

## QUESTÃO POLÍTICA PURA?

Paulo Paiva\*

### 1 Introdução

Não parece mais haver espaço doutrinário para a reedição da polêmica que opôs Schmitt e Kelsen<sup>1</sup>, sendo mesmo facultado supomos pacífica a aceitação dos órgãos de jurisdição constitucional<sup>2</sup>. Tais cortes constitucionais ergueram-se, sobre as pilastras da rigidez constitucional e do princípio hermenêutico da força normativa da Constituição, ao patamar mais alto da organização institucional, reservado pela ideologia revolucionário-jacobina ao Legislativo.

O foco da preocupação doutrinária deslocou-se da existência e legitimidade das jurisdições constitucionais para os limites de sua atuação<sup>3</sup> e, nesse âmbito, tornou-se evidente uma “dialética entre Corte e Parlamento, no centro da qual se situa a discricionariedade legislativa”<sup>4</sup>. No que diz respeito às relações da jurisdição constitucional, inclusive difusa, com o Executivo, também encontramos uma situação de

\* Especialista em direito constitucional e filosofia e Aluno Especial do Mestrado (IDP).

<sup>1</sup> Cf. Hans Kelsen, *Quem deve ser o guardião da Constituição?*, in: *Jurisdição constitucional*, São Paulo: Martins Fontes, 2007.

<sup>2</sup> Por todos, Vital Moreira, *Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional*, in: Colóquio no 10<sup>a</sup> aniversário do Tribunal Constitucional (1993: Lisboa). *Legitimidade legitimação da justiça constitucional*, Coimbra: Coimbra, 1995, pp. 177-178: “Cento e noventa anos passados sobre *Marbury v. Madison* (1803); mais de setenta anos decorridos desde a criação do Tribunal Constitucional austriaco (*omissis*) será que tem ainda sentido questionar a legitimidade da justiça constitucional em geral e a do Tribunal Constitucional em particular, nomeadamente à luz do princípio da maioria? (*omissis*) A existência de uma jurisdição constitucional, sobretudo se confiada a um tribunal específico, parece ter-se tornado nos tempos de hoje num requisito de legitimação e de credibilidade política dos regimes constitucionais democráticos. *A jurisdição constitucional passou a ser crescentemente considerada como elemento necessário da própria definição do Estado de direito democrático*”. No mesmo sentido, Elena Malfatti, *et al.*, *Giustizia costituzionale*, Torino: Giappichelli Editore, 2007, pp. 297-298: “La giustizia costituzionale è oggi ritenuta, quasi unanimemente, come un elemento essenziale delle democrazie contemporanee e come un valore connaturato allo stato costituzionale, in quanto fondato sulla tutela dei diritti fondamentali e sulla sottoposizione della sfera politica a canoni costituzionali garantiti dalla presenza di un controllo di tipo giurisdizionale. In tal senso si è parlato della giustizia costituzionale come di un ‘valore costituzionale comune’ e come un correttivo della forma di governo parlamentare”. André do Vale, *Intercâmbio e cooperação internacional entre órgãos de jurisdição constitucional*, disponível em: <http://ojs.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/view/352/387>, acesso em 04.12.2008, p. 4, por sua vez, nos dá notícia que a Conferência Européia de Cortes Constitucionais que contava com “apenas quatro países – Alemanha, Áustria, Itália e Jugoslávia –, já é composta atualmente por 39 membros”.

<sup>3</sup> M<sup>a</sup> Assunção Esteves, *Legitimação da justiça constitucional e princípio maioritário*, in: Colóquio no 10<sup>a</sup> aniversário do Tribunal Constitucional (1993: Lisboa). *Legitimidade legitimação da justiça constitucional*, cit., p. 132: “Daí que a discussão sobre a legitimidade da justiça constitucional seja, à semelhança do que também acontece nos Estados Unidos, uma discussão sobre os seus limites”.

