABERMAS, 2003, p. 354).

Por isso, a Constituição, para a teoria discursiva, não pode ser concebida como uma ordem jurídica concreta que imponha uma forma de vida *a priori* específica à sociedade. Ao invés, ela estabelece procedimentos segundo os quais os cidadãos podem, no exercício de seu direito de autodeterminação, buscar realizar o projeto cooperativo de fixação de justas condições de vida.

Com esteio nesse raciocínio, pode-se afirmar que a Corte Constitucional tem a função de zelar para que o processo de elaboração legislativa ocorra sob as condições legitimadoras da política deliberativa, que deve

ser desenvolvida, segundo Michelman (1988, p. 1529), com a associação de dois elementos: a) a formação da vontade parlamentar institucionalizada nos procedimentos legais e b) construção da opinião política nos círculos informais de comunicação política. As contribuições, temas e propostas mais relevantes devem vir das margens para o centro estabelecido do espectro de opiniões.

Como explica Habermas (2003, p. 326), à Jurisdição Constitucional compete proteger o sistema de direitos que possibilita a autonomia pública e privada e resguardar os cidadãos das posições de poder econômico e social, preservando o exercício dos direitos comunicativos.

Um dos importantes temas de discussão levantados por Habermas (2003, p.298) quanto ao papel das Cortes Constitucionais diz respeito a uma crítica à jurisprudência de valores.

Segundo narra aquele autor, sob o paradigma do Estado Social de Direito, o sistema de direitos passou a ser efetivado por meio de titularidades a serviços prestados por um Estado provedor, que acobertaria os riscos, regulamentaria, facilitaria e compensaria.

Os direitos fundamentais, que passaram a fundamentar pretensões a prestações positivas, sofreram uma transformação que elevou os direitos subjetivos de liberdade para o conteúdo jurídico-objetivo de normas fundamentais conformadoras de estruturas.

Essas transformações na conceituação dos direitos fundamentais refletiu-se, nas decisões da Corte Constitucional alemã (cf. HABERMAS, 2003, p.308), no emprego dos chamados "conceitos-chave constitucionais" – tais como o princípio da proporcionalidade, da reserva do possível e da limitação da vigência imediata dos direitos fundamentais em função de direitos fundamentais de terceira pessoa – que serviriam para, nas hipóteses de colisão, inter-relacionar as várias normas de forma a conferir consistência à Constituição. Com o desenvolvimento dos conceitos-chave, a Corte alemã passou a reconhecer a estrutura aberta da Lei Fundamental.

Por outro lado, a orientação por normas de princípios fundamentais levou a uma ampliação da margem de atuação do Poder Judiciário que subverteu o equilíbrio da estrutura normativa do Estado de Direito, ao custo da autonomia do cidadão. O perigo da ampliação de margem de atuação do Judiciário e do recurso às "normas de fundo" é, para Ingeborg Maus (1989, p. 191-210), que ele passe a se envolver em uma criação do direito reservada, segundo a lógica de separação de poderes, ao legislador democrático.

Vale destacar, no particular, que, segundo interpretação de Habermas quanto à teoria defendida por Robert Alexy (2002, p. 86), os princípios devem ser transformados em valores, como comandos de otimização cuja intensidade permanece aberta. Se as normas não dizem quando e como cumprir um comando de otimização, então a aplicação de tais princípios se faz mediante uma avaliação orientada por finalidades ou objetivos. Como nenhum valor tem prioridade incondicional sobre os demais valores, a mencionada operação de avaliação conduz a interpretação do direito ao interior de um caso relatado, concretizando a concepção de valores.

O grande equívoco dessa visão, segundo a teoria discursiva, é a equiparação de direitos a valores. É que os princípios – norma de mais alto nível à luz das quais as demais são justificadas – têm um sentido deontológico, que obrigam seus destinatários igualmente, sem exceção, a cumprir as expectativas generalizadas de comportamento. Seguem, portanto, uma pretensão de validade binária: ou são legítimas ou ilegítimas. Por isso, normas distintas não devem se contradizer reciprocamente, mas enquadrar-se em um complexo coerente, formando um sistema.

