



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
FACULDADE DE DIREITO DO RECIFE  
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

LARISSA PINHEIRO QUIRINO

**A DOCTRINA DAS QUESTÕES POLÍTICAS NO SUPREMO TRIBUNAL  
FEDERAL:** Uma análise de sua atual aplicação com base nas decisões do Ministro  
Luís Roberto Barroso

Recife

2021

LARISSA PINHEIRO QUIRINO

**A DOUTRINA DAS QUESTÕES POLÍTICAS NO SUPREMO TRIBUNAL  
FEDERAL:** Uma análise de sua atual aplicação com base nas decisões do Ministro  
Luís Roberto Barroso

Dissertação de mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Federal de Pernambuco como parte dos requisitos para a obtenção do título de Mestre em Direito

**Área de Concentração:** Teoria Geral do Direito Contemporâneo

**Linha de Pesquisa:** 3.2- Teorias da Decisão Jurídica

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Ronaldo da Maia de Farias

Coorientadora: Prof. Dra. Flávia Danielle Santiago Lima

Recife

2021

Catálogo na fonte  
Bibliotecária Karine Vilela, CRB-4/1422

Q8d

Quirino, Larissa Pinheiro

A doutrina das questões políticas no Supremo Tribunal Federal: uma análise de sua atual aplicação com base nas decisões do Ministro Luís Roberto Barroso. – Recife, 2021.  
156 f.

Orientador: Alexandre Ronaldo da Maia de Farias.  
Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco. Centro de Ciências Jurídicas. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2021.

Inclui referências.

1. Direito - Brasil. 2. Supremo Tribunal Federal (STF). 3. Decisão judicial. 4. Doutrina da questão política. 5. Separação dos Poderes. I. Farias, Alexandre Ronaldo da Maia de (Orientador). II. Título.

340 CDD (22. ed.) UFPE (BSCCJ 2022-24)

LARISSA PINHEIRO QUIRINO

**A DOCTRINA DAS QUESTÕES POLÍTICAS NO SUPREMO TRIBUNAL  
FEDERAL: Uma análise de sua atual aplicação com base nas decisões do Ministro  
Luís Roberto Barroso**

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestra em Direito do Programa de Pós-Graduação em Direito, na linha de pesquisa de Teorias da Decisão Jurídica da Universidade Federal de Pernambuco, sob a orientação do Professor Doutor Alexandre Ronaldo da Maia de Farias.

Aprovado em: 09/09/2021

**BANCA EXAMINADORA**

---

Professor Dr. Alexandre Ronaldo da Maia de Farias (orientador)  
Universidade Federal de Pernambuco – UFPE

---

Professor Dra. Flávia Danielle Santiago Lima (coorientadora - externa)  
Universidade de Pernambuco – UPE

---

Professor Dr. Bruno César Machado Torres Galindo (examinador interno)  
Universidade Federal de Pernambuco - UFPE

---

Professor Dr. Pedro Parini Marques de Lima (examinador interno)  
Universidade Federal de Pernambuco – UFPE

Aos meus pais, que sempre foram a fonte incentivadora de  
fortaleza e coragem em todos os passos da minha vida.

## **AGRADECIMENTOS**

Primeiramente a Deus, por sua permissão à realização desse sonho acadêmico, e pelo fortalecimento diário para a finalização de mais essa etapa da minha vida.

Ao meu querido orientador, Alexandre da Maia, por todo o apoio, compreensão e dedicação na construção deste trabalho e pela humanidade e carinho com que conduziu sua orientação.

À minha coorientadora, Flávia Santiago, que me ajudou nos primeiros passos da delimitação do objeto de pesquisa, e no decorrer deste estudo.

Às minhas irmãs, que sempre se fizeram presentes para me auxiliar nas minhas dúvidas acadêmicas e para me confortar nos momentos de exaustão da produção deste trabalho.

Aos amigos que fiz ao longo deste programa de pós-graduação em Direito, que ajudaram a aliviar a tensão dos momentos da pesquisa; em especial à minha amiga Natália Freire, que foi uma grande companheira nessa caminhada acadêmica.

À querida Carminha, por todo apoio e zelo.

Por fim, aos meus pais, a quem dediquei este trabalho, por todo o amor e por sempre terem sido minha maior fonte de apoio, acreditando na minha capacidade e sempre terem me incentivado a alcançar meu crescimento profissional e pessoal.

## RESUMO

Esta dissertação visa estudar a aplicação da doutrina das questões políticas no Supremo Tribunal Federal, através da análise das decisões do ministro Roberto Barroso. O objeto deste trabalho insere-se em tema de grande relevância e que gera uma certa inquietação na doutrina brasileira, se propondo a investigar, de certa maneira, como se dá a construção das decisões judiciais numa suprema corte. Para tanto realizar-se-á um estudo de direito comparado do surgimento da *political question doctrine* na Suprema Corte Norte-Americana e se questionará se o Supremo Tribunal Federal tem aplicado referida doutrina conforme seu desenvolvimento nos Estados Unidos, bem como se a construção dessa doutrina no STF dialoga com a teoria de separação dos poderes. Será realizada uma análise exploratória-descritiva das decisões proferidas pelo ministro Barroso desde o ano de 2013, selecionadas apenas aquelas em que se tenha constatado uma tensão entre a aplicação do Direito e questões políticas, adotando-se o método indutivo para, através da análise específica de referidas decisões, poder chegar à conclusão de como a doutrina das questões políticas vem sendo abordada no seio da mais alta corte brasileira.

**Palavras-Chave:** Doutrina da Questão Política; Questão Política; Supremo Tribunal Federal; Separação dos Poderes; Decisão Judicial

## ABSTRACT

This dissertation aims to study the application of the political question doctrine in the Supremo Tribunal Federal, through the analysis of the decisions of minister Roberto Barroso. The object of this work is part of a theme of great relevance and that generates a certain concern in the Brazilian doctrine, proposing to investigate, in a certain way, how the construction of judicial decisions in a supreme court takes place. For this, a comparative law study will be carried out on the rise of the political question doctrine in the US Supreme Court and it will be questioned whether the Supremo Tribunal Federal has applied this doctrine as its development in the United States, and whether the construction of this doctrine in the STF dialogues with the theory of separation of powers. An exploratory-descriptive analysis will be carried out of the decisions made by Minister Barroso since 2013, selecting only those in which a tension between the application of Law and political questions has been found, adopting the inductive method to, through specific analysis of these decisions, to be able to reach the conclusion of how the doctrine of political issues has been addressed within the highest Brazilian court.

**Keywords:** Political Question Doctrine; Political Question; Supremo Tribunal Federal. Separation of Powers; Judicial Decision.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
Art.	Artigo
CF/88	Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
DF	Distrito Federal
EC	Emenda Constitucional
HC	<i>Habeas Corpus</i>
MI	Mandado de Injunção
MS	Mandado de Segurança
STF	Supremo Tribunal Federal

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO .....</b>	<b>12</b>
<b>2.O SURGIMENTO DA DOCTRINA DAS QUESTÕES POLÍTICAS NOS ESTADOS UNIDOS .....</b>	<b>20</b>
2.1. Noções Teóricas sobre Ativismo e autocontenção judiciais.....	22
2.1.1. <i>Noções sobre o Ativismo judicial.....</i>	<i>24</i>
2.1.2. <i>Noções sobre Autocontenção judicial.....</i>	<i>32</i>
2.1.3. <i>Doutrina da questão política como mecanismo de autocontenção judicial .....</i>	<i>40</i>
2.2. Nascimento e Análise Histórica da <i>political question doctrine</i> nos Estados Unidos (Análise de casos da Suprema Corte e teóricos estadunidenses) .....	42
2.2.1 - <i>Fases da political question doctrine por Louis Michael Seidman.....</i>	<i>42</i>
2.2.2 - <i>A moderna doutrina da questão política.....</i>	<i>50</i>
<b>3. A DOCTRINA DAS QUESTÕES POLÍTICAS E A TEORIA DE SEPARAÇÃO DE PODERES DE BRUCE ACKERMAN .....</b>	<b>55</b>
3.1. Teorias Clássicas: Montesquieu e Os Federalistas .....	56
3.1.1. <i>A Teoria da Separação de Poderes em Montesquieu.....</i>	<i>57</i>
3.1.2. <i>A Teoria Clássica da Separação de Poderes nos Estados Unidos – Modelo Estatal Norte-Americano.....</i>	<i>59</i>
3.2. Teoria Contemporânea sobre a Separação dos Poderes: Bruce Ackerman.....	63
3.2.1. <i>A “Crise” das teorias clássicas.....</i>	<i>63</i>
3.2.2. <i>A bases teóricas de Bruce Ackerman.....</i>	<i>65</i>
3.2.3. <i>A Separação de Poderes para Ackerman e seu diálogo com a doutrina das questões políticas.....</i>	<i>68</i>
<b>4. OS PRIMÓRDIOS DA DOCTRINA DAS QUESTÕES POLÍTICAS NA REALIDADE BRASILEIRA .....</b>	<b>74</b>
4.1. Surgimento do Supremo Tribunal Federal: desenho institucional do STF durante a República Velha e nascimento das raízes da doutrina da questão política brasileira .....	75
4.1.1. <i>Habeas Corpus nº 300, de 1892, e o início das bases da doutrina da questão política no Brasil .....</i>	<i>77</i>
4.1.2. <i>Apelação Cível nº 148/1895 e a tímida mudança de postura do Supremo Tribunal Federal.....</i>	<i>82</i>
4.2. Primeira etapa da doutrina da questão política no Brasil: Argumentações de Rui Barbosa e Direito Individuais.....	85
4.3. Novo Desenho Institucional do Supremo Tribunal Federal após a Redemocratização do Brasil e a Influência na Doutrina da Questão Política.....	89

4.3.1. O empoderamento do Supremo Tribunal Federal após a promulgação da Constituição Federal de 1988.....90

4.3.2. Da “Supremocracia” à “Ministrocracia” – o empoderamento individual dos ministros do Supremo Tribunal Federal.....92

**5.A DOCTRINA DAS QUESTÕES POLÍTICAS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ATUAÇÃO DE ROBERTO BARROSO..... 98**

5.1. Análise da atuação do Supremo Tribunal Federal através do Ministro Roberto Barroso..... 99

5.1.1. Breve análise biográfica de Barroso..... 101

5.1.2. Principais bases teóricas da construção acadêmica de Barroso..... 104

5.2. Influência do pragmatismo jurídico norte-americano..... 109

5.2.1. Realismo e Pragmatismo Jurídico Norte-Americano..... 109

5.2.2. Roberto Barroso como um doutrinador e julgador pragmatista..... 113

5.3. Questão Política No Supremo Tribunal Federal Nas Decisões De Barroso ..... 115

5.3.1. Dos casos práticos pesquisados..... 116

a) Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 4.815/DF (Voto proferido em 10 de junho de 2015)..... 117

b) Medida Cautelar na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 378/DF (Voto proferido em 17 de dezembro de 2015)..... 120

c) Mandado de Segurança nº 34.327/DF (Voto proferido em 08 de setembro de 2016) ..... 122

d) Mandado de Segurança nº 27.931/DF (Voto proferido em 29 de junho de 2017).. 124

e) Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.874/DF (Voto proferido em 28 de novembro de 2018) ..... 126

f) Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF e Mandado de Injunção nº 4.733/DF (Voto proferido em 21 de dezembro de 2019)..... 127

5.3.2. Existe a doutrina das questões políticas nas decisões de Barroso?..... 130

5.3.3. A doutrina das questões políticas no Supremo Tribunal Federal diante das decisões analisadas..... 135

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS ..... 142

REFERÊNCIAS..... 147

## 1. INTRODUÇÃO

A tensão entre Direito e Política não é algo inédito na vivência prática dos juristas, nem no mundo acadêmico. Encontramos discussões doutrinárias bastante ricas sobre o movimento da “juristocracia” e as consequências dessa tendência de empoderamento judicial dentro de um Estado Democrático de Direito.

Com o passar do tempo, assistimos cada vez mais nítido o crescimento do Poder Judiciário brasileiro, em especial do Supremo Tribunal Federal, não só em relação ao tribunal coletivamente, mas um empoderamento de seus ministros de forma individual.

Em meio a crises de representatividade, os poderes majoritários parecem se afastar dos anseios da sociedade, e tende-se a depositar ainda mais responsabilidades na Corte Suprema do Brasil, que acaba servindo como um espaço para a consecução de direitos que não foram observados ou garantidos pelo Legislativo e/ou Executivo. Assiste-se a uma enorme judicialização de diversos temas, inclusive temas políticos, seja pela prolixidade da Constituição Federal de 1988, seja pela posição assumida pela Corte brasileira neste cenário.

Ao longo das pesquisas para a elaboração desta dissertação, a primeira preocupação foi realizar um estudo que buscasse entender a construção de decisões judiciais pelo Supremo Tribunal Federal, em demandas que discutam temas políticos; em outros termos, demandas em que haja um tensionamento claro entre Direito e Política, de modo que o Poder Judiciário decida questões que, no desenho institucional brasileiro, seriam afetadas originariamente a poderes majoritários. Essa preocupação é compartilhada por uma boa parte dos juristas, que sentem uma certa inquietação por não conseguirem antever, com um certo grau de segurança jurídica, como a Suprema Corte brasileira vai decidir determinados casos, principalmente quando as demandas envolvem questões tão sensíveis à sociedade.

Essa foi a principal motivação para a realização desta pesquisa.

O caminho percorrido levou à análise da doutrina das questões políticas, a qual se tornou o tema principal de nosso estudo e ponto de partida para o desenvolvimento desta dissertação. Considerando a amplitude do tema selecionado, fez-se um recorte metodológico, de modo que o objeto de pesquisa do trabalho consiste no estudo desta

doutrina no âmbito do STF, através da análise qualitativa de decisões do ministro Roberto Barroso<sup>1</sup>.

Para tanto, realizar-se-á um estudo de direito comparado entre as realidades norte-americana e brasileira, o qual se justifica pelo fato da *political question doctrine*, como é conhecida nos Estados Unidos, ter nascido nas decisões da Suprema Corte Norte-Americana, mais especificamente no emblemático caso *Marbury vs. Madison*, no qual se discutiu quais casos o Poder Judiciário poderia analisar e proferir decisões mesmo que houvesse a discussão de uma matéria de caráter político, e quais seriam as questões políticas não justiciáveis<sup>2</sup>.

Conforme será verificado ao longo desta dissertação, houve o aprimoramento da doutrina na realidade estadunidense ao longo dos anos, chegando-se a propor alguns critérios para a caracterização de uma *political question*.

Foi basilar para a pesquisa, no referente a *political question doctrine* e sua aplicação nos Estados Unidos, a doutrina de Louis Michael Seidman, que dividiu didaticamente as fases do desenvolvimento da doutrina em referência, o que ajudou à uma melhor compreensão.

A investigação pode ser caracterizada como uma pesquisa documental, porquanto se analisará decisões judiciais da Suprema Corte Norte-Americana, bem como do Supremo Tribunal Federal, as quais foram pesquisadas nos sites dos referidos tribunais, bem como em site especializado nas suas jurisprudências, conforme delimitado ao longo do desenvolvimento desta dissertação.

Para a escolha das decisões da Suprema Corte Norte-Americana levou-se em consideração aspectos importantes, como, por exemplo, a escolha da decisão no caso de *Marbury vs. Madison*, utilizada neste trabalho por ser apontada como o marco do surgimento da *political question doctrine* pelos doutrinadores estadunidenses; bem como da decisão proferida no caso *Baker vs. Carr*, a qual buscou delimitar critérios para a caracterização de uma *political question nonjusticiable*.

---

<sup>1</sup> Nesta dissertação, iremos nos referir ao Ministro analisado, apenas como “Roberto Barroso”, considerando que, de acordo com o costume interno do STF, os Ministros devem escolher apenas dois nomes (um prenome e um sobrenome) para ser identificado no Tribunal. Barroso escolheu ser chamado como Roberto Barroso. In: FONTAINHA, Fernando de Castro; SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos; VANNUCCHI, Marco Aurélio (orgs.). **História oral do Supremo (1988-2013)**, v.11: Luis Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016, 130 p. pp. 106-107.

<sup>2</sup> O termo “justiciável” será utilizado ao longo desta dissertação como tradução ao termo “*justiciable*”, contido nas decisões da Suprema Corte Norte Americana, quando se remete a casos que envolvem questões políticas e são decididos pelo Judiciário. O sentido a ser atribuído ao termo “justiciável” referir-se-á à possibilidade de discutir uma determinada pretensão perante o Poder Judiciário, servindo como expressão relacionada ao termo “justiciabilidade”. Nota da Autora.

A escolha das decisões do Supremo Tribunal Federal, para a análise da doutrina na realidade nacional, foi realizada através de investigação no site do próprio STF a partir do ano de 2013 – ano em que Barroso ingressa como ministro do Supremo -, delimitando a busca apenas em relação aos votos proferidos pelo Ministro Roberto Barroso em demandas que envolveram questões políticas bem patententes, de modo que pudéssemos refletir acerca do objeto desta pesquisa. Buscou-se ainda as decisões do referido ministro em site criado pelo próprio Barroso, em que ele divulga o teor de seus votos.

Foram exploradas tanto decisões proferidas em sede de liminar, como votos que compuseram acórdãos proferidos pelo plenário do tribunal, servindo como funil para a seleção das decisões, a busca utilizando expressões como: “doutrina das questões políticas” e “questões políticas”. Todos os resultados encontrados, entre os anos de 2013 e 2020, foram analisados, descartando aqueles em que não havia voto proferido pelo ministro Barroso.

Ao delimitar completamente as decisões selecionadas, fez-se um estudo de toda a decisão [inclusive com a leitura dos votos de outros ministros], mas manteve-se o foco nas razões de decidir do ministro objeto desta pesquisa.

Em um primeiro momento, descreveu-se a postura adotada por Barroso nos casos narrados, e posteriormente fez-se uma apreciação crítica do mérito das decisões observadas a fim de refletir sobre o problema de pesquisa e tentar encontrar uma resposta para o mesmo.

Além de explorar as decisões relacionadas ao objeto principal desta dissertação, foram escolhidos dois casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal na época da República Velha, escolha esta justificada por serem casos em que pudemos verificar, de forma mais clara, as argumentações de Rui Barbosa, as quais, de acordo com Danielle Pamplona, foram responsáveis pelo nascimento da doutrina em território nacional<sup>3</sup>. A pesquisa destes casos foi feita no site do STF, bem como nos livros de Lêda Boechat Rodrigues<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> PAMPLONA, Danielle Anne. **Supremo Tribunal Federal e a Decisão de Questões Políticas**. Paraná: Juruá, 2011, p. 120.

<sup>4</sup> RODRIGUES, Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1965. t.1, vol. 1, 1891-1898.

A abordagem feita em relação às decisões pesquisadas e analisadas nesta dissertação é qualitativa<sup>5</sup>, tendo como uma de suas bases metodológicas a investigação de decisões judiciais, não a fim de levantar apenas números, mas de analisar o teor da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, e verificar a possibilidade de resposta ao problema de pesquisa.

Esta investigação nos levará a responder ao questionamento central desta dissertação: *“é possível afirmar que o Supremo Tribunal Federal adota, na atualidade, a doutrina da questão política nascida e desenvolvida no direito norte-americano, ou a atuação ativista de ministros como Roberto Barroso teria distanciado a atuação do Judiciário brasileiro das premissas fixadas pela Suprema Corte dos Estados Unidos, neste particular? E como se pode visualizar o diálogo da postura atual do STF nos casos que envolvem questões políticas com a teoria da separação de poderes?”*

Para tentar responder a esta pergunta, foram feitos alguns recortes metodológicos necessários para tornar a pesquisa exequível dentro da realidade da construção de uma dissertação. Fez-se a análise das argumentações de Rui Barbosa no período entendido como o surgimento da doutrina da questão política no Brasil, na época da República Velha, a fim de demonstrar o surgimento dessa construção teórica no direito brasileiro; depois, partimos para a análise dos contornos desta doutrina após a promulgação da Constituição Federal de 1988, mais especificamente, analisando as decisões e posicionamento do Ministro Roberto Barroso.

Este salto histórico justifica-se pelo fato de não ser o objetivo deste trabalho realizar uma narrativa histórico-descritiva da doutrina das questões políticas; mas buscar tão-somente demonstrar ao leitor como surgiu a doutrina no Direito brasileiro [havendo um certo consenso doutrinário de que teria ocorrido no STF no período da República Velha], e depois pretender focar no período de tempo onde se situa o objeto de pesquisa = a atuação do STF, considerando seu desenho institucional após a CF/88.

A escolha das decisões do Ministro Roberto Barroso na análise contemporânea da doutrina, foi realizada por dois motivos: a) pela consciência de que assiste-se a uma “ministrocracia” nos dias atuais, em que os ministros individualmente tem tanto poder quanto o plenário do tribunal, de modo que suas decisões individualmente

---

<sup>5</sup> OLIVEIRA, Fabiana Luci de; FERREIRA DA SILVA, Virgínia. “Processos judiciais como fonte de dados: poder e interpretação”. Porto Alegre, **Sociologias**. Vol. 7. Núm. 13. Enero-junio, 2005, pp. 244-259. Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=86819561010>. Acesso em: 05 out. 2019.

consideradas são capaz de representar a postura do próprio STF; b) pelo fato de que o referido ministro é considerado um dos mais ativistas dentro do Supremo, defendendo, em suas decisões e trabalhos acadêmicos, que o STF tem o poder-dever de concretizar a Constituição, de resgatando o caráter normativo do Direito Constitucional e sua densidade jurídica<sup>6</sup>. Deste modo, pareceu importante fazer a análise da doutrina que tenta frear a intervenção do Judiciário em questões políticas, através da análise de decisões e lições desenvolvidas por um Ministro que, regra geral, traz claramente essa tensão entre Direito e Política em suas construções doutrinárias e jurisprudenciais.

Além disso, fazer a análise da doutrina da questão política no Supremo Tribunal Federal, através do olhar das decisões de Barroso, traz uma novidade para a produção acadêmica brasileira. Não se busca aqui ter a pretensão de construir uma dissertação com ineditismo, que é exigido para as teses de doutorado, mas pretende-se trazer uma nova perspectiva a fim de que se contribua com a expansão do estudo brasileiro desta doutrina.

Diante do problema de pesquisa apresentado, algumas hipóteses foram levantadas, de modo a serem avaliadas durante o desenvolvimento da dissertação. A primeira hipótese trazida, é a de que o empoderamento do Supremo Tribunal Federal, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, bem como o empoderamento individual dos seus ministros, ensejou uma maior judicialização da política e, por consequência, uma maior intervenção do Poder Judiciário em questões políticas.

A segunda hipótese seria a de que, apesar de no início da internalização desta doutrina no Brasil – com a atuação de Rui Barbosa perante o STF no período da República Velha – fosse possível constatar uma maior proximidade da Corte Superior Brasileira com a doutrina desenvolvida pelos Estados Unidos, após a expansão do Poder do Judiciário pós-88, houve um distanciamento das decisões do STF em relação à doutrina das questões políticas.

Além disso, considerou-se como hipótese inicial, que o ministro Roberto Barroso é um magistrado ativista em seus julgados.

Apesar das hipóteses apontadas, este estudo adota o método indutivo, partindo da análise qualitativa de casos concretos, em busca da verificação de uma *rationale* decisória do Supremo Tribunal Federal, considerando o recorte metodológico com a

---

<sup>6</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**: limites e possibilidades da constituição brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

seleção apenas das decisões do ministro Barroso. Os dados serão apreciados considerando as repercussões jurídicas e políticas da atuação do STF, com amparo no princípio da separação dos poderes.

Para este fim, desenvolveu-se a dissertação em quatro capítulos.

Como introdução à doutrina da questão política, foi feito no **Capítulo 1** uma revisão bibliográfica sobre ativismo e autocontenção judicial, considerando a referida doutrina como uma das virtudes passivas desenvolvidas por Alexander Bickel.

Depois, através de uma pesquisa bibliográfica, tendo como marco teórico a concepção de Louis Michael Seidman, buscou-se demonstrar o surgimento e a evolução da *political question doctrine* no direito norte-americano. Além da pesquisa bibliográfica, fez-se uma pesquisa documental, com o estudo aprofundado de decisões da Suprema Corte Norte-Americana, demonstrando-se o surgimento das bases da *political question doctrine*, e as suas fases no direito norte-americano. A narrativa neste particular trará a análise de algumas decisões da Suprema Corte, porém se focará em duas delas, quais sejam, as decisões proferidas nos casos *Marbury vs Madison* e *Baker vs Carr*, por serem conhecidas, respectivamente, como a decisão que inaugura a *political question doctrine*, e a decisão que busca criar critérios para aplicação desta doutrina.

No **Capítulo 2** será feita uma análise de como a doutrina das questões políticas pode dialogar com as teorias da separação dos poderes. O início deste capítulo trará uma narrativa de importância histórica, trazendo breves considerações sobre os modelos liberais desenvolvidos por Montesquieu e pelos Federalistas, servindo para demonstrar o arquétipo básico da divisão do Poder Estatal, reconhecendo sua importância, mas atento às dificuldades para sua manutenção, diante da complexidade da sociedade nos dias atuais.

Após feitas as considerações iniciais sobre as teorias clássicas, buscou-se em Bruce Ackerman uma visão mais contemporânea para o entendimento de modelos de separação dos poderes estatais. Considerou-se os estudos deste constitucionalista estadunidense sobre a ideia de separação dos poderes por sua forma inovadora de repensar a estrutura de repartição de poderes, nos fazendo refletir se a tripartição, com raízes no pensamento clássico, ainda se mostra sustentável e desejável. Além do mais, Ackerman traz uma visão interessante sobre a atuação do Judiciário diante dos anseios da sociedade, quando se está diante de um “momento constitucional”, de

modo que suas reflexões auxiliam o desenvolvimento desta pesquisa, que estuda uma clara tensão entre Direito e Política.

Note-se que nossa intenção é fazer um estudo satisfatório sobre a separação dos poderes, que atenda ao foco desta dissertação. Deste modo, não se teve a intenção de buscar em teóricos da Ciência Política estudos sobre a separação dos poderes estatais, mesmo havendo a consciência acerca do importante estudo empírico realizado pelos cientistas políticos nesta seara. O propósito do estudo foi buscar a análise de um jurista sobre tal tema, a fim de que se pudesse construir uma análise de como a separação dos poderes pode ser entendida na atualidade e como tal teoria relaciona-se com o tema da dissertação.

Todo esse estudo sobre as referidas teorias, ajudará a traçar um paralelo entre elas e a doutrina da questão política, de modo a examinar como o Poder Judiciário, através da aplicação da doutrina da questão política na prática, dialoga com as teorias de separação dos poderes. E, deste modo, nos permitirá compreender melhor a essência desta doutrina.

No **Capítulo 3** voltar-se-á a atenção à realidade brasileira. Neste momento será investigado como a doutrina da questão política surgiu no Brasil, e se apresentará dados a comprovar nossa hipótese de que, o nascimento desta doutrina no Brasil deu-se com as argumentações de Rui Barbosa perante do Supremo Tribunal Federal. Para tanto, será feito um estudo histórico analisando o surgimento do STF após a Proclamação da República – demonstrando as modificações no desenho institucional do tribunal já existente (Superior Tribunal de Justiça) – e realizando o estudo de casos julgados pelo STF neste período, mais especificamente o Habeas Corpus nº 300, julgado em 1892; e a Apelação Cível nº 148, julgada em 1895. A análise das argumentações realizadas no seio destas demandas judiciais, ajudará a compreender as raízes, do que denominou nesta dissertação, a primeira etapa ou fase da doutrina da questão política no Brasil.

Após analisar o período da República Velha [entendido pela autora desta dissertação como momento do surgimento da primeira fase da doutrina], se estudará a mudança institucional do Supremo Tribunal Federal após a redemocratização e a promulgação da Constituição Federal de 1988, e como essa modificação contribuiu para o empoderamento da Corte Judicial mais alta do Brasil.

O estudo será finalizado no **Capítulo 4**, onde se investigará como a doutrina da questão política se apresenta hodiernamente no Supremo Tribunal Federal, através da análise das decisões do Ministro Roberto Barroso.

Verificar-se-á, através do recorte metodológico proposto, como se apresenta a tensão entre Direito e Política nas decisões do Ministro Barroso, e a relação da construção das decisões em demandas que discutem questões políticas com a doutrina construída no direito norte-americano.

## 2. O SURGIMENTO DA DOCTRINA DAS QUESTÕES POLÍTICAS NOS ESTADOS UNIDOS

Questions, in their nature political, or which are, by the constitution and laws, submitted to the executive, can never be made in this court.<sup>7</sup>

A presente dissertação, conforme já advertido, busca estudar a doutrina da questão política na realidade brasileira, através de uma perspectiva própria.

Para que se possa falar em doutrina das questões políticas no Brasil, deve-se estudar o desenvolvimento desta doutrina nos Estados Unidos, local onde ela nasceu através das decisões da Suprema Corte.

Deste modo, este capítulo tem como objetivo desenvolver um estudo sobre o nascimento da *political question doctrine* no direito norte-americano, por meio da pesquisa bibliográfica, cujo marco teórico será as lições de Louis Michael Seidman.

Antes de adentrar propriamente no estudo da doutrina das questões políticas, far-se-á uma revisão de literatura acerca dos temas de ativismo e autocontenção judicial, porquanto ciente de que a *political question doctrine* está inserida como uma das técnicas de autocontenção, conforme constatou-se nas lições de Alexander Bickel. Autores brasileiros trazem essa discussão para dentro da realidade do Supremo Tribunal Federal, objeto deste estudo, de modo que serão utilizadas as construções teóricas de Flávia Danielle Santiago Lima e Carlos Alexandre de Azevedo Campos sobre judicialização da política, a fim de se chegar a um arcabouço geral, no qual haverá um debate teórico inicial, que respaldará as constatações particulares alhures desenvolvidas.

Após essa construção teórica, se adentrará no surgimento da *political question doctrine* no direito norte-americano, realizando uma pesquisa documental por meio do acesso a decisões judiciais da Suprema Corte Norte-Americana, dentro dos períodos correspondentes às fases apontadas por Louis Michael Seidman. Em especial, foram analisadas as decisões dos casos *Marbury vs Madison* (1803) e *Baker vs Carr* (1962),

---

<sup>7</sup> “Questões, de natureza política, que, pela Constituição ou pelas leis, são submetidas ao Executivo, não podem ser analisadas por esta Corte”. Tradução livre da autora.

reconhecidas, respectivamente, como a decisão que inaugura o tema da *political question doctrine* e a decisão que procura impor critérios para delimitação do que seria uma *political question nonjusticiable*.

Também são analisadas decisões de outros casos, os quais foram pesquisados no site da Suprema Corte Norte-Americana<sup>8</sup>, bem como no site *Justia*<sup>9</sup>, este último especializado em compilar jurisprudências da referida Suprema Corte; além do estudo sobre tais casos na bibliografia referenciada.

Ao longo deste capítulo, se verá que a frase que está epigrafada no início, proferida pelo *Chief Justice* Marshall, no célebre caso *Marbury vs. Madison* (1803)<sup>10</sup>, transformou esse caso jurídico não apenas no marco do início do controle de constitucionalidade pela Suprema Corte Norte-Americana, mas também foi considerando como *leading case* que inaugurou o debate e a construção da *political question doctrine*.

Parafraseando Marshall, no julgamento paradigmático acima mencionado, ficou decidido que o Poder Judiciário não poderia se debruçar sobre uma questão a ele submetida se esta versasse sobre matéria que caberia aos poderes majoritários decidirem<sup>11</sup>.

Num primeiro momento, analisando o início da linha histórica da *political question doctrine*, pôde-se perceber que, a preocupação maior dos juízes que compunham a Suprema Corte Norte-Americana era evitar a intromissão do Poder Judiciário em matérias que eram entendidas como de caráter eminentemente político, e que, portanto, deveriam ser enfrentadas pelos ramos dessa natureza (Executivo e Legislativo). Não caberia ao Judiciário decidir casos que envolvessem o procedimento do Executivo na escolha de um juiz de paz (caso *Marbury vs. Madison*), porquanto se discutia uma questão de mera vontade dos ramos políticos.

Mas quem decide o que é uma questão política justiciável ou não, para intervenção e efetiva decisão judicial? Uma determinada questão sempre foi entendida como não justiciável pela Suprema Corte Norte-Americana<sup>12</sup>, de modo a

<sup>8</sup> Site da Suprema Corte Norte-Americana: <https://www.supremecourt.gov/>.

<sup>9</sup> Site de pesquisa de jurisprudências da Suprema Corte Norte-Americana: <https://supreme.justia.com/>.

<sup>10</sup> 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/>. Acesso em: 14 abr. 2020.

<sup>11</sup> 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/>. Acesso em: 14 abr. 2020.

<sup>12</sup> Ao longo desta dissertação, não se referirá à Suprema Corte Norte-Americana ou ao Supremo Tribunal Federal como Cortes Constitucionais, diante do fato que, não obstante tais tribunais tenham a função de zelar pela correta

não se submeter à análise judicial em diferentes épocas históricas? A doutrina das questões políticas sempre foi linear e imutável ao longo dos anos, desde seu surgimento em 1803, no caso *Marbury vs. Madison*? Finalmente, o que é essa teoria da questão política e qual sua função dentro de uma dinâmica de produção de decisões judiciais dentro do Poder Judiciário?

Alguns esclarecimentos para os questionamentos anteriores poderão ser encontrados no desenvolvimento feito neste capítulo.

Após esta análise sobre o nascimento e desenvolvimento de fases da *political question doctrine* na realidade dos Estados Unidos, passar-se-á a fazer um paralelo entre referida doutrina e as teorias da separação dos poderes estatais, momento em que se perceberá que ela pode se constituir em um mecanismo para a preservação da divisão entre os poderes, de modo a frear a intervenção do Judiciário em questões originariamente afetas aos poderes majoritários.

## 2.1 - Noções Teóricas sobre Ativismo e autocontenção judiciais

O estudo da doutrina da questão política leva, necessariamente, a tangenciar outras teorias relacionadas à construção das decisões judiciais pelo Poder Judiciário, mais especificamente, pelas Supremas Cortes de um país.

A atenção voltada às Cortes Supremas de um Estado relaciona-se, sobremaneira, à função exercida por muitas delas de tribunal constitucional, imiscuindo-se em temas de extrema relevância social, econômica e política, realizando o *judicial review*, e proferindo decisões de grande impacto social ao interpretar a constituição. Diferentemente do que acontece na Colômbia<sup>13</sup> ou na Alemanha<sup>14</sup>, por exemplo, onde se encontram Cortes Constitucionais propriamente ditas, o Brasil traz um modelo de Suprema Corte que recebeu novos e amplos poderes após a promulgação da Constituição de 1988.

---

interpretação e aplicação da Constituição, esta não é a única competência destes tribunais. O Supremo Tribunal Federal chega a julgar demandas originariamente, ou como instância recursal, dos mais variados temas jurídicos. Nota da Autora.

<sup>12</sup> A esse respeito ver: YEPES, Rodrigo Uprimy. “A judicialização da política na Colômbia: casos, potencialidades e riscos”. *Sur - Revista. Internacional de direitos humanos*. [online]. 2007, vol.4, n.6, pp.52-69. ISSN 1983-3342. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1806-64452007000100004>. Acesso em: 02 mar. 2021.

<sup>14</sup> A esse respeito ver: GONZÁLEZ PASCUAL, Maribel. *El Tribunal Constitucional alemán en la construcción del espacio europeo de los derechos*. Navarras: Civitas, 2010; BRANDÃO, Rodrigo (Org.). *Cortes Constitucionais e Supremas Cortes*. Salvador: Juspodivm. 2017.

É justamente ligada a esta função de tribunal constitucional, exercida pelas cortes constitucionais e pelas supremas cortes, que o ativismo judicial ganha força e mostra a importância do seu estudo na doutrina.

Uma constatação, que parece ser praticamente uníssona na doutrina constitucionalista, é a de que o ativismo judicial decorre da judicialização da política – não se confundindo com esta.

Carlos Alexandre Azevedo Campos, em seu trabalho sobre as dimensões do ativismo judicial, elevou as Cortes a atores políticos, caracterizando-as como personagens centrais dos sistemas de governo, advertindo que suas decisões interferem sobre os mais importantes processos políticos desses sistemas governamentais<sup>15</sup>.

Não parece haver dúvidas de que as Supremas Cortes possuem uma função política, caracterizando-se não só como tribunais com funções jurídicas, mas que devem adequar o direito aos casos concretos cientes de que também exercem uma função política com as decisões que proferem, as quais, por vezes, influenciam a vida da sociedade, tal como as políticas públicas desenvolvidas pelos poderes majoritários.

Em decorrência desse contexto e ainda de alguns outros fatores elencados por Neal Tate, como a existência de uma democracia política, a ideia de separação de poderes – em que deve haver um controle recíproco entre as esferas de poder -, e um elenco de direitos fundamentais previstos no texto constitucional, que devem facultar aos excluídos do processo decisório, recurso às vias judiciais para efetivar os direitos previstos<sup>16</sup>, encontra-se uma realidade onde há, cada vez mais, uma canalização das expectativas políticas para o Judiciário.

Nas palavras de Flávia Santiago, a judicialização da política “*refere-se à nova dinâmica entre as agências jurídicas e o ambiente político; trata das interações em seus aspectos institucionais e analisa suas repercussões no comportamento dos atores políticos e jurídicos*”<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014. pp. 140-142. Ver também: WHITTINGTON, Keith E. **Political Foundations of Judicial Supremacy. The Presidency, the Supreme Court, and Constitutional Leadership in U. S. History**. Princeton: Princeton University Press, 2007. p. 103; McCLOSKEY, Robert M. **The American Supreme Court**. 5. ed. Chicago: University of Chicago Press, 2010, pp. 12-13.

<sup>16</sup> TATE, C. Neal. “Why the expansion of judicial power?” In: TATE, C. Neal; VALINDER, Torbjörn (orgs.). **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995. pp. 28-38.

<sup>17</sup> LIMA, F. D. S. **Jurisdição Constitucional e Política: ativismo e autocontenção no STF**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 132.

Percebeu-se que a judicialização da política foi um movimento que cresceu a partir do momento em que as Cortes passaram a ter um papel mais abrangente dentro do ordenamento jurídico. Na realidade brasileira, associa-se esse aumento da intervenção do Judiciário com o período posterior à promulgação da Constituição de 1988, chamada por Carlos Alexandre Azevedo de Constituição Ubiqua<sup>18</sup>, por ter elevado diversos temas ao patamar constitucional.

Deste modo, judicialização da política é o movimento através do qual se leva ao Poder Judiciário questões de ordem política, as quais, tradicionalmente eram resolvidas perante os poderes majoritários; mas, que diante do aumento do poderio judicial, passam a encontrar suas resoluções no âmbito deste poder.

E esse empoderamento judicial é encampado por elementos que serão ressaltados no Capítulo 3, como, por exemplo, a prolixidade da constituição (como é o caso do Brasil), o enfraquecimento de outros poderes<sup>19</sup> na prática e a previsão de direitos fundamentais, os quais devem ser garantidos e efetivados na vida real.

É neste contexto de imiscuição do Judiciário em questões políticas, que se encontra o desenvolvimento dos conceitos de ativismo e autocontenção judiciais.

### *2.1.1 – Noções sobre o Ativismo judicial*

Um questionamento que pode ser levantado por alguns leitores, ao analisarem as linhas escritas sobre judicialização da política, seria qual a diferenciação entre Direito e Política afinal, haja vista parecer existir um consenso de que o Judiciário é um ator político. Esse questionamento foi feito à autora desta dissertação em outra oportunidade, e uma resposta que não se pode ignorar, é que Direito e Política não são a mesma coisa.

Enquanto a política é movida por interesses de um determinado grupo, que lastreia as decisões tomadas pelo representante eleito pelo povo, e isso pode ser demonstrado de forma clara para os cidadãos; os magistrados não devem ser levados tão somente por suas paixões íntimas ou pelo interesse da classe à qual se inserem,

---

<sup>18</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 139.

<sup>19</sup> Para José María Maravall e Adam Przeworski, “Judicialização da Política” é um termo que reflete a circunstância de as Cortes estarem vencendo o embate com o Parlamento, de modo que o fortalecimento do Judiciário estaria ocorrendo diante do enfraquecimento deste outro poder estatal. In: MARAVALL, José María; PRZEWORSKI, Adam (orgs.). **Democracy and the rule of law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003, pp. 1-15.

pois existe algo que deveria os limitar: o Direito – aqui entendido como as normas que compõe o ordenamento jurídico de um determinado Estado<sup>20</sup>.

Roberto Barroso afirma que *“na política, vigoram a soberania popular e o princípio majoritário. O domínio da vontade. No direito, vigora o primado da lei (the rule of law) e do respeito aos direitos fundamentais. O domínio da razão”*<sup>21</sup>. Não obstante entender que existe uma diferenciação necessária, pelas características singulares anteriormente apontadas, Barroso é consciente de que não há como se conceber uma separação absoluta de Direito e Política, tal como pretendido por uma concepção tradicionalista.

A crença tradicional de que estes institutos são completamente divorciados, baseia-se em alguns dogmas jurídicos, tais como: a neutralidade científica, a completude do direito e a concepção da interpretação jurídica como um processo puramente mecânico, aplicado-se uma solução previamente existente nas normas jurídicas, e que apenas é encontrada pelo magistrado, sem que este realize qualquer tipo de processo volitivo ou criativo<sup>22</sup>.

Tem-se a consciência de que a atuação do Judiciário, diferentemente do que ocorre nos poderes majoritários, relaciona-se ao exercício de uma função técnica, balizada pelos textos normativos existentes no ordenamento jurídico.

Mesmo com essas limitações necessárias, não há como negar que existe uma intersecção entre Direito e Política, de modo que, como afirma Eduardo Mendonça, a linha que os separa por vezes é tênue e certamente não é fixa<sup>23</sup>, modulando-se com o tempo e com as individualidades dos casos concretos.

Essa intersecção é amplificada quando se analisa a atuação das Cortes Constitucionais e das Supremas Cortes que acumulam a função de tribunal

---

<sup>20</sup> A respeito dos Justices da Suprema Corte ver: LIMA, F. D. S. **Jurisdição Constitucional e Política**: ativismo e autocontenção no STF. Curitiba: Juruá, 2014, pp. 172 – 178; e, sobre a influência ideológica político-partidárias sobre as decisões judiciais das Supremas Cortes ver: POSNER, Richard A. **How judges think**. Massachusetts: Harvard University Press, 2008. p. 312.

<sup>21</sup> BARROSO, Luís Roberto. “Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo”. Brasília, **Revista Jurídica da Presidência**. Vol. 12, nº96 | Fev/Mai 2010 ISSN 1808-2807 pp. 5 a 43.

<sup>22</sup> Autores como Frederick Schauer, defendem o formalismo, de modo a exaltarem a necessidade de uma separação entre o exercício do Poder Judiciário nas tomadas de decisões, e uma discricionariedade que afaste o magistrado da aplicação da regra jurídica, tal como ela está posta no ordenamento. O foco nesse sentido, considerando o “positivismo presumido” de Schauer, é na aplicação da regra jurídica, mesmo que ela determine resultados que não sejam os melhores; só podendo ser afastada em casos excepcionais. In: SCHAUER, Frederick. “Rules and the rule of law”. 14. **Harvard J.L. Pub.** Poly 645 (1991C). pp. 674-679.

<sup>23</sup> MENDONÇA, Eduardo Bastos de. “A inserção da jurisdição constitucional na democracia: algum lugar entre o direito e a política”. **Revista de direito do Estado** 13:211, 2009, p. 212.

constitucional, dificilmente existindo uma decisão acerca da interpretação e aplicação de normas constitucionais, que não perpassem pela análise política das consequências daquela decisão. Isso por um motivo muito simples: a constituição é documento jurídico que encerra as questões políticas mais sensíveis a uma sociedade, e é o objeto de proteção por estas cortes judiciais, como é o caso do STF no Brasil. A Constituição é o documento através do qual o Poder Constituinte Originário – poder político – expressa quais as vontades políticas da sociedade naquele determinado momento. A aplicação das normas constitucionais, portanto, caracteriza-se como a aplicação mais patente de uma vontade política<sup>24</sup>.

