Matheus Barra: A doutrina das questões políticas e a crise institucional

É fato notório que o Supremo Tribunal Federal (e o Judiciário como um todo), há alguns anos, tornou-se figura corriqueiramente presente no noticiário político brasileiro. O fenômeno, iniciado com o julgamento do caso mensalão, perdura até hoje.

Quem conjecturar acerca das grandes questões políticas brasileiras recentes terá enorme dificuldade em encontrar uma sobre a qual, cedo ou tarde, o Supremo Tribunal Federal não tenha sido chamado a se manifestar: a operação "lava jato", o *impeachment*, as *fake news*, a prisão em segunda instância, o auxílio-moradia, o teto de gastos, a reforma da Previdência, o aborto, as doações eleitorais e a prerrogativa de foro, dentre diversos outros. Os exemplos são incontáveis. Mas o fato, visto de forma objetiva, é que o STF tem sempre sido acionado quando surge algum problema no seio da sociedade brasileira. A isso chamaremos de *hipertrofia judiciária*.

Existem diversas causas para o fenômeno, mas, independentemente de quais sejam, a consequência direta é uma só: quem acaba por ter que decidir uma parte extremamente relevante das grandes questões que afligem os brasileiros é o Supremo Tribunal Federal. E, como em tudo na vida, a corte e o Judiciário como um todo terão, com isso, bônus e ônus.

O bônus é claro: o STF se enche de poder. Torna-se o senhor de todas as coisas. Economia, política, criminalidade, orçamento, finanças, eleições, aposentadoria, gestão… O tribunal, que tinha a prerrogativa de errar por último sobre alguns assuntos, passa a ter a prerrogativa de errar por último sobre *todos* os assuntos. Não erra — e acerta — apenas questões jurídicas, mas também questões *políticas*. Com a hipertrofia judiciária, o STF apropria-se da última palavra sobre a República.

Mas há os ônus. E estes demoram mais a aparecer. Levar à corte toda espécie de questões implica em enorme responsabilidade. E responsabilidade demanda prestação de contas ao povo, o que, numa democracia, surge principalmente sob a forma da *eleição*. No entanto, os juízes, desembargadores e ministros brasileiros não são eleitos. Só é possível ingressar na carreira por concurso público, quinto constitucional ou nomeação ao STF. Ademais, os magistrados são *juristas*. Não são economistas, gestores públicos, médicos, sociólogos ou políticos. Daí decorrem vários problemas e questionamentos.

Os questionamentos sobre legitimidade, apresentados a título introdutório, são antigos conhecidos de todos os que estudam jurisdição constitucional. Existem inúmeros críticos e defensores de todas as visões sobre o assunto e há literatura exaustiva sobre a temática. O que este artigo se propõe, todavia, é abordar o tema sob uma ótica ligeiramente diversa.

Qualquer que seja a visão do leitor sobre o assunto — se é ou não legítimo um Judiciário *ativista* —, a realidade é que se observa no cenário brasileiro uma politização cada vez maior do Poder Judiciário e um agir sistematicamente mais afeito à lógica estratégica da política do que à lógica jurídica do Direito. Esse diagnóstico é pacífico, como constatado por juristas como Jorge Galvão[1] e Lenio Streck[2].

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Quando o Judiciário apreciava apenas questões jurídicas, as críticas a ele direcionadas possuíam natureza jurídica — interpretação equivocada da norma, conceito ultrapassado pela doutrina etc. Agora que o Judiciário aprecia também questões *políticas*, as críticas a ele direcionadas têm caráter político — e consequências políticas.

Antes, o máximo que se podia fazer contra uma decisão judicial era recorrer. Agora, há ameaças como a instauração da chamada "CPI da lava toga", o *impeachment* de ministros do STF e ataques mais diretos, como supostas investigações da Receita Federal.

Como reação, o tribunal instaurou o chamado inquérito das *fake news* visando investigar as acusações que sofre. O problema é que, dessa forma, a corte entrou em uma arena que não é e não deve ser sua — a arena política. Como consequência de uma luta "fora de casa", a repercussão do inquérito foi majoritariamente negativa[3] — dele decorreram, inclusive, pedidos de *impeachment*.

Deixar o Poder Judiciário refém da política é gravíssimo. Direitos individuais são o princípio fundamental da civilização ocidental e a coluna vertebral da Constituição de 1988. Incumbe ao Judiciário resguardá-los — inclusive por meio do controle de constitucionalidade. Submeter o Judiciário à pressão política tradicional significa permitir que direitos individuais fiquem ao alvitre do poder constituído, o que fere de morte a cidadania e é o começo do fim de uma democracia. Uma das poucas unanimidades entre juristas é que um Poder Judiciário independente é essencial à garantia da democracia e do Estado de Direito.