Já os valores, por seu turno, têm um significado teleológico, entendidos como pre-

ferências intersubjetivamente compartilhadas. Dessa forma, expressam, em uma coletividade específica, o caráter preferencial de bens pelos quais vale a pena lutar e que são adquiridos mediante ações dirigidas a objetivos ou finalidades. Firmam relações de preferência, que indicam quais bens são mais atrativos do que outros. Decisões sobre valor procuram, sobretudo, "o que é bom para nós". Valores distintos competem entre si por prioridade, na medida em que encontram reconhecimento intersubjetivo em uma cultura ou forma de vida, constituindo, assim, configurações flexíveis plenas de tensão.

Assentadas essas premissas, a idéia de equiparar a Constituição a uma ordem concreta de valores se revela equivocada, pois esquece o caráter especificamente jurídico da Carta Magna. Os direitos fundamentais, como normas jurídicas que são, constituem-se, da mesma forma que as regras morais, segundo o modelo das normas vinculantes, e não o dos bens atrativos.

Além disso, a prestação jurisdicional orientada por valores põe em xeque a legitimação da decisão judicial, porquanto a concretização de normas assume a forma de uma elaboração legislativa implícita, que atribui às decisões da Corte o *status* de uma legislação concorrente. Habermas (2003, p. 321-322) alerta para o perigo de juízos irracionais fundados em valores, os quais fazem com que argumentos funcionalistas prevaleçam sobre os normativos e até mesmo concorram com garantias constitucionais de liberdade.

Habermas (2003, p. 322-323) condena, portanto, a prática judicial de submeter os direitos fundamentais a uma avaliação de custo-benefício, bem como a consideração da relação entre normas *prima facie* aplicáveis como valores em concorrência, pregando existir entre elas, ao invés, uma relação de adequação e não-adequação.

A validade de uma norma, seja ela regra ou princípio, possui, assim, o sentido deontológico de um comando e não o sentido teleológico do que poderíamos alcançar sob dadas circunstâncias no horizonte de nossos desejos.

Com essas premissas, poder-se-ia também definir a tarefa do juiz como a de encontrar, entre todas as normas pretensamente aplicáveis à espécie, aquela mais adequada ao caso concreto, que, para tanto, deve ser descrito da forma mais exaustiva possível e com todos os seus elementos relevantes (HABERMAS, 2003, p. 322).

4. Estudo de casos decididos pelo Supremo Tribunal Federal envolvendo questões de natureza política

A seguir, são colacionadas algumas decisões proferidas pelo STF em que são abordadas questões de natureza política, assim classificáveis pela doutrina abordada no início deste trabalho, para, na seqüência, analisá-las à luz dos pressupostos da teoria procedimental do discurso, visando primordialmente esclarecer em que medida seus postulados têm sido observados pela Corte Constitucional Brasileira, em especial no que diz respeito à compreensão do papel da jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito.

A primeira das decisões invocadas é a proferida pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito da Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45 MC / DF, Relator Ministro Celso de Mello, publicada no DJU de 4 de maio de 2004.

Naquela assentada, o Ministro Celso de Mello, ao apreciar veto emanado do Presidente da República incidente sobre dispositivo da lei orçamentária anual de 2004 (LDO 2004), nada obstante tenha concluído pela prejudicialidade da argüição, emitiu juízo em que reconheceu a possibilidade de que a ação constitucional aludida seja utilizada como instrumento idôneo e apto à concretização de políticas públicas quando, previstas no próprio texto da Carta Política, venham a ser descumpridas pelas instâncias governamentais.

Segundo o Ministro Mello, embora não seja competência funcional do Poder Judiciário formular e implementar políticas públicas, em bases excepcionais, poderá ser-lhe atribuída tal incumbência, se e quando configurada hipótese de abusividade governamental.

