

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO

JÚLIA BORDIN MANDELLI CORREA

A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NO BRASIL PÓS 1988:
UMA DISCUSSÃO SOBRE O NORMATIVISMO E O DECISIONISMO

Florianópolis
2017

JÚLIA BORDIN MANDELLI CORREA

**JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NO BRASIL PÓS 1988:
UMA DISCUSSÃO SOBRE O NORMATIVISMO E O DECISIONISMO**

Trabalho de Conclusão de Curso submetido ao
Curso de Graduação em Direito da
Universidade Federal de Santa Catarina para
obtenção do grau de bacharela em Direito.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Jeanine Nicolazzi
Philippi.

Florianópolis

2017

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Correa, Júlia Bordin Mandelli

A judicialização da política no Brasil pós 1988 : uma discussão sobre o normativismo e o decisionismo / Júlia Bordin Mandelli Correa ; orientadora, Jeanine Nicolazzi Philippi, 2017.

74 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) -
Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Graduação em Direito, Florianópolis, 2017.

Inclui referências.

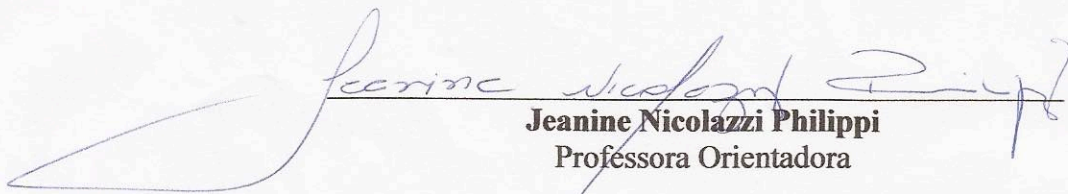
1. Direito. 2. Judicialização da Política. 3. Teoria do Direito. 4. Kelsen. 5. Schmitt. I. Philippi, Jeanine Nicolazzi . II. Universidade Federal de Santa Catarina. Graduação em Direito. III. Título.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

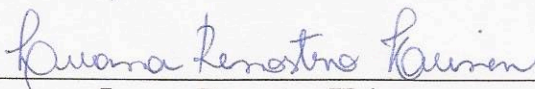
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “**Judicialização da Política no Brasil pós 1988: uma discussão sobre o normativismo e o decisionismo**”, elaborado pelo(a) acadêmico(a) “**Júlia Bordin Mandelli Correa**”, defendido em 07/12/2017 e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (dez), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.


Florianópolis, 07 de dezembro de 2017



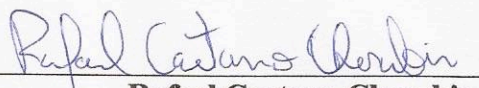
Jeanine Nicolazzi Philippi
Professora Orientadora



Luana Renostro Heinen
Membro de Banca



Melissa Mendes de Novais
Membro de Banca



Rafael Caetano Cherobin
Membro de Banca



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluna: Júlia Bordin Mandelli Correa

RG: 5110839056

CPF: 094.912.919-47

Matrícula: 12101407

Título do TCC: Judicialização da Política no Brasil pós 1988: uma discussão sobre o normativismo e o decisionismo

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Jeanine Nicolazzi Philippi

Eu, Júlia Bordin Mandelli Correa, acima qualificada; venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 07 de dezembro de 2017.

Assinatura manuscrita em tinta azul da aluna Júlia Bordin Mandelli Correa.

JULIA BORDIN MANDELLI CORREA

À minha mãe, Jussara, cuja coragem com a qual venceu as suas batalhas inspirou-me a enfrentar as minhas.

AGRADECIMENTOS

Nada se conquista sozinho, tenho a plena consciência de que a realização deste trabalho não seria possível sem o apoio de muitas pessoas, às quais presto meus mais sinceros agradecimentos neste momento.

Primeiramente, agradeço a meus pais, Marco e Jussara, por todo apoio afetivo, emocional e material, não apenas durante a execução desse trabalho, mas durante toda minha vida. Obrigada por sempre me incentivarem a buscar meus sonhos, me encorajarem a descobrir o mundo por mim mesma, por valorizarem cada conquista acadêmica que eu tive desde minha infância, e por sempre colocarem minha educação como prioridade. Obrigada por fazerem tudo isso com tanto amor, carinho e cuidado. Amo vocês!

Ainda em família, agradeço especialmente a meus irmãos, Walter e Luciano, e a minha prima Bella – quem considero uma irmã de coração – por me ajudarem a trilhar meu caminho, por terem conversado comigo sempre que dificuldades surgiram e por terem sido meus apoios sempre que eu precisei. Agradeço também a minha madrinha, Maria Bethânia, que, especialmente nesse ano – quando eu mais precisei –, esteve tão presente na minha vida. Ademais, agradeço a toda família pelo amor e por sempre se preocuparem tanto comigo.

Sem esquecer dos tantos amigos que tenho a honra de ter em minha vida. Gostaria de agradecer, em especial, a cinco amigas queridas que, além do apoio emocional, auxiliaram-me diretamente na execução desse trabalho por meio de conversas sobre o tema, de leituras, revisões e sugestões sobre o que eu escrevia, e também me aconselhando e dividindo as angústias e dificuldades dessa etapa do curso, são elas: Manoella Peixer Cypriani, Priscilla Batista da Silva, Júlia Padova Cornelius, Andréa de Barros Fernandes Moreira, e Bianca da Silveira Lessa. Privo-me de nomear as tantas outras estimadas pessoas que, através do apoio prestado nesse ano bastante conturbado de minha vida, auxiliaram para a conclusão desse estudo, o faço não por não as considerar de fundamental importância, mas pelo simples fato de ter receio de, sem querer, deixar algum nome de fora da lista. Vocês não fazem ideia do valor que esse apoio tem para mim. Agradeço, ainda, pela compreensão de todos nas vezes em que eu sumi ou me recusei a sair de casa porque precisava escrever. Amigas e amigos, saibam que vocês são as minhas maiores conquistas, tenho muito carinho e sou muito grata pela amizade de cada um de vocês.

Agradeço à Prof.^a Jeanine Nicolazzi Philippi por ter aceitado orientar o presente trabalho e por todas as sugestões e correções que fez no mesmo. Agradeço também por todas as oportunidades de aprendizado que me proporcionou ao longo de minha graduação. Em especial, agradeço a oportunidade de ter sido monitora da disciplina Teoria do Direito, essa atividade foi o que despertou meu interesse pela carreira acadêmica, portanto sempre serei grata por isso. A senhora, professora, representa uma inspiração para mim, tanto por seu comprometimento com a Universidade e seriedade acadêmica, quanto por suas posturas sempre éticas, íntegras e firmes.

Agradeço a duas outras mulheres, as quais tive a grande felicidade de chamar de professoras e hoje sinto que também posso chamar de amigas: Prof.^a Carolina Medeiros Bahia e Prof.^a Luana Renostro Heinen. Fico muito feliz de ter tido a chance de compartilhar projetos acadêmicos com mulheres tão inspiradoras quanto vocês ao longo da minha graduação. Obrigada por sempre terem se disposto a conversar comigo, por me auxiliarem nas angústias que surgiam e por constantemente incentivarem minhas pretensões acadêmicas.

Agradeço aos membros da banca, Prof.^a Luana Renostro Heinen, Prof.^a Melissa Mendes de Novais e Prof. Rafael Caetano Cherobin, por todas as considerações, sugestões e questionamentos que apresentaram. Com certeza me fizeram pensar e ter vontade de continuar a pesquisa. Obrigada, também, pelas diversas indicações de leituras sobre o tema.

Agradeço, ainda, à Universidade Federal de Santa Catarina, por ter me proporcionado vivências tão especiais enquanto aluna desta instituição. Digo, sem hesitação, que a minha experiência nesta universidade me transformou em uma pessoa melhor e me tornou mais consciente do meu papel social, principalmente pelo que vivi fora da sala de aula. Agradeço pela oportunidade de ter convivido com pessoas tão diferentes umas das outras – e de mim mesma; por ter sido exposta a ideias tão contrastantes – e muitas vezes completamente opostas às minhas; por ter tido a oportunidade de estudar em duas universidades estrangeiras e, dessa forma, conhecer melhor o mundo e suas diferentes culturas; mas principalmente agradeço por ter sido constantemente desafiada a pensar e a questionar até mesmo o que se apresenta como inquestionável.

“‘Quando eu uso uma palavra’, disse Humpty Dumpty em tom bastante desdenhoso, ‘ela significa o que eu quiser que ela signifique. Nem mais nem menos’

‘A questão é’, disse Alice, ‘se você pode fazer as palavras significarem tantas coisas diferentes’

‘A questão é’, disse Humpty Dumpty, ‘quem é o mestre. Isso é tudo’.

(Lewis Carroll, 1871)

RESUMO

A presente monografia dedica-se ao estudo da relação do fenômeno da Judicialização da Política no Brasil pós Constituição de 1988 com as teorias normativista e decisionista do Direito, desenvolvidas, respectivamente, por Hans Kelsen e Carl Schmitt. O problema que orientou o desenvolvimento deste trabalho é se o crescente movimento de Judicialização da Política no Brasil, no período pós 1988, é compatível com o positivismo normativista, ou se representa uma evidência de alteração para um modelo decisionista. A hipótese que se buscou verificar é a de que a Judicialização da Política fez a função de limite atribuída ao Direito pelo modelo normativista perder espaço para um modelo decisionista no qual as fronteiras do Direito se apresentam indefinidas, o que se revela conflitante com o conceito de Estado de direito. Para tanto, no primeiro capítulo realizou-se uma investigação sobre o conceito e sobre os elementos que fundamentam a emergência da Judicialização, quais sejam os mecanismos de controle de constitucionalidade e a compreensão de novos direitos na forma de princípios, assim como a forma específica que esses elementos apresentam no contexto brasileiro. Em seguida, no segundo capítulo, abordou-se a teoria de Hans Kelsen, de forma a trabalhar sua proposta de Jurisdição Constitucional, principalmente no que tange aos critérios para realização do controle de constitucionalidade, e argumentou-se que o desrespeito a esses critérios significa uma suspensão da ordem jurídica. Após, foi apresentada a teoria decisionista de Carl Schmitt, com enfoque nos conceitos de soberania e Estado de exceção. No último capítulo deste trabalho, foram apresentados cinco casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal, concluindo que esse não atua de forma limitada pelo direito positivo, conforme os critérios indicados por Kelsen, e indicando a existência de uma aproximação desse Tribunal com o conceito schmittiano de soberano. Por fim, a pesquisa concluiu que a Judicialização da Política não é compatível com o Estado de direito, mas evidencia um Estado de exceção permanente e não declarado, no qual a ordem jurídica encontra-se suspensa, mas uma outra ordem prevalece, em que as normas não funcionam como limites, mas o Direito tornou-se aquilo que o Judiciário – como soberano – decide que é. Na pesquisa, utilizou-se o método de abordagem indutivo, e a técnica de documentação indireta, através de pesquisa bibliográfica, documental e jurisprudencial.

Palavras-chave: Judicialização da Política. Normativismo. Decisionismo. Estado de direito. Estado de exceção.

ABSTRACT

The current study is dedicated to the analysis of the Judicialization of Politics in relation to normativist and decisionist Theories of Law, developed by Hans Kelsen and Carl Schmitt, respectively. The study focuses on a Brazilian context after the promulgation of its current Constitution, in 1988. The objective of this study is to verify if the increasing occurrence of the Judicialization of Politics in Brazil, after 1988, is compatible with the normativist theory, or, by contrary, if it represents an evidence of a shift to a decisionist model. The hypothesis that this study intended to demonstrate is that the Judicialization of Politics indicates a loss of Law's role as a limit to a decisionist perspective, in which the boundaries of Law present themselves as undefined, what conflicts to the "Rule of Law" conception. Therefore, in the first chapter, the concept of Judicialization of Politics was examined, as were the elements that make the judicialization process possible: the creation of constitutional review mechanisms and the constitutionalization of rights. The specific forms of those elements in a Brazilian context were reviewed as well. Next, in the second chapter, Hans Kelsen's theory was presented, concentrating on his proposal to a Constitutional Jurisdiction, specifically on his standards for constitutional review. It was argued that the disregard of those standards represents a suspension of the legal order. Then, it was presented Carl Schmitt's decisionist theory, focusing in the concepts of state of exception and sovereignty. In the last chapter of this study, five cases judged by Brazil's Supremo Tribunal Federal were presented, confirming that this institution does not act within the limits of the positive law, as in Kelsen's theory, what indicates a proximity of this Court to the Schmitt's concept of the sovereign. Finally, this research concludes that the Judicialization of Politics is not compatible to the Rule of Law, but it is an evidence of a permanent and undeclared State of Exception, in which the legal order finds itself suspended, but another order prevails, the laws no longer operate as limits, but the Law becomes what the Judiciary – as sovereign – decides it is. This research was conducted through an inductive method, and the technic used was indirect documentation, including bibliography, documents and judicial decisions.

Keywords: Judicialization of Politics. Normativism. Decisionism. Rule of Law. State of Exception.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

ADO – Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária

Art. - Artigo

CC – Código Civil

CP – Código Penal

CPP – Código de Processo Penal

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil

HC – *Habeas Corpus*

LGBT - Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Transgêneros

MI – Mandado de Injunção

MP – Ministério Público

OAB – Ordem dos Advogados do Brasil

PEC – Proposta de Emenda à Constituição

PSDB – Partido da Social Democracia Brasileira

PT – Partido dos Trabalhadores

STF – Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	13
1. A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA	16
1.1. As bases da Judicialização da Política	18
1.2. A Judicialização da Política no Brasil	29
2. NORMATIVISMO E DECISIONISMO	36
2.1. O Positivismo Jurídico	37
2.2. A Teoria Normativista de Hans Kelsen e o modelo Kelseniano de Jurisdição Constitucional	40
2.3. A Teoria Decisionista de Carl Schmitt e a decisão no Poder Judiciário no Brasil	46
3. JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DECISÃO	51
3.1. Suspensões da Ordem Jurídica no Judiciário Brasileiro	52
3.1.1. Execução Antecipada da Pena – HC 126.292 e ADCs 43 e 44	52
3.1.2. União Estável Homoafetiva – ADPF 132 e ADI 4.277	54
3.1.3. Aborto realizado no primeiro trimestre de gestação – HC 124.306	56
3.1.4. “Pílula do Câncer” – ADI 5.501	58
3.1.5. Financiamento de Campanhas Eleitorais por Pessoas Jurídicas – ADI 4.650	60
3.2. A Judicialização da Política e o Estado de Exceção brasileiro	62
CONSIDERAÇÕES FINAIS	67
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	70

INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, o protagonismo político do Poder Judiciário tem se tornado cada vez mais evidente. Não é incomum que decisões de julgamentos sejam pauta de programas de notícias e que ocorram protestos e manifestações buscando influenciar o resultado desses julgamentos. Não é incomum também, que, devido à interpretação de princípios constitucionais, os julgamentos tenham resultados controversos com o que dispõem as normas que deveriam embasá-lo. Os Ministros do Supremo Tribunal Federal tornaram-se nomes conhecidos em discussões políticas, inclusive com movimentos pedindo pelo “impeachment” do presidente do Tribunal, Ministro Gilmar Mendes. Esses fatos representam reflexos da posição que o Judiciário ocupa, atualmente, no sistema político brasileiro.

A transferência de poder político para o Poder Judiciário, fenômeno denominado “Judicialização da Política”, passou a ser objeto de estudo de diversos cientistas políticos e também de alguns juristas. Enquanto esse fenômeno é visto, por alguns, como forma de proteção de minorias em um sistema político majoritário, outros alertam para o potencial autoritário do Judiciário e para o desenvolvimento de uma “juristocracia”. Esses estudos na maioria das vezes, ou estudam as causas para a ocorrência da Judicialização ou problematizam a questão da falta de legitimidade democrática nas decisões do Judiciário ou a incoerência entre a justificativa e a prática da Judicialização. Nem tantos estudos, no entanto, questionam a compatibilidade desse fenômeno com um Estado no qual o Direito tem a função de limite.

A partir da verificação desta falta, pretende-se averiguar, neste trabalho, o significado que a Judicialização da Política apresenta para a Teoria do Direito. De forma delimitada, procura-se compreender a relação deste fenômeno, no modo em que ocorre no Brasil pós 1988, com as teorias normativista e decisionista do Direito, desenvolvidas, respectivamente, por Hans Kelsen e Carl Schmitt. O problema que orientou o desenvolvimento deste trabalho é se o crescente movimento de Judicialização da Política no Brasil, no período pós 1988, é compatível com o positivismo normativista, ou representa uma evidência de alteração para um modelo decisionista?

O objetivo geral do trabalho é verificar se há incompatibilidade entre o movimento de Judicialização da Política que ocorre no Brasil e a teoria positivista normativista e com um Estado de direito. Constituem objetivos específicos: a investigação do conceito e as

formas de expressão da Judicialização da Política; a verificação da forma de ocorrência da Judicialização da Política no Brasil; o estudo da teoria normativista de Kelsen; o estudo da teoria decisionista de Schmitt.

A hipótese que se buscará verificar é a de que a Judicialização da Política fez a função de limite atribuída ao Direito pelo modelo normativista perder espaço para um modelo decisionista no qual as fronteiras do Direito se apresentam indefinidas, o que se revela conflitante com o conceito de Estado de direito. Para tanto, utilizar-se-á o método de abordagem indutivo, e a técnica de documentação indireta, através de pesquisa bibliográfica, documental e jurisprudencial.

No primeiro capítulo será abordado o conceito de Judicialização da Política, de forma a diferenciar de outros fenômenos como o ativismo judicial e a politização da justiça. Para o desenvolvimento deste capítulo, serão utilizados autores de uma perspectiva institucionalista da Ciência Política comparada, que explicam o advento da Judicialização com base principalmente em dois elementos: a instituição de mecanismos de controle de constitucionalidade e a ampliação dos textos constitucionais, de forma a contemplar a proteção de direitos fundamentais e valores morais na forma de princípios. Ainda, será abordada a tese da preservação hegemônica desenvolvida por Ran Hirschl, que busca explicar o porquê desses elementos terem sido incorporados nas constituições surgidas no período pós Segunda Guerra Mundial. Posteriormente, será abordado o sistema de controle de constitucionalidade adotado pela Constituição brasileira de 1988 e as práticas no uso desse sistema, de forma a explicar a Judicialização da Política no Brasil pós Constituição de 1988. Esse capítulo, entretanto, não definirá um conceito para atuação política e atuação jurídica, pressupondo uma diferenciação entre os dois, que vem sendo desconsiderada atualmente.

O segundo capítulo será dedicado ao estudo das teorias normativista de Hans Kelsen e ao decisionismo de Carl Schmitt. Primeiramente será feita uma apresentação do positivismo jurídico, marcando sua diferença em relação ao *jusnaturalismo* e ao moralismo jurídico. Em seguida, será abordada a teoria de Kelsen, explorando os conceitos de norma fundamental e sua proposta de Jurisdição Constitucional, trabalhando, principalmente, a questão dos critérios do controle de constitucionalidade e o significado do desrespeito a esses critérios. Após, discutir-se-á a teoria decisionista de Carl Schmitt, com enfoque nos conceitos de Estado de exceção e de soberania, indicando a existência de uma aproximação desse último com a atuação do Poder Judiciário no Brasil.

Por fim, no último capítulo deste trabalho, serão apresentados cinco casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal, de forma a averiguar se sua atuação se dá de forma limitada pelo direito positivo, conforme os critérios indicados por Kelsen, ou se configura uma suspensão do ordenamento vigente. A pesquisa será concluída discutindo se ainda vivemos em um Estado de direito ou se nos encontramos em um Estado de exceção permanente e não declarado, no qual a ordem jurídica encontra-se suspensa, as normas não mais funcionam como limites, e o Direito torna-se aquilo que o soberano decide que é.