Entretanto, é preciso ter em mente que o STF não é uma instituição desenhada para participar do jogo político da mesma forma que o Congresso Nacional ou a Presidência da República. Trata-se de uma corte constitucional, a qual deve resguardar sua sacralidade e institucionalidade. Ataques, retaliações, acusações e pressão política são condutas afeitas à arena política e que não devem, de forma alguma, integrar o rol de atuação do Supremo Tribunal Federal. Mas, a partir do momento em que o Judiciário é atacado de formas que antes estavam restritas ao Legislativo e ao Executivo, como se defender? Como afastar os ataques políticos que o STF, sobretudo, tem sofrido?

O primeiro passo é fazer com que o Judiciário respeite o *locus* de atuação dos demais Poderes. Esse respeito, como indicam as recentes notícias, se não for voluntário, será imposto. E, se for imposto, haverá muito pouco controle sobre seu limite ou seus excessos.

Em *Marbury v. Madison*[4], o *chief justice* Marshall inaugurou o *judicial review* ao responder à terceira pergunta por ele elaborada para dar fim ao litígio. Mas, ao apreciar a segunda pergunta (*se ele* [Marbury] *tem direito, e esse direito foi violado, as leis desse país lhe dão um remédio*?), Marshall inaugurou o que se convencionou chamar de *political question doctrine* — a doutrina das questões políticas. Seu conteúdo, em suma, é o de que *existem certos poderes, definidos pela Constituição, cujo exercício não pode ser controlado pelo Poder Judiciário.*

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Tal doutrina era bastante conhecida na República Velha. No famoso Habeas Corpus 300, impetrado por Ruy Barbosa em 1892 em defesa do almirante Eduardo Wandenkolk e outras figuras políticas proeminentes, presas em decorrência da decretação de estado de sítio, o Supremo Tribunal Federal denegou a ordem por considerar que a faculdade de decretação do estado de sítio era exclusiva do presidente da República (questão política, portanto), não cabendo ao Judiciário apreciá-la.

Em suas críticas ao acórdão de 27 de abril[5], Ruy Barbosa expressamente reconheceu a existência de atos políticos do chefe de Estado cuja revisão não compete ao Judiciário[6]. Não obstante, Barbosa sustentou que, havendo violação a *direitos individuais*, a competência do Poder Judiciário seria inegável [7].

Posteriormente, a *political question doctrine* chegou até a ser sedimentada no texto constitucional por três vezes: pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926, que incluiu o parágrafo 5º ao artigo 60 da Constituição de 1891, e pelos artigos 68 e 94 das Constituições de 1934 e 1937, respectivamente.

Dentre os grandes doutrinadores da República Velha que abordavam a doutrina das questões políticas, podemos citar o já mencionado Ruy Barbosa, bem como João Barbalho[8], Pedro Lessa[9], Carlos Maximiliano[10], Pontes de Miranda[11] — comentando a Constituição de 1937 — e Castro Nunes[12].

A despeito do brilhantismo de todos os autores, o que apresenta a questão da forma mais técnica e precisa é Pontes de Miranda, o qual afirma que a questão política é definida não *ratione materiae*, mas *ratonie muneris*. Colocando a questão em outros termos, Pontes de Miranda sustenta que a *political question doctrine* é um problema de *competência* constitucional.

Uma questão será política — e insuscetível de apreciação judicial, portanto — quando, pela Constituição, a competência para a prática do ato houver sido delegada a outro Poder. Uma decisão judicial que invade a esfera da política, então, seria ato jurídico nulo em decorrência da incompetência absoluta do Judiciário para a prática do ato.

Veja-se que é possível extrair a nulidade (inconstitucionalidade) do ato judicial que invade a competência de outros Poderes do próprio texto constitucional, seja quando prevê a separação dos Poderes, seja quando atribui competências para a prática de atos a poderes outros que não o Judiciário.

O descumprimento, pelo Judiciário, das regras constitucionais de competência conduz a consequências que já eram objeto de alerta de Carlos Maximiliano em 1918, quando afirmava que "[u]surpando a competência dos poderes políticos, expõem-se os juízes a não ver cumprido o seu *veredictum* , conforme sucedeu várias vezes no Brasil e nos Estados Unidos com aplauso dos publicistas". No Brasil contemporâneo, já se pôde observar tal realidade no caso do afastamento do senador Renan Calheiros da Presidência do Senado, ocorrido em 2016.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

A questão política, assim, é uma doutrina que advoga por nada mais, nada menos, que pelo respeito institucional e pela separação dos Poderes. O STF tem a prerrogativa de errar por último, mas apenas nos assuntos judiciais. É preciso que a corte reconheça que os demais Poderes também têm o direito de errar por último, cada um nos limites de suas respectivas competências.

Não obstante tenha sido aplicada nos primórdios da República, bem como na vigência da Constituição de 1967, como ensina Carlos Horbach[13], a *political question doctrine* foi afastada após a Constituição de 1988, notadamente quando do julgamento do Mandado de Segurança 20.941/DF, julgado em 1990, no qual se enfrentou o trâmite de pedido de *impeachment* do presidente José Sarney. Na oportunidade, o STF — vencidos os ministros Paulo Brossard, Sepúlveda Pertence e Célio Borja — afastou a *political question doctrine* do Direito brasileiro.

