

DECISÕES POLÍTICAS DO PODER JUDICIÁRIO: três estudos de caso e algumas diretrizes teórico-metodológicas para sua análise // Igor

Suzano Machado¹

Palavras-chave

Judicialização da política / Controle de constitucionalidade / Análise de discurso / Hegemonia

////////////////////////////////////

Sumário

- 1 Introdução: analisando a decisão judicial como decisão política**
- 1.1 As bases teóricas e metodológicas da pesquisa
- 1.2 A definição do objeto
- 2 Estudos de caso**
- 2.1 Primeiro estudo de caso: direito de greve e ativismo judicial
- 2.2 Segundo estudo de caso: pesquisas com células-tronco e judicialização da moralidade
- 2.3 Terceiro estudo de caso: competição eleitoral e regulação judicial da política
- 3 Redescrição analítica: articulando os dados empíricos ao referencial teórico escolhido**
- 4 Conclusão: consequências da tomada da decisão judicial como decisão política**
- 5 Referências**

Resumo

O presente trabalho parte do pressuposto de que a decisão judicial precisa ser considerada como uma decisão política para ser compreendida inteiramente. Esta consideração há de ser pautada por orientação teórica específica, em geral não explorada para dar inteligibilidade a este fenômeno no Brasil. Assim sendo, o estudo a ser aqui desenvolvido busca analisar importantes decisões recentes da justiça brasileira e, partindo da teoria da hegemonia de Antonio Gramsci e desenvolvida contemporaneamente por Ernesto Laclau e Chantal Mouffe, interpretá-las como decisões políticas no seguinte sentido: em determinado contexto, certo grupo social se compreende como antagonizado por outro grupo e, estrategicamente, busca estabelecer, por mecanismos judiciais, nova hegemonia política, que efetive suas demandas enquanto interesses particulares que podem ser representados como interesse geral. A partir de três estudos de caso sobre pontos controversos da interferência do Poder Judiciário na política – o ativismo judicial, a judicialização da moral e a regulação judicial da competição eleitoral –, a pesquisa busca operacionalizar tal referencial analítico e propor diretrizes teóricas e metodológicas para pesquisas empíricas sobre a relação entre a política e a justiça no Brasil.

1. Professor de Teoria Social do Departamento de Ciências Sociais da Universidade Federal de Viçosa. Graduado em Direito (FDV-ES) e em Ciências Sociais (UFES), mestre em Sociologia (IUPERJ-UCAM) e doutor em Sociologia (IESP-UERJ, com estágio de doutorado em University of Essex).

POLITICAL DECISIONS FROM THE JUDICIARY: three case studies and some theoretical and methodological guidelines for their analysis // *Igor Suzano Machado*

Keywords

Judicialization of politics / Judicial review / Discourse analysis / Hegemony

////////////////////////////////////

Abstract

This paper assumes that judicial decisions are political decisions, and that this is a condition for fully understanding them. Therefore, the work here is guided by a specific theoretical approach that is not usual in the understanding of judicialization of politics in Brazil: the theory of hegemony. This theory had its starting point in the work of Antonio Gramsci and has found important contemporary developments in the works of Ernesto Laclau and Chantal Mouffe. Thus, this paper aims to analyze important recent decisions of the Brazilian Judiciary as political decisions in the following sense: in a particular context, a specific social group is understood as antagonized by another group and strategically seeks to establish, by judicial mechanisms, a new political hegemony that materializes their private demands as a general interest. Relying on three case studies that deal with controversial points of the interference of Judiciary in politics – judicial activism, the judicialization of morality and the judicial regulation of electoral competition – this research aims to operationalize this analytical framework and to propose some theoretical and methodological guidelines for empirical research regarding the relationship between politics and justice in Brazil.

1 Introdução: analisando a decisão judicial como decisão política

1.1 As bases teóricas e metodológicas da pesquisa

Não vale a pena retomar em profundidade o debate sobre a chamada judicialização da política e a interferência do Poder Judiciário em funções tradicionalmente atribuídas aos poderes Legislativo e Executivo. A literatura internacional e nacional sobre o tema é vasta. Para citar apenas dois exemplos, no campo internacional destaco a obra de Tate e Vallinder (1995), *A expansão global do Poder Judiciário e, no Brasil, a de Werneck Vianna, Carvalho, Melo e Burgos (1999), A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Apesar das perspectivas críticas acerca dessa abordagem do fenômeno, como a de Koerner, Inatomi & Baratto (2011) em *Sobre o Judiciário e a judicialização*, tomarei aqui tal referencial como ponto de partida para minha análise.

Assim, considerando o contexto de importantes decisões políticas sendo tomadas pelo Judiciário, inicio a discussão perguntando: quais poderiam ser bons parâmetros teóricos e metodológicos para a análise empírica da famigerada politização do poder Judiciário? A presente pesquisa busca responder a tal questionamento ancorada, tanto em termos teóricos quanto metodológicos, na chamada “Escola de Essex de análise de discurso” – grupo de pesquisadores e conjunto de pesquisas que têm como orientação principal a teoria social e política desenvolvida na Universidade de Essex em torno das ideias de Ernesto Laclau acerca da política contemporânea e a análise de sua formação discursiva.

Dessa forma, o estudo a ser aqui desenvolvido busca analisar importantes decisões recentes da justiça brasileira e, partindo da teoria da hegemonia de Antonio Gramsci e desenvolvida contemporaneamente por Ernesto Laclau e Chantal Mouffe (2006), interpretá-las como decisões políticas no seguinte sentido: em determinado contexto, certo grupo social se compreende como antagonizado por outro grupo e, estrategicamente, busca estabelecer, por mecanismos judiciais, nova hegemonia política, que efetive suas demandas enquanto interesses particu-

lares que podem ser representados como interesse geral. A partir de três estudos de caso sobre pontos controversos da interferência do Poder Judiciário na política – o ativismo judicial, a judicialização da moral e a regulação judicial da competição eleitoral –, a pesquisa busca operacionalizar tal referencial analítico e propor diretrizes teóricas e metodológicas para pesquisas empíricas sobre a relação entre a política e a justiça no Brasil.

Conforme destacam Marianne Jørgensen e Louise Phillips (2002), em *Análise de discurso como teoria e método* [Discourse analysis as theory and method],

Mesmo que a análise de discurso possa ser aplicada a qualquer área de pesquisa, ela não pode ser usada junto a qualquer referencial teórico. Crucialmente, ela não pode ser utilizada como um método de análise separado de suas fundações teóricas e metodológicas. Cada perspectiva de análise de discurso que apresentamos não é apenas um método de análise de dados, mas um todo teórico e metodológico – um pacote completo. Esse pacote contém, primeiro, premissas filosóficas (ontológicas e epistemológicas) quanto ao papel da linguagem na construção social do mundo, segundo, modelos teóricos, terceiro, guias metodológicos de como analisar determinada área de pesquisa, e quarto, técnicas específicas de análise. Na análise de discurso, teoria e método estão entrelaçadas e os pesquisadores devem aceitar as premissas filosóficas básicas como forma de utilizar a análise de discurso como sua metodologia de pesquisa empírica (p. 3-4).²

Tendo em vista este alerta inicial, as mesmas autoras identificam três abordagens de análise de discurso, enquanto teoria e método interligados, que são objeto de análise mais detalhada ao longo de seu livro: a teoria do discurso de Ernesto Laclau e Chantal Mouffe; a análise crítica de discurso; e a psicologia discursiva. Conforme dito anteriormente, este artigo é teórico e metodologicamente filiado à Escola de Essex de análise de discurso, isto é, embasado na primeira vertente de análise de discurso descrita no livro de Jørgensen e Phillips (2002), que tem fulcro na teoria de Ernesto Laclau e Chantal Mouffe (2006).

2. Tradução livre do autor.

Gostaria de chamar atenção, no entanto, para alguns pressupostos comuns às diferentes perspectivas de análise de discurso que acredito serem importantes para o presente trabalho. Primeiramente, gostaria de chamar a atenção para o fato de que a análise de discurso é uma abordagem que pressupõe uma dimensão construcionista das formações discursivas, que, assim, não seriam apenas uma forma de tornar inteligível, por via da linguagem, algo que não tem natureza linguística. Conforme salienta Rosalind Gill (2013), “estritamente falando, não existe uma única ‘análise de discurso’, mas muitos estilos diferentes de análise, e todos reivindicam o nome” (p. 244). O que estas perspectivas partilham, completa a autora, “é uma rejeição da noção realista de que a linguagem é simplesmente um meio neutro de refletir, ou descrever o mundo, e uma convicção da importância central do discurso na vida social” (p. 244). Isto é, “os analistas de discurso estão interessados nos textos em si mesmos, em vez de considerá-los como um meio de ‘chegar a’ alguma realidade que é pensada como existindo por detrás do discurso – seja ela social, psicológica ou material” (p. 247).

Como consequência de sua perspectiva construcionista, as diferentes formas de análise de discurso compartilham ainda os seguintes pressupostos: 1. uma postura crítica perante o conhecimento dado; 2. o reconhecimento da especificidade histórica e cultural das formas como vemos e compreendemos o mundo; 3. a convicção de que o conhecimento é socialmente construído; e 4. a ligação necessária entre conhecimento – construção social de objetos, fenômenos e ou problemas – e ações e processos sociais (Burr apud Jørgensen & Phillips, 2002, p. 5; Gill, 2013, p. 245).

Devido a tais pressupostos, é uma crítica comum ao método de análise de discurso a acusação de que seu resultado não é mais do que outro discurso, de mesma estatura epistemológica que os discursos que são por ela analisados (Jørgensen & Phillips, 2002, p. 177; Gill, 2013, p. 266). Tal constatação, no entanto, é reconhecida pelos pesquisadores que utilizam a análise de discurso como método, que, assim, não a entendem exatamente como crítica, mas apenas como confirmação das suas premissas (Gill, 2013, p. 266). Os pesquisadores em análise de discurso têm, dessa maneira, buscado padrões de validade de seus resul-

tados que fogem de cânones positivistas da ciência, apostando, especialmente 1. na coerência interna da pesquisa; 2. na avaliação por pares dentro do campo das ciências e suas lógicas e regras próprias; e 3. na proficiência da pesquisa que, de alguma forma, seja inovadora em termos de produção de conhecimento (Jørgensen & Phillips, 2002, p. 171-174).

Há também pesquisadores que têm buscado formas criativas de administrar o problema, por exemplo, dando mais espaço em suas pesquisas às hesitações do próprio pesquisador ou ao ponto de vista dos pesquisados, além de mais espaço para construções textuais fora dos padrões formais exigidos pela ciência, como narrativas de conteúdo mais poético (Jørgensen & Phillips, 2002, p. 182-188). Tais expedientes, contudo, também estão sujeitos aos mesmos limites e a abordagem construcionista, segundo outro grupo de autores, não precisa negar as vantagens do conhecimento científico apenas por reconhecer seu caráter perspectivo e não universal. Por isso, autores como Jason Glynos e David Howarth (2007), além das já mencionadas Jørgensen e Phillips (2002), continuam a chamar atenção para como se evitar os riscos de a análise de discurso, por exemplo, limitar-se a confirmar o discurso analisado, perdendo, inclusive, capacidade crítica. É o risco de uma perspectiva que, segundo Glynos e Howarth (2007), apenas produz uma auto-intepretação contextualizada.