1. A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Este capítulo se dedicará ao estudo da Judicialização da Política, fenômeno conceituado por John Ferejohn como “uma profunda transferência¹ de poder do Legislativo para Tribunais e outras instituições jurídicas ao redor do mundo” (2012 p. 63) e por Ran Hirschl como “a confiança cada vez maior nos tribunais e nos meios judiciais para tratar das principais questões morais, questões de políticas públicas e controvérsias políticas” (2012, p. 28). A Judicialização da Política pode ser verificada em três níveis: através do controle de constitucionalidade; do controle de políticas públicas; e do controle dos próprios políticos (ARANTES, 2017b; FERREJOHN, 2012). Enquanto alguns veem essa transferência como positiva para a concretização de ideais democráticos, outros alertam para o potencial autoritário do Judiciário e para o encaminhamento da democracia para um “governo dos juízes” ou “juristocracia”² (HIRSCHL, 2004; VALLINDER, 2012, p. 25).

A Judicialização da Política é muitas vezes tratada de forma indistinta do ativismo judicial, portanto faz-se necessária a apresentação do conceito desse outro termo, de forma a distingui-los. Rogério B. Arantes (2017b) marca a diferenciação entre judicialização e ativismo – a atuação voluntária de agentes do sistema de justiça (membros do Judiciário, agentes do Ministério Público, Defensores Públicos, agentes da Polícia) em questões políticas, sem lastro em regras ou instituições. Por ser altamente dependente da vontade dos agentes de justiça, o ativismo é um fenômeno efêmero. A Judicialização da Política, por outro lado, está lastreada em regras e instituições, “é uma transferência de autoridade, ou de capacidade de tomada de decisão, dos domínios da política para a justiça” (ARANTES, 2017b) através de uma configuração em que os agentes de justiça são “chamados a participar” de decisões políticas. Não significa a inexistência de vontade própria dos agentes, mas sim que as condutas estão instrumentalizadas pela própria política (ARANTES, 2017a). Devido a essas características, a Judicialização da Política se apresenta como um fenômeno duradouro. O que acontece no Brasil é muito mais um caso de Judicialização da Política do que de ativismo judicial (ARANTES, 2017b).

¹ Apesar da definição de Ferejohn ser uma das mais citadas, há autores, como Luciano da Ros, que discordam da utilização do termo *transferência* e preferem utilizar um conceito de *sobreposição* de arenas institucionais. Segundo Ros, sobreposição é mais condizente com o modelo de Elmer Eric Schattschneider que coloca a judicialização como uma expansão da arena de deliberação política em direção ao Judiciário. Para mais detalhes, ver: ROS, 2017, p. 59-100

² Expressão traduzida do inglês “juristocracy”, utilizada por Ran Hirschl em seu livro *Towards Juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism*.

Outro termo bastante utilizado, que está relacionado com a Judicialização da Política, mas com ela não se confunde, é a politização da justiça. Ferejohn explica, ao analisar a ocorrência desse fenômeno em um contexto norte americano, onde a cultura de formação jurídica e a ideia de que “cada interesse tem direito à representação e à articulação jurídica competentes” (2012, p. 91) desempenham um papel importante na politização, já que “[j]uristas com boa formação devem ser capazes de apresentar e articular as reivindicações mais improváveis e absurdas, e os juízes devem ser capazes de responder a esses argumentos e de sopesá-los dentro da lei” (2012, p. 91). Essa configuração contribui para o fato de que “virtualmente toda posição ideológica ou partidária pode ser articulada na lei [...] como posições jurídicas mais ou menos defensáveis” (FEREJOHN, 2012, p. 91). O autor ainda explica que isso não seria um problema tão grave se a composição da magistratura não fosse influenciável por grupos que, em algum momento, reivindicarão seus interesses de forma judicial (2012, p. 91–92). Arantes (2017a) comenta a politização da justiça afirmando que os riscos vão além da identificação de preferências partidárias e ideológicas dos membros do sistema de justiça, o perigo maior está quando os fins passam a ter mais importância do que os meios pelos quais se toma a decisão. O autor esclarece que, no campo jurídico, não se espera que decisões sejam tomadas visando a fins, mas sim tendo em vista o respeito às regras e aos procedimentos, já que são esses os elementos que conferem legitimidade à decisão judicial. A politização, portanto, “passa a ocorrer quando os atores do sistema [jurídico] passam a agir em função de fins” (ARANTES, 2017a), com isso, corre-se o risco de perder a legitimidade da decisão judicial. A politização da justiça se relaciona com a Judicialização da Política, mas enquanto esta envolve uma transferência de *locus* decisório, aquela implica numa alteração da forma como as decisões são tomadas no Judiciário.

Tratar de “Judicialização da Política” implica, desse modo, admitir a existência de uma diferenciação entre o político e o jurídico que está sendo desconsiderada – o que faz necessária a determinação de um conceito teórico para questão política e para questão jurídica. Essa tarefa se torna especialmente difícil em uma época de avanço de um novo constitucionalismo, em que princípios que indicam valores e fins foram positivados e na qual “não se tem quase nenhuma controvérsia moral ou política [...] que mais cedo ou mais tarde não se torna jurídica”,³ como afirma Hirschl (2004, p. 1, tradução livre) ao parafrasear a

³ No original: “There is now hardly any moral or political controversy in the world of new constitutionalism that does not sooner or later become a judicial one”.

observação de Alexis de Tocqueville sobre os Estados Unidos feita ainda no século XIX. Para o desenvolvimento deste primeiro capítulo, a existência de uma diferenciação será tomada como pressuposto, já que ela será desenvolvida no capítulo seguinte.

Para compreender a Judicialização da Política é preciso entender como se deu o desenvolvimento das regras e instituições que fundamentaram a sua emergência, assim como elementos políticos, jurídicos e econômicos que corroboraram para a sua expansão. Apesar de a Judicialização da Política ser “um fenômeno mundial” (VALLINDER, 2012), a segunda parte deste capítulo se restringirá ao estudo da sua ocorrência no Brasil pós 1988. Buscar-se-á analisar de que forma a Constituição de 1988 alterou o funcionamento da atividade jurisdicional no país e como os atores do sistema de justiça passaram a se comportar nessa nova configuração.

1.1. As bases da Judicialização da Política

A Judicialização da Política pode ser explicada a partir de diferentes abordagens.⁴ Este trabalho privilegiará uma perspectiva institucionalista desenvolvida em estudos da ciência política comparada, principalmente a partir dos anos 1990, que atribui as origens da Judicialização da Política à combinação de dois principais fatores: a) a adoção de mecanismos de controle de constitucionalidade para a concretização do princípio da Supremacia da Constituição; e b) a considerável constitucionalização de direitos⁵ que passam a servir de parâmetro para o controle constitucional (ARANTES, 2005; HIRSCHL, 2004; SWEET, 2000).

A proliferação de constituições com essas características ocorreu em diferentes cenários⁶ do período pós Segunda Guerra Mundial e, evidentemente, teve nuances distintas ao redor do mundo. No entanto, os desenvolvimentos da doutrina da supremacia

⁴ Para uma síntese explicativa das diferentes possibilidades de abordagens, consultar: ENGELMENN, Fabiano. Para uma sociologia política das instituições judiciais. In: ENGELMANN, Fabiano (Org.). *Sociologia política das instituições judiciais*. Porto Alegre: Editora da UFRGS/CEGOV, 2017. p. 17-39.

⁵ O que se passou a denominar direitos fundamentais.

⁶ Hirschl nomeia seis diferentes cenários: reconstrução política (na qual se enquadram Itália e Alemanha); independência (na qual se enquadram os países em processo de descolonização); transição (relativa aos países que passaram por um processo de democratização pós regimes autoritários, como o Brasil); dupla transição (em que estão os países que passaram por uma democratização em sentido europeu ocidental simultaneamente a uma transição para economia de mercado, como os países pós-soviéticos); incorporação (relativa àqueles países que incorporaram legislações supranacionais em seus ordenamentos domésticos); e transição não aparente (no qual se enquadram as reformas constitucionais que não foram acompanhadas por mudanças significativas dos regimes políticos ou econômicos nos respectivos países em que ocorreram, caso do Canadá e da Nova Zelândia) (2004, p. 7-8).

constitucional (e o conseqüente fortalecimento da aplicabilidade jurídica das Constituições) e uma segunda “onda” de constitucionalismo – que superou a noção da Constituição apenas como instrumento que limita a atuação estatal face às liberdades individuais e que dispõe sobre a organização do Estado e a separação de poderes – são pontos chave que necessitam ser abordados.

A noção de Supremacia da Constituição, hoje vista como básica para o Direito Constitucional, não emergiu originalmente do próprio texto constitucional, mas foi construída a partir da doutrina e da jurisprudência. O desenvolvimento desse entendimento se deu previamente nos Estados Unidos e, apenas posteriormente, na Europa. A razão para tal diferença temporal parece ser a distinção entre as experiências prévias à Independência Americana, declarada em 1776, e os fatos que ensejaram a Revolução Francesa, iniciada em 1789. Enquanto na França a principal preocupação era o abuso da monarquia absolutista, nos Estados Unidos as críticas eram dirigidas ao Parlamento inglês, e à regulamentação da matéria fiscal (LIMBACH, 2001, p. 3).

A desconfiança dos estadunidenses em relação ao Poder Legislativo fez com que fosse desenvolvido um sistema que previsse a restrição da atividade legislativa. Essa contenção deveria constar em um documento que “não pudesse ser alterado pelas mesmas maiorias contra as quais as limitações eram impostas” (BRANCO, 2013, p. 49), o que expressa a ideia de rigidez constitucional. A supremacia da Constituição sobre os demais atos legislativos já havia sido colocada nos artigos que compunham *O Federalista* – coletânea produzida com o resultado das discussões ocorridas na Convenção da Filadélfia, em 1787, para a elaboração da Constituição Americana – o que foi decisivo para o posterior estabelecimento do precedente. No artigo Federalista n. 78, Alexander Hamilton afirma que “nenhum ato legislativo, portanto, contrário a Constituição, pode ser válido”⁷ (2009, tradução livre), para defender que não é estabelecida uma hierarquia do Judiciário sobre o Legislativo ao se permitir que o Judiciário nulifique atos do Legislativo, visto que aqueles atos não seriam propriamente expressões do poder legislativo por serem contrários à Constituição, o que há é a prevalência do poder do povo posto que a função dos juizes seria apenas manter o Legislativo nos limites de sua autoridade.

A supremacia constitucional, no entanto, apenas foi concretizada no julgamento do caso *Marbury v. Madison*, em 1803, no qual foi declarada, pela primeira vez, a

⁷ No original: “No legislative act, therefore, contrary to the Constitution, can be valid”.

inconstitucionalidade de um diploma infraconstitucional. Resumidamente, o caso tratava de uma recusa por parte de James Madison, Secretário de Estado no governo do Presidente Thomas Jefferson, em enviar a William Marbury um documento assinado pelo ex-presidente John Adams e já homologado pelo anterior Secretário de Estado, John Marshall, que um dia antes da troca de administração assumiu o cargo de Presidente da Suprema Corte. O documento em questão era um diploma indispensável para a posse de Marbury como Juiz de Paz. Marshall homologou a assinatura do Presidente e a aprovação do Congresso, mas, por descuido, não enviou o diploma a Marbury, que então pleiteou seu envio na Suprema Corte, comandada por Marshall.

No referido julgamento, chegou-se a conclusão que o ato legislativo que estabelecia a competência da Suprema Corte para expedição do *writ of mandamus*⁸ pleiteado pelo autor estava em desacordo com a Constituição. A partir desta constatação foi necessária uma argumentação que possibilitasse resolver o conflito entre lei e texto constitucional. A Suprema Corte, então, considerou que, se o propósito de ter uma Constituição escrita é que ela sirva de limite para atuação legislativa, a Constituição não pode ser alterada por meios ordinários. Não há meio termo, ou se atribui uma superioridade a Constituição ou ela não servirá de limite para o Legislativo⁹. Considerando a Constituição como superior, atos legislativos contrários a ela são nulos. Assim sendo, no caso de conflito entre lei e norma constitucional os juízes devem optar pela prevalência da Constituição. O desenvolvimento desse raciocínio levou a Suprema Corte afirmar seu poder de declarar a inconstitucionalidade das leis.

Assim, surgiu o modelo americano de *judicial review*,¹⁰ no qual qualquer juiz, ao se deparar com um conflito entre norma constitucional e infraconstitucional, pode declarar a invalidade da última. Na França, e na Europa em geral, o desenvolvimento de um sistema que defendesse a Supremacia da Constituição tardou a aparecer e se deu de forma bastante

⁸ Para fins de contextualização, *Writ of Mandamus* é o nome de uma ordem judicial semelhante à de uma decisão proferida em ação de Mandado de Segurança no Brasil.

⁹ Cf. trecho da decisão do caso: “The powers of the Legislature are defined and limited; and that those limits may not be mistaken or forgotten, the Constitution is written. To what purpose are powers limited, and to what purpose is that limitation committed to writing, if these limits may at any time be passed by those intended to be restrained? The distinction between a government with limited and unlimited powers is abolished if those limits do not confine the persons on whom they are imposed, and if acts prohibited and acts allowed are of equal obligation. It is a proposition too plain to be contested that the Constitution controls any legislative act repugnant to it, or that the Legislature may alter the Constitution by an ordinary act” (Marbury v. Madison 5 U.S. 1 Cranch 137 – 1803 Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/5/137/case.html> Acesso em: 03/10/2017).

¹⁰ Expressão que significa o modelo de controle constitucional realizado por órgãos vinculados ao Poder Judiciário (SWEET, 2003, p. 2745 – nota de rodapé 6).

distinta da norte americana. A Revolução Francesa, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, e a posterior Constituição Francesa de 1791 atribuíram uma grande importância à lei¹¹ e ao Poder Legislativo, representante da vontade do povo. Nessa configuração, de supremacia legal, as deliberações realizadas no Parlamento não deveriam ser limitadas e nem controladas judicialmente, conseqüentemente o texto constitucional não possuía aplicabilidade para as decisões do Judiciário, representando muito mais um marco político do Estado. A Constituição Francesa de 1791 proibiu expressamente a interferência do Judiciário na função legislativa, assim como na executiva.¹² Os juízes eram vistos com desconfiança, portanto, seu papel era bastante restrito à subsunção do caso à lei, sistematizada nos códigos napoleônicos, sendo inclusive sujeitos a responsabilização por abuso de autoridade com perda de direitos civis no caso de suspensão ou deliberação sobre a aplicação das leis¹³ (SWEET, 2003, p. 2746–2747).

O entendimento que dominou os países europeus durante o século XIX foi o de que o modelo americano de *judicial review* estabelecia uma permanente *confusão* de poderes e que, por permitir a interferência das cortes na função legislativa, um “governo de juízes” seria instaurado (SWEET, 2000, p. 33). Na perspectiva europeia, o texto constitucional deveria estar fora do alcance da jurisdição dos juízes. O que não significa que não existisse uma hierarquia normativa, apenas que, na atividade jurisdicional, o ápice dessa hierarquia era a lei (SWEET, 2000, p. 33).

Diferentemente dos Estados Unidos, a Europa não teve um marco que possa ser identificado como ponto de virada para o reconhecimento da Supremacia da Constituição. A adoção de mecanismos de controle constitucional, no entanto, simboliza um assentimento desse conceito. Após a Segunda Guerra Mundial, diversos países confeccionaram novas

¹¹ O artigo 6º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão dispõe: “A lei é a expressão da vontade geral. [...]”

¹² Cf. Constitution de 1791. Titre III. Chapitre V. Article 3. Les tribunaux ne peuvent, ni s'immiscer dans l'exercice du Pouvoir législatif, ou suspendre l'exécution des lois, ni entreprendre sur les fonctions administratives, ou citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions. Disponível em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-de-1791.5082.html> Acesso em: 09/10/2017.

¹³ Cf. Code Pénal de 1810 - Art. 127. Seront coupables de forfaiture, et punis de la dégradation civique, 1º Les juges, [...], qui se seront immiscés dans l'exercice du pouvoir législatif, soit par des règlements contenant des dispositions législatives, soit en arrêtant ou en suspendant l'exécution d'une ou de plusieurs lois, soit en délibérant sur le point de savoir si les lois seront publiées ou exécutées; [...]. Disponível em: http://ledroitcriminel.fr/la_legislation_criminelle/anciens_textes/code_penal_1810/code_penal_1810_2.htm. Acesso em: 03/10/2017. E cf. Loi des 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire– TITRE II. - Des juges en general - Art. 10. Les tribunaux ne pourront prendre directement ou indirectement aucune part à l'exercice du pouvoir législatif, ni empêcher ou suspendre l'exécution des décrets du corps législatif, sanctionnés par le Roi, à peine de forfaiture. Disponível em: <http://mafr.fr/fr/article/lois-des-16-et-24-aout-1790-sur-lorganisation-judi/>. Acesso em: 09/10/2017.

constituições, que estabeleceram a criação das Cortes Constitucionais, instituições responsáveis pela realização do controle de constitucionalidade. Essa configuração teve como inspiração a Corte Constitucional Austríaca, idealizada por Hans Kelsen¹⁴ e prevista na Constituição Austríaca de 1920 (SHAPIRO; STONE, 1994, p. 400; SWEET, 2000, p. 34). A França, contudo, era um caso peculiar até 2008.¹⁵ No sistema francês o *Conseil Constitutionnel*, estabelecido pela Constituição de 1958, tinha competência para fazer apenas o controle prévio de constitucionalidade das leis, ou seja, apenas pode declarar a inconstitucionalidade anteriormente à promulgação da lei (SHAPIRO; STONE, 1994, p. 403).

Apesar das peculiaridades francesas, é possível estudar o modelo europeu como uma unidade, posto que as Cortes Constitucionais europeias são uma “família” institucional no sentido que compartilham características importantes que as distinguem de instituições que desempenham controle de constitucionalidade em outros lugares (SWEET, 2000, p. 32). Em uma resumida explanação, Sweet ressalta as principais características das cortes constitucionais europeias: a) as Cortes Constitucionais são desvinculadas tanto do Poder Judiciário quanto do Poder Legislativo – ocupam, portanto, um espaço constitucional que não é claramente “jurídico” ou “político”; b) as Cortes Constitucionais estão restritas ao julgamento de questões constitucionais – não atuam em litígios concretos; c) os juízes constitucionais detêm o monopólio do controle constitucional e suas decisões são inapeláveis (2000, p. 33–34).

Essas características têm implicações para a extensão da força jurídico-normativa do texto constitucional em um contexto europeu: o fato de o controle constitucional ser realizado apenas em Cortes especializadas não vinculadas ao Judiciário, faz com que a ideia de supremacia da Constituição, no modelo europeu, seja compatível com a ideia de supremacia legal, já que a lei é a norma superior a ser aplicada na atividade do juiz ordinário¹⁶ (SWEET, 2000, p. 34, 2003, p. 2770). Enquanto o Judiciário segue sendo o local dos litígios concretos, as cortes constitucionais europeias, diferentemente do sistema americano, julgam os dispositivos infraconstitucionais de forma abstrata.

¹⁴ Apesar de as Cortes Constitucionais europeias terem utilizado o modelo de Hans Kelsen como inspiração, hoje funcionam de forma bastante distinta daquela idealizada pelo autor austríaco, esse ponto será melhor abordado no capítulo 2.

¹⁵ Na Reforma Constitucional de 2008, de Modernização das Instituições da V República, o Conselho Constitucional passou a ter função de controle de constitucionalidade a posteriori.

¹⁶ Entendido como juiz membro do Judiciário e não da Corte Constitucional.

Apesar das diferenças formais dos modelos americano e europeu, atualmente existe uma convergência prática na realização do controle constitucional (SWEET, 2003, p. 2746). Tanto o modelo europeu como o americano rotineiramente participam da função legislativa ao usar seus poderes de controle para impor interpretações da legislação¹⁷ (SWEET, 2003, p. 2778). A doutrina de separação dos poderes, em ambos os sistemas, está em crise na medida em que não se explica o que realmente os juízes fazem quando exercem seu poder de controle. Assim, segundo Sweet, a fronteira entre o “jurídico” e o “político” ficou tão imprecisa que tornou-se irrelevante (2003, p. 2772).