Na mesma decisão, há também referência ao princípio da "reserva do possível", segundo o qual a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Confira-se, adiante, os principais trechos da decisão em comento, *verbis*:

> "[...] não posso deixar de reconhecer que a ação constitucional em referência, considerado o contexto em exame, qualifica-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, tal como sucede no caso (EC 29 / 2000), venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República.
>
> Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais – que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164 / 158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO) –, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional:
>
> [...] Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e / ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático."

Na decisão acima, observamos que o Supremo admitiu expressamente, ainda que em bases excepcionais, a possibilidade de o Judiciário formular e implementar políticas públicas, ao tempo em que reconheceu a ADPF como instrumento idôneo para viabilizar a concretização dessas mesmas políticas.

De acordo com a teoria discursiva, no entanto, a separação de competências entre as diversas instâncias passa a ser consubstanciada na possibilidade de utilização dos diferentes tipos de argumentos. Ao Judiciário, como vimos, compete fazer uso apenas dos discursos de aplicação das normas, não sendo facultado a ele lançar mão de argumentos éticos, morais, pragmáticos ou teleológicos para construir sua decisão.

De outra parte, não pode ele atuar, consoante condena Habermas, como um tutor que assume o lugar do menor de idade, para corrigir eventuais abusos ou omissões praticadas pelo Legislativo ou pelo Executivo, mas apenas zelar para que o processo de elaboração legislativa ocorra sob as condições legitimadoras da política deliberativa, garantindo a observância do princípio democrático e dos direitos fundamentais.

Ao se arrogar a possibilidade de criticar as opções políticas dos outros Poderes, o Judiciário atrai para ele próprio o risco de de-

cisões irracionais, pondo em xeque a legitimidade de sua atuação e dando azo ao fenômeno de qualificação do Judiciário como "superego da sociedade".

Além disso, admitir a utilização do princípio da reserva do possível, como foi o caso da decisão citada, significa atribuir ao STF a faculdade de sopesar princípios, possibilitando que argumentos funcionalistas prevaleçam sobre os normativos e até mesmo concorram com garantias constitucionais de liberdade, prática também rechaçada pela teoria discursiva.

A segunda decisão a ser comentada é o Mandado de Segurança nº 25.295 / DF, Relator Ministro Joaquim Barbosa, divulgada no Informativo do Supremo Tribunal Federal nº 384, de abril de 2005. Nessa deliberação, o Supremo concedeu a ordem impetrada contra o Decreto Presidencial nº 5.392 / 205, por meio do qual a União declarou estado de calamidade pública no Município do Rio de Janeiro e autorizou a requisição de bens, serviços e servidores afetos a hospitais daquele Município ou sob sua gestão.

Na espécie, além de decretar a nulidade do ato, por falta de motivação, o STF atuou para evitar intervenção federal não admitida pela Constituição Federal, com apossamento de bens, serviços, servidores e recursos públicos municipais, pela União, fora dos parâmetros do estado de defesa e do estado de sítio (CF, arts. 136 e 137 e ss., respectivamente).

Concluiu, dessa forma, ter sido o Município em questão desafetado de serviço que lhe é próprio, por destinação constitucional, já que a saúde pública é área de atuação de toda pessoa federada, correspondendo a um condomínio funcional, nos termos do art. 196, da CF. Vejamos, a seguir, resumo do conteúdo dos informativos divulgados pelo STF:

> "Informativo STF – Brasília, 18 a 22 de abril de 2005 –Nº 384.
>
> Estado de Calamidade Pública e Sistema Único de Saúde – 1
>
> O Min. Carlos Britto divergiu em parte do relator. Considerou tratar-se, na espécie, não de requisição, mas de intervenção federal no município, não admitida pela Constituição Federal, com apossamento de bens, serviços, servidores e recursos públicos municipais, pela União, fora dos parâmetros do estado de defesa e do estado de sítio (CF, arts. 136 e 137 e ss., respectivamente). Concluiu, dessa forma, ter sido o município em questão desafetado de serviço que lhe é próprio, por destinação constitucional, já que a saúde pública é área de atuação de toda pessoa federada, correspondendo a um condomínio funcional, nos termos do art. 196, da CF. MS 25295 / DF, rel. Min. Joaquim Barbosa, 20.4.2005. (MS-25295.)