Contudo, não se deve daí recair no risco de outra ordem, de apontar “mecanismos de causalidade”, que ignoram por completo a subjetividade dos produtores do discurso analisado. Para Glynos e Howarth (2007), por mais que se fale em mecanismos e não leis gerais de causalidade, tal perspectiva ainda guardaria resquícios dessa compreensão positivista da ciência, reduzindo a explicação à sua variante de explicação causal e mantendo sua fé, ainda que de forma mais distante, na capacidade preditiva da ciência. Contra esses riscos, os autores abandonam a possibilidade de explicação por indução e dedução nas ciências humanas, apostando, por seu turno, em explicações por retroação, em que mais do que mecanismos causais ou contextualizações de autoexplicações, o analista estaria interessado nas lógicas que subjazem às práticas discursivas a serem analisadas. Tendo isso em vista, com base na teoria do discurso de Laclau e

Mouffe (2006) e na psicanálise lacaniana, os autores sugerem como parâmetro de explicação crítica nas ciências sociais e políticas as lógicas social, política e fantasmática³ (Glynos & Howarth, 2007, p. 1-8).

Neste ponto, Glynos & Howarth vão ao encontro de uma orientação metodológica acionada por Jørgensen e Phillips, como forma de teorizar a posição do pesquisador que o capacita a identificar e se precaver contra o conhecimento pressuposto, por exemplo, do senso comum, ou das auto-representações dos autores dos discursos os quais analisa. Essa forma que as autoras apresentam para tanto é a que chamam de “redescrição analítica”. Segundo elas

Basil Bernstein sugere que nós pensamos em teorias como “linguagens de descrição” e a aplicação de uma teoria como a tradução do material empírico para esta linguagem. Por meio deste processo de tradução, alguns dos aspectos tomados por óbvios do material pesquisado são desnaturalizados. Todas as abordagens de análise de discurso expostas neste livro proporcionam a possibilidade de redescrver o material empírico coletado. Por exemplo, a teoria do discurso e da articulação de Laclau e Mouffe e seus conceitos de significantes flutuantes, mitos e assim por diante, podem ser vistos como uma forma de linguagem capaz de descrever o material empírico sob um prisma diferente daquele em que ele descreve a si mesmo (Jørgensen & Phillips, 2002, p. 189).⁴

A proposta de Glynos e Howarth (2007) também faz uso das categorias de Laclau e Mouffe (2006) como forma de descrição possível do material empírico, enquadrando-o sob as lógicas social e política – além da lógica fantasmática, que tomam da psicanálise lacaniana. A categoria de “articulação”, também tomada das obras de Laclau e Mouffe (2006), desempenha aqui papel fundamental. Contra uma herança legada pelo positivismo às ciências, segundo a qual a explicação se dá por subsunção dos fatos à teoria, Glynos e Howarth (2007) chamam atenção para como o pesquisador não opera tal subsunção, mas sim procede

a uma articulação entre teoria e material empírico que transforma os dois lados articulados, formando um novo discurso em que a teoria e os dados empíricos não possuem o mesmo significado que possuíam antes de serem articulados pelo pesquisador.

Creio que a “redescrição analítica”, tal como proposta por Jørgensen e Phillips (2002), encaixa-se bem nessa perspectiva, sendo a principal orientação metodológica que seguirei na análise dos dados empíricos neste texto. Sendo assim, com base em como Glynos e Howarth (2007) operacionalizam essa redescrição tendo como fonte a teoria do discurso de Laclau e Mouffe (2006), irei me concentrar na análise da lógica política presente na construção da decisão judicial, sem negligenciar também a lógica social – e, em alguns casos, fantasmática – que subjaz a algumas operações do judiciário. Logo, conforme ficará mais claro adiante, o presente trabalho partirá da consideração da decisão judicial como decisão política, para, com base nisso, submetê-la a uma análise de discurso tal como descrita acima.

1.2 A definição do objeto

Considerar a decisão jurídica como uma decisão política, por mais que seja algo contestado por determinados autores, não é novidade. O positivismo kelseniano considerava a decisão jurídica como construção de norma e, nesse sentido, baseada em opção política. De qualquer maneira, o positivismo, no que tange à sua pretensa compreensão científica da norma, isolava-a de seus reconhecidos aspectos morais e políticos, analisando-a especificamente sob o prisma formal. Por esta perspectiva, não caberia à ciência jurídica analisar a dimensão material da norma, isto é, os seus aspectos políticos ou morais. O presente trabalho, no entanto, está inserido no campo das ciências sociais, que, assim como as teorias jurídicas rivais do positivismo, nunca negligenciaram a dimensão material do direito – nem mesmo em Weber (2004), que acreditava que a dimensão formal da norma jurídica era sua principal dimensão no direito moderno, tornando-se importante influência do próprio Kelsen.

Por isso, este estudo faz o caminho contrário do positivismo jurídico: parte do pressuposto de que a decisão jurídica é uma decisão política para, exatamente

3. O termo “lógica fantasmática” refere-se, neste texto, à lógica calcada na fantasia.

4. Tradução livre do autor.

nisso, fundamentar a sua análise. Assim sendo, partindo da teoria da hegemonia, que tem como ponto de partida a obra de Antonio Gramsci e encontra importante desenvolvimento contemporâneo na obra de Ernesto Laclau e Chantal Mouffe (2006), busca-se analisar importantes decisões recentes da justiça brasileira e interpretá-las como decisões políticas no seguinte sentido: em determinado contexto, certo grupo social se compreende como antagonizado por outro grupo e, estrategicamente, busca, por mecanismos judiciais, estabelecer nova hegemonia política, que efetive suas demandas enquanto interesses particulares que podem ser representados como interesse geral.

O fio condutor capaz de guiar a seleção dos casos empíricos pesquisados foram os temas de debate dos três primeiros capítulos da obra *Juizes na democracia contemporânea*, organizada por Robert Badinter e Stephen Breyer (2004). Foram selecionadas sentenças que refletem três dilemas fundamentais à atividade dos juizes em regimes democráticos contemporâneos. São eles: o ativismo do Judiciário, ao substituir os demais poderes na tarefa legislativa; o funcionamento do Judiciário como um pontificado laico, ao agir como espécie de substituto moral das religiões; e o exercício pelo Judiciário da supervisão do processo eleitoral, em detrimento de partidos e eleitores. Mesmo que não esgotem o tema da judicialização da política no Brasil, tais casos permitem que se reflita sobre aspectos centrais desse problema por tratarem de casos paradigmáticos que funcionam como metáforas de toda uma categoria presumida importante (Glynos & Howarth, 2007, p. 203). Tendo isso em vista, serão analisados os seguintes casos:

// Mandados de Injunção (MI) nº 670, 708 e 712, em que o Supremo Tribunal Federal (STF) regulou o direito de greve do servidor público - caso de “ativismo” em que o Poder Judiciário teria cumprido funções, em tese, do Legislativo e Executivo;

// Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 3.510, em que o STF decidiu sobre a pesquisa com células-tronco embrionárias e, assim, tocou em questões de forte conotação moral, aproximando-o do que foi chamado no livro de um pontificado laico;

// ADIs nº 3.999 e 4.086, nas quais o STF confirmou a

fidelidade partidária exigida em resolução do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), interferindo diretamente na competição eleitoral.

Conforme dito anteriormente, tais decisões serão analisadas como decisões políticas, isto é, ações estratégicas que buscam amortizar um antagonismo social e produzir a consolidação de uma hegemonia na qual, de forma precária e contingente, um determinado grupo consegue representar seus interesses particulares como interesse geral.

Ao analisar a decisão judicial dessa maneira, o estudo oferece uma leitura alternativa da recente “judicialização da política” no Brasil. Em primeiro lugar, não considera a decisão judicial uma decisão eminentemente técnica, que encontra na sua politização um desvio. Pelo contrário, usando a distinção estabelecida por Laclau e Mouffe (2006) e retomada por Glynos e Howarth (2007) entre o “social” e o “político”, o trabalho busca explicar porque haveria decisões jurídicas aparentemente técnicas que seriam, em última instância, políticas. Em segundo lugar, não considera a decisão judicial como decisão moral, isto é, decisão que representa a consagração de uma justiça universal. Nisso, afasta-se tanto de juristas como Ronald Dworkin, quanto de sociólogos como Jürgen Habermas. Por fim, mesmo que negue o universalismo liberal como dimensão a ser buscada pela integridade do Direito, o trabalho também não aceita uma hiperfragmentação de tipo pós-moderna. Ou seja, aceitar a dimensão política da decisão jurídica, seguindo o referencial teórico de Laclau e Mouffe (2006), não implica afirmar nem que ela seja moralmente universal nem completamente particularista, mas sim encará-la como um particular que consegue representar o universal.

Assim, o presente trabalho propõe integrar ao estudo do Direito a categoria hegemonia e uma concepção “sinedótica” do movimento político, ou seja, uma concepção da política baseada no que, em termos retóricos, poder-se-ia considerar uma sinédoque: a substituição do todo pela parte. Isto é, a totalidade, o universal, direciona a ação política em geral, e nesse caso especificamente, a ação jurídica - mas não como um pressuposto, e sim como um horizonte. Toda universalidade é, dessa forma, uma particularidade que logra representar-se como universal por conseguir

reunir, em torno de si, uma série de demandas que conseguem emergir por encontrar, nessa particularidade, o mais adequado significado para um significante que, por representar uma totalidade impossível em última instância, é tendencialmente vazio – conforme será explicado adiante. A coincidência, sempre precária e reversível, entre esse significado particular e esse significante da universalidade é o que Laclau e Mouffe (2006) consideram como hegemonia.

A hegemonia apareceria dessa forma como um jogo de equivalências e diferenças; uma prática política que se tornaria especialmente visível numa sociedade marcada pela transparência dos antagonismos e pela contingência das identidades, na qual seria possível reorganizar os elementos de seus discursos constitutivos de forma a aglutinar ou excluir interesses e reposicionar barreiras delimitadoras da identidade de seus agentes. Com isso, é possível identificar quatro dimensões da hegemonia, que seriam:

1. a desigualdade de poder lhe é constitutiva e, dessa forma, um grupo ou constelação de grupos particular estará em melhores condições do que outros para representar o todo, articulando interesses a seu redor e carregando em si a possibilidade de vitória frente ao adversário (Laclau, 2007, p. 59). Contudo,
2. há hegemonia somente se se supera a dicotomia universalidade/particularidade; a universalidade só existe se se encarna numa particularidade – e a subverte – mas nenhuma particularidade pode, de maneira inversa, tornar-se política se não se converteu também em locus de efeitos universalizantes (Laclau, 2007, p.61). Mas para que consiga isso
3. a hegemonia requer a produção de significantes de vacuidade tendencial – como ordem, liberdade, igualdade, etc. – que, ao mesmo tempo que mantêm a incomensurabilidade entre universal e particulares, permite que os últimos assumam a representação do primeiro (Laclau, 2007, p.62). Portanto,
4. o terreno no qual se estende a hegemonia é o da generalização das relações de representação como condição da ordem social (Laclau, 2007, p.63).