Possivelmente essa imprecisão de fronteiras tem relação com a expressiva positivação, em texto constitucional, de valores e ideais de justiça na forma de princípios ocorrida no período pós Segunda Guerra Mundial. A hipótese expressa por Sweet, que já havia sido prevista por Kelsen e será posteriormente retomada, é a de que uma revisão legislativa que utilize valores como parâmetro de avaliação faz do juiz um legislador “ativo”, atribuindo a ele uma atuação política (2003, p. 2778) não originalmente prevista na ordem jurídica¹⁸. Segundo o autor, quanto mais as cortes são chamadas a participar da proteção desses valores de forma efetiva, mais o controle constitucional será incompatível com a separação de poderes, que busca separar o campo jurídico do campo político (2003, p. 2778).

Apesar de a positivação de direitos sociais já ter ocorrido em contextos anteriores a Segunda Guerra Mundial, vide a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919, é no pós-guerra que o modelo de Estado Social se generaliza e a conexão entre direitos sociais e mudança social se debilita (HERRERA, 2007, p. 385). A principal diferença entre os direitos positivados nessa época e os positivados na primeira onda do constitucionalismo é que os mais recentes passam a indicar a necessidade de uma prestação estatal positiva, se diferenciando, portanto, dos tradicionais direitos individuais que demandavam uma abstenção do Estado. Como exemplos dessa segunda onda de constitucionalismo é possível citar as Constituições Italiana (1947), a Alemã (1949), a Portuguesa (1976), e a Espanhola (1978), além de diversas outras na América Latina, incluindo a Constituição Brasileira de 1988. Essa característica das novas constituições instaurou um debate jurídico sobre a natureza dos princípios e operou uma alteração da

¹⁷ O nome da técnica utilizada para tanto é variável: chama-se *saving construction* nos Estados Unidos e *réserve d'interprétation* na França, possuindo outros nomes em outros países.

¹⁸ Conforme será abordado no capítulo 2 deste trabalho.

forma de jurisdição. No âmbito do controle constitucional, o parâmetro de controle dos atos infraconstitucionais tornou-se muito mais amplo e complexo.

A questão que resta responder é a seguinte: por que razão, após a Segunda Guerra Mundial, diversos países optaram por incluir em suas constituições o mecanismo de controle constitucional aliado a um rol bastante extenso de princípios semanticamente vagos e muitas vezes até incompatíveis entre si?

A interpretação de que a constitucionalização é uma consequência da priorização dos direitos humanos no período pós Segunda Guerra Mundial, de que é um reflexo da genuína maturidade e profundo comprometimento com uma noção universal de direitos humanos dos atores políticos, de que é o resultado de esforços bem-sucedidos de grupos minoritários para se protegerem de ameaças sistemáticas de um sistema político majoritário é categorizada por Hirschl como uma abordagem evolucionista (2004, p. 33–34). O autor apresenta outros enfoques explicativos para a constitucionalização, como o funcionalista e o institucional-econômico, e também expõe sua hipótese explicativa para a deferência política de poderes decisórios para o Judiciário.

De acordo com abordagens explicativas funcionalistas, a expansão do Poder Judiciário deriva de um problema político estrutural, como um sistema político enfraquecido, descentralizado ou cronicamente estagnado (HIRSCHL, 2004, p. 34). Para os funcionalistas, a constitucionalização aparece como alternativa para a superação de problemas de governabilidade e como forma de manter o funcionamento de suas instituições (HIRSCHL, 2004, p. 35).

Em uma perspectiva institucional-econômica, a constitucionalização e a adoção de mecanismos de controle são formas de mitigar problemas de executividade das leis e favorecer o desenvolvimento econômico (HIRSCHL, 2004, p. 37). Hirschl coloca duas precondições para o desenvolvimento econômico: a existência de leis previsíveis e um regime jurídico que proteja a formação de capital e os direitos de propriedade (2004, p. 37). A consolidação de direitos no texto constitucional e o fortalecimento do monitoramento do Legislativo e Executivo pelo Judiciário “são vistos como formas de aumentar a credibilidade de certo regime e aprimorar a habilidade de sua burocracia executar contratos, garantindo, dessa forma, a confiança de investidores e majorando seus incentivos para investir, inovar e

desenvolver”¹⁹ (HIRSCHL, 2004, p. 37, tradução livre). Segundo Hirschl, entretanto, essa abordagem é falha ao explicar como nações prósperas lidaram de forma exitosa com questões de executividade previamente a adoção de mecanismos de controle de constitucionalidade (2004, p. 38).

Por não se convencer de nenhuma dessas abordagens explicativas, Hirschl (2004, p. 38–39) fornece uma explicação que afirma ser mais realista. Para desenvolvê-la, parte da premissa que a autolimitação voluntária dos políticos ao Judiciário, à primeira vista, aparenta ser contrária aos seus interesses, mas a explicação mais plausível é que a submissão às limitações de um Judiciário cada vez mais interventor no campo político, na verdade, serve aos seus interesses.

Por quais motivos, no entanto, detentores de poder político se beneficiariam através da expansão do Judiciário? Hirschl (2004, p. 39–40) lista duas principais razões. A primeira é que a delegação representa um meio efetivo de reduzir custos de decisão e de deslocar responsabilidades, principalmente em disputas políticas sobre questões nas quais não há um vencedor. Em segundo lugar, as cortes são vistas pela opinião pública como instituições decisórias apolíticas e profissionais e existem disputas políticas públicas que podem colocar os interesses daqueles no poder em risco, nesses casos a delegação de questões para o Judiciário se apresenta como uma boa opção política. Uma explicação estratégica, portanto, sobre a constitucionalização de direitos e instituição de mecanismos de controle de constitucionalidade, é a de que políticos que iniciam ou se abstêm de lutar contra as reformas que levam à expansão do Judiciário consideram que isso melhora sua posição absoluta ou relativa em face aos seus adversários políticos. Hirschl coloca que atores políticos que limitam sua própria flexibilidade institucional, o fazem por considerar que “cortar suas próprias asas em uma nova estrutura institucional será compensado pelos limites que isso irá impor em elementos políticos antagonistas”²⁰ (2004, p. 40, tradução livre).

A abordagem de explicação para a expansão do Poder Judiciário como forma de estratégia política pode ter duas variantes: *frágil* e *consistente*²¹ (HIRSCHL, 2004, p. 40). A versão *frágil* é assim denominada porque analisa a luta política de forma limitada à política

¹⁹ No original: “[...] are seen as ways of increasing a given regime’s credibility and enhancing the ability to its bureaucracy to enforce contracts, thereby securing investors’ trust and enhancing their incentive to invest, innovate, and develop”.

²⁰ No original: “[...] may assume that the clipping of their wings under the new institutional structure will be compensated for by the limits it might impose on rival political elements”.

²¹ No original: thin and thick.

partidária (HIRSCHL, 2004, p. 42). Esse modelo explicativo foi baseado na lógica de “mercado eleitoral” desenvolvida primeiramente por William Landes e Richard Posner.²² A teoria desenvolvida por Landes e Posner foi aprimorada por J. Mark Ramseyer, que concluiu que o grau de independência do Judiciário tem mais relação com o contexto eleitoral do que com o texto constitucional (1994, p. 746). A teoria é de que quanto mais imprevisível for o resultado das eleições consecutivas, mais probabilidade há de os detentores de poder atual fortalecerem o Judiciário. Segundo Hirschl, quando um partido governante tem baixas expectativas de permanecer no poder, é mais provável que apoie um Judiciário independente para assegurar que o próximo partido governante não usará o Judiciário para alcançar objetivos políticos (2004, p. 41). Rogério B. Arantes fornece uma explicação que se enquadra nessa abordagem. O autor comenta que a “classe política, em ambientes de forte fragmentação partidária, pela falta de previsibilidade futura, se acautela e introduz uma série de mecanismos de fiscalização e controle” (ARANTES, 2017a), a adoção de mecanismos de controle, por sua vez, permite que grupos de oposição tenham algum tipo de segurança em um contexto em que os resultados da ação política são demasiadamente imprevisíveis.

Essa abordagem se mostra bastante interessante para analisar os processos constituintes de países que passaram por uma transição democrática. Pedro Magalhães ilustra a importância da competitividade e da incerteza de resultados no contexto eleitoral para o desenho de constituições, principalmente no que se refere à independência do Judiciário, apresentando uma comparação entre as constituições pós-autoritárias de Portugal, Espanha e Grécia. Magalhães argumenta que, por mais que os três países apresentassem inúmeras similaridades, todos com tradição jurídica do *civil law*, histórico de autoritarismo e envolvidos em processos de democratização quase simultâneos, a Grécia foi o único país que não adotou, à época, mecanismos de controle constitucional. Coincidentemente, ou talvez não por coincidência, a Grécia, diferentemente de Portugal e Espanha, teve seu processo constituinte dominado por um partido (Nova Democracia) que não precisava se preocupar com a possibilidade de não reeleição após a aprovação da nova Constituição (2003, p. 127).

Hirschl afirma que essa explicação, apesar de ser muito útil para o entendimento das condições sob as quais a expansão do Poder Judiciário tem mais probabilidade de

²² Sobre o assunto, verificar: LANDES, William M.; POSNER, Richard A., "The Independent Judiciary in an Interest-Group Perspective" In: *The Journal of Law and Economics* 18, no. 3 (Dec., 1975): p. 875-901. Disponível em: <http://www.journals.uchicago.edu/doi/pdfplus/10.1086/466849>. Acesso em: 03/10/2017.

ocorrer, ainda é insuficiente, principalmente porque ignora as contribuições de elites jurídicas e econômicas para a constitucionalização de direitos e para o estabelecimento de mecanismos de controle (2004, p. 42–43). A abordagem *consistente* de explicação da expansão judicial como estratégia política, a qual Hirschl vai chamar de “tese da preservação hegemônica”,²³ por outro lado, atenta para aspectos além do “mercado eleitoral” (2004, p. 43).

A tese da preservação hegemônica trata a expansão do poder judicial através da constitucionalização e da adoção de mecanismos de controle constitucional como uma derivação de uma interação estratégica entre três grupos-chave: elites políticas ameaçadas; elites econômicas que buscam a promoção de uma agenda neoliberal; e elites jurídicas que procuram aumentar sua influência política e melhorar sua reputação internacional (HIRSCHL, 2004, p. 43). Diferentemente das abordagens evolucionistas e funcionalistas, esta não vê a constitucionalização como dependente de um problema estrutural do sistema político ou como necessariamente um sinal de evolução em direção progressista (HIRSCHL, 2004, p. 49). A principal diferença desta abordagem para a anterior é que, por mais que esta também considere que o corpo político é o principal ator na transferência de poder das esferas representativas para as cortes judiciais, entende que a mudança seria bloqueada se não fosse interessante para as elites jurídicas e econômicas. A constitucionalização, portanto, deve ser encarada como um pacto liderado pela classe política, mas com a cooperação de outros atores (HIRSCHL, 2004, p. 43 e 49).

O interesse da classe política de isolar suas preferências políticas das ameaças de pressões populares existentes em uma arena de deliberação majoritária já foi previamente explorado. Quais são, no entanto, os interesses das elites econômica e jurídica nessa nova configuração? Com relação às elites jurídicas, os benefícios da constitucionalização e da adoção de mecanismos de controle de constitucionalidade podem ser principalmente dois. O aumento de sua influência política, já que são vistos como atores estratégicos que buscam aumentar sua influência em relação aos outros atores políticos nacionais, assim como o ganho de destaque internacional em um contexto global cada vez mais marcado pelo intercâmbio de ideias jurídicas e pelo estudo comparado de jurisprudências (HIRSCHL, 2004, p. 47).

²³ No original: hegemonic preservation thesis.

Já no que tange aos detentores de poder econômico, sua importância pode ser analisada nos contextos doméstico e internacional. Elites econômicas nacionais podem se beneficiar através da constitucionalização de direitos de propriedade que passam a ser isolados da interferência estatal. Esses atores passam a considerar a constitucionalização como positiva para promoção da desregulamentação econômica e para privatizações (HIRSCHL, 2004, p. 46). Em um nível internacional, a constitucionalização é um meio de colocar liberdades econômicas e regras que permitam o fluxo transnacional de capital fora do alcance do controle majoritário (SCHNEIDERMAN, 2000, p. 757). Stephen Gill, ao analisar o surgimento de instrumentos jurídicos que pautam organizações internacionais voltadas à promoção do desenvolvimento econômico global e de investimentos transnacionais como a Organização Mundial do Comércio (OMC) e a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), afirma que há uma ênfase na eficiência de mercado e em limitações de processos políticos democráticos, na medida em que as “propostas sugerem ou ordenam o isolamento de aspectos essenciais da economia da influência de políticos e da massa de cidadãos através da imposição de limitações internas e externas na condução de políticas fiscais, monetárias, comerciais e de investimento”²⁴ (1995, p. 412, tradução livre).

As abordagens até agora apresentadas²⁵ ensejam fornecer uma base para a compreensão da origem política tanto da adoção de mecanismos de controle de constitucionalidade quanto da constitucionalização de direitos, dois elementos que são considerados essenciais para a Judicialização da Política, entendida como a transferência de poderes políticos do Legislativo para arenas jurídicas. A seguir, analisar-se-á o que prevê a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, principalmente no que tange ao sistema de controle de constitucionalidade, e a atuação de atores políticos e de membros do Judiciário brasileiro no desempenho desse controle, buscando responder se – e de que forma – a Judicialização da Política ocorre no Brasil.

²⁴ No original: “Proposals imply or mandate the insulation of key aspects of the economy from the influences of politicians or the mass of citizens by imposing, internally and externally, ‘binding constraints’ on the conduct of fiscal, monetary, trade and investment.”

²⁵ Ressalta-se que a interpretação dada por Hirschl sobre esse processo não é um consenso acadêmico. Para um levantamento bibliográfico sobre interpretações distintas ver: ROS, 2017, p. 60-61.

1.2. A Judicialização da Política no Brasil

O marco temporal escolhido para a análise da Judicialização da Política no Brasil foi a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88). Rogério Arantes afirma que o Brasil apresenta diversos elementos que, segundo outros estudos, são prováveis causas da Judicialização da Política, como: a) uma democracia recente com a promulgação de uma Constituição com uma extensiva carta de direitos; b) uma sociedade civil que busca soluções para conflitos sociais no Judiciário; c) um sistema político bastante fragmentado com coalizões frágeis; e d) um Judiciário e um Ministério Público com missão institucional de proteção de direitos individuais, assim como de direitos coletivos (2005, p. 231). Para o estudo da judicialização no Brasil, começar-se-á examinando qual o formato institucional do sistema jurídico adotado pela Constituição de 1988. Posteriormente, analisar-se-á como esse formato funciona na prática. Para tanto, serão abordados o viés político da atuação dos demandantes do sistema de justiça e também o viés político da atuação de juízes e Ministros do STF no julgamento das demandas.

O sistema de controle de constitucionalidade adotado pela Assembleia Nacional Constituinte em 1987 é um sistema híbrido (ARANTES, 2005, p. 235), não se enquadra nem em um modelo difuso – como o *judicial review* americano – nem em um modelo concentrado – como o europeu –, mas representa uma combinação dos dois. O Supremo Tribunal Federal (STF), instituição que desempenha a função de Corte Constitucional do país, não é uma corte desvinculada do Poder Judiciário, mas representa sua mais alta instância. Além de realizar o controle de constitucionalidade em sua forma abstrata, detém outras competências originárias e desempenha funções de uma corte de apelação, podendo, inclusive, proferir decisões no controle concreto de constitucionalidade, quando os casos chegam até ele por via recursal.²⁶ Ademais, o STF não possui o monopólio do controle de constitucionalidade, que pode ser realizado por outros órgãos do Judiciário²⁷ na sua forma concreta. No entanto, apesar de prever um sistema descentralizado de controle, a Constituição de 1988 estabeleceu diversas modalidades de acionamento direto do STF e ampliou o leque de legitimados para propor ações do controle concentrado, fazendo com que o Brasil se tornasse um dos países com mais legitimados para propor esses tipos de ações no mundo.

²⁶ As competências do STF estão previstas no Art. 102 da Constituição Federal de 1988

²⁷ Cf. Art. 97 da Constituição Federal de 1988

Quanto às modalidades de acionamento direto do STF, além das Ações Diretas de Inconstitucionalidade²⁸ (ADIs) a Constituição de 1988 introduziu outras ações do controle concentrado como a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental²⁹ (ADPF), a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão³⁰ (ADO) e, através da Emenda Constitucional n. 3 de 1993, a Ação Declaratória de Constitucionalidade³¹ (ADC). Ainda, a Constituição introduziu a figura do Mandado de Injunção³² (MI), que não é uma ação do controle concentrado, mas um remédio constitucional com a finalidade muito parecida à da ADO, assegurar direito constitucional dependente de regulamentação, diferenciando-se daquela por ser usada em casos concretos. Até o ano de 2007 o Supremo adotava, tanto em ADOs quanto em MIs, uma posição não concretista geral, que apenas declarava a mora do Poder Legislativo. Em 2007, no entanto, ao julgar os Mandados de Injunção 670, 708 e 712, que tratavam sobre o direito de greve dos servidores públicos, houve uma virada jurisprudencial para uma posição concretista, na qual o STF passou a regulamentar provisoriamente as normas constitucionais. Segundo Luciano da Ros, “esses novos tipos de ações ampliaram as formas de atuação do STF, permitindo-o atuar como legislador ativo” diferentemente do papel exercido até então, que, no máximo, era de legislador negativo, vetando provisões legislativas contrárias a Constituição (2017, p. 68).

Além das diversas modalidades de acionamento, a Constituição de 1988 estabeleceu um rol extenso de legitimados para a propositura de ações do controle concentrado. Se anteriormente a 1988 somente o Procurador Geral da República tinha legitimidade para propor ADIs perante o STF, atualmente a lista de legitimados supera a de países que utilizam apenas o sistema concentrado (ARANTES, 2005, p. 238). O Art. 103 da CRFB/88 prevê a legitimidade para nove diferentes categorias,³³ desde o Presidente da República e Governadores, passando por partidos políticos com representação no Congresso Nacional³⁴ (o que, devido à alta fragmentação partidária do Brasil, intensifica a amplitude

²⁸ Cf. Art. 102, I, a da Constituição Federal de 1988

²⁹ Cf. Art. 102 § 1º da Constituição de 1988.

³⁰ Cf. Art. 103 § 2º da Constituição de 1988.

³¹ Cf. Art. 102, I, a da Constituição de 1988

³² Cf. Art. 5º, LXXI da Constituição de 1988

³³ Cf. Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: I - o Presidente da República; II - a Mesa do Senado Federal; III - a Mesa da Câmara dos Deputados; IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal; VI - o Procurador-Geral da República; VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII - partido político com representação no Congresso Nacional; IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

³⁴ Outros países geralmente exigem uma fração elevada de congressistas para propor esse tipo de ação (ROS, 2017, p. 70).

de acesso), até chegar ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB),³⁵ totalizando ao menos 75 agentes,³⁶ sem contar as confederações sindicais ou entidades de classe de âmbito nacional (as quais não se sabe ao certo quantas são) (ARANTES, 2005, p. 238; ROS, 2017, p. 70). Fora os legitimados para acionar diretamente o STF, a hibridez do sistema amplia os pontos de acesso para demandar decisões do Judiciário quanto a constitucionalidade de dispositivos infraconstitucionais (ROS, 2017, p. 62).

