

II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

TEORIA CONSTITUCIONAL

ELOY PEREIRA LEMOS JUNIOR

VALTER MOURA DO CARMO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG - Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove - São Paulo

Representante Discente - FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF - Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP - São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM- Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG - Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB - Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSC - Rio Grande do Sul) Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor - Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec - Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC - Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali - Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC - Minas Gerais)

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

T314

Teoria constitucional [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Eloy Pereira Lemos Junior; Valter Moura do Carmo – Florianópolis: CONPEDI, 2020.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-239-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, pandemia e transformação digital: novos tempos, novos desafios?

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Teoria constitucional. 3. Isonomia. II Encontro Virtual do CONPEDI (2: 2020 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

TEORIA CONSTITUCIONAL

Apresentação

Frutos de estudos aprovados para o II ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI, realizado entre os dias 02 a 08 de dezembro de 2020, apresentamos à comunidade jurídica a presente obra voltada ao debate de temas contemporâneos cujo encontro teve como tema “Direito, Pandemia e Transformação Digital: novos tempos, novos desafios?”.

Na coordenação das apresentações do Grupo de Trabalho "TEORIA CONSTITUCIONAL I" pudemos testemunhar relevante espaço voltado a disseminação do conhecimento produzido por pesquisadores das mais diversas regiões do Brasil, vinculados aos Programas de Mestrado e Doutorado em Direito. Os estudos, que compõem esta obra, reafirmam a necessidade do compartilhamento das pesquisas direcionadas ao direito constitucional, como também se traduzem em consolidação dos esforços para o aprimoramento da área e da própria Justiça.

Com o título de “A (in)constitucionalidade do artigo 2º da Lei 12.352/2015 do Estado da Bahia em contrapartida ao que determina o artigo 236 da Constituição da República – o caso da ADI 4851/BA”, os autores Vivian Lacerda Moraes, Fernanda Netto Estanislau e Victor Vartuli Cordeiro e Silva analisam a compatibilidade ou não do dispositivo mencionado frente ao artigo 236 da Constituição, já que a Lei 12.352/2015 foi promulgada com o intuito de oficializar como notários e registradores pessoas que ocupavam esse cargo desde antes da promulgação da Constituição de 1988.

As autoras Ingrid Maria Sindeaux Baratta Monteiro, Camila Cavalcante Paiva e Antonia Georgelia Carvalho Frota investigam a possibilidade de despenalização do aborto no Brasil através da perspectiva da leitura moral apresentada por Ronald Dworkin no artigo intitulado “A leitura moral em Dworkin e o julgamento da ADPF 442: breves considerações sobre o pensamento de Dworkin e como este pode auxiliar na descriminalização do aborto no Brasil”.

Tiago Bruno Bruch aborda o “Controle de Constitucionalidade, Neoconstitucionalismo e Relativismo das Decisões Judiciais” em um estudo apresenta o modelo de garantismo jurídico como um contraponto a essa conjuntura, a partir de uma crítica à ampliação e abertura dos métodos interpretativos, rejeitando a fundamentação baseada nas convicções pessoais dos magistrados.

Em seguida, no artigo intitulado “Constitucionalismo e Tributação”, o autor Ricardo Ferreira Sacco analisa o aumento abusivo da carga tributária como sendo a principal causa que levou ao descontentamento e quebra da ordem legal na América Inglesa nos fins do século XVIII.

No estudo proposto por Bernardo Augusto da Costa Pereira no artigo “O Positivismo Jurisprudencial e a ampliação do uso de técnicas baseadas em Precedentes Judiciais: Reflexo Neoconstitucionalista” analisa acerca do desenvolvimento da doutrina constitucional no século XX, tratando acerca do positivismo jurídico, positivismo sociológico e positivismo jurisprudencial. Estuda o momento atual da teoria constitucional no Brasil e a nova postura do Judiciário frente ao neoconstitucionalismo, o qual se apresenta também através da judicialização de políticas e do maior ativismo judicial.

Em “Do Constitucionalismo Garantista a uma nova abordagem para a Judicialização da Política” de Sérgio Urquhart de Cademartori e Lucas Bortolini Kuhn propõem em seu artigo articular um novo ângulo de abordagem, tendo como espinha dorsal o constitucionalismo garantista, utilizando noções teóricas como a divisão do poder em funções de governo e garantia, bem como a conexão destas noções aos direitos fundamentais.

Com o título “A prioridade absoluta da criança diante da Reserva do Possível: considerações sobre o controle judicial” os autores Paulo Roberto Braga Junior e Ednilson Donisete Machado questionam como se dá a relação entre a prioridade absoluta diante da alegação da reserva do possível, concluindo que ao se invocar a reserva do possível, o Poder Público demonstra desconsideração à prioridade absoluta na elaboração dos orçamentos públicos, o que não deve ser aceito em sede de controle judicial.

Lucas Emanuel Ricci Dantas e Renato Bernardi tratam do tema “COVID-19 e a pessoa com deficiência asilada: a consagração do estado de coisas inconstitucional”.

“Uma análise teórica das medidas sanitárias de enfrentamento da pandemia do COVID-19 no Brasil: quem decide, como decide e por quê?”, os autores Natan Figueredo Oliveira e Juraci Mourão Lopes Filho abordam o modelo constitucional do federalismo cooperativo e a atuação estatal no suporte fático do direito à saúde como solução e examinam decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a competência para fixar medidas sanitárias que confirmam a solução proposta para o conflito.