Esse é o terreno também sobre o qual se desenrolará a análise de discurso das decisões judiciais pretendi-

da neste trabalho. Trata-se aqui de uma análise que considera essas decisões como um tipo específico de decisão política, isto é, como um tipo de decisão que pretende superar um antagonismo pela consolidação de hegemonia capaz de representar, de forma parcial e precária, uma particularidade como universal. Retomando os ensinamentos de Glynos e Howarth (2007), trata-se de se debruçar sobre a lógica política que fundamenta as decisões judiciais, como forma de explicá-las de uma perspectiva sociológica construcionista. Segundo os autores, a lógica política seria focada nos aspectos diacrônicos de uma prática ou regime de práticas, seja em termos de como essas práticas ou regime emergem, seja em termos de como são contestados e/ou transformadas (Glynos & Howarth, 2007, p. 141). Esse novo olhar sobre as decisões judiciais forneceria um conjunto de diretrizes para a análise empírica do que ocorre no Poder Judiciário, especialmente num contexto de judicialização da política, centrado no seguinte conjunto de pontos:

1. Identificação do evento que possibilita a ação política, a que Laclau (2007) chama de “deslocamento”. Trata-se de uma espécie de “emergência do real” (em termos lacanianos) que exige acomodação de cadeias discursivas que não mais dão conta de “domesticar” os acontecimentos dentro da rotinização a que Laclau e Mouffe (2006) chamam de social, exigindo a presença do que eles consideram propriamente uma decisão política.
2. Identificação da assimilação do deslocamento como um antagonismo, em que são observadas duas identidades em conflito, uma das quais vindo na outra um bloqueio à sua plena realização.
3. Identificação do esvaziamento de significado de um significante que, representando uma plenitude ausente, funciona tanto como ponto nodal capaz de articular os elementos de uma determinada construção discursiva, como ponto de disputa e pressão por parte de discursos concorrentes em busca de hegemonia.
4. Identificação dos motivos estratégicos de utilização do Judiciário como arena para a ação política e conquista da hegemonia, em detrimento de outras instâncias da esfera política ou da sociedade civil.
5. Avaliação crítica da construção discursiva hegemônica, não apenas no que tange ao descortina-

mento de outras opções concorrentes, como também de sua submissão à lógica “fantasmática” ou à lógica não política.

2 Estudos de caso

2.1 Primeiro estudo de caso: direito de greve e ativismo judicial

O primeiro caso estudado se refere ao julgamento conjunto dos Mandados de Injunção no 670 (de 2002), 708 (de 2004) e 712 (de 2004), pelo STF, tendo como relator, primeiramente, o ministro Maurício Corrêa e, depois, o ministro Gilmar Mendes. Para melhor contextualizar o caso, primeiro faz-se necessário explicar em que se constitui o Mandado de Injunção. Tal instrumento jurídico foi previsto pela Constituição de 1988 como um remédio institucional contra a omissão legislativa tida como inconstitucional, isto é, quando o legislativo deixar de legislar assunto que a Constituição lhe exigiu regulamentação para tornar viável o exercício dos direitos e garantias constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. O mecanismo foi previsto como forma de garantir a efetividade constitucional, para que a vigência dos preceitos ditados pelos legisladores da constituinte não tivesse seus efeitos obstruídos pela falta de ação do legislador ordinário.

Por exemplo, a Constituição prevê um direito, mas condiciona seu exercício à regulamentação prevista em lei. Nesse caso, se o Congresso Nacional não promulga tal lei, pode o cidadão que se sinta prejudicado impetrar Mandado de Injunção para que a lei seja promulgada e seu direito garantido. Um caso clássico, que é justamente o tema dos mandados de injunção 670, 708 e 712, é a omissão quanto à regulamentação do direito de greve do servidor público, garantido explicitamente no texto constitucional, mas igualmente condicionado a regulamentação a ser descrita em lei – inicialmente, por lei complementar, mas, depois da Emenda Constitucional no 19/1998, por lei ordinária.⁵ E, tal lei, até então, não havia sido

5. Essa mudança constitucional tinha por objetivo, justamente, simplificar o procedimento para a aprovação da lei que regulamentaria o direito de greve do servidor público, diante da demora para a sua aprovação. De fato, a aprovação de lei ordinária requer apenas maioria simples e não qualificada, como no caso da lei

promulgada, no caso, pelo Congresso Nacional.

A complicação que se depreende daí é clara: qual deve ser o efeito do julgamento de um mandado de injunção? Ordenar ao Poder Legislativo que legisle sobre o direito constitucional previamente garantido? Ou, mais do que isso, autorizar o Poder Judiciário a exercer ele próprio uma função legislativa ante a inércia do parlamento? Declarar a mora legislativa e nada mais? Do ponto de vista dos seus efeitos, a tutela concedida através de mandado de injunção beneficia apenas aquele que ingressou com a ação ou também os demais possíveis afetados pela não regulamentação daquele direito? Essas foram algumas questões que atravessaram não só os mandados de injunção em análise, mas também outros mandados de injunção anteriores que versavam sobre o mesmo tema. Interessante notar que, nos mandados de injunção anteriormente ajuizados, os respectivos órgãos julgadores entenderam que o mandado de injunção serviria apenas ao reconhecimento da inércia legislativa, quando muito, estipulando um prazo para que tal lacuna legal fosse sanada, mas sem conter meios de tornar tal prazo coercitivo, deixando-o apenas como uma recomendação ao legislador. Contudo, nas ações aqui analisadas o entendimento predominante foi outro: diante da inércia do Legislativo, o Judiciário deveria formular a regra ainda não criada no legislativo.

Por que essa mudança de posicionamento do STF? Teria o tribunal recorrido a novos argumentos ou fontes jurídicas capazes de justificar a nova conclusão? Ou teria se adequado a um novo paradigma que indicaria uma nova orientação jurisprudencial? Como os ministros justificaram a pertinência democrática de atuação normativa tão ativa e transformadora por parte da Corte Constitucional? Uma análise mais aprofundada do teor dos votos dos ministros pode ajudar a clarificar essa mudança de posição no STF e é a isso que o trabalho se dedica agora.

Um primeiro fato que chama atenção nos votos dos ministros é que, ao contrário do que se poderia supor, a linguagem utilizada é predominantemente pessoal e subjetiva e não impessoal e objetiva. Dife-

complementar.

rentemente de se colocarem como “porta-vozes” de uma lei que leva necessariamente a uma direção no julgamento, os ministros usam expressões que sugere a pessoalidade de suas decisões, como “a meu ver”, “ao meu sentir”, “não me parece”, “o que proponho”, além de vários verbos conjugados na primeira pessoa do singular como “creio”, “entendo”, etc. A exceção mais nítida fica por conta do decano Celso de Mello, de estilo bastante peculiar, que usa uma linguagem hiperbólica, mas objetiva e impessoal, com expressões como “revela-se essencial”, “é preciso proclamar” (M.I. no 708, pp. 117-124). Quando há subjetividade, ela é passiva – “podem levar-me” (M.I. no 708, p. 130) – fazendo da argumentação do ministro a demonstração de uma força superior à qual ele é incapaz de resistir e se vê forçado a decidir em determinada direção. Mesmo que não seja exatamente a “boca inanimada da lei”, como na célebre metáfora de Montesquieu, o ministro Celso de Mello tenta se pôr no papel de uma “boca inanimada” da qual saem palavras de origem outra. Mas, ao menos nesta decisão, ele é um caso à parte. Em geral, os ministros assumem linguisticamente sua responsabilidade pessoal nos votos que proferem.

Os ministros também não fazem uso de argumentos considerados utilitaristas, a não ser de maneira acessória, aditando-os à fundamentação já consolidada sobre a linguagem dos direitos e dos princípios e buscando a integração com o conteúdo da Constituição, das leis ordinárias e das suas próprias decisões.

Quanto às fontes utilizadas para justificarem seus votos, mesmo sem o formalismo de considerar a lei como fonte genuína e exclusiva, os ministros fazem uso de fontes tradicionais da hermenêutica jurídica: a Constituição, as leis, o direito comparado e a doutrina. Os ministros também se mostram bastante preocupados com a distinção entre a sua função e as funções legislativas do parlamento. Mesmo ao proferir decisões que concretizam “sentenças de perfil aditivo” – isto é, que adiciona texto novo às leis sob análise no julgamento – eles tentam diferenciar funções legislativas e regulativas e, conseqüentemente, as funções legislativas das judiciais.

Diante desse quadro, pode-se concluir que os ministros usaram elementos e fontes bastante tradicionais

no Direito e, no entanto, tomaram decisões pouco ortodoxas, assumindo o que podemos considerar um ativismo normativo atípico. Inclusive, conforme visto, o tema discutido, o direito à greve dos servidores públicos, já havia sido objeto de deliberação no Supremo com resultados muito diferentes, embora sob a chancela da mesma Constituição e das mesmas leis. Sendo assim, como explicar a ruptura com os precedentes e a superação dos votos dissidentes que apoiavam a postura anterior, de encarar como efeito do mandado de injunção apenas a notificação da mora legislativa?

Um primeiro ponto a ser ressaltado é a valorização, pelos ministros, da teoria da tripartição de poderes, mesmo por aqueles que aceitam um papel normativo mais destacado do Poder Judiciário. O ministro Eros Grau, por exemplo, distingue as funções legislativa e normativa e conclui que, apesar de não exercer a primeira, o Judiciário exerceria a segunda, nas modalidades regimental e regulamentar. Segundo ele, por meio do mandado de injunção, o Judiciário produz norma porque interpreta o direito (M.I. no 712, pp. 20-23). Assim, não haveria ofensa à separação de poderes pois, no Mandado de Injunção, o Judiciário não definiria norma de decisão, mas enunciaria o texto normativo que faltava para o exercício de direito (M.I. no 712, pp. 1-3).

A argumentação não impediu, contudo, que discordassem do relator Eros Grau os ministros Ricardo Lewandowski e Joaquim Barbosa e que o voto de Eros Grau divergisse do de seu antecessor no cargo, o ministro Maurício Corrêa. Para os ministros com opinião divergente, a decisão proposta pelo relator violaria sim a tripartição de poderes e, portanto, em vez de garantir a obediência à Constituição, ofendê-la-ia. Maurício Corrêa e Ricardo Lewandowski se embasam expressamente no princípio da separação dos poderes (M.I. no 670, p. 12 e 85) e Joaquim Barbosa nega efeito erga omnes – isto é, que se estende a todos e não apenas às partes envolvidas no litígio – para a decisão, alegando que isso restringiria as opções do legislador e geraria o risco do exercício de função normativa do Judiciário se tornar regra, em vez de exceção (M.I. no 670, pp. 176-177).

Contudo, os ministros que acompanharam o relator

viram na Constituição algo mais que uma carta de separação de poderes políticos. O próprio relator destaca que a separação de poderes não é natural, mas advém da Constituição – como o mandado de injunção – e que a separação de poderes a ser considerada não seria a de Montesquieu, mas a da Constituição de 1988 (M.I. no 712, pp. 23-24). E, assim, destaca outra função para a Corte além de garantir a separação de poderes: a de “tornar viável o exercício de direitos” (M.I. no 712, p. 25 e 31).

O argumento da efetivação de direitos é retomado pelo ministro Gilmar Mendes (M.I. no 670), que, inclusive, destaca que a satisfação de direitos não pode ficar apenas nas mãos do Legislativo e que o STF tem a obrigação de concretizar a Constituição (p. 35-36). Celso de Mello também destaca que o efeito perverso da omissão legislativa no caso seria o de “obstar o exercício de direitos” e que não haveria, na decisão, protagonismo legislativo por parte do Judiciário, mas apenas cumprimento, por parte do STF, de sua função de dar efetividade à Constituição (M.I. no 670, p. 121 e 127).