A disseminação de uma agenda de “acesso a justiça” como sinônimo de uma democratização do Judiciário e de uma difusão de instrumentos processuais contribuiu em muito para a expansão da influência do Judiciário na promoção de direitos sociais e para o acionamento do STF pela via recursal (ROS, 2017, p. 68). Em uma perspectiva sociológica sobre essa questão, com as mudanças ocorridas na segunda metade do século XX, o Judiciário assumiu o papel de efetivar a legislação social. No momento em que o Executivo perdeu sua capacidade de promover justiça social devido à crise de um Estado de Bem-estar Social e à implementação de uma agenda neoliberal, o Judiciário teve uma ampliação de suas atividades na tentativa de garantir os direitos constitucionais em face da escassez de recursos públicos (ARANTES, 2005, p. 245; VIANNA; BURGOS; SALLES, 2007, p. 40–41). Outra perspectiva analítica enfatiza as mudanças jurídicas tanto nos “tipos” de direitos quanto nas formas de acesso à justiça, a obra de Capelletti e Garth (1988) aborda esse aspecto chamando atenção para a abertura do sistema legal para a proteção de direitos difusos e coletivos e para a necessidade de procedimentos especiais para demandas coletivas e pequenas causas. No Brasil, o marco para a proteção dos direitos coletivos foi criação da Ação Civil Pública, em 1985, posteriormente eles foram consolidados na Constituição de 1988 como uma categoria constitucional (ARANTES, 2005, p. 248). Um aspecto relevante, trazido por Arantes, é que a ampliação do acesso à justiça no Brasil não se originou por pressão da sociedade civil, mas por iniciativa do próprio sistema de Justiça, tendo o Ministério Público cumprido importante papel neste processo (2005, p. 249).

A amplitude de acesso, tanto por via direta quanto recursal, contribuiu para o aumento da carga de processos no Supremo. Ros informa que, de outubro de 1988 a agosto de 2016, 5.585 ADIs foram propostas no STF, 32% questionando leis federais, o que equivale, em média, a mais de 60 ADIs anuais contra leis federais. Para fins de comparação,

³⁵ Algo praticamente inexistente em outros países (ROS, 2017, p. 70).

³⁶ Para fins comparativos, Arantes expõe que a Áustria possui 10 agentes legitimados, mais 1/3 do Parlamento (que tem quatro partidos políticos no Legislativo federal) e a Alemanha possui 17 agentes legitimados, mais 1/3 do Parlamento (que conta com seis partidos) (ARANTES, 2005, p. 239 Tabela 10.1)

entre 2009 e 2013 (período de 5 anos), apenas 15 ações de revisão abstrata foram propostas junto ao Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (2017, p. 71). Em termos gerais, segundo estatísticas do STF,³⁷ do início de 2017 até metade de outubro do mesmo ano, o Supremo recebeu mais de 82 mil processos e proferiu mais de 80 mil decisões finais,^{38 39} tendo em seu acervo, na data de 17/10/2017, 47.095 processos.

Após colocar alguns aspectos estruturais do sistema jurídico brasileiro, parte-se para um estudo sobre como esses elementos são utilizados na prática e quais as suas consequências, já que a Judicialização da Política também depende de os atores do sistema de justiça utilizarem as oportunidades jurídicas disponíveis.

Quanto aos demandantes, os partidos políticos não foram tímidos em utilizar sua condição de legitimados para proposição de ações do controle concentrado com fins políticos, transformando o Judiciário em um fórum de debate para as políticas contrárias a seus interesses. Analisando o período desde 1988 até 2016, os partidos políticos foram responsáveis por 35% das ADIs propostas contra legislação federal, perdendo apenas para entidades de classe de âmbito nacional, com 38% (ROS, 2017, p. 71). Arantes faz uma análise do uso das ADIs pelos partidos nos diferentes governos entre 1988 e 2003 e conclui que o uso desse mecanismo pelos partidos é estratégico⁴⁰ (ARANTES, 2005, p. 243). O Partido dos Trabalhadores (PT) apresentou 150 ADIs no período dos governos Collor, Itamar Franco e Fernando Henrique Cardoso, o que equivale a 25% do total de ADIs daquele período. Durante o governo Lula, no entanto, o PT não recorreu ao STF nenhuma vez. O Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB), que só havia apresentado 1 ação nos 8 anos do governo de Fernando Henrique, interpôs 9 ADIs apenas no primeiro ano do governo Lula (ARANTES, 2005, p. 243). Isso demonstra como o STF vem sendo usado pelos partidos de oposição como uma extensão da arena política, transformando-o em uma câmara revisora de políticas governamentais (ARANTES, 2005, p. 244).

³⁷ Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=estatistica&pagina=acervoinicio>
Acesso em: 17/10/2017

³⁸ Segundo explicação constante na página do STF, a decisão final é o ato que põe termo ao processo, ainda que não chegue a analisar o mérito.

³⁹ A título comparativo, Ros traz dados de outras cortes constitucionais referentes ao ano de 2013, “a Suprema Corte dos Estados Unidos recebeu pouco mais de 8,5 mil casos, e julgou apenas 79; o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha recebeu 6,6 mil casos, e julgou 6,1 mil; a Suprema Corte da Argentina recebeu 16,5 mil casos e julgou igual quantidade; e a Suprema Corte do México recebeu 6,7 mil casos, e julgou 7,2 mil” (2017, p. 72).

⁴⁰ Para mais dados sobre esse assunto, ver: TAYLOR, Matthew M.; DA ROS, Luciano. Os partidos dentro e fora do poder: a judicialização como resultado contingente da estratégia política. Dados, Rio de Janeiro, v. 51, n. 4, p. 825-864, 2008. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52582008000400002&lng=pt&nrm=iso>. Acessos em 18 out. 2017.

Para além do estudo da prática do controle constitucional abstrato no STF, analisando os demandantes no controle difuso, percebe-se que diversas redes de advogados e organizações não governamentais (ONGs), principalmente a partir dos anos 1990, passaram a atuar no Judiciário como defensores de causas coletivas, em uma espécie de mescla entre militantismo e utilização do Direito (ENGELMANN, 2006, p. 141), reforçando a concepção do Judiciário como responsável pela efetivação dos direitos sociais. Ainda tratando de demandas aos diversos órgãos do Judiciário, um dos atores mais politicamente ativos, apesar de não estar sujeito a controle político ou eleitoral, é o Ministério Público (MP) (ARANTES, 2005, p. 231 e 248). A Constituição de 1988 conferiu um grau sem precedentes de independência institucional ao MP e confirmou seu papel de defensor de causas coletivas, elementos que, segundo Arantes, foram usados de forma enérgica para interferir na administração pública forçando a condução de políticas em áreas específicas e mediante o uso elevado de processos de improbidade contra políticos e administradores (2005, p. 248).

De acordo com o conceito de *ciclo da judicialização*,⁴¹ proposto por Oliveira, a judicialização não pode ser caracterizada apenas pelo acionamento do Judiciário através do ajuizamento de processos (primeira etapa do ciclo), sendo necessária a verificação da existência de respostas do Judiciário por meio do julgamento de mérito das demandas postuladas (conclusão do ciclo) (OLIVEIRA, 2005, p. 560).

Segundo Luciano da Ros, alguns estudos, ao buscarem responder se as decisões do Judiciário possuem impacto político concluem de forma negativa (ou afirmam que é um processo tímido). Essa conclusão é decorrente de uma forma de interpretação do percentual de decisões contrárias aos interesses do governo, que aparece como inferior a 20% em diversas pesquisas. Para os autores que negam a existência de um deslocamento das decisões políticas no Brasil, 20% é um índice baixo. No entanto, para correta interpretação desse dado, deve-se considerar particularidades do caso brasileiro. Por mais que 20% demonstre que a interferência do Judiciário é menor do que poderia ser, o que evidencia uma certa cautela na ação dos membros do Supremo, se os números absolutos forem considerados, não é possível afirmar que o impacto político é tímido (ROS, 2017, p. 77). Em dados trazidos por Ros, verifica-se que “Desde 1988, mais de 200 dispositivos legais de leis federais,

⁴¹ A Judicialização, segundo Oliveira, é um processo composto por 3 fases: 1ª) acionamento do Judiciário; 2ª) julgamento do pedido liminar; 3ª) julgamento do mérito da ação. Essas três fases compõem o “ciclo de judicialização” (2005, p. 560).

emendas constitucionais e medidas provisórias foram vetados por decisões definitivas e liminares do STF apenas em casos de ADIs” (ROS, 2017, p. 78). O número é ainda mais expressivo se comparado com as 174 leis federais que a Suprema Corte dos Estados Unidos declarou inconstitucional em toda sua história e com as 190 leis federais que Tribunal Constitucional Federal da Alemanha declarou inconstitucionais em um período de 39 anos (ROS, 2017, p. 78). A baixa proporção de ações julgadas de forma contrária aos interesses do governo não indica, portanto, uma inexpressividade do processo de judicialização, mas indica que, diante da significativa quantidade de ações recebidas, os julgadores agem com certa cautela para declarar inconstitucionalidade. A cautela dos Ministros, no entanto, não anula o impacto político da Corte (ROS, 2017, p. 80).

Oscar Vieira salienta que a Emenda Constitucional n. 45 de 2004 reforçou o papel político do Supremo Tribunal Federal (2008, p. 444). A referida emenda ofereceu mecanismos para que o STF pudesse escolher os casos em que deseja se manifestar, julgando a existência ou não de repercussão geral, e estabeleceu a autoridade do Supremo para impor suas decisões aos demais órgãos do Judiciário via Súmula de Efeito Vinculante (VIEIRA, 2008, p. 447). Segundo Vieira, a *Supremocracia*, termo usado pelo autor para denominar o arranjo institucional brasileiro, tem um duplo sentido: expressa a autoridade que a Corte tem perante o Poder Judiciário e a expansão de autoridade do Supremo frente aos demais Poderes (2008, p. 444).

Quanto ao argumento de que o papel político do Judiciário é necessário para a garantia dos direitos fundamentais e das próprias condições de participação democrática de grupos minoritários, deve-se questionar se a prática do STF é condizente com esse propósito. Em pesquisa da Universidade de Brasília, coordenada por Alexandre Araújo Costa e Juliano Zaiden Benvindo, a análise das decisões proferidas pelo Supremo, entre 1988 e 2012, no julgamento das ADIs, permite concluir que o controle concentrado de constitucionalidade é utilizado com melhor êxito para questões de desenho institucional do que para defesa de direitos fundamentais e representa mais um relevante instrumento para defesa de interesses corporativos (principalmente de Partidos Políticos e de Entidades de Classe) do que propriamente um mecanismo de defesa de direitos individuais (COSTA; BENVINDO, 2014, p. 74–79). Esses dados revelam um descompasso entre a prática jurisdicional e o discurso doutrinário.

Com base no que aqui foi exposto, conclui-se que o próprio ordenamento institui estruturas que tornam possível a Judicialização da Política. É possível afirmar que a

Judicialização ocorre através de mecanismos, como o controle de constitucionalidade, que estão em consonância com dispositivos legais (o que é diferente de afirmar que a atuação dos membros do sistema de justiça, ao executarem tais competências legalmente instituídas, seja uma atuação jurídica). O que resta saber é se um sistema jurídico que permite esse tipo de atuação política por parte do Judiciário pode ser considerado um sistema positivista normativista, no qual o Direito tem a função de limite, ou se é melhor caracterizado como um sistema positivista decisionista. A partir desse questionamento, torna-se possível discutir se vivemos em um Estado de direito ou em um Estado de exceção.

Para que se possa avançar, a primeira questão a ser enfrentada é a distinção entre Política e Direito e entre norma e decisão, já que apenas o entendimento dos elementos que caracterizam esses conceitos possibilita o reconhecimento de que o Judiciário possui uma atuação externa ao Direito. O próximo capítulo apresentará, portanto, a concepção de Direito nas teorias do positivismo normativista e do positivismo decisionista utilizando, para tanto, os textos de Hans Kelsen e Carl Schmitt.

2. NORMATIVISMO E DECISIONISMO

No capítulo anterior foi discutido o fenômeno da Judicialização da Política, principalmente a partir de uma perspectiva institucionalista da ciência política que coloca dois elementos como fundamentais para ocorrência da transferência da esfera de deliberação política para o Judiciário: o desenvolvimento de mecanismos de controle de constitucionalidade e a expansão de textos constitucionais ocorrida no contexto posterior a Segunda Guerra Mundial, que passaram a conter valores e fins na forma princípios, resultando em uma alteração da jurisdição constitucional, sobretudo pela ampliação dos parâmetros de controle. Na realidade brasileira, conforme foi exposto, esse fenômeno também se confirma, ainda que com algumas características peculiares.

Entretanto, no decorrer do primeiro capítulo, alguns pontos foram deixados em aberto, como a existência de uma diferenciação entre Política e Direito. Objetivando discutir essas questões e oferecer algumas respostas, esse capítulo dedicar-se-á ao estudo das teorias positivistas normativista e decisionista do Direito, analisando os conceitos de norma e de decisão e mantendo em perspectiva o paralelo com a realidade das cortes brasileiras.

Inicialmente, será feita uma breve apresentação do positivismo jurídico, marcando sua diferença em relação ao *jusnaturalismo* e ao moralismo jurídico e explicitando a separação, afirmada por essa corrente teórica, entre Direito e moral, assim como a complexa relação do Direito com a Política. Essa apresentação apontará alguns pontos comuns das teorias normativista e decisionista, considerando que essas duas afastam a necessidade do elemento “moral” para caracterização do Direito.

Posteriormente, explicar-se-á a teoria normativista de Hans Kelsen e o conceito de norma fundamental, assim como sua proposta para uma Jurisdição Constitucional, trabalhando os limites colocados por Kelsen para esse tipo de atividade jurisdicional e as consequências da não observância desses limites. Na parte final do capítulo, discutir-se-á a teoria decisionista de Carl Schmitt e o conceito de Estado de exceção e de soberania, indicando a existência de uma aproximação desse último com a atuação do Poder Judiciário no Brasil.

2.1. O Positivismo Jurídico

O positivismo jurídico é uma doutrina defendida por um grande número de autores, caracterizada por considerar como Direito apenas aquele que é posto por uma autoridade competente no âmbito do Estado e por admitir a desvinculação conceitual entre o Direito e a moral. Ao tratar do problema das classificações das Teorias do Direito, Dimitri Dimoulis (2006, p. 76) expõe duas possíveis categorizações e atribui sentidos distintos – mas complementares – ao positivismo jurídico, a depender de qual classificação se está utilizando. O primeiro sentido, o qual o autor nomeia de positivismo jurídico *lato sensu*, representa a teoria conforme a qual o Direito é uma criação humana, dessa forma se contrapõe ao *jusnaturalismo* – doutrina que defende a coexistência de um direito natural imutável; o segundo sentido, chamado de positivismo jurídico *stricto sensu*, denota a concepção que rejeita a vinculação do Direito a outros sistemas normativos sociais – dentre eles a moral – e, por isso, contraria o moralismo jurídico.

Em uma definição proposta por Bobbio, que se amolda ao conceito de positivismo *lato sensu* de Dimoulis, positivismo jurídico é “aquela doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o positivo” (1995, p. 119), sendo direito positivo entendido como o “direito posto pelo poder soberano do Estado, mediante normas gerais e abstratas, isto é, como ‘lei’” (1995, p. 119). Observa-se que é uma definição contrastante principalmente com a ideia *jusnaturalista* de que, independentemente do grau de superioridade que um possuísse sobre o outro, o direito natural e o direito positivo poderiam ser considerados como Direito no mesmo sentido (BOBBIO, 1995, p. 26). O positivismo, por sua vez, é uma teoria monista (DIMOULIS, 2006, p. 81) e efetuou a redução de todo Direito ao positivo, transformando em pleonasma a utilização do adjetivo “positivo” ao termo “direito” (BOBBIO, 1995, p. 26). Essa concepção de que apenas é Direito o direito positivo é chamada por Dimoulis de “tese da exclusão” – exclui do conceito de Direito elementos normativos que não possam ser reconduzidos à vontade do legislador (2006, p. 103). Ao considerar o sentido amplo dessa doutrina, é possível afirmar, segundo Dimoulis, que a grande maioria dos autores modernos é positivista, já que rejeitam a “existência de um direito paralelo, independente da vontade política dos legisladores humanos” (2006, p. 83).

De modo um pouco mais restritivo, as características fundamentais do positivismo jurídico são resumidas por Bobbio (1995, p. 131–133) em diversos problemas: Quanto ao modo de abordar o Direito, o positivismo o aborda como fato não como valor. Dessa concepção deriva a “teoria da validade do direito”, para a qual a validade do Direito é

exclusivamente dependente de critérios formais e não de seu conteúdo (1995, p. 131). Quanto à definição de Direito, para o positivismo, a definição ocorre em função do elemento de coação. Em outras palavras, o Direito é o conjunto daquelas normas capazes de serem feitas valer por meio da força estatal (1995, p. 132). Quanto às fontes do Direito, o positivismo coloca a legislação como fonte preeminente (1995, p. 131). Já quanto ao método interpretativo, o positivismo sustenta que o elemento declarativo prevalece sobre o criativo na atividade do jurista (1995, p. 133). Essas características evidenciam a contraposição do positivismo ao moralismo jurídico,⁴² doutrina que “afirma a estreita e múltipla vinculação entre o direito e a moral” (DIMOULIS, 2006, p. 86), e tal vinculação, segundo a teoria moralista, é garantida pelo intérprete, seja pelo afastamento de normas incompatíveis, seja pela modificação de sentido das normas (DIMOULIS, 2006, p. 88).

Para a compreensão da teoria da validade do Direito e da separação entre Direito e moral, começar-se-á pela distinção entre juízo de fato e juízo de valor. Enquanto o primeiro implica uma tomada de conhecimento da realidade, o segundo, de acordo com Bobbio, se refere a uma tomada de posição (1995, p. 135). Na ciência jurídica, esses conceitos são traduzidos para validade e valor. A validade expressa um juízo de fato, indica a existência da norma como norma jurídica; enquanto o valor indica a conformidade da norma com um “direito ideal” (BOBBIO, 1995, p. 135–136), ou, em termos mais atuais, com valores de origem moral. Enquanto o moralismo jurídico sustenta a conexão necessária entre o Direito e a moral, na medida em que “faz depender o reconhecimento da validade das normas jurídicas e sua interpretação de elementos vinculados a valores (e correspondentes mandamentos) de origem moral” (DIMOULIS, 2006, p. 87), o positivismo separa nitidamente a validade e o valor (BOBBIO, 1995, p. 137; DIMOULIS, 2006, p. 99), tornando a existência jurídica da norma condicionada a critérios formais e independente de elementos valorativos de seu conteúdo (BOBBIO, 1995, p. 131; DIMOULIS, 2006, p. 101). Essa concepção de que o reconhecimento de validade dos elementos normativos independe de seus conteúdos, importando apenas a observância dos requisitos formais, ou seja, de que todo direito positivo é Direito, é denominada por Dimoulis de “tese da inclusão” – inclui no conceito de Direito tudo aquilo que cumprir os requisitos formais (2006, p. 103).

⁴² Dimoulis afirma que essa “opção terminológica decorre da inadequação de outras possíveis denominações para essa corrente”. Já que a maior parte dos moralistas modernos não defende essa posição baseando-se na existência de um direito natural superior, imutável e distinto, o termo *jusnaturalismo* é inapropriado. Assim como o são termos extremamente vagos e imprecisos, tais como *pós-positivismo* e *neoconstitucionalismo* (2006, p. 86)

Quanto à distinção entre Direito e moral, as teorias de Kelsen e Schmitt têm algum grau de proximidade. Apesar de Schmitt, ao contrário de Kelsen não ter pretensão de “purificar” o Direito, ambas as teorias excluem a necessidade de uma conformidade com mandamentos de origem moral para que se afirme a validade das normas jurídicas. A distinção mais marcante entre suas teorias encontra-se, no entanto, na resposta que apresentam ao tratar da relação entre Direito e Política.