Por fim, o texto “Projetos de iniciativa do Poder Legislativo à luz do Recurso Extraordinário nº 878.911-RJ” de Pablo Enrique Carneiro Baldivieso e Saul Carneiro Baldivieso analisa a possibilidade de criação de projetos de Lei de iniciativa parlamentar, que geram despesa ao

poder Executivo, especificamente em função da decisão do Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, no RE 878.911-RJ, Tema 917.

Nossas saudações aos autores e ao CONPEDI pelo importante espaço franqueado a reflexão de qualidade voltada ao contínuo aprimoramento da cultura jurídica nacional.

Prof. Dr. Eloy Pereira Lemos Junior

Universidade de Itaúna

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo

Universidade de Marília (UNIMAR)

Nota técnica: O artigo intitulado “COVID-19 E A PESSOA COM DEFICIÊNCIA ASILADA: A CONSAGRAÇÃO DO ESTADO DE COISAS INCONTISTUCIONAL” foi indicado pelo Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica Mestrado e Doutorado da UENP, nos termos do item 5.1 do edital do Evento.

Os artigos do Grupo de Trabalho Teoria Constitucional apresentados no II Encontro Virtual do CONPEDI e que não constam nestes Anais, foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals (<https://www.indexlaw.org/>), conforme previsto no item 7.1 do edital do Evento, e podem ser encontrados na Revista Brasileira de Teoria Constitucional. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

DO CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA A UMA NOVA ABORDAGEM PARA A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

FROM THE GUARANTEEIST CONSTITUTIONALISM TO A NEW APPROACH TOWARDS THE JUDICIALIZATION OF POLITICS

Sérgio Urquhart de Cademartori ¹
Lucas Bortolini Kuhn ²

Resumo

A judicialização da política e o ativismo judicial são tematizados desde a redemocratização. A proposta do artigo é articular um novo ângulo de abordagem, tendo como espinha dorsal o constitucionalismo garantista, utilizando noções teóricas como a divisão do poder em funções de governo e garantia, bem como a conexão destas noções aos direitos fundamentais. Conclui-se que, além da grande utilidade destes conceitos, a abordagem garantista possibilita um discurso crítico interno ausente nas demais leituras, e pode se beneficiar também do conceito restrito proposto para uma tematização mais específica do fenômeno.

Palavras-chave: Constitucionalismo garantista, Judicialização da política, Teoria do direito

Abstract/Resumen/Résumé

Judicialization of politics and judicial activism are studied since the re-democratization. The article's proposal is a new angle to its study, having guaranteeist constitutionalism as a backbone, using concepts like the division of power in functions of government and functions of guarantee, as well as its connections to fundamental rights. The conclusion is that, beyond the great utility of this concepts, the guaranteeist approach makes possible a critical discourse from inside, absent on other readings, and can also benefit from the restrict concept proposed as a way to treat the phenomenon in a more specific way.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Guaranteeist constitutionalism, Judicialization of politics, Theory of law

¹ Mestre e Doutor em Direito (UFSC). Professor permanente do PPG em Direito da UNILASALLE e Consultor ad hoc da CAPES e do PPG em Direito da UNIFG.

² Mestre e Doutorando em Direito e Sociedade (Unilasalle). Bolsista CAPES. Membro do Grupo de Pesquisa Garantismo e Constitucionalismo Popular.

1 INTRODUÇÃO

O debate acerca das noções de judicialização da política e de ativismo judicial é tão antigo quanto o constitucionalismo rígido. Da força normativa às noções contemporâneas de jurisdição constitucional, a mudança no desenho jurídico com a Constituição de 1988 traz a atuação do poder judiciário para âmbitos inusitados no imaginário jurídico acostumado à inércia.

Este debate, também, cada vez mais se dá em terrenos fronteiriços: nas fronteiras entre a academia e os atores institucionais, entre juristas e cientistas políticos, e entre todos estes e a sociedade. E toma contornos sempre dramáticos, considerado o hiato entre as demandas sociais e as mudanças legislativas, amplificado pela situação política cada vez mais em crise.

Na ciência jurídica muito pode ser – e já foi – dito sobre este debate. Entretanto, a configuração da própria discussão é restrita aos pontos de vista de um suposto “progresso” em direitos ou de justificações institucionais para a atuação ativista ou auto-restrita. Este artigo, entretanto, vai por uma direção distinta.

O intento é a revisão acerca desta discussão para reconfigurá-la, com olhos ao constitucionalismo garantista, que fornece um esquema teórico apto para pensar Estados Constitucionais como o Brasil, reclamando também da ciência jurídica a tarefa de investigar e trabalhar criticamente estes conceitos, tanto nas ações quanto nas omissões que atentam contra a denúncia do direito inválido quanto contra a conservação da esfera do decidível.

O artigo consiste em pesquisa bibliográfica de caráter fenomenológico, e é dividido em três momentos principais. O primeiro, é uma exploração de algumas discussões acerca da temática do ativismo e da judicialização da política, para demonstrar o espectro dos debates passados. O segundo visa a descrever o constitucionalismo garantista e os aspectos teóricos centrais à discussão, que é aprofundada no terceiro momento, quando se objetivará demonstrar a aptidão desta abordagem frente a duas fortes linhas de crítica a esta temática, propondo uma definição útil para a abordagem do problema.

2 PESQUISAS E DISCUSSÕES SOBRE JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA NO BRASIL: UMA REVISÃO BIBLIOGRÁFICA

As noções de ativismo judicial e judicialização da política são temas de discussão que datam da própria existência, nas comunidades jurídicas particulares, de uma forma ou outra de rigidez constitucional que imponha (ou meramente possibilite) a revisão judiciária da ação

governamental, especialmente em âmbito legislativo¹. No Brasil, evidentemente, é um debate que data da iteração brasileira do constitucionalismo do segundo pós-Guerra, na Constituição de 1988.