Considerando isso, e ainda atentos às lições do pragmatismo jurídico norte-americano, que servirá de base para nossa análise qualitativa das decisões pesquisadas, devemos admitir uma realidade que não é nova na doutrina jurídica, mas que deve ser destacada neste estudo, de que as decisões judiciais, especialmente as decisões proferidas pelas supremas cortes que acumulam função de tribunal constitucional, são consequências do papel criativo do juiz que, para efetivar a concretização dos textos normativos, utiliza-se de elementos cognitivos e volitivos.

Desta forma, não se pode negar que as decisões relacionadas à interpretação e aplicação das normas constitucionais pelo Judiciário, envolvem discussões e interesses políticos. Não à toa, Diogo de Figueiredo Moreira Neto afirmou que a supremacia judicial quanto à determinação do que é o direito envolve, por evidente, o exercício de um poder político, com todas as implicações para a legitimidade democrática<sup>25</sup>.

Essas reflexões são necessárias para que se adentre nas bases gerais sobre o ativismo judicial, movimento que demonstra como o Judiciário pode avançar para decidir questões de cunho político, com o mínimo constrangimento possível em relação aos limites de atuação, por vezes desconsiderando as prerrogativas dos demais poderes estatais.

---

<sup>24</sup> Ronaldo Dworkin referia-se às cortes constitucionais como “fórum de princípios”, afirmando que, em uma sociedade democrática, algumas questões mais sensíveis, devem ser tratadas como questões de princípios, morais ou políticas, e não como uma questão de poder político: “*A fiscalização judicial assegura que as questões mais fundamentais de moralidade política serão apresentadas e debatidas como questões de princípio, e não apenas de poder político. Essa é uma transformação que não poderá jamais ser integralmente bem-sucedida apenas no âmbito do Legislativo*”. Para Dworkin, questões como igualdade racial, direitos reprodutivos, são questões de princípios e não de poder político ou vontade majoritária, cabendo ao Poder Judiciário realizar a correta aplicação das normas constitucionais para garantia destes direitos fundamentais. In: DWORKIN, Ronald. **A matter of principle**. Cambridge: Harvard University Press, 1985, pp. 69-71.

<sup>25</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. pp. 212.

Considerando que Direito e Política são coisas distintas, mas que se interseccionam em certa medida na dinâmica jurídica, principalmente na atuação das Cortes Constitucionais, as quais decidem questões sociais sensíveis, indissociáveis das discussões políticas, resta analisar em que medida o Judiciário adentra em questões políticas. Não poderia haver melhor termômetro para medir essa interligação na atuação dos tribunais superiores, do que analisar a intervenção política do Judiciário através da abordagem doutrinária acerca do ativismo judicial e da autocontenção, considerados por autores como Flávia Santiago, como vieses de um mesmo movimento jurisdicional – isto porque, para a referida autora, a autocontenção caracterizar-se-ia como um meio do Judiciário modular, intencionalmente, sua intervenção em questões políticas<sup>26</sup>.

O estudo acerca do ativismo não é novo no direito brasileiro. Por se tratar de um tema que, de alguma forma, tenta desmistificar o modo de criação das decisões judiciais pela Corte Suprema Brasileira e buscar compreender essa tensão entre Judiciário e os poderes majoritários, foi alvo de muitos trabalhos acadêmicos.

Durante nossa pesquisa, investigou-se diversos autores, norte-americanos e brasileiros, sobre o ativismo judicial. Como já esperado, diante da quantidade de informações e posicionamentos sobre a temática, parece que o ponto em comum entre os diversos estudos é: não há um conceito único de ativismo judicial. Os conceitos variam em decorrência da localidade onde o fenômeno é estudado, ou do momento da pesquisa.

Mesmo conscientes dessa ausência de uniformidade conceitual, existem alguns posicionamentos que confluem para conceitos que se complementam e nos ajudam a compreender o cerne do ativismo judicial.

Antes de analisar os conceitos desenvolvidos por Flávia Santiago e Carlos Alexandre Campos, faz-se necessário pontuar outro aspecto pré-conceitual, sobre o qual parece também existir algum consenso: o de que o ativismo visa caracterizar uma atuação do Judiciário em desconformidade com seu papel apropriado e delimitado pelas regras de competência. Em outras palavras, parece ser uníssono o entendimento de que, a caracterização de um tribunal ou um magistrado como

---

<sup>26</sup> LIMA, Flávia Danielle Santiago; GOMES NETO, José Mário Wanderley. “Autocontenção à brasileira? Uma taxonomia dos argumentos jurídicos (e estratégias políticas?) explicativo(a)s do comportamento do STF nas relações com os poderes majoritários”. In: **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 221-247, jan./abr. 2018. DOI: 10.5380/rinc.v5i1.55990.

“ativista”, é o mesmo que dizer que aquele órgão, ou aquele juiz, excede sua função institucional, conforme previsão do ordenamento jurídico.

Flávia Santiago informa que se poderia definir ativismo “*como exercício impróprio da jurisdição, em desconformidade com o que denomino de ‘parâmetros aceitáveis de decisão judicial’*”<sup>27</sup>. Diante disto, Flávia Santiago chega à conclusão de que, se ativismo caracteriza uma atuação “anormal” da atividade jurisdicional, para sua compreensão torna-se indispensável definir, através de critérios adotados no desenvolvimento de uma Teoria Normativa, qual o papel ordinário dos tribunais em determinado ordenamento jurídico<sup>28</sup>.

A definição de padrões culturais apropriados da atuação judicial mostra-se, portanto, como contingente, pois varia de acordo com o país ou a época, de modo que, aquilo que se poderia considerar como atuação ativista pelo Supremo Tribunal Federal há dez anos, poderia ser visto como uma atuação ordinária do tribunal hodiernamente.

Em decorrência disto, conforme já advertido, a conceituação de ativismo judicial também se diferencia de doutrinador para doutrinador, de época para época, porquanto, de acordo com Carlos Alexandre de Azevedo Campos, sua caracterização está vinculada às estruturas constitucionais que disciplinam a dinâmica de funcionamento dos poderes e relações entre indivíduos e o Estado, das práticas jurídico-culturais, políticas e sociais, em lugares e épocas diversas<sup>29</sup>.

O conceito de ativismo judicial pode se modificar inclusive dentro da realidade de uma mesma corte, quando analisado o tema em momentos distintos, como bem adverte Seidman:

“Questões abstratas ou gerais sobre *judicial review* não nos dizem nada sobre se devemos favorecê-lo aqui e agora. Mesmo se perguntarmos como o *judicial review* funciona em uma sociedade particular, nossa investigação é

---

<sup>27</sup> LIMA, F. D. S. **Jurisdição Constitucional e Política: ativismo e autocontenção no STF**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 178.

<sup>28</sup> Ernest Young também defende que a configuração de padrões normais da atividade jurisdicional é necessária para a realização de qualquer análise sobre o ativismo judicial, entendido nessa perspectiva de atuação fora dos padrões ordinários do Judiciário. In: YOUNG, Ernest. “A judicial activism and conservative politics”. In: **University of Colorado Law Review**, v. 73, n. 4, pp. 1139-1216, 2002.

<sup>29</sup> CAMPOS, Carlos Alexandre Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 149. A contingência do conceito de ativismo judicial é ressaltada por George Vanberg: “o impacto do controle de constitucionalidade variará através das cortes, do tempo e mesmo através das questões decididas pela mesma corte”. In: VANBERG, Georg. **The Politics of Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany**. New York: Cambridge University Press, 2005, p. 173.

provável de ser generalizada e prematura (...) porque o papel cumprido por juízes dentro de uma dada cultura pode mudar com o passar do tempo”.<sup>30</sup>

Diante destas constatações introdutórias sobre o tema, Flávia Santiago adverte que a conceituação de ativismo judicial se divide entre uma visão pessimista e otimista “quanto aos resultados e potencial democrático deste processo de judicialização da política”<sup>31</sup>.

Aqueles que veem o ativismo judicial com pessimismo, utilizam esse termo com um caráter pejorativo e consideram os juízes ativistas como uma ameaça aos valores democráticos e à separação dos poderes, de modo que a expressão “ativismo” acaba servindo para indicar um “excesso judicial”<sup>32</sup>. Nesse contexto, Craig Green nos informa que as premissas mais utilizadas para identificar uma atuação como ativista, referem-se à decisão que: implique num erro judicial grave; produza resultado controverso ou indesejável; invalide uma norma, e; seja um produto destes e de outros fatores<sup>33</sup>. Verifique-se que, nos termos postos por Green, a decisão ativista não traz uma contribuição efetivamente positiva para o processo democrático, sendo considerada uma atitude equivocada do magistrado e/ou tribunal.

Para o desenvolvimento deste trabalho e melhor compreensão do objeto principal da pesquisa, focar-se-á em conceituações menos pessimistas, buscando fugir de uma postura preconceituosa de admitir o ativismo aprioristicamente como uma atitude sempre negativa do Judiciário<sup>34,35</sup>.

<sup>30</sup> SEIDMAN, Louis Michael. “Acontextual Judicial Review”. In: **Cardozo Law Review**, v. 32 (4), 2011, p. 1179.

<sup>31</sup> LIMA, F. D. S. **Jurisdição Constitucional e Política: ativismo e autocontenção no STF**. Curitiba: Juruá, 2014. p. 146.

<sup>32</sup> WHEELER, Fiona; WILLIAMS, John. “‘Restrained Activism’ in the High Court of Australia”. In: DICKSON, Brice (ed.). **Judicial Activism in Common Law Supreme Courts**. New York: Oxford University Press, 2007.

<sup>33</sup> GREEN, Craig. “An intellectual history of judicial activism”. In: **Emory Law Journal**, v. 58, n. 5, pp. 1195-1264, maio 2009.

<sup>34</sup> Ernest Young traz um tom menos pessimista sobre o ativismo, e apresenta seis faces desse comportamento jurisdicional. Para ele uma decisão seria ativista quando: a) substituísse os atos dos poderes políticos federais ou governos estaduais; b) se afastasse do texto constitucional ou de sua história; c) afastasse-se do precedente judicial [ativismo de precedente]; d) emitisse holdings maximalistas; e) exercesse amplos poderes remediais; f) for proferida de acordo com as preferências político-partidárias dos juízes. In: YOUNG, Ernest A. “Judicial activism and conservative politics”. In: **University of Colorado Law Review**, v. 73, n. 4, p. 1139-1216, 2002, p. 1441.

<sup>35</sup> A existência do “ativismo de precedente” é uma discussão mais coerente em sistemas judiciais caracterizados pelo respeito aos precedentes, o que corre de forma mais clara em sistemas de *common law*. Nesses ordenamentos jurídicos, o desconhecimento, afastamento injustificável e/ou contrariedade de um precedente, implicaria em ativismo. Deste modo, espera-se que os juízes respeitem a *rule of law* determinada em julgados pretéritos, quando necessária para proferir decisão no caso concreto. Noutro giro, há quem entenda que o afastamento de um precedente “equivocado” não configuraria ativismo judicial, mas apenas uma decisão apropriada da Constituição, como Keenan Kmiec – ver: KMIEC, Keenan D. “The origin and current meanings of ‘judicial activism’”. In: **California Law Review**, v. 92, n. 5, pp. 1446-1447, out. 2004.

Uma conceituação muito interessante e rica para a compreensão do ativismo judicial foi a desenvolvida por Carlos Alexandre Azevedo Campos em sua dissertação de mestrado, que posteriormente foi publicada como livro. Carlos Alexandre defendeu a hipótese de que o ativismo judicial apresenta um conceito multidimensional, não se podendo chegar a um conceito satisfatório sem considerar as diversas dimensões desse fenômeno.

Apontou como dimensões do ativismo judicial as seguintes: a) ativismo relacionado à interpretação ampliada da constituição, com a aplicação direta de princípios constitucionais, mesmo que muito vagos e imprecisos; b) ativismo como a atividade de criação legislativa [*legislative from the bench*]; c) falta de deferência à autoridade política, legal e empírica, dos outros poderes e instituições; d) ativismo como o exercício de institucionalização das intensas e incontroversas questões morais e políticas [espaço nobre do ativismo judicial]<sup>36</sup>; e) ativismo como meio de concretização de políticas públicas e sociais; f) ligado à atividade do judiciário quando amplia o alcance das regras procedimentais, aumentando o seu grau de independência em face dos poderes políticos [quando reforça a força vinculante dos precedentes, por exemplo]; g) a superação de precedentes, como um estágio apontado como necessário para melhor desenvolver os significados adequados da Constituição; h) ativismo como proferimento de decisões maximalistas; i) decisões atreladas à ideologia partidária e não em razões jurídicas [dimensão odiosa e ilegítima, no entender do autor]; j) atuação tendente a configurar uma soberania judicial, quando a corte profere uma decisão judicial tão expansiva e ambiciosa que exclui os poderes políticos do processo de construção dos significados constitucionais [o que seria, aprioristicamente, ilegítimo, para o autor]<sup>37</sup>.

Ainda na tentativa de construir um conceito sobre ativismo judicial, a autora desta dissertação não pode deixar de trazer a compreensão esposada por Roberto Barroso, cuja visão é nitidamente otimista sobre o fenômeno, diante da sua crença de que o Poder Judiciário tem o dever de concretizar a Constituição, o que já nos mostra que o referido jurista encontraria poucos elementos que podem constranger o

---

<sup>36</sup> Ronald Dworkin afirma que as pessoas têm direitos morais contra o Estado, de modo que, quando uma Corte assume a responsabilidade de aplicar cláusulas de valor como normas inteiramente jurídicas, “*deve ser uma corte ativista, no sentido em que ela deve estar preparada para compor e responder questões de moralidade política*”. É justamente neste cenário que encontramos o que se denomina o “espaço nobre do ativismo judicial”. In: DWORKIN, Ronald. **Taking Right Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977, p. 147.

<sup>37</sup> Carlos Alexandre Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, pp. 153-164.

Judiciário em seu poder criativo, conforme se aprofundará ao analisar as decisões judiciais por ele proferidas.

Para Barroso:

“A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas”<sup>38</sup>.

De acordo com este ministro do STF, o que está escrito no texto constitucional deve ser “pra valer”, e para ser levado à sério, o Judiciário deve exercer o papel de instituição efetivadora do texto constitucional. Por este motivo ele considera o ativismo judicial como o meio que “*procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional*”<sup>39</sup>, o que seria algo benéfico para um desenho democrático de sociedade. A fim de respaldar sua conceituação de ativismo, ele propõe quais seriam os parâmetros aceitáveis para o exercício da função jurisdicional:

“Nessa linha, cabe reavivar que o juiz: (i) só deve agir em nome da Constituição e das leis, e não por vontade política própria; (ii) deve ser deferente para com as decisões razoáveis tomadas pelo legislador, respeitando a presunção de validade das leis; (iii) não deve perder de vista que, embora não eleito, o poder que exerce é representativo (i.e, emana do povo e em seu nome deve ser exercido), razão pela qual sua atuação deve estar em sintonia com o sentimento social, na medida do possível. Aqui, porém, há uma sutileza: juízes não podem ser populistas e, em certos casos, terão de atuar de modo contramajoritário. A conservação e a promoção dos direitos fundamentais, mesmo contra a vontade das maiorias políticas, é uma condição de funcionamento do constitucionalismo democrático. Logo, a intervenção do Judiciário, nesses casos, sanando uma omissão legislativa ou invalidando uma lei inconstitucional, dá-se a favor e não contra a democracia”<sup>40</sup>.

<sup>38</sup>BARROSO, Luís Roberto. “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática”. In: **Revista Atualidades Jurídicas**, n. 4, fev. 2009, Brasília: OAB. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2021. p. 6.

<sup>39</sup>BARROSO, Luís Roberto. “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática”. In: **Revista Atualidades Jurídicas**, n. 4, fev. 2009, Brasília: OAB. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2021.

<sup>40</sup>BARROSO, Luís Roberto. “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática”. In: **Revista Atualidades Jurídicas**, n. 4, fev. 2009, Brasília: OAB. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2021.

Percebe-se, portanto, que não se chegará a um conceito universal acerca do ativismo judicial, mas se poderá entender esse processo através das dimensões que apresenta na prática cotidiana das Cortes, nos termos da doutrina de Carlos Alexandre. Existe uma parcela doutrinária que visualiza este fenômeno de forma positiva, entendendo o ativismo como uma atitude na qual o Poder Judiciário tenta maximizar as potencialidades do texto normativo [sobretudo o constitucional], em prol do sistema democrático. Essa postura positiva vai marcar nossa análise, pois o ministro Roberto Barroso, um dos objetos de estudo, claramente adota este viés; postura esta que, de acordo com a hipótese levantada neste estudo, nos levará a perceber a existência de uma dissonância entre a postura do referido ministro em sua atuação jurisdicional, e a doutrina da questão política, tal como idealizada no direito norte-americano.

A partir deste momento, será feita a análise da outra postura do Judiciário, “antagônica” ao ativismo, mas que faz parte de um mesmo movimento jurisdicional de relação com as instâncias políticas, que é a autocontenção judicial, momento em que se aprofundará um pouco mais na doutrina das questões políticas.

### *2.1.2 – Noções sobre Autocontenção judicial*

Enquanto no estudo sobre ativismo percebemos que um dos pontos de convergência doutrinária é no sentido em que, atitude ativista coaduna com a ideia de que o magistrado extrapola as funções ordinárias ou os parâmetros aceitáveis para a construção de uma decisão judicial, na autocontenção assistimos a uma conduta passiva do Judiciário, o qual procura se abster de adentrar em determinadas discussões levadas à sua apreciação, em especial, questões de cunho político.

Algumas considerações iniciais devem ser feitas.

Primeiramente, deve-se destacar que, de acordo com nossas pesquisas, considerando a realidade brasileira, a autocontenção pode até ter se configurado inicialmente como um movimento de passividade judicial em decorrência de fragilidade e falta de força do Poder Judiciário, como aconteceu na época da República Velha e no período da ditadura militar brasileira.

No entanto, com o passar dos anos, a autocontenção mostra-se muito mais como uma técnica de conveniência político-jurídica da Suprema Corte Brasileira, que

não esconde o poderio que possui diante do sistema político existente, mas que escolhe, por determinadas razões, não intervir em algumas questões de cunho político naquele dado momento.

Contemporaneamente, percebe-se que o fato de as Cortes terem a prerrogativa de dizer qual a questão política que podem ou não decidir, mostra, antes de uma limitação do poder judicial, a afirmação desse poder.

A segunda observação inicial, é de que, ao menos relacionado ao direito brasileiro, como há a adoção do princípio da proibição ao *non liquet*, podendo afirmar que estaria insculpido na inafastabilidade do judiciário prevista no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal de 1988<sup>41</sup>, o Judiciário não pode simplesmente recusar-se a decidir uma questão a ele apresentada. Desta forma, para justificar a autocontenção, precisar-se-ia criar mecanismos que justificassem, juridicamente, a omissão judicial, de modo a torná-la legítima. Sobre isso nos será muito útil as lições de Alexander Bickel sobre as virtudes passivas<sup>42</sup>.

Sobre o tema, Barroso mostra uma certa postura crítica em relação à autocontenção, caracterizando-a como a atuação judicial que “*restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas*”<sup>43</sup>.

Para melhor se compreender a autocontenção judicial, que está intimamente ligada com o estudo da doutrina das questões políticas, deve-se realizar a análise de alguns pontos doutrinários importantes, bem como realizar um estudo com um certo grau de empirismo, com o levantamento do comportamento do Judiciário, mais especificamente do norte-americano e do brasileiro.

De acordo com as pesquisas realizadas, constatou-se que um dos precursores do debate acadêmico sobre a autocontenção judicial foi James Bradley Thayer.

O principal artigo produzido por Thayer, “*The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law*” (1893), foi escrito nos primórdios da Era Lochner (1890-1939) na Suprema Corte Norte-Americana, período caracterizado pela não aderência às ideias de autorrestrrição judicial por este tribunal.

<sup>41</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 20 jan. 2020.

<sup>42</sup>BICKEL, Alexander M. “The Supreme Court, 1960 Term - foreword: the passive virtues”. In: **Harvard Law Review**, Cambridge, n. 75, pp. 40-75, nov. 1961.

<sup>43</sup> BARROSO, Luís Roberto. “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática”. In: **Revista Atualidades Jurídicas**, n. 4, fev. 2009, Brasília: OAB. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2021. p. 7-9.

No período da Era Lochner<sup>44</sup>, verifica-se uma Suprema Corte que tendia para valorização da ideia de liberdade contratual em detrimento de outros fatores constitucionais<sup>45</sup>; de modo que não se sentia constrangida em julgar como inconstitucionais, leis editadas no ideal do *New Deal*, as quais previam melhores condições de trabalho para os empregados, buscavam a promoção de reformas sociais e o controle de práticas comerciais monopolistas<sup>46</sup>.

Mesmo tendo prevalecido uma postura tradicionalista, afastando-se as ideias de autocontenção judicial no caso *Lochner v. New York*, os votos dissidentes foram importantíssimos<sup>47</sup>, e basearam-se, em certa medida, nas lições de Thayer.

O pensamento Thayeriano não se fundamentava na defesa da inabilidade dos juízes para compreender os *hard cases* ou para inventar remédios efetivos para sua resolução do caso concreto; mas, na crença de uma competência superior do legislador, seja em legitimidade, seja em capacidade – ou com relação a ambos os atributos –, para legislar de forma mais livre<sup>48</sup>.

De acordo com Larry Kramer, a preocupação central do trabalho de James B. Thayer, era lembrar que a autoridade principal para interpretação das constituições estava fora das cortes<sup>49</sup>; de modo que, ao judiciário acometia-se apenas a função de aplicação das normas, devendo sua atuação ser excluída quando, na demanda

---

<sup>44</sup> Essa denominação (Era Lochner) é utilizada para caracterizar um período específico do comportamento da Suprema Corte Norte-Americana. Esse nome foi dado em referência ao caso *Lochner v. New York*, o qual versa sobre o um caso em que Estado de Nova York tinha aprovado uma lei que limitava a jornada de trabalho dos padeiros, para o máximo de 10 (dez) horas por dia, visando proteger a saúde dos empregados (Lei Bakeshop). Joseph Lochner, dono de uma padaria em Nova York, ao descumprir essa lei das “dez horas”, foi multado, levando ao Judiciário a discussão sobre a legitimidade ou não da multa aplicada pelo Executivo. Nesta oportunidade, a Suprema Corte Norte-Americana decidiu que o poder de polícia exercido pelo Estado de Nova York caracterizava-se como uma interferência desnecessária na liberdade contratual, afirmando que a liberdade de o empregado e o empregador poderem ajustar a relação de emprego não poderia sofrer limitações sem violar a Constituição. In: *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/198/45/>. Acesso em: 12 jan. 2021.

<sup>45</sup> McCLOSKEY, Robert G. **The American Supreme Court**. 5.ed. revisada por Sanford Levinson. Chicago: The University of Chicago Press, 2010 (*kindle* – posição 1071-1085/5399).

<sup>46</sup> FRIEDMAN, Barry. “The history of the countermajoritarian difficulty, part three: the lesson of Lochner”. In: **NYU Law School, Public Law Research paper**, n. 24, p. 1-100, set. 2000, p. 12.

<sup>47</sup> Os votos dissidentes no caso *Lochner v. New York* foram proferidos pelos *Justices* Oliver Wendell Holmes Jr – um dos principais expoentes da autocontenção na Suprema Corte Norte-Americana da época –, John Marshall Harlan, Edward Douglas White e William R. Day.

<sup>48</sup> POSNER, Richard A. “The rise and fall of judicial self-restraint”. In: **California Law Review**, Berkeley, vol. 100, n. 3, pp. 519–556, 2012.

<sup>49</sup> KRAMER, Larry D. “Judicial supremacy and the end of judicial restraint”. In: **California Law Review**, v. 100, n. 3, pp. 621-634, jun. 2012.

judicial, houvesse referência a atos puramente políticos ou que denotassem um exercício de discricionariedade<sup>50</sup>.

Thayer, portanto, era crítico do *judicial review*, defendendo que os juízes deveriam ser altamente relutantes em declarar como inconstitucional um ato legislativo ou executivo.

Para embasar sua concepção sobre a autorrestrição judicial, Thayer utilizou-se de alguns fundamentos, tais como: a) defendeu que a autorização para o Judiciário invalidar normas promulgadas pelo Legislativo seria uma inovação norte-americana, inovação esta que ainda poderia ser considerada controversa ao se analisar o texto constitucional. Deste modo, a Suprema Corte deveria ser cautelosa ao entrar em confronto com outros ramos políticos; b) o Congresso funcionaria como uma espécie de Corte Constitucional, pois teria de decidir sozinho sobre a constitucionalidade de uma lei que pretendia promulgar, a qual, geralmente, só viria a ser contestada no âmbito do Judiciário, anos depois de sua vigência; c) as questões relacionadas ao poder dos ramos políticos são eminentemente políticas; se o Judiciário for compelido a decidir sobre tais questões, deveria decidir por critérios políticos e não jurídicos, o que não faz parte da sua estrutura funcional, de modo a favorecer a defesa pela contenção judicial; d) se as Cortes impusessem indiscriminadas limitações aos ramos políticos com a revisão judicial, o legislador deixaria de se preocupar com a verificação da constitucionalidade do projeto de lei a ser promulgado, pois saberia que seria revisto pelos magistrados, passando a preocupar-se apenas em como a corte iria reagir àquela norma editada pelo poder majoritário<sup>51</sup>.

Para Thayer, “*under no system, can the power of courts go far to save a people from ruin; our chief protection lies elsewhere*”<sup>52</sup>; e chama ainda a atenção para o perigo de uma “influência conservadora” na legislação, antecipando a preocupação sobre a noção de “paternalismo judicial”, afirmando que a “*tendency of a common and easy resort to this great function [judicial review of legislation], now lamentably too common,*

<sup>50</sup> LIMA, F. D. S. **Jurisdição Constitucional e Política: ativismo e autocontenção no STF**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 49.

<sup>51</sup> POSNER, Richard A. “The rise and fall of judicial self-restraint”. In: **California Law Review**, Berkeley, vol. 100, n. 3, pp. 519–556, 2012.

<sup>52</sup> THAYER, James B. “The origin and scope of the american doctrine of constitutional law”. **Havard Law Review**. v. 7, n. 3, pp. 129-156, oct. 1893. Tradução da autora: “Em nenhum sistema, o poder dos tribunais pode ter sucesso para salvar um povo da ruína; nossa principal proteção está em outro lugar [referindo-se ao Poder Legislativo]”. Tradução livre da autora.

*is to dwarf the political capacity of the people, and to deaden its sense of moral responsibility. It is not a light thing to do that*<sup>53</sup>.

Nesse sentido Thayer defende a autorrestricção fazendo um alerta de que a intervenção demasiada do Judiciário – relacionada à sua função de revisão judicial dos atos dos poderes majoritários – poderia afetar a experiência política de um povo, porquanto este perderia o interesse em discutir as questões sensíveis àquela sociedade e corrigir seus próprios erros e de seus representantes, pois o Judiciário teria tomado esse espaço<sup>54</sup>.

Para este teórico, a interferência do Judiciário só deveria acontecer quando se estivesse diante de um “*clear mistake*”; de modo que, somente quando o tribunal se deparasse com um erro claro “*beyond a reasonable doubt*”, diante do qual não se tivesse outra escolha, a não ser a declaração da sua inconstitucionalidade, é que a Corte poderia intervir na atuação do departamento legislativo<sup>55</sup>.

Diante das considerações sobre o pensamento de Thayer, percebe-se que, à época do desenvolvimento de sua teoria, a defesa da autocontenção judicial dava-se pela crença de que os poderes majoritários, em especial o poder legislativo, eram os ramos mais adequados para discutir e decidir as questões mais sensíveis à sociedade, cabendo ao Judiciário tão-somente verificar a compatibilidade da legislação com o texto constitucional, e determinar a aplicação das normas existentes aos casos concretos, sem realizar maiores malabarismos interpretativos.

O principal receio de Thayer era o de que, com o empoderamento do Judiciário, abarcando para si a função de uma ampla revisão judicial, isso acabasse gerando um sentimento de “irresponsabilidade” em relação aos demais poderes estatais, pois não se preocupariam mais em realizar uma análise mais detida sobre a correção de um determinado ato normativo, pois seria revisado pelo Poder Judiciário.

Analisando ainda a repercussão das ideias de Thayer na atuação da Suprema Corte Norte-Americana, no período conhecido como “Era Lochner”, percebe-se ainda que a autocontenção encampada pelos *Justices* à época não tinha como objetivo

---

<sup>53</sup> THAYER, James B. John Marshall. Boston: Houghton Mifflin, 1901, p. 106 *apud* KELLOGG, Frederic R. **Oliver Wendell Holmes Jr., legal theory and judicial restraint**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 5. Tradução da autora: “A tendência de uma utilização, cada vez mais fácil e comum, dessa grande função [revisão judicial da legislação], agora lamentavelmente comum demais, é diminuir a capacidade política do povo e amortece seu senso de responsabilidade moral. Não é uma coisa simples fazer isso”. Tradução livre da autora.

<sup>54</sup> *Ibidem*.

<sup>55</sup> POSNER, Richard A. “The rise and fall of judicial self-restraint”. In: **California Law Review**, Berkeley, vol. 100, n. 3, pp. 519–556, 2012.

albergar posicionamentos conservadores e manter o *status quo* legislativo. Pelo contrário, a defesa realizada, principalmente por Oliver Wendell Holmes Jr., em favor de uma autocontenção do Judiciário à época, foi para que não se permitisse a revisão judicial de leis promulgadas no espírito do *New Deal*, cuja intenção era trazer inovações de proteção social muito importantes, e que acabaram sendo julgadas inconstitucionais, como no caso *Lochner v. New York*.

Desde os primórdios das lições sobre autocontenção, essa postura do Judiciário pode servir não apenas como um mecanismo de evitar a interferência entre os poderes estatais, mas como estratégia política dentro da própria Corte de um país.

Apesar de se ter iniciado a análise da autocontenção judicial com a doutrina de Thayer - essa escolha justifica-se pela importância histórica deste autor na construção dessa perspectiva de atuação das Cortes -, a doutrina de Alexander Bickel, que desenvolveu a ideia das virtudes passivas, é que nos levará a um diálogo mais satisfatório com a doutrina das questões políticas.

Tanto Bickel quanto Thayer defenderam uma postura autocontida da Suprema Corte Norte-Americana, mas embasavam sua concepção em fundamentos completamente distintos.

Enquanto Thayer atribuía à Corte um papel secundário em relação à interpretação da Constituição, defendendo que o Judiciário deveria ser deferente ao Poder Legislativo, o qual tinha maior competência e legitimidade para criar leis que atendessem às necessidades da sociedade, apontado como um minimalismo substantivo por Carlos Alexandre de Azevedo Campos<sup>56</sup>; Bickel entendia que a Suprema Corte tinha um papel fundamental, e até principal, para preservar, proteger e defender os princípios da Constituição, no entanto, pregava uma postura autocontida baseada na prudência, a fim de preservar a Corte.

Bickel entendia o Judiciário como o ramo estatal mais adequado para decidir sobre questões relacionadas aos princípios constitucionais, diante de seu insulamento

---

<sup>56</sup>Carlos Alexandre de Azevedo Campos, em sua obra “Dimensões do Ativismo Judicial no STF”, defendeu que a autocontenção também apresentava várias dimensões, tal como o ativismo judicial. Para o estudo destas dimensões, o autor sugeriu a classificação das medidas de autorrestrrição judicial segundo dois critérios: a) critério da natureza da restrição: abarcando as medidas procedimentais e substantivas; b) critério do propósito da restrição: composto pelas medidas de deferência e prudência. A autorrestrrição defendida por James B. Thayer foi classificada por Carlos Alexandre como substantiva, porquanto Thayer importava-se com o conteúdo da questão discutida no Judiciário para determinar que a Corte deveria exercer uma postura autocontida; em outras palavras, a Corte só deveria realizar a revisão judicial de um ato legislativo, se houvesse a constatação de um “*clear mistake*”, não baseando a contenção da atividade judicial em matérias procedimentais. Acerca disto ver: CAMPOS, Carlos Alexandre Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014, pp. 164-171.

político, mas preocupava-se com a conveniência e o melhor momento para decidir determinadas questões constitucionais, a fim de evitar grandes impactos e reações contra suas decisões pelos poderes majoritários, o que poderia pôr em risco sua preservação<sup>57</sup>.

Nos termos da visão de Richard Posner, Bickel defendia uma “autorrestrrição prudencial”, pois temia que, diante da decisão tomada pela Corte numa revisão judicial, houvesse reações adversas dos outros órgãos políticos (autorrestrrição prudencial política)<sup>58</sup>.

Quando uma questão constitucional fosse apresentada à Suprema Corte, mas ainda não estivesse madura para julgamento, Bickel defendia que o Judiciário deveria “NÃO DECIDIR”, adiando a solução da questão moral ou política, até que o tema adquirisse um sentido aceito pelos poderes majoritários.

Para atingir essa estratégia, referido autor sugeriu que a Corte exercesse as “*passive virtues*”, que poderia ser conceituada como “argumentos jurídicos – *geralmente de cunho processual* – que faculta à corte *eximir-se da apreciação de um caso que lhe fora submetido*”<sup>59</sup>. Sobre o tema, Carlos Alexandre conceitua as virtudes passivas desenvolvidas por Bickel, como o:

“uso de técnicas processuais que permitem evitar o julgamento de mérito do caso e das questões constitucionais envolvidas. Esses mecanismos processuais estratégicos são: ilegitimidade para a propositura da demanda (standing); falta de maturidade do caso para o julgamento (ripeness); inexistência de controvérsia atual e por isso a perda do objeto da ação (mootness); questão discutida eminentemente política, carecendo a Corte de competência para julgá-la (political question doctrine) e ausência de relevância do caso para ser julgado pela Suprema Corte (denial of certiorari).” (CAMPOS, 2014, p. 171)

<sup>57</sup> BICKEL, Alexander. **The Least Deangerous Branch**: The Supreme Court at the Bar of Politics. 2ª ed. New Haven: Yale University Press, 1986, p. 188.

<sup>58</sup> Esta classificação da autorrestrrição foi desenvolvida por Richard Posner, baseada nos dois grandes propósitos da contenção judicial: deferência e prudência. Posner distinguiu a) autorrestrrição estrutural e b) autorrestrrição prudencial. A estrutural referia-se ao conceito tradicional de autorrestrrição, ligada à ideia de deferência aos demais poderes políticos, pregando a necessidade de autolimitação do Judiciário dentro de uma estrutura de divisão de poderes constitucionalmente estabelecida. A autorrestrrição estrutural pode ser em razão da capacidade legal ou em razão da capacidade epistêmica. No que diz respeito à autocontenção prudencial, Posner subdividiu-a em: política e funcional; onde, no primeiro caso, a Corte evita proferir decisões que possam provocar reações adversas dos órgãos políticos e coloquem em risco à saúde institucional da Corte, e no segundo caso, o Judiciário preocupa-se com os efeitos sistêmicos e negativos das suas decisões sobre a própria funcionalidade da corte. Acerca disto ver: POSNER, Richard A. **The federal Courts, Challenge and Reform**. Cambridge: Havard University Press, 1999, pp. 314-318.

<sup>59</sup> LIMA, Flávia Danielle Santiago; GOMES NETO, José Mário Wanderley. “Autocontenção à brasileira? Uma taxonomia dos argumentos jurídicos (e estratégias políticas?) explicativo(a)s do comportamento do STF nas relações com os poderes majoritários”. In: **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 221-247, jan./abr. 2018. DOI: 10.5380/rinc.v5i1.55990.

Bickel defendia a autocontenção judicial não como um dever da corte de deferência aos outros ramos políticos (como o fazia Thayer), mas como uma estratégia política do Judiciário, a fim de preservar-se e proferir decisões sobre temas constitucionais no momento mais oportuno, a fim de não fazer exsurgir uma tensão com os poderes majoritários.

Conforme apontado pelo teórico, a *political question doctrine* caracteriza-se, na sua concepção, como uma virtude passiva utilizada pelo Poder Judiciário, para eximir-se de decidir determinado tema afirmando ser uma questão de cunho eminentemente político. Desta forma, repassa a responsabilidade e o ônus da decisão sobre o tema para os poderes legislativo ou executivo.

Ao tratar sobre as virtudes passivas, Bickel aponta a doutrina das questões políticas como uma espécie daquelas, onde o Tribunal reconhece sua falta de capacidade para decidir questões cuja determinação deve ser feita pelos poderes majoritários. De acordo com ele, a doutrina das questões políticas deveria ser utilizada pela Suprema Corte, evitando que este tribunal proferisse decisões que adentrassem em questões de cunho eminentemente político diante de constatações como a:

“the court's sense of lack of capacity, compounded in unequal parts of the strangeness of the issue and the suspicion that it will have to yield more often and more substantially to à than to principle; the sheer momentousness of it, which unbalances judgment and prevents one from subsuming the normal calculations of probabilities; the anxiety not so much that judicial judgment will be ignored, as that perhaps it should be, but won't; finally and in sum ("in a mature democracy"), the inner vulnerability of an institution which is electorally irresponsible and has no earth to draw strength from”<sup>60</sup>.

Verifica-se, portanto, que a doutrina das questões políticas se insere nesse vasto universo de discussão entre ativismo judicial e autocontenção, atrelada à restrição judicial; e, nos termos da doutrina de Bickel, apresenta-se como uma virtude

---

<sup>60</sup> BICKEL, Alexander M. “The Supreme Court, 1960 Term - foreword: the passive virtues”. In: **Harvard Law Review**, Cambridge, n. 75, p. 40-75, nov. 1961, p. 75. Tradução livre da autora: “a sensação de falta de capacidade do tribunal, agravada pela falta de familiaridade com as questões discutidas [com caráter político] e pela suspeita de que terá de ceder mais frequentemente e mais substancialmente à conveniência do que aos princípios [constitucionais]; a grande importância dessa constatação, que desequilibra o julgamento e impede o jurisdicionado de antever as probabilidades normais do julgamento; a ansiedade não tanto de que o julgamento judicial seja ignorado, mas de que talvez o devesse ser, mas não o será; finalmente, e acima de tudo, (“em uma democracia madura”), a vulnerabilidade interna de uma instituição que é eleitoralmente irresponsável e não tem força para impor suas decisões”.

passiva utilizada estrategicamente pelo judiciário a fim de evitar que o tribunal se imiscua em temas políticos sensíveis, e acabe gerando uma tensão com os outros ramos estatais.

### 2.1.3 – Doutrina da questão política como mecanismo de autocontenção judicial

Stephen C. Halpern e Charles M. Lamb já afirmavam que:

“o conceito de ativismo e de autocontenção lidam diretamente com o que pode ser a pergunta principal a ser questionada sobre [uma corte suprema] – qual o seu papel fundamental e qual o alcance dos poderes da corte em nosso sistema de governo?”<sup>61</sup>

A partir da leitura dos conceitos e perspectivas sobre esses temas desenvolvidos no início desse capítulo, percebeu-se que compreender os institutos de ativismo e autocontenção judicial é de suma importância para um melhor entendimento sobre a doutrina das questões políticas.

É justamente nessa busca pelo equilíbrio entre uma postura ativa, a partir da qual o Judiciário adentra em temas que seriam originariamente designados aos poderes majoritários (ativismo judicial), e uma postura autocontida, que a doutrina das questões políticas é manuseada pelas cortes.

Referida doutrina insere-se dentro do universo das “virtudes passivas” desenvolvidas por Alexander Bickel, sendo considerada como um mecanismo de justificar o não julgamento de certos temas pelo Poder Judiciário, sem que este ramo do poder estatal seja acusado de exercer o *non liquet*, isto porque, não é que a corte afirme que não tem como encontrar uma solução clara para o problema a ela apresentado, é porque a corte reconhece que a solução para o tema discutido judicialmente deve ser dada pelo legislativo ou pelo executivo.

A *political question doctrine* não se mostra tão somente como uma doutrina que busca moralizar a atuação do Judiciário, fazendo com que ele reconheça seus limites em respeito aos demais ramos políticos; mas, como afirma Jesse H. Choper, apresenta-se como um engenhoso instrumento utilizado pelo Judiciário, porquanto, ao estabelecer [ou tentar estabelecer] critérios prévios para a atuação judicial em

---

<sup>61</sup> HALPERN, Stephen C.; LAMB, Charles M. “Historical Perspectives”. In: HALPERN, Stephen C.; LAMB, Charles M. (ed). **Supreme Court activism and restraint**. Lexington, Lexington Books, 1982, p. 1.

temas políticos e sua aplicação, acabam por ratificar a autoridade judicial. Essa constatação de Choper baseia-se na compreensão de que, quando a corte utiliza a *political question doctrine*, aplica uma interpretação que determina seu afastamento da demanda, mas também se refere à possibilidade de que o próprio tribunal tenha a prerrogativa de determinar a quem pertence o poder decisório sobre um tema específico<sup>62</sup>.

Apesar da compreensão de que a doutrina das questões políticas por vezes é aplicada pelas cortes (analisada neste trabalho, a atuação das cortes norte-americana e brasileira), existem vozes de constitucionalistas brasileiros que não aceitam de forma tranquila a imposição de um espaço em que a jurisdição não poderia ser exercida, como pretende a doutrina referendada. Sobre o tema Gustavo Ferreira Santos afirma:

“Não somos adeptos, porém da identificação pura e simples de um espaço de não jurisdição, como ocorre com a técnica das *political questions*. Todo ato normativo, em nosso sistema, é passível de revisão judicial. Aliás, esse é um ponto de partida para o intérprete não será meramente a natureza jurídica do ato atacado que afastará o controle pelo Poder Judiciário. Porém, deverá ser tomada em conta a dificuldade de controlar o conteúdo de certas decisões e, muitas vezes, a legitimidade do processo que levou à sua adoção influenciará a tomada de posições pelo Judiciário”<sup>63</sup>.

A ponderação de Gustavo Ferreira Santos é muito importante para sedimentar a compreensão sobre a aplicação da doutrina das questões políticas no âmbito da atuação do STF. Fazendo uma interpretação sistemática entre o que foi estudado sobre a doutrina até agora e a afirmação de Gustavo, percebe-se que não será a apriorística constatação da existência de uma *political question* na demanda judicial que afastará, na prática, a apreciação da matéria pelo Judiciário, mas o “reconhecimento de que o tribunal, em vista do desempenho de uma função política, deve resguardar os espaços de deliberação democrática<sup>64</sup>”, e, naquele caso específico, adotar uma postura autocontida.

Por ser muito difícil estipular critérios prévios para a realização deste controle e aplicação da doutrina das questões políticas – tal como tentou-se delimitar no caso

<sup>62</sup> CHOPER, Jesse H. “The political question doctrine: suggested criteria”. In: **Duke Law Journal**, Durham, v. 54, pp. 1457-1523, 2005, p. 1462.

<sup>63</sup> SANTOS, Gustavo Ferreira. **Neoconstitucionalismo, poder judiciário e direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2001, p. 92

<sup>64</sup> LIMA, F. D. S. **Jurisdição Constitucional e Política: ativismo e autocontenção no STF**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 266.

*Baker v. Carr*, na Suprema Corte Norte-Americana -, e considerando que não é nossa intenção desenvolver uma teoria normativa sobre o tema, mas realizar um estudo empírico de como o STF vem aplicando essa doutrina através das decisões de Barroso, e se a postura da corte brasileira tem similaridade com a doutrina desenvolvida nos Estados Unidos, passaremos a analisar o surgimento desta doutrina nos Estados Unidos, e posteriormente se trará a realidade brasileira sobre a aplicação dessa virtude passiva do Judiciário.

## 2.2 - Nascimento e Análise Histórica da *political question doctrine* nos Estados Unidos (Análise de casos da Suprema Corte e teóricos estadunidenses)

É impossível delimitar um conceito estático e único para a doutrina das questões políticas, por um motivo muito simples: referida doutrina sofreu modificações ao longo dos anos, alterando, por consequência, o modo como a Suprema Corte Norte-Americana decidia determinadas matérias na sua história. Note-se que o enfoque neste momento, é o surgimento e desenvolvimento desta doutrina na realidade dos Estados Unidos, diante do fato deste país ser o berço da *political question doctrine*<sup>65</sup>.

Para uma melhor elucidação sobre o surgimento da referida doutrina e da sua transmutação, é interessante analisar as pesquisas de Louis Michael Seidman, estudioso que desenvolveu uma linha histórica sobre as fases da *political question doctrine*, a qual foi construída no cotidiano da Suprema Corte Norte-Americana, e irradiada para tribunais de outros países.

