

TEORIA DO
DIREITO

UNIDADE, SOBERANIA E DECISÃO: O ATIVISMO JUDICIAL À LUZ DA CONSTRUÇÃO TEÓRICA DE CARL SCHMITT

Ana Luiza Almeida e Silva¹

Sumário: I. Introdução II. Unidade nacional: o fortalecimento da identidade pela oposição ao diverso III. Soberania e decisão: a descrença no Poder Legislativo IV. Uma análise do ativismo judicial brasileiro V. Considerações Finais VI. Referências Bibliográficas

Resumo: O presente trabalho tem por objeto a correlação entre os conceitos de unidade, soberania e decisão estabelecidos por Carl Schmitt com o moderno fenômeno do ativismo judicial.

Abstract: *The present work broaches the connection between the modern phenomena of judicial activism and the following concepts established by Carls Schimitt: unity, sovereignty and decision.*

I. Introdução

A temática do constitucionalismo moderno absorve em seu conteúdo a compreensão da interação entre democracia e liberalismo. Embora atualmente esteja relativamente pacificado o entendimento quanto à compatibilidade entre os dois modelos, durante o século XX, foram diversas as práticas institucionais que resultaram em regimes que dissociaram esses conceitos ao lançarem mão de técnicas autoritárias e anuência popular.

Ora, se por um lado, o senso comum consagrou o termo ditadura como restrições de liberdades e execução exclusiva de atos de vontade do soberano, ao analisarem-se as particularidades desses regimes, aliadas as teorias políticas basilares utilizadas por seus condutores, constatar-se-á que regimes como o Estado Novo brasileiro, constituído sobre o arcabouço teórico do Ministro da Justiça Francisco Campos, continham em sua substância argumentos ideológicos que superavam

¹ Bacharelanda em Direito pela Universidade Federal Fluminense. Monitora de Introdução ao Estudo do Direito. E-mail: anaizalu@hotmail.com.

largamente a mera contraposição entre os princípios da liberdade e igualdade. Sob esse prisma, a democracia será caracterizada não pela participação, e sim pela representatividade, o que culminará num regime tutelar cujo pressuposto será a incapacidade política popular. Assim, compreende-se a Democracia como uma simples moldura em que a maioria triunfante insere seu programa enquanto dispuser da força, e que, portanto, pode até permitir que se instaure um regime não-liberal.

O escopo deste trabalho, portanto, é desmistificar as concepções equivocadas quanto à condução dos regimes ditatoriais. Neste estudo serão expostos argumentos concretos que demonstram indícios da implementação de produção intelectual antiliberal extremamente técnica e articulada no seio desses regimes.

Para tal compreensão, no entanto, nos debruçaremos sobre a argumentação teórica de Carl Schmitt. Detentor de uma vasta produção bibliográfica, o jurista alemão traça um panorama teórico que será utilizado no delineamento do regime Nazista e trasladado ao Brasil sob condução de Getulio Vargas. Assim, esse autor terá seu esquema explicativos arrematado pelas peculiaridades da experiência social brasileira de forma que, ao serem identificadas as controvérsias democráticas estabelecidas nos presságios de Tocqueville, a correção político-social aplicada será assentada em estratégias antiliberais. Isto é, contrariando a agenda liberal, edifica-se o regime estadonovista sobre a combinação de controle político-democrático sobre as massas através do binômio proteção-obediência, firmado sobre a figura mítica de um chefe.

II. Unidade nacional: o fortalecimento da identidade pela oposição ao diverso

O constitucionalista alemão Carl Schmitt representou no século XX, o primor tecnicista antiliberal do Direito Alemão. Formado em Direito e estudioso de táticas de guerra, Schmitt transporta as técnicas de batalha para uma leitura política. Da sua crítica ao parlamento e de sua experiência relacionada ao caos econômico resultante da política liberal exacerbada do século XIX resultaram não só obras de exímio teor político, como a Constituição de Weimar, instrumento emblemático do regime Nazista.

A observação do fracasso da democracia liberal do século XIX configura condição *sine qua non* para a compreensão da lógica de Carl Schmitt. Para tanto, o

falido modelo neutral de Liberalismo radical é contrastado com os outros fenômenos institucionais de cunho social. Ao constatar a ocorrência do fator político nos mais diversos setores: religioso, cultural, econômico, científico, jurídico, o autor desconstrói um mito de Estado neutro, imparcial e impermeável às influências oriundas do corpo social.