É interessante notar, inclusive, que a ministra Carmem Lúcia questiona se o dissidente Ricardo Lewandowski estaria cumprindo esse requisito de efetivação da Constituição (M.I. no 670, p. 135). O mesmo caminho é seguido pelo ministro Menezes Direito, que destaca a necessidade de tornar viável o exercício de direitos e liberdades constitucionais e a impossibilidade de dar à Constituição, e aos instrumentos previstos em seu texto, interpretação que leve à ineficácia de direitos (M.I. no 708, p. 89). E também por Celso de Mello, que fala explicitamente em compreender o mandado de injunção como forma processual para viabilizar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas constitucionais (M.I. no 708, p. 115).

Logo, o que parece se desenhar na disputa entre os votos vencedores e vencidos é uma referência comum à Constituição, mas interpretações divergentes acerca de seu significado. De um lado, a Constituição aparece, acima de tudo, como uma carta de separação de funções políticas. Isso impede que o Judiciário se imiscua em produção de regras gerais e faz com que os efeitos do mandado de injunção tenham de ser entendido de forma restrita, sem permitir que

o Judiciário faça mais do que notificar o Legislativo a respeito de sua demora. Essa demora é entendida como parte do jogo democrático e não só a Constituição é entendida como principalmente uma carta de separação de funções políticas, como também as leis e decisões judiciais anteriores são usadas no sentido de reforçar esta concepção, como mostras de que o próprio STF tem compreendido assim a Constituição e que os verdadeiros representantes da soberania popular não se manifestaram ainda de forma contundente sobre o tema de modo a fornecer ao Judiciário material legislativo no qual possa se basear para exercer poder regulamentar.

Contudo, por outro lado, a Constituição é entendida como principalmente uma carta de direitos, não só individuais, mas também, coletivos e sociais. A demora do Legislativo para efetivar um desses direitos é interpretada como uma omissão constitucional e um processo informal de alteração da Constituição, a ser combatido pela corte. A história institucional é então contada de forma diferente por esta perspectiva. Nas decisões anteriores do STF, são buscados votos vencidos como forma de mostrar o paulatino desenvolvimento de interpretação inovadora do mandado de injunção e, em outras leis promulgadas pelo Legislativo, são encontrados os fundamentos para que o poder regulamentar do Judiciário possa ser exercido na formulação de uma sentença de perfil aditivo, capaz de transformar a ordem normativa vigente. Com isso, os ministros que compartilham tal visão destacam o fato empírico da demora legislativa, nesse caso, ser abusiva e recorrem a outras fontes normativas (como a lei que regulamenta as greves do setor privado e os projetos de lei sobre o tema ainda em tramitação no Congresso) para estipularem quais serão os termos legais em que o direito de greve do servidor público deve ser exercido.

O segundo entendimento sobre o caso foi o que se sagrou vencedor na disputa. Usando a terminologia de Laclau e Mouffe (2006), trata-se do discurso que se tornou hegemônico no STF, algo que não era até então. Como o referencial teórico escolhido para essa pesquisa poderia ajudar a compreender essa mudança? Este ponto será analisado mais detidamente no próximo tópico do texto. Contudo, adianto algumas considerações na análise deste primeiro caso, para

fornecer os primeiros delineamentos da perspectiva adotada no presente estudo, que devem ser mantidos em mente quando das próximas análises do material empírico.

A referência comum em todos os votos, como não poderia deixar de ser, é a Constituição. Podemos dizer, portanto, que a Constituição é o que a teoria do discurso chama de “ponto nodal” dos discursos dos ministros, ou seja, o ponto comum sob o qual a cadeia discursiva criada ganha unidade e estabelece seus limites. Quando questionado sobre a diferença entre ponto nodal e significante vazio, Laclau destacou que a distinção reside numa diferença de perspectivas sobre o mesmo referente, afinal, é o ponto de unificação da cadeia discursiva que é o ponto cujo significado entra em disputa pelos grupos que concorrem à hegemonia (Laclau, 2004, p. 322).

Como em outros momentos políticos, em que grupos entram em disputa para definir o significado do ponto em comum de seus discursos, como a “garantia da ordem”, da “liberdade”, da “igualdade”, etc. na decisão do STF em análise, o que está em disputa é o significado da Constituição. Símbolo metonímico da ordem jurídica nacional, assim como da passagem de uma ordem ditatorial a uma ordem democrática, a Constituição de 1988 passa a congrega uma série de significações que lhe esvaziam de conteúdo fixo. No caso analisado, dois elementos da cadeia discursiva que lhe dá significado entram em conflito: sua faceta de carta de separação de poderes e sua faceta de carta de direitos individuais e coletivos. A oposição entre esses dois entendimentos se apresenta enquanto um antagonismo, em que um dos polos impede o outro. Tal antagonismo pode ser visto como um elemento deslocatório, que torna o discurso constitucional instável, e essa instabilidade precisa sanada pela ação política capaz de realizar a sutura precária no ponto de desintegração do tecido discursivo.

Nesse caso, um dos elementos do que poderia ser chamado de discurso constitucional se eleva acima dos demais e é considerado o significado da Constituição em si. Neste caso, trata-se da dimensão de efetivação de direitos, que se sobrepõe à de separação de poderes, como verdadeiro significado da totalidade do discurso. A Constituição é tanto uma carta

de direitos como uma carta de separação de poderes e, como mostra a própria divergência entre os ministros, em princípio, não é prioritariamente nem uma coisa nem outra. Mas, na decisão em análise, passa a ser: o discurso vencedor, opera um movimento de sinédoque em que o que era apenas um elemento entre outros do discurso constitucional, isto é, a efetivação de direitos, inclusive sociais e coletivos, passa a ser o significado da Constituição per se.

De acordo com o novo entendimento, a Constituição passa a ser prioritariamente uma carta de direitos individuais e sociais que precisam ser concretizados, mesmo que isso envolva a assunção, por parte do Judiciário, de funções legislativas. Nesse contexto, o mandado de injunção passa a ter nova interpretação e, conseqüentemente, analogias injustificáveis em outras circunstâncias passam a fazer sentido. É o caso da analogia entre o direito de greve dos trabalhadores do setor público e o dos trabalhadores do setor privado. Apesar das manifestações legislativas e constitucionais no sentido da não haver identidade entre as situações, a oposição ao inimigo comum da falta de efetividade de direitos constitucionais viabiliza que sejam colocadas lado a lado. Algo similar acontece no uso do direito comparado pelos ministros: em que pese serem duas ordens jurídicas distintas e autônomas, admite-se o recurso às soluções criadas por uma para a solução de casos gerados na outra. O direito brasileiro e o de outros países são igualados no sentido de serem ordens de concessão de direitos – em oposição à ausência de ordem jurídica –, e soluções tomadas numa ordem jurídica nacional específica podem servir como parâmetro normativo para a outra.

2.2 Segundo estudo de caso: pesquisas com células-tronco e judicialização da moralidade

Se o primeiro caso é um exemplo de judicialização da política motivado pela omissão do Legislativo, eventualmente fundada no custo em votos que sua ação poderia gerar, o segundo caso objeto de análise representa situação bem diferente. Trata-se do julgamento da ADI no 3.510, de 2005, que teve como relator o ministro Ayres Britto. Tal ação questionava a constitucionalidade do artigo 5º da chamada Lei de Biossegurança, que permite o uso de células-tronco

embrionárias para fins de pesquisa científica. Neste caso, o procedimento judicial implica em ataque à lei já aprovada dentro do processo legislativo tradicional e o Judiciário passa a ser uma nova instância de disputa política para aqueles que foram voto vencido no procedimento legislativo ordinário.

Isso faz com que a força deslocatória que desestabiliza o discurso constitucional seja diferente do caso anterior, uma vez que as diferentes interpretações sobre o que seria a Constituição se processam a partir da assunção de que a sua função é o de efetivar direitos. Ou seja, a discussão não se dá em torno da oposição entre a efetivação de direitos e a divisão de poderes, mas entre os diferentes significados possíveis dos direitos a serem efetivados e as consequências daí advindas.

Ainda assim, os ministros tentam delimitar suas próprias funções diferenciando-as de funções outras. Contudo, em vez de diferenciarem as funções legislativas e judiciárias, buscam diferenciar a função judicante de funções de outros agentes sociais, como sacerdotes e cientistas, distinguindo, assim, os argumentos jurídicos de argumentos religiosos, morais e científicos em que suas decisões podem ser acusadas de estarem se baseando. Mais uma vez parece estar em jogo a distinção da função judiciária e a disputa pelo preenchimento, com significado específico, de significantes que se tornaram vazios pelo excesso de representações que abarcam – lembrando que, segundo a teoria do discurso, os significantes vazios são justamente aqueles que, se abrindo a significados diversos, permitem a disputa política de seu conteúdo.

Mesmo que não esteja em foco, nesse segundo caso, a tensão entre as funções judiciárias e legislativas, cumpre destacar que a possibilidade de o Judiciário assumir protagonismo legislativo se fez presente em alguns dos votos vencidos que questionavam a falta de regulamentação da lei impugnada, sobre alguns pontos e, por isso, insistiam na tese de que deveria o STF complementar a lei de forma que a harmonizasse com a proteção constitucional à dignidade da pessoa e direito à vida. O temor, portanto, de que a adoção das sentenças de perfil aditivo abrisse precedentes para a intervenção normativa do Judiciário, mesmo

quando não instado a tanto, parece ter fundamento. Gilmar Mendes, um dos que propõe sentença aditiva no caso, chega a dizer, inclusive, que tais decisões atípicas já começariam a se mostrar típicas (ADI no 3.510, p. 493).

No entanto, diferentemente da decisão analisada anteriormente, em que o temor dos ministros se concentrava em ter sua função confundida com a dos legisladores, neste caso, a decisão da ADI no 3.510, de forte teor moral, o temor se concentra em ter seu papel confundido com o de sacerdotes, filósofos ou cientistas. Cada ministro enfrenta o desafio de forma diferente, mas todos ressaltam em seus votos que a questão não deve ser encarada como escolha entre correntes científicas, filosóficas ou religiosas, mas do ponto de vista jurídico – seja lá o que isso signifique. Apesar das diferenças, contudo, mais uma vez a questão passa pela referência obrigatória à Constituição. E prevalecem argumentos baseados em direitos e princípios, tendo os argumentos utilitaristas função apenas acessória.

As demais fontes tradicionais da hermenêutica jurídica também se fazem presentes em menor ou maior grau: demais leis, doutrina e direito comparado. O que chama atenção, no entanto, é a utilização de argumentos menos tradicionais, como referências científicas, filosóficas e mesmo religiosas e artísticas. Isto é: seja lá o que os ministros querem dizer com encarar a “questão sob o prisma jurídico”, isso não exclui uma argumentação cuja amplitude ultrapasse as fontes tradicionais da hermenêutica jurídica, especialmente sob a vertente jurídico-formalista em que o universo jurídico é restrito ao universo do “legalmente regulado”.