Para examinar a atuação do Supremo na hipótese, faz-se necessário uma breve incursão pelo princípio do federalismo e sua contribuição para a concretização do princípio democrático.

Segundo o conceito clássico, o federalismo constitui uma forma específica de Estado na qual o governo está verticalmente dividido entre governos regionais e governo central, de modo que cada um tem autoridade exclusiva em sua área de atuação. Ambos governam o mesmo território e a mesma população, mas cada um tem autoridade para tomar decisões independentemente do outro. Essa autoridade, por sua vez, é derivada do voto popular direto e de recursos próprios para o exercício do poder (RIKER, 1964, p. 1975).

O federalismo é, assim, um sistema de poder e de tomada de decisão compartilhado entre dois ou mais governos livremente eleitos, com autoridade sobre as mesmas pessoas e a mesma área geográfica. Garante e protege a capacidade de tomar decisões em que os resultados são sentidos de forma mais imediata nas comunidades locais, bem como nos níveis mais altos do governo.

Ele promove a responsabilidade do governo para com as pessoas e incentiva a participação dos cidadãos e a responsabilida-

de cívica, ao permitir que os governos locais elaborem e administrem leis locais, que refletem as preferências segundo as quais as comunidades locais escolhem viver — polícia e bombeiros, administração escolar, saúde local e regulamentos sobre a construção são, com freqüência, decididos e administrados localmente.

A vantagem do sistema num país geograficamente grande e economicamente diversificado como o Brasil é que as disparidades de renda e bem-estar social entre as regiões podem ser tratadas pelo governo nacional através de políticas que redistribuem os impostos arrecadados.

Vale acrescer, por oportuno, que o federalismo proporciona oportunidades múltiplas para os partidos políticos servirem seus eleitores, pois mesmo que determinado partido não detenha a maioria no Parlamento ou no Executivo, é permitido sua participação nos níveis regional e local.

Registre-se, de outra parte, como já salientado neste trabalho, que a concretização do procedimento democrático depende de que todos os membros da comunidade jurídica sejam capazes de tomar parte no discurso, com iguais oportunidades de assumir a posição de aceitação e de negação perante todas as afirmações relevantes.

Para que assim se opere, os discursos produzidos por representantes nas assembléias devem permanecer porosos, sensíveis e receptivos às sugestões, temas e contribuições de uma esfera pública comunicativa, pluralista, próxima do poder diluído.

Ademais, é próprio da lógica do discurso o princípio do pluralismo político, que reflete a necessidade de suplementação da formação da opinião parlamentar por meio da construção da opinião informal envolvendo os partidos políticos e aberta a todos os cidadãos na esfera pública. É a garantia dessa autonomia das esferas públicas e da concorrência partidária, juntamente com o princípio parlamentar, que constituem o princípio da soberania popular.

Considerando que o federalismo, ao diluir o poder político – ao fomentar a participação ativa dos cidadãos no âmbito local (permitindo a averiguação mais próxima dos problemas cotidianos daquela comunidade) e ao estimular o pluralismo político – atua em prol da permeabilidade do processo discursivo de formação da opinião / vontade e do princípio da soberania popular, podemos afirmar que a atuação judicial em defesa do princípio federativo se coaduna com o papel da jurisdição constitucional pensado em termos de teoria discursiva.

Nesse sentido, é lícito também concluir que a decisão do Supremo, no caso, atuando em defesa do princípio do federalismo, está em consonância com a concretização do princípio democrático.

O terceiro e último julgado a ser examinado é o Mandado de Segurança nº 25647 MC / DF, relator Ministro Carlos Britto, impetrado pelo então Deputado José Dirceu contra ato praticado pelo Conselho de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara dos Deputados, na Representação 38 / 05, do PTB – Partido Trabalhista Brasileiro, pela Comissão de Constituição e Justiça e de Redação da Câmara dos Deputados, no recurso 229 / 05, e pela Mesa Diretora e Presidência da Câmara dos Deputados, em que se lhe imputava a prática de quebra do decoro parlamentar.