Schmitt aponta para o Romantismo exacerbado do século XIX que promoveu dois fenômenos: a despolitização e desmilitarização do Estado. Esses dois conceitos permearão toda a análise do teórico a respeito da democracia liberal que, em sua análise, assume um paradoxo político impraticável.

O autor alemão pretende evidenciar a utilização da visão romântica de Estado para promoção do domínio do espaço público por forças econômicas. Assim, tanto a suposta neutralidade dos conceitos políticos, quanto o estímulo a discussões débeis no espaço público são tidos como técnicas de camuflagem do controle privado da instituição estatal.

Partindo da observação dos antagonismos estabelecidos nos diversos nichos de ação social que promovem a identificação de afinidades entre seus membros, o jurista verifica que as distinções como o bem e o mal, o feio e o bonito são também identificados em relação à política e, aqui, essa discriminação se faz visível na oposição amigo-inimigo.

A constituição estatal, portanto, demanda de um artefato agregador e repelente simultaneamente: a relação amigo x inimigo. Se nesse modelo, a concepção política de Estado deve abarcar o fator identidade, o nível de associação será inversamente proporcional às diferenciações: “*La diferenciación entre amigos y enemigos tiene el sentido de expresar el máximo grado de intensidad de un vínculo o de una separación, una asociación o una disociación.*” (SCHMITT, 1932, p.13).

Se por um lado, o detestável conduz à agregação quanto à matéria sobre a qual versa, por outro o inimigo público se manifesta quanto à possibilidade de um combate: a ameaça política que representa, o potencial destrutivo que exhibe, o confronto físico real que poderia causar. Nota-se em vista disso que a concepção do político não cinge a um

aspecto material específico, e sim, a uma gradação limítrofe. O político abrange todos os fenômenos da vida humana desde que atinja uma margem de influência sobre a discriminação do inimigo, gerando a possibilidade de combate.

Isso, no entanto, não exprime uma ausência total de conflitos internos em um Estado e nem exclui a possibilidade de decisão por outros órgãos. Os conflitos das diversas categorias: morais, religiosos, econômicos e outros, só se tornam ameaçadores se forem sobrepostos à decisão máxima. Quando configuram um agrupamento amigo-inimigo com capacidade decisória diante de conflitos, embora possuam atuação política, isso não chega a configurar um poder paralelo.

“La contraposición no-política queda así sojuzgada por las condiciones y las exigências de una situación que ya há vuelto política; condiciones y exigências que frecuentemente parecen inconsecuentes e “irracionales” desde el punto de partida inicial “puramente” religioso, “puramente” económicos, “puramente” culturales, o de cualquier outra clase de “pureza”. De cualquier modo que sea, un agrupamiento orientado al caso decisivo es siempre político. Por ello es que constituye el agrupamiento orientado al caso decisivo y, consecuentemente, la unidad política – cuando existe en absoluto – constituye la unidad decisiva, siendo “soberana”. En el sentido de que, por necesidad conceptual, el poder de decisión sobre del caso decisivo debe residir en ella, aún si el caso és excepcional.” (SCHMITT, 1932, p.24).

A guerra representa o ápice da representação do indesejado e, portanto, não pode, em hipótese alguma, ser confundida com uma situação corriqueira de antipatia. Se a discriminação deve se basear nesta situação hipotética e ser demonstrada permanentemente como propulsora da identidade, a situação excepcional significa o evento extremo de representação desse Estado, o exercício da soberania.

Logo, o *jus belli* representa o direito intrínseco ao poder soberano e, portanto, o que o distingue das demais forças sociais. Na prática, isso se converte na faculdade de dispor da vida dos indivíduos. Por isso, justifica-se a vedação a qualquer indivíduo ou entidade em violar o direito individual à vida. Portanto, suspender-se-ão o ordenamento jurídico vigente e a Constituição quando incapazes de solucionar um conflito dessa categoria, “significa la doble posibilidad de exigir de los miembros del pueblo propio el estar dispuestos a matar y a morir, con el objeto de matar a las personas ubicadas del lado del enemigo” (SCHMITT, 1932, p.49).