Conforme dito anteriormente, a ADI no 3.510 questiona o artigo 5º da Lei 11.105/05 (Lei de Biossegurança), que permite a utilização de células-tronco de embriões não utilizados em processos de fertilização *in vitro* em pesquisas de finalidade terapêutica, desde que tais embriões sejam inviáveis ou congelados há mais de três anos. A corrente contrária à lei alega que sua inconstitucionalidade residiria no fato de violar o direito à vida, fundamento maior do Estado Democrático de Direito radicado na dignidade da pessoa humana (ADI no 3.510, p.10), já que a extração da cé-

lula embrionária destruiria o embrião, representante da vida humana em sua plenitude.

O relator da ação, ministro Ayres Britto, deixa claro que não se trata de decidir quando começa a vida para a biologia ou para a filosofia, mas quando começa a vida para o ordenamento jurídico (ADI no 3.510, p. 41). E, com base nisso, busca fundamentar sua decisão a favor da constitucionalidade da lei na Constituição – que garante direitos aos brasileiros “natos”, isto é, já nascidos (ADI no 3.510, p. 31) – assim como na legislação infraconstitucional – por exemplo, de acordo com o Código Civil a personalidade só seria adquirida com o nascimento com vida e as exceções à criminalização do aborto do Código Penal demonstrariam proteção diferenciada entre o nascituro, isto é, que ainda vai nascer, e o nativo, que já nasceu. Por fim, ele constrói uma analogia entre a Lei de Biossegurança e a Lei de Doação de Órgãos: ao passo que a última autorizaria a extração de órgãos de pessoas que já não contam mais com o funcionamento do cérebro, a primeira autoriza a extração de células tronco de embrião cujo cérebro sequer irá se formar sem a nidada no útero materno.

O ministro Ayres Britto também recorre a uma série de princípios constitucionais e direitos constitucionalmente protegidos: o princípio da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, e o direito subjetivo à liberdade do casal gerador do embrião, que não permitem obrigar os genitores a aproveitar todos os embriões gerados para o processo de fertilização *in vitro*; a laicidade do Estado e a autonomia individual, que não permitem ingerência de corrente religiosa sobre as decisões do casal; o direito à saúde e à livre expressão de atividade científica enquanto direitos fundamentais, que exigem a liberação das pesquisas para fins terapêuticos (ADI no 3.510, p. 5-7). Além disso, o voto do ministro faz referência a artigos científicos e matérias de revistas como *Época* e *Veja*, além de referências a Dworkin (ADI no 3.510, p. 35), Kelsen (ADI no 3.510, p.42), à filosofia, à MPB e à literatura (ADI no 3.510, p. 40)

A argumentação jurídica do ministro Ayres Britto, portanto, aproxima-se da concepção dworkiniana de jurisdição (Dworkin, 2003), na medida em que busca dar integridade ao conjunto de princípios e direitos

constitucionais e suas manifestações infraconstitucionais. O curioso é o caminho a que isso pode levar, no caso brasileiro, em que a Constituição é tão detalhista que até o livre exercício da ciência poderia ser considerado como direito fundamental. Nesse sentido, cumpre destacar que, por mais que os ministros não mobilizem argumentos utilitaristas, a amplitude dos direitos individuais, coletivos e sociais reconhecidos pela Constituição de 1988 permite que a própria linguagem dos direitos seja utilizada como justificativa para posturas desenvolvimentistas e os permite afirmar que no Brasil vige um constitucionalismo para além de liberal, social, fraternal e tendo como valor fundante a integração comunitária (ADI no 3.510, p. 67).

A ministra Ellen Gracie, por sua vez, também destaca que não cabe ao STF decidir a superioridade de uma corrente científica, filosófica ou moral, ou tampouco decidir o marco de início da vida – o que, segundo ela, só caberia ao Legislativo – mas contrastar a lei e a Constituição (ADI no 3.510, p. 79-81). Mas essa circunscrição a uma avaliação jurídica meramente contrastante da lei e da Constituição, não se sustenta ao longo do seu voto, que faz referência, além da Constituição, ao Direito comparado (ADI no 3.510, p. 80 e 83), a possibilidades utilitaristas (ADI no 3.510, p. 86) e a artigos científicos que sustentam a tese central da ministra de que o embrião não é vida (ADI no 3.510, p. 84) e, portanto, não seria pessoa e não seria abrangido pelo princípio da dignidade da pessoa (ADI no 3.510, p. 79).

O ministro Menezes Direito também começa se esforçando por dar contorno jurídico ao caso e proclama que, por mais que o STF esteja sendo instado a definir o momento de início da vida, não se trata de buscar uma definição científica para determinado evento, mas decidir uma questão sob o ângulo jurídico. O que o STF desafiaria não seria uma questão religiosa, mas jurídico-constitucional (ADI no 3.510, pp. 104-105). No entanto, a argumentação jurídico-constitucional do ministro envolve uma mobilização monumental de artigos científicos e argumentos filosóficos (Schopenhauer, Tomás de Aquino, Habermas, Hans Jonas, Kant, Hume, Wittgenstein, Appel, Aristóteles...) para negar analogias feitas nos votos anteriores com o Código Civil e Lei de Doação de Órgãos

e, então, defender a tese de que a Constituição tem uma regulação própria do direito à vida, que exige a proteção da vida e, conseqüentemente, do embrião, que já seria, segundo ele, forma plena de vida.

Portanto, para Menezes Direito, se a obtenção de células tronco embrionárias depende da destruição do embrião, ela não seria admissível no direito brasileiro e a Lei de Biossegurança seria parcialmente inconstitucional por permitir esse procedimento em embriões ainda viáveis. Além disso, seria também parcialmente inconstitucional, na medida em que deveria regular mais severamente os processos de obtenção dessas células, pois, segundo o ministro, a lei não seria suficientemente precavida contra a eugenia (ADI no 3.510, p. 130). Imbuído da missão de fazer do Direito instância de concretização de ética necessária a pôr freios na ambição científica e assim, assumir uma função anti-utilitarista, contra o cientista ideal, para o qual o melhor seria que não houvesse qualquer regulação nas suas pesquisas, Menezes Direito exige complementação à lei e, num momento em que muda o tom da linguagem para algo mais impessoal, diz que, entre as conclusões a que “forçosamente se chega”, está a de que se deve controlar as clínicas de reprodução assistida, estabelecendo um padrão ético que deve se sobrepor à busca da cura de doenças cujas descobertas não são garantidas (ADI no 3.510, pp. 113, 131-132, 167). O que abre espaço para propor a famigerada sentença de perfil aditivo, estabelecendo quais seriam esses limites.

A ministra Carmem Lúcia inicia seu voto de forma semelhante, chamando atenção para a diversidade de opiniões manifestadas sobre a questão e destacando que essas manifestações não podem alterar o compromisso do juiz com seu dever de se ater à ordem constitucional vigente. Segundo ela, a Constituição é a sua “Bíblia”, o Brasil a sua “religião”: o juiz deve cultuar o direito (ADI no 3.510, p. 194). Ela complementa o argumento dizendo que emoção não faz direito, que é razão transformada em escolha jurídica, ou ainda que Direito e arbítrio são impossíveis. Pautada por essas escolhas jurídicas não arbitrarias, a ministra reconhece a importância da proteção à dignidade humana e, daí, deduz que as terapias a que se refere a lei não podem ser terapias experimentais. Também reconhece a proteção do direito à vida,

mas argumenta que tal direito não seria absoluto e deveria ser ponderado com outros, como acontece nos casos em que o aborto é permitido (ADI no 3.510, pp. 196, 203, 206 e 212).

Logo, para a ministra, não há que se falar apenas em dignidade do embrião, mas também em dignidade daqueles que aguardam ansiosamente as possíveis curas para suas enfermidades que poderiam advir das pesquisas com células-tronco (ADI no 3.510, p. 209). Assim, ao servir a essas curas, tais pesquisas não ofenderiam a dignidade, mas sim a valorizariam, dando aos embriões inviáveis destino mais nobre que o lixo. Tendo isso em vista, para a ministra, a lei seria constitucional por não ser arbitrária e por se ater a princípios constitucionais como: o princípio da solidariedade intergeracional, o princípio da liberdade, o princípio da justiça e o metaprincípio da dignidade humana, que exigiria o dever constitucional do Estado e da sociedade de criarem condições para uma vida digna (ADI no 3.510, pp. 227, 230).

O ministro Ricardo Lewandowski também reconhece que o direito à vida não deve ser encarado de uma perspectiva meramente individual e deve abranger o direito à saúde. E, citando Canotilho, ressalta que se deve considerar a dignidade da pessoa humana, mas ela deve ultrapassar a defesa dos direitos individuais tradicionais e abarcar direitos sociais (ADI no 3.510, 270-276). Contudo, sua argumentação se aproxima mais da do ministro Menezes Direito. Apesar de destacar que o STF não seria aparelhado e vocacionado para decidir quando a vida começa, o ministro conclui que, no plano puramente jurídico positivo, haveria fortes razões para se adotar a tese de que a vida começaria com a concepção (ADI no 3.510, pp. 263, 266).

Depois de ressaltar a necessidade de o Direito cumprir função anti-utilitarista e de mobilizar várias críticas à razão científica (envolvendo Marx, Gramsci, escola de Frankfurt, Lukács, além da alusão à “sociedade de risco” na obra dos sociólogos Ulrich Beck e Zigmunt Bauman), Lewandowski (ADI no 3.510, p. 250-254, 271, 307) conclui que a lei apresenta proteção insuficiente contra a manipulação genética e a seleção de embriões e, por isso, deve ser aditada para que se conforme à Constituição e sua defesa da dignidade humana. Cumpre ressaltar que sua pro-

posta de sentença aditiva como forma de contornar o problema de relativa inconstitucionalidade da lei é fortemente baseada no direito comparado ou, como ele mesmo diz, na regulação que o mundo civilizado (aparentemente, outro nome para a Europa, América do Norte e Austrália) dá ao tema (ADI no 3.510, p. 296). Isto é, o caráter jurídico não se coloca apenas ao lado do racional contra o emotivo e arbitrário – como ponderara Carmem Lúcia –, mas também ao lado da civilização em contraste com a barbárie.

O ministro Eros Grau, por sua vez, também se posiciona a favor de adição de novos requerimentos para a operacionalização da lei atacada, apesar de seu argumento se concentrar nas razões da constitucionalidade e não da inconstitucionalidade da lei. Partindo de uma reconstrução da evolução do ordenamento jurídico brasileiro desde as Ordenações Filipinas – num raciocínio, nesse sentido, bastante dworkiniano e sua busca por integridade no Direito – o ministro chega à conclusão de que a destruição do embrião só seria inconstitucional se o termo embrião significasse óvulo fecundado no útero, não sendo abrangido pela proteção constitucional o embrião *in vitro*. *No entanto, fazendo uso de outra dimensão importante da proposta teórica de Dworkin, destaca também os interesses comerciais presentes na realização das pesquisas e a substituição de uma fé religiosa por uma fé igualmente cega na ciência para proclamar que o Direito deve cumprir função de “freio” a uma razão imediatista e utilitarista devendo, portanto, regular com maior precisão a utilização das células embrionárias. O que o leva a admitir a lei como constitucional, mas igualmente carente de acréscimos regulatórios.*

Já o ministro Joaquim Barbosa se aproxima da argumentação das Ministras Ellen Gracie e Carmem Lúcia e aceita integralmente a constitucionalidade da lei. Como a ministra Ellen Gracie, ressalta que sua análise deve se ater a verificar se a lei está de acordo com a Constituição (ADI no 3.510, p. 329). E, como a ministra Carmem Lúcia, chega à conclusão de que a lei buscou equilibrar a proteção da vida e o desenvolvimento científico, ponderou o direito à vida do embrião e das pessoas que esperam ser salvas pelas descobertas das pesquisas com as células embrionária e respeitou a laicidade, a liberdade e a livre expressão científica, a liberdade de crença dos progenitores e

guardou semelhanças com a legislação internacional sobre o tema (ADI no 3.510, p. 330-338).