Dimoulis coloca a separação entre Direito e Política como característica comum das teorias positivistas e afirma que a relação entre esses dois elementos deve ser analisada distinguindo-se dois níveis: o genético – no qual imperaria a junção; e o conceitual, no qual prevaleceria a separação (2006, p. 106- nota de rodapé 131). Segundo Dimoulis, a vinculação entre esses elementos ocorreria no nível genético considerando que “a maioria dos *juspositivistas* afirma que a validade das normas jurídicas decorre da imposição feita pelo poder político” (2006, p. 105) e na medida em que “o direito é um produto da política” (2010, p. 69). Essas afirmações, entretanto, apresentam algumas limitações, já que diversos autores, dentre eles Kelsen, buscam afirmar a autoprodução do Direito (BARZOTTO, 1999, p. 22) e, para tanto, explicam que o exercício e a imposição do poder político também são regulados pelo Direito. Ou seja, para esses autores, a validade das normas decorre não de um mero poder político, mas da conformidade do processo de produção normativa com uma norma jurídica superior – portanto, do próprio Direito. É justamente por conta dessa configuração que se afirma que o Direito representa um limite ao poder político e ao próprio Estado, restando caracterizado um Estado de direito, atributo fundamental do Estado liberal (BARZOTTO, 1999, p. 16–17). A afirmada vinculação entre Política e Direito no plano genético poderia ser mais bem explicada, portanto, se fosse considerada a sua ocorrência não na afirmação da validade das normas, mas no momento de escolha e determinação do conteúdo da norma em criação pelo poder político que tenha competência para tanto, atribuída por uma norma superior.

A limitação do poder político pelo Direito não é um consenso nas teorias positivistas, é justamente ao tratar sobre ela que as teorias de Kelsen e Schmitt se distanciam. Enquanto o autor austríaco remonta todo sistema jurídico a uma construção conceitual denominada *norma fundamental*, que é pressuposta e a qual legitima o poder constituinte e sustenta a ordem jurídica, o jurista alemão, por sua vez, coloca o fundamento último do sistema jurídico em uma decisão política do soberano que versa sobre a normalidade ou a exceção. Essas teorias serão exploradas mais detalhadamente nos pontos a seguir.

2.2. A Teoria Normativista de Hans Kelsen e o modelo Kelseniano de Jurisdição Constitucional

Kelsen afirma que sua teoria busca “única e exclusivamente conhecer o seu próprio objeto” (KELSEN, 1998, p. 1), ou seja, procura responder a pergunta: o que é o Direito? Para responder essa questão, estabelece uma metodologia que envolve “libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos” e delimitar o conhecimento do Direito em face de outras disciplinas, não por negar a existência de uma conexão, mas para evitar um sincretismo metodológico (KELSEN, 1998, p. 1–2).

O autor inicialmente define o Direito como “uma ordem normativa da conduta humana, ou seja, um sistema de normas que regulam o comportamento humano” (KELSEN, 1998, p. 5). Ele explica que é uma “ordem” no sentido de que todas as normas que integram o sistema possuem o mesmo fundamento de validade (KELSEN, 1998, p. 33). A partir dessa definição percebe-se que a norma é um elemento central de sua teoria. Ele afirma que o termo norma significa que algo *deva* ser ou acontecer (KELSEN, 1998, p. 5). Ao abordar o conceito de norma, Kelsen explica que é preciso distinguir o sentido subjetivo de “dever-ser”, o qual todo ato de vontade de um indivíduo que visa a conduta de outro possui, do sentido objetivo de “dever-ser”, que se denomina “norma” (KELSEN, 1998, p. 8). Kelsen afirma que apenas quando o ato possui significado objetivo de “dever-ser” – ou seja, de norma – que a conduta a que o ato se dirige será considerada obrigatória do ponto de vista de um terceiro desinteressado (1998, p. 8). Tendo em vista que o Direito não é uma norma isolada, mas um sistema de normas (KELSEN, 1998, p. 52), apenas pode ser considerada jurídica a norma que pertença a um sistema jurídico. Esse “pertencimento” ao sistema jurídico é um dos sentidos que o autor dá para o termo validade. Se, para que se configure como norma, o ato de vontade precisa ter sentido objetivo de dever ser, resta saber o que confere esse sentido objetivo a alguns desses atos. Em outras palavras, resta saber o que faz com que a norma seja pertencente ao ordenamento jurídico.

Segundo o autor austríaco, é a norma jurídica que empresta aos atos um significado objetivo de atos jurídicos (ou antijurídicos) (1998, p. 4). Portanto é apenas quando uma norma superior atribui competência a alguém para produzir normas que os atos de vontade da pessoa competente, ao passo em que sejam compatíveis com a norma superior, terão o sentido objetivo de norma válida (KELSEN, 1998, p. 9). A Constituição, por sua vez, tem sentido objetivo de norma na medida em que o ato do poder constituinte que a colocou tem sentido objetivo de ato constituinte, ou seja, de “dever-ser” atribuído por uma norma superior

que é pressuposta, a qual Kelsen denomina “norma fundamental” (*Grundnorm*) (KELSEN, 1998, p. 9). É justamente essa norma fundamental que representa o fundamento comum e confere unidade às normas que compõem a ordem jurídica (KELSEN, 1998, p. 33, 217) – e pelo fundamento último do Direito ser uma norma, a teoria kelseniana é uma teoria normativista.

Aquela definição inicial do Direito como ordem normativa da conduta humana necessita de complementação na medida em que se verifica a existência, ao lado do Direito, de outras ordens normativas da conduta humana, dentre elas a moral. Além de ser bastante evidente que as normas que integram as outras ordens não retiram seu fundamento de validade na norma fundamental que fornece validade às normas que integram a ordem jurídica, Kelsen dá enfoque à coerção como elemento que distingue o Direito de outras ordens. O autor afirma que a distinção que geralmente se faz com base na aplicação do princípio retributivo – usado para prescrever condutas ligando a elas um prêmio ou uma pena, denominados de sanção – não é adequada, visto que a distinção entre as ordens sociais não está na presença ou não de sanções, mas na espécie sancionatória que estatuem (KELSEN, 1998, p. 29–30).

A Moral, assim como o Direito, estatui sanções socialmente imanentes, ou seja, executadas dentro da sociedade (KELSEN, 1998, p. 31). No entanto, essas ordens distinguem-se pela presença, no Direito, do elemento coação – possibilidade de aplicar a sanção devida mesmo contra vontade da pessoa atingida, inclusive mediante emprego de força física (KELSEN, 1998, p. 37). Apenas as ordens sociais as quais chamamos Direito são ordens coativas da conduta humana, no sentido de que conferem “a um determinado indivíduo poder ou competência para aplicar a um outro indivíduo um ato coativo como sanção” (KELSEN, 1998, p. 36). As sanções morais, segundo Kelsen, consistem apenas em aprovação ou desaprovação de condutas, excluindo-se o emprego de força física (KELSEN, 1998, p. 71).

Ora, se o fundamento último do Direito é a norma fundamental e se para um ato de vontade ter o sentido objetivo de norma válida ele deve estar em conformidade com a norma superior, como proceder quando os atos praticados pelo poder político não estão inteiramente em conformidade com a norma superior e, portanto, não têm o sentido objetivo de normas? Como assegurar que os atos do poder político que, de alguma forma, ultrapassem os limites impostos a ele pela norma superior não sejam aplicados como normas jurídicas?

Em outras palavras como garantir a prevalência da ordem jurídica – e por sua vez, o Estado de direito – e evitar que o Poder Legislativo exerça um poder político de forma ilimitada?

Apesar de Kelsen reconhecer que a competência para solucionar esse tipo de problema depende do que dispõe a Constituição de cada Estado (KELSEN, 1998, p. 301), o autor defende um modelo específico de solução ao versar sobre Jurisdição Constitucional em exposição realizada na sessão de outubro de 1928 do Instituto Internacional de Direito Público e em um artigo intitulado “Quem deve ser o Guardião da Constituição?” originalmente publicado no ano de 1931, em resposta à obra de Carl Schmitt “O Guardião da Constituição”.

Kelsen, ao explicar a noção de Constituição, dispõe primeiramente sobre seu sentido estrito – “regra para criação das normas jurídicas essenciais do Estado, a determinação dos órgãos e do procedimento da legislação” (2007a, p. 131) – e afirma que essas normas são revestidas por uma “forma constitucional” – caracterizada por uma maior estabilidade em comparação com a “forma legal”. O autor, em seguida, afirma que essa forma especial pode ser usada para normas que disponham sobre outros conteúdos, como “normas que regulam, não a criação, mas o conteúdo das leis”, dessa forma origina-se a Constituição em sentido amplo (2007a, p. 131). Essa distinção acarreta a separação entre inconstitucionalidade formal e material (KELSEN, 2007a, p. 132).

Kelsen afirma que “a função política da Constituição é estabelecer limites jurídicos ao exercício do poder” (2007b, p. 240) e que o anseio para que o comportamento de certos órgãos estatais subordinados a Constituição seja controlado com base na constitucionalidade, ou seja, a busca por garantias da Constituição, “corresponde ao princípio da máxima legalidade da função estatal” (2007b, p. 239). A regularidade, termo que indica a relação de correspondência de um grau inferior com um grau superior da ordem jurídica, está presente em todo o sistema e, dessa forma, também se aplica a relação entre lei e Constituição – neste caso é chamada de constitucionalidade – sendo assegurada, nesse nível, por meio das garantias da Constituição (KELSEN, 2007a, p. 126).

Dentre os diversos tipos de garantias possíveis – preventivos e repressivos, pessoais ou objetivos – Kelsen apresenta a possibilidade de anulação dos atos inconstitucionais como a mais eficaz (2007a, p. 148). O autor, inclusive, chega a afirmar que apenas a possibilidade de anulação dos atos inconstitucionais faz da Constituição uma verdadeira garantia (2007a, p. 149), e que “uma Constituição em que falte a garantia da anulabilidade dos atos

inconstitucionais não é plenamente obrigatória, em sentido técnico” (2007a, p. 179). No entanto, resta responder a quem se deve conferir esse poder anulatório.

A configuração da instituição responsável pelo controle dos atos do Poder Legislativo poderia ser considerada mais como um problema de política do direito do que um problema teórico. No entanto, ao tratar de um modelo específico de Jurisdição Constitucional – o modelo austríaco – Kelsen expõe algumas colocações bastante relevantes para a compreensão do que é Direito.

Kelsen defende que o poder anulatório não deve ser conferido ao Parlamento, mas sim a um órgão independente dele e de qualquer outra autoridade estatal (2007a, p. 150), defende, portanto, a criação de uma jurisdição, de um Tribunal Constitucional. Ao tratar sobre a objeção de que esse sistema seria incompatível com a separação de poderes, Kelsen explica que, apesar de ter a forma de tribunal, o órgão responsável pela anulação das leis exerce, em realidade, uma função legislativa. Afirma isso considerando que a função de jurisdição e legislativa se diferem apenas no sentido de que uma produz uma norma individual e outra uma norma geral, e que “anular uma lei é estabelecer uma norma geral” (2007a, p. 151). O Poder Legislativo, portanto, estaria dividido em dois órgãos, o Parlamento – responsável pela elaboração da legislação –, e o Tribunal Constitucional – responsável pela anulação das leis. Dessa forma, não há violação da separação de poderes.

Apesar de o Tribunal Constitucional se distanciar de tribunais ordinários por criar normas gerais ao invés de normas individuais, ele se aproxima deles pelo fato de sua função ser principalmente a de aplicação do Direito – e, apenas em pequena medida, criação –, já que a atividade do juiz constitucional, segundo Kelsen, é “absolutamente determinada pela Constituição” (2007a, p. 153). O autor afirma que a Jurisdição Constitucional será chamada a se pronunciar sobre questões de Direito, e sua missão é “puramente jurídica” (2007a, p. 153–154). Essa constatação nos leva ao problema bastante relevante dos critérios do controle de constitucionalidade.

Kelsen afirma que o controle deve ser realizado tanto em termos de procedimento, quanto de conteúdo, se a Constituição colocar limitações deste tipo para criação de atos infraconstitucionais (2007a, p. 164). O autor é enérgico, no entanto, ao excluir do rol de critérios quaisquer normas “suprapositivas”, ou seja, qualquer elemento que não seja propriamente Direito. É precisamente nesse ponto que Kelsen traz a discussão sobre os princípios que não foram traduzidos em normas de direito positivo.

Kelsen afirma que a Constituição pode trazer termos cujos sentidos precisos não estão expressos nas normas do direito positivo, por exemplo, quando a “Constituição se refere a esses princípios invocando os ideais de equidade, justiça, liberdade, igualdade, moralidade, etc., sem esclarecer nem um pouco o que se deve entender por isso” (2007a, p. 168). Kelsen se refere a esses princípios como “postulados que não são juridicamente obrigatórios” (2007a, p. 167). O autor explica que a aplicação desses princípios na criação de Direito não tem, e nem pode ter, o caráter de uma aplicação do Direito em sentido técnico, justamente por esses não possuírem uma “determinação um tanto unívoca que seja” (2007a, p. 168), e é por esse motivo que os princípios não podem ser aplicados por uma Jurisdição Constitucional como fundamento para anulação de um ato infraconstitucional.

Kelsen, ainda tratando sobre os princípios, coloca que “as concepções de justiça, liberdade, igualdade, moralidade, etc. diferem tanto, conforme o ponto de vista do interessado, que, se o direito positivo não consagra uma dentre elas, qualquer regra de direito pode ser justificada por uma dessas concepções possíveis” (2007a, p. 168). Em outras palavras,

Se essas fórmulas não encerram nada mais que a ideologia política corrente [...] a delegação da equidade, da liberdade, da igualdade, da justiça, da moralidade, etc. significa unicamente, na falta de uma precisão desses valores, que tanto o legislador como os órgãos de execução da lei são autorizados a preencher de forma discricionária o domínio que lhes é confiado pela Constituição e pela lei. (KELSEN, 2007a, p. 168).

Ou seja, se não há um sentido único para esses princípios, o legislador tem um poder discricionário para escolher um dentre os vários sentidos possíveis ao criar normas gerais. Na verdade, é justamente essa atividade que traduz o sentido do princípio para normas de direito positivo. Portanto, a norma criada pelo legislador, evidentemente, não poderá ser anulada pela Jurisdição Constitucional com fundamento de que a escolha feita pelo legislador não contemplou um outro sentido possível para o princípio em questão. Kelsen deixa esse entendimento bastante consolidado ao afirmar que a oposição entre o direito positivo e as concepções pessoais que se tenha da liberdade, igualdade, etc. não pode dispensar os órgãos de criação do Direito de aplicá-lo (2007a, p. 169).

Por fim, Kelsen afirma que as disposições constitucionais que convidam o legislador a se conformar à justiça, à equidade, à igualdade, etc. apenas equivocadamente podem ser interpretados como diretivas concernentes ao conteúdo das leis, visto que a Constituição não coloca um critério objetivo para suas definições (2007a, p. 169). Quando se anula uma norma por inconformidade com um princípio, se o faz porque a concepção do

princípio na visão do Tribunal é distinta daquela do parlamento (2007a, p. 169). Na medida em que a jurisdição constitucional é realizada usando como critério princípios, não se está “garantindo a Constituição”, no sentido de limitar o Poder Legislativo ao que o texto constitucional dispõe, mas se está impondo concepções pessoais na forma de direito positivo, realizando-se uma “transferência de poder” não prevista pela Constituição (2007a, p. 169, 2007b, p. 263), ou seja, se está violando a ordem jurídica.

Quanto a distinção entre atividade política e jurídica na teoria de Kelsen, faz-se necessário destacar que, para esse autor, a atividade jurisdicional não é apenas aplicação da norma geral por um Tribunal em um caso concreto, mas também atividade criativa de uma norma individual, dentro de certos limites (KELSEN, 2007b, p. 251). Segundo o autor, esse poder criativo “dá à função judiciária o mesmo caráter ‘político’ que possui – ainda que em maior medida – a legislação” (KELSEN, 2007b, p. 251). Dessa forma, a diferença entre a criação de uma lei pelo legislador e a prolação de uma sentença por parte de um juiz é uma diferença quantitativa e não qualitativa (KELSEN, 1998, p. 393, 2007b, p. 251), visto que ambas representam um poder de criação e uma escolha possível dentro dos limites colocados pela moldura da norma superior. O fato de haver discricionariedade na atividade do juiz, seja ela maior ou menor, não é incompatível com o normativismo desde que a criação da norma individual seja compatível com a norma geral, ou seja, desde que a norma inferior esteja contida nos limites da moldura dada pela norma superior – da qual retira sua validade. Portanto, o juiz, ao criar uma norma individual que esteja em conformidade com a norma superior, além de criar Direito, sempre estará aplicando o ordenamento jurídico. Não é esse tipo de escolha, entretanto, que este trabalho busca problematizar ao tratar da Judicialização da Política.

Quando se fala em Judicialização da Política como transferência do poder político para instâncias judiciais, não se quer tratar de poder político no sentido de haver uma margem de discricionariedade na criação da norma individual (sentença) pelo juiz, ou seja, de haver espaço para uma escolha política de qual norma individual – dentre as diversas possíveis – será criada. Quando se fala em transferência do poder político aos órgãos judiciais, refere-se a um tipo de “usurpação” de criação do Direito que não é autorizado pela ordem jurídica, e é esse o sentido que se atribuirá a essa expressão neste trabalho. Ao tratar da Judicialização da Política, o problema que se quer expor é a possibilidade que o Judiciário passou a ter de criar normas – ou anulá-las – sem amparo no direito positivo, exercendo, assim, um poder de forma ilimitada. Em outras palavras, o que se discute no presente

trabalho é o poder de suspensão da ordem jurídica, o que Schmitt, como se explicará a seguir, reconhece e atribui a uma figura denominada soberano.

2.3. A Teoria Decisionista de Carl Schmitt e a decisão no Poder Judiciário no Brasil

A teoria de Schmitt, conforme afirmado anteriormente, não tem a mesma pretensão “purificadora” daquela apresentada por Kelsen e, ao contrário do normativismo, enfatiza a relação entre Direito e Política. O decisionismo de Schmitt pode ser melhor compreendido se entendermos, como assinala Melissa Mendes de Novais, que a crítica do autor à teoria normativista de Kelsen “situa-se no marco de sua crítica à doutrina da Escola de Viena e ao sistema liberal como um todo, na medida em que teriam operado a substituição da autoridade pessoal do soberano por uma suposta autoridade impessoal da norma” (2016, p. 173–174).

Cabe ressaltar que o decisionismo de Schmitt não tem o sentido de uma possibilidade de discricionariedade judicial na aplicação da lei, a qual o autor rejeitava.⁴³ A categorização da teoria de Schmitt como decisionista deriva de outras razões. Schmitt recusa-se a aceitar que o fundamento último do Direito seja um elemento impessoal e abstrato como a norma fundamental de Kelsen. O fundamento do Direito, para o autor, encontra-se concretizado na decisão do soberano (SCHMITT, 1996, p. 90) e, por isso, é uma teoria decisionista.

Para a compreensão do Direito na teoria de Schmitt, portanto, faz-se necessário entender o conceito de soberania e o papel desempenhado pelo soberano na decisão sobre a normalidade ou a exceção. Na defesa de sua teoria do Direito, o autor alemão faz uma construção argumentativa expondo a necessidade da caracterização de um estado de normalidade para que a ordem jurídica seja aplicável.

Ao tratar do Estado de normalidade, Schmitt deixa claro que a situação de normalidade é uma condição de validade da norma, e não apenas uma “pressuposição externa”. É uma condição de validade no sentido de que é necessária para a caracterização do fato hipotético sobre o qual a norma incide. Conforme o autor explica, “toda norma geral exige uma condição normal das relações de vida, nas quais ela tem que encontrar a sua aplicação tipificada e submetê-la à sua regulamentação normativa” (SCHMITT, 1996, p.

⁴³ Para ler a crítica de Schmitt a discricionariedade judicial, ver o Capítulo 3 “Estipulação normativa do conteúdo de uma norma constitucional duvidosa em seu conteúdo é, no caso, norma constitucional e não justiça” do livro *O Guardião da Constituição*, 2007, p. 55-70.