### 2.2.1 - Fases da *political question doctrine* por Louis Michael Seidman

---

<sup>65</sup> Vários doutrinadores norte-americanos sustentam essa afirmação, apontando, como já explicitado no texto, que a *political question doctrine* surgiu no caso *Marbury vs. Madison*, tais como Louis Henkin (In: Is There a "Political Question" Doctrine?, **85 Yale L.J.** (1976). Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol85/iss5/1/>. Acesso em: 10 jan. 2020. p. 600); Jared P. Cole (In: COLE, Jared P. The Political Question Doctrine: Justiciability and the Separation of Powers. **Congressional research Service**, 2014. Disponível em: [https://digital.library.unt.edu/ark:/67531/metadc501852/m1/1/high\\_res\\_d/R43834\\_2014Dec23.pdf](https://digital.library.unt.edu/ark:/67531/metadc501852/m1/1/high_res_d/R43834_2014Dec23.pdf). Acesso em 12 jul. 2020. p. 3); ou como Tara Leigh Govre (In: **The Lost History of the Political Question Doctrine**, p. 1910).

Tomando como base as lições de Seidman, pode-se considerar que a doutrina das questões políticas surgiu nos Estados Unidos, mais especificamente na *ratio decidendi* do voto do *Chief Justice* Marshall, no emblemático caso *Marbury vs. Madison*. Neste primeiro momento, o que se observa pela decisão da Suprema Corte, é uma postura de buscar fundamentar uma técnica de justiciabilidade, a fim de explicar a abstenção no julgamento do mérito de algumas demandas apresentadas ao Judiciário.

A Suprema Corte dos Estados Unidos efetivamente procurou delimitar quais as características de uma “questão política”, a qual seria, portanto, *nonjusticiable* - ou seja, não justificaria a intromissão do Poder Judiciário no mérito da questão, por se tratar de uma discussão eminentemente política, afeta aos ramos majoritários (Executivo e/ou Legislativo). Para tanto, Marshall afirmou que “*the executive possesses a constitutional or legal discretion, nothing can be more perfectly clear than that [his] acts are only politically examinable*”<sup>66</sup>.

Os acontecimentos históricos que antecedem ao caso *Marbury vs Madison*, relacionam-se à nomeação dos “*midnight judges*” pelo presidente Adams, no final de seu mandato, a fim de manter a tradição doutrinária federalista antes do presidente republicano assumir [Thomas Jefferson].

Diante da dificuldade de deslocamento e comunicação à época, nem todos os juízes federalistas receberam o documento de investidura. Ao assumir, Jefferson determinou que seu Secretário de Estado, James Madison, suspendesse a entrega das notificações. Logo depois, o Congresso editou o *Repeal Act* [1802] a fim de revogar o “Ato Judiciário de 1801”, editado no governo de Adams.

Um dos “juízes da meia-noite” prejudicados foi Marbury, que não chegou a receber a notificação com sua investidura. Diante deste fato, Marbury ingressou com o *writ of mandamus* em face de Madison, requerendo que a Suprema Corte determinasse que o demandado cumprisse a ordem dada no governo anterior, nomeando-o como juiz de paz do Distrito de Columbia<sup>67</sup>.

---

<sup>66</sup> “o Executivo possui uma discricionariedade constitucional ou legal; e nada pode tornar essa discricionariedade mais perfeitamente clara, do que o fato de seus atos somente poderem ser examinados politicamente”. Tradução livre da autora.

<sup>67</sup> Sobre isto ver: CASAGRANDE, Cássio Luís; TIBÚRCIO, Dalton Robert. “Marbury v. Madison: uma decisão política de manter a Corte fora da política”. In: **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 19, n. 76, pp. 199-224, abr./jun. 2019. DOI: 10.21056/aec.v19i76.1008; NELSON, William E. **Marbury v. Madison: the origins and legacy of judicial review**. Kansas: University Press of Kansas, 2000.

Neste momento, a Suprema Corte ficou diante de uma situação de difícil resolução. O pedido de Marbury baseou-se na seção do *Judiciary Act* de 1789, que determinava a competência da Corte para emitir *writ of mandamus* “nos casos justificados pelos princípios e estilos legais, a quaisquer tribunais instituídos, ou pessoas que exerçam funções, sob a autoridade dos Estados Unidos<sup>68</sup>”, alegando que tinha direito ao cargo.

Além da questão jurídica [discussão se a Corte tinha a competência para ordenar que o Secretário de Estado atuasse de uma determinada maneira], o caso trazia uma tensão política muito forte: a Corte iria impor ao atual governo Republicano, o cumprimento de um ato dos Federalistas?

Esclarecendo a difícil situação da Corte, Cássio Luís Casagrande e Dalton Robert Tibúrcio afirmam:

“A concessão da ordem tinha o concreto risco de desmoralização da Corte, pois possivelmente Jefferson simplesmente a ignoraria. Todavia, o recuo da Corte diante de seu dever representaria sua sucumbência total ante os Republicanos. Marshall precisava encontrar uma solução não apenas jurídica, mas especialmente uma saída política que assegurasse a sobrevivência da Corte”<sup>69</sup>.

A Corte encontrou a seguinte solução: a) em relação à violação do direito de Marbury, o Tribunal entendeu que esta teria ocorrido, de modo que Marbury teria o direito à sua nomeação, porquanto o ato estava perfeito e acabado; b) depois passou a analisar se as leis daquele país previam recurso contra a violação do direito e se o instrumento do *writ of mandamus* seria o correto.

Na razão de decidir, ficou consignado que:

a) se um ato se caracterizar como político, versando sobre a nação e assuntos de governo, sem relacionar-se a direitos individuais, o Judiciário não deveria interferir, pois estar-se-ia diante de uma questão política não judiciável.

b) se o ato do governo se relacionar a um direito individual, o Judiciário pode analisar e decidir a demanda que lhe seja proposta, pois transformava-se em uma questão jurídica.

<sup>68</sup> ANDRADE, Fábio Martins de. Caso **Marbury v. Madison**: o nascedouro do controle de constitucionalidade. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2016, p. 160.

<sup>69</sup> CASAGRANDE, Cássio Luís; TIBÚRCIO, Dalton Robert. “Marbury v. Madison: uma decisão política de manter a Corte fora da política”. In: **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 19, n. 76, pp. 199-224, abr./jun. 2019. DOI: 10.21056/aec.v19i76.1008, p. 209.

Por fim, decidiu-se que a pretensão de Marbury era uma questão jurídica [portanto uma questão política judiciável], no entanto, entendeu pela inconstitucionalidade da previsão da competência da Suprema Corte para o julgamento do *writ of mandamus*, prevista no *Judiciary Act* de 1789. Deste modo a Corte não mostrou fraqueza perante a nova administração republicana, mas não impôs nenhuma decisão a ser cumprida pelo governo de Jefferson, num claro ato de preservação da instituição judiciária.

Com a análise deste caso, surgem as primeiras discussões sobre o que seria uma questão política que afastaria a possibilidade de o Judiciário julgar uma ação, em prol da preservação da separação dos poderes.

A utilização desta doutrina – nessa primeira fase – nada mais significaria do que a abstenção justificada do Poder Judiciário em julgar o mérito de uma demanda que a ele foi apresentada, a fim de não cair no pecado de efetuar o proibido *non liquet* (pelo qual, ao Judiciário não é permitido eximir-se de proferir decisão sobre uma pretensão que lhe é trazida pelo jurisdicionado). A justificativa explícita na decisão da Corte seria justamente de que, aquela matéria em discussão seria uma *political question*; em outras palavras, uma questão de cunho eminentemente político, que deveria ser analisada tão-somente pelos ramos dessa natureza, não podendo o Judiciário solucionar demandas que, pela própria Constituição, seriam afetas à decisão de poderes majoritários, com representantes devidamente eleitos para isso.

Assim, explicitamente, em suas razões de decidir, os juízes da Suprema Corte Norte-Americana pretendiam mostrar que estavam aplicando a Constituição, afastando o desrespeito à Tripartição dos Poderes. Para Mark Tushnet, implicitamente, a *political question doctrine* configurava-se como uma técnica de justiciabilidade, utilizada pela Corte para justificar sua abstenção de decidir sobre o mérito de uma causa, quando a decisão sobre aquele mérito pudesse se mostrar imprudente<sup>70</sup>.

Esta primeira etapa, é denominada por Seidman como *faux political questions*<sup>71</sup>. Essa expressão (“*faux*”) deve-se ao fato de que, de acordo com Seidman, nessa primeira fase, a referida doutrina apresentava-se como um conjunto vazio, pois,

---

<sup>70</sup> TUSHNET, Mark V. “Law and Prudence in the Law of Justiciability: the transformation and disappearance of the political question doctrine”. In: **80 N. C. L. Rev.** 1203-1235 (2002). Disponível em: <http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/254/>. p. 1204.

<sup>71</sup> SEIDMAN, Louis Michael. The secret life of the political question doctrine. In: **John Marshall Law Review** v. 37. pp. 441-480. 2004, p. 445.

ao tentar explicar tudo o que seria questão política, acabava por não explicar nada, de modo que, a utilização dessa expressão (*political question*) servia apenas para justificar a abstenção dos membros de um Tribunal Constitucional em julgar o mérito de determinada matéria – quando achavam imprudente proferir um julgamento meritório sobre ela<sup>72</sup>.

Acompanhando o desenvolvimento doutrinário deste constitucionalista, encontramos a indicação de uma segunda fase da doutrina da questão política, denominada por ele de “*interpretative authority*” theory.

Uma melhor compreensão dessa segunda fase é construída aliando os ensinamentos de Seidman com as lições de Louis Henkin<sup>73</sup> e John Hart Ely<sup>74</sup>, verificando-se uma mudança gradual da concepção inicial sobre a doutrina das questões políticas. Já foi visto que na concepção inicial os *Justices* da Suprema Corte Norte-Americana criaram uma técnica de justiciabilidade para justificar o não julgamento de mérito de alguns temas, considerados como “questões políticas”. No entanto, tais teóricos afirmam que não se desenvolveu, de uma forma precisa e clara, o conceito de “*political question*”, de modo a gerar (de acordo com a visão de Louis Michael Seidman) decisões que pareciam mais a expressão de uma visão pessoal do magistrado, do que efetivamente uma decisão racional do que seria de fato uma questão *nonjusticiable*.

A segunda fase apontada por Seidman caracteriza a doutrina da questão política como aquela teoria que defende o afastamento do Poder Judiciário do julgamento do mérito de uma demanda judicial, somente quando se verifica que o ramo político (Executivo ou Legislativo) apresenta uma “*interpretative authority*” sobre aquela matéria. Essa autoridade interpretativa estaria presente quando o Judiciário constatasse, diante do ato contestado, que o ramo político tomou uma decisão racional dentro dos limites do texto constitucional; se assim acontecesse, o Judiciário deveria afastar-se do julgamento do mérito daquela demanda.

---

<sup>72</sup> SEIDMAN, Louis Michael. “The secret life of the political question doctrine”. In: **John Marshall Law Review** v. 37. pp. 441-480. 2004, pp. 445-448.

<sup>73</sup> HENKIN, Louis. “Is There a “Political Question” Doctrine?”, **85 Yale L. J.** (1976). Disponível: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=6366&context=yjlj>. Acesso em: 07 jan. 2020.

<sup>74</sup> ELY, John Hart. **DEMOCRACY AND DISTRUST: A theory of judicial review**. Cambridge and London: Harvard University Press, 1980.

Para melhor ilustração dessa nova roupagem da *political question doctrine*, é interessante a leitura de um trecho da decisão proferida pela Suprema Corte, no caso *Katzenbach vs. McClung*, julgado em 1964:

“Congress has determined for itself that refusals of services to Negroes have imposed burdens both upon the interstate flow of food and upon the movement of products generally. Of course, the mere fact that Congress has said when particular activity shall be deemed to affect commerce does not preclude further examination by this Court. But where we find that the legislators, in light of the facts and testimony before them, have a rational basis for finding a chosen regulatory scheme necessary to the protection of commerce, our investigation is at an end”<sup>75</sup>.

O caso apresentado versava sobre a discussão se o Congresso poderia impor uma limitação à liberdade de uma pequena empresa privada norte-americana, a qual queria ter resguardado seu “direito” a não servir pessoas negras. O Congresso defendia que, de acordo com a Lei dos Direitos Civis – a qual proibiu a segregação racial em escolas públicas e em locais públicos americanos – o restaurante de Ollie McClung não poderia se recusar a atender afrodescentes. McClung defendia a inconstitucionalidade da aplicação da Lei dos Direitos Civis em relação à sua pequena empresa, e, também, a não aplicação da Cláusula de Comércio.

A Suprema Corte entendeu que a atuação do Congresso estava correta, e a Lei dos Direitos Civis deveria incidir sobre o restaurante de McClung; mas o mais importante, para fins do nosso estudo, foi a Suprema Corte ter afirmado que: “*Where we find that the legislators, in light of the facts and testimony before them, have a rational basis for finding a chosen regulatory scheme necessary to the protection of commerce, our investigation is at an end*”<sup>76</sup>. Esta fundamentação judicial traduz a base desta segunda fase da doutrina da questão política, quando afirma que, se o tribunal constatar que o ramo político proferiu uma decisão com uma base racional

<sup>75</sup> **Katzenbach v. McClung**, 379 U.S. 294, 303-04 (1964). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/379/294/>. Acesso em: 10 jan. 2020. Sobre o tema ver: MCGOLDRICK, James M. “Katzenbach v. McClung: The Abandonment of Federalism in the Name of Rational Basis”, In: **14 BYU J. Pub. L.** 1. (2013). “*O Congresso determinou por si mesmo que a recusa de serviços aos negros impôs encargos tanto ao fluxo interestadual de alimentos, quanto ao movimento de produtos em geral. Evidentemente, o mero fato de o Congresso dizer quando uma atividade específica é considerada como prejudicial ao comércio, não impede um exame mais aprofundado por este Tribunal. Mas, onde descobrimos que os legisladores, à luz dos fatos e testemunhos diante deles, têm uma base racional para encontrar um esquema regulatório necessário para a proteção do comércio, nossa investigação chega ao fim*”. Tradução livre da autora.

<sup>76</sup> “*Onde descobrimos que os legisladores, à luz dos fatos e testemunhos diante deles, têm uma base racional para encontrar um necessário esquema regulatório à proteção do comércio, nossa investigação chegou ao fim*”. Tradução livre da autora.

sobre uma determinada “questão política”, então comprovada está sua autoridade interpretativa para assumir a delimitação sobre a solução do caso; devendo, assim, o Judiciário eximir-se de julgar o mérito.

No entanto, surge um questionamento inafastável: se é o Poder Judiciário que vai determinar a presença (ou não) da racionalidade nas bases da decisão do ramo político, e, com isso, afastar-se do julgamento do mérito da demanda, na verdade o Judiciário em pouco se afastou da primeira versão da doutrina. O Judiciário apresenta-se ainda como o poder que efetivamente determina quais matérias terão (ou não) seu mérito analisado numa decisão judicial; independente do que decidam os ramos políticos, visto que, no final das contas, é o Judiciário que “concede” a autoridade interpretativa para os demais poderes.

Entretanto, como será visto ao tratar da versão moderna da doutrina da questão política, a Suprema Corte Norte-Americana, na fase denominada por Seidman de “*interpretative authority*” theory, ainda se apresentava mais discreta na demonstração de seu poder em delimitar quais seriam as questões políticas justificáveis, e as não justificáveis. A tentativa de buscar um elemento que embasasse essa determinação pela Suprema Corte vai se ligar ao desenvolvimento da versão moderna da *political question doctrine* – não à toa que o julgamento do caso *Katzenbach v. McClung* foi proferido na mesma época do julgamento emblemático da fase moderna -, onde, na decisão de *Baker v. Carr*, buscou-se catalogar os casos em que o Judiciário poderia julgar o mérito de uma demanda “política”.

Esta inquietação, constatada diante da análise das doutrinas desenvolvidas anteriormente, conduz-nos à terceira fase da *political question doctrine*, apontada por Seidman: a *secret political questions*.

Relacionados à ideia apresentada a esta terceira fase, temos estudos importantes de Louis Henkin e de Alexander Bickel.

Bickel defendia que a base da doutrina da questão política se constituía num senso de falta de capacidade do Poder Judiciário, poder composto por partes desiguais e que não teria o conhecimento técnico sobre a questão submetida, não possuindo condições, desta maneira, de proferir uma decisão sobre o tema. Um exemplo disso, seriam as questões de orçamento público, nas quais o tribunal seria desprovido do conhecimento técnico para avaliar a receita e as despesas do Estado e como o Estado deveria aplicar suas receitas, diante das demandas públicas. Esta decisão deveria ficar a cargo do Poder Executivo, que foi eleito democraticamente

para que destinasse os valores do orçamento público de acordo com os anseios sociais externados, através dos representantes escolhidos pelos cidadãos.

De acordo com Bickel, a aplicação da doutrina da questão política tratar-se-ia da constatação pelo tribunal, da existência de sua vulnerabilidade interior como uma instituição eleitoralmente irresponsável<sup>77</sup>.

Bickel desenvolveu seus estudos sobre a *political question doctrine* preocupado com a crise de legitimidade da Suprema Corte, em especial, após a decisão proferida no caso *Brown v. Board of Education*<sup>78</sup>. Segundo este autor, a doutrina da questão política iria além do mero reconhecimento de que os ramos políticos agem dentro da discricionariedade que a Constituição lhes garante; seria a concepção de que, dentro desta discricionariedade, o Judiciário não poderia proferir decisão meritória. Apresentar-se-ia como uma doutrina que não poderia ser domesticada, por ser flexível e ligada à concepção de prudência [a ser verificada caso a caso], não se constituindo num princípio<sup>79</sup>.

Louis Henkin, quando trata da *political question doctrine*, a entende como uma doutrina que determina existirem algumas questões que, *prima facie*, e por critérios usuais, pareceriam ser afetas às decisões dos tribunais, mas que não serão por eles julgadas, sendo deixadas, extraordinariamente, para serem decididas pelas instâncias políticas<sup>80</sup>. Sugere que, teoricamente, uma questão política é aquela em que os tribunais renunciam à sua função única e primordial de revisão judicial da constitucionalidade; portanto, seria uma omissão extraordinária do exercício dos seus deveres precípuos.

Aproveitando as lições anteriores e fazendo sua própria análise de como a Suprema Corte Norte-Americana passou a encarar esta doutrina em suas decisões, Seidman justifica a denominação utilizada para esta terceira fase por ele apontada [*secret political questions*], pelo fato de defender que na maioria das vezes as Supremas Cortes decidem causas valendo-se das bases teóricas dessa doutrina, e sequer indicam que a estão utilizando, restando totalmente oculta nas

<sup>77</sup> BICKEL Alexander M. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics**. Indianapolis: Bobbs-Merrill 1962, p. 184.

<sup>78</sup> **Brown v. Board of Education of Topeka**, 347 U.S. 483 (1954). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/>. Acesso em: 10 jan. 2020.

<sup>79</sup> BICKEL Alexander M. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics**. Indianapolis: Bobbs-Merrill 1962, p. 125-126.

<sup>80</sup> HENKIN, Louis. "Is There a "Political Question" Doctrine?", In: **85 Yale L.J.** (1976). Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/yj/vol85/iss5/1/>. Acesso em: 10 jan. 2020. p. 599.

fundamentações judiciais, o que a torna "*ubiquitous and hidden*": *ubiquitous* porque seria onipresente no sentido em que, o Poder Judiciário não poderia decidir uma causa que verse sobre direito materialmente constitucional sem fazer esse sopesamento político-jurídico, de modo que, toda decisão da Corte que tivesse a função de tribunal constitucional valer-se-ia dessa doutrina (seja para eximir-se de adentrar no *meritum causae*, seja para julgá-lo); e *hidden* por estar oculta na fundamentação da decisão judicial.

Finalizada a análise das fases tradicionais da *political question doctrine*, desenvolvidas por Seidman, se analisará a visão moderna desta doutrina na realidade dos Estados Unidos.

### 2.2.2 - A moderna doutrina da questão política

Conforme já advertido anteriormente, a história da doutrina da questão política nos Estados Unidos não para por aí. Diferentemente do que pensava Bickel, referida doutrina submeteu-se à domesticação, com a delimitação de critérios, por meio dos quais, o Poder Judiciário determinava seu impedimento de analisar o mérito de questões políticas. Essa catalogação aconteceu expressamente na decisão da Suprema Corte no caso *Baker v. Carr*<sup>81</sup>.

De acordo com Tara Leigh Grove, a moderna doutrina da questão política não existe até a decisão da Suprema Corte no referido caso, em 1962<sup>82</sup>. Para se compreender essa nova fase, primeiro será feito o estudo deste caso.

*Baker v. Carr* foi um caso julgado pela Suprema Corte Norte-Americana, em 1962, analisando o tema do “redistribuição”. Diferentemente do que já havia decidido o tribunal constitucional, em demandas como *Colegrove v. Green* [o juiz Felix Frankfurter encabeçou a fundamentação de que o tribunal não poderia interferir nas questões relativas à distribuição de legislaturas estaduais]<sup>83</sup>, a Suprema Corte efetivamente entendeu que a redistribuição distrital era uma questão justiciável. Para

<sup>81</sup> *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/369/186/>. Acesso em 10 jan. 2020.

<sup>82</sup> GROVE, Tara Leigh. “The Lost History of the Political Question Doctrine”. In: *New York University Law Review*. Vol. 90. N. 6. Dec. 2015. Disponível em: <https://www.nyulawreview.org/issues/volume-90-number-6/the-lost-history-of-the-political-question-doctrine/>. Acesso em: 09 jan. 2020. p. 1914.

<sup>83</sup> *Colegrove vs Green*, 328 U.S. 549 (1946). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/328/549/>. Acesso em: 10 jan. 2020.

o *Justice* Brennan, a Corte deveria intervir a fim de corrigir violações constitucionais; no caso da demanda, ela estaria afastando a violação da Décima Quarta Emenda, efetivamente determinando que o Estado do Tennessee realizasse a redistribuição dos distritos, de acordo com o censo de 1900, considerando o aumento da população urbana.

Não obstante a importância do mérito em si, esta decisão traz uma contribuição processual e constitucional importantíssima para a *political question doctrine*, especificamente quando apresenta o catálogo de critérios para que o Poder Judiciário possa decidir o mérito de uma causa que envolva uma “questão política”.

De acordo com o que ficou decidido em *Baker v. Carr*, o Poder Judiciário não poderia analisar o mérito de uma questão política nos seguintes casos<sup>84</sup>:

1. Quando houver, expresso no texto da Constituição, um direcionamento da questão política para um departamento político coordenado (como no caso de relações exteriores e os poderes executivos de guerra);
2. Na ausência de padrões detectáveis e manejáveis para resolver a controvérsia judicialmente;
3. Na impossibilidade de decidir sem uma determinação política inicial de um critério claramente não judicial;
4. Na impossibilidade de o judiciário proferir uma decisão independente, sem que constitua uma falta de respeito aos ramos coordenados do governo;
5. Quando houver uma necessidade excepcional do Judiciário de aderir inquestionavelmente a uma decisão política já tomada;
6. Quando houver possibilidade de constranger vários pronunciamentos advindos de diferentes departamentos do governo sobre uma mesma questão.

Houve, portanto, a tentativa de sistematizar em que casos (por exclusão) o Judiciário poderia decidir o mérito de demandas que envolvessem questões políticas. Essas balizas foram propostas pensando, em especial, na Suprema Corte, visto que, tendo funções afetas a uma Corte Constitucional, teria como uma de suas finalidades precípuas a de decidir sobre questões que envolvam – de certa forma – decisões políticas. Isto acontece por se caracterizar como a instância responsável por dar a correta interpretação à Constituição, documento este que envolve as questões mais

---

<sup>84</sup>*Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/369/186/>. Acesso em 10 jan. 2020.

sensíveis à sociedade (questões sociais, econômicas...); de modo que suas decisões judiciais, tangenciam o limite entre o Direito e a política.

De uma forma mais didática, Louis Henkin construiu um guia para melhor compreensão desse catálogo de critérios<sup>85</sup>. Para Henkin, os casos de questão política em que a Corte não poderia adentrar no mérito eram aqueles:

a) em que a Constituição deu aos ramos políticos o arbítrio de decidir o que fazer e os ramos políticos não abusaram desse arbítrio;

b) em que a Constituição não colocou limites no arbítrio de como os ramos políticos devem decidir aquela questão.

Ao tratar sobre a doutrina da questão política moderna, em seu texto *“The Lost History of the Political Question Doctrine”*<sup>86</sup>, Tara Leigh Grove faz uma distinção entre a doutrina moderna e a sua visão mais tradicional. Especificamente, em relação à visão tradicional, afirma que existe a tentativa de aplicar os ideais do movimento jurisprudencial conhecido como *“legal process theory”*, surgido pós-*Lochner*<sup>87</sup>, onde se discutia a legitimidade da revisão judicial e, como consequência, defendia-se que a doutrina da questão política servia como um dispositivo que proibiria os tribunais a se pronunciarem sobre certas questões constitucionais, porquanto configuradas como políticas.

Verifica-se, portanto, que a ideia de utilizar a doutrina da questão política com a visão da teoria do processo legal, transformava-a em uma doutrina que pregava a subserviência - em certo ponto - do Poder Judiciário em relação à discricionariedade dos ramos políticos para decidirem as questões políticas previstas na Constituição. Tinha-se um pensamento limitador da atuação do Poder Judiciário.

<sup>85</sup> HENKIN, Louis. “Is There a “Political Question” Doctrine?”, In: **85 Yale L.J.** (1976). Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/ylj/vol85/iss5/1/>. Acesso em: 10 jan. 2020. p. 596.

<sup>86</sup> GROVE, Tara Leigh. “The Lost History of the Political Question Doctrine”. In: **New York University Law Review**. Vol. 90. N. 6. Dec. 2015. Disponível em: <https://www.nyulawreview.org/issues/volume-90-number-6/the-lost-history-of-the-political-question-doctrine/>. Acesso em: 09 jan. 2020.

<sup>87</sup> A Era *Lochner*, foi um período da Suprema Corte Norte-Americana, entre 1890 a 1939, caracterizada por uma postura conservadora da maioria dos *Justices*, onde se proferiam decisões de proteção à livre iniciativa, em detrimento das iniciativas dos poderes majoritários de proteção aos desfavorecidos da época. O caso emblemático, que foi o responsável por nominar essa era da Suprema Corte, foi o *Lochner vs. New York*, onde a Corte julgou inconstitucional norma do Estado de Nova York, a qual restringia a carga de trabalho dos padeiros. Para a Suprema Corte, a legislação feria a liberdade contratual dos donos de padaria, infringindo a Décima Quarta Emenda à Constituição dos Estados Unidos. Essa postura “ativista” conservadora da Corte preponderou nesta era, apesar de se encontrar vozes que defendiam a autorrestrrição do Poder Judiciário, com a finalidade de defender as mudanças em prol de direitos sociais, como os *Justices* Oliver Wendell Holmes Jr., Louis D. Brandeis e Felix Frankfurter. Para maiores esclarecimentos sobre a Era *Lochner*: LIMA, F. D. S. **ATIVISMO E AUTOCONTENÇÃO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**: uma proposta de delimitação do debate. Recife: UFPE, 2013, pp. 41-50.

Diferentemente desse paradigma, o que se encontra na construção da doutrina da questão política moderna, de acordo com as lições de Grove, é uma mudança completa de perspectiva. Através da aplicação dessa doutrina, o Poder Judiciário passou de subserviente a detentor de uma supremacia. Nas palavras de Grove:

“The Court’s self-conception also seems in some tension with the traditional doctrine, which instructed that the judiciary must apply the political branches’ determinations of certain questions. In this environment, I argue that the Supreme Court in *Baker v. Carr* created a new “political question doctrine”—one that would serve, not as a mechanism of restraint (or subservience), but as a source of judicial power”<sup>88</sup>.

Tara L. Grove afirma que, após *Baker v. Carr*, a Suprema Corte Norte-Americana efetivamente quebrou o paradigma de que o Judiciário deveria tão somente aplicar as determinações dos ramos políticos sobre questões específicas, defendendo que a moderna visão da doutrina da questão política passou a ser utilizada por esta Corte como um mecanismo de empoderamento judicial.

Essa visão de Tara é justificada quando ela explica que esse empoderamento judicial se encontra no fato de que a Suprema Corte, através da doutrina da questão política, passou a deter o poder de determinar quem decide qualquer questão constitucional<sup>89</sup>. E isso está contido na decisão do caso *Baker*, quando a Corte afirmou que “*deciding whether a matter has in any measure been committed by the Constitution to another branch . . . is a responsibility of this Court as ultimate interpreter of the Constitution*”<sup>90</sup>; de modo que o tribunal tomou para si o poder de decidir se, e em que medida, qualquer outro setor político pode envolver-se na resolução de uma questão constitucional.

---

<sup>88</sup>GROVE, Tara Leigh. “The Lost History of the Political Question Doctrine”.In: **New York University Law Review**. Vol. 90. N. 6. Dec. 2015. Disponível em: <https://www.nyulawreview.org/issues/volume-90-number-6/the-lost-history-of-the-political-question-doctrine/>. Acesso em: 09 jan. 2020. p. 1960. “*A concepção que a Corte tem sobre si mesma parece estar em certa tensão com a doutrina tradicional, a qual instruiu que o Judiciário deve aplicar as instruções dos ramos políticos sobre certas questões. Nesse contexto, argumento que a Suprema Corte, em Baker v. Carr, criou uma nova ‘doutrina da questão política’ - uma que serviria, não como um mecanismo de restrição (ou subserviência), mas como uma fonte de poder judicial*”. Tradução livre da autora.

<sup>89</sup> GROVE, Tara Leigh. “The Lost History of the Political Question Doctrine”.In: **New York University Law Review**. Vol. 90. N. 6. Dec. 2015. Disponível em: <https://www.nyulawreview.org/issues/volume-90-number-6/the-lost-history-of-the-political-question-doctrine/>. Acesso em: 09 jan. 2020. p. 1914.

<sup>90</sup> **Baker v. Carr**, 369 U.S. 186 (1962). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/369/186/>. Acesso em 10 jan. 2020.p. 211. “*Decidir em que medida uma matéria foi submetida, pela Constituição, para ser decidida por qualquer outro ramo... é uma responsabilidade desta Corte como intérprete final da Constituição*”. Tradução livre da autora.

E é com o estudo dessa visão moderna da doutrina da questão política, que se inicia a reflexão acerca de como essa doutrina dialoga (ou deveria dialogar) com o princípio constitucional da Separação dos Poderes, previsto nos três primeiros artigos da Constituição dos Estados Unidos. Como harmonizar o empoderamento crescente do Judiciário, após a modificação do entendimento sobre esta doutrina, com as prerrogativas dos outros poderes estatais?

### 3. A DOCTRINA DAS QUESTÕES POLÍTICAS E A TEORIA DE SEPARAÇÃO DE PODERES DE BRUCE ACKERMAN

“Sem a instituição do *judicial review*, a maioria parlamentar reinante terá estímulos massivos para ignorar ações prévias da soberania popular, sempre que lhe seja conveniente. Este resultado somente gerará o cinismo sobre a possibilidade de as pessoas poderem das ordens aos seus representantes governamentais e esperar que estes representantes lhes obedçam. Só uma corte constitucional forte pode servir a esta função”.<sup>91</sup>

Ao se estudar detidamente a doutrina das questões políticas, é praticamente impossível não levantar os questionamentos contidos no final do capítulo anterior. Pesquisar sobre uma doutrina utilizada pela Corte de um país, através da qual este tribunal delimita se questão a ele submetida é uma questão política justificável ou não, e em que situações o Poder Judiciário pode julgar o mérito de uma matéria política, nos faz perquirir como essa doutrina afeta a teoria de separação dos poderes estatais.

Viu-se uma doutrina tradicional, que se valia dessa construção para fins de justificar o não julgamento de mérito em relação a algumas questões. Através da revisão bibliográfica feita, bem como da análise dos julgamentos do surgimento da doutrina da questão política, pôde-se perceber sua utilização como uma limitação ao Poder Judiciário, a fim de que este não adentrasse nas questões que eram afetadas aos ramos políticos.

Posteriormente, verificou-se que referida doutrina passou de uma técnica que limitava o Judiciário, para uma construção doutrinária que dava sustentação ao empoderamento judicial, à medida em que as Cortes passaram a delimitar – por meio da *political question doctrine* – quais matérias eram afetadas apenas aos ramos políticos, e quais poderiam ser julgadas pelos Tribunais. Em outras palavras, o Judiciário passou a ter o poder de determinar o que ele poderia julgar, ou não; poder este, que seria capaz de vir a afetar o equilíbrio entre os poderes estatais.

---

<sup>91</sup>ACKERMAN, Bruce. **A Nova Separação De Poderes**. Trad.: Isabelle Maria Campos Vasconcelos; Eliana Valadares Santos. Rev. Trad. Nívia Mônica da Silva. Dir. Antonio Carlos Alpino Bigonha e Luiz Moreira. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009, p. 41.

No início do desenvolvimento dos estudos sobre a doutrina das questões políticas, surge inevitavelmente um sentimento, tal como o expressado pelo *Justice Frankfurter* no caso “*Baker v. Carr*”, que, tendo proferido voto dissidente acerca da questão meritória de redistribuição distrital, apontou para uma possível violação à separação dos poderes, no momento em que o Poder Judiciário interferiu em temas eminentemente políticos<sup>92</sup>.

Tais discursões perpassam, necessariamente, pela reflexão de como o Poder Judiciário poderia debruçar-se sobre uma questão política, sem desrespeitar os limites e competências constitucionais afetos aos demais poderes.

Para tanto, utilizar-se-á como marco teórico as lições de Bruce Ackerman, constitucionalista norte-americano que repensou as propostas clássicas da tripartição dos poderes e que desenvolveu estudos relevantes relacionados ao poder das Cortes de um Estado.

Existem outros juristas que desenvolveram propostas de organização estatal alternativas àqueles construídas por Montesquieu e a doutrina clássica, nossa escolha por Ackerman deveu-se à construção deste constitucionalista de uma teoria que reflete o papel das Cortes hábil a dialogar harmoniosamente com o estudo realizado nesta dissertação, conforme veremos.

### 3.1 - Teorias Clássicas: Montesquieu e Os Federalistas

Antes de adentrar na análise das bases teóricas de Ackerman, faz-se oportuno retratar um pouco das doutrinas clássicas de Montesquieu e dos Federalistas pela sua relevância histórica e para refletir sobre o arquétipo básico imposto pelo ideal Liberal, e que é utilizado pelo Brasil até hoje.

Para o estudo, utilizou-se a doutrina desenvolvida por Montesquieu, por ser um dos mais famosos idealizadores da tripartição entre os poderes; bem como os estudos realizados nos Estados Unidos, pelos Federalistas.

---

<sup>92</sup>**Baker v. Carr**, 369 U.S. 186 (1962). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/369/186/>. Acesso em 10 jan. 2020.

### 3.1.1 – A Teoria da Separação de Poderes em Montesquieu

Montesquieu ainda hoje é considerado como um dos grandes nomes ligados a esse modelo de estrutura política, conquanto não ser o único idealizador dele<sup>93</sup>.

A ideia central dos pensadores clássicos não era defender a separação de poderes como um fim em si mesmo, mas buscar um meio de combater a concentração do poder, a fim de quebrar o paradigma do empoderamento excessivo da figura do rei, presente no Absolutismo.

Em Montesquieu verifica-se uma teoria de repartição dos poderes bem elaborada para a época, e que exerceu grande influência sobre a organização do Estado Moderno<sup>94</sup>. O filósofo francês baseou sua construção doutrinária no conceito de LIBERDADE, afirmando que o objetivo de suas ideias era alcançar a liberdade social, um estado de harmonia social que só poderia ser atingido com a efetiva separação dos poderes estatais em três instâncias independentes entre si: Legislativo, Executivo e Judiciário. Na concepção do filósofo francês, a união de mais de um desses poderes nas mãos de uma só pessoa ou instituição, levaria à existência de leis tirânicas, ou a um sistema de opressão.

Ele desenvolveu ainda a ideia sobre a necessidade de haver um controle recíproco entre os titulares das funções estatais, prevendo as faculdades de impedir e estatuir<sup>95</sup>, ações que comporiam, mais tarde, atividades referentes ao sistema de freios e contrapesos que conhecemos hoje, com as devidas modificações. Portanto, já na obra “O espírito das leis”, vemos que há uma tendência de compreender que,

---

<sup>93</sup> O iluminista inglês, John Locke, também combateu a concentração do poder, tendo defendido, em sua obra “Segundo Tratado sobre o Governo Civil”, a necessidade da divisão do poder em quatro funções. [LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. Tradução E. Jacy Monteiro. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 72. (Coleção pensadores).]. Referida repartição em funções (e não em quatro Poderes diferentes) deveu-se a seu entendimento de que existem duas divisões de um mesmo e único Poder, quais sejam: Executivo e Legislativo; não desenvolvendo a concepção do Poder Judiciário. Para Locke, então, o poder estatal deveria ser dividido nas quatro funções seguintes: Poder Executivo - exercido pelo rei, mas que seria limitado pelo Legislativo e pelas normas costumeiras; Poder Legislativo – exercido pelo parlamento; a Prerrogativa – a ser exercida pelo rei, apenas nos casos de lacuna legislativa e em prol do bem público, ou nos casos excepcionais, como estado de emergência -; e Poder Federativo – também nas mãos do rei, atinente aos casos “de guerra e de paz, de ligas e alianças, e todas as transações com todas as pessoas e comunidades estranhas à sociedade” [LOCKE, John. “The second Treatise of Government”, in: WOOTTON, David (Ed.). **John Locke: Political Writings**. London: Penguin Books, 1993, p. 336]. Reflexões sobre a obra de Locke podem ser encontradas também na obra de Sahid Maluf: MALUF, Sahid. **Teoria geral do estado**. São Paulo: Saraiva, 2007.

<sup>94</sup> MONTESQUIEU, Charles Louis de. **O Espírito das Leis**. Trad. Pedro Vieira Mota. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

<sup>95</sup> MONTESQUIEU, Charles Louis de. **O Espírito das Leis**. Trad. Pedro Vieira Mota. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1993, pp. 150-162.

não obstante os poderes serem repartidos entre atores da sociedade distintos, isso não quer dizer que esta divisão ocorra de forma absoluta, onde haja total independência entre os poderes distribuídos, e não seja possível um poder “interferir” no outro.

Especificamente em relação ao Poder Judiciário, Montesquieu afirmava que deveria ser composto por representantes do povo, e se comportar apenas como um mero “boca da lei”, sem realizar qualquer tipo de interpretação da legislação, de modo a afirmar que “os juízes da nação não são, como dissemos, senão a boca que pronuncia as palavras da lei, seres inanimados que não podem moderar-lhe a força nem o rigor”<sup>96</sup>. Ao mesmo tempo, indica o Legislativo como o poder moderador dos demais<sup>97</sup>.

Em outros termos, o Judiciário deveria fazer um exercício de subsunção automática da lei à situação do caso concreto, sem realizar qualquer tipo de mudança no sentido literal do texto normativo.

Essa visão pode ser justificada pelo fato da desconfiança que se tinha, à época, em relação ao Poder Judiciário. Explica-se: Montesquieu escreveu sua obra num contexto revolucionário (Revolução Francesa), visando afastar-se de ideais do Absolutismo, segundo os quais todos os poderes se concentravam (formal e informalmente) nas mãos do déspota. Na época do Estado Absolutista, o monarca escolhia quem seriam os magistrados responsáveis por proferir as decisões judiciais; e desta forma, submetidos e subservientes ao rei, os juízes eram uma extensão da vontade do monarca. A partir disso, defendendo um modelo que quebrasse com essa ideia de concentração de poder, filósofos como Montesquieu defendiam que o Poder Judiciário deveria se submeter ao texto legislativo, a fim de evitar que ocorresse as mesmas práticas anteriores.

Sobre o tema, Flávia Danielle Santiago Lima informa que:

“Muito embora sejam várias as interpretações acerca do papel dos juízes na sua obra [O Espírito das Leis], todas concluem pelo papel secundário atribuído ao Judiciário, especialmente ao ser confrontado com os demais poderes. As justificativas, porém, são diversas, abrangendo desde a importância da doutrina dos direitos naturais naquele período, com a existência de leis fundamentais que caberiam aos juízes descobrir, até a

---

<sup>96</sup> MONTESQUIEU, Charles Louis de. **O Espírito das Leis**. Trad. Pedro Vieira Mota. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1993, p. 301.

<sup>97</sup> MONTESQUIEU, Charles Louis de. **O Espírito das Leis**. Trad. Pedro Vieira Mota. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

visão de monarquia preconizada compreendia a defesa da sua limitação pelos poderes intermediários”<sup>98</sup>.

Na análise dessa primeira teoria clássica, um ideal de Judiciário completamente limitado na construção do Direito, totalmente diferente do que a doutrina da questão política moderna estudada prega. Não se concebendo que, na época de Montesquieu, os magistrados pudessem determinar qual a questão poderia ser julgada pelo Judiciário e aquelas que poderiam ser destinadas às decisões do Executivo. Essa supremacia judicial jamais seria pensada na obra de Montesquieu.

### *3.1.2 - A Teoria Clássica da Separação de Poderes nos Estados Unidos – Modelo Estatal Norte-Americano*

A outra teoria clássica a ser apontada como precedente histórico das teorias mais atuais, é a desenvolvida por James Madison, Alexander Hamilton, Thomas Jefferson e John Jay, na célebre obra “O Federalista”.

Essa doutrina foi desenvolvida nos Estados Unidos, no ano de 1787, quando os autores acima referenciados se juntaram para discutir ideias que culminariam no texto da Constituição daquele país. As reuniões realizadas deram ensejo ao surgimento de 85 (oitenta e cinco) artigos que fundamentaram os artigos da Carta Magna Norte-Americana, e nestes artigos, compilados na obra “O Federalista”, encontramos o desenvolvimento da teoria da separação dos poderes para a época.

Em contraposição ao cerne da teoria construída por Montesquieu – que buscava garantir o ideal de LIBERDADE social -, a obra norte americana defendia que a separação dos poderes seria o meio adequado para se evitar um estado de TIRANIA; este era o foco central da doutrina estadunidense.

Para Alexander Hamilton, a acumulação dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário nas mãos de um só indivíduo, ou de uma só corporação, seja por efeito de conquista ou de eleição, constitui necessariamente a tirania.<sup>99</sup>

<sup>98</sup> LIMA, F. D. S.. “A Separação de Poderes e a Constituição do Estado Moderno: O Papel do Poder Judiciário na Obra de Montesquieu”. In: **Revista da AGU**. Ano VI, n. 12, Abr. 2007. Disponível em: <https://doi.org/10.25109/2525-328X.v.6.n.12.2007.390>. Acesso em: 10 jan. 2020.

<sup>99</sup> HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Trad. Viriato Soromenho Marques e João C. S. Duarte. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, p. 298.

Os federalistas estavam atentos, pois, à necessidade de repartição dos poderes para se obter uma sociedade na qual impere ideais de democracia. No entanto, reconhecem a dificuldade e impossibilidade de existir uma divisão absoluta entre os poderes estatais; divisão esta que seria até indesejável, porquanto um poder deve fiscalizar o outro (*cheks and balances*). Surge uma preocupação em desenvolver um modelo em que se obtenha um equilíbrio entre os poderes estatais, a fim de que não exista a usurpação de um poder pelo outro; preocupação esta que está patente no nosso estudo sobre a doutrina da questão política e como ela vem sendo aplicada pelo Poder Judiciário, em especial, na realidade brasileira.

Ainda sobre a preocupação de buscar um meio de convivência harmônica entre os poderes, Madison, de certa forma, criticou a doutrina de Montesquieu no sentido de constatar que o francês não previu proibições sobre ingerências parciais nas atribuições entre um poder e outro, de modo a considerar que, no modelo proposto pelo francês, na prática não se conseguiria atingir um grau de independência desejado entre os poderes estatais<sup>100</sup>. E uma das preocupações também da teoria dos Federalistas era saber como chegar a um equilíbrio entre os poderes separados, para que pudessem viver harmonicamente, sem a interferência indevida de um sobre o outro.