O ministro Cezar Peluso, por sua vez, começa negando alguns procedimentos hermenêuticos adotados em votos anteriores, especialmente as referências às normas infra-constitucionais previstas nos textos do Código Civil e Penal: segundo ele, as normas constitucionais não podem ser interpretadas com base na legislação infraconstitucional, pois, assim, estar-se-ia ofendendo a hierarquia do ordenamento jurídico. Nesse sentido, a compreensão do ordenamento jurídico apresentada pelo ministro não busca, por exemplo, o tipo de coerência do Direito como integridade de Dworkin, mas apenas a obediência à produção escalonada de normas preconizada pelo positivismo jurídico. O que o deixa em uma situação complicada, já que, nesse caso, só sobraria, para além do direito internacional que o ministro não mobiliza, a referência à própria Constituição – e é justamente o significado dos termos da Constituição, como direito à vida e proteção da dignidade humana, que está em jogo. Mesmo assim, o ministro não aceita que está na situação de tomar decisão discricionária – que seria a consequência lógica da postura positivista no caso – pois também opõe direito e arbitrariedade e destaca que decidir sobre quando começa a vida humana traria à tona decisão arbitrária (ADI no 3.510, p. 356, 363 e 373). Sua maior referência para o julgamento passa a ser, então, os argumentos das partes, do *amicus curiae*,⁶ da doutrina e de recursos tradicionais de retórica.

Com isso, o ministro vê nos argumentos dos opositores da constitucionalidade da norma uma incoerência, pois se fossem coerentes com o raciocínio que subjaz ao pedido de inconstitucionalidade, teriam de se opor à fertilização *in vitro em si, coisa que não fazem. Lança então o argumento baseado em uma suposta unanimidade de que é “fato incontornável que todos acham lícita a produção excedente de embriões” (ADI no 3.510, p. 357) para ressaltar que “como se vê, o argumento prova demais” (ADI no 3.510, p. 362)*

6. O *amicus curiae* (amigo da corte) é um terceiro – isto é, alguém, seja pessoa, entidade ou órgão, que não é parte na ação judicial – que, devido a seus interesses ou conhecimentos específicos, participa do processo para prestar informações imputadas importantes para o melhor julgamento da causa.

e concluir que não é garantido, dentro da proteção jurídica de que goza o embrião, o direito de nascer, sendo a norma atacada na ADI plenamente constitucional. Segundo o ministro, já que o descarte dos embriões é autorizado pela Constituição, mais ainda seria seu uso para pesquisas que visam a desenvolver terapias ou tratamentos (ADI no 3.510, p. 383).

Após ressaltar os problemas que vê na edição de sentenças de perfil aditivo pelo STF, pelo risco de o tribunal assumir papel legislativo e, assim, contrariar em vez de proteger a Constituição, Marco Aurélio também inicia seu julgamento ressaltando que devem ser colocadas em segundo plano as paixões de qualquer ordem e buscar-se a prevalência dos princípios constitucionais, não deixando predominar opiniões exteriores ao Direito, mas sim um contexto técnico-jurídico (ADI no 3.510, pp. 405-407). Depois, dentro de tal contexto técnico-jurídico, faz referência à Bíblia, a Santo Agostinho e Aristóteles, a um biólogo vencedor do prêmio Nobel e chega mesmo a afirmar que, nesse julgamento, o pensamento da população brasileira medido pelo IBOPE deveria ser levado em conta (ADI no 3.510, pp. 409, 412 e 418). E disso conclui que, julgando a partir da perspectiva emancipatória dos direitos humanos, a lei é constitucional, pois busca atender ao princípio da solidariedade e efetivação da dignidade da pessoa, já que as pesquisas com as células-tronco buscariam justamente devolver às pessoas acometidas por doenças e acidentes uma vida razoavelmente satisfatória (ADI no 3.510, p. 415 e 421).

O sempre hiperbólico Celso de Mello, por sua vez – votando em causa que considera a “mais importante da história do STF” (ADI no 3.510, p. 59) – também destaca que o único critério a ser utilizado na solução da controvérsia em questão tem de ser o que se fundamenta na Constituição e nas leis da República (p. 432) – ainda que isso não o conduza a uma argumentação positivista, ao destacar que, independente do Estado e do momento histórico, a pessoa humana será sempre o núcleo fundante e legitimador de qualquer ordenamento jurídico (ADI no 3.510, pp. 432, 424). O que, todavia, não o impede de fazer referência, para além da doutrina e pactos e tratados internacionais, a um congresso de bioética e afirmar que, dentre as várias teorias a respeito da vida, cabe

ao intérprete decidir qual mais se adequaria ao interesse público e qual seria a opção que daria efetividade ao princípio da dignidade da pessoa humana (ADI no 3.510, p. 446-447). Destacando também que o direito à vida pode ser ponderado, chega por fim à conclusão de que a lei é constitucional, seguindo o voto do Ministro Ayres Britto que, segundo ele, permite que milhões de brasileiros que hoje sofrem e se acham postos à margem da vida, possam gozar do exercício concreto de certos direitos básicos e inalienáveis como o direito à busca da felicidade e o direito de viver com dignidade (ADI no 3.510, p. 454, 458).

O último ministro a votar é Gilmar Mendes, que começa dissertando sobre a importância do julgamento para o STF enquanto espaço de representação democrática. Segundo ele, em julgamentos como esse – que, é bom lembrar, foi precedido por audiências públicas com a presença da sociedade civil, além de contar com a participação ativa dos *amicus curiae* – os anseios sociais encontram guarida num debate com regras pré-estabelecidas de procedimento e argumentação. Isso, ele continua, demonstra que o STF também pode ser a “casa do povo” como o parlamento, com a corte aparecendo como espaço democrático aberto à reflexão e à argumentação jurídica e moral (ADI no 3.510, p. 465). Faz então referência a Alexy e resalta que nos tribunais constitucionais o povo é representado argumentativamente (ADI no 3.510, p. 465-466). Conclui daí que não há como negar a legitimidade democrática da decisão da corte e que o debate sobre a lei começou no Congresso e foi reativado no STF com sua nota distintiva da racionalidade argumentativa e procedimental (ADI no 3.510, p. 467).

O resultado disso, para Gilmar Mendes, deveria ser uma interpretação da lei conforme a Constituição que edite sentença de perfil aditivo. Fazendo referência a Dworkin, Habermas e, principalmente, Hans Jonas, Gilmar Mendes afirma que, já que “todos concordam que há elemento vital a ser juridicamente protegido antes do nascimento” (ADI no 3.510, p. 469) e que “há consenso sobre o fato de que os avanços científicos que têm como objeto o próprio homem devem pautados pelo princípio responsabilidade”⁷

7. O “princípio responsabilidade” que Gilmar Mendes traz à tona possui fulcro no trabalho de Hans Jonas (2006) *O Princípio Res-*

(ADI no 3.510, p. 470). Para o ministro, deve-se ter em conta que os direitos fundamentais não protegem somente contra excessos, mas também contra proteção insuficiente. Com base nisso e no escrutínio do direito comparado, analisando a legislação da Alemanha, Austrália, França e Espanha, chega à conclusão de que “é impossível negar a deficiência da lei brasileira” (ADI no 3.510, p. 487). Assim, uma interpretação conforme o princípio da responsabilidade exigiria que o STF abandonasse o dogma de legislador passivo e se aliasse à doutrina jurisprudencial mais progressista já adotada nas cortes europeias, que permite aos tribunais constitucionais ação criativa para a efetivação de direitos, aceitando as sentenças aditivas, como deveria ser a decisão, segundo ele, da ADI no 3.510, que pecaria por falta de precauções na manipulação dos embriões humanos (ADI no 3.510, p. 469).

Da análise dos argumentos utilizados pelos ministros, percebe-se o claro anseio por concretizar os dizeres do ministro Eros Grau, quando destaca que, por mais que a pré-compreensão do caso seja condicionada pela biografia particular de cada ministro, a fundamentação do voto será sempre jurídica (ADI no 3.510, p. 318). O que não fica claro, no entanto, é o que caracteriza essa fundamentação jurídica, que, certamente, não é de tipo formalista ancorada meramente na lei. Afinal, os ministros fazem uso das mais diversas fontes e formas de argumentação nos seus votos e justamente os ministros que a princípio parecem mais tendentes a adotar uma abordagem mais formalista do ordenamento jurídico, Cezar Peluso e Marco Aurélio, são justamente os que mais se afastam de uma postura legalista, concentrando-se fortemente na estrutura do argumento das partes, no caso do primeiro, e admitindo mesmo a utilização de uma capitação da opinião pública por meio de pesquisa do IBOPE, no caso do segundo.

Mesmo que tratando de caso bem diferente do primeiro, também cabe destacar que duas facetas im-

ponsabilidade: Ensaio de uma Ética para a Civilização Tecnológica. Nesse trabalho Jonas busca propor um princípio ético que condicione a ação humana a imperativos que mantenham a todo custo a possibilidade da permanência humana sobre a Terra, por exemplo, impossibilitando a destruição do meio-ambiente a ponto de inviabilizar a vida e a interferência na genética humana a ponto de descaracterizar seus atributos de humanidade.

portantes do julgamento dos mandados de injunção analisados anteriormente marcam presença no julgamento da ADI no 3.510. Em menor grau, aparece a tensão entre as funções judiciárias e legislativas, com Gilmar Mendes fazendo forte defesa de uma postura mais ativa do tribunal e Marco Aurélio destacando os problemas que esse tipo de postura poderia trazer. Nesse ponto, é interessante notar como o ministro Leandro Lewandowski, que criticou duramente as sentenças aditivas no julgamento dos mandados de injunção, não titubeou em lançar mão do expediente quando se mostrou útil à efetivação de seu próprio entendimento a respeito da matéria tratada na lei de biossegurança.

Mas o que volta a aparecer nesse julgamento com ainda maior força do que no primeiro é a hegemonia do discurso de que a Constituição é uma carta de direitos, não só individuais, e que precisam ser efetivados, o que também seria papel do STF. Tanto nos votos vencidos, como nos votos vencedores, há a preocupação de fazer da corte constitucional um lugar de efetivação dos direitos contidos na Constituição. Os três últimos votos analisados, por exemplo, por mais distintos que sejam, não deixam de falar todos em efetivação de direitos e princípios constitucionais. E o quanto esses direitos e princípios não devem ser vistos sob uma perspectiva individualista e liberal fica ainda mais claro quando alguns dos ministros afirmam que o direito à vida pode ser relativizado e ponderado e destacam a importância, por exemplo, da livre manifestação científica e da solidariedade intergeracional. Mesmo assim, o utilitarismo e uma visão mais pragmática enfrentam forte oposição dentro do tribunal, com vários dos ministros assumindo nítida posição de uma defesa de direitos como freios éticos ao progresso científico, por exemplo.