Posteriormente, no caso Collor, o tribunal sedimentou seu entendimento de absoluta inafastabilidade do Poder Judiciário para revisão de atos dos demais Poderes da República, reforçando o precedente do MS 20.941/DF — entendimento esse que, até a presente data, não sofreu qualquer alteração expressa.

Cumpre destacar que o STF, em algumas oportunidades, conferiu eficácia à lógica por trás da doutrina, sem, no entanto, enfrentá-la expressamente. A ADPF 1, por exemplo, é um caso em que se pôde verificar tal fato. Mais recentemente, o STF adotou posicionamento similar ao apreciar a ADI 5.874, relativa ao indulto de Natal concedido pelo presidente Michel Temer. Todavia, de modo geral, salvo casos esparsos, a tendência de todo o Judiciário brasileiro no pós-88, capitaneada pelo STF, era e é em prol da intervenção judicial e da expansão da própria competência. O princípio da inafastabilidade da jurisdição sofreu expansão em prejuízo dos demais dispositivos constitucionais de competência e da separação dos Poderes.

Retomando os tópicos abordados no início deste artigo, a expansão do poder judicial sobre a esfera política desencadeou (ou, no mínimo, agravou) a crise que atualmente vitima o tribunal.

O Supremo Tribunal Federal — e o Judiciário como um todo — é instituição que deve ser resguardada. A corte é essencial à manutenção da democracia e da cidadania e jamais se furtou aos seus deveres institucionais ao longo de todos os anos de sua existência. Deve-se rechaçar com veemência os ataques dirigidos aos ministros em virtude do exercício de seu múnus constitucional, os quais nada contribuem para a evolução institucional da República e visam apenas tentar intimidar a corte e gerar um ambiente de insegurança institucional.

De todo modo, a realidade é que o Judiciário e, sobretudo, o Supremo Tribunal Federal sofrem diariamente tentativas de denegrir as respectivas imagens, comprometendo a independência e a tranquilidade institucional que é necessária à prestação jurisdicional. O tribunal não pode permitir que se torne a “vidraça” da República. Nesse sentido, talvez, então, a solução para a crise institucional não seja expandir a atuação nos moldes que levaram à crise — o ativismo judicial, o ímpeto de corresponder aos anseios da sociedade ao arrepio da competência dos demais Poderes. Talvez a resposta resida na alternativa oposta, no *self restraint* judicial, na aderência aos princípios que, há mais de 200 anos, fundaram o Direito Constitucional.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

[1] https://www.conjur.com.br/2018-mar-03/observatorio-constitucional-juizes-representativos-face-neoconstitucionalismo
[2] https://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns
[3] https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2019/04/17/interna_politica,749980/inquerito-contra-fake-news-e-censura-a-imprensa-desgastam-o-stf.shtml
[4] ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. **Marbury v. Madison**, 5 U.S. 137 (1803).
[5] BARBOSA, Ruy. **O acórdão de 27 de abril.** In: Obras Completas de Ruy Barbosa, v. XIX, t. III. Rio de Janeiro: Companhia Impressora, 1892.
[6] Afirma Barbosa: "[q]ue os tribunais não podem rever os atos políticos do chefe do Estado, não contestei, não contesto. Antes expressamente o admiti, na petição, observando apenas que nessa categoria não cabem os atos presidenciais, que, políticos por um lado, e, como tais, alheios à alçada judiciária, encerram, por outro lado, elementos diversos, a cujo respeito a competência dos tribunais é inegável".
[7] BARBOSA, Ruy. **O Estado de Sítio, sua natureza, seus effeitos, seus limites.** In: Obras Completas de Ruy Barbosa, v. XIX, t. III. Rio de Janeiro: Companhia Impressora, 1892.
[8] CAVALCANTI, João Barbalho Uchôa. **Constituição Federal Brazileira: Commentarios.** Rio de Janeiro: Companhia Litho-Typographia, 1902.
[9] LESSA, Pedro. **Do Poder Judiciário.** Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1915.
[10] SANTOS, Carlos Maximiliano Pereira dos. **Constituição Brasileira: Comentários.** Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1918.
[11] MIRANDA. Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição Federal de 10 de novembro de 1937.** Tomo III. São Paulo: Irmãos Pongetti Editores, 1938.
[12] NUNES, Castro. **Teoria e Prática do Poder Judiciário.** Rio de Janeiro: Forense, 1943.
[13] HORBACH, Carlos Bastide. **Controle judicial da atividade política:** As questões políticas e os atos de governo. In: Revista de Informação Legislativa, a. 46, n. 182, abr./jun. 2009.

Date Created
29/06/2019

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.