Arantes (2005, p. 231) afirma que o caso brasileiro é dotado de vários dos elementos comumente tidos como causa da judicialização da política, como uma carta extensa de direitos fundamentais e a tendencial formação de coalizões governistas frágeis, que o autor associa com a adoção oposicionista da via judiciária como mecanismo político de contraposição.

Outro aspecto central à leitura de Arantes (2005, p. 237) é a associação entre os direitos fundamentais e o sistema de controle de constitucionalidade híbrido brasileiro, que ele afirma como captado por pessoas descontentes com atos governamentais. A partir dos números de Ações Diretas de Inconstitucionalidade propostas – o elemento de controle concentrado no sistema híbrido brasileiro –, o autor caminha para concluir por uma judicialização da política desenfreada.

O raciocínio do autor, que postula a defesa da ideia – então ainda em discussão – das Súmulas Vinculantes, é o de que há instrumentalização do aspecto difuso do modelo híbrido brasileiro: pessoas frustradas com atos governamentais e partidos políticos em oposições eventuais aproveitariam o sistema difuso e uma falta de um controle concentrado centralizado para travar batalhas políticas através do judiciário (ARANTES, 2005, p. 251).

É notável que, nesta análise, o apontamento do número de demandas venha completamente desacompanhado de dados comparativos com o aumento na propositura geral de demandas, o que isola o contexto das ADINs de uma tendência de aumento no número de demandas que não se restringe ao campo do controle de constitucionalidade concentrado.

Carvalho (2004, p. 115-116) notou o problema por um ângulo levemente distinto. Na contramão do olhar ao número de ações propostas, o autor trabalhou a proporção das ADINs que tiveram solução de mérito em relação às não julgadas e às que tiveram julgamento puramente centrado nas condições da ação. Com base nesta abordagem, afirma que o número de ações propostas não é bom parâmetro, já que, como sustenta, a porcentagem das ADINs que tiveram julgamento de mérito nos anos anteriores era severamente inexpressivo (CARVALHO, 2004, p. 121).

Nesta leitura, a relevância para a análise do fenômeno da judicialização não é a propositura, mas a postura dos órgãos jurisdicionais em resposta, o que leva Carvalho (2004, p.

¹ Veja-se, por exemplo, na área do controle jurisdicional de políticas públicas, os trabalhos de Appio (2007); a extensa obra de Luis Werneck Vianna sobre o assunto, incluindo Vianna, Burgos e Salles (2007); Barboza & Kozicki (2012); e Silva (2011).

118) a refletir acerca do número de ações que não recebem respostas de mérito, apontando, inclusive, como os fluxos de atuação em direção de um perfil de maior ou menor presença no cenário político refletem certos eventos, como no caso da crise suscitada pelo Plano Collor².

O autor termina em definir dois modelos de análise que seriam úteis para a leitura do fenômeno no Brasil: o modelo atitudinal e o modelo estratégico de comportamento judicial. O primeiro, seria fundamentado numa leitura acerca da presença das posições pessoais dos magistrados nos seus julgados. O segundo seria uma análise estratégica da atuação dos julgadores, por observar que a atuação nos espaços institucionais não estaria restrita à ideologia pessoal, mas sim da busca de finalidades estratégicas, como, por exemplo, a de compor entre interesses políticos conflitantes, construindo jurisprudências harmonizadoras (CARVALHO, 2004, p. 123-124).

Estas primeiras leituras elencadas, portanto, apresentam o horizonte de discussões e desenvolvimentos do tema aqui em um recorte temporal específico: a virada do milênio e o legado da década de 90, onde a propositura de ADINs foi maior. No período mais recente, entretanto, a produção acerca do tema se expande com a presença de leituras de outros campos científicos.

Nobre e Rodrigues (2011, p. 5), já refletindo acerca dos desenvolvimentos posteriores, constroem uma leitura sociológica acerca do tema. Repercutindo a década de 2000, que viu a adoção da ideia das Súmulas Vinculantes e a criação do CNJ, os autores caminham para uma crítica de que os conceitos de ativismo judicial e de judicialização da política, em última análise, seriam impedimentos para a compreensão adequada da atuação institucional acerca do tema, o que alegam ser consequência do normativismo que estaria à base de tais concepções.

Como as definições de judicialização da política e de ativismo judicial trariam em si uma demanda excessivamente formalista, os autores concluem que estas noções limitam a análise destes fenômenos, bem como a capacidade de “surgimento de alternativas para encontrar as melhores fórmulas institucionais de seu regramento democrático” (NOBRE e RODRIGUES, 2011, p. 20).

Essa leitura, ainda que inovadora no tocante à conexão que faz entre as concepções de ativismo judicial e de judicialização da política e o que ela define como formalismo, não é conceitualmente oposta às anteriores, ainda que a semelhança não seja aparente ou intuitiva. No coração de todas, resta a defesa de que a relevância científica do tema da judicialização da

² A leitura de Carvalho (2004, p. 118-120) é de que o Supremo Tribunal Federal ativamente adotou postura restrita frente aos questionamentos à época do lançamento dos planos econômicos.

política é a análise da atuação institucional do judiciário, e de como ela vai se desenhar no ambiente político brasileiro.