<sup>4</sup> Stelio Mangiameli, *Il contributo dell’esperienza costituzionale italiana alla dommatica europea della tutela dei diritti fondamentali*, disponível em <http://www.giurcost.it/org/studi/mangiameli.htm>, acesso em: 22.12.2008, item n<sup>o</sup> 9.

tensão institucional motivada, sobretudo, pela interpretação injuntiva da Constituição em matérias que impliquem reequilíbrio orçamentário ou restrição do espaço livre para a elaboração das políticas públicas. Na opinião de Appio, exemplificativa dessa tensão institucional, a ação do judiciário em tais áreas representa, invariavelmente, uma

invasão de competência afeta ao Poder Executivo, o qual tem o dever de criar e executar as políticas públicas. Temos, por conseguinte, juízes não-eleitos pelo voto direto das comunidades atingidas ditando aos representantes eleitos (Prefeito, Governador, Presidente da República) quais são as políticas que têm prioridade. Trata-se de tema afeto à legitimidade da atuação judicial<sup>5</sup>.

O presente ensaio pretende reorganizar a discussão e, ao invés de abordar a ilegitimidade da jurisdição constitucional para intervir nas chamadas “questões políticas”, investiga de quem é a competência para defini-las, terminando por oferecer uma proposta de delimitação da área entregue à completa discricionariedade majoritária.

## 2 Discricionariedade político-majoritária e jurisdição constitucional

A atenção dispensada ao contexto político-institucional italiano mostra-se prolífica ao estudo da discricionariedade legislativa. Naquele país, os esforços para limitar a ingerência da jurisdição constitucional em questões reputadas de submissão exclusiva à vontade majoritária não restaram adstritos à doutrina, ganhando expressão no direito positivo. Dispõe o art. 28 da Lei sobre o funcionamento da Corte Constitucional nº. 87, de 11 de março de 1953: “O controle de legitimidade da Corte Constitucional sobre uma lei ou um ato com força de lei exclui qualquer valoração de natureza política e qualquer sindicância sobre o uso do poder discricionário do Parlamento”<sup>6</sup>.

Embora a Corte Constitucional italiana tenha afirmado, diversas vezes, que o controle constitucional só é cabível quando “o uso da discricionariedade legislativa resulte por tudo arbitrário e irracional”<sup>7</sup>, as exceções a essa premissa se avolumaram a ponto de temer-se uma superinterpretação da Constituição. Por superinterpretação, a doutrina italiana entende a técnica de integração do direito que consiste em manipular um texto

<sup>5</sup> Eduardo Appio, *A judiciabilidade dos direitos sociais no Brasil: o populismo judicial no Brasil*, disponível em: <http://ead.idp.edu.br/file/file/download/file/L3VwbG9hZC9fNTBiZmIzYjMlYWwFIM2I1NzEyZGRkMzg3NDk4ZTBINjMuZG9j>, acesso em 09.01.2009, p. 3.

<sup>6</sup> *Apud*, Elena Malfatti (org.), *Giustizia costituzionale: atto normativi*, Torino: Giappichelli Editore, 2007, p. 48.

<sup>7</sup> Elena Malfatti, *et al.*, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 302.

de lei com a intenção de escavar normas inexpressas. Guastini aludiu aos riscos que essa prática carrega para o equilíbrio político-institucional:

Quando a Constituição é superinterpretada não resta espaço vazio de – ou livre do – direito constitucional: toda decisão legislativa é pré-disciplinada por uma ou outra norma constitucional. Então, não vemos lei que possa fugir ao controle de legitimidade constitucional. Em outras palavras, não se vê espaço para qualquer discricionariedade legislativa: não se vê questão de legitimidade constitucional da qual se possa dizer que é apenas uma *political question*, uma questão puramente política, estranha à cognição do juiz da legitimidade constitucional da lei<sup>8</sup>.

Essa problemática da discricionariedade legislativa é sintoma, importante notar, de uma causa anterior e superior, de filosofia do direito. Observou-se, por exemplo, que os problemas que obstam a instauração de um modelo de Estado de Direito orientado pelos pressupostos procedimentais diminuiriam notavelmente de importância, se fosse possível “traçar uma distinção vinculante entre direito e política na atividade jurisdicional da *common law*”<sup>9</sup>. Seria, de fato, a independência da democracia em relação a normas substanciais de interpretação controversa.