A presunção de uma função estatal precípua calcada na unidade política conecta-se com esses critérios habilitadores de exercício o poder. Isto é, à medida que a composição estatal abarca todas essas outras manifestações sociais e traz a seu seio as diversas contraposições para estabelecer então, um consenso político, estabelece-se um “agrupamento amigo-inimigo” (SCHMITT, 1932, p.18), ou seja, diferencia-se o elemento estranho e determinam-se os critérios distintivos que habilitarão o corpo político a eliminá-los. Em vista disso, a relação de proteção e obediência configura uma característica central dessa sistemática já que, uma vez definido o poder decisório, este adquire amplas competências, inclusive para dispor da vida do indivíduo. Destarte, firmada a vontade geral em uma instituição política, aqueles que divergem são considerados inimigos também.

Nessa perspectiva, o pluripartidarismo configura a institucionalização das contraposições existentes na sociedade civil em um formato desagregador da unidade política de um Estado. E, como consequência, movimentos revolucionários e toda manifestação de unidades organizadas dessa mesma natureza, correspondem à “eventualidade de um combate” (SCHMITT, 1932, p.49).

O autor alemão rechaça veementemente as teorias políticas pluralistas e rebaixa as associações civis diante da onipotência do Estado. A justificativa refere-se à primazia do exercício decisório que revela-se em casos extremos. Em casos não previstos pela legislação ordinária, a decisão política soberana sempre prevalecerá. E, havendo incompatibilidade entre essa diretiva e a conduta das diversas associações civis a que um indivíduo possa pertencer, prevalecerá a sua participação ao corpo do Estado em detrimento de todas as outras. Assim, apropriando-se das palavras de Haenel, Schmitt esclarece: "una organización social del tipo especial de las que se elevan por sobre las demás, aglutinándolas"(SCHMITT, 1932, p. 8).

Portanto, esse será um ponto mais adiante ressaltado, o bom funcionamento do Estado eminentemente político, na construção teórica de Schmitt, se relaciona com a articulação dos agrupamentos sociais.

Desse modo, se assenta nessa exposição a contestação schmittiana à doutrina liberal. Para ele, a suposta igualdade formal a que se submeteram os cidadãos dentro

desse sistema provocou a multiplicação dessas organizações no âmago do Estado, provocando uma fratura nesse quadro homogêneo indispensável à condução política. Mais do que coexistirem, esses corpos sociais converteram-se em constante contestadores dessa soberania, de modo que “el Estado simplemente se tranforma en una asociación más entre otras asociaciones” (SCHMITT, 1932, p.27). O autor argumenta ainda que o pluralismo permissível nesse quadro político refere-se à esfera internacional, e não ao organismo interno. A pretensão de pacificação política universal então confirma uma premissa utópica. Ora, aos negadores dos conflitos restaria a subserviência diante daqueles que decidissem enfrentá-los em um combate físico.

Isto posto, a doutrina liberal peca mais uma vez pelo intento de constituir uma comunidade Internacional denominada Humanidade, pois isto, implicaria em “una despolitización completa y com ella, por de pronto al menos una consecuente ausencia de Estados” (SCHMITT, 1932, p.35).

Por outro lado, o foco liberal apontaria para uma contraposição entre as esferas econômica e espiritual, ocultando assim, a camada inevitável que abrange todos os aspectos da vida humana, o político. Este quadro teórico, na prática, representou construções ideológicas largamente influentes que, influenciaram de maneira decisiva o fortalecimento do modelo de democracia liberal. De um lado, a esfera econômica é convertida em uma representação humanista do instituto da propriedade privada, o Estado de direito. De outro, a ética é absorvida pela prática da discussão, atividade precípua do regime representativo.

A implementação dessa agenda culmina em uma privatização da esfera pública com a pretensão de afastamento do caráter político. O Estado de Direito, portanto, simboliza a dimensão máxima desse individualismo exacerbado: através dele o Estado perde a prerrogativa de dispor dos direitos fundamentais. Lutar contra o inimigo público passa a ser uma faculdade do indivíduo. Ora, na argumentação schmittiana, essa seria a destruição completa do político e a preparação de um campo fértil ao domínio econômico.