Outro elemento consistente, também, é o fato de que o elemento valorativo na análise do fenômeno é sempre político. Em Arantes (2005, p. 251), a expansão do uso de ADINs é um problema a ser resolvido com Súmulas Vinculantes, para que o judiciário não seja um depósito de reclamações políticas que não tiveram êxito nas instâncias eleitorais. Para Carvalho (2004, p. 123-124), é necessário o desenvolvimento de novas ferramentas teóricas que permitam observar o nexos entre as posições políticas dos magistrados e as decisões, bem como a posição política dos tribunais. Já para Nobre e Rodrigues (2011, p. 20), a mesma necessidade teórica também é traduzida num argumento pela eliminação de uma leitura formalista do fenômeno, que obscureceria a discussão com excessivo apreço normativista.

O ativismo judicial, muitas vezes tematizado em conjunto com a judicialização da política, já é mais presente nas discussões dogmáticas do que nas análises acerca da judicialização³. Mas nesta temática o debate se torna, por vezes, pautado tanto pela cultura contemporânea acrítica dos manuais jurídicos, que naturalizam o agir institucional judiciário quanto também pelas vozes próprias da institucionalidade, particularidade brasileira que se deve à voz pública ativa que Ministros do STF têm.

E mesmo este ângulo institucional, que poderia ser demasiadamente útil e rico para acessar a compreensão dos atores envolvidos, não vê desenvolvimentos muito relevantes. O debate por vezes acaba limitado aos lugares comuns e obviedades, como quando Barroso (2012, p. 372) afirma que o ativismo é a figura oposta da autocontenção, ou até mesmo colocada com ares paternalistas, quando Fux coloca a jurisdição constitucional como criadora do direito, mas apenas quando as questões em juízo estivessem “amadurecidas no seio social” (FUX, 2011, p. 30).

Atravessadas as discussões e tematizações acerca do tema, percebe-se a ausência de modelos normativos críticos, e mais ainda, modelos que sejam capazes de trabalhar o tema a partir de um elemento central, intocado nas leituras apresentadas: o direito.

3 O CONSTITUCIONALISMO GARANTISTA: ALICERCES DE UMA ABORDAGEM CIENTÍFICA NOVA PARA A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

³ De forma esquemática, pode dizer-se que, enquanto a judicialização da política é uma forma de atitude institucional no funcionamento do Estado de Direito, o ativismo judicial é uma conduta subjetiva de alguns magistrados/tribunais.

A leitura do fenômeno da judicialização da política tem deixado, como foi dito, o elemento jurídico intocado. Razões justificadas, como a predileção científica por um ângulo sociológico descritivo, ou a orientação pertinente a um campo que privilegia a questão política, levam a tematização a evitar o plano interno do direito. O que também, muitas vezes, é feito de forma inconsequente na própria ciência jurídica, que evita posições críticas e normativas frente a assuntos judiciais.

A partir disto, a proposta parece ousada: retomar o aspecto jurídico no fenômeno da judicialização da política, o que passa, evidentemente, pela articulação de uma teoria do direito. A abordagem proposta é fundada no constitucionalismo garantista, um modelo de constitucionalismo que teoriza o direito e a democracia substancial a partir de uma matriz juspositivista crítica e renovada.

3.1 O CONSTITUCIONALISMO E O GARANTISMO

Falar em constitucionalismo, hoje, significa falar na figura do Estado Constitucional de Direito, um câmbio paradigmático em relação ao Estado Legal ou Legislativo de Direito que significa, nos países ocidentais, a adoção de constituições rígidas e dotadas de princípios e direitos fundamentais com força normativa. É a realidade jurídica do ocidente no segundo pós-Guerra, especialmente na Europa, mas também na América Latina e, no Brasil, a partir da Constituição de 1988.

Esta mudança se traduz, como afirma Ferrajoli (2014, p. 9), num reforço do juspositivismo, que passa a condicionar a validade das leis não apenas à forma, mas à substância destes princípios e direitos fundamentais previstos, o que torna obsoletos tanto o paleojuspositivismo hegemônico até a metade do século XX quanto as concepções formais ou procedimentais de democracia, que enxergavam-na como um conjunto de regras independentes ao resultado do jogo democrático.

A perspectiva antiga do direito moderno, ou o que Ferrajoli (2018, p. 62) chama de primeiro momento constituinte da modernidade jurídica, deixou como legado a transformação do direito em instrumento e linguagem da política, fundado em um único postulado normativo de caráter unicamente formal: o princípio da legalidade. O constitucionalismo rígido, por outro lado, se traduz em um segundo momento constituinte da modernidade jurídica: internaliza um projeto político, colocando dentro do direito o seu próprio dever-ser.⁴

⁴ O aspecto deontológico interno ao direito implica que toda a produção normativa infraconstitucional deve adaptar-se aos mandamentos da Constituição. O dever-ser *no* direito exige portanto análises de validade das

Inegavelmente, as mudanças com a entrada das constituições rígidas abalam as concepções hegemônicas, o que também ocorre, evidentemente, em decorrência dos horrores totalitários da Segunda Guerra Mundial e toda a polêmica relativa ao positivismo jurídico. Este momento se traduz, então, na construção de novas abordagens teóricas para uma formulação diferente de Estado, manifestado principalmente na vertente teórica hoje hegemônica do constitucionalismo principialista, que se anuncia como um pós-positivismo.

Noutra direção, o garantismo reafirma o constitucionalismo como um reforço do positivismo jurídico, que acrescenta à dimensão formal do princípio da legalidade uma dimensão substancial, que também altera a própria teoria da democracia. O garantismo é uma filosofia política que impõe ao direito e ao estado a carga da justificação externa acerca dos bens e valores que justificam a sua existência (FERRAJOLI, 1995, p. 853).

Por tal razão, resgata a centralidade de um elemento clássico do positivismo jurídico antigo, que é a separação entre direito e moral, corolário do princípio da legalidade, como significado também dos pontos de vista interno e externo do direito, e expande esta noção com o ângulo da justificação externa, que coloca a primazia do ponto de vista externo como parâmetro para a tematização acerca da legitimidade (CADEMARTORI, 2007, p. 209-210).