Existem posições mais moderadas, em que a discricionariedade legislativa “vinculante” dá lugar a uma fronteira posta a garantir certa matéria constitucional à exclusiva competência do legislador<sup>10</sup>. Ter-se-ia, então, o que foi chamado de matérias sensíveis à escolha, onde a resposta aceitável deve, necessariamente, advir da distribuição da preferência na sociedade. Em tais matérias, o sufrágio seria o método adequado de formação da vontade estatal. De outra espécie são as decisões que não remetam ao número como parâmetro válido de legitimidade, tendo havido ponderações no sentido de que “abolir a pena de morte, ou proibir a discriminação contra as mulheres no emprego, são questões cuja resposta correta não depende do número daqueles que a sustentam”<sup>11</sup>.

A síntese da crítica, não obstante, termina por julgar que a ingerência da jurisdição constitucional em um amplo espectro de matérias ligadas à governança e a despesas

<sup>8</sup> Riccardo Guastini, *Lezioni di teoria costituzionale*, Torino: Giappichelli Editore, 2001, p. 158.

<sup>9</sup> Michel Rosenfeld, *Lo stato di diritto e la legittimità della democrazia costituzionale*, disponível em: [http://www.dirittoquestionipubbliche.org/page/2004\\_n4/mono\\_M\\_Rosenfeld.pdf](http://www.dirittoquestionipubbliche.org/page/2004_n4/mono_M_Rosenfeld.pdf), acesso em: 14.09.2008, p. 145.

<sup>10</sup> Cf., John Ely, *Democracy and distrust: a theory of judicial review*, Cambridge: Harvard University, 1980.

<sup>11</sup> José Brito, *Jurisdição constitucional e princípio democrático*, in: Colóquio no 10º aniversário do Tribunal Constitucional (1993 : Lisboa). *Legitimidade legitimação da justiça constitucional*, cit., 1995, p. 43.

estatais torna-a passível de crítica, em face do déficit democrático que marca sua composição e atividade. Llorente observou, *v. g.*, que

a questão política há de ser seguir sendo o referente negativo da jurisdição da lei, por discutível que, em cada caso, possa resultar sua determinação concreta, resta fora de discussão, em todo caso, que a racionalidade específica da argumentação jurídica é o meio exclusivo de legitimação e confiabilidade da jurisdição constitucional, que tem na universalização da ‘ponderação’ e da ‘razoabilidade’ – e não somente na bolorenta questão dos valores – seu desafio e ameaça cotidianos. Questão distinta é, enfim, a medida em que pode ou deve dar entrada no juízo de constitucionalidade a argumentos factuais sobre as premissas da lei ou sobre os prognósticos de resultado que a animam<sup>12</sup>.

Em suma, afirma-se que as questões políticas puras são o limite material da jurisdição constitucional.

### **3 A jurisdição constitucional como limite da discricionariedade político-majoritária**

Argumentos podem ser aduzidos, contudo, contra essa forma de entender a esfera de atuação da jurisdição constitucional.

Quanto à ingerência judiciária na esfera administrativo-orçamentária - *v. g.*, a concessão forçosa de medicamentos de alto custo não listados pelos técnicos do SUS a determinado indivíduo -, peca o argumento restritivo por não reconhecer que, quando se trata de direitos fundamentais, a análise tópica restringe o campo em que o juiz forma o seu convencimento.

Assim, quando contestada judicialmente, a decisão político-majoritária (administrativa ou legislativa) perde um tanto de seu conteúdo consensual legitimador, para ser submetida a um novo teste de legitimidade, não mais ante a legislatura e seus eleitores, mas perante o Congresso Constituinte e as opções políticas básicas que a maioria eleitoral não pode mudar. Decorre daí que muitos argumentos e pressupostos consensuais que predominaram na idealização da política pública que, *tempus et locus*, mostra-se insuficiente ante as situações concretas (subjetivas), podem ser e serão ignorados pelo juiz<sup>13</sup>. De fato, já havia assentado Rui, a ingerência do judiciário,

<sup>12</sup> Francisco Llorente, *et al.*, *Estudios sobre jurisdicción constitucional*, Madrid: McGraw, 1998, pp. 113-114.

<sup>13</sup> Cf., nesse sentido, Víctor Abramovich, *et al.*, *Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales*, in: Ingo Sarlet (org.), *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito internacional e comparado*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pp. 248-254.