Apesar de inicialmente ter sido pensado que, para evitar a usurpação de um poder por outro, bastaria que a Constituição Norte-Americana previsse delimitadamente as funções de cada poder, para garantir essa equidistância; posteriormente, verificaram que seria impossível evitar a usurpação apenas com a previsão normativa na Constituição. Para Madison, o controle da “índole abusiva do poder” não conseguiria ser realizado pelas “barreiras de papel”, de modo que dois elementos seriam vitais para garantir a separação efetiva dos poderes: “*dar meios de independência financeira ao poder e oferecer emolumentos condizentes para os ocupantes dos cargos (motivos pessoais), emolumentos esses não submetidos à vontade flutuante dos outros poderes*”<sup>101</sup>.

---

<sup>100</sup> MADISON, J., HAMILTON, A. & JAY, J. **Os artigos federalistas: 1787-1788**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p. 333 e 338.

<sup>101</sup> GROHMANN, Luís Gustavo Mello. “A separação de poderes em países presidencialistas: a América Latina em perspectiva comparada”. In: **Revista de Sociologia Política**. Curitiba, n. 17, pp. 75-106, nov. 2001.

O sistema de freios e contrapesos pensado pelos Federalistas, com o compartilhamento e fiscalização de um poder sobre o outro, foi bem retratado por George Thomas:

“Os federalistas, ao adaptarem a doutrina para o contexto americano, também desenvolveram um sistema no qual estava presente o compartilhamento de poderes por meio dos freios e contrapesos exercidos por um poder sobre o outro. Desse modo, as ações do legislativo sofrem um duplo controle, tanto pelo poder de veto do executivo sobre a legislação aprovada quanto pelo controle judicial de constitucionalidade das leis; o legislativo tem a prerrogativa de pedir o Impeachment do presidente e o judiciário é escolhido pelo poder executivo mediante aprovação do legislativo (senado). O controle popular sobre a representação eleita (legislativo e executivo) é realizado periodicamente por meio de eleições”<sup>102</sup>.

Uma diferença clara entre as perspectivas de Montesquieu e dos Federalistas, é que, para o francês, o Legislativo deveria ser a esfera com maiores prerrogativas, por representar o povo; enquanto na realidade dos Federalistas, pensava-se justamente em diminuir o poder do Legislativo, dividindo-o em duas casas (legislativo bicameral). O poder Legislativo era o mais temido pelos federalistas, pois acreditavam que a autoridade legislativa poderia predominar sobre as demais se não fosse bem delimitada<sup>103</sup>. Deste modo, na realidade norte-americana, buscou-se montar uma teoria de separação de poderes conferindo-se maior poder ao Executivo e ao Judiciário, diferente do que verificamos na doutrina do filósofo francês.

Com a efetiva promulgação da Constituição Federalista dos Estados Unidos, em 1787, verifica-se que o modelo de organização estatal adotado por aquele país foi de presidencialismo, cuja atuação autônoma do presidente é denominada por Karl Loewenstein de *interdependência por coordenação*, em que “há diversos órgãos políticos que atuam com autonomia uns perante os outros nas suas esferas respectivas, mas que devem colaborar para a prática de certos atos preestabelecidos”<sup>104</sup>. No modelo estadunidense constata-se que a repartição do poder estatal é feita em três instâncias distintas – Executivo, Legislativo e Judiciário.

<sup>102</sup> THOMAS, George. **The Madisonian Constitution**. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 2008. pp. 14-38.

<sup>103</sup> HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. **The Federalist Papers**. Edited by Isaac Kramnick, London: Penguin Books, 1987, pp. 318-319.

<sup>104</sup> LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la constitución**. Barcelona: Ariel, 1965, p. 132.

Não obstante os ideais de repartição de poderes terem se alargado na época do Iluminismo, como um instrumento de combate à concentração de poder que existia no estado absolutista – portanto, como forma de diminuir ao máximo o poder do rei, entenda-se, do Executivo -, visualiza-se, através da análise da Constituição estadunidense, que ao presidente foram delimitadas funções que lhe proporcionam uma grande gama de poder. Analisando a referida Constituição, vê-se que as atribuições direcionadas ao presidente foram poucas, mas de caráter concreto, de modo que se lhe assegura um grande poder dentro da organização estatal. Nas palavras de Horácio Sanguinetti:

“Con el tiempo sumó una serie de tareas que no pertenecían originaria y específicamente a ninguno de los tres brazos. Este “factos de iniciativa”, um tanto residual y supletorio, fue muy visible en ciertas presidencias, como las de Jefferson, Jackson, Lincoln, Wilson y ambos Roosevelt y la conferido al presidente norteamericano una autoridad de extraordinaria proyección”<sup>105</sup>.

Examinando estes fatos, podemos entender o porquê, no nascimento da *political question doctrine*, nos Estados Unidos, percebemos uma maior resistência da Suprema Corte daquele país em adentrar em “questões políticas”, afirmando, diversas vezes, que deveriam ser decididas pelas instâncias políticas, principalmente, pelo Poder Executivo. Paradigma este, que foi sendo modificado com o tempo.

Fazendo um paralelo entre essas doutrinas clássicas, e a visão moderna da doutrina da questão política – que já se mostra bem diferente da concepção inicial desta doutrina -, inferimos que, dentro da visão de Montesquieu, não seria possível conceber uma Corte que apresentasse o poder de dizer quais as questões que os ramos políticos poderiam decidir, e em que medida se delimitaria essa decisão. Pelo contrário, seguindo as ideais de Montesquieu, o Judiciário era que deveria sofrer essa limitação, através da observação das balizas previamente previstas no texto normativo. Nisso consistiria justamente a segurança jurídica desejada pelos revolucionários na França.

Em relação à teoria clássica dos federalistas, existe uma repartição menos engessada dos Poderes estatais, com a aparição da ideia de que os poderes, conquanto estejam repartidos em três instâncias independentes entre si, se

---

<sup>105</sup> SANGUINETTI, Horácio. *Curso de derecho político*. 4. ed. Bueno Aires: Astrea, 2001, p. 436.

complementam e, por vezes, tangenciam-se. Um Poder chegaria a “interferir” no outro, seja para realizar um controle sobre sua atuação, seja porque a própria Constituição permitiria essa “intromissão”.

Desse modo, na visão dos Federalistas (não à toa desenvolvida nos Estados Unidos), há uma maior facilidade em aceitar que o Judiciário possa, de forma excepcional, adentrar em questões políticas para decidi-las, em detrimento dos demais ramos políticos.

Em suma, na teoria dos Federalistas também encontra-se uma tripartição dos Poderes Estatais, em Executivo, Legislativo e Judiciário, preocupando-se em defender esta divisão para fins de evitar que o acúmulo de poder em um determinado ator social gerasse a tirania; preocupava-se ainda, com o estudo de como se deveria proceder para se chegar a uma convivência harmônica entre os poderes, de modo que se respeitasse a autonomia de cada um deles, mas conscientes da necessidade de fiscalização e, por vezes, intervenção de um poder sobre o outro.

### 3.2 - Teoria Contemporânea sobre a Separação dos Poderes: Bruce Ackerman

#### 3.2.1 – A “Crise” das teorias clássicas

As teorias clássicas acima retratadas foram desenvolvidas numa época em que a preocupação com a concentração do poder na mão de um só ator era muito maior do que a preocupação com a repartição em si mesma, conforme já foi ressaltado. A separação foi um meio encontrado, defendido por um ideal Liberal, para quebrar os paradigmas do Absolutismo Monárquico, tirando o foco do monarca, para distribuir o poder estatal nas mãos de outros atores sociais e políticos.

A proposta atendeu aos anseios da época, e foi importante para o desenvolvimento de uma nova forma de pensar o jogo dos poderes estatais. Conquanto, nos dias atuais, o modelo clássico talvez não sirva como resposta à complexidade das nações.

Nelson Saldanha teve uma importante contribuição para a reflexão sobre o fático declínio do modelo liberal de separação de poderes. Em trabalhos desenvolvidos na década de 1980, reconheceu a continuidade da adoção desse modelo, mas já atento ao fato de a tripartição prosseguir refeita e, em parte, desmentida pelas experiências empíricas de cada país; afirmando ainda que

precisava ser revista para adequar-se às novas necessidades da contemporaneidade<sup>106</sup>.

A crise que assolou o modelo tradicional, de acordo com Saldanha, teria conexão com a crise do liberalismo e do racionalismo, mas não seria algo necessariamente negativo, pois poderia vir a ensejar a produção criativa da doutrina neste particular<sup>107</sup>.

O que de fato aconteceu.

Hoje existem teorias que buscam adequar a necessidade de se afastar a concentração de poder, com as realidades de cada Estado; não mais como um “dogma”<sup>108</sup> universal a ser seguido, mas como uma construção cultural de cada país e de cada época.

Jeremy Waldron, por exemplo, repensa o modelo liberal de separação de poderes, criticando as teorias de Montesquieu e de Madison, ao afirmar que referidos autores caem numa tautologia que leva a não justificação do porquê proibir a concentração de poder: *“a falta da separação dos poderes leva à arbitrariedade porque envolve uma falta em separar poderes”*<sup>109</sup>. Para ele, as inconsistências existentes no pensamento clássico devem-se à unificação de princípios que, na verdade, seriam distintos, de modo que considera existirem os princípios da separação dos poderes, da divisão dos poderes e dos freios e contrapesos, os quais não devem ser confundidos<sup>110</sup>.

Waldron afasta-se de um certo consenso da doutrina constitucionalista de que a separação dos poderes teria como objetivo limitar ou restringir a atuação política, afirmando que essa repartição deveria servir para canalizá-la, valorizando e promovendo as práticas democráticas e o Estado de Direito.

---

<sup>106</sup> O tema da separação dos poderes, foi abordado por Nelson Saldanha em mais de uma oportunidade. Como referência para este trabalho, serviram de base as seguintes obras: SALDANHA, Nelson. **O estado moderno e a separação de poderes**. São Paulo: Saraiva, 1987; SALDANHA, Nelson. “Separação dos Poderes: Reflexão sobre a permanência do problema”. In: **Revista de Direito Público e Ciência Política**. Rio de Janeiro. vol. VI. n. 1. jan/abr. 1963.

<sup>107</sup> SALDANHA, Nelson. “À Margem da Trajetória do Estado”. In: **Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas**. Rio de Janeiro. n. 26, pp. 65-74.

<sup>108</sup> Utilizou-se a expressão “dogma” propositalmente neste trecho, em alusão às lições de Nelson Saldanha, que afirmou ter referido vocábulo uma conotação negativa quando se refere à separação dos poderes, porquanto se referiria a uma separação “pensada sem o teste da realidade e sem dar acesso às flexibilidades devidas”. In: SALDANHA, Nelson. **O estado moderno e a separação de poderes**. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 121.

<sup>109</sup> WALDRON, Jeremy. “Separation of Powers in Thought and Practice?”. In: **Boston College Law Review**, Newton, v. 54, p. 433-468, 2013. p. 454.

<sup>110</sup> WALDRON, Jeremy. “Separation of Powers in Thought and Practice?”. In: **Boston College Law Review**, Newton, v. 54, pp. 433-468, 2013.

Existem, portanto, alguns estudos relevantes na doutrina constitucionalista, que repensam o modelo liberal de separação de poderes e trazem alternativas mais coadunadas com as necessidades contemporâneas<sup>111</sup>. Porém, o foco desta dissertação é a análise da teoria de Ackerman, na qual a autora deste trabalho se concentrará a partir de agora.

### 3.2.2 – A bases teóricas de Bruce Ackerman

Para tratar da separação dos poderes na perspectiva contemporânea, elegeu-se os ensinamentos de Bruce Ackerman por considerar, dentro das pesquisas realizadas, ser hoje um dos autores de maior relevância no desenvolvimento de uma teoria que repensa profundamente as teorias clássicas. Deste modo, foge-se um pouco do lugar comum e é possível acessar uma nova visão sobre a separação de poderes, que será útil para refletir a doutrina das questões políticas.

Além disso, Ackerman traz considerações muito interessantes sobre a atuação de uma Suprema Corte, e que se encaixam com o estudo realizado sobre o ativismo ou a autocontenção de um Tribunal.

---

<sup>111</sup> Outro estudo importante sobre o tema da separação de poderes, é o desenvolvido por Maurice John Crawley Vile, o qual identificou três teorias sobre a separação dos poderes ao longo da história, quais sejam: a) teoria do governo misto; b) teoria pura da separação dos poderes; c) teoria pura da separação dos poderes combinada com os mecanismos de freios e contrapesos. A teoria do governo misto, que teve sua origem no pensamento político clássico, influenciando a teoria política até aproximadamente o século XVII, tem como ponto central o estabelecimento do controle recíproco do poder político de um grupo social por outro, no exercício das funções do governo. Vale destacar que, nesta teoria não há separação entre pessoas e funções, de modo que os elementos monárquico, aristocrático e popular estariam exercendo, concomitantemente, as funções de administrar, legislar e julgar, com a finalidade de impedir que a vontade de um grupo social se imponha sobre os demais. No que diz respeito à teoria pura da separação dos poderes, ela é caracterizada pela distinção rigorosa do governo em funções (legislativa, executiva e judiciária), agências (legislativa, executiva e judiciária) e pessoas, de modo que uma mesma pessoa não poderia atuar em mais de uma função e nem em mais de uma agência. Para esta visão de separação dos poderes, não poderia haver partilhamento entre as funções ou interferência de uma agência sobre a outra. De acordo com Vile, a teoria pura em questão situa-se no âmbito meramente ideal, não sendo possível conceber, na prática, essa total independência entre os poderes estatais. Por fim, a teoria da separação dos poderes combinada com os mecanismos de freios e contrapesos é justamente a concepção de necessidade de divisão do poder estatal entre atores e agências distintas, reconhecendo a autonomia destes poderes (legislativo, executivo e judiciário) mas, compreendendo que eles, em certas ocasiões, irão se “chocar”, no sentido em que será necessário que um poder exerça função de outro de forma atípica, ou que, de algum forma, interfira em outro poder para manter o equilíbrio entre todas as instâncias. Essa concepção é encontrada já na doutrina de Montesquieu e dos Federalistas, conforme já explanado. In: VILE, M.J.C. **Constitutionalism and Separation of Powers**. Indianapolis: Liberty Fund, 1998.

Seria insuficiente e talvez não demonstrasse a real importância da doutrina de Bruce Ackerman, se fosse abordado tão-somente sua posição acerca da teoria da separação dos poderes.

Considerando que foi escolhido este constitucionalista para dar apoio na análise teórica sobre a repartição de poderes estatais e a doutrina das questões políticas, entende-se ser necessário apresentar as bases teóricas de Ackerman, que ensejaram sua reflexão sobre a repartição de poderes estatais.

Uma de suas principais construções doutrinárias consiste no livro “*We, The People*”<sup>112</sup>, obra que na verdade, acaba por constituir uma trilogia: no primeiro volume, o autor discorre sobre a fundação do Estado (*Foundations*); depois ele retrata um momento constitucional da reconstrução dos Estados Unidos após a Guerra da Secessão<sup>113</sup>, além de retratar o momento do *New Deal*; por fim, ele traz o movimento dos Direitos Civil nos Estados Unidos, como “*The Civil Right Revolution*”<sup>114</sup>.

Apesar dos volumes se complementarem, consegue-se extrair muito da essência de seu projeto teórico no primeiro volume (*We, The People – Foundations*), no qual Ackerman já demonstra sua posição crítica em relação aos ideais liberais defendidos por John Rawls e Ronald Dworkin, divergindo destes teóricos por afirmar que os direitos fundamentais não seriam substantivos, mas procedimentais; de modo que, para Ackerman, o primeiro e principal direito que um indivíduo teria, seria aquele que lhe conferia um reconhecimento dialógico como um cidadão atuante em uma conversação política em desenvolvimento. No momento em que o indivíduo participasse dessa construção política e jurídica, ele poderia definir o conteúdo substantivo dos direitos fundamentais.

Ele deprecia as teorias clássicas contratualistas, sendo avesso à afirmação de que os direitos básicos do indivíduo decorreriam de um contrato hipotético, como se a cidadania fosse algo a ser adquirido subitamente, sem qualquer vinculação com os processos históricos de uma sociedade. Ackerman ressalta o papel da história na construção do Direito, e defende que as normas jurídicas decorreriam de atos de autodeterminação política de uma comunidade.

---

<sup>112</sup>ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano**: fundamentos do direito constitucional. Trad. Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

<sup>113</sup>ACKERMAN, Bruce. **We the People**: Transformations. Cambridge: Harvard University Press, 1998.

<sup>114</sup>ACKERMAN, Bruce. **We the People**: Civil Rights Revolution. Cambridge: Harvard University Press, 2014.

O foco central do trabalho de Ackerman é a defesa da existência de uma democracia dualista, tendo-se:

a. A política ordinária (*normal lawmaking*), caracterizada pelos mecanismos ordinários de funcionamento estatal, e pelas decisões tomadas pelos representantes eleitos pelo povo.

b. A política extraordinária (*higher lawmaking*): consistente nos momentos [raros] da história, nos quais as comunidades políticas, em uma consciente ação coletiva de mobilização, renovam e redefinem a sua identidade política, denominada pelo autor de “momentos constitucionais”<sup>115</sup>.

Nessa perspectiva, ele mostra que cada Estado deve construir suas normas jurídicas de acordo com suas peculiaridades e necessidades em dado momento, sendo cada Povo, soberano para decidir quais as normas que melhor lhe representam; de modo que o “momento constitucional” seria um símbolo da identidade nacional, em contraposição à adoção de fórmulas prontas por mero fetiche legalista<sup>116</sup>.

Ele vai além. Afirma que nos momentos de transformação, as Cortes do país não podem desconhecer a vontade popular, tendo como função garantir que as reivindicações do Povo sejam efetivadas, mesmo que contrárias ao próprio texto formal da Constituição, conforme veremos adiante.

Para Ackerman, eventuais entraves que possam comprometer a realização das reivindicações populares devem ser deixados de lado, em favor da formação de um “momento constitucional”. Inclusive, afirma que teorias prontas [dogmas] sobre a separação de poderes devem ser “abandonadas” quando elas não estejam em conformidade com as necessidades de determinado Estado e estejam impedindo a que se redefina a identidade política de um país.

---

<sup>115</sup> Sobre estes momentos constitucionais, Ackerman afirma: “*As decisões tomadas pelo povo raramente ocorrem e estão sujeitas a condições constitucionais especiais. Antes de conquistar a autoridade para exercer a lei suprema em nome do povo, os partidários de um movimento político devem, primeiramente, convencer um número extraordinário de cidadãos comprometidos a conduzir sua iniciativa proposta com seriedade demonstrando sua discordância política; em segundo lugar, devem permitir à oposição uma oportunidade justa de organizar suas forças; em terceiro lugar, devem convencer a maioria dos cidadãos simpatizantes a apoiar sua iniciativa, enquanto o mérito é discutido repetidamente nos fóruns estabelecidos para a criação da lei. É somente dessa forma que um movimento político obtém a legitimidade plena, reconhecida pela Constituição dualista, a partir das decisões tomadas pelo povo*”. ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano**: fundamentos do direito constitucional. Trad. Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 7.

<sup>116</sup> ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano**: fundamentos do direito constitucional. Trad. Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

Deste modo, o constitucionalista começa a repensar as teorias liberais de repartição do poder estatal e apresenta uma teoria renovada para que se adeque melhor à complexidade da sociedade contemporânea.

### *3.2.3 – A Separação de Poderes para Ackerman e seu diálogo com a doutrina das questões políticas*

A separação dos poderes, para Ackerman, deve ser baseada em três ideais de legitimidade, sem os quais, a separação não se mostraria desejável, porquanto se transformaria num instrumento para perpetrar tirania e déficits de governabilidade.

O primeiro ideal exaltado por Ackerman é a democracia. Ele afirma que a separação dos poderes pode servir, ou impedir, ao projeto populista de autogoverno, de modo que, ela deve ser pensada e executada a fim de que não sejam geradas as incongruências que podem surgir nos estágios de “impasse” – como o colapso constitucional ou pesadelo de Linzian, e a crise de governabilidade -, ou de “autoridade plena”. Para que a democracia seja garantida dentro da organização estatal, é necessário haver um equilíbrio que permita a edição de leis pelos políticos eleitos, e que correspondam, de certo modo, aos anseios da população.

O segundo ideal seria a competência funcional. De acordo com Ackerman, para que as leis democráticas sejam implementadas – e saiam do plano simbólico -, é necessária a atuação dos tribunais e da burocracia, que devem executá-las de um modo relativamente imparcial. Com isso, ter-se-ia a representação da vontade popular desejada, através das iniciativas legislativas dos políticos eleitos; bem como se preservaria a concretização das determinações legais da forma mais imparcial possível, porquanto, a implementação seria feita por pessoas capacitadas para isso<sup>117</sup>.

Por fim, Ackerman delimita como último ideal que deve embasar a separação dos poderes: a proteção e ampliação dos direitos fundamentais. Sem estes direitos, o regramento democrático e a administração técnica podem facilmente tornar-se instrumentos de tirania.

---

<sup>117</sup>ACKERMAN, Bruce. **A Nova Separação De Poderes**. Trad.: Isabelle Maria Campos Vasconcelos; Eliana Valadares Santos. Rev. Trad. Nívia Mônica da Silva. Dir. Antonio Carlos Alpino Bigonha e Luiz Moreira. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009, p. 67.

Para resumir as três bases teóricas levantadas por Ackerman, que respaldam o modelo de separação dos poderes, considerado pelo autor, como o mais adequado a servir de parâmetro pelos Estados, nós podemos verificar que: a) primeiro ele busca demonstrar como a atividade legiferante deve ser desenvolvida, a fim de atender o máximo possível da ideia de democracia, com a participação equilibrada dos representantes do povo; b) atento ao fato de que, dado o poder aos políticos eleitos de aprovarem legitimamente quaisquer leis que quiserem – uma vez que são os representantes do povo -, faz-se necessário frear a previsível tendência desses políticos em minar a administração imparcial e informada, de modo a defender a necessidade de se ter burocratas e magistrados com competência funcional para executar as leis produzidas pelos representantes eleitos; c) por fim, desenvolve uma teoria que coloca nos direitos fundamentais a função de se mostrarem como limite mais profundo e último à autoridade legiferante de políticos democraticamente eleitos, os quais devem também servir de norte para a atuação dos tribunais e dos burocratas.

Fixadas estas bases, Ackerman propõe uma nova estrutura de separação de poderes, apresentando um modelo de "parlamentarismo limitado" como um modelo mais consentâneo com as necessidades contemporâneas das Nações; não podendo admitir-se que continuemos tratando problemas estruturais atuais, com teorias do início da Idade Moderna, as quais não atendem aos desafios enfrentados pelos Estados na contemporaneidade.

Ackerman propõe a construção constitucional explícita de duas instâncias distintas de poder, para assegurar que o governo burocrático resgate as suas pretensões fundamentais à integridade e excelência no regulamento do interesse público; bem como defende a necessidade de que uma Corte Constitucional - atuante na tutela dos direitos fundamentais - seja suplementada por instituições não-judiciais separadas.<sup>118</sup>

Para ele, a separação de poderes envolve não só presidentes e parlamentos, mas também a posição constitucional de tribunais e das agências administrativas. Nenhuma instituição única deve conter o monopólio sobre o poder legislativo:

---

<sup>118</sup>ACKERMAN, Bruce. **A Nova Separação De Poderes**. Trad.: Isabelle Maria Campos Vasconcelos; Eliana Valadares Santos. Rev. Trad. Nívia Mônica da Silva. Dir. Antonio Carlos Alpino Bigonha e Luiz Moreira. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009, p. 9

“Em vez de concentrar o poder no estilo de Westminster, meu modelo de constituição procura imunizar uma série de atores institucionais do controle parlamentar direto. Os nossos poderes separados até aqui incluem: o povo, que atua por referendos sequenciais, uma corte constitucional e um senado federal fraco, ou um senado nacional mais poderoso”.<sup>119</sup>

Ackerman defende como modelo ideal de separação de poderes, dentro da contemporaneidade - o parlamentarismo limitado -, que se caracteriza pela existência de uma câmara democraticamente eleita que tem a função de selecionar um governo e aprovar a legislação ordinária; e este centro de poder seria limitado pelas decisões do povo, exprimidas por referendo sequenciais e implementada por uma corte constitucional. Podendo ainda o parlamento ser freado por um senado federal subordinado ou por uma segunda câmara mais poderosa, organizada em linhas nacionais<sup>120</sup>.

Ao estudarmos as construções teóricas do constitucionalista norte-americano, podemos perceber que ele tenta pôr um fim ao paradigma da existência de uma tripartição de poderes como um dogma inquebrantável, estando muito mais preocupado em desenvolver uma concepção segundo a qual se possa atingir um grau desejável de controle das instâncias de poder, do que com a imposição de um modelo estático da divisão do poder estatal. Ackerman chega, inclusive, a propor uma separação de poderes em cinco ou seis categorias, ou talvez mais<sup>121</sup>, a fim de que haja a adequação à realidade de cada Estado.

Diante destas constatações acerca da separação dos poderes, resta apontar qual a concepção do papel do Poder Judiciário trazida pelo referido constitucionalista.

De acordo com as lições de sua teoria, a Suprema Corte Norte- Americana, por exemplo, não poderia ir de encontro a grandes decisões políticas tomadas pela população fortemente mobilizada, nem mesmo fundamentando sua decisão no fato dessa deliberação popular ofender a direitos fundamentais assegurados

<sup>119</sup> ACKERMAN, Bruce. **A Nova Separação De Poderes**. Trad.: Isabelle Maria Campos Vasconcelos; Eliana Valadares Santos. Rev. Trad. Nívia Mônica da Silva. Dir. Antonio Carlos Alpino Bigonha e Luiz Moreira. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009, p. 63

<sup>120</sup> ACKERMAN, Bruce. **A Nova Separação De Poderes**. Trad.: Isabelle Maria Campos Vasconcelos; Eliana Valadares Santos. Rev. Trad. Nívia Mônica da Silva. Dir. Antonio Carlos Alpino Bigonha e Luiz Moreira. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009, p. 113.

<sup>121</sup> ACKERMAN, Bruce. “Good-bye, Montesquieu”. In: **Comparative Administrative Law**, 2010, pp. 128-133. Disponível em: [https://books.google.com.br/books?id=a5faj90ZPBoC&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs\\_ge\\_summary\\_r&cad=0#v=snippet&q=ackerman&f=false](https://books.google.com.br/books?id=a5faj90ZPBoC&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=snippet&q=ackerman&f=false). Acesso em: 14 jan. 2021.

constitucionalmente; isto porque o povo teria vontade soberana, inclusive, sobre o texto frio da Constituição<sup>122</sup>.

Para ilustrar esta afirmação, Bruce Ackerman utiliza um exemplo hipotético, imaginando que o fundamentalismo religioso islâmico encontrasse uma forte resistência no mundo ocidental, que renovou o compromisso do povo com a fé cristã. Diante deste panorama, supondo que houve um forte movimento político encampado pelo povo americano, de acordo com o qual se tomaria uma decisão revolucionária, resultando na edição de uma nova Emenda Constitucional, revogando-se parcialmente a Primeira Emenda, com seguinte conteúdo: “o *Cristianismo é estabelecido como a religião oficial do povo americano e o culto público de outros deuses está, pela presente, proibido*”<sup>123</sup>. Neste contexto, Ackerman defende que a Suprema Corte Americana não poderia declarar a inconstitucionalidade da referida Emenda Constitucional, pelo *judicial review*, porque os direitos fundamentais, na concepção de Ackerman, “*não são prioritários nem podem subordinar a deliberação soberana do povo. Ao contrário, até mesmo as liberdades mais fundamentais - como a religiosa, por exemplo - dependem do processo público de autodeterminação*”<sup>124</sup>.

Deste modo, o norte-americano rejeita a alegação de existência de tensão entre soberania popular exercida pelo Legislativo e a revisão judicial realizada pelo Judiciário. Para referido constitucionalista, o que importa é que todos os ramos do poder estatal potencializem a vontade do povo. No que tange ao Judiciário, este deve realizar o *judicial review* sempre que constatar que o ato do poder majoritário esteja em desconformidade com a vontade popular insculpida no texto constitucional; e nos momentos de transformação constitucional, a Suprema Corte não poderia rechaçar a vontade do Povo, devendo forjar uma síntese interpretativa dos valores constitucionais do povo para assegurar que sua identidade política seja renovada.

Estes pontos da doutrina de Ackerman foram essenciais para a utilização do autor nesta dissertação, isto porque, a postura do constitucionalista pode servir para embasar uma atitude ativista do Judiciário, a qual levará, necessariamente, ao afastamento da doutrina das questões políticas.

---

<sup>122</sup> ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano**: fundamentos do direito constitucional. Trad. Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 13.

<sup>123</sup> ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano**: fundamentos do direito constitucional. Trad. Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 14.

<sup>124</sup> CITTADINO, Gisele. “Poder Judiciário, ativismo judicial e democracia”. In: **Revista da Faculdade de Direito de Campos**, Campos dos Goytacazes, RJ, v. 2/3, n. 2/3, pp. 135-144, 2001-2002. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/25512>. Acesso em: 14 jan. 2021.

Na teoria desenvolvida por Ackerman, encontra-se a defesa da impossibilidade de se conceber a existência de um modelo universal de divisão dos poderes estatais, pregando-se um ideal de que cada Nação deveria desenvolver a repartição dos poderes de modo a atingir um mínimo de equilíbrio [entre autonomia e intervenção] necessário para não haver a sobreposição de um poder sobre o outro.

Dentro dessa perspectiva de autodeterminação da comunidade política, o papel do Poder Judiciário será sempre subordinado à vontade popular. Por um lado, compreende-se que seria possível a realização de revisão judicial de atos dos demais poderes, caso entrassem em conflito com a vontade do povo insculpida no texto constitucional; por outro, quando a legislação for alterada diante de uma decisão revolucionária da população, não caberia ao Judiciário intervir nessa questão de cunho político, mesmo que constatasse a dissonância entre essa nova norma e o texto constitucional anterior.

Mas o que toda essa conversa sobre teoria de separação dos poderes tem a ver com a doutrina da questão política?

Acaso o leitor ainda não tenho se dado conta, a doutrina das questões políticas tem se mostrado como uma técnica capaz de medir a temperatura da separação dos poderes em um dado país, num dado momento histórico.

A partir do momento em que se mostra como uma técnica de justiciabilidade, com a qual a Corte Constitucional justifica se vai julgar, ou não, uma questão política – que trará os mais variados efeitos dentro de uma sociedade -, ele está medindo a extensão em que o Poder Judiciário poderá adentrar e interferir nos Poderes Executivo e/ou Legislativo.

Desta forma, o estudo sobre a doutrina da questão política, necessariamente, tem que perpassar pelo entendimento e compreensão das teorias da separação dos poderes, para podermos entender, e até mesmo criticar de forma acadêmica, a referida doutrina e sua aplicação pelas Supremas Cortes.

Atentos à realidade brasileira, visto que este trabalho tem como objetivo central analisar como a doutrina da questão política foi, e é, adotada pelo Supremo Tribunal brasileiro – com base em decisões específicas -, devemos verificar que o modelo de separação de poderes adotado pelo Brasil, ainda se espelha no arquétipo delimitado pelas teorias clássicas, com a adoção do presidencialismo como sistema de governo, e apresentando a tripartição montesquiana. No entanto, não se pode afirmar que se

aplica todo o ideal liberal hodiernamente, quando vemos um Judiciário cada vez mais adentrando em questões de cunho político.

E é nessa realidade de organização estatal existente no Brasil, que se irá desenvolver os capítulos subsequentes deste estudo. Primeiro analisando a história do surgimento do Supremo Tribunal Federal, e como a doutrina da questão política foi introduzida nesta Corte; depois verificando como ele tem utilizado a doutrina da questão política em seus julgados mais atuais, mais especificamente, nas decisões do ministro Roberto Barroso.

#### 4. OS PRIMÓRDIOS DA DOUTRINA DAS QUESTÕES POLÍTICAS NA REALIDADE BRASILEIRA

“A independência do Poder, seja este qual fôr, não vai ao ponto de autorizá-lo a rasgar a Constituição”.<sup>125</sup>

Finalizou-se o capítulo anterior fazendo uma reflexão sobre como a doutrina das questões políticas relaciona-se com as teorias de separação dos poderes, mais especificamente a teoria contemporânea de Bruce Ackerman. Foram trazidos alguns questionamentos, apontando a necessidade de realizar uma correlação das teorias estudadas com a realidade brasileira e refletir como o Supremo Tribunal Federal atua neste particular.

Para tanto, e considerando a proposta de trabalho, estudar-se-á o surgimento desta doutrina no ordenamento jurídico brasileiro, que coincide com a “construção” do Supremo Tribunal Federal após a proclamação da República, analisando como as fundamentações de Rui Barbosa contribuíram sobremaneira para sedimentar as bases do que denomina-se neste trabalho como primeira etapa da doutrina das questões políticas no Brasil. Foram selecionados dois casos emblemáticos julgados no período em referência, podendo-se enxergar claramente a construção das bases teóricas da doutrina, neste primeiro momento. Aliado ao estudo de casos práticos, refletir-se-á sobre a doutrina desenvolvida por Rui Barbosa em algumas obras escritas pelo jurista.

Feito esse resgate histórico, que tem um viés não meramente descritivo, mas perpassa por uma análise crítica dentro das concepções doutrinárias sobre separação de poderes e doutrina da questão política, será feita uma análise da postura do Supremo Tribunal Federal com relação à interferência em questões políticas após a promulgação da Constituição Federal de 1988, considerando a profunda mudança de seu desenho institucional, e como isso levou a um empoderamento do tribunal e dos seus ministros.

---

<sup>125</sup> Frase atribuída a Rui Barbosa. In: RODRIGUES. Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1965. t.1, vol. 1, 1891-1898, p. 68.

É de comum saber na academia que o tempo posto para um mestrado não permite que o pesquisador desenvolva uma pesquisa deveras ampla – em temporalidade, teoria e viés de análises do objeto – assim, no que concerne à análise histórica, optamos por analisar períodos pontuais e distintos ao invés de construirmos uma análise de um tempo histórico contínuo; posto isto, nossa análise acerca da História brasileira versará sobre a República Velha e as mudanças ocorridas nas ciências jurídicas até a década de 1980, período da redemocratização nacional.<sup>126</sup>

Atende-se, portanto, ao anseio de demonstrar ao leitor como iniciou a construção desta doutrina no Brasil, sem perder o foco do nosso objeto de estudo: atuação do STF nos dias atuais e como ela dialoga com a doutrina das questões políticas.

Por fim, faz-se-á uma análise de como todo esse cenário pós-1988 dialoga com as teorias da separação dos poderes.

#### 4.1 – Surgimento do Supremo Tribunal Federal: desenho institucional do STF durante a República Velha e nascimento das raízes da doutrina da questão política brasileira

A ideia de uma Corte que fosse considerada como última instância na cadeia hierárquica judiciária no Brasil surgiu em 1808, quando, o príncipe regente D. João, por meio do alvará de 10 de maio do referido ano, converteu a Relação do Rio de Janeiro em Casa de Suplicação do Brasil, instituindo:

“I – A Relação desta cidade se denominará Casa da Suplicação do Brasil, e será considerada como Superior Tribunal de Justiça para se findarem ali todos os pleitos em última instância, por maior que seja o seu valor, sem que das últimas sentenças proferidas em qualquer das Mesas da sobredita Casa se possa interpor outro recurso, que não seja o das Revistas, nos termos restritos do que se acha disposto nas Minhas Ordenações, Leis e mais Disposições. E terão os Ministros a mesma alçada que têm os da Casa da Suplicação de Lisboa”.<sup>127</sup>

<sup>126</sup> Claro está que muito ainda haveria a debater e discutir no tocante a História do Brasil, muito ainda haveria a falar e abordar, todavia, o corte temporal que aqui se pôs ajudou-nos a construir de forma pragmática e direta as questões primordiais da nossa análise da separação dos poderes e da atuação do STF ajudando-nos a compreender as transformações ocorridas e que culminaram com o panorama atual do nosso Supremo Tribunal Federal. Nota da Autora.

<sup>127</sup> Histórico do STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfHistorico>. Acesso em: 20 jul. 2020.

Mesmo a Constituição Imperial de 1824 tendo previsto a possibilidade de instituição do Supremo Tribunal de Justiça, que foi instalado efetivamente em 09 de janeiro de 1829<sup>128</sup>, de acordo com as pesquisas, somente após a Proclamação da República, em 1889, se teria a configuração de um tribunal de perfil semelhante àquele que hoje existe.

A modificação de denominação, transmutando o Supremo Tribunal de Justiça em Supremo Tribunal Federal – nomenclatura usada até aos nossos dias –, foi adotada pela Constituição Provisória publicada com o Decreto nº 510, de 1890, tendo sido repetida no Decreto nº 848/1890<sup>129</sup>. Naquele momento, tinha-se um tribunal composto por quinze juízes, nomeados pelo Presidente da República, e aprovados pelo Senado, apresentando-se como um tribunal de cúpula<sup>130</sup>.

Em 24 de fevereiro de 1891, foi promulgada a Constituição da República, a qual copiou alguns dos poderes atribuídos à Suprema Corte dos Estados Unidos, outorgando expressamente ao Supremo Tribunal Federal o poder de declarar a inconstitucionalidade das leis<sup>131</sup>.

Pode-se dizer que este seria o ponto fulcral da diferença entre o tribunal instituído durante a primeira República e aquele que existia nos idos imperiais. O Supremo Tribunal Federal passou a exercer, ativamente, um poder político, no sentido de ter o poder constitucional de controlar, e até mesmo, afastar a aplicação de atos dos Poderes Legislativo e Executivo. Era o início de uma mudança determinante no sistema judiciário brasileiro:

“A magistratura, que agora se instala no país graças ao regímen republicano, não é um instrumento cego, ou mero intérprete, na execução dos atos do Poder Legislativo. Antes de aplicar a lei, cabe-lhe o direito de exame, podendo dar-lhe ou recusar-lhe sanção, se ela lhe parecer conforme ou contrária à lei orgânica... Aí está posta a profunda diversidade de índole, que existe entre o Poder Judiciário, tal como se achava instituído no regímen decaído, e aquele que agora se inaugura, calcado sôbre os moldes democráticos do sistema federal. De poder subordinado, qual era, transforma-se em poder soberano, apto, na elevada esfera de sua atividade para interpor a benéfica influência de seu critério decisivo, a fim de manter o equilíbrio, a regularidade e a própria independência dos outros poderes,

<sup>128</sup> Histórico do STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfHistorico>. Acesso em: 20 jul. 2020.

<sup>129</sup> Histórico do STF. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=sobreStfConhecaStfHistorico>. Acesso em: 20 jul. 2020.

<sup>130</sup> BRASIL. Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890. Revogado. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1851-1899/D848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D848.htm). Acesso em: 20 jul. 2020.

<sup>131</sup> RODRIGUES. Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal**. Tomo I: Defesa das liberdades individuais (1891 – 1898). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1965, p. 1.

assegurando, ao mesmo tempo, o livre exercício dos direitos dos cidadãos”<sup>132</sup>.

Analisando os relatos feitos por Lêda Boechat Rodrigues, em sua obra “História do Supremo Tribunal Federal”, percebe-se que, no início das suas atividades, o STF<sup>133</sup> tinha um extremo apego e subordinação à legislação, pouco se assemelhando com a postura atual da Corte. No início da Era da República Velha, o Supremo Tribunal Federal não ousava contrariar as determinações do Poder Executivo, por mais absurdas pudessem parecer. Essa postura tímida da Corte pode relacionar-se ao fato de estar no início das atividades jurisdicionais, bem como da configuração de um período político conturbado.

Apenas para situar o leitor com relação ao momento histórico tratado, em 1891, mais precisamente na data de 23 de novembro, ocorreu a Primeira Revolta da Armada, em que a marinha brasileira ameaçou bombardear a cidade do Rio de Janeiro caso Deodoro da Fonseca permanecesse no poder. Diante desta revolta, Deodoro da Fonseca viu-se obrigado a renunciar à Presidência da República, assumindo o Poder Executivo, o Marechal Floriano Peixoto, que passou a governar o país ao invés de convocar novas eleições.<sup>134</sup>

O governo de Floriano Peixoto foi marcado por uma certa violência e intransigência, nos termos do que relata Lêda Boechat<sup>135</sup>. A hipótese levantada é a de que a situação política do país influenciou sobremaneira a postura do STF à época, de modo a configurar sua atuação, naquele momento, com cariz mais contido; o que a autora desta dissertação tentará demonstrar analisando alguns julgados do período.

#### *4.1.1 Habeas Corpus nº 300, de 1892, e o início das bases da doutrina da questão política no Brasil*

<sup>132</sup>RODRIGUES. Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal**. Tomo I: Defesa das liberdades individuais (1891 – 1898). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1965, p. 2

<sup>133</sup> Optaremos, a partir de agora, por nos referir ao Supremo Tribunal Federal através de sua sigla (STF). Nota da autora.

<sup>134</sup> Ver: CARONE, Edgard. **A República Velha: II evolução política (1889-1930)**. São Paulo: Diefel, 1983; RODRIGUES. Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal**. Tomo I: Defesa das liberdades individuais (1891 – 1898). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1965.

<sup>135</sup> RODRIGUES. Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal**. Tomo I: Defesa das liberdades individuais (1891 – 1898). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1965.

No ano de 1892, o então Presidente da República, Floriano Peixoto, tomou algumas atitudes antidemocráticas e tidas por inconstitucionais por alguns juristas, como Rui Barbosa. Nos termos dos relatos históricos de Lêda Boechat Rodrigues, Floriano depôs diversos governadores que haviam apoiado Deodoro da Fonseca, bem como editou o Decreto nº 791, de 10 de abril de 1892<sup>136</sup>, através do qual determinou o estado de sítio por setenta e duas horas, diante da ocorrência de manifestações populares em discordância ao seu governo<sup>137</sup>. Nesse período, verificou-se o desrespeito às garantias individuais previstas na Constituição Federal de 1891, com a realização de diversas prisões antes e depois do período do estado de sítio, sem a obediência das mínimas garantias jurídicas; bem como a manutenção das prisões e dos desterramentos de alguns presos, mesmo após o encerramento do estado de sítio, sem que houvesse o processo judicial respectivo para julgamento da situação desses indivíduos.

Diante desta conjuntura, no dia 18 de abril de 1892, Rui Barbosa ingressou com o *Habeas Corpus* nº 300, em favor de Eduardo Wandenkolk e outros, que tinham sido indiciados pelos crimes de sedição<sup>138</sup> e conspiração. O pedido do *habeas corpus* fundamentou-se na inconstitucionalidade do estado de sítio e na ilegalidade das prisões ocorridas, umas antes da decretação do estado excepcional, outras depois de terminada sua vigência, momento em que se deve restabelecer as garantias constitucionais<sup>139</sup>.

Neste momento, de acordo com a investigação realizada, verificou-se que Rui Barbosa insculpiu magistralmente as bases do que, na nesta dissertação, considera-se a primeira geração da doutrina da questão política no Brasil.

De acordo com o exposto no CAPÍTULO 1, verifica-se que a *political question doctrine* surge na Suprema Corte Norte-Americana, mais especificamente no voto proferido pelo *Chief of Justice Marshall* no caso *Marbury v. Madison* (1803), momento

<sup>136</sup> BRASIL. Decreto nº 791, de 10 de abril de 1892. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-791-10-abril-1892-506799-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 20 de jul. 2020.

<sup>137</sup> RODRIGUES, Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal**. Tomo I: Defesa das liberdades individuais (1891 – 1898). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1965, pp. 15-16

<sup>138</sup> Crime de sedição é um ilícito penal consistente na prática de atos de rebeldia contra uma autoridade, a ordem ou regime vigente em um país. No ordenamento jurídico brasileiro, este tipo penal estava contido nos artigos 16 e 17 da antiga Lei de Segurança Nacional (Lei nº 7.170/1983), a qual foi revogada pela Lei nº 14.197/2021. Esta nova lei, incluiu novos tipos penais no Código Penal Brasileiro, dentre os quais, crimes contra a ordem e as instituições democráticas. In: BRASIL. Lei nº 14.197, de 01 de setembro de 2021. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2021/Lei/L14197.htm#art4..](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2021/Lei/L14197.htm#art4..) Nota da Autora.

<sup>139</sup> COSTA, Edgard. “Os Grandes Julgamentos”. In: **RJ**. v. 1, Ed. Civilização Brasileira, 1964, pp. 26-33.

em que ele informa que, em determinadas situações, o Poder Judiciário não pode interferir, por se tratar de questões de caráter eminentemente político. Ou seja, percebe-se como a Suprema Corte dos Estados Unidos vai desenvolvendo essa teoria e delimitando o que seriam as *political questions*.