Neste sentido, o garantismo se materializa num modelo de constitucionalismo que condiciona a legitimidade política no plano externo e a validade das leis no plano interno ao respeito aos direitos fundamentais previstos nas constituições, bem como impõe a criação das garantias fortes, que deem efetividade a esses direitos (FERRAJOLI, 2014, p. 10). É deste ponto de partida, portanto, que o garantismo supera a noção formal de democracia e também o juspositivismo clássico.

Quanto à noção formal de democracia, o constitucionalismo garantista interpreta os direitos fundamentais e princípios como a imposição de vínculos e limites ao poder. Na prática, significa que não apenas se limita a forma da decisão, mas o conteúdo, e não apenas como análise da ilegitimidade do direito produzido, mas da ilegitimidade que surge da omissão, das garantias que os direitos fundamentais exigem e que não são produzidas.

No plano interno, esta exigência é acompanhada de uma teoria do direito juspositivista que complementa a separação entre validade e justiça – ou entre direito e moral – do paleojuspositivismo com a separação entre validade e vigência: em claro contraste com Kelsen e Bobbio, o garantismo afirma que uma lei, ainda que vigente, pode ser inválida se incoerente com as normas constitucionais hierarquicamente superiores a ela (FERRAJOLI, 2011, p. 16).

normas e não somente de vigência (cf. FERRAJOLI, 1995, pp. 871-2)

É neste horizonte teórico, portanto, que se configura o constitucionalismo garantista, e é a partir desta base dos vínculos e limites e de sua correlação com a validade e a legitimidade do direito e do estado que pode-se avançar para uma abordagem diferente acerca da separação dos poderes, vinculada às esferas do decidível e do indecidível (*que e que não*). É assim que o direito impõe a todos os poderes públicos o limite negativo (proibições de lesar) quanto às liberdades e o limite positivo (obrigações de efetivar) quanto aos direitos sociais. É a conhecida fórmula dúplice na teoria garantista, “nem sobre tudo se pode decidir” no âmbito das liberdades; e “nem sobre tudo se pode deixar de decidir”, em tema de direitos sociais.

3.2 AS ESFERAS DO DECIDÍVEL E DO INDECIDÍVEL: UMA NOVA ABORDAGEM SOBRE A SEPARAÇÃO DE PODERES

Na base, falar em esferas do decidível e do indecidível, significa falar sobre o ponto de vista interno do direito, e sobre o sistema de vínculos e limites já mencionado. Estas esferas se traduzem, justamente, no tratamento dos dois aspectos da teoria garantista da democracia substancial: é a) *democrática* porque compreende espaços discricionários onde a democracia se manifesta e faz julgamentos políticos acerca das prioridades, dos métodos e necessidades populares que são considerados na elaboração de garantias para direitos fundamentais como os direitos sociais e b) *substancial* porque ao limitar sobre o que se pode decidir e sobre o que não se pode deixar de decidir, se traduz numa proteção tanto da sobrevivência da democracia, em relação às maiorias eventuais, quanto da manutenção do ideal de orientação substancial do estado em direção à dignidade humana e ao programa insuprimível dos direitos fundamentais.

A partir destas esferas é possível elaborar, como fez Ferrajoli (2011, p. 825-826), uma outra teoria de separação de poderes: a separação em funções, que divide o estado em funções de garantia e funções de governo. Nas palavras do autor:

Las funciones de gobierno diseñan el espacio de la política, cuyos parámetros de valoración son la eficiencia y la utilidad de los resultados obtenidos para la satisfacción de los intereses generales. Las funciones de garantía corresponden en cambio al espacio de la jurisdicción y de la administración vinculada, cuyos criterios de valoración son la corrección y el fundamento de las constataciones de sus presupuestos legales y la efectividad de las tareas exigidas. (FERRAJOLI, 2011, p. 825).

As funções de governo se vinculam à esfera do decidível: neste espaço o exercício é guiado por atos preceptivos que exercem poderes discricionários (FERRAJOLI, 2011, p. 570). Significa dizer que, nesta esfera, é necessário apenas o respeito aos vínculos e limites, ou seja,

às fronteiras estabelecidas nos direitos fundamentais. Dentro delas, a legitimidade é conferida pela representação política, traço que a distingue, por exemplo, da legitimidade das funções de garantia, que é a sujeição rígida à lei (FERRAJOLI, 2011, p. 824).

Por sua vez, as funções de garantia se vinculam à esfera do indecidível. Neste âmbito, trata-se de atos preceptivos que exercem poderes vinculados, onde o parâmetro não é a eleição discricionária e o mero respeito aos limites, mas sim o ato como a própria aplicação da lei (FERRAJOLI, 2011, p. 570). Aqui pode-se falar, por exemplo, da jurisdição, que deixa de ser um ato com elemento voluntarista, para tornar-se um ato cognitivo de cariz operativo. Por tal sorte, é nesta qualidade própria das funções de garantia que se expressa o aspecto contramajoritário da jurisdição.

Neste mapa, no lugar de falar sobre a tripartição dos poderes, o constitucionalismo garantista fala sobre a divisão entre as funções de governo do Legislativo e do Executivo – já que possuem a mesma base de legitimidade – e a separação destas em relação ao Judiciário⁵. É a partir deste esquema que pode-se definir a jurisdição constitucional dentro do constitucionalismo garantista.