Nessa perspectiva, surge em *O conceito do Político*, a constatação de uma incompatibilidade orgânica entre o sistema democrático e a ideologia liberal. Se por

democrático compreende-se a soberania de um Estado que lhe permite agir contra um inimigo comum em favor da coletividade, o liberalismo apresenta um arquétipo em que todos agem individualmente segundo suas próprias vontades, de forma independente, eliminando, portando, a unidade necessária ao reconhecimento da soberania desse Estado.

“Así, en el pensamiento liberal, el concepto político de lucha se convierte en competencia por el lado económico y en discusión por el lado "espiritual". En lugar de una diferenciación clara entre los dos distintos status de "guerra" y "paz" aparece la dinámica de la eterna competencia y la eterna discusión. El Estado se convierte en sociedad. Por el lado ético-espiritual, esta sociedad es una concepción ideológico-humanitaria de la "humanidad" y por el otro lado económico-técnico es la unidad económico-técnica de un sistema de producción y comunicaciones consolidado. De la voluntad de repeler al enemigo — completamente obvia y emergente en lo dado por la situación de la lucha — se construye racionalmente un ideal o programa social, una tendencia o un cálculo económico. El pueblo políticamente unificado se convierte, por un lado, en el público con intereses culturales y, por el otro, parcialmente en obreros y empleados de empresas y parcialmente en una masa de consumidores. En el polo espiritual, el gobierno y el poder se hacen propaganda y persuasión masiva mientras que en el polo económico se convierten en control.” (SCHMITT, 1932, p.101)

Enfim, diante dessa irracionalidade, o Liberalismo, segundo um discurso legalista pacificador, procurou fornecer ao indivíduo a falsa impressão de estabilidade e pacificidade, no entanto, a suposta liberdade de que se constituía culminou em situações de extrema violência quando o inimigo totalitarista ascendeu nesse vácuo político.

III. Soberania e decisão: a descrença no Poder Legislativo

Em *Sobre o Parlamentarismo*, o jurista alemão, a partir de uma crítica ao pseudo-racionalismo liberal, conceitualiza as funções parlamentares.

Para a compreensão da objeção deste autor é preciso estabelecer campos de distinção entre as lógicas do parlamentarismo liberal e da democracia de massas. Assim, ao reinterpretar o “O Contrato Social” de Rousseau, o jurista alemão constata uma deturpação teórica estabelecida pela corrente política liberal. Nas palavras de Schmitt, Rousseau teria ideado um sistema contratualista no qual não se reputava a existência das divergências sociais:

“La voluntad générale – se evidencia que el Estado auténtico, según Rosseau, sólo existe allí donde el pueblo es homogéneo, allí donde, en lo esencial impere la unanimidad. Según el Contrat social, en el Estado no puede haber partidos, ni interés del Estado distinto al interés de todos, ni cualesquiera otros intereses particulares ni diferencias religiosas; nada de cuanto separa a las personas, ni siquiera una Hacienda pública.” (SCHMITT, 1973, p. 16).

Em outras palavras, a vontade geral não estabeleceria a planificação total da sociedade consubstanciada nas idéias de Comunidade Internacional e Direitos da Humanidade. O princípio norteador da homogeneidade social deveria ser rechaçado no plano democrático segundo critérios discriminadores entre o semelhante e o diferente, entre o nacional e o estrangeiro.

Assim, o autor aponta taxativamente para dois elementos democráticos: a homogeneidade e a igualdade substancial. Não obstante a larga extensão da matéria, a argumentação se desenvolve de maneira objetiva - o primeiro requisito apresenta-se como uma consequência do fenômeno político, a necessidade de afastamento ou eliminação do que se destingue dentro do corpo social, nesse sentido, convertido em político. O segundo critério delineador do regime democrático considera uma indeclinável discriminação entre os indivíduos: seja física ou política.

Ao focalizar a questão, o jurista propõe a estrita conciliação de vontades de governantes e governados como extensão dessa série de identidades.