“muitas vezes, não consiste senão *em transformar*, pelo aspecto com que se apresenta o caso, uma questão *política* em questão *judicial*”<sup>14</sup>.

No concernente às relações entre a jurisdição constitucional e a discricionariedade do legislador, seria preciso, não obstante a autoridade da crítica, ponderar, de início, que o que é ou não puramente político resolve-se como uma questão jurídica<sup>15</sup>. Engisch ponderou, a respeito, que “a decisão da questão de saber se foi ou não concedido um poder discricionário, é terefa que incumbe à ‘interpretação’ das leis e das instituições”<sup>16</sup>.

À Corte Constitucional italiana, v. g., foi impossível manter-se nos limites traçados pelo referido art. 28 de sua lei de organização. Por necessidade sistemática, a Corte passou a estender seu juízo ao conjunto dos princípios constitucionais, com a finalidade de proceder a uma sindicância da razoabilidade da formatação positiva da matéria<sup>17</sup>, sobretudo quando o dispositivo de lei, ou a comparação entre duas leis termina por suscitar dúvidas sobre sua constitucionalidade à luz do princípio da igualdade. Por exemplo, na sentença nº. 28 de 1957, a Corte italiana reconheceu a discricionariedade do legislador quanto à análise da diversidade de situações a disciplinar, “salvo a observância do limite estabelecido no art. 3 da Constituição”<sup>18</sup>, levando, por exemplo, Constanzo a afirmar que a “discricionariedade legislativa aparece estritamente coligada ao princípio da igualdade, do qual a Corte retém legítima uma atuação modulável”<sup>19</sup>.

De há muito, entre nós, assentava-se a premissa, bastante difícil de refutar, segundo a qual todo exercício do poder é político e jurídico ao mesmo tempo e, portanto, os atos

<sup>14</sup> Rui Barbosa, *Comentários à Constituição Federal Brasileira*, São Paulo: Saraiva, 1933, v. 4, p. 41.

<sup>15</sup> Raul Repetto, *Control de constitucionalidad de la ley*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1969, p. 88: “la actividad del órgano contralor va a ir precisando poco a poco la esfera de acción que compete al legislativo”.

<sup>16</sup> Karl Engisch, *Introdução ao pensamento jurídico*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1965, p. 188.

<sup>17</sup> Elena Malfatti, *et al.*, *Giustizia costituzionale*, cit., p. 303.

<sup>18</sup> Cf., Corte Costituzionale, *sent.* 28/1957, disponível em: <http://www.cortecostituzionale.it/giurisprudenza/pronunce/schedaDec.asp?Comando=RIC&bVar=true&TrmD=&TrmDF=&TrmDD=&TrmM=&iPagEl=1&iPag=1>, acesso em:

1.1.2009. O art. 3 da Constituição da Itália tem o seguinte conteúdo: “Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali. È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese”

<sup>19</sup> Pasquale Costanzo, *Legislatore e Corte costituzionale: uno sguardo d'insieme sulla giurisprudenza costituzionale in materia di discrezionalità legislativa dopo cinquant'anni di attività*, disponível em: <http://www.giurcost.it/org/studi/CostanzoLanzarate.htm>, acesso em 21.12.2008, item nº. 5.

de poder são todos “imediatamente constitucionais”<sup>20</sup>, e, logo, políticos. Daí tornar-se lógica a pergunta: a que título a jurisdição constitucional poderia invocar o direito de auto restringir-se?

Se é correto o princípio de que o controle do Tribunal Constitucional é determinado pelas funções que lhe são confiadas pela Constituição, então o postulado da retração judicial [*richterlicher Zuruckhaltung*] é em geral falso. Pois a mais importante função confiada ao TC – velar pela observância da Constituição, especialmente a proteção dos direitos fundamentais – pode exigir justamente o contrário da contenção, ou seja, uma decidida intervenção do Tribunal, mesmo com o risco de conflito com outra autoridade<sup>21</sup>.

Por fim, propomos, com Rui Barbosa, que as questões serão puramente políticas apenas quando congregarem duas características: emanem dos poderes político-majoritários, e seu implemento normativo não restrinja direitos.