Trazendo aqueles ensinamentos para a realidade brasileira, *mutatis mutandis*, nas razões de defesa apresentadas no *habeas corpus* nº 300/1892, Rui Barbosa traz à baila os fundamentos do que se poderia considerar o pilar da doutrina da questão política no Brasil, em seu nascedouro.

No HC 300, Rui Barbosa defendeu que as prisões e desterros realizados por Floriano Peixoto eram inconstitucionais, nos seguintes termos:

“Afastara, a seguir, o argumento de se tratar, no caso, de uma questão política, defesa à apreciação do Poder Judiciário, porque, “os casos, que, se por um lado tocam a interesses políticos, por outro envolvem *direitos individuais*, não podem ser defesos à intervenção dos tribunais, amparo da liberdade pessoal contra as invasões do executivo”. E formulara, então, um princípio que seria mais tarde incorporado à Constituição de 1946: “Onde quer que haja um direito individual violado, há de haver um recurso judicial para a debelação da injustiça”. “Quebrada a égide judiciária do direito individual, todos os direitos desaparecem, todas as autoridades se subvertem, a própria legislatura esfacela-se nas mãos da violência; só uma realidade subsiste: a onipotência do executivo, que a vós mesmos vos devorará, se vos desarmardes da vossa competência incontestável em tôdas as questões concernentes à liberdade das pessoas”<sup>140</sup>.

Focando inicialmente na questão jurídica discutida no processo em referência, podemos ver que Rui Barbosa já apresenta uma fundamentação de direito que tenta blindar sua pretensão contra a postura acanhada do STF da época, que não tinha uma atitude de afrontar as determinações do Poder Executivo, conforme já visto anteriormente. Rui Barbosa afirma, de forma categórica, que, não obstante a decretação do estado de sítio seja de competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo, esta medida não pode ser adotada sem qualquer limitação, e os limites são encontrados na Constituição Federal.

De acordo com a análise da argumentação de Rui Barbosa, percebe-se que ele tem a consciência de que existem “questões políticas”, as quais devem ser resolvidas e decididas pelos poderes majoritários; no entanto, qualquer tipo de questão deve ser apreciada pelo Poder Judiciário quando violar um direito ou garantia individual. Este é

---

<sup>140</sup> RODRIGUES. Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal**. Tomo I: Defesa das liberdades individuais (1891 – 1898). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1965, pp. 20-21.

o limite tênue trazido por Rui Barbosa para saber se existe uma questão política propriamente dita e, portanto, uma questão *nonjusticiable*; ou se está diante de uma questão que, não obstante ter viés político, deve ser apreciada pelo Poder Judiciário, este funcionando como palco para amparo e proteção dos direitos individuais perante o Estado.

Esse entendimento de Rui Barbosa seria mais uma vez levantado em obras como “Direito do Amazonas ao Acre Setentrional”, obra na qual o jurista defendeu que o princípio da extensão jurisdicional não se subordinaria a uma limitação empírica, mas estaria condicionada tão somente à existência (ou não) de um direito ajuizável. Com isso, afirma que uma questão pode ser distintamente política, altamente política, e até puramente política, fora dos domínios da Justiça; mas, em revestindo a forma de um pleito, adentraria na competência dos tribunais, desde que o ato, executivo ou legislativo, contra o qual se demande, fira a Constituição, lesando ou negando um direito nela consagrado<sup>141</sup>.

Rui Barbosa definiu ainda o que seriam atos políticos *nonjusticiales*: seriam “*aqueles a respeito dos quais a lei confiou a matéria à discricção prudencial do poder, e o exercício dela não lesa direitos constitucionais do indivíduo*”<sup>142</sup>. *Em prejuízo destes o direito constitucional não permite arbítrio a nenhum dos poderes*”<sup>143</sup>.

Apesar da profunda argumentação de Rui Barbosa, o STF não a acatou, tendo negado a ordem requerida nos autos do HC nº 300.

O Ministro Pisa e Almeida votou no sentido de conceder a ordem. Seu voto vencido, teve a seguinte argumentação:

“Se a Constituição da República estabelece que no estado de sítio as garantias constitucionais só podem ser suspensas por tempo determinado, quando o exigir a segurança do Estado nos casos de comoção interna ou agressão estrangeira, sendo esta disposição idêntica à da Constituição do Império, não se pode admitir que a Constituição Republicana seja interpretada e executada de modo menos liberal, e menos garantidor dos direitos e liberdades individuais do que o foi a do Império pelas leis e decretos citados.

(...)

Se é só a sentença do Estado que justifica o uso desta medida extraordinária, cessada a causa que a determinou, cessam os efeitos que dela se derivam. Durante o estado de sítio tem o Governo a faculdade de efetuar as prisões que a segurança do Estado exigir. Mas, se levantado o estado de sítio, os cidadãos continuam presos ou desterrados, sem serem sujeitos a processo,

<sup>141</sup> BARBOSA, Rui. “Obras Completas de Rui Barbosa”, In: **RJ**, v. XXXVII, 1910, t. V, MEC, 1983, p. 129.

<sup>142</sup> Grifo nosso.

<sup>143</sup> RODRIGUES. Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal**. Tomo I: Defesa das liberdades individuais (1891 – 1898). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1965, p. 62.

havendo assim para eles uma suspensão de garantias por tempo indeterminado, contra a expressa disposição do art. 80 da Constituição, a lei os provê de remédio para resguardarem-se de semelhante violência, e esse remédio é o habeas corpus”<sup>144</sup>.

Verifica-se que, para o ministro Pisa e Almeida, o Tribunal poderia sim analisar e decidir sobre questões que apresentam cunho político, contanto que se demonstre no processo que determinado ato político tenha ferido direitos e garantias fundamentais. Desta forma, o voto deste ministro coadunava-se com a fundamentação jurídica de Rui Barbosa.

No entanto, o que prevaleceu foi o entendimento de que o Supremo Tribunal Federal não poderia interferir na questão política discutida no processo, tendo sido negada a ordem pelo voto de dez, dos onze ministros:

“A 27 de abril [de 1892] era publicado o acórdão, muito sucinto, em que se dava como razão de decidir a incompetência do Poder Judiciário para apreciar, antes do juízo político do Congresso, o uso que fizera o Presidente da República da atribuição constitucional de declarar o estado de sítio no recesso do Congresso Nacional; não era da índole do STF envolver-se nas funções políticas do Poder Executivo ou Legislativo; ainda quando na situação criada pelo estado de sítio, estejam ou possam estar envolvidos alguns direitos individuais, esta circunstância não habilita o Poder Judicial a intervir para nulificar as medidas de segurança decretadas pelo Presidente da República, visto ser impossível isolar esses direitos da questão política que envolve e compreende, salvo de unicamente tratar-se de punir os abusos dos agentes subalternos na execução das mesmas medidas, porque a esses agentes não se estende a necessidade do voto político do Congresso”<sup>145</sup>.

O Supremo adotou uma postura de deferência, não contrariando os atos do Poder Executivo, talvez com medo da ameaça velada na frase atribuída ao Presidente Floriano Peixoto: “*se os juízes do Tribunal concederem habeas corpus aos políticos, eu não sei quem amanhã lhes dará o habeas corpus de que, por sua vez, necessitarão*”<sup>146</sup>.

Mesmo adotando esse comportamento deferente ao Poder Executivo, o *Habeas Corpus* nº 300/1892 teve uma importância salutar para a doutrina das

---

<sup>144</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 300. Paciente: Eduardo Wandenkolk e outros. Relator: Ministro Costa Barradas. Rio de Janeiro, 27 de abril de 1892. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/sobreStfConhecaStfJulgamentoHistorico/anexo/HC300.pdf>. Acesso em: 05 jul. 2020.

<sup>145</sup> RODRIGUES. Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal**. Tomo I: Defesa das liberdades individuais (1891 – 1898). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1965, p.23.

<sup>146</sup> RODRIGUES. Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal**. Tomo I: Defesa das liberdades individuais (1891 – 1898). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1965, p.19.

questões políticas no ordenamento jurídico brasileiro, tendo sido plantado o gérmen desta doutrina no seio fecundo do Supremo Tribunal Federal.

#### *4.1.2 Apelação Cível nº 148/1895 e a tímida mudança de postura do Supremo Tribunal Federal*

Ainda na República Velha, mas agora na vigência da Presidência de Prudente de Moraes, o Supremo Tribunal Federal foi instado a julgar demandas que discutiam atos políticos.

Um caso emblemático, que encontramos na obra de Lêda Boechat Rodrigues, bem como nos arquivos do referido tribunal, foi o julgamento da Apelação Cível nº 148, julgada em 1895.

Em 31 de maio de 1894, ainda na vigência do governo do Presidente da República Floriano Peixoto, foi editado um decreto determinando a demissão do Major Alcides Bruce, dispensando-o definitivamente do cargo de lente substituto efetivo da Escola Militar do Rio de Janeiro<sup>147</sup>.

Este ato do Poder Executivo foi discutido no Poder Judiciário, chegando ao Supremo Tribunal Federal através da Apelação Cível nº 148.

No julgamento da referida apelação cível, ainda se encontram votos com um caráter de timidez, no sentido de não querer adentrar na análise de questões entendidas como políticas; postura, chamada por Leda Boechat, de autorrestricção judicial<sup>148</sup>. Podemos exemplificar essa atitude no voto do Ministro H. Espírito Santo, para quem:

“A justiça não tinha competência para conhecer da matéria, de privativa competência do Poder Executivo. ‘A doutrina estatuída pelo Acórdão consagra a usurpação para o Poder Judiciário, das funções do executivo que *privativamente* competem ao Presidente da República, cuja responsabilidade perante a Nação ficará diminuída, desde que seus atos estejam sujeitos à revisão e exame daquele poder.

(...)

Só por uma interpretação arbitrária, violentando a letra, divorciada do espírito da lei, poderia o acórdão dêste Tribunal anular decretos do Executivo... O

<sup>147</sup> In: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Jurisprudências**, 1895, pp. 194-200; RODRIGUES, Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal**. Tomo I: Defesa das liberdades individuais (1891 – 1898). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1965, pp. 66 e 67

<sup>148</sup> RODRIGUES, Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal**. Tomo I: Defesa das liberdades individuais (1891 – 1898). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1965, p. 67

juízo transpôs as fronteiras de sua competência”. (RODRIGUES, 1965, p.19)

Não obstante ainda existir uma resistência em reconhecer a competência do Poder Judiciário em analisar e efetivamente julgar demandas que discutam atos de cunho político, por parte de alguns ministros como H. Espírito Santo, a decisão final do Supremo Tribunal Federal, nos autos da Apelação Cível nº 148/1895, foi no sentido de julgar procedente o pedido do Major Alcides Bruce, a fim de anular o ato do Poder Executivo de 31 de maio de 1894. O acórdão, relatado pelo Ministro José Higino afirmou que:

“São nulos, por contrários à lei, os atos do Poder Executivo, embora expedidos durante o estado de sítio, demitindo um lente substituto do cargo vitalício que exercia no curso superior da Escola Militar da Capital, e dando provimento definitivo a uma cadeira de lente na mesma escola, em prejuízo dos direitos daquele substituto. É condenada a Fazenda Nacional a pagar os vencimentos devidos ao lente demitido, desde a data da demissão até que cessem os efeitos dos ditos atos ilegais”<sup>149</sup>.

Ainda sobre o caso, o STF declarou:

“que o [...] decreto de demissão não deixa de ser inconstitucional pelo fato de ter sido expedido em estado de sítio, porquanto, é expresso no art. 80 § 2º, [...] da Constituição que, durante o sítio, o Poder Executivo restringir-se-á, nas medidas de repressão contra as pessoas a impor a) a detenção em lugar não destinado aos réus de crimes comuns e b) o desterro para outros pontos do território nacional, e portanto daí não podia advir ao Poder Executivo a faculdade de demitir um empregado público vitalício, medida esta que nenhuma relação necessária tem com o restabelecimento da ordem pública”<sup>150</sup>.

Relatado o caso concreto subjacente, resta agora analisar a repercussão em termos jurídicos, do acórdão proferido na Apelação Cível nº 148, para a doutrina da questão política no Brasil.

Diferentemente do que se viu na decisão proferida no *habeas corpus* nº 300, em 1892, onde o STF adotou uma postura de autorrestricção<sup>151</sup>, evitando adentrar em matérias relacionadas a questões entendidas como políticas, aqui expressamente o

<sup>149</sup> RODRIGUES, Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal**. Tomo I: Defesa das liberdades individuais (1891 – 1898). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1965, p.67

<sup>150</sup> BARBOSA, Rui . **Obras Completas de Rui Barbosa**. Rio de Janeiro: M.E.C., v. XLI, 1914, t. IV.

<sup>151</sup> O conceito de autorrestricção foi melhor trabalhado no primeiro capítulo desta dissertação. Nota da Autora.

Supremo Tribunal Federal afirma que, não obstante o estado de sítio ser um ato privativo do Poder Executivo, bem como os atos administrativos adotados durante sua vigência, o Poder Judiciário não poderia se omitir em analisar uma demanda na qual se constatasse a violação de um direito individual, mesmo que decorrente de uma questão política.

Verifica-se que as argumentações de Rui Barbosa (advogado também da Apelação Cível nº 148) foram levadas em consideração desta vez, de modo que a Corte Brasileira passou, neste momento, a considerar a possibilidade de analisar o mérito de demandas que versassem sobre questões políticas, bem como “interferir”, através de suas decisões, nos atos do Poder Executivo, contanto que configurada a violação de direitos individuais.

O Supremo começava a atender aos anseios jurídicos de Rui Barbosa, que, já diante das primeiras tentativas de “intervenção” jurisdicional em questões políticas no seio do *habeas corpus* impetrado no caso das prisões dos militares do navio Vapor Júpiter<sup>152</sup>, afirmou:

“[Todos sentiam no STF] o que os autores da constituição queriam que êle fosse: esse órgão consciente da soberania da nação, em cujo nome falou o seu venerado presidente, ao pronunciar a fórmula redentora, essa força, esse poder, essa autoridade oracular que representa, neste sistema de governo, a expressão viva da lei, a chave da União e o eixo da República...”<sup>153</sup>

Aos poucos o STF foi afastando-se de uma postura exclusivamente autocontida, não ousando sequer conhecer de demandas que pudessem gerar o afastamento de atos dos Poderes Executivo e Legislativo – postura esta adotada sobremaneira no início de sua instituição na República Velha, mais especificamente nos governos de Deodoro da Fonseca e Floriano Peixoto, conforme visto nesta dissertação -, para adotar, ainda que de maneira bastante acanhada, uma postura de reconhecer a possibilidade de julgar demandas que versassem sobre questões políticas.

---

<sup>152</sup> *Habeas Corpus* nº 410. In: BARBOSA, Rui. “Obras Completas de Rui Barbosa”, In: **RJ**,v.XX, 1893, t.V, MEC, 1958, pp. 297-301.

<sup>153</sup> RODRIGUES, Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal**. Tomo I: Defesa das liberdades individuais (1891 – 1898). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1965, p. 33.

#### 4.2 - Primeira etapa da doutrina da questão política no Brasil: Argumentações de Rui Barbosa e Direito Individuais

Neste cenário inicial, percebe-se que a doutrina das questões políticas adotada pelo STF apresentava as seguintes características: a) foi introduzida na discussão da Corte através das argumentações de Rui Barbosa; b) preocupava-se com a proteção dos direitos e garantias individuais ligados à primeira dimensão dos direitos fundamentais; c) era muito utilizada pelos ministros, a fim de afastar a possibilidade de análise de determinadas questões com viés político e, desta forma, evitar maiores conflitos com os demais poderes da República.

Apesar de Lêda Boechat apontar que, somente em 1911, no julgamento do *habeas corpus* 3.061, é que o STF teria se referido expressamente a “caso político”<sup>154</sup>, é incontestável, a participação ativa de Rui Barbosa na construção das bases dessa primeira etapa ou fase da doutrina da questão política no Brasil desde as argumentações nos processos julgados em anos anteriores, conforme demonstrado nesta dissertação.

Diante das duas decisões já analisadas neste capítulo, percebe-se que o Supremo Tribunal Federal apresentava uma nítida postura de autocontenção judicial, afirmando que não tinha a competência para analisar e julgar demandas que versassem sobre questões de caráter político; devendo respeitar os demais poderes do Estado.

Somente com a insistência jurídica de Rui Barbosa, que buscou, através do judiciário brasileiro, respostas às violações de direitos individuais por atos do Poder Executivo, foi que o Supremo começou a sair de uma postura de “inércia”, para começar a reconhecer que o judiciário poderia (e deveria) analisar demandas que envolvessem questões políticas; o que foi demonstrado no segundo caso elencado anteriormente.

Por óbvio que apenas dois casos não representam o universo de todas as movimentações jurídicas ocorridas no Supremo durante o período da República Velha; mas os casos apresentados foram escolhidos para demonstrar que, no início das atividades desta corte de justiça, a posição por uma autorrestrição era praticamente absoluta; enquanto que, com o passar de alguns anos, o referido tribunal

---

<sup>154</sup> RODRIGUES, Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1965. t. 1 e 2, 1910-192.

passou a entender que seria possível, ao menos, analisar demandas que trouxessem em seu bojo uma questão política.

O ponto chave para delimitar o que era uma questão política na época em que Rui Barbosa atuou como advogado perante o STF, no período indicado neste estudo, era saber se: a lei confiou a matéria à discricção prudencial do poder majoritário (Executivo ou Legislativo), e a execução daquela faculdade política não viola nenhum direito fundamental individual. Se assim o for, estaríamos diante de uma questão política propriamente dita, e o Poder Judiciário não poderia realizar nenhum tipo de controle sobre o ato político em questão.

O ponto crucial para determinar se o Poder Judiciário poderia, ou não, analisar e proferir decisão sobre determinada demanda que envolvesse uma questão política, era constatar se houve a violação de um direito individual.

Rui Barbosa tentou delimitar o que seriam atos políticos, que afastariam a possibilidade de atuação do Poder Judiciário. De acordo com o jurista:

“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. 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 outro”<sup>155</sup>.

Complementando suas ponderações sobre o que seriam atos meramente políticos, continua:

[...] 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.

<sup>155</sup> BARBOSA, Rui. **O direito do Amazonas ao Acre setentrional**. Obras completas de Rui Barbosa. 1910. v. 37, t. 5. p. 114.

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 regímen 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.
21. A convocação extraordinária da representação nacional”<sup>156</sup>

Desta forma, enxerga-se que Rui Barbosa tinha um certo respeito em relação à aplicação da doutrina das questões políticas, apesar de não ter utilizado essa expressão em suas argumentações, mas reconhecia que existiam atos que tinha caráter meramente político, e contra os quais não poderia haver interferência do Poder Judiciário.

No entanto, conforme afirma Danielle Pamplona, mesmo este jurista sendo um defensor da aplicação da doutrina, mais adiante passa a defendê-la admitindo uma exceção: quando houvesse a lesão de um direito individual: *“Nos casos em que fosse discutida a lesão ou ameaça de lesão a algum direito individual, Rui Barbosa admitia a necessidade de o Judiciário poder se manifestar, ainda que o tema objeto dos autos fosse uma questão política”*<sup>157</sup>.

Portanto, para Rui Barbosa, o Poder Judiciário não deveria adentrar em demandas que versassem sobre questões políticas [dentro do conceito já delimitado anteriormente], a não ser que houvesse a comprovação de uma violação de um direito individual.

O destaque final, em relação à construção de Rui Barbosa, é para a ligação que este jurista faz da questão política com a ofensa de direitos “individuais”, para justificar o afastamento da doutrina, e a intervenção do Judiciário. Poderia haver o questionamento de se somente seria possível ao Judiciário intervir se houve a violação dessa espécie de direito fundamental, ou se haveria a possibilidade dessa intervenção no caso de ofensa a direitos fundamentais de outras dimensões.

---

<sup>156</sup> BARBOSA, Rui. **O direito do Amazonas ao Acre setentrional**. Obras completas de Rui Barbosa. 1910. v. 37, t. 5. p. 118.

<sup>157</sup> PAMPLONA, Danielle Anne. **Supremo Tribunal Federal e a Decisão de Questões Políticas**. Paraná: Juruá, 2011, p. 120.

Algumas observações merecem ser feitas, para justificar essa construção, da primeira etapa da doutrina das questões políticas no Brasil.

Não se poderia exigir que Rui Barbosa, em suas argumentações, ou até mesmo o STF na fundamentação de suas decisões, falasse em outra dimensão<sup>158</sup> de direitos fundamentais para além dos direitos individuais.

Independente da nomenclatura utilizada [gerações ou dimensões], o que podemos perceber é que os direitos fundamentais, tais como são concebidos hoje, não foram todos internalizados no ordenamento jurídico das nações de um só vez<sup>159</sup>. E durante o período da República Velha no Brasil, tinha-se apenas a internalização dos direitos de primeira dimensão.

Deste modo, diante das constatações acima relatadas, nesta primeira etapa de desenvolvimento da doutrina da questão política no Brasil, só se poderia focar nos direitos ligados às liberdades individuais.

Através das pesquisas bibliográfica e documental realizadas, a autora desta dissertação percebeu que o STF, durante os anos iniciais da República Velha, valeu-se, nos casos narrados nesta dissertação, da ideia de “questão política” como sendo uma barreira impeditiva do poder judiciário para analisar as demandas que, de alguma forma, contrariassem os atos do Executivo.

Somente após a atuação de Rui Barbosa através dos argumentos utilizados nos processos em que advogou junto ao STF, foi que a referida corte de justiça começou lentamente a repensar a ideia central desta primeira fase da doutrina da questão política. Pode-se resumir tal momento através da declaração de ministros do STF, como os Ministros Fernando Osório e Figueiredo Júnior, a saber:

---

<sup>158</sup> Adotou-se a utilização do termo dimensões, por estar coadunada com o entendimento mais atualizado sobre os direitos fundamentais. Nas palavras de Ingo Sarlet: “*Em que pese o dissídio na esfera terminológica, verifica-se crescente convergência de opiniões no que concerne à idéia que norteia a concepção das três (ou quatro, se assim preferirmos) dimensões dos direitos fundamentais, no sentido de que estes, tendo tido sua trajetória existencial inaugurada com o reconhecimento formal nas primeiras Constituições escritas dos clássicos direitos de matriz liberal-burguesa, se encontram em constante processo de transformação, culminando com a recepção, nos catálogos constitucionais e na seara do Direito Internacional, de múltiplas e diferenciadas posições jurídicas, cujo conteúdo é tão variável quanto as transformações ocorridas na realidade social, política, cultural e econômica ao longo dos tempos. Assim sendo, a teoria dimensional dos direitos fundamentais não aponta, tão-somente, para o caráter cumulativo do processo evolutivo e para a natureza complementar de todos os direitos fundamentais, mas afirma, para além disso, sua unidade e indivisibilidade no contexto do direito constitucional interno e, de modo especial, na esfera do moderno, Direito Internacional dos Direitos Humanos*”. In: SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8ª Edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007, p. 55.

<sup>159</sup> Sobre o tema das dimensões dos direitos fundamentais, sugere-se a leitura da obra de Paulo Bonavides: BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1993.

“A independência do Poder, seja este qual for, não vai ao ponto de autorizá-lo a rasgar a Constituição”<sup>160</sup>.

“A todo direito individual violado assiste o remédio de uma ação judicial para o seu restabelecimento ou para reparação do dano consecutivo, de onde quer que venha a violação”<sup>161</sup>.

Nos primeiros anos em que o Supremo Tribunal Federal surgiu, na época da República Velha, viu-se a construção das primeiras noções sobre a doutrina das questões políticas no Brasil. Este momento é considerado neste trabalho, como a primeira etapa desta doutrina no ordenamento jurídico brasileiro, tendo como principal característica, o fato de reconhecer que, se estivermos diante de uma questão política (matéria afeta pela legislação à discricionariedade dos poderes majoritários), o Poder Judiciário só poderá analisar a demanda e proferir decisão sobre ela, se verificar a violação a um direito individual, ou direito de primeira dimensão.

#### 4.3 – Novo Desenho Institucional do Supremo Tribunal Federal após a Redemocratização do Brasil e a Influência na Doutrina da Questão Política

Tendo em vista que o ponto nevrálgico da presente dissertação é a reflexão acerca do surgimento da doutrina da questão política, no tocante ao STF, avançar-se-á na cronologia histórica brasileira e passaremos a analisar a questão referida no período da redemocratização.

Conforme já justificado, a passagem da época da República Velha para o advento da Constituição de 1988 deve-se à necessidade de focar no objeto desta

---

<sup>160</sup> Voto do Ministro Fernando Osório nos autos da Apelação Cível nº 148, julgada em 1895: In: RODRIGUES. Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal**. Tomo I: Defesa das liberdades individuais (1891 – 1898). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1965, p.68.

<sup>161</sup> Voto do Ministro Figueiredo Júnior nos autos da Apelação Cível nº 216, julgada em 1896. Neste caso, o Supremo Tribunal Federal adotou uma postura de autocontenção, mas as raízes da argumentação jurídica de Rui Barbosa já tinham surtido efeitos no raciocínio jurídico dos Ministros do STF. In: RODRIGUES. Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal**. Tomo I: Defesa das liberdades individuais (1891 – 1898). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1965, p. 71.

dissertação, e não incorrer em divagações históricas, que leve a fugir do ponto central desta pesquisa.

Será estudado o novo desenho institucional do STF com o advento da Constituição Cidadã, refletindo sua contribuição para uma modificação de postura deste Tribunal, de modo que se analisará as modificações sofridas na organização interna da Corte.

Será objeto de estudo neste tópico, o empoderamento do Supremo pós-1988, e como esse empoderamento, não só do tribunal, mas de seus ministros, influenciaram na modificação da delimitação da doutrina da questão política, que vivencia, no entender da autora desta dissertação, uma nova etapa, seja pela necessidade da sua releitura diante da existência de novas dimensões de direitos fundamentais, seja pela atuação cada vez mais tendente de aceitar a judicialização da política pelo STF.

#### *4.3.1 – O empoderamento do Supremo Tribunal Federal após a promulgação da Constituição Federal de 1988*

De acordo com Oscar Vilhena Vieira<sup>162</sup> e também José Reinaldo Lima Lopes<sup>163</sup>, o papel de árbitro dos grandes conflitos institucionais, até 1988, era exercido pelo exército, tendo o Supremo um papel meramente subsidiário.

Com a promulgação da Constituição Cidadã de 1988, o cenário muda profundamente, e o Supremo passa a ter um desenho institucional diferente do que existia até então.

A Constituição Federal de 1988 previu a acumulação de funções muito importantes no STF, tais como: a função de tribunal constitucional (ou seja, órgão judiciário responsável pela guarda da Constituição Federal; instância que profere a decisão definitiva sobre a interpretação das normas constitucionais, fazendo o controle de constitucionalidade); função de órgão de cúpula do Poder Judiciário

---

<sup>162</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. **O Supremo Tribunal Federal: Jurisprudência Política**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

<sup>163</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direitos Sociais - teoria e prática**. São Paulo: Método, 2006, p. 30.

(recebendo recursos em última instância relacionados às mais diversas matérias); e a função de foro especializado.

Afora o texto original da CF/88, ainda houve as alterações perpetradas pela Emenda Constitucional nº 03/1993<sup>164</sup> e pela Emenda Constitucional nº 45/2005<sup>165</sup>; além das funções delimitadas pelas Leis nº 9.868/1999<sup>166</sup> e 9.882/99<sup>167</sup>, as quais disciplinam as ações referentes ao controle concentrado de constitucionalidade.

Dáí depara-se com o seguinte cenário: uma Corte Suprema Brasileira; composta por onze ministros; que, diante da prolixidade da CF/1988, pode atuar em diversas searas, sejam elas sociais, econômicas, políticas.

Nas palavras de Oscar Vilhena Vieira, o Supremo hoje [após a promulgação da CF de 1988], apresenta-se não somente como um poder moderador para solucionar os conflitos institucionais existentes, mas como o órgão responsável por emitir a última palavra sobre inúmeras questões, *“ora validando e legitimando uma decisão dos órgãos representativos, outras vezes substituindo as escolhas majoritárias”*<sup>168</sup>.

Dentro dessa perspectiva, considerando o grande poder concedido ao Supremo Tribunal Federal pelo próprio texto constitucional de 1988, esta Corte foi paulatinamente percebendo sua função política dentro do cenário nacional, no sentido de poder intervir em questões de caráter político.

Utilizando ainda as lições de Oscar Vilhena, considera-se que o desenho institucional do STF proposto pela CF/88, proporcionou a construção de uma “supremocracia”, esta entendida em dois sentidos: a) como autoridade do Supremo em relação às demais instâncias do Poder Judiciário, a qual teria sido adquirida de forma mais concreta após a inclusão do art. 103-A no texto constitucional, que previu a edição da súmula vinculante, em 2005, de modo que o Supremo teria passado a governar jurisdicionalmente o Poder Judiciário no Brasil, impondo suas decisões às demais instâncias jurisdicionais; b) num segundo sentido, a expressão

<sup>164</sup> BRASIL. Emenda Constitucional nº 03, de 17 de março de 1993. Constituição Federal (1988). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc03.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc03.htm). Acesso em: 10 jan. 2021.

<sup>165</sup> BRASIL. Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004. Constituição Federal (1988). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm). Acesso em: 10 jan. 2021.

<sup>166</sup> BRASIL. Lei nº 9.868/1999. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19868.htm). Acesso em: 10 jan. 2021.

<sup>167</sup> BRASIL. Lei nº 9.882/99. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19882.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm). Acesso em: 10 jan. 2021.

<sup>168</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. “Supremocracia”. *Rev. direito GV*. vol.4 no.2 São Paulo July/Dec. 2008. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S1808-24322008000200005>. Acesso em: 10 out. 2020.

“supremocracia” seria entendida como a expansão da autoridade do Supremo em detrimento dos demais Poderes<sup>169</sup>.

Dentro dessa perspectiva desenvolvida, pode-se perceber que, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, ao Supremo Tribunal Federal foi outorgado um enorme poder, diante do desenho institucional proposto pela Constituição Cidadã. Levantou-se a hipótese de que este fato provavelmente influencia na remodelagem da doutrina da questão política pós-redemocratização, o que será melhor explorado no quarto capítulo.

#### 4.3.2 – Da “Supremocracia” à “Ministrocracia” – o empoderamento individual dos ministros do Supremo Tribunal Federal

Após o estudo desenvolvido por Oscar Vilhena, que trouxe à baila a concepção de uma “supremocracia”, para instigar a reflexão sobre o papel do STF e uma possível necessidade de reorganização institucional, é possível encontrar um aprofundamento desta análise em alguns trabalhos de doutrinadores brasileiros.

Flávia Santiago, José Mário Wanderley e Tassiana Moura refletiram como o desenho institucional do STF influencia a tomada de decisões, e como os ministros, individualmente, utilizam mecanismos procedimentais para determinar o *timing* das decisões<sup>170</sup>. Neste momento, já chamaram atenção para o empoderamento dos ministros.

Diego Werneck Arguelhes e Leandro Molhano Ribeiro utilizaram a expressão “ministrocracia”<sup>171</sup> para denominar esse movimento crescente no tribunal<sup>172</sup>. De acordo com os estudos de referidos autores, na realidade atual, temos muito mais

<sup>169</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. “Supremocracia”. **Rev. direito GV**. vol.4 no.2 São Paulo July/Dec. 2008. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S1808-24322008000200005>. Acesso em: 10 out. 2020.

<sup>170</sup> LIMA, F.D. S.; GOMES NETO, José Mário Wanderley; OLIVEIRA, Tassiana Moura de. “Entre Decisões Individuais e Deliberações Colegiadas: decidindo como decidir, influenciando o resultado”. In: **Sequência**. v. 40. n. 81. Santa Catarina. 2019. Disponível em: <https://doi.org/10.5007/2177-7055.2019v40n81p10>. Acesso em: 20 dez. 2020.

<sup>171</sup> Utilizaremos a expressão “MINISTROCRACIA”, apesar de ter conhecimento de que a expressão utilizada pelos autores Diego Werneck Arguelhes e Leandro Molhano Ribeiro é “MINISTOCRACIA”. Acreditamos que a expressão adotada nesta dissertação é a mais acertada, haja vista referir-se aos ministros do STF.

<sup>172</sup> ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. “MINISTOCRACIA: O Supremo Tribunal individual e o processo democrático de direito”. In: **Novos estud. CEBRAP**. vol.37. no.1. São Paulo. Jan./Apr. 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.25091/s01013300201800010003>. Acesso em: 10 out. 2020.

decisões liminares individuais do que colegiadas. Nos termos do estudo realizado, entre os anos de 2010 a 2017, tinha um universo de 20.830 decisões liminares proferidas individualmente por ministros, em contraposição a 177 liminares proferidas por órgãos colegiados do Tribunal<sup>173</sup>. Oscar Vilhena já denunciava o fato de as decisões monocráticas encontrarem cada vez maior guarida dentro do desenho institucional do STF, pelo fato da grande gama de atribuições deste tribunal<sup>174</sup>; de modo que, se fosse para proferir decisões colegiadas em toda e qualquer demanda apresentada ao STF, referida Corte não teria condições de julgar os casos que se lhe apresentassem.

Diego Werneck e Leandro Molhano continuam sua explanação, defendendo sua hipótese da existência de uma “ministrocracia”, apontando para o poderio de cada ministro de forma individual, pelo fato de que, os ministros isoladamente conseguem modular o *timing* de uma decisão judicial, afetando o próprio resultado dela, de três maneiras não excludentes:

“1. alterando o contexto político de tomada de decisão e, com isso, a probabilidade de reação ou retaliação de partes derrotadas; 2. interagindo com os mecanismos de indicação para o tribunal, fazendo com que uma composição diferente (possivelmente com preferências diferentes) venha a decidir a questão; 3. por meio do simples silêncio judicial, produzindo fatos consumados e aumentando assim os custos de uma decisão judicial futura que contrarie esses fatos”<sup>175</sup>.

Os ministros conseguiriam controlar uma situação posta à análise pelo tribunal através: a) do poder de definir a agenda – considerando que, para que seja proferida uma decisão, o relator tem que liberar o caso, depois o presidente tem que incluir a demanda na pauta de julgamento, e, por fim, nenhum dos demais ministros devem pedir vistas para impedir a conclusão do julgamento; b) da sinalização das

<sup>173</sup> ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. “MINISTOCRACIA: O Supremo Tribunal individual e o processo democrático de direito”. In: **Novos estud. CEBRAP**. vol.37. no.1. São Paulo. Jan./Apr. 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.25091/s01013300201800010003>. Acesso em: 10 out. 2020.

<sup>174</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Rev. direito GV*. vol.4 no.2 São Paulo July/Dec. 2008. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S1808-24322008000200005>. Acesso em: 10 out. 2020.

<sup>175</sup> ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. “MINISTOCRACIA: O Supremo Tribunal individual e o processo democrático de direito”. In: **Novos estud. CEBRAP**. vol.37. no.1. São Paulo. Jan./Apr. 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.25091/s01013300201800010003>. Acesso em: 10 out. 2020.

preferências para o julgamento de um determinado caso; c) tomada de decisão de forma monocrática<sup>176</sup>.

Esta última forma de se verificar o empoderamento de um ministro do Supremo Tribunal Federal é realmente perturbador, pois, conforme já explanado, existem muito mais decisões liminares individuais do que colegiadas. Mas não só por isso. Os dados levantados pelo projeto “Supremo em números”, mostram que, no período entre 2012 a 2016, uma decisão liminar monocrática passou em média 617 dias para poder ser apreciada por um órgão colegiado<sup>177</sup>, e existem casos em que as decisões monocráticas sequer passam pelo crivo do plenário ou das Turmas, sedimentando-se o *status quo* pelo decurso do tempo, ficando prejudicada a análise da questão pelo órgão colegiado.

Esta realidade é ainda mais chocante quando se verifica que tais decisões monocráticas versam sobre questões políticas, exercendo os ministros, individualmente, uma atuação digna de um “*judicial review* individual”, conforme denominado por Diego Werneck e Leandro Molhano<sup>178</sup>. Poder-se-ia exemplificar essa atuação, no mínimo, ousada dos ministros do STF, em casos como o da decisão liminar proferida pelo ministro Gilmar Mendes, nos autos dos Mandados de Segurança n.ºs. 34070<sup>179</sup> e 34071<sup>180</sup>, onde os partidos políticos PPS e PSDB discutiam a nomeação de Luiz Inácio Lula da Silva para o cargo de Ministro da Casa Civil, pela presidente à época, Dilma Roussef. No caso em tela, o Ministro Gilmar Mendes proferiu decisão liminar monocrática suspendendo a eficácia do ato de nomeação de Lula. No momento em que o processo foi liberado para julgamento pelo órgão colegiado, Dilma já tinha sido suspensa provisoriamente do cargo de presidenta, tendo perdido o objeto da demanda para análise pelo colegiado. Verifique-se que se tratava

---

<sup>176</sup> ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. “MINISTOCRACIA: O Supremo Tribunal individual e o processo democrático de direito”. In: **Novos estud. CEBRAP**. vol.37. no.1. São Paulo. Jan./Apr. 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.25091/s01013300201800010003>. Acesso em: 10 out. 2020.

<sup>177</sup>FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar Alberto; CHAVES, Vitor, p. III. **Relatório Supremo em Números: o Supremo e o tempo**. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2014.

<sup>178</sup>ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. “MINISTOCRACIA: O Supremo Tribunal individual e o processo democrático de direito”. In: **Novos estud. CEBRAP**. vol.37. no.1. São Paulo. Jan./Apr. 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.25091/s01013300201800010003>. Acesso em: 10 out. 2020.

<sup>179</sup> **BRASIL**. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 34.070/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4948822>. Acesso em: 02 jan. 2021.

<sup>180</sup> **BRASIL**. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 34.071/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4948919>. Acesso em: 02 jan. 2021.

de uma demanda que envolvia uma questão política (ato do Poder Executivo de nomear um ministro, e que, ao menos numa primeira análise, não gerava uma violação flagrante de direitos fundamentais de nenhum cidadão), e mesmo assim, foi decidida em definitivo, através de uma decisão liminar monocrática.

A função contramajoritária realmente é algo que permeia a atividade de uma Corte Constitucional, de modo que, por vezes, ela se deparará com demandas que envolvem questões políticas, conforme já se viu ao longo desse trabalho. No entanto, chama-se a atenção para o fato de que, quando se está diante de estudos sobre essa temática, por exemplo, como o que Roberto Dahl<sup>181</sup> fez em relação à Suprema Corte Norte-Americana, verifica-se que essa função é exercida de forma excepcional e, considerando que uma maioria (órgão colegiado) é que poderia fazer a corte atuar contramajoritariamente, não se verificando relatos de Dahl de casos em que os magistrados da Suprema Corte Americana decidiram sobre questões políticas de forma individualizada.

Flávia Danielle Santiago Lima e José Mário Wanderley Gomes Neto destacam ainda o empoderamento, não só dos ministros individualmente, mas do Ministro Presidente no período excepcional de recesso e de férias<sup>182</sup>. Além dos poderes em tempos ordinários, como o de determinar qual demanda será levada a plenário, quando será iniciado ou retomado o seu julgamento, verificamos que no período de recesso e de férias coletivas dos ministros, o Presidente torna-se o único guardião das demandas existentes no STF<sup>183</sup>. Neste período excepcional cabe ao Presidente apreciar as questões urgentes, nos termos do art. 13, VIII, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal; ele tem “*total permissão institucional para decidir, sinalizar e definir a agenda (pauta) decisória judicial, sendo relevante produto da concentração individual e descentralizada de poder*”<sup>184</sup>.

---

<sup>181</sup> DAHL, Robert Alan. “Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker”. In: **Journal of Public Law**, n. 6, pp. 279-295, 1957.

<sup>182</sup> LIMA, Flávia Danielle Santiago; GOMES NETO, José Mário Wanderley. “Autocontenção à brasileira? Uma taxonomia dos argumentos jurídicos (e estratégias políticas?) explicativo(a)s do comportamento do STF nas relações com os poderes majoritários”. In: **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 1, pp. 221-247, jan./abr. 2018. DOI: 10.5380/rinc.v5i1.55990. Acesso em 05 jan. 2021.

<sup>183</sup> LIMA, Flávia Danielle Santiago; ANDRADE, Louise Dantas de; OLIVEIRA, Tassiana Moura de. “Emperor or president? Understanding the (almost) unlimited power of the Brazilian Supreme Court’s President”. In: **Revista Brasileira de Direito**, v. 13, pp. 161 - 176, 2017.

<sup>184</sup> LIMA, Flávia Danielle Santiago; GOMES NETO, José Mário Wanderley. “Autocontenção à brasileira? Uma taxonomia dos argumentos jurídicos (e estratégias políticas?) explicativo(a)s do comportamento do STF nas relações com os poderes majoritários”. In: **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 1, pp. 221-247, jan./abr. 2018. DOI: 10.5380/rinc.v5i1.55990. Acesso em 05 jan. 2021.

É possível verificar, portanto, que o desenho institucional do Supremo Tribunal Federal após a promulgação da Constituição Federal de 1988 contribui sobremaneira para o empoderamento deste Tribunal, o que trará consequências em relação aos moldes como a doutrina da questão política será encarada neste cenário.

Além da formatação institucional, deve-se levar em conta a inclusão de outros direitos como fundamentais na Constituição Brasileira.

A partir da Constituição de 1934, houve a inclusão de direitos fundamentais de segunda dimensão, aqueles ligados a direitos sociais, de caráter positivo, impondo uma conduta do Estado em relação ao cidadão.

Na Constituição de 1988, conhecida como Constituição Cidadã, assistiu-se à inclusão de direitos de outras dimensões. Além dos direitos de primeira e segunda dimensões, que são, respectivamente, ligados às liberdades e direitos individuais e aos direitos sociais e direitos positivos, ainda se encontram os direitos de terceira dimensão, relacionados ao princípio da solidariedade, visando proteger interesses de titularidade difusa ou coletiva, como, por exemplo, o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado<sup>185</sup>:

“Com efeito, um novo pólo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Tem primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta”<sup>186</sup>.

O rol de direitos fundamentais, portanto, é muito maior hoje do que na realidade vivida por Rui Barbosa, quando construiu seus argumentos que foram responsáveis, dentro da perspectiva deste trabalho, pela construção da primeira etapa da doutrina das questões políticas.

---

<sup>185</sup> Além das dimensões de direito acima analisadas, ainda existem autores, como Paulo Bonavides, que defendem a existência de direitos de quarta e quinta gerações/dimensões, relacionados à pesquisa genética, democracia, informação e pluralismo (quarta dimensão) e direito à paz (quinta dimensão). In: BONAVIDES, Paulo. A quinta geração de direitos fundamentais. **Direitos Fundamentais & Justiça**. nº 3. Rio Grande do Sul. Abr./Jun.2008.

<sup>186</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 19ª Edição, São Paulo: Editora Malheiros, 2006, p. 563.

Considerando este empoderamento dos ministros individualmente, tendo ficado claro como a atuação de um único ministro é capaz de trazer consequências práticas para a vida dos jurisdicionados, justifica-se a escolha de um ministro para realizar a análise da doutrina das questões políticas no STF, e não de decisões colegiadas proferidas pelo plenário do tribunal em referência.

## 5. A DOUTRINA DAS QUESTÕES POLÍTICAS NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ATUAÇÃO DE ROBERTO BARROSO

“As supremas cortes representam também um papel representativo, o de atender demandas da sociedade que não tenham sido atendidos a tempo e a hora. O que se está exercendo aqui, e que deve ser exercido em situações excepcionais, quando a história exige é o papel iluminista, de empurrar a história relativamente a determinados temas, mesmo contra vontades majoritárias...”<sup>187</sup>

Este quarto e último capítulo da dissertação tem como principal objetivo, fazer uma análise de como a doutrina das questões políticas se apresenta contemporaneamente no Supremo Tribunal Federal, mesmo que *hidden* – como diria Seidman. Mais especificamente, nosso recorte metodológico nos leva a aprofundar o olhar focando nas decisões proferidas pelo Ministro Roberto Barroso, de modo que se busca fazer um paralelo entre as concepções da *political question doctrine* desenvolvida nos Estados Unidos e como ela vem sendo adotada no seio do STF, em especial, nas decisões do ministro considerado ativista.