2.3 Terceiro estudo de caso: competição eleitoral e regulação judicial da política

Se o primeiro caso analisado versava sobre um “caso quente”, judicializado por ter sido evitado pelo Legislativo em razão de seu alto custo em termos de votos, e o segundo caso analisado dizia respeito a um caso judicializado pelo fato de o Judiciário poder se apresentar como nova instância de disputa política sobre tema já decidido pelo Legislativo, o terceiro caso a ser analisado aparece como uma intersecção desses

dois modelos. Trata-se de um assunto “quente” para os partidos políticos: a regulação da competição eleitoral. Mas que também foi judicializado para buscar nova instância de decisão, buscando reverter uma judicialização anterior. Ele diz respeito a resoluções do TSE que, depois, foram questionadas junto ao STF. Isto é, decisões de um órgão do Judiciário questionadas junto a outro órgão do Judiciário.

Esse caso paradigmático é o julgamento das ADIs no 3.999 e 4.086. Essas são as duas ADIs que questionaram as resoluções no 22.610/07 e 22.733/2008 do TSE, nas quais foi reconhecido que os cargos eletivos pertenciam aos partidos e não aos candidatos e que, no caso de infidelidade dos últimos, o cargo vagaria em benefício do partido pelo qual o candidato havia sido eleito. O Partido Social Cristão (PSC) e o Procurador Geral da República argumentaram então, por meio das ADIs, que o TSE teria invadido competência privativa do legislador para a regulação da competição eleitoral ao definir nova forma de perda de mandato: a infidelidade partidária sem justa causa. O STF, no entanto, reconheceu por maioria de votos a constitucionalidade das resoluções e confirmou como válida a desfiliação por infidelidade partidária.

Aqui, no entanto, a atenção estará concentrada na decisão do STF, em como a suprema corte brasileira julgou as duas ADIs. Quanto a isso, cumpre destacar que padrões observados nas decisões anteriores mais uma vez se repetem, o que justifica uma análise mais breve deste último caso – que conta também com fundamentação mais exígua que os dois primeiros. Mais uma vez, os ministros se manifestam em tom pessoal (ADIs no 3.999 e 4.086, p. 10, 31, 46), buscam dar integridade à Constituição (ADIs no 3.999 e 4.086, p. 28, 34, 36, 38, 46, 53), à legislação (ADIs no 3.999 e 4.086, p. 41, 53), à jurisprudência (ADIs no 3.999 e 4.086, p. 29, 43, 56, 59) e ao direito comparado (ADIs no 3.999 e 4.086, p. 14), discutem filosofia política e divisão de poderes (ADIs no 3.999 e 4.086, p. 13, 14, 15, 34, 37, 46, 47-51), dão supremacia aos princípios (ADIs no 3.999 e 4.086, p. 18, 42, 43, 46, 51, 53, 59) e se polarizam entre duas interpretações distintas acerca do ponto de convergência dos votos, isto é, a defesa da Constituição – para a uns, a defesa da Constituição se traduz na obediência à soberania popular e divisão das funções legislativas e judiciárias (ADIs no 3.999 e

4.086, p. 13, 15, 17, 32, 33, 34, 36, 47-51) e, para outros, essa defesa se traduz na necessidade de uma postura judiciária mais ativa que vise a efetivação dos direitos e princípios inscritos na carta constitucional (ADIs no 3.999 e 4.086, p. 18, 26, 30, 39, 46, 53, 62).

Novamente, o segundo entendimento prevaleceu e, com isso, reconheceu-se que a decisão do TSE, por mais que reveladora de uma posição normativa mais ativa do tribunal, não fazia mais do que dar efetividade a um princípio que, mesmo que não reconhecido explicitamente, já era parte do ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, decorrente da correta leitura das decisões políticas anteriores – em especial da Constituição e o modelo de competição política que propõe – e que, conseqüentemente, não foi criado pela resolução do TSE que, por isso, nem legislou e nem invadiu competência do Legislativo. Pelo contrário, cumpriu a função precípua dos tribunais de efetivar princípios que dão unidade à cultura institucional local, iluminando-a por uma moralidade comum.

Com isso, mesmo que o ministro Eros Grau tenha argumentado que as resoluções “multiplamente inconstitucionais” contêm um “abuso de inconstitucionalidade”, por inovar no ordenamento jurídico e, assim, solapar a importância da legalidade e da interdependência e harmonia entre os poderes (ADIs no 3.999 e 4.086, p. 31-35), e que o ministro Marco Aurélio tenha destacado que, ao se reconhecer o caráter geral e abstrato das resoluções do TSE, permitindo seu controle de constitucionalidade, dever-se-ia, conseqüentemente, reconhecer que o TSE legislou e, assim, a justiça eleitoral teria substituído de forma inconstitucional o Congresso (ADIs no 3.999 e 4.086, p. 49-51), isso não impediu argumentos divergentes nos votos dos demais ministros. Ricardo Lewandowski, por exemplo, destacou que o princípio da fidelidade partidária decorre diretamente do arcabouço constitucional (ADIs no 3.999 e 4.086, p. 29) e, no mesmo sentido, Ayres Britto citou Celso de Mello que disse textualmente que: “o direito vindicado pelos partidos políticos afetados por atos de infidelidade partidária não nasce nem surge da resposta que o TSE deu à consulta à que lhe foi submetida, mas representa emanção direta do próprio texto da Constituição, que a esse mesmo direito confere realidade e dá suporte legitimador, especialmente em face dos fundamen-

tos e dos princípios estruturantes em que se apoia o Estado Democrático de Direito, como a soberania popular, a cidadania e o pluralismo político” (ADIs no 3.999 e 4.086, p. 42).

Mais uma vez, a lógica que orienta a jurisdição dos ministros do STF não obedece a um modelo de regras, mas sim busca efetivar um conjunto de princípios, mais próximos da proposta dworkiniana do que da ideia de Direito do positivismo. A orientação por princípios chega a resultar num voto curioso do relator Joaquim Barbosa que, após tecer duras críticas à intervenção do Judiciário na tarefa legislativa e, conseqüentemente, censurar as resoluções do TSE, posiciona-se a favor da sua constitucionalidade pelo “princípio da disciplina colegial” que, a seu ver, deve condicioná-lo a seguir a posição do tribunal eleitoral.

Assim, instados a dar respostas à sociedade, o TSE e o STF buscam, como na terminologia de Dworkin, escrever um “romance em cadeia” de natureza política, sob a luz de uma noção substantiva de democracia que seus ministros entendem estar inscrita nos capítulos anteriores desse romance, isto é, em decisões políticas pretéritas, como a Constituição de 1988 e outras leis eleitorais. Contudo, nesse ponto, duas visões distintas sobre a história anteriormente escrita se contrapõem e lutam por hegemonia, com duas cadeias discursivas pressionando a significação do sistema democrático inscrito na Constituição em direções diferentes. De um lado, alguns ministros alinham os elementos do discurso constitucional sob a égide da separação de poderes como significado da soberania popular; de outro, outros ministros conseguem fazer hegemônico um discurso em que uma noção substantiva, e não meramente procedimental, de democracia exige o reconhecimento do princípio da fidelidade dos candidatos aos partidos como única forma de um sistema eleitoral ser verdadeiramente representativo da vontade dos eleitores expressa no dia da eleição.

3 Redescrição analítica: articulando os dados empíricos ao referencial teórico escolhido

Tendo em vista o que foi observado nos estudos de caso do tópico anterior, em que sentido o referencial

teórico-metodológico proposto nesta pesquisa poderia ajudar na compreensão do atual quadro de judicialização da política no Brasil? Para tornar o ponto mais claro, passo agora à redescrição analítica do que foi observado nos casos anteriores, tendo como referência as diretrizes propostas na introdução do trabalho.

Recapitulando. O primeiro movimento presente numa configuração hegemônica, tal como caracterizada por Laclau (2007), é o chamado “deslocamento”, que pode ser entendido como uma “emergência do real”, no sentido lacaniano do termo real. Isto é, a sociedade é uma totalidade discursiva, mas que conta com uma realidade que a ultrapassa, que é a realidade que não faz parte da sociedade por não ter sido assimilada discursivamente escapando, portanto, à compreensão. Essa realidade é o que Lacan chama de “real”, que não se confunde com o “simbólico”, que é o que permite a intermediação inteligível entre os seres humanos e as coisas em si. Isso não impede que o que escapa à simbolização, mesmo que não seja compreendido, cause efeitos. A essa “emergência do real”, isto é, a emergência de eventos que não conseguem ser assimilados dentro de formações discursivas prévias, é o que Laclau (2007) considera um “deslocamento”. É esse deslocamento que instaura a instabilidade dentro dos discursos relativamente estáveis sedimentados na sociedade e abre espaço para a ação política, propriamente transformadora. É ele que não somente requer a ação do sujeito, mas que a permite, já que, superado esse deslocamento pela assimilação discursiva dos elementos deflagradores da crise, o sujeito também passa a uma posição de sujeito dentro desse discurso que foi capaz de “domesticar” a realidade que o excedia.

Dentre essas emergências do real, destaco no primeiro caso analisado, a demora legislativa. O discurso de separação de poderes não entraria em xeque se dependesse apenas das previsões constitucionais, apesar da presença em seu bojo, desde o início, do Mandado de Injunção – afinal, o instituto poderia não ser nunca mobilizado, ou jamais ter-se identificado um caso de injustificada demora do Legislativo na produção de norma regulatória de direito constitucional. Acontece que a reiterada recusa tanto do Legislativo, quanto do Judiciário – dentro do seu primeiro

entendimento do Mandado de Injunção – em dar provimento ao gozo de um direito constitucionalmente garantido, gerou instabilidades num discurso jurídico em que, já sob o auspício de novas teorias políticas e jurídicas menos formalistas, figurava como um de seus elementos importantes a efetivação dos direitos constitucionalmente previstos. Essa mesma instabilidade se apresenta no segundo caso, em que o avanço da biomedicina fez com que o discurso tradicional de respeito à vida e à dignidade das pessoas dentro do Direito passasse a não dar conta dos avanços científicos sem distinguir, ou não, o status das pessoas já nascidas e o dos embriões. Já no terceiro caso, dentro de um sistema partidário em que o normal seria o candidato se manter no partido que o elegeu, a recorrente infidelidade partidária também se tornou um elemento de instabilidade desse discurso que precisava se transformar e definir melhor certos pontos – se o mandado pertence ao partido ou ao candidato – que, em tese, não precisariam entrar em conflito, mas que, de fato, estavam entrando.

Uma das formas de assimilação discursiva do deslocamento, na obra de Laclau (2007), é o antagonismo, em que uma posição diferencial passa a ser entendida como um obstáculo à consolidação de uma identidade à qual se contrapõe. Como já transparece no parágrafo anterior, essa assimilação do deslocamento como antagonismo, base para a ação política, é o que aconteceu nos casos analisados. Quando a emergência do real é significada como algo além do controle da ação humana – derivada da vontade de Deus, da natureza, ou de um imperativo sistêmico, por exemplo – o espaço para a ação política e transformação dos discursos permanece fechada. Os servidores públicos poderiam entender que a não regulamentação do seu direito de greve derivava de uma demora normal dentro do sistema democrático e assim, poderiam se manter passivos. Contudo, não foi o que se observou e tal deslocamento foi assimilado como antagonismo, abrindo-se às vias de transformação política e efetivando verdadeiros sujeitos sociais capazes de empreender transformações nos discursos típicos que buscavam configurar a situação em que se encontravam.