92). Dessa constatação decorre a afirmação de que “não existe norma aplicável no caos. A ordem deve ser implantada para que a ordem jurídica tenha um sentido” (SCHMITT, 1996, p. 93).

A condição de normalidade, entretanto, não é um dado metafísico, mas sim uma situação criada a partir de uma decisão que vai aferir se o “Estado normal é realmente predominante” (SCHMITT, 1996, p. 93). Nesse sentido que Schmitt afirma que “todo direito é um direito ‘situacional’” (1996, p. 93). Essa decisão – sobre o estado de normalidade – é um monopólio do soberano, é justamente nela que “reside a essência da soberania estatal” (SCHMITT, 1996, p. 93). É o soberano que decide sobre o Estado de exceção (SCHMITT, 1996, p. 87) e, conseqüentemente, decide também sobre a normalidade.

A decisão tomada no caso de exceção, conforme explica Schmitt, nunca poderá ser totalmente justificada por uma norma jurídica, tendo em vista que essas são normas genéricas e não podem assimilar uma exceção absoluta (1996, p. 87), é por isso que é uma decisão no sentido eminente e não uma aplicação do Direito vigente. Nas palavras de Schmitt:

O caso excepcional, aquele caso não circunscrito na ordem jurídica vigente, pode ser no máximo definido como um caso de emergência extrema, de perigo à existência do Estado ou algo assim, mas não pode ser circunscrito numa tipificação jurídica. É só esse caso que torna atual a questão do sujeito da soberania, isto é, a questão da soberania em geral. (SCHMITT, 1996, p. 88).

Schmitt ainda pontua que as circunstâncias de um caso emergencial, assim como as providencias que devem ser tomadas para saná-lo, não podem ser claramente determinadas (1996, p. 88). O soberano, portanto, “não só decide sobre a existência do Estado emergencial extremo, mas também sobre o que deve ser feito para eliminá-lo” (SCHMITT, 1996, p. 88). É nesse sentido que a figura do soberano “se situa externamente à ordem legal vigente”, por outro lado, por ter competência para decidir sobre a suspensão total da Constituição, também pertence a ordem jurídica (SCHMITT, 1996, p. 88).

Schmitt critica a definição “tradicional” que conceitua soberania como “poder máximo, juridicamente independente, não derivado” visto que essa possui infinitos significados (1996, p. 96). O autor afirma que poder máximo é algo bastante amplo e que “o poder não prova nada para o direito”, na medida em que um poder físico factual pode não ter nenhuma juridicidade. O soberano não detém apenas um poder de fato, mas também um poder jurídico. Dessa forma, “a relação entre poder máximo factual e jurídico é o problema básico do conceito de soberania” (SCHMITT, 1996, p. 96).

A decisão tomada em um Estado de exceção provoca a suspensão total da ordem jurídica vigente, nesse sentido o poder soberano é, em princípio, ilimitado (SCHMITT, 1996, p. 92). “No caso da exceção o Estado suspende o Direito em função de um, por assim dizer, direito à autopreservação” (SCHMITT, 1996, p. 92). É uma medida que deve ser tomada para o restabelecimento da condição de normalidade que possibilita o Direito. No entanto, enquanto a normalidade não é restabelecida, o Estado rege-se por uma ordem que não é a jurídica, o Estado subsiste apesar da suspensão do Direito, é nisso que a exceção se difere da anarquia e do caos (SCHMITT, 1996, p. 92). “A decisão liberta-se de qualquer ligação normativa e torna-se, num certo sentido, absoluta” (SCHMITT, 1996, p. 92). Apesar da eliminação da norma, a exceção não é apenas uma situação factual, ela “continua acessível ao reconhecimento jurídico, porque ambos os elementos, tanto a norma quanto a decisão, permanecem no âmbito jurídico” (SCHMITT, 1996, p. 92). O Direito, portanto, em última instância, é decisão.

Esses conceitos, abordados na obra “Teologia Política”, primeiramente publicada em 1922, são revisitados a partir de um problema concreto – a garantia constitucional – em “O Guardião da Constituição”, obra publicada em 1931 como uma ampliação de um artigo de 1929, época em que se expressava uma delicada situação constitucional na Alemanha, reconhecida pelo próprio autor (SCHMITT, 2007, p. 1).

Na obra mais recente, Schmitt discorda da ideia de que um Tribunal do Estado possa ser considerado um guardião da Constituição. Essa impossibilidade é fundada na sua concepção do conceito de divergência constitucional e da própria Constituição. Para o autor alemão, há uma estreita conexão entre os conceitos de “jurisdição constitucional”, “divergência constitucional” e “Constituição” (2007, p. 78). Schmitt explica que a condição para a “justiça constitucional” é uma definição precisa de “divergência constitucional” (2007, p. 77). Esse conceito, entretanto, apenas é “teórica e praticamente definível” se a Constituição for entendida como um contrato – no sentido de ser ato bi ou plurilateral e não uma decisão unilateral. Entendendo a Constituição dessa forma as “divergências constitucionais seriam aquelas entre as partes do contrato ou acordo constitucional sobre o conteúdo de suas estipulações” (2007, p. 78).

Schmitt, no entanto, encara a concepção contratual da Constituição como uma violação de seu espírito (2007, p. 91). O autor afirma que:

A constituição vigente do Reich persevera na ideia democrática da unidade homogênea e indivisível de todo o povo alemão, o qual se outorgou uma

Constituição por meio de seu poder constituinte e por meio de uma decisão política positiva, ou seja, por intermédio de ato unilateral (SCHMITT, 2007, p. 90).

Schmitt nega a ideia de um Estado pluralista e reitera que a Constituição é a “decisão política da totalidade do povo” em sua homogeneidade como detentor do poder legislativo constitucional (2007, p. 101–102). Compreendendo o conceito de Constituição dessa forma, percebe-se que a guarda da Constituição, para Schmitt, significa algo distinto do que significa para Kelsen. Portanto, a solução para quem deve ser o guardião será diferente.

A garantia da Constituição, na teoria do autor alemão, “não se refere ao cotejo de normas constitucionais e infraconstitucionais, mas à garantia da decisão política fundamental” (NOVAIS, 2016, p. 179), ou seja, da decisão da totalidade do povo. Não é de se estranhar, portanto, que Schmitt atribua a função de guardião e defensor da Constituição à figura capaz de “se unir diretamente a essa vontade política da totalidade do povo alemão”(SCHMITT, 2007, p. 234), quem o autor afirma ser o presidente do Reich.

A resposta que o autor fornece para a questão de quem deve guardar a Constituição não é, no entanto, expressa de forma tão simples e sucinta. O autor utiliza a teoria de poder neutro, explorada por Benjamin Constant no século XIX, para justificar a escolha do chefe de Estado como o guardião. Segundo Schmitt, as divergências de opinião entre os titulares de direitos políticos de decisão são eliminadas por um poder neutro, que não está acima, mas ao lado dos outros poderes constitucionais, e é “dotado de poderes e possibilidades de ação singulares” (SCHMITT, 2007, p. 193).

O referido autor busca nas determinações do direito positivo alemão justificativa para atribuir ao presidente do Reich a função de Guardiã da Constituição. Ao tratar das competências do presidente, Schmitt identifica a criação de um poder neutro, devido à relação do presidente com a totalidade estatal e por esse, em caso de necessidade, estar dotado de poderes para uma efetiva proteção da situação constitucional (2007, p. 233), o que remete aos conceitos de soberania e Estado de exceção. Segundo Novais, a neutralidade do presidente do Reich, na teoria de Schmitt, “decorreria tanto da eleição direta do presidente pelo povo (sem a contaminação de disputas partidárias), quanto do poder que não reconhece limites e tem, pois, força para executar a vontade da homogeneidade do povo” (2016, p. 175).

Percebe-se, após o estudo das teorias de Kelsen e Schmitt, que os dois teóricos apresentam visões bastante distintas sobre os fundamentos da ordem jurídica, e também

sobre a questão da garantia constitucional. Apesar de, no contexto pós Segunda Guerra mundial, ter-se instituído Cortes Constitucionais em diversos regimes que passaram por processos de redemocratização, de acordo com Novais, “o que parece acontecer, porém, é a adoção da titularidade do controle de constitucionalidade defendida por Kelsen, isto é, um Tribunal Constitucional, mas com fundamentos também schmittianos” (2016, p. 185).

Conforme foi abordado no tópico anterior, de acordo com o normativismo, os órgãos responsáveis pela jurisdição constitucional devem executar suas atividades de forma limitada ao direito positivo, caso contrário atuariam em dissonância com a norma superior no sentido de que estariam usurpando um poder que não lhes foi conferido pela Constituição, ou seja, romperiam com a ordem jurídica vigente. Na teoria decisionista, o fundamento de validade da ordem jurídica não se encontra em uma norma, mas na decisão do soberano, o qual é fundamental para o Direito. O soberano, na teoria schmittiana, é quem tem o poder de decidir sobre a condição de normalidade que possibilita o próprio Direito e, portanto, não está limitado por ele, podendo suspendê-lo ao decidir pelo Estado de exceção. Analisando-se as instituições que realizam a jurisdição constitucional no contexto brasileiro atual, principalmente quanto a suas práticas estarem ou não limitadas pelo direito positivo, constata-se a configuração de um poder ilimitado e percebe-se que a figura do soberano de que trata Schmitt encontra uma representação atual no Poder Judiciário. Essa constatação será aprofundada no capítulo seguinte.

3. JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E DECISÃO

No primeiro capítulo deste trabalho, a Judicialização da Política foi abordada com base em uma perspectiva institucionalista, desenvolvida a partir da década de 1990, em estudos da ciência política comparada, que passou a estudar os tribunais como instituições políticas e que explica o aumento da relevância política das cortes devido a dois fatores amplamente encontrados nas constituições surgidas no período pós-guerra: a instituição de estruturas de controle de constitucionalidade e a positivação, no texto constitucional, de novos “direitos fundamentais” na forma de princípios. Nessa parte do trabalho, não foi apresentado um conceito concreto para a distinção entre atividade jurídica e política. Esse conceito foi consolidado no segundo capítulo, no qual foram abordadas as teorias normativista e decisionista do Direito.

Segundo a teoria normativista de Kelsen a atividade jurídica se distingue da política apenas quantitativamente, na medida em que as normas que os juízes criam são normas individuais e as que os legisladores produzem são gerais. Ambos possuem um grau de discricionariedade na aplicação da norma superior que lhes confere poder. No entanto, a transferência de poder legislativo, que caracteriza a Judicialização da Política, não é identificada, neste trabalho, com a discricionariedade do juiz quando essa é autorizada pela norma superior, mas sim com a criação de normas sem amparo no direito positivo – o que configura um poder ilimitado.

Conforme explorado no capítulo anterior, a utilização de princípios – termos que podem constar no texto constitucional, mas que, por não possuírem um sentido minimamente unívoco, não foram traduzidos para normas de direito positivo – para derogar normas criadas pelo Legislativo é um exemplo deste problema. Essa criação de normas não autorizada, por parte do Judiciário, configura uma transferência de poder não prevista no direito positivo, portanto representa uma suspensão da ordem jurídica. É nesse sentido que se afirma que, apesar da Judicialização da Política estar lastreada em instituições, no sentido de ocorrer por meio de mecanismos previstos no ordenamento, como o controle de constitucionalidade, ela própria não é compatível com a ordem jurídica vigente.

De acordo com a teoria decisionista de Schmitt, em oposição ao normativismo, o sistema jurídico encontra seu ponto fundamental não em uma norma, mas na decisão do soberano, que decide sobre a normalidade ou a exceção. O soberano está autorizado a suspender o ordenamento jurídico quando julgar necessário para a restauração da

normalidade e conservação do Estado. Portanto, encontra-se fora e, ao mesmo tempo, dentro da ordem jurídica.

Este capítulo será dedicado a verificação de decisões do Poder Judiciário brasileiro principalmente quanto a sua limitação a normas do direito positivo, buscando averiguar se esse Poder atua dentro da ordem jurídica ou se age como a figura do soberano prevista na teoria schmittiana. Para tanto, será analisada a argumentação apresentada em casos selecionados de controle de constitucionalidade em sua forma concentrada e difusa.

Posteriormente, e a partir da caracterização feita na primeira parte deste capítulo sobre a atuação do Poder Judiciário, discutir-se-á se ainda vivemos em um Estado de direito ou se nos encontramos em um Estado de exceção permanente e não declarado, no qual a ordem jurídica encontra-se suspensa, as normas não funcionam como limites, e o Direito torna-se aquilo que o soberano decide que é.

3.1. Suspensões da Ordem Jurídica no Judiciário Brasileiro

Nesta parte do capítulo, serão apresentadas algumas decisões do Supremo Tribunal Federal, em julgamentos de ações de controle concentrado ou no exercício de suas outras competências, para que se possa analisar a limitação destas às normas de direito positivo.⁴⁴

3.1.1. Execução Antecipada da Pena – HC 126.292 e ADCs 43 e 44

Em fevereiro de 2016, no julgamento do *Habeas Corpus* n. 126.292,⁴⁵ de relatoria do Ministro Teori Zavascki, o STF emitiu decisão possibilitando o início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau. Essa decisão representou uma mudança no entendimento da Corte, que desde 2009, no julgamento do HC 84.078, condicionava a execução da pena ao trânsito em julgado da condenação. No

⁴⁴ Desde já, a autora informa que a discussão aqui proposta não se refere à matéria das decisões, mas sim aos seus fundamentos legais e à forma pela qual foram tomadas. Deste modo, as críticas apresentadas não devem ser interpretadas como indicativo de discordância ou concordância da autora em relação aos direitos que as respectivas ações buscaram proteger.

⁴⁵ EMENTA: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, **não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência** afirmado pelo artigo 5o, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado. (HC 126.292, Relator: Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016. Grifo meu.)

juízo mais recente, o Supremo entendeu, por maioria de votos, que a antecipação da execução da pena não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência.

Segundo o Ministro relator, a presunção da inocência necessita estar em equilíbrio com “a efetividade da função jurisdicional penal, que deve atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade” (HC 126.292, Inteiro Teor do Acórdão, p. 4). No caso em julgamento, o entendimento foi que a presunção não seria violada porque os recursos cabíveis após a decisão de segundo grau não se prestariam a discutir fatos e provas, mas apenas matérias de direito. Portanto, a após decisão condenatória de segundo grau, a responsabilidade criminal do acusado restaria comprovada.

Independente da argumentação quanto a violação ou não do referido princípio, o texto constitucional contém expressa previsão normativa para o caso em seu artigo 5º, inciso LVII, que dispõe: “ninguém será considerado culpado até o **trânsito em julgado** de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988, grifo meu). Ademais, existe normativa infraconstitucional versando sobre o assunto, segundo o artigo 283 do Código de Processo Penal:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória **transitada em julgado** ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva. (BRASIL, 1941, grifo meu)

A decisão do STF, portanto, além de ilegal, foi inconstitucional, atribuiu um sentido à “presunção de inocência” que é contraditório ao texto da norma vigente e mitigou uma garantia individual do acusado por conta de princípios como a razoável duração do processo, algo bastante preocupante. Ademais, apesar de ter sido proferida em um caso concreto, essa decisão passou a servir de precedente para a autorização da antecipação da execução da pena em instâncias inferiores, em manifesta violação do artigo 5º, LVII da CRFB/88 e do art. 283 do CPP.

Em maio de 2016, foram protocoladas duas Ações Declaratórias de Constitucionalidade no Supremo Tribunal Federal, uma pelo Partido Ecológico Nacional - PEN (ADC 43) e outra pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (ADC 44), ambas buscando a declaração de constitucionalidade do artigo 283 do CPP, além de concessão de medida cautelar para suspender a execução antecipada da pena de todos os acórdãos prolatados em segunda instância. A relatoria das duas ações é do Ministro Marco Aurélio, que, em julgamento ocorrido em outubro de 2016, votou no sentido da constitucionalidade do art. 283 do CPP e pela concessão da cautelar afirmando que “o

dispositivo não abre campo a controvérsias semânticas” (ADC 43, Voto do Min. Marco Aurélio, p. 2).⁴⁶ No entanto, por maioria de votos (6 votos contra 5), prevaleceu o entendimento divergente de que a norma em análise, apesar de constitucional, não veda o início do cumprimento da pena após esgotadas as instâncias ordinárias.⁴⁷ As demandas seguem aguardando julgamento definitivo.

Cabe destacar que, em sede legislativa a abolição dessa garantia fundamental seria proibida, conforme art. 60, §4º, IV⁴⁸ da Constituição Federal, que coloca os direitos e garantias individuais como “cláusulas pétreas” (BOTTINO, 2017, p. 205). Existe, no entanto, uma Proposta de Emenda Constitucional⁴⁹ (PEC) em trâmite no Congresso que, por outros meios, busca esse mesmo resultado. Originalmente, a PEC n. 15 de 2011 modificava os artigos 102 e 105 da Constituição, propondo a substituição dos recursos especiais e extraordinário por ações rescisórias, antecipando o momento do trânsito em julgado sem violar cláusulas pétreas. Em 2013, o texto da PEC e foi modificado por uma emenda proposta pelo Senador Aloysio Nunes, de forma a inserir um parágrafo único no artigo 96 da Constituição, alteração que tornou a constitucionalidade da PEC mais questionável. Entretanto, o que importa ressaltar é que a decisão do Supremo se antecipou ao Congresso –instituição representativa do povo - e, sem a modificação do texto normativo ou declaração de sua inconstitucionalidade, criou uma norma não amparada no direito positivo. É manifesta a suspensão da ordem jurídica nessa decisão, corroborando a hipótese de que o Judiciário atua como o soberano da teoria de Schmitt.

3.1.2. União Estável Homoafetiva – ADPF 132 e ADI 4.277

A ADPF 132 foi ajuizada em 2008 pelo governador do Rio de Janeiro e a ADI 4.277 foi proposta em 2009 pela Procuradora-Geral da República, ambas ficaram sob relatoria do Ministro Ayres Britto. As ações buscavam incluir no conceito de entidade familiar a união estável entre pessoas do mesmo sexo, uma na interpretação de artigos do Estatuto dos

⁴⁶ Apesar de ter ocorrido em outubro de 2016, o acórdão da decisão não foi publicado até a data de fechamento deste trabalho, no entanto, o voto do Ministro Marco Aurélio pode ser encontrado nos sites Migalhas e Conjur que publicaram uma cópia, disponível em <https://www.conjur.com.br/dl/adc-43-voto-marco-aurelio-prisao-antes.pdf> ou <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/9/art20160901-10.pdf>

⁴⁷ O acórdão não foi divulgado, mas a informação pode ser verificada em notícia do STF disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326754> Acesso em 24/11/2017

⁴⁸ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...] § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV - os direitos e garantias individuais.

⁴⁹ Proposta de Emenda Constitucional n. 15 de 2011, apelidada de PEC dos Recursos. Disponível em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/99758>. Acesso em: 22/11/17.

Servidores Civis do Estado do Rio de Janeiro, outra na interpretação do artigo 1.723 do Código Civil.

Segundo o artigo 1.723 do Código Civil de 2002, “É reconhecida como entidade familiar a união estável **entre o homem e a mulher**, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família” (BRASIL, 2002, grifo meu). Já o texto constitucional, em seu artigo 226, dispõe o seguinte:

Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável **entre o homem e a mulher** como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento. (BRASIL, 1988, grifo meu)

O julgamento ocorreu, de forma conjunta, em maio de 2011. Apesar de os textos constitucional e infraconstitucional trazerem a expressão “homem e mulher”, as demandas foram julgadas procedentes, por unanimidade.

Os fundamentos para a desconsideração do texto expresso na norma pela decisão do STF foram, principalmente, a vedação ao preconceito (art. 3º, IV, CRFB/88)⁵⁰ e os princípios da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB/88)⁵¹, da liberdade, da igualdade e da segurança jurídica (artigo 5º, *caput*, CRFB/88)⁵². Segundo trecho da ementa do acórdão da ADI 4.277, “o sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica”. Ora, não seria esse um caso de disposição constitucional expressa em sentido contrário?