A jurisdição constitucional é uma função de garantia secundária que é exercida a partir de atos que são o exercício de poderes vinculados. Estes poderes não são exercidos de forma discricionária ou autônoma, e não possuem caráter instrumental, mas sim exercidos de forma operativa: o ato em si é uma aplicação das normas substanciais, ou seja, das garantias secundárias que regulamentam a jurisdição.

E, neste sentido, a jurisdição constitucional no garantismo tem por objeto a constatação da violação de garantias primárias e a aplicação de garantias secundárias⁶, ou, em outros termos, a denúncia do direito inválido tanto na forma dos atos ilícitos, que solapam o direito válido e vigente, quanto na forma dos atos comissivos ou omissivos que resultam em lacunas ou antinomias em sentido forte (FERRAJOLI, 2011, p. 645): a inexistência de leis infraconstitucionais que sejam garantias para os direitos fundamentais ou a existência de leis infraconstitucionais que violam direitos fundamentais.

No caso das antinomias, são resolvidas pela anulação, que caberá à jurisdição constitucional, tanto em âmbito difuso quanto em âmbito concentrado no caso do modelo

⁵ É evidente que há funções de garantia nas atribuições dos outros poderes, como, por exemplo, a atuação do Poder Executivo referente às garantias primárias do direito fundamental à saúde. O mesmo também pode ser dito sobre o Judiciário e as funções de governo, já que há âmbito de atuação administrativa na definição, por exemplo, de políticas judiciárias como os mutirões, a semana da conciliação, etc. Estes aspectos, entretanto, são menos eminentes na atuação destes Poderes.

⁶ Entendidas as garantias primárias como as proibições de violações de liberdades e/ou obrigações de concretização dos direitos sociais, e as garantias secundárias como os remédios processuais a essas antinomias e lacunas.

híbrido brasileiro. Já no caso das lacunas, elas são resolvidas por atos decisórios das funções de governo, e portanto o papel da jurisdição constitucional é o de exigir a produção destas decisões, como define o próprio Art. 8º da Lei 13.300/2016, que regulamenta o Mandado de Injunção no Brasil.

É evidente que o constitucionalismo rígido, ao trazer em si direitos fundamentais, leva a uma expansão do papel da jurisdição, e que, sem ela, a própria temática da judicialização da política não existiria. Mas, para além da observação, o garantismo também aponta para dois aspectos relevantes que trazem prescrições especialmente úteis para a temática da judicialização da política, bem como fornece elementos para rechaçar algumas críticas possíveis a uma concepção cognoscitiva da jurisdição constitucional.

4 O GARANTISMO E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: REORIENTANDO A JURISDIÇÃO A PARTIR DE UMA IDEIA COGNOSCITIVA DE INTERPRETAÇÃO E APLICAÇÃO DO DIREITO

Se a expansão do papel da jurisdição é uma realidade, ante a nova tarefa de efetivar direitos fundamentais, pode-se considerar que é natural a judicialização da política. Por outro lado, o crescimento da jurisdição que o constitucionalismo afirma pode ser um convite à concentração de poder, o que seria, paradoxalmente, algo intrinsecamente oposto ao elemento central do constitucionalismo, que é o controle e a vinculação do poder.

Sob a perspectiva garantista, cabe ressaltar – e será discutido de forma mais aprofundada adiante – que, a depender da forma como a judicialização da política for compreendida, ela não é um conceito preciso o suficiente. Isto porque, se consideradas em um sentido amplo, todas as questões constitucionais judicializadas poderão ser consideradas como casos de judicialização da política. E neste sentido, o termo poderá agrupar ações judiciais e judiciárias tão distintas a ponto de não servir como significante de um fenômeno específico.

Em um segundo senso, mais estrito, que é a definição útil para a tematização garantista aqui proposta, pretende-se compreender a judicialização da política como a atuação, tanto por parte do judiciário quanto por parte dos agentes políticos, que busca chamar a ação jurisdicional para a esfera do decidível, ou seja, para a esfera legítima das funções de governo.

Proposta esta definição, pode-se então começar a discutir e articular a sua utilidade a partir da própria problemática da expansão do papel do judiciário no constitucionalismo. Com olhos à base garantista já exposta, transparece que a definição proposta é uma de natureza crítica: busca analisar a judicialização como tendência ao alargamento das margens de ilegitimidade do

direito e do estado, na esteira do papel crítico que o garantismo define à ciência jurídica (FERRAJOLI, 2011, p. 32-33).

E é a partir deste ponto que o garantismo pode resolver dois problemas centrais: (1) a natureza da expansão do papel do judiciário e (2) a teorização descritiva tendencialmente realista.

4.1 ENTRE A EXPANSÃO DO PAPEL DO JUDICIÁRIO E A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

A questão da expansão judicial é posta como uma transição natural, em face da realidade política das constituições rígidas, como a brasileira. E enquanto as leituras acerca da judicialização da política radicadas numa abordagem sociológica ou na ciência política são demasiadamente aptas para observar aspectos do ponto de vista externo, esta expansão judicial possui aspectos internos que a abordagem pelo constitucionalismo garantista é unicamente apta a trabalhar.

O primeiro, tem a ver com a própria concepção de constitucionalismo, e da influência que esta discussão filosófica tem sobre a tendência observada de expansão que leva à judicialização da política. Como antes mencionado, o constitucionalismo garantista não é a acepção hegemônica na contemporaneidade para a tematização da jurisdição constitucional, lugar que é ocupado hoje por outro modelo de constitucionalismo que é oposto ao garantista: o constitucionalismo principialista ou argumentativo (FERRAJOLI, 2014, p. 28).