Se há direito lesado – Vilanova escreveu, parafraseando Rui – venha ele da União ou dos Estados, revista ou não o caráter político, se há direito subjetivo público ou privado lesados, caem sob a órbita de competência jurisdicional do Supremo Tribunal<sup>22</sup>.

#### 4 Considerações finais

Por derradeiro, talvez nos fosse permitido ponderar que não se trata, com a restrição liberal do político puro, de fazer política através do controle de constitucionalidade, mas de apreciar o desenvolvimento político-institucional com a régua da Constituição lida em chave substancial, ou seja, *obrigar a política a desenvolver-se constitucionalmente*.

Se há algo como uma questão política pura, sua existência deve-se ao fato de que o Judiciário decidiu que não a apreciaria. Não existindo, portanto, questões políticas puras anteriores, transcendentais ao juízo de admissibilidade levado a cabo pelo judiciário, significando dizer que a definição do limite de atuação da jurisdição constitucional é uma questão de interpretação jurídico-constitucional.

<sup>20</sup> Lourival Vilanova, *Escritos jurídicos e filosóficos, vol. I*, Brasília: IBET, 2003, p. 388.

<sup>21</sup> Konrad Hesse, *Funktionelle Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit*, Heidelberg: *Ausgewählte Schriften*, 1984, pp. 311 e segs., *apud*, Vital Moreira, *Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional*, cit., p. 195.

<sup>22</sup> Lourival Vilanova, *Escritos jurídicos e filosóficos*, cit., p. 394.

## 5 Bibliografia referida

APPIO, Eduardo. *A judiciabilidade dos direitos sociais no Brasil: o populismo judicial no Brasil*. Disponível em: <http://ead.idp.edu.br/file/file/download/file/L3VwbG9hZC9fNTBiZmIzYjM1YWwFIM2I1NzEyZGRkMzg3NDk4ZTBINjMuZG9j>, acesso em 09.01.2009.

BARBOSA, Rui. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*. São Paulo: Saraiva, 1933.

CONSTANZO, Pasquale. *Legislatore e Corte costituzionale: uno sguardo d'insieme sulla giurisprudenza costituzionale in matéria di discrezionalità legislativa dopo cinquant'anni di attività*. Disponível em: <http://www.giurcost.it/org/studi/CostanzoLanzarate.htm>, acesso em 21.12.2008.

ELY, John. *Democracy and distrust: a theory of judicial review*. Cambridge: Harvard University, 1980.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1965.

GUASTINI, Riccardo. *Lezioni di teoria costituzionale*. Torino: Giappichelli Editore, 2001.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LLORENTE, Francisco, et al.. *Estudios sobre jurisdicción constitucional*. Madrid: McGraw, 1998.

MALFATTI, Elena, et al.. *Giustizia costituzionale*. Torino: Giappichelli Editore, 2007.

\_\_\_\_\_. *Giustizia costituzionale: atto normativi*. Torino: Giappichelli Editore, 2007.

MANGIAMELI, Stelio. *Il contributo dell'esperienza costituzionale italiana alla dommatica europea della tutela dei diritti fondamentali*. Disponível em: <http://www.giurcost.it/org/studi/mangiameli.htm>, acesso em: 22.12.2008.

REPETTO, Raul. *Control de constitucionalidad de la ley*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1969.

ROSENFELD, Michel. *Lo stato di diritto e la legittimità della democrazia costituzionale*. Disponível em: [http://www.dirittoequestionipubbliche.org/page/2004\\_n4/mono\\_M\\_Rosenfeld.pdf](http://www.dirittoequestionipubbliche.org/page/2004_n4/mono_M_Rosenfeld.pdf), acesso em: 14.09.2008.

SARLET, Ingo (org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Colóquio no 10<sup>a</sup> aniversário do Tribunal Constitucional (1993: Lisboa). *Legitimidade legitimação da justiça constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1995.

VALE, André. *Intercâmbio e cooperação internacional entre órgãos de jurisdição constitucional*. Disponível em: <http://ojs.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/view/352/387>, acesso em 04.12.2008.

VILANOVA, Lourival. *Escritos jurídicos e filosóficos, vol. I*. Brasília: IBET, 2003.