A escolha de um único ministro para realizar este levantamento deveu-se à percepção acerca do empoderamento dos ministros do Supremo, como ilhas que conseguem decidir as causas submetidas ao tribunal de forma individual<sup>188</sup>.

E a eleição de Barroso como o ministro a ser pesquisado por este trabalho, deveu-se à sua produção doutrinária sobre como ele percebe a atuação da Suprema Corte brasileira, e suas ponderações acerca de como o tribunal deve se posicionar ao se deparar com uma tensão entre Direito e Política.

<sup>187</sup> Trata-se de parte do voto do Ministro Roberto Barroso no julgamento da ADO 26 e do MI 4733. In: BARROSO, Luis Roberto. **Jurisdição Constitucional e Debates Públicos: julgamento da ADO 26 e do MI 4733- omissão legislativa de criminalizar a homofobia e a transfobia**. Disponível em: <https://luisrobertobarroso.com.br/2019/02/25/julgamento-da-ado-26-e-do-mi-4733-omissao-na-criminalizacao-da-homofobia-e-da-transfobia/>. Acesso em: 15 mar. 2021.

<sup>188</sup> A utilização do termo “ilhas” advém da construção doutrinária de Flávia Danielle Santiago Lima, que assim já denominava os ministros do STF. Sobre o tema, ver: LIMA, Flávia Danielle Santiago; GOMES NETO, José Mário Wanderley. “DAS 11 ILHAS AO CENTRO DO ARQUIPÉLAGO: OS SUPERPODERES DO PRESIDENTE DO STF DURANTE O RECESSO JUDICIAL E FÉRIAS”. In: **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 8, n. 2. Brasília. 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.5102/rbpb.v8i2.5306>. Acesso em: 20 jan. 2021.

Outro motivo que levou à escolha deste ministro, relaciona-se ao fato dele defender o ativismo judicial em suas construções doutrinárias<sup>189</sup>, o que reflete em suas decisões judiciais, nos levando a fazer um paralelo interessante entre a postura de Barroso e uma doutrina de autocontenção.

Percebe-se, ao longo do desenvolvimento inicial deste capítulo, que a doutrina das questões políticas está inserida no enorme espaço de estudo do ativismo judicial e autocontenção, sendo considerada como uma espécie de *passive virtues*, tal como desenvolvida por Alexander Bickel<sup>190</sup>, permitindo evitar o julgamento de mérito do caso e de questões constitucionais que porventura estejam envolvidas. Isso pode dar-se por diversos motivos, conforme se verá no decorrer deste capítulo.

Será feita uma análise geral acerca da postura do Ministro Roberto Barroso em suas construções acadêmicas e jurisdicionais. O estudo de sua biografia - mesmo que não muito aprofundada -, bem como de sua bibliografia, nos ajudará a perceber como as decisões pesquisadas foram influenciadas por suas construções pessoais. Nesse momento da pesquisa, realizar-se-á uma revisão bibliográfica do pragmatismo jurídico desenvolvido por Richard Posner, considerando a influência sofrida pelo Ministro Barroso em suas decisões judiciais dessa teoria jurídica, como veremos.

Pelas suas bases teóricas, o pragmatismo jurídico pode servir de respaldo ao ativismo judicial, e sendo Barroso um ministro que adota as noções do pragmatismo jurídico norte-americano em seus julgados, chegamos a uma conclusão: estamos trabalhando com um ministro da Corte de Cúpula Brasileira que tem uma postura tendente a não internalizar, ao menos não completamente, a essência das limitações impostas pela doutrina das questões políticas ao poder criativo do Judiciário.

## 5.1 - Análise da atuação do Supremo Tribunal Federal através do Ministro Roberto Barroso

---

<sup>189</sup> O ministro Roberto Barroso defende abertamente o ativismo judicial, o que poderá ser observado na análise das suas obras doutrinárias, e também pelas suas declarações públicas. Em 2014, na palestra de abertura do seminário Teoria da Decisão Judicial, realizado na sede do Conselho da Justiça Federal (CJF), Barroso defendeu o ativismo judicial e afirmou que a figura de um juiz tradicional estava superada, de modo que um magistrado deveria ir além da legislação para decidir uma causa, devendo ponderar outros aspectos metajurídicos. Encontramos arquivo sobre essa palestra no site: <https://www.cjf.jus.br/cjf/noticias/2014/abril/ministro-roberto-barroso-defende-ativismo-judicial-na-abertura-de-seminario>. Acesso em 08 jun. 2021.

<sup>190</sup> BICKEL, Alexander. "The Passive Virtues". In: **Harvard Law Review**. V. 75 (1), 1961, pp. 40-79.

O papel de uma Suprema Corte é de suma importância dentro de um Estado Democrático de Direito.

Pelas lições do constitucionalista Bruce Ackerman pudemos perceber que a Suprema Corte de um país tem uma função extremamente necessária e relevante, como instância defensora da vontade do povo. Quando declara a inconstitucionalidade de atos normativos, está resguardando a vontade popular insculpida na Constituição, através do *judicial review*.

Nessa perspectiva, Ackerman rejeita a existência de uma tensão entre a soberania popular (exercida através da produção normativa pelo Poder Legislativo) e a revisão judicial realizada pelo Judiciário, defendendo que ambos os movimentos se complementam na consecução de um objetivo em comum: atender à vontade da população.

E ele vai além, afirmando que nos momentos de transformações populares, nos quais o povo diretamente pugna pela realização de modificações no ordenamento jurídico, o Judiciário deve chegar, inclusive, a afastar uma norma constitucional originariamente legítima<sup>191</sup>.

Essa perspectiva de Ackerman sobre a atuação do Judiciário é importantíssima para este estudo, pois traz uma reflexão diametralmente oposta às bases da doutrina da questão política, defendendo o extremo de ser possível, a uma Suprema Corte, desconsiderar até mesmo as normas legitimamente postas outrora pelo Poder Constituinte Originário, em favor da vontade do “Povo soberano”. E por esse motivo, este autor foi escolhido para a análise das teorias sobre separação dos poderes nesta dissertação, conforme já advertido.

Mas como essa perspectiva de Ackerman pode ser revisitada neste trabalho, ao se analisar a atuação do STF, na visão de Barroso?

Conforme já explanado em outras oportunidades, a escolha deste ministro da Suprema Corte brasileira, deveu-se justamente por ter se levantado a hipótese de que ele teria uma atuação bastante ativista na Corte, levando a investigar como a doutrina das questões políticas (decorrente da autocontenção judicial) convive com esse suposto antagonismo da atuação do ministro Barroso.

---

<sup>191</sup> ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano**: fundamentos do direito constitucional. Trad. Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

Verificar-se-á, ao logo da leitura dos próximos tópicos, que a postura de Barroso se aproxima mais do entendimento de Ackerman, do que dos teóricos que defendem a aplicação da *political question doctrine*.

### 5.1.1 – Breve análise biográfica de Barroso

Uma parte desta pesquisa dedicou-se a estudar um pouco da biografia do ministro Roberto Barroso, a fim de verificar se a vivência particular do jurista teria trazido alguma influência ao seu modo de julgar as demandas no STF.

Mais à frente, quando for analisada a influência do pragmatismo jurídico norte-americano nas decisões proferidas pelo ministro em referência, será constatada a importância deste estudo biográfico para a compreensão de alguns pontos das tomadas de decisões do ministro.

Além de pesquisas realizadas livremente na rede mundial de computadores (internet), utilizou-se como base para essa pesquisa, os livros publicados pela Fundação Getúlio Vargas (FGV), na coletânea “História Oral do Supremo”<sup>192</sup>; existindo um exemplar que trata especificamente do ministro Barroso<sup>193</sup>.

O projeto “História Oral do Supremo” é bastante interessante, baseando-se numa pesquisa feita através de entrevistas com 21 (vinte e um) ministros do STF, onde abordam questões pessoais e profissionais dos entrevistados, tentando fazer uma ligação entre os temas com a postura dos ministros dentro da Suprema Corte Brasileira; em alguns momentos, tocando em casos emblemáticos na carreira jurisdicional dos ministros.

De acordo com o relato realizado por Barroso, em sua entrevista no projeto da FGV, sua escolha pelo curso de Direito ocorreu por influência dos seus pais – que também eram juristas -, ingressando na faculdade de Direito do Rio de Janeiro (UERJ), em 1976, ainda no período em que vigorava a Ditadura Militar, acompanhando de perto a influência política sobre o Direito.

---

<sup>192</sup> Para acesso a toda a coleção: <https://historiaoraldosupremo.fgv.br/>.

<sup>193</sup> FONTAINHA, Fernando de Castro; SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos; VANNUCCHI, Marco Aurélio (orgs.). **História oral do Supremo (1988-2013)**, v.11: Luis Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016, 130 p.

Barroso teria participado da criação do movimento estudantil na UERJ, relatando ser adepto ao marxismo e, por consequência, à Teoria Crítica, opondo-se ao modelo político vigente e tecendo críticas acerca de como o Direito Constitucional era posto no ordenamento jurídico existente à época.

Relata que sofreu grande influência, na sua época de faculdade, do autor e jurista pernambucano, Luís Pinto Ferreira<sup>194</sup>, e através das leituras de obras deste autor, Barroso teria começado a associar Direito e Política, de modo a afirmar que seria possível fazer política dentro do Direito, utilizando o ordenamento jurídico como meio de transformação social, e não como normas estanques e dissociadas das lutas políticas e sociais:

“Eu despertei para o direito constitucional lendo um livro de um professor pernambucano chamado Luís Pinto Ferreira, que era Princípios gerais de direito constitucional, e ele falava muito pouco de direito constitucional; ele falava de política, história política, ciência política e, depois, fazia um elo com o direito constitucional. Ele tinha um capítulo sobre marxismo que era muito bem arrumado, que também me chamou a atenção. Naquela época, éramos todos marxistas [risos]. E aquilo me despertou a ideia de que dá para fazer política fora da política, dá para fazer política dentro do Direito, dá para você fazer coisas boas dentro do Direito. Então o Pinto Ferreira foi a primeira pessoa, a primeira leitura que eu fiz, que disse: “Dá para fazer uma conexão aqui”. Porque a minha geração era toda ligada à teoria crítica; a teoria crítica era uma forma de pensar o Direito a partir do marxismo, que considerava que tudo é política, tudo é superestrutura; o Direito está a serviço das estruturas dominantes e, portanto, aderir ao Direito é aderir às estruturas dominantes. E eu faço parte de uma geração, eu destacaria um parceiro, meu amigo e contemporâneo, do Paraná, que era o Clèmerson Merlin Clève, como uma outra pessoa que começou a **trabalhar a perspectiva de transformação social a partir do Direito. Quer dizer, é possível fazer um Direito progressista, é possível ajudar a empurrar a história através do Direito**”<sup>195</sup>. (grifos nossos)

A participação de Barroso intensificou-se no movimento estudantil, tendo fundado o jornal “Andaime”, publicado pelo centro acadêmico da UERJ, onde discutia questões políticas, além de ter lutado pela aprovação da Lei de Anistia, tudo isso enquanto estudante de direito.

<sup>194</sup> Barroso afirma que foi bastante influenciado pela obra “Princípios Gerais de Direito Constitucional”, de Luís Pinto Ferreira. In: FONTAINHA, Fernando de Castro; SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos; VANNUCCHI, Marco Aurélio (orgs.). **História oral do Supremo (1988-2013)**, v.11: Luis Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016, p. 63.

<sup>195</sup> FONTAINHA, Fernando de Castro; SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos; VANNUCCHI, Marco Aurélio (orgs.). **História oral do Supremo (1988-2013)**, v.11: Luis Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016, pp.63-64.

Formado em 1980, foi convidado em 1981 para dar algumas aulas de direito constitucional na UERJ, tendo sido impedido de continuar a lecionar, após a terceira aula ministrada, pelo fato de ter participado do movimento estudantil.

“E, um dia, depois de umas três aulas, esse professor me procura e me diz: “Olha, nós temos um problema. Fui procurado por uma pessoa ligada aos organismos de informação” – que era uma entidade abstrata, mas muito poderosa ainda, foi antes do Riocentro – “e eles me disseram que tem muita coisa contra você lá, você fez muito movimento estudantil. Eu gosto muito de você, mas eu não tenho como bancar isso, de modo que a gente vai ter que adiar o nosso projeto”. Eu disse: “Claro, imagina.” Mas eu fiquei devastado. Porque eu tinha me encontrado naquilo, eu já sabia que eu queria ser professor”<sup>196</sup>.

Em 1982, após o apelo de outros professores, que não tinham viés esquerdista explícito, o veto dado contra Barroso foi derrubado, e permitiu-se que ele lecionasse, mas não na disciplina de direito constitucional, tendo que dar aulas de direito internacional privado, como professor assistente. O efetivo início de sua vida de docente só iniciou depois de “burlar” um segundo veto dado por alguém influente na Faculdade de Direito<sup>197</sup>, sendo contratado pela Universidade do Rio de Janeiro.

Barroso só teria conseguido assumir a disciplina de direito constitucional em 1986, após ser aprovado em concurso público da UERJ.

Essas dificuldades sofridas por Barroso, seja durante o movimento estudantil, seja em relação às barreiras para conseguir adentrar na docência universitária, levaram o jurista a desenvolver diversos trabalhos acadêmicos sobre a efetividade da norma constitucional, bem como a defender a judicialização dos direitos fundamentais, os quais, de acordo com Barroso, devem ser garantidos pelo Poder Judiciário.

Os fatos biográficos aqui destacados, irão influenciar também as tomadas de decisões do referido ministro, conforme será visto adiante, apresentando como traço marcante das decisões pesquisadas, a exaltação da liberdade de expressão,

---

<sup>196</sup> FONTAINHA, Fernando de Castro; SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos; VANNUCCHI, Marco Aurélio (orgs.). **História oral do Supremo (1988-2013)**, v.11: Luis Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016, p. 59.

<sup>197</sup> No relato realizado por Barroso, em sua entrevista, ele não cita o nome da pessoa que teria sido responsável pelo segundo veto a seu nome como professor da Faculdade de Direito da UERJ. Nota da Autora.

afirmando que este direito fundamental deve ter um certo destaque dentro de um Estado Democrático, pois sem ele, não haveria a plenitude de outros direitos<sup>198</sup>.

Perceber-se-á que a postura adotada por Barroso, seja em suas obras acadêmicas e doutrinárias, seja em suas decisões, foram influenciadas pelos cerceamentos sofridos durante o regime militar em sua vida como estudante de direito e no início de sua caminhada de docência universitária.

### 5.1.2 – Principais bases teóricas da construção acadêmica de Barroso

Pela análise biográfica realizada acima, pode-se perceber que Roberto Barroso caracteriza-se como um jurista que sofre fortes influências políticas, seja pela sua vivência na luta por transformações sociais na época da ditadura militar (participando do movimento estudantil), seja pela sua formação intelectual, onde passou a alinhar-se a posicionamentos como o de Luís Ferreira Pinto, defendendo a possibilidade de fazer política dentro do direito.

O ministro chegou a afirmar que “*o juiz que sabe só Direito, não sabe nem Direito*”<sup>199</sup>, em uma clara demonstração de sua perspectiva doutrinária, defendendo que, para a melhor aplicação das normas jurídicas, o magistrado deve estar informado sobre o seu entorno; notadamente influenciado pela noção de que Direito imiscui-se em outros ramos, como a política.

O primeiro trabalho acadêmico escrito por Barroso foi “Por que não uma constituição para valer”<sup>200</sup>, em 1985, analisando dispositivos das Constituições de 1967 e 1969, apontando o que estes textos normativos teriam de positivo, defendendo que se suas normas fossem executadas na vida real, a sociedade viveria melhor.

---

<sup>198</sup> Esse pensamento do ministro Roberto Barroso sobre a liberdade de expressão, é encontrado no seu voto na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.815/DF, onde se discutiu a colisão entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade de pessoa objeto de biografias. Ver: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.815/DF – Distrito Federal. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. In: **Pesquisa de jurisprudência**, julgamento pelo plenário em 10 junho 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>. Acesso em: 10 out. 2020.

<sup>199</sup> FONTAINHA, Fernando de Castro; SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos; VANNUCCHI, Marco Aurélio (orgs.). **História oral do Supremo (1988-2013)**, v.11: Luis Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016, p. 117.

<sup>200</sup> Informação em: FONTAINHA, Fernando de Castro; SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos; VANNUCCHI, Marco Aurélio (orgs.). **História oral do Supremo (1988-2013)**, v.11: Luis Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016, p. 64.

Mais tarde, esse trabalho ensejou a publicação de seu primeiro livro “O direito constitucional e a efetividade de suas normas”<sup>201</sup>, obra em que o autor procurou compilar o cerne de seu pensamento teórico à época.

Os trabalhos acadêmicos de Barroso acabam por encerrar desenvolvimentos compatíveis com seu pensamento central: o que está escrito na Constituição é para valer, e caso não haja uma efetivação da norma constitucional pelos poderes majoritários, o judiciário deve concretizar a Constituição<sup>202</sup>.

Desenvolveu a ideia de que se deve lutar contra o esvaziamento do texto constitucional, de modo que a Constituição não deve ser um mero instrumento de retórica<sup>203</sup>, em clara oposição ao que acontecia com a Carta Magna brasileira no período do regime ditatorial militar, a qual não passava de uma folha de papel, nos termos da doutrina de Lassalle<sup>204</sup>, não possuindo qualquer efetividade. A Constituição nesta época servia apenas para respaldar uma determinada forma política de pensar.

Nos termos do constitucionalismo moderno, Barroso apresenta em suas produções a ideia de que a função precípua da constituição é limitar o poder estatal e garantir os direitos fundamentais. Para o constitucionalista, não se pode conceber que a norma constitucional não tenha eficácia por si só, vindo a depender de outros elementos que estão à mercê da vontade dos poderes Executivo e/ou Legislativo, de modo que, com a ausência da execução dos elementos faltantes pelos poderes majoritários, impedir-se-ia a concretização constitucional. Isso seria impedir a aplicação da vontade da Soberania Popular, insculpida no texto constitucional de um país.

---

<sup>201</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 9ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2009.

<sup>202</sup> In: BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 9ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2009

<sup>203</sup> A expressão “retórica” foi utilizada aqui no sentido trazido por Barroso em seus escritos, mais coadunado com uso “vulgar” ou “pejorativo” da palavra, buscando passar a ideia de que o texto constitucional poderia se mostrar como um mero ornamento de palavras, mas vazio de conteúdo e aplicabilidade. Não se está aqui fazendo uso das lições científicas sobre retórica, onde em Aristóteles encontramos uma construção muito relevante sobre o tema, afirmando que ela seria caracterizada pela aplicação do “entimema”, ou seja, uso de um raciocínio, que não tem o mesmo grau de certeza do silogismo [dialética], mas pretende ser evidente e promover o convencimento e, acima de tudo, a persuasão do ouvinte do discurso retórico. Sobre o tema, ver: ARISTÓTELES. **Retórica**. São Paulo: Rideel, 2007. (Coleção biblioteca clássica); PERELMAN, Chaïm. **Retóricas**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004]. Há ainda quem busque demonstrar a possibilidade de se utilizar a retórica como um método no estudo do direito, apto a compreender os meios utilizados pelos juristas para lidar com os mecanismos do direito dogmático na criação e interpretação das normas jurídicas, como encontramos em obra desenvolvida por Pedro Parini Marques de Lima [In: PARINI, Pedro. **Retórica como método no Direito: O entimema e o paradigma como bases de uma retórica judicial analítica**. João Pessoa: Editora UFPB, 2015].

<sup>204</sup> Referência à conhecida obra de Ferdinand Lassalle: LASSALLE, Ferdinand. **A essência da Constituição**. 9ª.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2016.

A maior preocupação de Barroso, decorrente de sua experiência com o período ditatorial, era resgatar o caráter normativo do Direito Constitucional e sua densidade jurídica, o que poderia ser feito de dois modos: a) assegurando a efetividade do texto constitucional, através da realização concreta dos seus comandos no mundo dos fatos – o que deveria ser feito pelo Judiciário -; b) com o esgotamento de todas as potencialidades interpretativas do texto constitucional, sem ficar no aguardo dos agentes infraconstitucionais<sup>205</sup>.

De acordo com os relatos pessoais de Roberto Barroso<sup>206</sup>, na sua perspectiva, os autores constitucionalistas da época de sua graduação, como Affonso Arinos de Mello Franco, tratavam o direito constitucional como uma categoria apenas ligada à política, história, sociologia, não sendo considerado um ramo eminentemente jurídico; de modo que as normas constitucionais poderiam dar diretrizes, mas não serviriam para uma atuação efetiva na proteção contra a violação dos direitos fundamentais. O ministro é completamente avesso a este pensamento, defendendo que o direito constitucional deve ter sua força normativa garantida, e reverberando essa máxima, em suas produções doutrinárias: “o que está na constituição é para valer!”<sup>207</sup>.

Analisando a tese doutrinária desenvolvida por Barroso, é possível constatar que ele atribui claramente ao Poder Judiciário a tarefa de efetivar o direito constitucional, como âmbito capaz e responsável para contribuir com o resgate do caráter normativo da constituição.

Esta postura doutrinária, vinda desde sua formação acadêmica, seja como estudante de direito, seja como docente, influencia sobremaneira suas decisões. Não à toa, portanto, é visto como um ministro ativista.

Além da aguerrida defesa acerca da efetividade das normas constitucionais, muitos textos de Barroso são marcados pela discussão da intersecção entre direito e política.

Apesar de afirmar que são coisas diferentes, defende a fluidez da fronteira entre eles. Para Barroso, alguns aspectos do texto jurídico (em especial o texto

---

<sup>205</sup> Sobre o tema, encontramos esse posicionamento no artigo: BARROSO, Luís Roberto. “A efetividade das normas constitucionais revisitada”. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, vol. 197, pp. 30-60, jul./set. 1994.

<sup>206</sup> FONTAINHA, Fernando de Castro; SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos; VANNUCCHI, Marco Aurélio (orgs.). **História oral do Supremo (1988-2013)**, v.11: Luis Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016, p. 68.

<sup>207</sup> BARROSO, Luís Roberto. “A efetividade das normas constitucionais revisitada”. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, vol. 197, pp. 30-60, jul./set. 1994.

constitucional) contribuem para interferência da política no direito e vice-versa, advertindo que se deve afastar a pretensa autonomia do direito e do judiciário em relação à política.

Em primeiro lugar afirma que constitucionalizar uma matéria, significa transformar política em direito<sup>208</sup>, de modo que se transporta para o mundo jurídico temas que antes eram afetos às discussões travadas nos poderes majoritários, aumentando a abrangência de atuação do Judiciário.

Outras circunstâncias normativas e práticas ainda influenciariam para a fluidez entre direito e política, tais como: a) a linguagem aberta dos textos jurídicos, abrindo um grande espaço para interpretação; b) a existência de desacordos morais razoáveis, onde pessoas e seguimentos distintos da sociedade, apresentam posicionamentos intelectuais antagônicos sobre a mesma matéria, não havendo uma conciliação possível, como foi o caso da discussão sobre as pesquisas de células-tronco embrionárias; c) a colisão de normas constitucionais, que leva o intérprete do texto constitucional a ponderar qual deve ser o princípio a prevalecer naquele caso concreto; d) a interpretação constitucional e seus métodos, quando Barroso faz uma breve ponderação acerca da presença do pragmatismo jurídico [norte-americano] na tomada de decisão pelos magistrados, afirmando que, em certos casos, o julgador afasta-se do debate sobre a norma em si, e passa a construir sua decisão moldando-a para chegar no resultado já previsto e desejável por ele<sup>209</sup>.

Dentro dessa perspectiva, Barroso marca seus textos com uma pretensão de debater sobre a possibilidade de se chegar a um mínimo de equilíbrio entre “*supremacia constitucional, interpretação judicial da Constituição e processo político majoritário*”<sup>210</sup>, trazendo pontuações sobre o ativismo judicial, numa visão otimista dessa atuação, conforme já explanado nesta dissertação; configurando o ativismo como uma ação necessária do Judiciário para extrair a máxima potencialidade da norma constitucional.

---

<sup>208</sup> BARROSO, L. R.. “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática”. In: **Revista Atualidades Jurídicas**, n. 4, fev. 2009, Brasília: OAB. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2021. p. 04.

<sup>209</sup>BARROSO, L. R. “Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo”. In: **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, Vol. 12, nº96 | Fev/Mai 2010 ISSN 1808-2807 pp. 5 a 43, (pp. 22-26).

<sup>210</sup> Barroso, L. R. (2005). “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)”. In: **Revista De Direito Administrativo**, 240, pp.1-42. <https://doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43618>. Acesso em 22 jan. 2021. p. 52.

Mesmo com essa visão otimista sobre o fenômeno, Barroso aponta alguns limites para a atuação ativista do judiciário, defendendo que a ação potencializadora do Judiciário deveria acontecer apenas quando necessário para garantir e proteger direitos fundamentais e os procedimentos democráticos. Caso contrário, afirma que os magistrados devem ser deferentes aos demais poderes estatais:

“Quando não estejam em jogo os direitos fundamentais ou a preservação dos procedimentos democráticos, juízes e tribunais devem acatar as escolhas legítimas feitas pelo legislador, assim como ser deferentes com o exercício razoável de discricionariedade pelo administrador, abstendo-se de sobrepor a eles sua própria valoração política”<sup>211</sup>.

Encontra-se ainda nas lições de Barroso, uma certa proximidade com o pensamento de Bruce Ackerman – não se sabe se influenciado por este constitucionalista norte-americano, ou não -, afirmando que o Judiciário não pode *“suprimir nem oprimir a voz das ruas, o movimento social e os canais de expressão da sociedade. Nunca é demais lembrar que o poder emana do povo, não dos juízes”*<sup>212</sup>.

Barroso se mostra como um constitucionalista que tem uma visão otimista em relação ao ativismo judicial, defendendo em seus textos uma inegável e inafastável imiscuição entre direito e política, afirmando não ser possível, em certos casos, interpretar e aplicar normas constitucionais sem adentrar em questões políticas, haja vista as normas constitucionais serem o resultado da transformação da Política em Direito.

Encontra-se a ideia de que Poder Judiciário é a instância responsável pela concretização da Constituição, devendo atribuir efetividade ao texto constitucional, o que, diante de sua perspectiva doutrinária, alberga a este poder a possibilidade de transitar por questões jurídicas e políticas, a fim de garantir e proteger direitos fundamentais e defender os procedimentos democráticos.

---

<sup>211</sup> BARROSO, L. R. “Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo”, In: **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, Vol. 12, nº96 | Fev/Mai 2010 ISSN 1808-2807 pp. 5 a 43. (p. 42-43).

<sup>212</sup> BARROSO, L. R. “Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo”, In: **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, Vol. 12, nº96 | Fev/Mai 2010 ISSN 1808-2807 pp. 5 a 43., (p. 43).

Apesar de apresentar algumas ponderações sobre a limitação da atuação ativista do judiciário, quando como escreve sobre a judicialização excessiva sobre o direito à saúde<sup>213</sup>, Barroso tem uma postura defensiva em relação ao ativismo judicial.

Durante a análise bibliográfica do referido constitucionalista e ministro do STF, verificou-se que ele sofre influência do pragmatismo jurídico norte-americano e está atento à existência de elementos metajurídicos que influenciam [ou podem influenciar] na tomada de decisões judiciais, tais como: a) valores e ideologias do juiz; b) interação com outros atores políticos e institucionais; c) perspectiva de cumprimento efetivo da decisão; d) circunstâncias internas dos órgãos colegiados; e) opinião pública<sup>214</sup>.

## 5.2 – Influência do pragmatismo jurídico norte-americano

### 5.2.1 – Realismo e Pragmatismo Jurídico Norte-Americano

Afirmou-se, ao longo deste estudo, que Roberto Barroso tem sido influenciado pelo pragmatismo jurídico norte-americano, seja no desenvolvimento de seus trabalhos acadêmicos, seja na sua produção de decisões judiciais. Portanto, deve-se esclarecer os pontos principais desse movimento jurídico.

Adverte-se o leitor que não existe um único viés de realismo jurídico. Não obstante o realismo norte-americano ser o mais disseminado na academia brasileira, este movimento teve uma forte influência filosófica na Escola de Uppsala, a partir da qual se desenvolveu o realismo jurídico escandinavo, com seu precursor, Axel Hägerström<sup>215</sup>.

---

<sup>213</sup> BARROSO, L. R. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. 2007. Disponível em: <[https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/38245/falta\\_efetividade\\_judicializacao\\_barroso\\_PLENUM.pdf](https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/38245/falta_efetividade_judicializacao_barroso_PLENUM.pdf)>. Acesso em: 03 out. 2020.

<sup>214</sup> BARROSO, L. R. “Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo”. In: **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, Vol. 12, nº96 | Fev/Mai 2010 ISSN 1808-2807 pp. 5 a 43. (p. 27- 41).

<sup>215</sup> O realismo escandinavo contou com juristas e filósofos do direito como Hägerström, Karl Olivecrona e Alf Ross. Com a célebre frase “*præterea censeo metaphysicam esse delendam*”, os realistas escandinavos tinham um ponto de vista em comum, qual seja, o de procurar “destruir” a metafísica, e afirmar que o direito era “real”. O realismo sueco defendia que o direito era real não porque ele era palpável materialmente, mas porque ele existia nas crenças das pessoas, como realidade distinta; crença esta entendida como um sentimento de obrigatoriedade, o qual permitia que fossem aplicadas as técnicas de convivência e de tomada de decisões. Sobre o tema: SANDSTRÖM, Marie. “Law – Fact, Fiction or In Between? Axel Hägerström’s Quest for Legal Realism”. In:

Enquanto o realismo escandinavo estava preocupado em afastar a metafísica do estudo jurídico, procurando demonstrar que os juízes não eram feiticeiros, encontrando a solução para o caso concreto [subsunção normativa] de forma mágica; o realismo norte-americano, desdobrado no pragmatismo jurídico, mostra-se como um movimento que tem o foco concentrado na atuação do magistrado, no sentido de entender que “Direito” é aquilo que o juiz diz que é, só havendo “Direito” a partir da decisão judicial.

O realismo filosófico norte-americano iniciou-se, no século XIX, a partir dos encontros de pensadores no “Clube ‘Metafísico’ de Boston”, onde se reuniam Charles Sander Peirce, William James e John Dewey [estes três conhecidos como os fundadores do pragmatismo norte-americano]; bem como juristas, como Oliver Wendel Holmes, todos adotando uma postura crítica em relação à metafísica<sup>216</sup>.

O pragmatismo inicia-se com uma pretensão muito mais metodológica para compreensão do Direito, buscando conhecer o fenômeno jurídico, do que com a pretensão de criar uma doutrina.

Para William James, pragmatismo seria um método para assentar disputas metafísicas, as quais, senão fosse esse pensamento realista, não teriam fim<sup>217</sup>. O pragmatismo jurídico consistia em um apelo à realidade, defendendo que seria pelas consequências práticas que se poderia chegar ao conceito das coisas. Sara Barrena adverte ainda que *“la máxima pragmática original no es una teoría del significado o de la verdade, como a veces se piensa, sino um método filosófico para clarificar conceptos a traves de sus consecuencias”*<sup>218</sup>.

Segundo Charles Morris, quatro fatores históricos teriam influenciado o surgimento do pragmatismo norte-americano: a) o auge do método científico; b) a força do empirismo na filosofia; c) a aceitação da evolução biológica; e, d) a aceitação dos ideais da América democrática, considerando que os Estados Unidos passaram

---

**Scandinavian Studies in Law.** Perspectives on Jurisprudence. Essays in Honour of Jes Bjarup. vol 48, Jure, Stockholm, 2005, pp. 329-340].

<sup>216</sup> Sobre o tema: MURRAY, D. L. **Pragmatism.** London: Constable and company, 1912, p. 34 e ss.; MENAND, Louis. **The metaphysical club.** London: Flamingo, 2002; WESEP, H. B. van. **A estória da filosofia Americana.** Lisboa: Fundo de Cultura, 1960.

<sup>217</sup> JAMES, William. (1907). **Pragmatism.** Ed. by Frederick H. Burkhardt; Fredson Bowers; Ignas K. Skrupskelis. Cambridge: Harvard University Press.

<sup>218</sup> BARRENA, Sara. “El pragmatismo”.In: **Revista de filosofia Factótum,** Navarra, Vol. 12, 2014, pp. 1-18. ISSN 1989-9092, p. 1.

por um processo de colonização bem diferente de outras colônias, como o Brasil, por exemplo<sup>219</sup>.

O ponto central do pragmatismo filosófico norte-americano é de que serão verdadeiras as ideias que sejam fortalecidas pelas consequências visualizadas na prática; tais ideias devem ser comprovadas empiricamente<sup>220</sup>.

As principais características do pragmatismo filosófico são: a) o antifundacionalismo – relaciona-se à rejeição de qualquer critério ou fundação estática e definitiva para qualquer teoria ou argumento; b) contextualismo – enfatiza a experiência humana no resultado de qualquer investigação científica ou filosófica; e, c) o consequencialismo – caracterizado como a escolha entre diversas interpretações e soluções possíveis de um fenômeno a partir das consequências práticas, numa nítida atitude empirista e experimentalista<sup>221</sup>.

Essas ideias filosóficas foram transportadas para o mundo do Direito, desenvolvendo-se o pragmatismo jurídico norte-americano, o qual, apesar de se utilizar do “núcleo duro” do viés filosófico, apresenta seus próprios termos teóricos<sup>222</sup>.

O pragmatismo jurídico, utilizando-se aqui como marco teórico, o jurista Richard Posner, apresenta-se como uma construção doutrinária que atribui às consequências práticas das decisões judiciais um peso decisivo na atuação dos juízes.

Apesar de sofrer críticas advindas de Ronald Dworkin, que considera o pragmatismo como uma concepção cética, à medida em que encoraja os juízes a escolher, segundo seu próprio ponto de vista, os fins possivelmente relevantes e decidir tentando atingi-los, considerando ainda que toda pretensão levada ao judiciário seria, no fundo, meramente estratégica – não havendo obediência do juiz ao Direito como um fim em si mesmo<sup>-223</sup>, o pragmatismo jurídico encontrou grande guarida nas produções e estudos de Posner.

Ele afirma que a grande contribuição que o pragmatismo jurídico pode dar ao direito seria o de “limpar as mesas” dos juízes e dos juristas, dos mitos como o da “neutralidade científica” das elaborações doutrinárias e da decisão judicial

<sup>219</sup> MORRIS, Charles. **The pragmatic Movement in American Philosophy**. New York: George Braziller. 1970.

<sup>220</sup> BARRENA, Sara. “El pragmatismo”. In: **Revista de filosofia Factótum**, Navarra, Vol. 12, 2014, pp. 1-18. ISSN 1989-9092, p. 5.

<sup>221</sup> ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernanda. “Pragmatismo como [meta]teoria da decisão judicial: Caracterização, Estratégias e Implicações”. In: Daniel Sarmento (Coord.). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 176.

<sup>222</sup> POSNER, Richard. **Law, Pragmatism and Democracy**. Cambridge: Harvard University Press, 2003, pp. 12 e 59.

<sup>223</sup> DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

“mecânica”<sup>224</sup>, tentando mostrar que, na concretização do direito através das decisões judiciais, os magistrados não estão atrelados a soluções já prontas, estáticas e únicas para o caso concreto. Pelo contrário, Posner entende que, para resolver um caso que se apresenta ao Poder Judiciário, existem várias soluções jurídicas possíveis, cabendo ao magistrado escolher qual a melhor solução, tendo as consequências práticas das soluções, um papel central na tomada de decisão.

Ponderando as lições de Posner, Diego W. Arguelhes e Fernanda Leal, afirmam que, para a tomada de decisão por um juiz pragmático, deve-se percorrer necessariamente duas etapas<sup>225</sup>: a) uma etapa descritiva, onde haverá inicialmente a individualização de pares de decisões possíveis para o caso concreto, atreladas estas decisões às suas consequências; b) a segunda etapa valorativa, na qual o juiz irá ordenar os pares (decisão-consequência) com base em algum critério para estabelecer a preferência na tomada de decisão<sup>226</sup>. Posner desenvolveu ainda um viés de análise econômica do Direito (*Law & Economics*), definindo como um dos critérios para a escolha da melhor solução no caso concreto, o impacto econômico da decisão - o que por vezes, geraria a análise do impacto social<sup>227</sup>.

Em suma, considerando que esta dissertação dialoga necessariamente com teorias da construção de decisões judiciais, mas que o aprofundamento na análise dessas teorias não é nosso objeto de estudo central, podemos caracterizar como pontos principais da teoria pragmática de Richard Posner, os seguintes: a) o juiz pragmático é empirista, não no sentido de que descarta todo e qualquer trabalho teórico, mas porque encoraja a utilização de teorias que tragam o debate judicial para mais próximo possível de discussões e problemas empíricos; b) o pragmatismo é voltado para o futuro, considerando-se o juiz pragmatista como historicista apenas no sentido em que investiga o contexto histórico de cada doutrina jurídica; sem encorajar a utilização de interpretações e conceitos dogmáticos consagrados como verdades

<sup>224</sup> POSNER, Richard. **Law, Pragmatism and Democracy**. Cambridge: Harvard University Press, 2003, p. 56.

<sup>225</sup> ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernanda. “Pragmatismo como [meta]teoria da decisão judicial: Caracterização, Estratégias e Implicações”. In: Daniel Sarmiento (Coord.). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 190.

<sup>226</sup> Para Posner, é nesse momento que se consegue realizar a distinção entre pragmatismo jurídico e utilitarismo. Para este último, a conduta de uma determinada pessoa [como por exemplo uma decisão judicial] seria a mais correta, dentre outras condutas possíveis, quando a pessoa escolhe aquela que maximiza o bem-estar geral; existira, portanto, um COMPROMISSO com a maximização do bem-estar. Já para o pragmatismo jurídico, de acordo com Posner, o juiz deve apenas se IMPORTAR com a maximização do bem-estar em geral, de modo que, este critério seria apenas um, dentre tantos outros, que o juiz pode escolher no momento de sua tomada de decisão. Nota da autora.

<sup>227</sup> POSNER, Richard. **Economic Analysis of Law**. New York: Imprinta.

atemporais; c) por fim, e não menos importante [talvez o ponto mais importante que caracteriza sua teoria], a concepção de que o juiz pragmático deve estar atento às consequências sistêmicas de sua atuação. Deste modo, em regra, o juiz pragmático deve adotar a decisão que tenha as melhores consequências para o caso em exame, mas pode se afastar dessa solução, quando demonstrar que essa postura não trará as melhores consequências sistêmicas, considerando o sistema judicial [e social] como um todo, a longo prazo<sup>228</sup>.

Por fim, há quem afirme que, o critério último para tomada de decisão, nos termos da teoria pragmática de Posner, seria a **razoabilidade**, numa tentativa de domesticá-la, considerando-se a dificuldade em se equilibrar a flexibilidade e liberdade trazida pelo ideal do pragmatismo jurídico e a necessária previsibilidade e responsabilidade no proferimento de uma decisão judicial, para que não se incuta nos jurisdicionados um sentimento de insegurança jurídica<sup>229</sup>.

### 5.2.2 – Roberto Barroso como um doutrinador e julgador pragmatista

Quando da análise das construções doutrinárias de Roberto Barroso, percebeu-se que referido ministro adota uma postura ativista [preponderantemente, e não exclusivamente], demonstrando uma preocupação muito grande em relação à necessária efetivação das normas constitucionais, não admitindo que se trate o direito constitucional apenas como um ramo que traça diretrizes, sem nenhuma força normativa.

Referido constitucionalista não nega a necessidade de se verificar o texto normativo, nem adota uma postura completamente cética de que o Direito é criado pela cabeça do juiz, independente de qualquer deferência normativa.

Verificou-se que ele acredita que o texto constitucional deve ser observado no processo de tomada de decisão, mas reconhece que esse procedimento envolve outros elementos metajurídicos, de modo a afirmar que, na realidade jurisdicional,

---

<sup>228</sup> POSNER, Richard. *Law, Pragmatism and Democracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

<sup>229</sup> ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernanda. “Pragmatismo como [meta]teoria da decisão judicial: Caracterização, Estratégias e Implicações”. In: Daniel Sarmento (Coord.). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 194-211.

combina-se, ao menos, três modelos de comportamento judicial: legalista, ideológico e estratégico. Sobre o tema:

“Na literatura jurídica norte-americana, os autores costumam identificar modelos diversos de comportamento judicial, dentre os quais se destacam o legalista, o ideológico e o estratégico. O modelo legalista corresponde à concepção mais tradicional, próxima ao formalismo jurídico, crente na objetividade do direito e na neutralidade do intérprete. O modelo ideológico coloca ênfase nas preferências políticas pessoais do juiz como fator determinante das decisões judiciais. O modelo estratégico, por sua vez, leva em conta pretensões de juízes e tribunais de conservação e expansão de seu poder, conjugada com a preocupação de ver suas decisões cumpridas e, no limite, assegurar a própria sobrevivência. O presente trabalho desenvolveu-se sobre a crença de que nenhum dos três modelos prevalece em sua pureza: a vida real é feita da combinação dos três. Sem embargo das influências políticas e das opções estratégicas, **o direito conservará sempre uma autonomia parcial**”<sup>230</sup>. (grifos nossos)

Na sua construção doutrinária, o constitucionalista, apesar de reconhecer a “autonomia” do direito, defende que seria uma autonomia parcial, seja porque entrelaça-se com elementos políticos, seja porque somente a lei [aqui utilizada em sentido amplo] não seria suficiente para se chegar à melhor solução para o caso concreto submetido ao Poder Judiciário – talvez pudesse ser apontada como um dos pontos de partida do processo de tomada de decisão.

Aproximando as lições de Barroso da doutrina sobre pragmatismo jurídico desenvolvida por Richard Posner, percebe-se que o ministro do STF também busca encontrar a melhor solução possível para o caso concreto, não como uma solução mágica, pré-determinada, mas através da ponderação realizada pelo magistrado.

Posner afirmou, ao longo de sua construção teórica, que o juiz passa por uma primeira etapa, momento em que se verifica quais as soluções possíveis para o caso em exame, linkando essas soluções às suas consequências; e numa segunda etapa, ordenaria esses pares de “decisões-consequências” de acordo com um critério que estabelecesse a preferência entre as soluções possíveis; de modo que a se escolheria a decisão a ser aplicada, ponderando as consequências mais benéficas, considerando um dado critério.

---

<sup>230</sup> BARROSO, Luís Roberto. “Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo”. In: **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, Vol. 12, nº96 | Fev/Mai 2010, pp. 5 a 43. (p. 41).

Não há a imposição de um determinado critério, devendo ser adotado de acordo com noções de razoabilidade.

Considerando essas lições, o levantamento bibliográfico das obras de Barroso e a análise qualitativa de suas decisões judiciais que envolveram questões políticas, pode-se afirmar que referido ministro tem traços do pragmatismo jurídico, porquanto pondera que as decisões judiciais são influenciadas por elementos metajurídicos, e, utiliza como critério para escolha da melhor decisão judicial no caso concreto, a maximização da força normativa das normas constitucionais; de modo que, na tomada de decisão, o magistrado deve preferir a solução que tiver como consequência a maior efetividade da norma constitucional.

Essas afirmações, poderão ser ratificadas e melhor desenvolvidas, com a análise das decisões judiciais feitas a seguir; momento em que se demonstrará a importância dessas considerações sobre a influência do pragmatismo jurídico e da concepção sobre a relação entre direito e política, nas construções jurisprudenciais do ministro STF, mostrando como isso influencia na adoção [ou afastamento] da doutrina das questões políticas nas decisões da Suprema Corte Brasileira. E, desta forma, poder-se-á responder ao problema de pesquisa desta dissertação, demonstrando se a aplicação da doutrina das questões políticas na Suprema Corte Brasileira assemelha-se à aplicação dessa doutrina na Corte Norte-Americana.

### 5.3 - Questão Política No Supremo Tribunal Federal Nas Decisões De Barroso

Neste último tópico da dissertação, será realizada a análise de decisões judiciais constantes nos votos proferidos pelo Ministro do STF, Roberto Barroso, a fim de verificar se existe a aplicação da doutrina das questões políticas na *ratio decidendi* de seus julgados, e como seria a sua aplicação, em uma análise de direito comparado com a realidade norte-americana.