De forma alguma se quer desconsiderar o notável avanço que as consequências dessa decisão trouxeram para a comunidade LGBT e para a construção de uma sociedade mais igualitária. No entanto, questiona-se se a definição do conteúdo dos princípios que fundamentaram a decisão já não havia sido dada pelo próprio legislador quando deliberadamente afastou da caracterização de entidade familiar a união entre pessoas do mesmo sexo, e sendo tal definição considerada insatisfatória para a sociedade atual, por que razão esse assunto não foi rediscutido na esfera legislativa? Esse é mais um exemplo de decisão do Supremo em que a norma positivada foi desconsiderada por conta de concepções

⁵⁰ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

⁵¹ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana;

⁵² Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

pessoais – ainda que bastante difundidas – desarmônicas com o sentido atribuído aos princípios pelo legislador.

3.1.3. Aborto realizado no primeiro trimestre de gestação – HC 124.306

O *Habeas Corpus* 124.306 trata do caso de médicos de Duque de Caxias, no Rio de Janeiro, que foram presos preventivamente, acusados do crime de aborto com o consentimento das gestantes e de formação de quadrilha (artigos 126 e 288 do Código Penal), por supostamente manterem uma “clínica de aborto”. A decisão proferida pela primeira turma do Supremo, em 2016, no julgamento desse caso, pode ser considerada um desdobramento de uma discussão iniciada ainda em 2004 quando foi protocolada a ADPF 54, que tratava da atipicidade da antecipação terapêutica do parto em casos de fetos anencéfalos.

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 foi proposta em 2004 pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde (CNTS) com o objetivo de dar interpretação conforme a Constituição aos artigos 124⁵³, 126⁵⁴ e 128, I e II⁵⁵ do Código Penal, declarando inconstitucional a interpretação que considera crime a antecipação terapêutica do parto, realizada por médico habilitado com o consentimento da gestante, em casos de gravidez de feto anencefálico. No curso do processo, em 2008, foram realizadas audiências públicas para ouvir entidades representativas. O julgamento ocorreu em 2012 e prevaleceu o entendimento de atipicidade da conduta.⁵⁶

Nos votos dos Ministros, apesar de os fundamentos principais terem sido a violação de diversos princípios (dignidade humana, liberdade, direito à saúde...), o que tecnicamente

⁵³ Art. 124 - Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lhe provoque: Pena - detenção, de um a três anos.

⁵⁴ Art. 126 - Provocar aborto com o consentimento da gestante: Pena - reclusão, de um a quatro anos. Parágrafo único. Aplica-se a pena do artigo anterior, se a gestante não é maior de quatorze anos, ou é alienada ou débil mental, ou se o consentimento é obtido mediante fraude, grave ameaça ou violência

⁵⁵ Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico: I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante; II - se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal.

⁵⁶ ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. **Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencefalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal.** (ADPF 54, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 12/04/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULG 29-04-2013 PUBLIC 30-04-2013 RTJ VOL-00226-01 PP-00011, grifo meu)

embasou os posicionamentos foi o argumento da distinção entre aborto e antecipação terapêutica do parto. Inexistindo nexos de causalidade entre a antecipação do parto e a morte do feto, descaracteriza-se o crime de aborto, não sendo aplicáveis os artigos penais em questão. Dessa forma, apesar das extensas argumentações sobre os princípios violados, considera-se que a decisão, nesse caso, permaneceu nos limites da norma superior, apenas optando-se, justificadamente, por não enquadrar uma determinada situação fática na hipótese prevista pelo tipo penal, sem desconsiderar o texto normativo.

Situação bastante distinta foi a ocorrida no julgamento do HC 124.306. O que chamou atenção no referido julgamento foi a declaração de inconstitucionalidade da incidência do tipo penal do aborto no caso de interrupção voluntária da gestação no primeiro trimestre,⁵⁷ mesmo sem provocação para que a Corte proferisse tal decisão.

O *Habeas Corpus* impetrado apenas trazia argumentos quanto a desnecessidade da prisão preventiva no caso, visto que os réus não representavam risco ao devido andamento do processo. O Ministro Marco Aurélio, relator da ação, se atendo aos argumentos apresentados pelos impetrantes, deferiu liminar para que respondessem à ação penal em liberdade e, posteriormente, confirmou esse posicionamento no julgamento definitivo.

O Ministro Luís Roberto Barroso pediu vista dos autos e proferiu voto bastante ampliado na questão. Além de considerar inexistentes, no caso, os requisitos para a prisão preventiva, o Ministro declarou a inconstitucionalidade da criminalização da interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre. Os principais fundamentos de sua decisão foram a violação de direitos fundamentais das mulheres, especificamente a autonomia, a integridade física e psíquica, os direitos sexuais e reprodutivos, a igualdade de gênero e a discriminação social, além do princípio da proporcionalidade. Também foram citados exemplos de países europeus e norte americanos em que a interrupção da gravidez é permitida no primeiro trimestre da gestação.

Apesar de não ser uma decisão vinculante, a interpretação realizada por Barroso e acatada por outros Ministros da primeira turma abriu um precedente e pode vir a ser utilizada para fundamentar decisões tanto do STF quanto de outras instâncias em desconformidade

⁵⁷ EMENTA: DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA SUA DECRETAÇÃO. **INCONSTITUCIONALIDADE DA INCIDÊNCIA DO TIPO PENAL DO ABORTO NO CASO DE INTERRUPTÃO VOLUNTÁRIA DA GESTAÇÃO NO PRIMEIRO TRIMESTRE**. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. [...] (HC 124306, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Relator p/ Acórdão: Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 09/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-052 DIVULG 16-03-2017 PUBLIC 17-03-2017, grifo meu)

com a norma positiva. Importante ressaltar que o texto normativo não abriu margem para essa interpretação e, por mais que haja interesse político na descriminalização do aborto, não foi proferida uma argumentação que trouxesse uma justificativa legal para não se considerar aborto a interrupção da gravidez, por todo e qualquer motivo, nos primeiros três meses. É uma situação distinta da ocorrida na ADPF 54, na qual foi alegada inexistência de nexo de causalidade entre antecipação do parto e morte do feto, o que descaracteriza o aborto. Assim sendo, é evidente, na decisão do HC 124.306, a desconsideração da norma para imposição de concepções pessoais distintas da do legislador. Novamente, o Judiciário usurpou a competência de definição do conteúdo dos princípios que aplicou, suspendendo, assim, a ordem vigente.

3.1.4. “Pílula do Câncer” – ADI 5.501

Em abril de 2016, foi sancionada a Lei 13.269/16 que autorizava o uso da fosfoetanolamina sintética por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna, independentemente do registro sanitário dessa substância. Um laboratório de pesquisa da Universidade de São Paulo estava realizando pesquisas sobre o uso da fosfoetanolamina no tratamento do câncer desde a década de 1990, no entanto, a substância ficou nacionalmente conhecida após a divulgação na mídia de protestos realizados por pessoas que queriam acesso a ela. O Congresso, portanto, através da Lei 13.269/16, autorizou o seu uso por pacientes que apresentassem laudo médico comprovando o diagnóstico e assinassem termo de consentimento e responsabilidade. Apesar de a substância não ter sido registrada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), por ter sido considerada de relevância pública, teve seu uso autorizado pela lei, em caráter excepcional, enquanto os estudos clínicos acerca dela estivessem em curso.

Na semana seguinte à sanção da referida lei, a Associação Médica Brasileira (AMB) propôs a Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.501 contra ela, com pedido de liminar que objetivava a suspensão da eficácia da lei. A AMB alega que, devido à ausência de testes em seres humanos, a eficácia do medicamento e seus efeitos colaterais são desconhecidos, portanto, sua liberação é incompatível com direitos constitucionais fundamentais como o direito à saúde (artigos 6º e 196), o direito à segurança e à vida (artigo 5º, caput), e o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III).

Cabe ressaltar que a necessidade de registro para comercialização está disposta em norma infraconstitucional, art. 12 da Lei 6.360/76⁵⁸, que não serve como parâmetro de controle. Ainda, os procedimentos necessários para o registro são definidos pela própria Anvisa por meio de resoluções e portarias, normas hierarquicamente inferiores a lei. Portanto, a incompatibilidade da nova lei com lei infraconstitucional de mesma hierarquia ou de hierarquia inferior, não poderia ser fundamento para sua inconstitucionalidade. Ainda, a Constituição estabelece que o controle e fiscalização de substâncias de interesse para a saúde é competência do Sistema Único de Saúde e será exercido nos termos da lei, conforme artigo 200, I, que dispõe:

Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos **termos da lei**:

I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos; [...] (BRASIL, 1988, grifo meu)

O julgamento definitivo da ADI, que está sob relatoria do Ministro Marco Aurélio, ainda não ocorreu, mas a medida liminar para suspensão da eficácia da lei foi julgada procedente por maioria de votos. O principal fundamento apresentado pelos Ministros para suspender a eficácia da lei foi o risco do uso dessa substância sem os devidos testes, o que acarretaria a violação do dever estatal de zelo pela saúde da população. Suspendeu-se a eficácia da lei, portanto, devido a violação do direito à saúde e à dignidade da pessoa humana.

O Ministro Fachin, abrindo divergência, destacou que “a Anvisa não detém competência privativa para autorizar a comercialização de toda e qualquer substância” (ADI 5.501, Inteiro Teor do Acórdão. p. 24), conclusão que extrai do art. 200, caput da Constituição Federal, previamente citado. Segundo o Ministro “A constituição de agência própria para realizar as atribuições controle é, nessa perspectiva, faculdade do legislador [...]. Sob essa perspectiva, não haveria impedimento para que determinada substância viesse a ser regulada por meio de lei” (ADI 5.501, Inteiro Teor do Acórdão. p. 24). Considera-se importante informar, no entanto, que, com base no princípio da vedação ao retrocesso, o Ministro Fachin votou pela concessão parcial da cautelar, a fim de reconhecer que o uso só poderia ser feito por pacientes terminais.

⁵⁸ Art. 12 - Nenhum dos produtos de que trata esta Lei, inclusive os importados, poderá ser industrializado, exposto à venda ou entregue ao consumo antes de registrado no Ministério da Saúde.

Neste caso, apesar do reconhecimento do *possível* risco à saúde que o uso da fosfoetanolamina sintética poderia causar, verifica-se, mais uma vez, a desconsideração, por parte do Judiciário, da opção legítima do legislador, com fundamentos em princípios abstratos.

3.1.5. Financiamento de Campanhas Eleitorais por Pessoas Jurídicas – ADI 4.650

A Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.650 foi proposta, em 2011, pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) contra o artigo 23 §1º, incisos I e II e o artigo 81, caput e §1º da Lei das Eleições (Lei 9.504/1997), assim como contra os artigos 31; 38, inciso III; e 39, caput e §5º da Lei dos Partidos Políticos (Lei 9.096/1995), objetivando declarar a inconstitucionalidade dos dispositivos legais que autorizavam as contribuições de pessoas jurídicas às campanhas eleitorais.

Foi realizada audiência pública sobre o tema em 2013, e a demanda começou a ser julgada em dezembro do mesmo ano. Por ter havido pedidos de vista dos Ministros Teori Zavascki e Gilmar Medes, o julgamento foi concluído apenas em setembro de 2015. A ação foi julgada procedente, por maioria de votos, tornando inconstitucional o financiamento de campanha por pessoas jurídicas. Independente da concordância ou discordância do resultado, são os fundamentos utilizados para declaração de inconstitucionalidade que interessam para este trabalho.

O texto constitucional não previa nenhuma norma sobre sistema de financiamento de campanha, mesmo assim, os dispositivos foram considerados inconstitucionais por ofenderem, na visão dos Ministros que votaram nesse sentido, o princípio republicano, o princípio democrático, o pluralismo político, a moralidade pública e a liberdade de expressão. Chamaram a atenção⁵⁹ trechos do voto do Ministro Luís Roberto Barroso, na medida em que foram, de certa forma, contraditórios com sua decisão. O Ministro afirmou “[...] não estarei pronunciando, no meu voto, a inconstitucionalidade absoluta, em toda e qualquer circunstância, de pessoa jurídica participar do financiamento eleitoral” (ADI 4.650, Inteiro Teor do Acórdão, p. 125), mas, apesar dessa consideração, concluiu no sentido da inconstitucionalidade dos dispositivos que permitem o referido financiamento.

⁵⁹ Lenio Streck, em coluna que escreveu para o Conjur, também criticou o posicionamento do Ministro Barroso neste caso. Vide <https://www.conjur.com.br/2014-jan-02/senso-incomum-realismo-ou-quando-tudo-inconstitucional> Acesso em 23/11/2017

Outras declarações do Ministro, no texto do voto, se destacam. É o caso da afirmação de que “o modelo em si precisa ser transformado e que cabe ao Supremo Tribunal Federal empurrar a história neste sentido” (ADI 4.650, Inteiro Teor do Acórdão, p. 127). Questiona-se aqui o que o Ministro entende por “empurrar a história”? No decorrer de sua argumentação, afirma que a reforma política deve ser realizada pelo Congresso Nacional e não pelo Supremo, já que esse não possui legitimidade democrática para tanto, no entanto, declara que o que se está realizando, no caso, é uma defesa das regras constitucionais, do jogo democrático e dos direitos políticos (ADI 4.650, Inteiro Teor do Acórdão, p. 129). O Ministro chega a afirmar, sem indicar nenhum embasamento legal ou doutrinário, que as Cortes Constitucionais, ao lado da função contramajoritária, desempenham uma função representativa, devendo “concretizar determinados anseios da sociedade que estão paralisados no processo político majoritário” – é isso, ele explica, que significa “empurrar a história” (ADI 4.650, Inteiro Teor do Acórdão, p. 130). Ainda, o Ministro alega que a dimensão representativa do STF legitima esse “empurrão” necessário para superar entraves da política (ADI 4.650, Inteiro Teor do Acórdão, p. 130–131), como se a função do Judiciário fosse ser o salvador do povo diante da morosidade do Legislativo.

No encerramento de seu voto, Barroso explica que seus argumentos não buscam a diminuição do Poder Legislativo, mas sim seu fortalecimento, e afirma:

Tem alguma coisa errada numa democracia em que o debate jurídico no Supremo tem mais importância do que o debate político no Congresso Nacional, até porque a judicialização excessiva tem um componente antidemocrático: é que, para participar do debate aqui, é preciso ter acesso a um fórum específico, é preciso ter acesso a uma linguagem específica. É uma forma excludente de debate público nós resolvermos os problemas aqui (ADI 4.650, Inteiro Teor do Acórdão, 133)

Essa afirmação, no entanto, é feita para sustentar que a intervenção do Supremo no sistema de financiamento de campanhas é uma medida necessária para o reestabelecimento da importância do Congresso Nacional como local de decisões políticas. Percebe-se, na construção argumentativa do Ministro, algo muito próximo aos argumentos usados por Schmitt para sustentar que a figura do soberano, por ser capaz de se conectar a vontade do povo como um todo, é competente para suspender a ordem jurídica e reestabelecer, dessa forma, a condição de normalidade.

3.2. A Judicialização da Política e o Estado de Exceção brasileiro

Nesta parte do capítulo, será retomada a hipótese inicial deste trabalho, de que a Judicialização da Política, entendida como transferência de poderes legislativos para o Judiciário, é incompatível com o sistema normativista, e representa uma evidência de alteração para o sistema decisionista, no qual o Direito não possui uma função de limite, mas torna-se aquilo que o soberano decide que é. Ainda, buscar-se-á discutir, diante do que até agora foi exposto, se é possível afirmar que ainda vivemos em um Estado de direito, limitado pela norma, ou se o que se caracteriza, em realidade, é um Estado de exceção permanente e não declarado, no qual o Poder Judiciário, mais especificamente o STF, desempenha o papel de soberano.

A Judicialização da Política, conforme abordado no primeiro capítulo deste trabalho, pode ser explicada considerando-se dois elementos fundamentais para sua emergência: (I) os mecanismos de controle de constitucionalidade aliados a (II) posituação de direitos fundamentais na forma de princípios, que passam a valer como parâmetros do controle exercido pelo Judiciário. No Brasil, esses elementos se verificam na Constituição de 1988. Quanto aos mecanismos de controle, o sistema adotado é híbrido. A Constituição de 1988 possibilitou a realização do controle concentrado pelo STF e do difuso por juízes de outros tribunais que se deparem com normas inconstitucionais no exercício de suas funções. O controle de constitucionalidade apresenta-se como uma garantia de que o Poder Legislativo respeite as limitações previstas no texto constitucional e não exerça um poder ilimitado. Da mesma forma, os detentores da competência para o exercício do controle devem estar limitados pela Constituição e apenas exercer o poder de anulação quando houver incompatibilidade dos atos legislativos e o texto constitucional.

A situação torna-se mais complexa, no entanto, quando os parâmetros para o julgamento da incompatibilidade não estão bem definidos. Essa indefinição decorre, principalmente, da posituação, no texto constitucional, de diversos termos que buscam instituir direitos fundamentais, mas possuem significados consideravelmente amplos. Esses termos operam como princípios orientadores. Segundo o normativismo kelseniano, esses termos não têm o caráter de direito positivo e o legislador detém um poder discricionário para dar a eles o sentido que quiser (KELSEN, 2007a, p. 167–168). Portanto, esses termos não podem servir de justificativa para anulação de atos legislativos, caso contrário, configurar-se-ia uma transferência de poder, do Congresso para o Judiciário, não prevista em norma.

É nisso que consiste, para este trabalho, a problemática da Judicialização da Política. Não se defende aqui que o problema está na existência de um grau de discricionariedade de aplicação da norma pelo juiz. O que se considera problemático é transferência – sem amparo no direito positivo – de decisões que seriam de competência do órgão legislativo, como a definição de sentido dos princípios, para instâncias de controle judicial, o que configura uma suspensão da ordem jurídica. No entanto, é exatamente isso o que ocorre no contexto atual brasileiro.

A suspensão da ordem jurídica vigente é tratada por Schmitt como uma possibilidade que detém o soberano, em caso excepcionais, para recuperação da normalidade. Essa possibilidade se justifica por um “direito à autopreservação” (SCHMITT, 1996, p. 92) e decorre do fato de que, para a teoria decisionista defendida por esse autor, o fundamento último do Direito é a decisão do soberano. Apesar da suspensão da ordem jurídica vigente, uma ordem ainda permanece, e a decisão do soberano passa ser o que rege o Estado.

A ocorrência da Judicialização da Política, entendida como uma transferência não prevista no ordenamento de poder legislativo para o Judiciário, corresponde à suspensão da ordem jurídica vigente, mas com a manutenção de uma ordem – ainda que não a ordem jurídica – e evidencia, portanto, que, atualmente, no Brasil, o Direito se funda não em uma norma, mas em uma decisão da autoridade competente. No caso brasileiro, essa decisão é tomada pelo Poder Judiciário, representante atual da figura schmittiana do soberano.

Quanto à existência de um Estado de direito, a perspectiva decisionista de Schmitt é sempre incompatível com o Estado de direito. Enquanto este não admite a existência de um poder ilimitado, aquela julga que o poder ilimitado, além de ser um fato da vida que não pode ser negado, é necessário para a própria preservação do Estado (SCHMITT, 1996, p. 92). O que pode ocorrer, de acordo com o decisionismo, é a decisão pela normalidade, caso em que a ordem jurídica vigente é aplicável. No entanto, ainda assim, o fundamento último do Direito continuará sendo a decisão.

Não parece, entretanto, ser esse o caso no contexto atual brasileiro. Conforme visto no segundo capítulo deste trabalho, as diversas incompatibilidades nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal com as normas vigentes, seja através da desconsideração do texto normativo seja pela definição de sentidos que diferem do sentido dado pelo legislador aos princípios constitucionais – o que significa uma usurpação não autorizada da competência

legislativa –, representam uma suspensão da ordem jurídica vigente, fato que ocorre quando há a decisão por um Estado de exceção.