A principal argumentação aviada pelo requerente, alvo de controvérsias no Supremo, alegava ofensa ao princípio do contraditório e da ampla defesa, em decorrência da inversão da ordem de oitiva das testemunhas no processo de cassação, consoante noticiado no informativo STF nº 411, de 28 de novembro a 2 de dezembro de 2005, que abordou a matéria em questão. Adiante, são citados excertos do voto de minerva do Ministro Sepúlveda Pertence:

> "Voto do Ministro Sepúlveda Pertence
>
> Com todas as vênias, o contraditório e a ampla defesa assegurados ao mandatário — independentemente de norma regimental expressa do Códi-

go de Ética e Decoro — são bastantes a impor o transplante ao processo parlamentar, sempre que nele se haja de admitir a prova oral, da regra que a audiência das testemunhas da acusação haja de preceder à inquirição daquelas arroladas pela defesa.

Essa precedência não é regra de mera ordenação procedimental, mas imperativo da 'relação dialógica' — usando a expressão do Ministro Celso de Mello — em que se há de desenvolver todo e qualquer processo regido pela garantia da contraditoriedade, que, acentuou S.Exa, há de 'ser efetiva e real, não meramente simbólica ou retórica, ensejando-se ao que sofre uma acusação' — seja qual for a sua índole, penal, administrativa ou política — 'a possibilidade de contestar, de opor a qualquer prova que lhe seja prejudicial', o que — enfatizo — envolve a de produzir contraprova da anteriormente oferecida pela acusação."

Os argumentos bem lançados pelo Supremo pugnam pela observância, na hipótese, do princípio do contraditório, que representa nada mais nada menos do que o próprio princípio do discurso aplicado à decisão judicial. Essencial, portanto, que, mesmo no processo de cassação política, todas as partes afetadas pela decisão tenham a chance de se manifestar em igualdade de condições e de se contrapor a cada uma das afirmações altercadas pela parte contrária.

Registre-se, ainda, que, para a teoria discursiva, uma jurisdição constitucional ofensiva é requerida exatamente nos casos que digam respeito à imposição do procedimento democrático e da forma deliberativa de formação da opinião e vontade políticas.

Essa a situação ocorrida no processo de cassação do ex-Deputado José Dirceu. Violados os pressupostos discursivos de formação da decisão no curso do processo de cassação (por meio da inobservância do devido processo legal e do contraditório), andou bem a nossa Corte Constitucional ao intervir para restabelecer o procedimento adequado no processo.

5. Conclusão

Muito embora o Supremo tenha, ao longo de sua história, recorrido à doutrina das questões políticas para conter o exercício da jurisdição sobre determinadas matérias, a tendência atual tem sido a redução do seu âmbito de incidência, o que pode ser constatado nas recentes apreciações de temas como o processo de *impeachment* do Presidente da República e os processos político-disciplinares de parlamentar.

Nas matérias em que ainda se pratica a autocontenção, a Corte Constitucional sofre duras críticas por parte daqueles que sustentam que a doutrina das questões políticas tem servido como uma escusa para escamotear a falta de independência do Judiciário e a intenção de evitar seu enfrentamento com os demais Poderes do Estado.

No que concerne à apreciação das matérias ditas *interna corporis* do Legislativo, as críticas, de fato, merecem prosperar. Se é verdade que as assembléias devem estar sujeitas a regras procedimentais que garantam os pressupostos comunicativos necessários à formação discursiva do direito, daí decorre a relevância das questões regimentais como modo de eleição dos representantes, imunidades parlamentares, regras da maioria, turnos de discussão e votação, constituição de comissões e organização dos trabalhos.

Falta ao Judiciário, nessas hipóteses, reconhecer o papel de relevo que as condições procedimentais de formação da lei desempenham no Estado Democrático, para então adotar uma postura mais agressiva na defesa do chamado "devido processo legislativo".