“todos los argumentos democráticos se basan en una serie de identidades. Forman parte de esta serie: identidad entre gobernantes y gobernados, dominadores y dominados, identidad entre el pueblo y su representación en el parlamento, identidad entre Estado y pueblo que vota, identidad entre lo cuantitativo (mayoría numérica o unanimidad) y lo cualitativo (lo justo de la ley).” (SCHMITT, 1973, p. 34).

O formalismo equalizador de que se travestiu a agenda liberal, na visão de Carl Schmitt, despoja de substância o sistema democrático ao pretender universalizar a igualdade.

A esse despeito, o autor alemão destaca três crises no momento presente: a crise democrática, a crise do Estado moderno e finalmente, a crise do parlamentarismo.

Profundamente entrelaçadas, a primeira decorre da incompatibilidade intrínseca entre um ideal de universalidade e a inexorável distinção que conduz à homogeneidade. Trasladada para um plano macro, experimentam-se remédios de caráter liberal dentro de uma estrutura estatal de representação de massas a fim de corrigir falhas eminentemente democráticas: liberdade de expressão, reunião e imprensa. Estabelecido esse quadro, o parlamentarismo apresenta uma profunda contradição entre liberalismo e democracia. Schmitt, nesse ponto, demonstra todo seu decadentismo vaticinando uma falência forçosa da combinação dos regimes democrático e liberal.

Com base nessa abordagem, o Ministro discute as origens da crise democrática que resultaram no fortalecimento da crença do governo por discussão - no parlamento. Assim, o espaço público democrático converteu-se em práticas privatistas de caráter liberal, seja quanto ao voto secreto, ou em relação ao critério proporcional de representação.

Ponto fulcral dessa representação é a tendência ao afastamento na relação entre representante e representado. Em vista disso, houve um rompimento com a tradição essencialmente democrática estabelecida por Rousseau. O permissivo confidencialismo daria origem às políticas de gabinete e à irresponsabilidade parlamentar em função das decisões comissionadas. Nesta configuração, o teórico compreende um campo fértil para o predomínio da esfera privada em detrimento do Direito Público.

Enquanto a discussão é apontada como cume simbólico do racionalismo, a publicidade é tida como escusa máxima de compatibilidade entre democracia e liberalismo. O jurista alemão posiciona-se em total oposição. Em suas palavras, as ferramentas liberais utilizadas sob um disfarce democrático são responsáveis pela desagregação. Sob a alegação de supremacia da opinião pública, a publicidade, que teve como função originária o combate ao absolutismo, passa a instrumento de dominação.

Por outro lado, o princípio da separação dos poderes representa essa pulverização do poder entre dois pólos diametralmente opostos, legislativo e executivo. Sob esta prática justifica-se o que se designou “la plenitud del poder estatal”.

A crítica de Schmitt volta-se basicamente pra um desvio de finalidade estabelecido pelo romantismo alemão do século XIX. Segundo ele, o parlamento em si não configuraria uma instituição falida. O fracasso iminente se coloca na exacerbada crença no racionalismo das decisões, em outras palavras, o órgão da discussão passa a significar o órgão da discordância. Dois fatores aqui orientam a análise: a competência parlamentar para discussão de questões que demandam soluções absolutas e a crença na vontade geral como a união das decisões racionais de cada cidadão.

Configura-se, portanto no peculiar modelo parlamentar alemão uma crença excessiva na lei geral como resultado da ação de uma comissão, o parlamento, a serviço do povo. Nessa perspectiva, Schmitt aponta para os riscos dessa arquitetura política como, por exemplo, um impedimento às ordens concretas em situações não abrangidas pela lei e a exclusão das minorias, sem participação efetiva diante da vontade geral.

A fé na discussão representa na defesa do teórico alemão o mau êxito do sistema parlamentarista. A completa identificação do legislativo com o parlamento resulta em uma equivocada fusão entre debate político e verdade. Frise-se que a argumentação schmittiana não rechaça os pluralismos de opinião e partidário. Esses são fatores tidos como condições à democracia, no entanto, o sobejo desses fatores e principalmente a atribuição exclusiva da lei à produção parlamentar dotada de generalidade e atemporalidade é que configurariam um desacerto de caráter liberal.