A suspensão, caso ocorra em um estado de normalidade, pode ser considerada uma mera ilegalidade e, nesse caso, não será exigível. A normalidade e a exceção, no entanto, não são dados físicos, e também não são normativos, visto que as hipóteses de exceção não estão – e nem poderiam estar – circunscritas numa tipificação jurídica (SCHMITT, 1996, p. 88). A normalidade ou a exceção se configuram a partir da decisão do soberano. Conseqüentemente, a suspensão da ordem através de uma decisão do soberano afirmará o Estado de exceção.

Se, no estado de normalidade, a suspensão da ordem jurídica é uma ilegalidade; no Estado de exceção, por outro lado, a decisão que suspende a ordem tem força de lei. A decisão não acaba com o Direito, pelo contrário, segundo Schmitt (1996, p. 92), ela pertence ao campo jurídico, tendo em vista que o Direito, em última instância, é decisão. Quando a normalidade não mais se caracteriza, a ordem jurídica como um todo não é aplicável, o que passa a valer, então, é a decisão. A exceção, dessa forma, se distingue do caos e da anarquia na medida em que a ordem estatal permanece (SCHMITT, 1996, p. 92) e as decisões do soberano passam a ter força de lei. Resta saber, entretanto, se o Brasil está, ou não, em um Estado de exceção.

A teoria do Estado de exceção do filósofo italiano Giorgio Agamben, apesar de não ser o foco desse trabalho,⁶⁰ auxilia na resposta a essa pergunta. O Estado de exceção aqui tratado não corresponde às hipóteses de estado de sítio ou estado de defesa previstas no ordenamento brasileiro, mas sim a uma teoria estatal. Para essa teoria, “o Estado de exceção apresenta-se como a forma legal daquilo que não pode ter forma legal” (AGAMBEN, 2004, p. 12). Apesar de, na concepção schmittiana, o Estado de exceção ter sido idealizado para situações excepcionais, Agamben afirma que houve um deslocamento de uma medida provisória e excepcional para uma técnica de governo, o que gerou uma indeterminação entre a democracia e o absolutismo (2004, p. 13).

De acordo com Agamben, “a criação voluntária de um estado de emergência permanente (ainda que, eventualmente, não declarado no sentido técnico) tornou-se uma das

⁶⁰ A autora gostaria de deixar expresso que reconhece a complexidade da mencionada teoria, e a usará apenas de forma pontual, sem a pretensão de esgotá-la.

práticas essenciais dos Estados contemporâneos, inclusive dos chamados democráticos” (2004, p. 13). A exceção deixou de ser excepcional e passou a ser o paradigma de governo.

O Estado de exceção, segundo Agamben, “define um ‘estado da lei’ em que, de um lado, a norma está em vigor, mas não se aplica (não tem ‘força’) e em que, de outro lado, atos que não tem valor de lei adquirem sua ‘força’” (2004, p. 61).⁶¹ O autor ainda afirma que “o estado de exceção é um espaço anômico onde o que está em jogo é uma força-de-lei sem lei (que deveria, portanto, ser escrita: força-de-~~lei~~)” (2004, p. 61).

Com base nessa caracterização realizada por Agamben, e pelo exposto anteriormente, torna-se possível afirmar que o Brasil se encontra em um Estado de exceção. É possível verificar a ocorrência da exceção não por uma avaliação subjetiva sobre a preponderância ou não de condições de normalidade, mas sim com base no que objetivamente a caracteriza: a suspensão da ordem jurídica vigente ao tempo em que a decisão adquire força-de-~~lei~~. Não há muita controvérsia no que tange à força-de-~~lei~~ que as decisões judiciais, principalmente no Supremo Tribunal Federal, adquiriram nas últimas décadas. Conforme demonstrado ao longo deste trabalho, mesmo quando contrariam a norma vigente, as decisões são plenamente eficazes, indicando a prevalência de uma ordem apesar da suspensão da ordem jurídica. Não apenas isso, a atribuição de cada vez mais poderes ao Judiciário e a transformação dos tribunais em extensões da arena política, conforme abordado no primeiro capítulo, demonstram que a suspensão da ordem jurídica se tornou algo naturalizado e, de certa forma até desejado, por determinados grupos. Resta-se evidente, dessa forma, o Estado de exceção brasileiro.

Neste trabalho, se pretendeu demonstrar que a transferência de poderes políticos para a esfera do Judiciário, fenômeno que se convencionou chamar de “Judicialização da Política”, e a consequente transformação das cortes em arenas políticas, como se demonstrou no primeiro capítulo, indicam uma evidência de que o Direito não é entendido como um sistema de normas, em que a norma superior, por restringir a criação de normas inferiores, constitui um limite para as autoridades estatais. Distintamente, o Direito passou a ser fundamentado não em uma autoridade impessoal e abstrata como a norma fundamental de Kelsen, mas em uma autoridade pessoal/institucional – o soberano – e a ser entendido como a decisão deste, que no caso brasileiro, pode ser reconhecido no Poder Judiciário.

⁶¹ Quando se fala em “força de lei”, importa informar que, conforme explicação de Agamben “o sintagma ‘força de lei’ vincula-se a uma longa tradição no direito romano e no medieval, onde [...] tem o sentido geral de eficácia, de capacidade de obrigar”, na tradição moderna, expressa a posição da lei ou atos a ela equiparados em relação a outros atos do ordenamento (2004, p. 59-60).

Atualmente, quando os Ministros do STF “dizem o Direito” contrariando previsões legais e constitucionais expressas, o que estão fazendo é afirmar, como aponta Novais (2016, p. 187), “que a Constituição é aquilo que o Supremo diz que ela é”, o que é um fato, já que sua decisão passou a ter força de lei. Encontramo-nos em uma situação de manifesto autoritarismo, na qual, utilizando-me das mesmas palavras que usa o professor Lenio Streck (2017), “defender a estrita legalidade virou um ato revolucionário”.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste trabalho, pretendeu-se averiguar o significado que o fenômeno da Judicialização da Política apresenta para a Teoria do Direito. Mais especificamente, buscou-se compreender a relação deste fenômeno, na forma em que ocorre no Brasil, após a promulgação da Constituição de 1988, com as teorias normativista e decisionista do Direito, desenvolvidas, respectivamente, por Hans Kelsen e Carl Schmitt. O problema abordado foi se o crescente movimento de Judicialização da Política no Brasil, no período pós 1988, é compatível com o positivismo normativista, ou se representa uma evidência de alteração para um modelo decisionista.

Considera-se importante informar que, devido ao recorte do tema, neste trabalho não foram abordadas as teorias moralistas do direito nem quanto a conceituação que fazem dos princípios e o caráter que atribuem a eles na ordem jurídica, nem quanto ao possível papel que desempenharam para a ocorrência e justificação da judicialização de política. No entanto, esse são pontos que a autora gostaria de desenvolver em pesquisas futuras.

A hipótese inicial que se buscou verificar é a de que a Judicialização da Política, entendida como a transferência de poderes legislativos para o Judiciário, fez a função de limite atribuída ao Direito pelo modelo normativista perder espaço para um modelo decisionista no qual as fronteiras do Direito se apresentam indefinidas, o que se revela conflitante com o conceito de Estado de direito. O desenvolvimento do presente estudo possibilitou a comprovação dessa hipótese.

No primeiro capítulo, o conceito de Judicialização da Política foi definido como a transferência de poder político do Legislativo para instâncias judiciais. Em seguida, procedeu-se a uma análise dos dois principais elementos que fundamentam a emergência do fenômeno da Judicialização: a instituição de mecanismos de controle de constitucionalidade aliado à ampliação dos textos constitucionais, de forma a contemplar a proteção de direitos fundamentais e valores morais na forma de princípios, que passaram a servir como parâmetros de controle. Ainda, verificou-se que esses elementos estão presentes na Constituição brasileira de 1988 e que os mecanismos possibilitados pelo ordenamento são efetivamente utilizados no Brasil.

No segundo capítulo, a partir do estudo da teoria kelseniana, definiu-se um sentido mais específico para a expressão “transferência de poder político”, que caracteriza a

Judicialização. Verificou-se que, de acordo com a referida teoria não se pode afirmar uma distinção qualitativa entre a atividade do legislador e do juiz, na medida em que ambas envolvem um poder criativo de normas. Portanto, a atividade do juiz possui o mesmo caráter “político” que a atividade do legislador. A distinção é apenas quantitativa, visto que um produz normas gerais e outro, normas individuais. No entanto, ambas as atividades devem ser exercidas de forma restrita pela norma superior que lhes confere validade.

Quando se trata de Judicialização da Política, o que se quer problematizar com a expressão “transferência de poder político” não é exatamente a existência de uma distinção intrínseca entre a atividade legislativa e judiciária, como se uma apenas fosse política e a outra apenas jurídica. O que se quer expressar, com a referida fórmula, é a usurpação, por parte do Judiciário, de uma competência política do Poder Legislativo que é a definição do conteúdo daqueles termos amplos possuidores de sentidos distintos contidos no texto constitucional, os quais se denominam princípios.

Essa usurpação, como foi explicado no capítulo 2, ocorre quando o Judiciário denega o poder que o Legislativo possui para atribuir sentido aos princípios e passa a impor sentidos distintos a eles e a fundamentar decisões que anulam normas gerais criadas pelo Legislativo com base nessas concepções distintas, mesmo que não positivadas. Essa configuração, na medida em que não está prevista no ordenamento, apresenta-se como uma suspensão da ordem jurídica vigente, e o que passa a reger o Estado é a decisão daquele que Schmitt denomina soberano.

A partir da conclusão de que a Judicialização da Política, caracterizada nos termos apontados, não se adequa à teoria normativista, passou-se ao estudo da teoria schmittiana, que reconhece a possibilidade de suspensão da ordem jurídica. Para Schmitt, o Direito está fundamentado na decisão do soberano, de forma que este não está limitado pela ordem jurídica vigente e pode suspendê-la. Analisando-se as instituições que realizam a jurisdição constitucional no contexto brasileiro atual, principalmente quanto a suas práticas estarem ou não limitadas pelo direito positivo, constata-se a configuração de um poder ilimitado e percebe-se que a figura do soberano de que trata Schmitt encontra uma representação atual no Poder Judiciário brasileiro.

Para realizar a comprovação desta conclusão, apresentou-se, no terceiro capítulo, cinco casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal. No julgamento desses casos, o STF fundamentou suas decisões com base em sentidos específicos atribuídos aos princípios, mesmo que em contrariedade com as normas positivadas, proferindo, inclusive, justificativas

que incluíam a caracterização do Judiciário como um poder representativo capaz de identificar e concretizar os anseios da sociedade. Desta forma, verifica-se que esse Poder age suspendendo a ordem jurídica vigente.

Por fim, a pesquisa concluiu que a Judicialização da Política não é compatível com o Estado de direito, mas evidencia um Estado de exceção permanente e não declarado, no qual a ordem jurídica encontra-se suspensa, mas uma outra ordem prevalece, as normas não funcionam como limites, mas o Direito tornou-se aquilo que o soberano, no caso, o Judiciário, decide que é.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004.

ARANTES, Rogério B. Constitutionalism, the expansion of Justice and the Judicialization of Politics in Brazil. In: SIEDER, Rachel; SCHJOLDEN, Line; ANGELL, Alan (Org.). **The Judicialization of Politics in Latin America**. New York, N.Y.: Palgrave Macmillan, 2005. p. 231–263.

ARANTES, Rogério B. **Debate no USP Talks #13 - Judicialização da Política**. 2017a São Paulo. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=3wkHQ0OkNQA>>. Acesso em novembro de 2017

ARANTES, Rogério B. **Palestra no USP Talks #13 - Judicialização da Política**. 2017b. São Paulo. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=amYh_XUijSI>. Acesso em novembro de 2017.

BARZOTTO, Luis Fernando. **O Positivismo Jurídico Contemporâneo**: Uma introdução a Kelsen, Ross e Hart. São Leopoldo: UNISINOS, 1999.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

BOTTINO, Thiago. Os problemas da decisão do STF sobre a execução provisória da pena. In: FALCÃO, Joaquim; ARGUELHES, Diego Werneck; RECONDO, Felipe (Org.). **Onze Supremos**. Belo Horizonte: Letramento, 2017. p. 204–207.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Noções Introdutórias. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet (Org.). **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 37–103.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Portal da Legislação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em novembro de 2017.

_____. Decreto Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Portal da Legislação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Decreto-Lei/Del2848.htm>. Acesso em novembro de 2017.

_____. Decreto Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Portal da Legislação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em novembro de 2017.

_____. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Portal da Legislação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em novembro de 2017.

_____. Lei nº 13.269, de 13 de abril de 2016. **Autoriza o uso da fosfoetanolamina sintética por pacientes diagnosticados com neoplasia maligna.** Portal da Legislação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/L13269.htm>. Acesso em novembro de 2017.

_____. Lei nº 6.360, de 23 de setembro de 1976. **Dispõe sobre a Vigilância Sanitária a que ficam sujeitos os Medicamentos, as Drogas, os Insumos Farmacêuticos e Correlatos, Cosméticos, Saneantes e Outros Produtos, e dá outras Providências.** Portal da Legislação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6360.htm>. Acesso em novembro de 2017.

_____. Proposta de Emenda à Constituição n. 15, de 2011 (PEC dos Recursos). **Altera os arts. 102 e 105 da Constituição, para transformar os recursos extraordinário e especial em ações rescisórias.** Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/99758>>. Acesso em novembro de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277.** Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, DF, 05 de maio de 2011. Diário da Justiça Eletrônico nº 198. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em novembro de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650.** Relator: Ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 17 de setembro de 2015. Diário da Justiça Eletrônico. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10329542>>. Acesso em novembro de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132.** Relator: Ministro Ayres Britto. Brasília, DF, 05 de maio de 2011. Diário da Justiça Eletrônico nº 198. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>. Acesso em novembro de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54.** Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 12 de abril de 2012. Diário da Justiça Eletrônico. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em novembro de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão em Habeas Corpus nº 126.292.** Relator: Ministro Teori Zavascki. Brasília, DF, 17 de fevereiro de 2016. Diário da Justiça Eletrônico. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em novembro de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão em Habeas Corpus nº 124.306.** Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 09 de agosto de 2016. Diário da Justiça Eletrônico. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12580345>>.
Acesso em novembro de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão em Julgamento de Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.501**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 19 de maio de 2016. Diário da Justiça Eletrônico. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13194039>>. Acesso em novembro de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Voto do Ministro Marco Aurélio no Julgamento de Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 43/DF**. Relator: Ministro Marco Aurélio. 05 de outubro de 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/adc-43-voto-marco-aurelio-prisao-antes.pdf>> Acesso em novembro de 2017.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

COSTA, Alexandre; BENVINDO, Juliano Zaiden. **A Quem Interessa o Controle Concentrado De Constitucionalidade? - O Descompasso entre Teoria e Prática na Defesa dos Direitos Fundamentais**. 2014. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2509541%0D>. Acesso em novembro de 2017.

DIMOULIS, Dimitri. **Manual de Introdução ao estudo do Direito**. 3a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico: Introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**. São Paulo: Método, 2006.

ENGELMANN, Fabiano. Internacionalização e Ativismo Judicial: As Causas Coletivas. **Lua Nova**, v. 69, p. 123–146, 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n69/a06n69.pdf>>.

FEREJOHN, John. Judicializando a Política, Politizando o Direito. In: MOREIRA, Luiz (Org.). **Judicialização da Política**. 1a ed. São Paulo: 22 Editorial, 2012. p. 63–97.

GILL, Stephen. Globalisation, Market Civilisation, and Disciplinary Neoliberalism. **Millennium**, v. 24, p. 399–423, 1995.

HAMILTON, Alexander. Federalist n. 78. The Judiciary Department. In: HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James (Org.). **The Federalist Papers**. The Project Gutenberg, 2009. Disponível em: <<http://www.gutenberg.org/files/1404/1404-h/1404-h.htm>>. Acesso em outubro de 2017.

HERRERA, Carlos Miguel. Estado, Constituição e Direitos Sociais. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 102, p. 371–395, 2007.

HIRSCHL, Ran. A judicialização da megapolítica e o surgimento dos tribunais políticos. In: MOREIRA, Luiz (Org.). **Judicialização da Política**. 1a ed. São Paulo: 22 Editorial, 2012. p. 27–63.

HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy**: the origins and consequences of the new constitutionalism. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2004.

KELSEN, Hans. A jurisdição constitucional (Exposição de Hans Kelsen). In: KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. 2a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007a. p. 121–186.

KELSEN, Hans. Quem deve ser o guardião da Constituição? In: KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. 2a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007b. p. 237–298.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6a ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LIMBACH, Jutta. The Concept of the Supremacy of the Constitution. **The Modern Law Review**, v. 64, n. 1, p. 1–10, 2001. Disponível em: <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/1468-2230.00306/abstract>>. Acesso em setembro de 2017.

MAGALHÃES, Pedro C. **The Limits to Judicialization**: Legislative Politics and Constitutional Review in the Iberian Democracies. 398 f. Tese de PhD. Ohio State University, Columbus, 2003. Disponível em: <https://etd.ohiolink.edu/pg_10?0::NO:10:P10_ACCESSION_NUM:osu1046117531>. Acesso em novembro de 2017.

NOVAIS, Melissa Mendes de. **Os heróis vestem toga: norma, direito e exceção na teoria do direito no Brasil**. 304 f. Dissertação de Mestrado. Programa de Pós-graduação em Direito. Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2016.

OLIVEIRA, Vanessa Elias De. Judiciário e Privatizações no Brasil: Existe uma Judicialização da Política? **DADOS - Revista de Ciências Sociais**, v. 48, n. 3, p. 559–587, 2005. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/dados/v48n3/a04v48n3.pdf>>. Acesso em novembro de 2017.

RAMSEYER, J. Mark. The Puzzling (In)dependence of Courts: A Comparative Approach. **Journal of Legal Studies**, v. XXIII, p. 721–747, 1994.

ROS, Luciano Da. Em que ponto estamos? Agendas de pesquisa sobre o Supremo Tribunal Federal no Brasil e nos Estados Unidos. In: ENGELMANN, Fabiano (Org.). **Sociologia Política das Instituições Judiciais**. Porto Alegre: Editora da UFRGS / CEGOV, 2017. p. 39–57.

SCHMITT, Carl. **O Guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SCHMITT, Carl. Teologia Política: Quatro capítulos sobre a doutrina da soberania. In: SCHMITT, Carl. **A crise da democracia Parlamentar**. São Paulo: Scritta, 1996. p. 81–133.

SCHNEIDERMAN, David. Investment Rules and the New Constitutionalism. **Law and Social Inquiry**, v. 25, p. 757–787, 2000.

SHAPIRO, Martin; STONE, Alec. The New Constitutional Politics of Europe. **Comparative Political Studies**, v. 26, n. 4, p. 397–420, 1994.

STRECK, Lenio. Check list: 21 razões pelas quais já estamos em Estado de exceção. **Consultor Jurídico**, 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-29/senso-incomum-check-list-21-razoes-pelas-quais-estamos-estado-excecao>>.

SWEET, Alec Stone. **Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe**. New York: Oxford University Press, 2000.

SWEET, Alec Stone. Why Europe Rejected American Judicial Review - and Why it May Not Matter. **Yale Law School Faculty Scholarship Series**, Paper 1297, p. 2744–2780, 2003. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1297/>. Acesso em novembro de 2017.

VALLINDER, Tobjörn. A judicialização da Política: um fenômeno mundial. In: MOREIRA, Luiz (Org.). **Judicialização da Política**. 1a ed. São Paulo: 22 Editorial, 2012. p. 15–27.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política. **Tempo Social - Revista de Sociologia da USP**, v. 19, n. 2, p. 39–85, 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ts/v19n2/a02v19n2.pdf>>. Acesso em novembro de 2017.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Revista Direito GV São Paulo**, v. 4, n. 2, p. 441–464, 2008.