Estes dois modelos de constitucionalismo são opostos desde a raiz: o garantista, de cunho juspositivista, compreende a entrada de princípios e direitos fundamentais nas constituições rígidas como um reforço do positivismo jurídico, que passa a internalizar no direito o seu próprio dever-ser e, portanto, conferir à ciência jurídica o papel científico crítico de denunciar o direito inválido e as técnicas ineficientes de garantia destes direitos (FERRAJOLI, 1995, p. 874).

Já o modelo hegemônico principialista se posiciona como uma abordagem pós-positivista do direito, que compreende a entrada de princípios e direitos fundamentais como uma negação da separação entre direito e moral (FERRAJOLI, 2014, p. 97). Ainda que muito distintas as várias formas com as quais os diferentes teóricos desta vertente fazem esta

aproximação⁷, o traço comum que concerne a judicialização da política é o tratamento dos princípios e direitos fundamentais como normas jurídicas estruturalmente diferentes das regras.

É a partir desta distinção que o constitucionalismo principialista adota a postura de que a normatividade dos princípios e direitos fundamentais é relativa, diferentemente da normatividade forte das regras que são aplicadas mediante raciocínios subsuntivos (FERRAJOLI, 2014, p. 10). Os princípios e direitos fundamentais, aqui, seriam aplicados mediante ponderação, uma forma diferente de aplicação que compreende na jurisdição a capacidade para analisar o peso relativo de direitos fundamentais que estariam em jogo num caso concreto.

Daqui, afirma-se um papel criativo e discricionário para a jurisdição, não só no plano teórico – onde certamente há rigidez suficiente nas concepções argumentativas e nos procedimentos recomendados, bem como parâmetros claros acerca das situações nas quais devem ser utilizados estes procedimentos – mas também no plano prático – onde percebe-se ampla e desenfreada vulgarização destas noções teóricas, que perdem completamente o seu potencial abstrato de controle das decisões, mesmo que num plano pós-positivista (MORAIS, 2013, p. 217-219).

Neste ponto, o constitucionalismo garantista coloca a necessidade, noutra direção, de que a jurisdição se coloque exclusivamente no papel de aplicação substancial da lei, o que é a única fonte da sua legitimidade. E isso se dá a partir de quatro condições, sendo a primeira delas referente ao próprio modelo de constitucionalismo, sendo necessário favorecer uma concepção de direitos fundamentais não como valores relativos a serem ponderados, mas como direitos com normatividade forte, a serem aplicados no caso de suas violações (FERRAJOLI, 2014, p. 224).

A segunda condição é uma concepção e uma prática garantista jurisdicional, que Ferrajoli (2014, p. 224) define como o reconhecimento de que, com a expansão da função jurisdicional com a tarefa de controlar o exercício dos demais poderes, acompanham também vínculos e limites à própria jurisdição, que não podem invadir o espaço das opções políticas, ou seja, a esfera do decidível.

A terceira condição é o reforço das garantias jurisdicionais, com olhos à estrita submissão dos juízes à lei que se traduz na necessidade de um direito cada vez mais coeso, taxativo, rigoroso linguisticamente. Neste tópico, a proposta de Ferrajoli (2014, p. 225) é a ideia

⁷ No caso de Alexy, trata-se do acréscimo da pretensão de correção dos argumentos jurídicos que conectaria o direito à justiça, e, portanto, à moral. Em Dworkin, por exemplo, esta conexão é intrínseca, já que a fase tardia de Dworkin coloca o Direito como um ramo da moralidade política.

da reserva de código, com vistas a integrar em codificações as legislações que versam sobre mesmo tema, o que aumentaria a coerência e, com isso, aumentaria a vinculação da jurisdição.

A quarta condição é o desenvolvimento de uma deontologia judicial: Ferrajoli (2014, p. 226) afirma que, para além do respeito à legalidade, uma série de regras morais se tornam necessárias para o desenvolvimento de uma cultura judicial que compreenda, por exemplo, o caráter imperfeito e relativo da verdade processual, bem como o rechaço ao protagonismo judicial e à instrumentalização da função jurisdicional.

Neste sentido, o constitucionalismo garantista se assenta numa aceção de jurisdição constitucional que é conservadora, e não inovadora: ao limitá-la ao papel cognoscitivo de aplicação da lei, a jurisdição evita intrometer-se nos espaços legítimos da política, sendo conservadora da esfera do indecível, ou seja, preservando e aplicando direitos fundamentais, bem como as normas procedimentais que criam e delimitam, junto com os direitos fundamentais, o espaço legítimo e discricionário da atividade política.

4.2 O GARANTISMO E O POTENCIAL CRÍTICO DO PONTO DE VISTA INTERNO

O constitucionalismo garantista como fio condutor desta análise da judicialização da política a partir do ponto de vista interno pode contribuir também com a superação de um problema típico de outras perspectivas teóricas jurídicas: a tendência dogmática da ciência jurídica e o seu cariz realista.

Neste sentido, trata-se de falar, por exemplo, das tematizações do tema por parte de manuais e atores institucionais como os abordados na revisão de literatura, que naturalizam o fenómeno da judicialização da política como um fenómeno neutro que requer tratamento puramente descritivo.

A partir da aceção garantista proposta, a judicialização da política se plasma num conceito crítico do fenómeno, visto como alargador das margens de ilegitimidade do direito e do estado, por invadir os espaços legítimos da atividade política. E é a partir daqui que o positivismo crítico garantista afirma-se como uma alternativa ao realismo presente na dogmática, que observa e descreve as práticas jurisdicionais como se a interpretação jurisdicional fosse o juízo final acerca da verdade no direito.