A função parlamentar precípua baseada na liberdade de expressão e no debate público, diante da arquitetura política moderna foi transfigurada em um modelo em que a publicidade e os debates parlamentares são meros instrumentos de dominação ao seduzirem o maior número de votantes por critérios puramente passionais. A primeira conduz a opinião pública, os segundos, sob a égide de imunidades e privilégios, fomenta o sigilo e o destacamento da esfera pública.

Sob essa argumentação, portanto, consagra-se o antagonismo entre o modelo original democrático de representativismo legislativo e o modelo parlamentar moderno. Trata-se, então, de uma formulação sobre a qual permeia a situação excepcional exposta em “O Conceito do Político”. O Parlamento aqui é apresentado como fator desagregador dessa proposta quanto toma para si o papel exclusivo de

legislar e exclui qualquer possibilidade de comando concreto por outro pólo de poder no governo.

Desse modo, a admissibilidade de ampliação de poderes do Poder Executivo em situações excepcionais configurou o que Schmitt descreveu como “o equilíbrio entre o racional e o irracional” (SCHMITT, 1973, p. 59), isto é, deslocou-se o papel decisório do órgão deliberativo para o órgão essencialmente ativo, suplantando-se a ideologia liberal calcada na irracionalidade discursiva incompatível com a dinâmica política moderna.

“las garantías de la libertad ciudadana pueden cumplirse de forma consecuente en el caso del Poder Legislativo, pero no en el de Ejecutivo pues las controversias entre opiniones y partidos pueden, tal vez, impedir que se tomen algunas decisiones útiles y acertadas, pero, por otra parte, las argumentaciones de la minoría obstaculizan los excesos de la mayoría. Las opiniones diferentes son convenientes y necesarias neste caso, pero, en el caso del Poder Ejecutivo, de lo que se trata particularmente en tiempos de guerra o durante una sublevación, és de emprender acciones enérgicas, y a ello pertenece la unidad de la decisión.” (SCHMITT, 1973, p. 85).

IV. Uma análise do ativismo judicial brasileiro

Para uma análise do constitucionalismo brasileiro, faz-se necessária a observação da evolução do constitucional pátria segundo o contexto histórico-social em que se insere. Assim, Paulo Bonavides elenca três gerações em que se verificaram influências dos intentos constitucionais francês e inglês, norte-americano e germânico, respectivamente.

Em um primeiro momento, o constitucionalismo do império, instaurado pela Constituição de 1822, apresenta uma dupla face que pretendeu compatibilizar o liberalismo francês ascendente com uma estrutura escravocrata colonialista. Portanto, garantiram-se direitos e liberdades individuais, segundo a inspiração francesa, mas, por outro lado, manipulou-se o modelo tripartite de Montesquieu através da instituição do Poder Moderador.

Em 1881, abandona-se o modelo europeu, para então assumir-se um pretenso projeto liberal: presidencialista, republicano e federalista, aos moldes americanos. Assim, a instituição de uma corte suprema a fim se compatibilizar ações estatais e

preceitos constitucionais rematava esse desígnio político que acabou interrompido por comandos democráticos de caráter antiliberal.

Para explicar a instauração do Estado social no Brasil, configurando da terceira época constitucional, Bonavides sugere “uma conciliação do homem-pessoa com o Estado. Isso significa o abandono da ortodoxia liberal individualista, para então, estabelecer como fim máximo a defesa da sociedade (BONAVIDES, 2005, p. 265 – 270).

A Constituição de 1988 tratou de compatibilizar o Estado Social, degenerado por governos anti-liberais ao longo de quase cinquenta anos, com um estado liberal calcado, sobremaneira, na consolidação de um Estado de Direito, obstaculizando assim a sobreposição de umas das esferas individual ou coletiva. No entanto, não foram observadas as demandas políticas de uma constituição programática. Pela impossibilidade do executivo e ineficácia do legislativo em realizar essa compatibilização entre governo e sociedade, fez-se necessário a interpretação da realidade brasileira pelo judiciário. À falta de um poder decisor forte, sobrevieram transformações do sistema legal.

“Assim é que, nos países de sistema de Civil Law onde se aprofunda a convergência com o de Common Law, especialmente nos contextos nacionais em que, de jure e de fato, o Judiciário se autonomiza do controle do sistema político, e tende a se manifestar como um “poder difuso”, sem que conheça a ação de mecanismos institucionais que lhe sirvam como contrapeso.” (VIANNA, 1996, p. 274).