É preciso ressalvar, noutro giro, que nem sempre o intervencionismo judicial é saudável para a democracia. Quando se fala do debate atual sobre a efetividade dos direitos sociais, o Judiciário tem se utilizado de ar-

gumentos funcionalistas como o princípio da reserva do possível, do "prejuízo financeiro", do "dano econômico irreversível" e o princípio da reserva parlamentar em matéria orçamentária, para deixar de reconhecer direitos normativamente garantidos e para arrogar-se a função de deliberar sobre políticas públicas.

A postura do Supremo de sopesar princípios e de admitir, ainda que em bases excepcionais, que o Judiciário possa formular e implementar políticas públicas – classificada por muitos como "responsável" – faz, nesses casos, é evidenciar a tendência do Judiciário, condenada por Habermas, de agir como tutor do Legislativo e do Executivo, o que frequentemente o leva a chancelar abusos por parte dos governantes.

Isso não quer dizer que o procedimentalismo impeça a inclusão social. Ao contrário, ele a pressupõe e exige da atividade judicial o compromisso com a busca da resposta correta, sujeita a questionamentos e a análises de mérito, fundamentadas no agir comunicativo, no tratamento adequado dos argumentos éticos, morais e pragmáticos e no próprio procedimento.

Merecem aplausos, por outro lado, as intervenções bem-sucedidas do Tribunal na defesa do princípio do devido processo legal e do contraditório nos processos político-disciplinares, porquanto a possibilidade de que as partes envolvidas numa discussão sejam ouvidas e participem do processo em igualdade de condições é requisito fundamental para a formação discursiva do direito. Igualmente louvável tem sido sua atuação na defesa do federalismo, cláusula pétrea da Constituição, cujo valor para a democracia consiste em tornar mais diluídos e porosos os processos de formação da vontade nas esferas públicas de decisão.

Notas

[1] Nesse sentido, cf. JUCÁ, Francisco Pedro. Judicialização da política e politização do Judiciário. *Ciência Jurídica*, n. 85, jan.-fev. 1999 e SOUZA JÚNIOR, Antônio Humberto. *O Supremo Tribunal Federal e as Questões Políticas*. Porto Alegre: Síntese, 2004. p. 99-101.

[2] Cf. RTJ 32/480, RTJ 34/438, RTJ 60/398, RTJ 7/385, RTJ 95/589, RTJ 110/650.

[3] Cf. Decisões do Supremo Tribunal Federal nos Mandados de Segurança nºs 21.564, 21.623, 21.628, 21.689 e 21.633. In: *Impeachment*: Jurisprudência. Brasília: Imprensa Nacional, 1996.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. Trad.: Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudio Constitucionales, 1989.

ARAÚJO, António. "Political question doctrine". *Sub Judice, Justiça e Sociedade*, n. 12, p. 190-193, jan./jun., Portugal, 1998.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 68.402-5/DF. Impetrante: John Michael Whitte. Disponível em http://www.stf.gov.br. Acesso em: 10 jun. 2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 2.295. Impetrante: Município do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Disponível em http://www.stf.gov.br. Acesso em: 10 jun. 2006.

CARVALHO NETTO, Menelick de. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite Sampaio (Org.). *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 141-163.

CITTADINO, Giselle. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos de filosofia constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. 2.ed. revista, atualizada e ampliada do livro Atividade Legislativa do Poder Executivo no Estado Contemporâneo e na Constituição de 1988. São Paulo: RT, 2000.

ESTADOS UNIDOS. Suprema Corte. *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1983).

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S.A. fabris, 1997.

HABERMAS, Jüngen. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

JUCÁ, Francisco Pedro. Judicialização da política e politização do Judiciário**.** *Ciência Jurídica*, n. 85, jan.-fev. 1999.

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

RIKER, W. *Federalism, Origin, Operation, Significance*. Little, Brown and Company, 1964.

SOUZA CRUZ, Álvaro Ricardo de. *Habermas e o Direito Brasileiro*.Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. *Jurisdição Constitucional Democrática*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SOUZA JÚNIOR, Antônio Humberto. *O Supremo Tribunal Federal e as Questões Políticas*. Porto Alegre: Síntese, 2004.

TEIXEIRA, José Elares Marques. *A doutrina das questões políticas no Supremo Tribunal Federal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.