A existência da judicialização da política, neste senso, e a observação descritiva da evolução da atuação institucional do judiciário feita tanto na dogmática jurídica quanto na ciência política e na sociologia, não pode ser confundida com a validade deste fenómeno ou

dos direitos fundamentais afirmados ou negados nas decisões compreendidas dentro deste recorte teórico, já que se trata de níveis diferentes de discurso (FERRAJOLI, 2011, p. 40).

Neste sentido, a tematização garantista aqui proposta da judicialização da política acrescenta a nova possibilidade de análise centrada no nível de discurso ausente na literatura acerca do tema: a validade. E, desta maneira, rechaça a tendência ideológica dos discursos realistas, que de forma recorrente aparecem nas ciências sociais como o direito interditando o debate crítico (FERRAJOLI, 2018, p. 56) e negando a possibilidade de uma crítica do direito que tenha o caráter jurídico.

Esta interdição realista acaba, sempre, por favorecer a acepção do paleojuspositivismo de que os elementos de crítica ao direito são sempre externos a ele, como críticas morais, políticas, filosóficas, éticas ou religiosas, o que já está devidamente superado pelo garantismo que interpreta os direitos fundamentais e princípios como a positivação do dever-ser do direito, e que não apenas torna possível a crítica do direito a partir do próprio direito, como torna-a tarefa necessária atribuída à ciência jurídica.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A tematização da judicialização da política é diversa, e ganha relevância com a expansão judicial decorrente do constitucionalismo rígido. A análise, centrada na observação de comportamentos institucionais e, até mesmo, das motivações políticas tanto individuais quanto coletivas por trás dos comportamentos nestas áreas limítrofes entre a política e o direito traz elementos ricos para a definição do panorama, bem como elementos que permitam estabelecer tendências.

Ao mesmo tempo, o ângulo de exploração fundado no constitucionalismo garantista se traduz em novas possibilidades exploratórias para o tema. Primeiro, porque o ponto de vista interno é trabalhado de forma crítica no juspositivismo garantista, o que tem duplo potencial: por um lado, traduz-se numa abordagem do ponto de vista interno do direito, que é ausente em muitas abordagens sobre o tema; por outro, esta abordagem a partir do garantismo é eminentemente crítica por conta dos níveis discursivos nos quais a teoria garantista do direito é capaz de trabalhar.

Um segundo apontamento conclusivo também relevante é a aptidão das construções das funções do estado, divididas em funções de governo e de garantia, um mapa teórico que é riquíssimo para analisar de maneira crítica o fenômeno da judicialização da política, com a leitura apontando ao problema das esferas do decidível e do indecidível e, assim, vinculando a

questão dos espaços da deliberação política e dos espaços contramajoritários da justiça à teoria dos direitos fundamentais e aos eixos centrais do garantismo: a legitimidade e a autonomia recíproca entre direito e moral, ambos conexos à questão da validade do direito.

O constitucionalismo garantista, também, demonstra-se um alicerce apto para a tematização crítica da judicialização da política porquanto permite uma elaboração conceitual mais precisa do fenômeno, como a aqui proposta. Ao mesmo tempo, porque defende uma expansão do papel da jurisdição frente ao Estado Constitucional que permite apontamentos críticos aos outros modelos expansionistas, especialmente porque combina uma teoria do direito com uma teoria da democracia substancial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

APPIO, Eduardo. **Controle judicial das políticas públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2007.

ARANTES, Rogério B. Constitutionalism, the Expansion of Justice and the Judicialization of Politics in Brazil. In: SIEDER, Rachel; SCHJOLDEN, Line; ANGELL, Alan (Eds.). **The judicialization of politics in Latin America**. Nova Iorque: Palgrave Macmillan, 2005. p. 231-262.

BARBOSA, E. M. Q.; KOZICKI, Kátia. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 59-86, 2012. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/23970/22728>>. Acesso em: 22 ago. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade brasileiro**: Exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência, 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

CADEMARTORI, Sergio Urquhart de. **Estado de Direito e Legitimidade**, 2. ed. rev. e ampl. Campinas: Millenium, 2007.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. **Revista Sociologia Política**, Curitiba, n. 23, p. 115-126, 2004. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/rsp/article/view/3699>>. Acesso em: 12 ago. 2020.

FERRAJOLI, L. **Derecho y Razón**. Madrid: Trotta, 1995.

_____. **La democracia a través de los derechos:** El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político. Madrid: Trotta, 2014.

_____. **Principia iuris.** Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho. Madrid: Trotta, 2011. ISBN 978-84-9879-415-1.

_____. **Constitucionalismo más allá del estado.** Madrid: Trotta, 2018.

FUX, Luiz. **Jurisdição constitucional:** democracia e direitos fundamentais. Ed. especial. Belo Horizonte: Fórum, 2012. 385 p.

MORAIS, Fausto Santos de. **Hermenêutica e pretensão de correção:** uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2013. 346 f.

NOBRE, Marcos; RODRIGUES, José Rodrigo. “Judicialização da Política”: Déficit explicativos e bloqueios normativistas. **Novos Estudos**, São Paulo, v. 30, n. 3, p. 5-20, 2011. Disponível em: < <http://novosestudos.uol.com.br/produto/edicao-91/>>. Acesso em: 14 ago. 2020.

SILVA, Leandro José. Controle judicial das políticas públicas. **Revista brasileira de políticas públicas**, Brasília, v. 1, n. 1, p. 191-218, 2011. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/1221/1141>>. Acesso em: 23 ago. 2020.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezesete anos de judicialização da política. **Tempo Social**, São Paulo, v. 19, n. 2, p. 39-85, 2007. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/ts/article/view/12547>>. Acesso em: 23 ago. 2020.