Como o enfoque deste trabalho relaciona-se à tensão entre Direito e Política, discutindo a todo momento qual a medida em que o Judiciário pode se imiscuir em questões tradicionalmente afetas aos poderes majoritários, dentro da perspectiva da doutrina das questões políticas, a seleção das decisões estudadas baseou-se nesse pano de fundo.

Deste modo, considerou-se apenas as decisões relacionadas a temas segundo os quais havia uma certa discussão sobre a possibilidade [ou não] do Judiciário adentrar em questões de cunho político.

Inicialmente foram pesquisados casos através do site administrado pelo próprio ministro Barroso, intitulado com seu nome: “Luís Roberto Barroso: Jurisdição Constitucional e Debates Públicos”, cujo sítio é: <https://luisrobertobarroso.com.br/>.

Neste site, fez-se a pesquisa na aba referente aos votos e decisões proferidas no STF<sup>231</sup>, tendo-se analisado todas as decisões constantes na referida página da internet, porquanto todas elas tiveram a participação do ministro Barroso. Apesar de se ter analisado todos os casos constantes no site, selecionou-se apenas as decisões nas quais havia uma clara tensão entre Direito e Política, conforme será visto adiante.

Além do local referendado, fizemos pesquisa no site do próprio Supremo Tribunal Federal<sup>232</sup>, utilizando a aba de busca jurisprudencial, procurando decisões com base na pesquisa das expressões “questões políticas” e “doutrina das questões políticas”.

Dos resultados da busca referida, foram selecionadas apenas as decisões proferidas após o ano de 2013, ano em que Roberto Barroso ingressou no Supremo Tribunal Federal, tendo analisado o acórdão e os votos do ministro em referência.

Explicada a metodologia adotada para a escolha das decisões utilizadas neste trabalho, sobre as quais foram realizadas as reflexões da autora desta dissertação, passa-se a análise dos casos práticos selecionados.

### *5.3.1 – Dos casos práticos pesquisados*

As decisões selecionadas serão expostas em ordem cronológica da publicação dos votos do Ministro Barroso. A adoção desta metodologia na exposição das decisões dos casos concretos será entendida nas ponderações sobre os votos examinados.

No momento, nos interessa realizar uma construção descritiva dos votos de Barroso nos casos selecionados abaixo:

---

<sup>231</sup> In: <https://luisrobertobarroso.com.br/votos-e-decisoes/>. Acesso em: 05 jan. 2021.

<sup>232</sup> In: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 15 jun. 2019.

*a) Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 4.815/DF (Voto proferido em 10 de junho de 2015)*

Esse foi um dos principais votos proferido por Barroso no início de sua caminhada como ministro do STF, no qual se pode perceber a fixação de pontos importantes para compreensão de sua postura como julgador, no que tange às suas soluções na tensão entre Direito e Política, através da construção de premissas num movimento indutivo.

Na ADI 4.815/DF<sup>233</sup> discutia-se sobre a obrigatoriedade de exigência de prévia autorização para publicação de biografias. Por unanimidade, o STF julgou procedente referida ADI, dando interpretação conforme à Constituição aos artigos 20 e 21 do Código Civil Brasileiro, para afastar qualquer exigibilidade de autorização prévia sobre o tema.

Nas discussões, verificou-se uma clara colisão entre os princípios da liberdade de expressão e do direito à informação, em contraposição aos direitos da personalidade, como os direitos à privacidade, imagem e honra.

Ao se debruçar sobre a demanda, Barroso proferiu voto no sentido de reconhecer que inexistente uma ponderação fixa na colisão de direitos fundamentais, devendo-se analisar, caso a caso, qual o princípio constitucional que deve prevalecer em determinada demanda. No entanto, defendeu que a liberdade de expressão, dentro da democracia brasileira, deveria ter um certo destaque, constituindo-se como um direito fundamental preferencial – uma “liberdade preferencial”, nas palavras do ministro -; não como forma de hierarquizá-lo em detrimento dos demais direitos fundamentais, mas, como um meio de transferir o ônus argumentativo para aquele que pretende afastar essa garantia constitucional.

Dentre os motivos apontados pelo ministro para adotar essa postura, tem-se os seguintes:

---

<sup>233</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.815/DF – Distrito Federal. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Pesquisa de jurisprudência, julgamento pelo plenário em 10 junho 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>. Acesso em: 10 out. 2020.

- a) A afirmação de que “o passado condena” o sistema político brasileiro. Neste momento, Barroso remete sua argumentação ao período da ditadura militar no Brasil, onde os cidadãos sofreram com o cerceamento da liberdade de expressão, devendo omitir suas ideias e suas posturas políticas, sociais, sexuais, etc.
- b) Defendeu que, sem liberdade de expressão, não pode existir plenitude dos outros direitos;
- c) Por fim, afirmou que a liberdade de expressão é essencial para o conhecimento da história, o avanço social, o aprendizado e para a conservação da memória nacional.

Nota-se como a vida pessoal do ministro influenciou a tomada de decisão neste particular, no momento em que ele busca exaltar a liberdade de expressão com o temor de que a sociedade brasileira retorne aos tempos de censura do período ditatorial<sup>234</sup>.

As censuras sofridas por Barroso na ditadura brasileira, já relatadas na breve análise de sua biografia, nitidamente influenciam a postura deste julgador na ADI 4.815/DF, mesmo que de forma implícita. Em nenhum momento o julgador explicita suas experiências pessoais para justificar sua decisão, mas fica clara sua aversão a qualquer tipo de censura, e tece várias críticas ao modelo repressivo ditatorial. Vejamos:

“16. Por fim, além dos fundamentos filosóficos, **há uma importante razão de ordem histórica para a atribuição de uma posição preferencial às liberdades expressivas: o temor da censura.** Existe uma suspeição, historicamente fundada, em relação a intervenções estatais para regular a expressão. **No Brasil, o trauma é particularmente intenso e invoca memórias recentes.** A história da liberdade de expressão no país é uma história acidentada. Desde o Império, a repressão à manifestação do pensamento elegeu alvos diversos, da religião às artes. Durante diferentes períodos ditatoriais, houve temas proibidos, ideologias banidas, pessoas malditas. No jornalismo impresso, o vazio das matérias censuradas era preenchido com receitas de bolo e poesias de Camões. Censuravam-se músicas, peças, livros e programas de televisão.

---

<sup>234</sup> Quando nos referirmos à “DITADURA” ocorrida no Brasil, estaremos sempre nos referindo ao período de Ditadura Militar (ocorrida entre os anos de 1964 à 1985). Fazemos essa observação para não haver confusão em relação ao período da Era Vargas, considerando que houve um período ditatorial no governo de Getúlio Vargas. Nota da Autora.

17. Diante desses fundamentos, as múltiplas e até redundantes disposições sobre a liberdade de expressão na Constituição de 1988 refletem a preocupação do constituinte em garantir o florescimento de um espaço de livre fluxo de ideias no cenário de redemocratização do Brasil, **após o fim da ditadura militar, e de criar salvaguardas para impedir o retorno dos fantasmas do passado.** O reconhecimento de uma posição preferencial às liberdades comunicativas é justamente um dos principais mecanismos dessa proteção<sup>235</sup>. (grifos nossos)

Deste modo, Barroso foca seu voto na defesa de que a liberdade de expressão deve ser encarada como uma “liberdade preferencial”, o que significaria: a) que este direito fundamental teria primazia “*prima facie*” em relação a outros princípios constitucionais, impondo o ônus argumentativo de demonstrar que esta liberdade deveria ser afastada no caso concreto, a quem pretende afastá-la; b) uma necessária suspeição e um escrutínio rigoroso que deve ser imposto a qualquer manifestação de cerceamento da liberdade de expressão; c) a proibição de qualquer censura prévia, prevista no art. 5º, IX e art. 220, § 2º, todos da Constituição Federal.

Como solução, Barroso sugere que sejam adotados mecanismos de reparação, a serem aplicados “*a posteriori*”, após a publicação, como: retratação; retificação da informação; abertura para o exercício do direito de resposta; imposição de indenização; ou, até mesmo, a responsabilização penal do responsável pela divulgação de informações indevidamente ou que destoam da verdade.

Nesse diapasão, o ministro sugere, em seu voto, uma **autocontenção quase absoluta do Judiciário** nesse tema; afirmando que o Judiciário só poderia interferir na divulgação de informações, quando constatada a ilicitude na obtenção dos dados, uma mentira deliberada, ou presente outro fundamento de gravidade insuperável.

Por fim, Barroso posiciona-se no sentido de aplicar uma interpretação conforme à Constituição dos artigos 20 e 21 do Código Civil, para que não haja a expurgação dos referidos dispositivos legais.

---

<sup>235</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.815/DF – Distrito Federal. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Pesquisa de jurisprudência, julgamento pelo plenário em 10 junho 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>. Acesso em: 10 out. 2020.

*b) Medida Cautelar na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 378/DF (Voto proferido em 17 de dezembro de 2015)*

A ADPF nº 378/DF tinha como objeto central, discutir a compatibilidade do procedimento de *impeachment* de Presidente da República, previsto na Lei nº 1.079/1950, com a Constituição Federal de 1988.

A cautelar incidental teve como objeto a formação de votação (secreta ou aberta) e o tipo de candidatura (indicação pelo líder ou candidatura avulsa) dos membros da Comissão Especial na Câmara dos Deputados, tendo sido recebida como aditamento à petição inicial.

Nesse julgamento, o relator foi o ministro Edson Fachin, mas o redator foi o ministro Roberto Barroso. Tratou-se de um julgado muito extenso, em que se discutiu várias questões sobre o procedimento de *impeachment*. Não adentraremos no desenvolvimento da matéria de fundo da demanda judicial, porquanto, conforme já advertido nesta dissertação, nosso foco não é a análise das matérias de direito decididas nos casos selecionados, mas verificar como, e se, a doutrina da questão política foi utilizada na tomada de decisão.

Nesta ADPF em particular, o voto do ministro Celso de Mello tratou expressamente sobre a doutrina das questões políticas, tendo se remetido inclusive à construção doutrinária norte-americana e a casos emblemáticos, como o caso *Baker vs. Carr*<sup>236</sup>. Reconhece que podem existir matérias de cunho político, mas afirma que o simples fato de existir questões políticas em uma demanda levada ao Judiciário não enseja, por si só, o afastamento da atuação jurisdicional:

**“4. A DOCTRINA DAS QUESTÕES POLÍTICAS E A POSSIBILIDADE DE CONTROLE JURISDICIONAL SEMPRE QUE INVOCADA TRANSGRESSÃO CONSTITUCIONAL**

A natureza de que se reveste a controvérsia ora em exame torna legítima a intervenção jurisdicional desta Corte Suprema, pois o “*thema decidendum*” concerne à alegação de ofensa a preceitos da Constituição, o que basta, por si só, para autorizar o conhecimento da matéria pelo Poder Judiciário.

Com efeito, tem-se por legitimamente instaurada a competência do Supremo Tribunal Federal, ainda que se trate de procedimentos e deliberações parlamentares, toda vez que se imputar às Casas do Congresso Nacional a prática de atos ofensivos à Constituição, notadamente a direitos e garantias fundamentais. Cabe observar, por isso mesmo, que o exame das postulações deduzidas na presente sede processual justifica – na estrita perspectiva do

---

<sup>236</sup> *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/369/186/>. Acesso em 10 jan. 2020.

princípio da separação de poderes – algumas reflexões em torno de relevantíssimas questões pertinentes ao controle jurisdicional do poder político e às implicações jurídico-institucionais que necessariamente decorrem do exercício do “*judicial review*”.

É antiga, porém ainda revestida de inegável atualidade, a advertência de RUI BARBOSA, para quem “A violação de garantias individuais perpetrada à sombra de funções políticas não é imune à ação dos Tribunais” (grifei).

É por esse motivo que a questão deixa de ser política, quando há um direito subjetivo ou um princípio constitucional a ser amparado, tal como decidiu a Suprema Corte dos Estados Unidos da América no caso *Baker v. Carr* (1962), em julgamento no qual esse Alto Tribunal, fazendo prevalecer o postulado “*one man, one vote*” e afastando, por isso mesmo, a invocação da doutrina da questão política, entendeu que o tema da reformulação legislativa dos distritos eleitorais (“*legislative redistricting*”) mostrava-se impregnado, em razão de sua própria natureza, de “*justiciable questions*”, reconhecendo, portanto, a possibilidade de “*federal courts to intervene and to decide redistricting cases*”<sup>237</sup>.

Passando para o voto de Barroso, percebe-se que este ministro não fala expressamente sobre a doutrina das questões políticas. Ele justifica inicialmente a necessidade de intervenção do Poder Judiciário no caso em análise, com base nas consequências práticas da omissão desse poder, o que nos remete à aproximação que fizemos entre a postura deste ministro e as bases do pragmatismo jurídico desenvolvido por Richard Posner:

“A permanecer o atual estado de coisas, tal processo será objeto de múltiplas ações, decididas de forma pontual, casuística e assistemática, em evidente prejuízo à segurança jurídica. A discussão se alongará, **agravando o já dramático quadro político e econômico**. Daí a necessidade de intervenção desta Corte”<sup>238</sup>. (grifos nossos)

Fica evidente que Barroso justifica a intervenção do Judiciário no caso discutido na ADPF nº 378/DF, como forma de evitar o agravamento do quadro político e econômico já enfrentado pelo Brasil, não se utilizando, neste momento, de argumentos puramente jurídicos.

Pouco mais à frente, encontramos novamente em seu voto a afirmação de que adotará uma postura de **autocontenção judicial**, prezando pela segurança jurídica,

<sup>237</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Preceito Fundamental 378. DF – Distrito Federal. Relator: Edson Fachin. **Pesquisa de jurisprudência**, julgamento pelo plenário em 17 dezembro 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10444582>. Acesso em: 05 jan. 2021, p. 324-325.

<sup>238</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Preceito Fundamental 378. DF – Distrito Federal. Relator: Edson Fachin. **Pesquisa de jurisprudência**, julgamento pelo plenário em 17 dezembro 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10444582>. Acesso em: 05 jan. 2021, p. 147

e evitando proferir uma decisão que altere os posicionamentos pretéritos da Suprema Corte Brasileira:

“Antigas e novas questões se apresentam nesta ADPF. No meu voto, em relação às matérias que já tiverem sido apreciadas pelo STF, defenderei a manutenção do entendimento desta Casa, salvo alterações pontuais para adequação a normas editadas posteriormente, de modo a salvaguardar a segurança jurídica e a confiança suscitada nos atores políticos em relação ao procedimento aplicável. Já quanto às questões inéditas, ainda pendentes de apreciação, buscarei preservar, tanto quanto possível, o rito aplicado ao impeachment do ex-Presidente Collor, assim como adotarei uma postura de autocontenção, prestigiando a legítima margem de apreciação do Congresso Nacional sobre matérias interna corporis, desde que não haja conflito com a Constituição e a lei especial”<sup>239</sup>.

Verifica-se que Barroso adota uma postura de deferência ao Poder Legislativo (“*prestigiando a legítima margem de apreciação do Congresso Nacional sobre matérias interna corporis*”), mas com a ressalva de que o Judiciário poderá atuar caso haja conflito com a Constituição e a lei especial.

c) *Mandado de Segurança nº 34.327/DF (Voto proferido em 08 de setembro de 2016)*

Referido Mandado de Segurança teve como objeto discutir a Representação nº 01/2015 contra o Deputado Federal Eduardo Cunha, que tinha por finalidade a cassação de seu mandato pela prática de atos contrários ao decoro parlamentar.

O objeto do *writ* referia-se às seguintes matérias:

“(i) suspensão do processo político-parlamentar, inclusive para fins de defesa e obstrução; (ii) processamento pela autoridade competente, garantia que teria sido violada em razão do impedimento do relator, por identidade com o bloco parlamentar do impetrante; (iii) devido processo legal, contraditório e ampla defesa como estabilidade da acusação (em referência ao aditamento da representação e da respectiva instrução); (iv) votação pelo sistema eletrônico, e não nominal, no Conselho de Ética, o que teria gerado “efeito manada”; e (v) observância do quórum de instalação da sessão na Comissão de Constituição e Justiça (maioria absoluta), o que teria sido violado pelo cômputo de suplentes em duplicata com os respectivos titulares”<sup>240</sup>.

<sup>239</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Preceito Fundamental 378. DF – Distrito Federal. Relator: Edson Fachin. **Pesquisa de jurisprudência**, julgamento pelo plenário em 17 dezembro 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10444582>. Acesso em: 05 jan. 2021, p. 147.

<sup>240</sup> *Ibidem*.

O relator foi o ministro Barroso.

Esse foi um dos julgados pesquisados em que Barroso falou mais claramente sobre a tensão entre Direito e Política e tentou fixar alguns parâmetros para a caracterização de uma legítima intervenção do Judiciário em questões políticas - mesmo sem se referir expressamente à doutrina objeto desta dissertação.

Neste julgado Barroso afirmou que o STF poderia intervir em “questões políticas” relacionadas a procedimentos legislativos para:

- a) Assegurar o cumprimento da Constituição Federal;
- b) Proteger direitos fundamentais;
- c) Resguardar os pressupostos de funcionamento da democracia e das instituições republicanas.

No caso julgado, Barroso afirmou que o procedimento de cassação de mandato parlamentar tinha um cunho acentuadamente político, de modo que a Corte deveria ter uma postura de **DEFERÊNCIA** e **AUTOCONTENÇÃO**, somente intervindo em casos excepcionalíssimos.

Afirmou ainda que a aferição do momento relevante para fins de impedimento por identidade de bloco parlamentar, no caso do relator da investigação na Casa Legislativa, era uma questão política, não passível de apreciação pelo Poder Judiciário:

“...a aferição do momento relevante para fins de impedimento por identidade de bloco parlamentar simplesmente não é questão que autorize a intervenção do Supremo Tribunal Federal, por não ter natureza constitucional, nem estar relacionada a direitos de minorias parlamentares ou a condições de funcionamento do regime democrático. A matéria controvertida cinge-se à interpretação de dispositivos internos da Câmara. Veja-se que o art. 58 da Constituição remete a disciplina da composição de órgãos internos do Legislativo ao “respectivo regimento ou [a]o ato de que resultar sua criação”<sup>241</sup>.

---

<sup>241</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 34.327/DF – Distrito Federal. Relator: Luís Roberto Barroso. **Pesquisa de jurisprudência**. Julgamento pelo plenário em 08 setembro 2016. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13259112>. Acesso em: 05 mar. 2021. p. 10.

Por maioria, foi negada a ordem requerida em sede do MS nº 34.327/DF, tendo-se afastado a apreciação do Judiciário no procedimento adotado pelo Poder Legislativo para o pedido de cassação do Deputado Federal Eduardo Cunha.

*d) Mandado de Segurança nº 27.931/DF (Voto proferido em 29 de junho de 2017)*

O Mandado de Segurança nº 27.931/DF foi proposto por alguns membros do Congresso Nacional, em face de ato do Presidente da Câmara dos Deputados, que definiu o conteúdo e o alcance da expressão “deliberações legislativas”, contida no § 6º do art. 62 da Constituição Federal.

Em questão de ordem suscitada no procedimento legislativo (Questão de Ordem nº 411/2009), a autoridade apontada como coatora no MS, definiu que a interpretação do dispositivo constitucional em referência deveria ser sistemática, de modo a determinar que o trancamento de pauta instituído pela Emenda Constitucional nº 32/2001 aplicar-se-ia apenas aos projetos de lei relacionados à matéria que poderiam ser objeto de medida provisória, excluindo, portanto, os projetos de lei complementar e de emendas constitucionais – os quais deveriam ser votados normalmente.

A fundamentação para este posicionamento foi no sentido de evitar que, através da propositura de inúmeras medidas provisórias, o Executivo tivesse o poder de manipular a pauta e engessar a atividade do Legislativo, em claro descompasso com uma convivência harmoniosa entre os poderes estatais.

Por maioria dos votos, foi negada a segurança pretendida, para reconhecer que a interpretação dada pelo Presidente da Câmara estava em consonância com a Constituição Federal de 1988; mas, o mais relevante para o estudo aqui realizado é o fato deste julgamento apresentar um viés de clara deferência ao Poder Legislativo, principalmente no voto de Roberto Barroso.

Barroso pediu vistas dos autos, tendo proferido seu voto-vista em 29 de junho de 2017, acompanhando o relator (Ministro Celso de Mello), para denegar a ordem requerida. Barroso posicionou-se no sentido de defender dois pontos muito importantes para este estudo:

a) Que a discussão tratava acerca da correção de uma interpretação sistemática do texto da Emenda Constitucional nº 32/2001, mais especificamente do

§ 6º do art. 62 da CF/88, de modo que foi reformulada a interpretação deste texto normativo, para, em harmonia com cláusulas pétreas, como a Separação dos Poderes, determinar que o sobrestamento imposto pela norma constitucional, abrangia apenas os projetos de lei ordinários. **Deste modo, para Barroso, tratava-se de uma nítida questão de índole constitucional, afastando a “caracterização na espécie de questão interna corporis, sendo, portanto, o ato apontado como coator plenamente sindicável pelo Judiciário”<sup>242</sup>.**

b) Mesmo reconhecendo a possibilidade de o Judiciário julgar a demanda, **defende uma postura autocontida** dos magistrados no caso, afirmando não poder existir a interferência na exegese adotada pelo Legislativo em casos que versem sobre procedimentos afetos à função típica legislativa.

Segue trecho que resume bem o posicionamento adotado por Barroso neste caso em particular:

*“Trata-se, portanto, de interpretação constitucional realizada pelo Poder Legislativo, sobre assunto que, por dizer respeito aos limites do sobrestamento das suas deliberações legislativas, **insere-se na sua função típica de legislar. Desta forma, o princípio da separação dos poderes impõe que o Judiciário adote dose razoável de autocontenção, limitando-se a invalidar tal exegese caso inexista fundamento razoável que a suporte.** Porém, como visto acima, esse não é o caso, já que há consistentes fundamentos constitucionais para a sua sustentação”<sup>243</sup>. (grifos nossos)*

Notamos que, em um primeiro momento, Barroso resiste à aplicação da doutrina das questões políticas, nos termos desenvolvidos pelos Estados Unidos, porquanto não afasta a apreciação do tema pelo Judiciário.

No entanto, apesar de adentrar nos fundamentos jurídicos levantados pela autoridade coatora, ele adota uma postura de deferência ao Poder Legislativo, afirmando que o Judiciário deve se mostrar autocontido perante situações em que se discuta a forma como o Legislativo interpreta as normas constitucionais referentes ao

<sup>242</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 27.931/DF – Distrito Federal. Relator: Celso de Mello. **Pesquisa de jurisprudência**. Julgamento pelo plenário em 29 junho 2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753202986>. Acesso em: 08 mai. 2021, p. 140

<sup>243</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Preceito Fundamental 378. DF – Distrito Federal. Relator: Edson Fachin. **Pesquisa de jurisprudência**, julgamento pelo plenário em 17 dezembro 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10444582>. Acesso em: 05 jan. 2021, p. 151

processo legislativo (função típica deste poder). Em outros termos, afirma que, quando se tratar de uma questão de cunho político (tema relacionado ao exercício do poder de legislar), o Judiciário não pode interferir, invalidando o ato interpretativo de outro poder.

Mesmo com essa afirmação expressa em favor da autocontenção, não se deve fechar os olhos para as brechas deixadas em sua fundamentação, quando afirma que o Judiciário deve ser autocontido no caso em exame, mas pode interferir se inexistir fundamento razoável que suporte a interpretação dada pelo poder majoritário. Além disso, apesar de se dizer autocontida, a decisão de Barroso, como a do plenário do Supremo neste caso, na verdade pode conter um viés ativista, porquanto referendou a alteração do conteúdo e alcance de um texto normativo constitucional, para aplicar uma interpretação que se afastar da literalidade da norma.

*e) Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.874/DF (Voto proferido em 28 de novembro de 2018)*

A ADI nº 5.874/DF foi proposta pela Procuradoria da República, tendo por objeto o Decreto nº 9.246, de 21 de dezembro de 2017, editado pelo Presidente da República, o qual concedeu indulto natalino, comutou penas, além de dar outras providências.

Referida ADI foi relatada pelo ministro Barroso, mas, tendo sido voto vencido, teve seu acórdão redigido pelo ministro Alexandre de Moraes, que julgou pela improcedência da ADI, mantendo-se o indulto natalino e os demais temas contidos no decreto presidencial impugnado.

Apesar de não ter sido redator de um voto vencedor, Barroso insculpe neste julgado, as premissas de uma postura nitidamente **ativista**, afastando-se de qualquer traço, mesmo que aparente, de autocontenção judicial.

Defende a aplicação da técnica de decisões manipulativas, explicando:

A declaração de inconstitucionalidade de uma norma enseja, como regra, a sua nulidade. Não raro, contudo, o Supremo Tribunal Federal se vale de técnicas de decisão intermediárias.

6. No meu voto escrito, eu faço a elaboração teórica dessas decisões, que podem ser interpretativas ou manipulativas. As decisões manipulativas, por

sua vez, podem ser aditivas – quando se destinam a sanar omissões inconstitucionais parciais – ou substitutivas.

7. A decisão substitutiva tem lugar em um contexto no qual se declare a inconstitucionalidade de uma norma, mas por imperativo de justiça e racionalidade, impõe-se colocar outra norma no lugar. A norma substitutiva vai ser extraída dos princípios constitucionais ou será fruto de analogia<sup>244</sup>.

Da leitura de seu voto, pode-se perceber que admite a possibilidade de haver controle judicial sobre ato discricionário do Poder Executivo – como seria o caso do indulto natalino -, porquanto, ao juiz caberia considerar a realidade social existente, a fim de realizar a correta interpretação constitucional a ser aplicada na discussão de uma questão política.

Afirma que o direito não existe em abstrato, devendo-se buscar a legitimidade corrente e finalística do ato normativo.

O ponto chave da discussão em torno do Decreto nº 9.246/2017 girou em torno da previsão da aplicação do indulto a condenados por “crimes de colarinho branco”, como os crimes de corrupção. Neste particular, Barroso esboçou em suas razões de decidir, que se deveria considerar o ato normativo inconstitucional diante da conjuntura política e social pela qual o Brasil estava passando, onde a corrupção estava sistematizada no corpo político, de modo que conceder indulto nessas circunstâncias, poderia gerar um sentimento de impunidade. Explicou algumas consequências da corrupção e afirmou que a interpretação da Constituição Federal não pode ser indiferente ao quadro de corrupção no Brasil.

Neste momento, Barroso já começa a demonstrar uma postura muito mais explícita de ativismo judicial e de pragmatismo jurídico, pensando nas consequências práticas da decisão da Corte, como podem repercutir no sentimento da população diante de um quadro de corrupção sistêmica nacional.

*f) Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF e Mandado de Injunção nº 4.733/DF (Voto proferido em 21 de dezembro de 2019)*

---

<sup>244</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.874/DF – Distrito Federal. Relator: Luís Roberto Barroso. **Pesquisa de jurisprudência**. Julgamento pelo plenário em 28 novembro 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754291421>. Acesso em: 08 mai. 2021, p. 27.

A Ação Direita de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26 relaciona-se à criminalização da homofobia e transfobia, o que foi atendido pelo STF, que julgou por unanimidade a procedência da referida ADO, para dar interpretação conforme a Constituição da Lei de Racismo, e incluir como crime dessa espécie, a discriminação em razão da orientação sexual.

Nesta decisão, o ministro Barroso reconheceu a ausência de norma criminalizadora de atos de homofobia e transfobia; mesmo consciente da submissão ao princípio da legalidade estrita, afirmou existir uma mora constitucional do legislador, que não regulamentou da forma devida o art. 5º, XLI e XLII da Constituição Federal de 1988, determinando a aplicação da Lei de Racismo contra as ações homofóbicas e transfóbicas.

De acordo com Barroso, as atitudes de homofobia e transfobia adequar-se-iam perfeitamente ao conceito previsto no art. 5º, XLI, da CF/88 (“*a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais*”), caracterizando-se como uma discriminação atentatória ao direito fundamental a viver de acordo com a orientação sexual de cada pessoa. Defende ainda, em seu voto, que a própria Constituição prevê que tais práticas devem ser punidas por norma penal criminalizadora, o que tornou inconstitucional a mora do Poder Legislativo.

As teses fixadas no julgamento da ADO 26 foram as seguintes:

- “1. A ausência de edição de lei criminalizadora de atos de homofobia e de transfobia constitui omissão inconstitucional do Congresso Nacional.
2. Enquanto não editada lei criminalizadora, aplica-se a Lei nº 7.716/1989 para a reprimenda de atos discriminatórios relacionados à orientação sexual e/ou à identidade de gênero.
3. O arts. 61, II, a, e 121, § 2º, I e II, do Código Penal devem ser interpretados conforme à Constituição, a fim de que se considere”.<sup>245</sup>

Ao longo de seu voto, Barroso afirma que existe uma linha divisória entre legislar e interpretar, e retoma sua linha teórica de defender uma atitude de deferência em relação às escolhas políticas do Legislativo quando exerce sua função típica, mas defende ferrenhamente o ativismo judicial quando: a) existe um mandamento constitucional que determina a atuação dos poderes majoritários e há uma omissão,

---

<sup>245</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF – Distrito Federal. Relator: Celso de Mello. **Pesquisa de jurisprudência**. Julgamento pelo plenário em 13 junho 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>. Acesso em: 08 mai. 2021, p. 275

momento em que o tribunal amplia sua legitimidade para fazer valer a Constituição; b) para proteção dos direitos fundamentais; c) para garantir o respeito às regras do jogo democrático:

“No normal da vida, é possível traçar com clareza a fronteira entre uma coisa e outra, entre legislar e interpretar. Por vezes, no entanto, essa fronteira se torna menos nítida. Nos casos em que a fronteira não é clara, há uma linha que se procura traçar em boa teoria constitucional. Essa linha é traçada em dois planos diferentes. O primeiro: quando o Congresso atua e produz uma lei, o STF deve ser deferente para com as escolhas políticas do Congresso e só deve invalidá-las quando não haja margem à dúvida razoável da afronta à Constituição. No entanto, quando o Congresso não atua em situações em que havia um mandamento constitucional para que atuasse, o papel do tribunal se amplia legitimamente para fazer valer a Constituição.

25. O segundo plano diz respeito à matéria em discussão. A regra geral é que o STF se comporte com autocontenção, deixando o maior espaço de atuação possível ao Legislativo. Isso vale para questões econômicas, administrativas, sociais etc. Porém, quando estiver em questão a proteção dos direitos fundamentais ou o respeito às regras do jogo democrático, aí se justifica uma postura mais proativa do STF. Porque essa é a missão principal de uma suprema corte: assegurar direitos fundamentais e proteger a democracia. Mesmo contra a vontade das maiorias. Direitos fundamentais são oponíveis inclusive às maiorias políticas. São trunfos contra a maioria, na formulação clássica de Ronald Dworkin”.<sup>246</sup>

Em seguida, Barroso traz o ponto apoteótico de seu voto: a afirmação de que uma Corte Constitucional tem três papéis precípuos, dentre eles o papel iluminista:

“Nesse ponto, eu gostaria de realçar os três papéis que uma corte constitucional desempenha nos estados democráticos:

(i) **Contramajoritário:** é o papel que a Corte exerce quando declara uma lei inconstitucional. É chamado contramajoritário porque um órgão cujos membros não são eleitos pode, em nome da Constituição, invalidar um ato legislativo votado pelo Congresso que, supostamente, representa a vontade da maioria. Ex .: no julgamento da ADI 4.815, o STF considerou inconstitucional dispositivo do Código Civil que exigia autorização prévia para a publicação de biografias.

(ii) **Representativo:** é o papel que a Corte exerce quando atende demandas da sociedade que têm amparo na Constituição e que não foram satisfeitas a tempo e a hora pelo processo político majoritário. Por vezes, circunstâncias diversas ou interesses especiais impedem que o Legislativo atue na linha aspirada pela sociedade. Exemplos: o enunciado da Súmula Vinculante nº 13, que proibiu o nepotismo, e o julgamento da ADI 4.650, em que se declarou inconstitucional o financiamento de campanhas eleitorais por empresas.

**(iii) Iluminista: é o papel que a Corte exerce para promover avanços civilizatórios que não podem depender da vontade da maioria. Este é um papel delicado, que só deve ser exercido com grande parcimônia.**

<sup>246</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF – Distrito Federal. Relator: Celso de Mello. **Pesquisa de jurisprudência.** Julgamento pelo plenário em 13 junho 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>. Acesso em: 08 mai. 2021, pp. 285-286.

Exemplos: nos Estados Unidos, o caso *Brown vs. Board of Education*, que declarou inconstitucional a política de segregação racial em escolas públicas; no Brasil, o julgamento da ADI 4.277, que reconheceu as uniões entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar e estendeu-lhes o regime jurídico aplicável às uniões estáveis heteroafetivas<sup>247</sup>. (grifos nossos)

Percebe-se a fundamentação maior para chegar à conclusão de seu voto, baseia-se na realidade fática do Brasil, considerado como o país que registra o maior número de assassinatos de transexuais do mundo<sup>248</sup>, e que apresenta diversos casos de violência contra a comunidade LGBTQIA+. Além desses dados de violência, relata o fato de que tramitam projetos de lei com o intuito de criminalizar a homofobia e transfobia, no Congresso Nacional, desde o ano de 1997, e até o presente momento o Legislativo não teria se desincumbido desse dever constitucional.

No caso em tela, o Supremo atuou de forma claramente ativista [com o respaldo do voto do ministro Barroso], assumindo o ônus político da criminalização da homofobia e transfobia, deixando “imunes” os parlamentares com seus eleitores.

Feitas estas considerações descritivas acerca de todas as decisões selecionadas, passaremos a realizar uma análise geral dos posicionamentos de Barroso, refletindo sobre a aplicação da doutrina das questões políticas em seus votos.

### *5.3.2 – Existe a doutrina das questões políticas nas decisões de Barroso?*

Resta, neste momento, realizar uma análise das decisões apresentadas neste capítulo e tirar algumas conclusões a fim de tentar responder ao nosso problema de pesquisa.

Ao longo desta dissertação justificou-se a escolha do ministro Roberto Barroso – para a verificação das suas decisões em face da doutrina estudada – pelo fato dele ser considerado, hodiernamente, como um dos magistrados mais ativistas da

---

<sup>247</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF – Distrito Federal. Relator: Celso de Mello. **Pesquisa de jurisprudência**. Julgamento pelo plenário em 13 junho 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>. Acesso em: 08 mai. 2021, pp. 586-587.

<sup>248</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF – Distrito Federal. Relator: Celso de Mello. **Pesquisa de jurisprudência**. Julgamento pelo plenário em 13 junho 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>. Acesso em: 08 mai. 2021, p. 282.

Suprema Corte Brasileira, sendo um contraponto interessante a se fazer em face de uma doutrina que busca limitar a atuação do Judiciário; além do conhecimento da clara ministocracia que existe hoje no direito judicial brasileiro.

Essa também era a visão da autora da dissertação em relação ao referido ministro, diante de suas posturas mais atuais no tribunal.

Ao longo da leitura de seus votos, nos casos selecionados neste trabalho, notou-se alguns dados interessantes. A pesquisa qualitativa de seus votos mostrou que, nas decisões proferidas no início de sua trajetória como ministro do Supremo Tribunal Federal, Barroso procurou adotar uma postura mais autocontida, a todo momento existindo a presença da expressão “autocontenção” em seus votos nas decisões selecionadas.

Na primeira decisão analisada [ADI 4.815/DF], ponderava-se a necessidade de prévia autorização para a publicação de biografias, discutindo-se a colisão entre os direitos fundamentais da privacidade, intimidade, honra e imagem das pessoas e a liberdade de expressão. Em seu voto, Barroso afirmou expressamente que:

“eu entendo que qualquer pessoa conserva o seu direito de ir ao Poder Judiciário para manifestar seu inconformismo contra esse abuso, se o abuso existir -, o que eu recomendaria, intensamente, é uma **autocontenção quase absoluta do Judiciário** para só intervir nas situações, como essas, de ilicitude na obtenção da informação, ou da mentira deliberada, ou algum outro fundamento de gravidade insuperável, mas por exceção manifesta”<sup>249</sup>.

A escolha desta decisão, dentro da metodologia adotada, deveu-se ao fato de que se discutia claramente a possibilidade de intervenção do Judiciário na manutenção, ou não, de textos normativos [artigos 20 e 21 do Código Civil] - *judicial review* -, e, principalmente, pelas premissas adotadas na decisão, demonstrando claramente que, para Barroso, quando se está diante de um caso concreto no qual haja uma discussão sobre a liberdade de expressão, deve-se adotar uma postura de autocontenção quase absoluta do Judiciário, quando assim for necessário para expandir essa garantia fundamental.

---

<sup>249</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.815/DF – Distrito Federal. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. **Pesquisa de jurisprudência**, julgamento pelo plenário em 10 junho 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>. Acesso em: 10 out. 2020, p. 150.

A interpretação que se pode retirar deste voto, é de que, mesmo falando em autocontenção, Barroso, na verdade, preza que a garantia constitucional da liberdade de expressão deve ser defendida rigorosamente, em decorrência do intenso cerceamento sofrido outrora, no período da ditadura militar. O que leva a concluir a presença de uma postura de defesa de um ativismo judicial para assegurar a liberdade de expressão. Neste primeiro momento, um pretenso ativismo judicial é ventilado de forma velada.

Na segunda decisão selecionada [ADPF 378 MC/DF] discute-se a compatibilidade do procedimento de *impeachment* do Presidente da República, previsto na Lei nº 1.079/1950, com a Constituição Federal, impugnando-se o procedimento adotado pelo Poder Legislativo no caso concreto, no que diz respeito à formação da Comissão Especial na Câmara dos Deputados [dentre outros aspectos relacionados ao tema].

Neste julgado, Barroso posiciona-se no sentido de não interferir na forma como o Legislativo estava interpretando a norma constitucional e como estava se organizando para executar o procedimento de *impeachment*. Ponderou que seria uma questão *interna corporis*, expressão que pode ser considerar equivalente à “questão política”, para fins de afastamento da atuação do Judiciário. Mais uma vez, assistimos à defesa da autocontenção, no viés de deferência à atuação do poder majoritário. No entanto, note-se que a autocontenção exercida por Barroso neste caso, não se desenvolveu como pregado pela *political question doctrine* norte-americana, em seu viés tradicional.

Barroso não afasta simplesmente a atuação do Judiciário para a apreciação do tema posto em discussão judicial e encerra seu voto por aí. Pelo contrário! Ele afirma categoricamente que o Judiciário deve analisar o caso para fins de impedir uma insegurança jurídica no andamento de procedimentos de *impeachment*, o que poderia vir a agravar o quadro de crise política e econômica no Brasil.

A imposição de uma postura de autocontenção, decidindo que o Judiciário não poderia interferir na interpretação adotada pelo Legislativo com relação a como dever-se-ia proceder no trâmite do *impeachment*, apesar de encontrarmos uma clara deferência à postura do Legislativo, mostra-se como um exercício de um Judiciário empoderado, que tem a prerrogativa de dizer o que é matéria *justiciable*, e quando o tribunal irá ou não atuar.

Nas terceira e quarta decisões pesquisadas [MS 34.327/DF e MS 27.931/DF], encontramos mais traços explícitos de autocontenção e deferência à interpretação adotada pelo Legislativo. Em ambas as decisões, Barroso afirma não poder interferir na forma como o poder majoritário interpreta a Constituição para organizar o processo de criação legislativa, que seria função típica daquele poder.

Ao mesmo tempo, aponta os critérios que legitimariam a atuação jurisdicional em “questões políticas” relacionadas ao procedimento legislativo (para assegurar o cumprimento da Constituição Federal; para proteger os direitos fundamentais; e, para resguardar os pressupostos de funcionamento da democracia e das instituições republicanas).

Nestas quatro primeiras decisões pesquisadas, contemporâneas aos seus primeiros anos como ministro do STF, nota-se que Barroso buscou explicitar uma postura de autocontenção e deferência aos poderes majoritários, não encontrando tão claramente as premissas doutrinárias defendidas por ele em suas obras doutrinárias, também objeto de estudo dessa dissertação.

Apesar dessa postura explícita em suas fundamentações, uma leitura atenta de seus votos nos mostra que, a todo momento, o ministro fazia ressalvas à autocontenção, afirmando que, não obstante no caso concreto ser necessária uma conduta autocontida, o Judiciário poderia adentrar nas “questões políticas” discutidas, acaso presentes alguns requisitos. Percebe-se, portanto, que a aplicação [mesmo que *hidden*] da doutrina das questões políticas por Barroso, nunca foi absoluta, mas sempre condicionada à ausência de pressupostos autorizativos para atuação jurisdicional.

Suas fundamentações para afastamento da apreciação judicial de determinadas demandas de cunho político, nas decisões pesquisadas, nunca se apresentaram como requisito de admissibilidade de demanda judicial<sup>250</sup>. Isto porque, em todos os votos analisados nesta dissertação, o ministro admitiu que o Judiciário poderia apreciar a controvérsia, baseado também no princípio da inafastabilidade do judiciário, insculpido no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. A “doutrina das

---

<sup>250</sup> A teoria da cognição judicial, matéria de estudo do Direito Processual Civil, prevê que as demandas judiciais apresentam questões de admissibilidade e questões de mérito. As primeiras relacionam-se àquelas que devem ser analisadas primeiramente pelo magistrado, como questões de cunho formal [pressupostos processuais; condições da ação], e somente se houver uma análise positiva em relação às questões de admissibilidade, é que o magistrado pode adentrar nas questões de mérito, onde analisará a pretensão propriamente dita do peticionante. Mais sobre o tema: MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Questões prejudiciais e questões preliminares”. In: **Direito Processual Civil – ensaios e pareceres**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

questões políticas” adotada a seu modo, funcionou como um parâmetro para a apreciação da possibilidade jurídica do pedido, discussão de mérito da demanda judicial.

As últimas duas decisões trazidas a esta dissertação [ADI 5.874/DF e ADO 26/DF c/c MI 4.733/DF], mostra uma mudança de postura do ministro pesquisado. Foram decisões proferidas no final do ano de 2018 e em 2019.

Nestas últimas decisões, percebeu-se que Barroso se desapegou da postura de defender uma autocontenção, e demonstrou mais explicitamente suas ideias, outrora já defendidas doutrinariamente. Na ADI 5.874/DF, que discutia a correção do indulto natalino concedido pelo Executivo, que abrangia as pessoas que tinham cometido “crimes de colarinho branco”, Barroso utiliza aspectos metajurídicos, como o sentimento de impunidade que assola a população brasileira à época, as consequências nefastas da corrupção para a sociedade, seja no aspecto de sucateamento das políticas públicas e na prestação dos direitos fundamentais pela administração pública, seja na crise de representatividade política, para justificar a intervenção do Judiciário no caso concreto, a fim de invalidar o indulto concedido [nos termos do voto proferido], mesmo reconhecendo ser um ato de nítido caráter político.

No julgamento da ADO 26/DF c/c MI 4.733/DF, Barroso vai além do afastamento da doutrina das questões políticas para apreciação do mérito da demanda, admitindo a possibilidade de o Judiciário legislar ativamente em matéria de direito penal, criminalizando uma conduta, por defender a necessidade do exercício de um **papel iluminista previsto na Constituição Federal**, o qual autorizaria ao Judiciário a “*promover avanços civilizatórios que não podem depender da vontade da maioria*”<sup>251</sup>.

No seu voto, Barroso compara seu posicionamento às decisões proferidas pela Suprema Corte Norte-Americana no caso *Brown vs. Board of Education* e pelo próprio STF na ADI 4.277, onde equiparou as uniões homoafetivas às uniões estáveis heteroafetivas<sup>252</sup>.

---

<sup>251</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF – Distrito Federal. Relator: Celso de Mello. **Pesquisa de jurisprudência**. Julgamento pelo plenário em 13 junho 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>. Acesso em: 08 mai. 2021, p. 287.

<sup>252</sup> Com o máximo respeito à intenção do ministro, a autora desta dissertação considera que as comparações não servem para respaldar a conclusão adotada pelo ministro neste último caso. Apesar de todas as decisões apontadas terem a louvável intenção de combater o que se considerava como injustiças na vida real da sociedade, nos casos *Brown vs. Board of Education* e na ADI 4.277, desenvolveu-se uma interpretação conforme a constituição, a fim

Nos dois últimos votos analisados [indulto natalino e criminalização da homofobia e transfobia], há uma preocupação com as consequências práticas da atuação do Tribunal, tendo justificado sua conclusão em dados da vida real, como a alta taxa de violência contra pessoas participantes do movimento LGBTQIA+ e os resultados negativos da corrupção de demais crimes “de colarinho branco” existentes na realidade brasileira. Para Barroso, não adotar as posturas ativistas naqueles momentos, seria contribuir para um agravamento das situações negativas que já assolavam a sociedade. Encontra-se, portanto, um nítido viés de pragmatismo jurídico norte-americano em suas tomadas de decisões, de forma explícita.