Antecipando-se a esse quadro, o sociólogo fluminense Oliveira Vianna conjecturara a preponderância do judiciário já nos anos vinte do último século. Em seu projeto centralizador, o Judiciário figuraria na criação da solidariedade social, todavia, completamente destacado das relações locais e regionais. O “juiz nosso” (VIANNA, 1999, p. 186), tipo social identificado na genealogia social brasileira, seria substituído pelo fortalecimento de um poder judicial arterial.

Diante disso, a sugestão de Schmitt sobre o fortalecimento de um poder decisório pautado na hipótese da excepcionalidade executa-se em uma nova configuração – judicial.

“O soberano não é um monarca legítimo ou uma instância competente, mas o soberano é exatamente aquele que decide soberanamente. Direito é lei e lei é o comando que decide uma disputa jurídica: *Auctoritas, non veritas facit legem.*” (ARAÚJO e SANTOS, 2009)

As prestações positivas do Estado se deparam, então, com um quadro de ausência de recursos e progressivo aumento da demanda por serviços públicos. Tal panorama, no entanto, não seria incipiente se não fosse o fenômeno crescente de acesso à justiça que se estabeleceu após a promulgação da Constituição de 1988. Assim, definiu Gustavo Amaral, como “escolhas dramáticas” a que são submetidos os magistrados investidos na figura de tutores da sociedade quando são tolhidos de “desempenhar seu ofício alheios a pressões de momento”. (AMARAL, 2006)

Verifica-se, portanto, a partir dos projetos aqui expostos, de transposição dos pólos decisórios, político ou judicial, para os centros de poder, uma tentativa de contornar a ausência de solidariedade social de que carece o corpo social brasileiro.

A Constituição de 1988 tratou de compatibilizar o Estado Social, degenerado por governos antiliberais ao longo de quase cinquenta anos, com um estado liberal calcado, sobremaneira, na consolidação de um Estado de Direito, obstaculizando assim a sobreposição de umas das esferas individual ou coletiva. No entanto, não foram observadas as demandas políticas de uma constituição programática. Pela omissão do executivo e ineficácia do legislativo em realizar essa compatibilização entre governo e sociedade, fez-se necessário a interpretação da realidade brasileira pelo judiciário. À falta de um poder decisório forte, sobrevieram transformações do sistema legal. Como previu Schmitt, a inércia do Legislativo, resultou na transferência da soberania da decisão concreta e eficaz ao um novo realizador da constituição.

V. Referências Bibliográficas

AMARAL, Gustavo. **Teoria dos direitos fundamentais:** interpretação dos direitos fundamentais e o conflito entre poderes. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ARAÚJO, Gisele Silva; SANTOS, Rogério Dultra dos. **O constitucionalismo antiliberal de Carl. Schmitt: democracia substantiva e exceção versus liberalismo**

kelseniano. In: FERREIRA, Lier; GUANABARA, Ricardo; JORGE, Vladimyr Lombardo (Org.). Curso de Ciência Política. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial.** Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>> Acesso em: 12/09/2010.

CAMPOS, Francisco Luís da Silva. 1891-1968. **O Estado Nacional: Sua Estrutura, seu conteúdo Ideológico.** Rio de Janeiro: José Olympio, 1941.

_____. **Democracia e Unidade Nacional**, in Antecipações à Reforma Política. Rio de Janeiro: José Olympio, 1940.

_____. **Direito Constitucional.** Volume 2. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1956.

SCHMITT, Carl. **El Concepto del Político.** Madrid, 1932.

_____. **Sobre el Parlamentarismo.** Madrid: Tecnos, 1973.

VIANNA, Francisco José Oliveira. 1885-1951. **Instituições políticas brasileiras.** Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 1999. (Coleções biblioteca básica brasileira)

VIANNA, Luiz Werneck. **Poder Judiciário, “Positivção” do Direito Natural e Política.** *Revista Estudos Históricos*, nº 18, 1996. Disponível em: <<http://virtualbib.fgv.br/ojs/index.php/reh/article/viewFile/2033/1172>> Acesso em: 08/09/2010