Feitas estas considerações sobre as decisões selecionadas, passar-se-á a desenvolver como a doutrina das questões políticas poderia ser delimitada com base na análise qualitativa realizada acima.

### *5.3.3 – A doutrina das questões políticas no Supremo Tribunal Federal diante das decisões analisadas*

Longe de se buscar sistematizar a doutrina das questões políticas tal como a Suprema Corte Norte-Americana pretendeu fazer no julgamento do caso *Baker vs, Carr*, a proposta deste estudo é a de realizar uma construção de Teoria Positiva, a fim de demonstrar como a doutrina pode ser construída na realidade brasileira, de acordo com a interpretação das fundamentações do ministro Roberto Barroso.

Diante das análises descritivas e qualitativas das decisões selecionadas, chegou-se a algumas conclusões acerca de adoção da doutrina das questões políticas no Supremo Tribunal Federal, na perspectiva do ministro pesquisado.

Não se pode afirmar que Barroso sempre teve uma postura ativista ao longo de sua carreira no STF, nem que ele não aplicou a doutrina das questões políticas na construção de suas decisões judiciais. Mesmo que de forma implícita, como já advertia Louis Michael Seidman, Barroso desenvolveu fundamentações em seus votos

---

de realizar inclusões sociais. No caso da ADO 26, apesar de a intenção última ter sido também a de inclusão e proteção de uma minoria discriminada, a consequência prática e primordial, foi a criação, pelo Poder Judiciário, de um tipo penal não previsto em lei. Apesar de ser uma decisão louvável do STF, que entende que as condutas de discriminação em decorrência da orientação sexual devem ser punidas como ilícitos penais, encontramos a Corte Brasileira exercendo um papel em “desconformidade com a Constituição”, pois avança um sinal de atuação legítima, em nossa opinião. O que se enquadra dentro do conceito de ativismo judicial desenvolvido nesta dissertação, em seu ponto mais extremo e, na concepção deste estudo, negativo. Nota da autora.

afirmando que, em determinados casos concretos, quando se estivesse diante de questões de cunho político (como o processo legislativo, por exemplo), o Judiciário deveria ter uma conduta autocontida.

Feitas estas ponderações, delimitar-se-á, considerando as bases teóricas deste trabalho, como a doutrina das questões políticas pode ser construída na realidade brasileira, na perspectiva do ministro Barroso.

O primeiro ponto a ser destacado seria a natureza jurídica desta doutrina, na visão processual: a doutrina das questões políticas seria um requisito de admissibilidade, ou uma técnica que ajudaria à resolução meritória da demanda? A diferenciação é importante e traz consequências práticas, além de estarmos diante da primeira distinção entre a construção norte-americana e a brasileira.

A doutrina processualista, ao desenvolver a teoria da cognição judicial, construiu uma divisão de questões processuais em questões de admissibilidade e questões de mérito:

“É que dois são os juízos que o magistrado pode fazer em um procedimento: o juízo de admissibilidade (validade do procedimento; aptidão para a prolação do ato final) e o juízo de mérito (juízo sobre o objeto litigioso) ... O juízo de admissibilidade do procedimento consiste na verificação da possibilidade de o objeto litigioso do procedimento ser apreciado”<sup>253</sup>.

No primeiro capítulo, quando se estudou o desenvolvimento da *political question doctrine* na Suprema Corte Norte-Americana, ficou claro que aplicação desta doutrina equivaleria a afastar a atuação do Judiciário, de modo que o magistrado não poderia sequer analisar a discussão de direito material contido na demanda. A presença de uma questão tida como “*political question*”, ensejaria a existência de uma demanda *nonjusticiable*, devendo o magistrado abster-se de proferir qualquer decisão meritória na demanda. Portanto, na realidade norte-americana esta doutrina serve para o exame de admissibilidade de uma ação judicial.

Situação diferente é com a qual se depara ao longo da leitura das decisões de Barroso. Quando da análise sobre ativismo e autocontenção judicial, já houve a advertência de que no Brasil não seria possível a identificação pura e simples de um espaço de não jurisdição, de modo que todo ato normativo seria passível de revisão

---

<sup>253</sup> DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 22. ed. V. 1. Salvador: JusPodivm, 2020, pp. 558-559.

judicial no sistema brasileiro. Posturas como essa são respaldadas pelo princípio da inafastabilidade do Judiciário, contido no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal<sup>254</sup>.

Nas decisões analisadas nesta dissertação, em nenhum momento Barroso afirmou ser impossível ao Judiciário analisar o mérito das demandas; pelo contrário, afirmou em mais de uma oportunidade que, versando sobre tema de direito constitucional, o Judiciário poderia receber a demanda judicial [ultrapassando, portanto, a fase de admissibilidade], e ao analisar o mérito, poderia/deveria adotar uma postura autocontida quando estivesse diante de uma “questão política”, que deveria ficar a cargo dos poderes majoritários. Conscientes da prolixidade da Constituição Cidadã, difícil é verificar a existência de um tema que não possa se enquadrar no direito constitucional brasileiro, e autorizar a atuação do Supremo.

Pode-se afirmar, por raciocínio indutivo, que a doutrina das questões políticas, na construção das decisões de Barroso, caracteriza-se como uma técnica que auxilia o Supremo Tribunal Federal a julgar o mérito da demanda judicial, não se apresentando como um requisito de admissibilidade, como ocorre na realidade norte-americana.

O segundo ponto a ser levantado, é sobre a postura de Barroso no que tange à garantia constitucional à liberdade de expressão. Neste particular, referido ministro é contundente em defender a proteção quase absoluta deste direito fundamental, em muito influenciado pelas suas experiências particulares de cerceamento deste direito no período da ditadura militar. Nas suas decisões sobre o tema, ele fixa a tese de que todos os poderes estatais, incluindo o Judiciário, devem prezar pela preservação da liberdade de expressão.

Neste diapasão, a conclusão a que se chega [mesmo que não haja essa afirmação explícita em seu voto] é de que, para Barroso, a doutrina das questões políticas deve ser afastada quando assim for necessário para a proteção da liberdade de expressão, devendo o Judiciário sempre atuar para garantia desse direito, mesmo que diante de possíveis atos de natureza política [ou seja, aqueles atos que a própria constituição outorga aos poderes majoritários].

Não encontramos, em nenhuma construção doutrinária e jurisprudencial norte-americana, essa preocupação com a proteção da liberdade de expressão, ao ponto

---

<sup>254</sup> BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em 20 jan. 2020.

de entender que o Judiciário deve sempre prezar pela sua proteção aprioristicamente, mesmo diante de atos de natureza política.

No terceiro ponto na construção sobre o tema, ficou destacado o fato de Barroso afirmar que, diante de interpretações adotadas pelo Poder Legislativo em relação ao procedimento de produção legislativa e nas matérias relacionadas à organização interna daquele poder estatal, a doutrina das questões políticas deve ser aplicada como regra, de modo que o Judiciário deve julgar improcedente o pedido para intervenção nesse tipo de demanda.

Como exceção a esta regra, Barroso afirma que, mesmo diante destas questões políticas, o Judiciário poderia intervir quando for para: a) proteger os direitos fundamentais; b) respeitar as regras do jogo democrático; c) assegurar o cumprimento da Constituição.

Quarto ponto a ser destacado, é a afirmação de Barroso de que, quando se estiver diante de demandas sociais, que busquem o Judiciário como garantidor de direitos das minorias, em face de contrassensos comuns equivocados da maioria social, o Supremo deve exercer o papel iluminista contido na Constituição Federal, inovando no direito [empurrando o direito para frente], promovendo avanços civilizatórios, afastando a doutrina das questões políticas.

Por fim, o quinto ponto a ser destacado é a nítida postura pragmatista de Barroso, para quem a finalidade maior da atuação do Poder Judiciário é a de atingir, com suas decisões, a maior efetividade da norma constitucional, evitando seu esvaziamento, tal como ocorreu na época da ditadura militar. Este seria o critério para a escolha da melhor decisão possível para o caso concreto e para o sistema jurídico.

Diante de tudo o que foi desenvolvido anteriormente, é possível apontar os seguintes critérios para a aplicação da doutrina das questões políticas em sede de Supremo Tribunal Federal, com base nas decisões e Barroso:

1. A rigor, defende-se a aplicação da doutrina das questões políticas como regra, apenas com relação à interpretação dada pelo Poder Legislativo a atos concernentes ao procedimento de produção legislativa e a atos relacionados à organização interna daquele poder majoritário<sup>255</sup>. Podendo-se inferir que, quando a

---

<sup>255</sup> Essa constatação foi feita também por Flávia Santiago, no seu texto “Perdedores no Congresso Nacional e no

demanda judicial discutir atos dos poderes majoritários relacionados às suas funções típicas, o Judiciário pode até conhecer a ação judicial, mas deverá julgar improcedente o mérito, por se tratar de questão de cunho político, que deve ser solucionada pelos poderes majoritários respectivos.

2. O Judiciário poderá sempre julgar o mérito das demandas judiciais, independente de envolver questões políticas, quando for para proteger direitos fundamentais, garantir o respeito ao sistema democrático e para assegurar o cumprimento da Constituição Federal.

3. O papel maior da Suprema Corte Brasileira é a de promover a maior efetividade das normas constitucionais, devendo sempre nortear suas decisões para essa finalidade, independente do tema discutido na demanda judicial.

Constatou-se uma grande dificuldade de sistematizar a aplicação da doutrina das questões políticas dentro de um tribunal que exerce a função de Corte Constitucional, porquanto caracteriza-se como órgão que participa do jogo político de uma sociedade. Essa dificuldade foi verificada na realidade norte-americana e mostra-se bem acentuada no Brasil.

Acredita-se que uma das maiores dificuldades na aplicação da doutrina das questões políticas na Suprema Corte Brasileira deve-se ao fato de a Constituição brasileira ser muito prolixa, de modo que muitas questões que seriam, *a priori*, de ordem política, foram tornadas questões jurídicas pela sua internalização nas normas constitucionais.

Aliado ao princípio da inafastabilidade do Judiciário (art. 5º, XXXV, CF/88), os ministros do STF acabam encontrando respaldo para imiscuir-se em praticamente todas as demandas que são apresentadas àquele tribunal.

---

STF? A judicialização das questões *interna corporis* do Legislativo”, onde, através da análise qualitativa de decisões do STF proferidas entre 1980 a 2013, foi verificado que este tribunal conhecia dos mandados de segurança impetrados por parlamentares [havia um juízo de admissibilidade positivo] quando se discutia atos relacionados a questões *interna corporis* do Poder Legislativo; mas, no mérito, era negada a segurança. Ver: LIMA, F. D. S. “Perdedores no Congresso Nacional e no STF? A judicialização das questões *interna corporis* do Legislativo”. In: **Revista Jurídica da Presidência**. Brasília, v. 18, n. 115. Jun./Set. 2016, pp. 307-330.

Esse é outro ponto de diferenciação com a realidade norte-americana, pois naquele país a Constituição possui apenas sete artigos e vinte e sete emendas<sup>256</sup>, o que possibilita uma construção mais robusta de fundamentação para afastar a intervenção do Judiciário em demandas que versem sobre questões de caráter político.

Talvez por este motivo, na decisão proferida em *Baker vs. Carr*, foi possível a tentativa de sistematização da aplicação da *political question doctrine* de uma forma mais clara do que a tentativa realizada neste trabalho.

Apesar das distinções traçadas nesta análise, um ponto de intersecção é inafastável: em ambas realidades nacionais [seja nos Estados Unidos, seja no Brasil], verificou-se que a doutrina das questões políticas, na prática, se caracteriza como uma virtude passiva, nos termos desenvolvidos por Alexander Bickel, sendo manejada pelos componentes das Supremas Cortes como um modo de preservar a autoridade e manutenção da instituição, evitando o julgamento de casos que possam trazer um ônus para a Corte, seja porque sua decisão provavelmente não será cumprida pelos demais poderes majoritários, seja porque irá ocasionar um embate direto com os demais poderes.

Nestes casos, utilizando uma postura de autopreservação e “sabedoria jurisprudencial”, os ministros evitam adentrar em certas questões de ordem política, também em casos nos quais não há maturidade social para a aceitação daquela construção jurisdicional, por vezes postergando o *timing* da tomada de decisão para um momento posterior.

Mesmo cientes de que existe a aplicação desta doutrina no Supremo Tribunal Federal [o que ficou claro com as nossas pesquisas qualitativas das decisões judiciais], considerando-se os votos de Barroso, é possível afirmar que a utilização desse mecanismo de julgamento, não é a regra na nossa Suprema Corte, e está longe de ser uma prática corriqueira. O STF mostra-se como um tribunal com ministros superempoderados, por todos os fatores já discorridos neste trabalho, e que se utilizam das normas constitucionais e de fundamentos do pragmatismo jurídico norte-americano para afastar a aplicação da *political question doctrine*, colocando o

---

<sup>256</sup> Em comparação aos dados relatados da Constituição dos Estados Unidos, no Brasil a Constituição tem duzentos e cinquenta artigos, mais cento e quatorze artigos nos Atos de Disposições Constitucionais Transitórias e cento e nove emendas de reforma. Nota da Autora.

atingimento da máxima efetividade das normas constitucionais como o fim a ser buscado a qualquer custo.

Neste ponto podemos ver a aproximação das bases teóricas de Bruce Ackerman no estudo desenvolvido, concluindo-se que a realidade de cada país demanda uma construção particular de organização e repartição de poderes, porquanto a presença de Cortes com função de tribunal constitucional faz com que se questione ainda mais aquele modelo liberal de tripartição dos poderes. Isto porque, sendo um tribunal que participa ativamente como ator político, não se pode ter a ingenuidade de que será alheio às discussões políticas que os jurisdicionados se lhe apresentam.

Em relação ao questionamento de se a doutrina das questões políticas dialoga com a teoria da separação dos poderes, pode-se afirmar, diante das investigações realizadas nesta dissertação, que a fase tradicional da *political question doctrine*, iniciada nos Estados Unidos e internalizada por Rui Barbosa durante a República Velha, tem um diálogo satisfatório com as teorias liberais desenvolvidas, porquanto previam um modelo de pouca interferência de um poder sobre o outro, defendendo uma tripartição ideal entre Legislativo, Executivo e Judiciário, considerando quase nula a atividade criativa do juiz.

Na atualidade, ficou comprovado através da pesquisa bibliográfica e a análise exploratório-descritiva das decisões recentes do STF, que o novo viés de aplicação de uma “doutrina das questões políticas” no Brasil, está muito mais próxima das bases teóricas de Ackerman, que não impõe um modelo pré-fabricado de repartição de poderes, bem como considera como necessária a atuação ativa de uma Corte Constitucional para fins de garantir a vontade soberana do Povo.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma das respostas mais perseguidas por partes dos juristas é relacionada à possibilidade de se encontrar um ponto de equilíbrio na atuação do Poder Judiciário, de acordo com o qual se balanceie o poder criativo do juiz e se preserve o mínimo de formalismo normativo necessário para evitar o desrespeito ao ideal da segurança jurídica.

Tem-se uma certa “frustração” ao perceber que, na prática, talvez nunca se encontre essa fórmula quase mágica para delimitar adequadamente os limites entre Direito e Política na atuação de uma Suprema Corte, de modo que dificilmente se conseguirá demarcar critérios objetivos e apriorísticos para a atuação do Judiciário quando se lhe apresentem questões de natureza política.

Este trabalho acadêmico foi iniciado com o “sonho” de encontrar milagrosamente esse ponto de equilíbrio, mas, no decorrer da pesquisa científica, percebeu-se que as Supremas Cortes são atores que participam ativamente do cenário político de um Estado, de modo que não é possível, e talvez nem desejável, colocar uma cerca na atuação jurisdicional, limitando objetivamente os magistrados, sem respeitar a margem necessária de interpretação e atuação jurisdicional para a solução dos conflitos que se apresentam em uma sociedade complexa da atualidade.

Ponderou-se que o estudo realizado traria uma contribuição melhor ao mundo acadêmico, se adotasse como foco, a compreensão do fenômeno de como o Supremo Tribunal Federal adotava a doutrina das questões políticas, através do olhar de um ministro considerado ativista.

Essa aparente contradição da pesquisa fez com que a autora da dissertação conseguisse refletir sobre os principais pontos das inquietações iniciais: de um lado fez-se o estudo acerca de uma doutrina que claramente prega a autocontenção do Poder Judiciário, o qual deveria ser deferente e contido em relação a atos e matérias a serem executados e decididos pelos poderes majoritários; de outro, analisou-se aspectos do ativismo judicial, considerando as lições doutrinárias e as linhas jurisprudenciais de um dos ministros mais “ativistas” do STF. Como um dos pontos de chegada deste trabalho, foram verificados os extremos [doutrina das questões políticas x ativismo judicial] e a fundamentação de um certo desejo de equilíbrio na

atuação do STF na ponderação entre essas duas posturas “antagônicas”, mas complementares no cotidiano de uma Suprema Corte.

Não foi possível estender ainda mais nossa pesquisa, com o aumento dos casos práticos analisados, e com o aprofundamento teórico além daquele realizado, diante do espaço de tempo para conclusão do trabalho. Outros aspectos que limitaram um pouco nossa pesquisa foram: a escassez e dificuldade de acesso em relação à bibliografia relacionada à atuação histórica do STF antes da promulgação da CF/88; bem como a não utilização expressa do termo “doutrina das questões políticas” nos julgamentos da Suprema Corte Brasileira, o que dificultou a pesquisa documental.

No entanto, essas limitações não impossibilitaram a realização do trabalho, de modo que se procurou explorar um tema de suma importância para a comunidade jurídica, refletindo sobre a atuação do principal tribunal do país, que hoje tem um papel inegável de protagonismo diante do arranjo político brasileiro.

Mesmo os temas de ativismo e autocontenção judicial no STF não sendo novidades no seio de trabalhos acadêmicos, a pesquisa trouxe um viés inovador, pois buscou refletir a aplicação da doutrina das questões políticas nas decisões mais atuais do tribunal, especificamente nas decisões de Roberto Barroso, tentando mostrar se hoje o STF ainda aplica essa teoria e como ela se apresentaria na atuação da Suprema Corte.

No meio destas constatações ficam algumas conclusões que devem ser explicitadas:

1. Fica refutada, em parte, a hipótese inicial de que o ministro Roberto Barroso sempre se mostrou ativista na sua atuação perante o STF. Nas decisões proferidas no início de sua trajetória como ministro da Suprema Corte Brasileira, ele exaltou em seus votos a necessidade do Judiciário ser autocontido e deferente, aplicando, de forma implícita, a doutrina das questões políticas nas demandas em que se buscava reformar a interpretação dada pelo Legislativo a atos relacionados à sua função típica. Já nestes momentos, Barroso mostrava sua tendência de aderir uma postura mais ativista, no entanto, de forma velada.

2. Mais recentemente, os votos proferidos por Barroso mostram uma conduta de ativismo judicial de forma mais explícita, abandonando expressões como “autocontenção” de seus julgados, e colocando em suas decisões as impressões de suas construções doutrinárias, afirmando que o Judiciário deve promover avanços civilizatórios [empurrando a história através do Direito]. Deste modo, comprovamos

nossa hipótese de que, hoje, o ministro Barroso mostra-se claramente como um juiz ativista.

3. É possível afirmar que o Supremo Tribunal Federal começou a discutir os parâmetros para aplicação da doutrina das questões políticas desde a República Velha, através das ações judiciais propostas por Rui Barbosa. Naquele momento, constatou-se que o STF era um tribunal de atuação tímida e bastante deferente aos poderes majoritários, isso diante de um Poder Executivo hipertrofiado.

4. Pode-se afirmar que a doutrina das questões políticas é técnica de julgamento presente nas decisões do Supremo Tribunal Federal atualmente, seja de forma explícita, como vimos em alguns votos, como o do ministro Celso de Mello na ADPF nº 378/DF, seja de forma implícita, quando os ministros decidem que o mérito da demanda judicial deve ser julgado improcedente por tratar-se de matéria *interna corporis* do poder majoritário, cabendo tão-somente a este poder decidir determinada questão política.

5. O fato de o STF decidir que não é de sua competência a interpretação de algumas questões de ordem política, apresentando uma postura de deferência em relação aos Poderes Executivo e Legislativo, não significa que se aplica na Suprema Corte Brasileira a *political question doctrine* tal como desenvolvida nos Estados Unidos. Na verdade, o que se verifica é que existe clara distinção em como a doutrina vem a ser aplicada nas decisões de Roberto Barroso, e como ela foi desenvolvida na Suprema Corte Norte-Americana. No Brasil, a constatação de que é um tema político, devendo o Judiciário ser autocontido e deferente, não impede a que se julgue o mérito da demanda, não se utilizando a doutrina como requisito de admissibilidade da demanda judicial, como acontece nos Estados Unidos. Outros fatores históricos como a construção da Suprema Corte no Brasil, os períodos ditatoriais na política nacional e a promulgação de uma Constituição prolixa e que juridicizou boa parte das questões sociais, econômicas e políticas, fazem com que a aplicação da *political question doctrine* no Brasil acontece de forma distinta da experiência norte-americana.

6. Por fim, respondendo ao problema de pesquisa apresentado nesta dissertação, tem-se que o Supremo Tribunal Federal ainda adota a doutrina das questões políticas em algumas de suas decisões, mas de forma diferente de como adotava na época da República Velha e com claras distinções com a doutrina desenvolvida na realidade norte-americana. O cerne é o mesmo: o afastamento do Judiciário da análise de questões que, por serem de ordem política, devem ser

decididas de forma definitiva pelos poderes majoritários. Mas, nas decisões de Barroso, constatou-se que esse afastamento não é absoluto, de modo que não é o simples fato da presença de uma “questão política” que afasta a análise do mérito de uma demanda pelo Judiciário [não é um requisito de admissibilidade], mas o fato de que aquela questão é ligada ao exercício das funções típicas do poder majoritário (Legislativo ou Executivo) e não concorre para: violação explícita do texto constitucional, violação de direitos fundamentais, ou, violação das regras do sistema democrático. Diante dessa perspectiva, pode-se afirmar que a aplicação da doutrina das questões políticas pelo STF, tal como delimitada por esta dissertação, consegue dialogar com a base teórica de Bruce Ackerman sobre separação dos poderes, considerando sua sensibilidade em defender que a realidade atual e particular de cada Estado deve ser respeitada ao modelar a repartição dos poderes estatais, bem como considerando sua postura acerca do poder que uma Corte deve ter para garantir a vontade soberana do Povo, mesmo que isso desencadeie na ressignificação da compreensão e aplicação da “doutrina das questões políticas”.

Portanto, pode-se afirmar que, diante da pesquisa qualitativa realizada das decisões do ministro Roberto Barroso, a Suprema Corte Brasileira não adota a doutrina das questões políticas tal como desenvolvida nos Estados Unidos; mas desenvolveu uma técnica para decisão de mérito de demandas que envolvam questões de cunho eminentemente político, que utiliza as premissas da *political question doctrine* norte-americana. A pesquisa teórica e histórica nos faz concluir que, na época da República Velha, o STF adotou postura mais próxima com a doutrina norte-americana pesquisada, mas hoje, o empoderamento não só do tribunal, mas dos próprios ministros, aliado a uma crescente crise de representatividade nos poderes majoritários, dificulta a que o STF adote essa espécie de virtude passiva, vendo-se respaldado a proferir decisões que se confundem com o exercício das funções típicas dos demais poderes estatais.

Resta, portanto, repensar o modelo de repartição de poderes adotados pelo Brasil - que ainda se apegua muito ao pensamento teórico tradicional – e refletir sobre a necessidade de realização de uma mudança no desenho institucional do STF; a fim de que não se viva uma eterna sensação de insegurança jurídica, por assistir a um tribunal composto por membros não eleitos, que se apresentam como sujeitos bastante empoderados, capazes de dar a última palavra sobre quase todos os temas

sensíveis à sociedade brasileira, com pouco [ou nenhum] tipo de “constrangimento epistemológico”<sup>257</sup>.

---

<sup>257</sup> Expressão utilizada por Lenio Luiz Streck. Tal expressão é encontrada em alguns escritos deste jurista. In: STRECK, Lenio Luiz. **O direito e o constrangimento epistemológico**. Artigo publicado no ESTADÃO. Disponível em: <https://estadodaarte.estadao.com.br/direito-constrangimento-epistemologico-streck/>. Acesso em: 25 mai. 2021.

## REFERÊNCIAS

ACKERMAN, Bruce. **A Nova Separação De Poderes**. Trad.: Isabelle Maria Campos Vasconcelos; Eliana Valadares Santos. Rev. Trad. Nivia Mônica da Silva. Dir. Antonio Carlos Alpino Bigonha e Luiz Moreira. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2009.

ACKERMAN, Bruce. “Good-bye, Montesquieu”. In: **Comparative Administrative Law**, 2010. pp. 128-133. Disponível em: [https://books.google.com.br/books?id=a5faj90ZPBoC&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs\\_ge\\_summary\\_r&cad=0#v=snippet&q=ackerman&f=false](https://books.google.com.br/books?id=a5faj90ZPBoC&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=snippet&q=ackerman&f=false).

ACKERMAN, Bruce. **Nós, o povo soberano: fundamentos do direito constitucional**. Trad. Mauro Raposo de Mello. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

ACKERMAN, Bruce. **We the People: Transformations**. Cambridge: Harvard University Press, 1998.

ACKERMAN, Bruce. **We the People: Civil Rights Revolution**. Cambridge: Harvard University Press, 2014.

ANDRADE, Fábio Martins de. **Caso Marbury v. Madison: o nascedouro do controle de constitucionalidade**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2016.

ARGUELHES, Diego Werneck; LEAL, Fernanda. “Pragmatismo como [meta]teoria da decisão judicial: Caracterização, Estratégias e Implicações”. In: SARMENTO, Daniel (Coord.). **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. “MINISTOCRACIA: O Supremo Tribunal individual e o processo democrático de direito”. In: **Novos estud. CEBRAP**. vol.37. no.1. São Paulo. Jan./Apr. 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.25091/s01013300201800010003>. Acesso em: 10 out. 2020.

ARISTÓTELES. **A política**. Trad. Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2003. (Coleção obra prima de cada autor).

ARISTÓTELES. **Retórica**. São Paulo: Rideel, 2007. (Coleção biblioteca clássica).

**Baker v. Carr**, 369 U.S. 186 (1962). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/369/186/>. Acesso em 10 jan. 2020.

BARBOSA, Rui. **O direito do Amazonas ao Acre setentrional**. Obras completas de Rui Barbosa. 1910, v. 37, t. 5.

BARBOSA, Rui. **Obras Completas de Rui Barbosa**. RJ, v. XX, 1893, t. V, MEC, 1958.

BARBOSA, Rui. **Obras Completas de Rui Barbosa**, RJ, v. XXXVII, 1910, t. V, MEC, 1983.

BARBOSA, Rui. **Obras Completas de Rui Barbosa**. Rio de Janeiro: M.E.C., v. XLI, 1914, t. IV.

BARRENA, Sara. “El pragmatismo”. In: **Revista de filosofia Factótum**, Navarra, Vol. 12, 2014, pp. 1-18. ISSN 1989-9092.

BARROSO, L. R. “Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo”. In: **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, Vol. 12, nº96 | Fev/Mai 2010, pp. 5 a 43.

BARROSO, L. R. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. 2007. Disponível em: <[https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/38245/falta\\_efetividade\\_judicializacao\\_barroso\\_PLENUM.pdf](https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/38245/falta_efetividade_judicializacao_barroso_PLENUM.pdf)>. Acesso em: 03 out. 2020.

BARROSO, L. R.. “Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática”. In: **Revista Atualidades Jurídicas**, n. 4, fev. 2009, Brasília: OAB. Disponível em: <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2021.

BARROSO, L. R.. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 9ª. ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2009

BICKEL Alexander M. **The least dangerous branch: the Supreme Court at the bar of politics**. Indianapolis: Bobbs-Merrill 1962.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 1993.

BONAVIDES, Paulo. **A quinta geração de direitos fundamentais**. Direitos Fundamentais & Justiça. nº 3. Rio Grande do Sul. Abr./Jun.2008.

BRANDÃO, Rodrigo (Org.). **Cortes Constitucionais e Supremas Cortes**. Salvador: Juspodivm. 2017.

**BRASIL**. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.815/DF – Distrito Federal. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. *Pesquisa de jurisprudência*, julgamento pelo plenário em 10 junho 2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>. Acesso em: 10 out. 2020.

**BRASIL**. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 27.931/DF – Distrito Federal. Relator: Celso de Mello. Pesquisa de jurisprudência. Julgamento pelo plenário em 29 junho 2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=753202986>. Acesso em: 08 mai. 2021.

**BRASIL**. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.874/DF – Distrito Federal. Relator: Luís Roberto Barroso. Pesquisa de jurisprudência. Julgamento pelo plenário em 28 novembro 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754291421>. Acesso em: 08 mai. 2021.

**BRASIL**. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão nº 26/DF – Distrito Federal. Relator: Celso de Mello. Pesquisa de jurisprudência. Julgamento pelo plenário em 13 junho 2019. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>. Acesso em: 08 mai. 2021.

**BRASIL**. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 34.070/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4948822>. Acesso em: 02 jan. 2021.

**BRASIL**. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança 34.071/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4948919>. Acesso em: 02 jan. 2021.

**Brown v. Board of Education of Topeka**, 347 U.S. 483 (1954). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/>. Acesso em: 10 jan. 2020.

CAMPOS, Carlos Alexandre Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CARONE, Edgard. **A República Velha: II evolução política (1889-1930)**. São Paulo: Diefel, 1983.

CASAGRANDE, Cássio Luís; TIBÚRCIO, Dalton Robert. “Marbury v. Madison: uma decisão política de manter a Corte fora da política”. In: **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 19, n. 76, pp. 199-224, abr./jun. 2019. DOI: 10.21056/aec.v19i76.1008.

CHOPER, Jesse H. “The political question doctrine: suggested criteria”. In: **Duke Law Journal**, Durham, v. 54, pp. 1457-1523, 2005.

COLE, Jared P. The Political Question Doctrine: Justiciability and the Separation of Powers. **Congressional research Service**, 2014. Disponível em: [https://digital.library.unt.edu/ark:/67531/metadc501852/m1/1/high\\_res\\_d/R43834\\_2014Dec23.pdf](https://digital.library.unt.edu/ark:/67531/metadc501852/m1/1/high_res_d/R43834_2014Dec23.pdf). Acesso em 12 jul. 2020.

DAHL, Robert Alan. “Decision-Making in a Democracy: The Supreme Court as a National Policy-Maker”. In: **Journal of Public Law**, n. 6, pp. 279-295, 1957.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 22. ed. V. 1. Salvador: JusPodivm, 2020, pp. 558-559.

DWORKIN, Ronald. **A matter of principle**. Cambridge: Harvard University Press, 1985.

DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999

DWORKIN, Ronald. **Taking Right Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

ELY, John Hart. **DEMOCRACY AND DISTRUST: A theory of judicial review**. Cambridge and London: Harvard University Press, 1980.

FARBER, Daniel. **Legal Pragmatism and the Constitution**. Minnesota Law Review, v. 72, 1988.

FALCÃO, Joaquim; HARTMANN, Ivar Alberto; CHAVES, Vitor P. III. **Relatório Supremo em Números: o Supremo e o tempo**. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2014.

FONTAINHA, Fernando de Castro; SANTOS, Carlos Victor Nascimento dos; VANNUCCHI, Marco Aurélio (orgs.). **História oral do Supremo (1988-2013)**, v.11: Luis Roberto Barroso. Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2016, 130 p.

FRIEDMAN, Barry. **The history of the countermajoritarian difficulty, part three: the lesson of Lochner**. NYU Law School, Public Law Research paper, n. 24, pp. 1-100, set. 2000.

GONZÁLEZ PASCUAL, Maribel. **El Tribunal Constitucional alemán en la construcción del espacio europeo de los derechos**. Navarra: Civitas, 2010.

GREEN, Craig. "An intellectual history of judicial activism". In: **Emory Law Journal**, v. 58, n. 5, pp. 1195-1264, maio 2009.

GROVE, Tara Leigh. "The Lost History of the Political Question Doctrine". In: **New York University Law Review**. Vol. 90, N. 6, Dec. 2015. Disponível em: <https://www.nyulawreview.org/issues/volume-90-number-6/the-lost-history-of-the-political-question-doctrine/>. Acesso em: 09 jan. 2020.

HALPERN, Stephen C.; LAMB, Charles M. Historical perspectives. In: HALPERN, Stephen C.; LAMB, Charles M. (ed). **Supreme Court activism and restraint**. Lexington, Lexington Books, 1982

HAMILTON, Alexander; HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Trad. Viriato Soromenho Marques e João C. S. Duarte. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.

HENKIN, Louis. "Is There a "Political Question" Doctrine?", In: **85 Yale L.J.** (1976). Disponível em: <https://digitalcommons.law.yale.edu/yli/vol85/iss5/1/>. Acesso em: 10 jan. 2020.

JAMES, William. **Pragmatism**. Ed. by Frederick H. Burkhardt; Fredson Bowers; Ignas K. Skrupskelis. Cambridge: Harvard University Press, 1907.

**Katzenbach v. McClung**, 379 U.S. 294, 303-04 (1964). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/379/294/>. Acesso em: 10 jan. 2020.

KELLOGG, Frederic R. **Oliver Wendell Holmes Jr., legal theory and judicial restraint**. Cambridge: Cambridge University Press, 2007

KMIEC, Keenan D. "The origin and current meanings of 'judicial activism'". In: **California Law Review**, v. 92, n. 5, pp. 1446-1447, out. 2004.

KRAMER, Larry D. "Judicial supremacy and the end of judicial restraint". In: **California Law Review**, v. 100, n. 3, pp. 621-634, jun. 2012.

LASSALLE, Ferdinand. 1825-1864. **A essência da Constituição / Ferdinand Lassalle**; prefácio, e organização: Aurélio Wander Bastos; epílogo: Rosalina Corrêa de Araújo. – 9. ed. – Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2016.

LIMA, F. D. S.. “A Separação de Poderes e a Constituição do Estado Moderno: O Papel do Poder Judiciário na Obra de Montesquieu”. In: **Revista da AGU**. Ano VI, n. 12, Abr. 2007. Disponível em: <https://doi.org/10.25109/2525-328X.v.6.n.12.2007.390>. Acesso em: 10 jan. 2020

LIMA, F. D. S. **ATIVISMO E AUTOCONTENÇÃO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: uma proposta /de delimitação do debate**. Recife: UFPE, 2013.

LIMA, F. D. S. **Jurisdição Constitucional e Política: ativismo e autocontenção no STF**. Curitiba: Juruá, 2014.

LIMA, Flávia Danielle Santiago; GOMES NETO, José Mário Wanderley. “Autocontenção à brasileira? Uma taxonomia dos argumentos jurídicos (e estratégias políticas?) explicativo(a)s do comportamento do STF nas relações com os poderes majoritários”. In: **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 1, pp. 221-247, jan./abr. 2018. DOI: 10.5380/rinc.v5i1.55990. Acesso em 05 jan. 2021.

LIMA, Flávia Danielle Santiago; GOMES NETO, José Mário Wanderley. “DAS 11 ILHAS AO CENTRO DO ARQUIPÉLAGO: OS SUPERPODERES DO PRESIDENTE DO STF DURANTE O RECESSO JUDICIAL E FÉRIAS”. In: **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 8, n. 2. Brasília. 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.5102/rbpp.v8i2.5306>. Acesso em: 20 jan. 2021.

LIMA, F. D. S. **Jurisdição Constitucional e Política: ativismo e autocontenção**.

LIMA, F. D. S. “Perdedores no Congresso Nacional e no STF? A judicialização das questões *interna corporis* do Legislativo”. In: **Revista Jurídica da Presidência**. Brasília, v. 18, n. 115. Jun./Set. 2016, pp. 307-330.

LIMA, Flávia Danielle Santiago; ANDRADE, Louise Dantas de; OLIVEIRA, Tassiana Moura de. “Emperor or president? Understanding the (almost) unlimited power of the Brazilian Supreme Court’s President”. In: **Revista Brasileira de Direito**, v. 13, pp. 161 - 176, 2017.

**Lochner v. New York**, 198 U.S. 45 (1905). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/198/45/>. Acesso em: 12 jan. 2021.

LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo**. Tradução E. Jacy Monteiro. São Paulo: Abril Cultural, 1983.(Coleção pensadores).

LOCKE, John. **The second Treatise of Government**. John Locke: Political Writings. Edited and with an Introduction by David Wootton. London: Penguin Books, 1993, pp 261- 387.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoria de la constitución**. Barcelona: Ariel, 1965.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **Direitos Sociais - teoria e prática**. São Paulo: Método, 2006.

MADISON, J., HAMILTON, A. & JAY, J. 1993. **Os artigos federalistas: 1787-1788**. Rio de Janeiro : Nova Fronteira.

MALUF, Sahid. **Teoria geral do estado**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MARAVALL, José María; PRZEWORSKI, Adam (orgs.). **Democracy and the rule of law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

**Marbury v. Madison**. 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803). Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/>. Acesso em: 14 abr. 2020.

McCLOSKEY, Robert M. **The American Supreme Court**. 5. ed. Chicago: University of Chicago Press, 2010.

MCGOLDRICK, James M. **Katzenbach v. McClung: The Abandonment of Federalism in the Name of Rational Basis**, 14 *BYU J. Pub. L.* 1. (2013).

MENAND, Louis. **The metaphysical club**. London: Flamingo, 2002.

MENDONÇA, Eduardo Bastos de. “A inserção da jurisdição constitucional na democracia: algum lugar entre o direito e a política”. In: **Revista de direito do Estado** 13:211, 2009.

MONTESQUIEU, Charles Louis de. **O Espírito das Leis**. Trad. Pedro Vieira Mota. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Questões prejudiciais e questões preliminares”. In: **Direito Processual Civil – ensaios e pareceres**. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MORRIS, Charles. **The pragmatic Movement in American Philosophy**. New York: George Braziller. 1970.

MURRAY, D. L. **Pragmatism**. London: Constable and company, 1912, p. 34 e ss.

NELSON, William E. **Marbury v. Madison: the origins and legacy of judicial review**. Kansas: University Press of Kansas, 2000.

OLIVECRONA, Karl. **Law as Fact**. Copenhagen: Einar Munksgaard & Oxford: Humphrey Milford, 1939.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de; FERREIRA DA SILVA, Virgínia. “Processos judiciais como fonte de dados: poder e interpretação”. In: **Sociologias**, Porto Alegre, Vol. 7. N. 13. Enero-junio, 2005, pp. 244-259. Disponível em: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=86819561010>. Acesso em: 05 out. 2019

PAMPLONA, Danielle Anne. **Supremo Tribunal Federal e a Decisão de Questões Políticas**. Paraná: Juruá, 2011.

PARINI, Pedro. **Retórica como método no Direito: O entimema e o paradigma como bases de uma retórica judicial analítica**. João Pessoa: Editora UFPB. 2015.

PERELMAN, Chaïm. **Retóricas**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004

POSNER, Richard A. **How judges think**. Massachusetts: Harvard University Press, 2008.

POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law**. New York: Imprensa, 2003

POSNER, Richard A. **Law, Pragmatism and Democracy**. Cambridge: Harvard University Press, 2003.

POSNER, Richard A. **The federal Courts, Challenge and Reform**. Cambridge: Harvard University Press, 1999.

POSNER, Richard A. "The rise and fall of judicial self-restraint". In: **California Law Review**, Berkeley, vol. 100, n. 3, pp. 519–556, 2012.

POSNER, Richard A. "Utilitarianism, Economics and legal Theory". In: **Journal of Legal Studies**, v. 8, 1979.

RODRIGUES, Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal**. Tomo I: Defesa das liberdades individuais (1891 – 1898). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1965.

RODRIGUES, Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1965. t. 1 e 2.

ROSS, Alf. **Sobre el derecho y la justicia**. Buenos Aires: Eudeba. 1963.

SALDANHA, Nelson. "À Margem da Trajetória do Estado". In: **Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas**, Rio de Janeiro, n. 26, pp. 65-74.

SALDANHA, Nelson. **O estado moderno e a separação de poderes**. São Paulo: Saraiva, 1987.

SALDANHA, Nelson. "Separação dos Poderes: Reflexão sobre a permanência do problema". In: **Revista de Direito Público e Ciência Política**. Rio de Janeiro, vol. VI. n. 1. jan/abr. ,1963.

SANDSTRÖM, Marie. "Law – Fact, Fiction or In Between? Axel Hägerström's Quest for Legal Realism". In: **Scandinavian Studies in Law**. Perspectives on Jurisprudence. Essays in Honour of Jes Bjarup. vol 48, Jure, Stockholm, 2005, pp. 329-340.

SANGUINETTI, Horácio. **Curso de derecho político**. 4. ed. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2001.

SANTOS, Gustavo Ferreira. **Neoconstitucionalismo, poder judiciário e direitos fundamentais**. Curitiba: Juruá, 2001

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 8ª Edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007.

SCHLESINGER Jr., Arthur M. **The Supreme Court: 1947**. Fortune. V. 35 (1), 1947.

SCHAUER, Frederick. "Rules and the rule of law". In: **14. Harvard J.L. Pub. Poly** 645 (1991C).

SEIDMAN, Louis Michael. "The secret life of the political question doctrine". In: **John Marshall Law Review**, v. 37. pp. 441-480. 2004.

SEIDMAN, Louis Michael. "Acontextual Judicial Review". In: **Cardozo Law Review**, v. 32 (4), 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **O direito e o constrangimento epistemológico**. Artigo publicado no ESTADÃO. Disponível em: <https://estadodaarte.estadao.com.br/direito-constrangimento-epistemologico-streck/>. Acesso em: 25 mai. 2021.

TATE, C. Neal. "Why the expansion of judicial power?", In: TATE, C. Neal; VALINDER, Torbjörn (orgs.). **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995.

THAYER, James B. "The origin and scope of the american doctrine of constitutional law". In: **Havard Law Review**. v. 7, n. 3, pp. 129-156, oct. 1893.

THOMAS, George. **The Madisonian Constitution**. Baltimore: The Johns Hopkins University Press, 2008.

TUSHNET, Mark V. "Law and Prudence in the Law of Justiciability: the transformation and disappearance of the political question doctrine". In: **80 N. C. L. Rev.** 1203-1235 (2002). Disponível em: <http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/254/>.

VANBERG, Georg. **The Politics of Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany**. New York: Cambridge University Press, 2005.

VILE, M.J.C. **Constitutionalism and Separation of Powers**. Indianapolis: Liberty Fund, 1998.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **O Supremo Tribunal Federal: Jurisprudência Política**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

VIEIRA, Oscar Vilhena. "Supremocracia". In: **Rev. direito GV**. vol.4 no.2 São Paulo July/Dec. 2008. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S1808-24322008000200005>. Acesso em: 10 out. 2020.

WALDRON, Jeremy. "Separation of Powers in Thought and Practice?", In: **Boston College Law Review**, Newton, v. 54, pp. 433-468, 2013.

WESEP, H. B. van. **A estória da filosofia Americana**. Lisboa: Fundo de Cultura, 1960.

WHEELER, Fiona; WILLIAMS, John. "'Restrained Activism' in the High Court of Australia". In: DICKSON, Brice (ed.). **Judicial Activism in Common Law Supreme Courts**. New York: Oxford University Press, 2007.

WHITTINGTON, Keith E., **Political Foundations of Judicial Supremacy. The Presidency, the Supreme Court, and Constitutional Leadership in U. S. History**. Princeton: Princeton University Press, 2007.

YEPES, Rodrigo Uprimy. "A judicialização da política na Colômbia: casos, potencialidades e riscos". In: **Sur - Revista. Internacional de direitos humanos**. [online]. 2007, vol.4, n.6, pp.52-69. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1806-64452007000100004>. Acesso em: 02 mar. 2021.

YOUNG, Ernest. "A judicial activism and conservative politics". In: ***University of Colorado Law Review***, v. 73, n. 4, pp. 1139-1216, 2002.