Dentro dessa lógica, no primeiro caso, a demora dos legisladores foi entendida como uma displicência

legislativa que se oporia à concretização de direitos garantidos constitucionalmente, bloqueando-a. No segundo, com a possibilidade da destruição de embriões humanos para a realização de certas pesquisas, o progresso científico também passou a ser significado como opositor à garantia do direito à vida, igualmente constitucionalizado e juridificado. No terceiro, a migração partidária dos candidatos após as eleições passou a ser compreendida como um tipo de ação pragmática individual que bloqueava a consolidação de um regime democrático partidário.

Abria-se assim, em todos os casos, um espaço para a ação política, no sentido de ação que visa a buscar hegemonia dentro de uma determinada configuração discursiva. Pois havia em todos eles um antagonismo – isto é, uma identidade entendida como bloqueadora de alguma outra – e também uma representação da plenitude ausente que permitia que cada uma daquelas demandas particulares se apresentasse como universal, falando em nome da Constituição (primeiro caso), da vida (segundo caso) e da democracia (terceiro caso). Não em todos os exemplos essa articulação discursiva e o movimento sinedótico lograram êxito e a hegemonia foi obtida no sentido pretendido por aqueles que mobilizaram o aparelho Judiciário. Mas, em todos eles, é possível compreender que houve uma ação política que via no Judiciário uma arena privilegiada para se desenrolar em direção à busca de hegemonia.

Cabendo ao Judiciário a guarda da Constituição e estando constitucionalizada uma série de significantes de tendencial vacuidade, incluindo a Constituição em si, esse Poder se abre à luta pela hegemonia e, por vezes, se mostra como estrategicamente privilegiado para tanto. Um exemplo claro são os chamados “casos quentes” que impõem à arena Legislativa custos altos dentro de uma lógica dependente de votos, excluindo sistematicamente dessa arena determinadas demandas. É onde se encaixa o primeiro e, em certo sentido, também o terceiro casos estudados. Outro exemplo reside em situações que pretendem reverter a hegemonia obtida alhures, apelando a um princípio constitucional contra uma decisão política majoritária já tomada no Legislativo. O segundo e, mais uma vez, em certo sentido, o terceiro casos estudados podem ser entendidos como representantes dessa situ-

ação. E, por mais lentas que sejam as disputas judiciais, a busca por uma liminar na justiça, munida da coercitividade estatal, pode se apresentar como um caminho mais célere para a concretização de dada demanda do que tentativas de modificar a posição de certas instituições públicas ou privadas por meio de greves, passeatas, etc. Assim, símbolos de uma plenitude ausente – como a igualdade, a liberdade, a dignidade, a ordem constitucional, etc. – politizam o Direito abrindo-o à necessidade de preencher com significados específicos esses significantes de tendencial vacuidade, da mesma forma que ocorre na disputa política parlamentar, nos movimentos sociais, na formação de identidades coletivas, etc. e, conseqüentemente, reprimindo as alternativas discursivas que não conseguiram a hegemonia.

Isso tudo não impede, por certo, que, por mais que a teoria da hegemonia, tal como desenvolvida por Laclau (2007) e utilizada neste estudo, seja pensada num nível de abstração capaz de abarcar a ação política em todos esses modelos, existam diferenças de um modelo para o outro e existam especificidades nas práticas hegemônicas, por exemplo, dentro das instituições jurídicas e legislativas ou das instituições jurídicas e dos movimentos sociais. Igualmente, deve-se destacar ainda que a possibilidade de uma leitura das práticas judiciais sob uma chave de práticas hegemônicas, da mesma forma que não impede a diferenciação da ação política feita no Judiciário e a ação política feita em outras instâncias,⁸ tampouco impossibilita críticas para além do reconhecimento de que a hegemonia se estabeleceu num sentido e não em outro.

8. O escopo deste artigo é o de analisar a decisão judicial como tipo de decisão política, mas não é sua intenção desenvolver aqui o ponto que diz respeito às características singulares desse “tipo” específico. Tal intuito demandaria um aprofundamento do debate acerca do que é e deve ser a prática judicial, o que implicaria confrontar linhas teóricas como, por exemplo, o juspositivismo, o direito como integridade de Dworkin e o pragmatismo jurídico, ou mesmo diferentes compreensões acerca do direito nas Ciências Sociais, sobre se o direito seria um sistema autopoietico, um campo relativamente autônomo, ou uma forma de produção da verdade, etc. Sendo assim, por mais que se trate de tema diretamente relacionado ao objeto da pesquisa aqui desenvolvida, os limites de dimensão do artigo não permitem desenvolver tal ponto com a devida propriedade.

É possível haver decisões completamente fora do enquadramento de uma tentativa de compor uma integridade hegemônica, como decisões aleatórias, estritamente pessoais e voluntarísticas, etc. Com base na teoria do discurso de Laclau (2007), aliada à psicanálise de Lacan, Jason Glynos e David Howarth (2007) destacam, por exemplo, como ainda é possível revelar a “lógica fantasmática”, ou seja, calcada na fantasia, por trás de determinada articulação discursiva. Segundo os autores,

Se a lógica política proporciona a um quadro de significação politicamente modulado com o qual se mostra como práticas sociais surgem e são transformadas, a lógica fantasmática proporciona os meios para entender porque algumas práticas específicas “fisgam” os sujeitos. (...) Para nós, portanto, a lógica fantasmática contribui para o entendimento da resistência à mudança de práticas sociais (a “inércia” das práticas sociais), mas também para o entendimento da velocidade e direção de mudança quando essa mudança acontece (o “vetor” das práticas políticas). (...) evidência empírica indicativa da presença de um objeto fantasmático pode ser identificada perguntando-se se ela resiste ou não à divulgação pública oficial. Além disso, nós podemos dizer que aspectos da realidade social que lidam com gozo fantasmaticamente estruturado sempre possuem características contraditórias, exibindo um tipo de oscilação extrema entre posições incompatíveis (Glynos & Howarth, 2007, p. 145-148).⁹

Um crítica à lógica fantasmática que subjaz à argumentação dos ministros do STF poderia ser encampada, portanto, em situações em que a coerência de um discurso é baseada na ocultação, perante o debate público, de certas articulações, que são mantidas na e pela fantasia privada. Dentre essas junções que parecem faltar em alguns discursos, poderia ser apontada, por exemplo, a ligação que permite ao Ministro Marco Aurélio alegar e acreditar que opera sob um ângulo “técnico-jurídico”, sem que isso impeça sua referência à Bíblia a ao IBOPE (ADI no 3.510).

9. Tradução livre do autor.

4 Conclusão: consequências de se considerar a decisão judicial como decisão política

Compreendida da forma como propõe este estudo, a decisão judicial pode ser considerada uma espécie de decisão política, que visa a reagir a um deslocamento identificado como um antagonismo social. Tomada em bases contingente, essa decisão rearticula uma formação discursiva estabelecendo novas fronteiras e identidades coletivas que inovam o significado do próprio discurso, transformando o que antes era apenas um elo dessa cadeia discursiva na representação de sua universalidade e instituindo uma hegemonia capaz de produzir um estancamento precário no fluxo de sentidos possíveis dentro do campo de discursividade afetado pela decisão. Ou seja, a decisão judicial não é muito diferente de outros tipos de decisões que dão identidade a demandas de movimentos sociais ou partidos políticos. A meu ver, essa lógica informaria melhor a prática judicial do que compreensões mais técnicas, que presumem que decisões são tomadas sobre bases incontestáveis.

Quando um médico aplica uma medicação ao paciente, atua com vistas à proteção desse paciente apenas, devendo unir a medicação e o organismo doente com o propósito de preservar a vida, como um bem que se presume ser valioso. Os pressupostos dessa atuação – por exemplo, de que a vida é um bem valioso em si mesmo e que o corpo humano pode ser medicado – não são questionados e o conflito a ser resolvido, entre paciente e doença, deve ser resolvido em favor do primeiro. Essa atuação técnica tende a se desenrolar sobre o que Laclau e Mouffe (2006) consideram o “social”, isto é, práticas discursivas bastante sedimentadas, que não sofrem deslocamentos constantes. É neste sentido também que Glynos e Howarth (2007) caracterizam a “lógica social”, em contraponto à lógica política, que, por sua vez, seria responsável justamente pela reativação da contingência desses discursos “pacificados” em sua dimensão social.

Exercícios de imaginação podem sugerir possíveis situações de instabilidade nessas pressuposições do médico – isto é, para fazer uso do vocabulário de Laclau (2007), situações em que a emergência de uma realidade que não consegue ser domesticada pelos

discursos à disposição dos sujeitos causa uma desarticulação estrutural que põe em disputa o significado do que antes era pressuposto, exigindo a ação política. Parece claro que um organismo que parasite o corpo humano deve ser eliminado para permitir a continuidade da vida humana. Porém, digamos que esse corpo humano venha a ser o de um clone, vítima de uma experiência buscando a cura de milhares de pessoas, ou que esse parasite, agora indo mais longe na ficção científica, seja um organismo alienígena de uma nação amiga de outro planeta. A desigualdade presumida entre o status e a dignidade do corpo humano e o status e dignidade de seu parasite poderia ser, nesses casos, questionada e a atuação do médico passaria a ser menos uma atuação técnica do que uma ação política visando a redelimitar a identidade do que seria a humanidade ou as fronteiras entre amigos e inimigos de uma política externa interplanetária. Para não fazer necessários tais exercícios imaginativos tão delirantes, basta pensar na controvérsia dos casos de eutanásia, nos quais uma vida tida por indigna torna instável a pressuposição comum aos tratamentos médicos de que a vida humana é um bem em si mesmo.

Essas decisões de caráter mais político do que técnico tendem a não surgir com frequência na prática do médico que busca curar seus pacientes. No entanto, há razões para acreditar que isso é muito mais comum na prática do juiz que visa a solucionar os conflitos levados a um tribunal. Como destacam Martin Shapiro e Alec Stone Sweet (2002, p. 20), se o juiz não tivesse de escolher entre alternativas, se ele simplesmente aplicasse a regra fornecida a ele pelos estatutos e alcançasse sua conclusão comandado por uma lógica jurídica inexorável, ele não seria mais interessado politicamente do que uma máquina da IBM, que poderia ser projetada para substituí-lo. No entanto, ao se reconhecer que a escolha é inerente às fases do comportamento humano que têm sido tradicionalmente objeto dos estudos jurídicos, o adjetivo “político” passa a poder ser ligado à atividade judicial, que pode ser considerada assim, atividade política.

Existem casos judiciais que geram decisões como as do médico que deve curar a doença de um paciente. São casos em que o juiz pode pressupor um consenso bastante estável sobre quem deve ter razão na

causa sob seu julgamento. Mas, em princípio, uma causa judicial envolve partes numa situação de igualdade, cada uma reclamando que o direito local está em seu socorro e não em socorro de seu concorrente. Uma defesa meramente protelatória, ou um pedido de redução de uma punição aceita como merecida, ainda assim mobilizam um questionamento jurídico a respeito do direito possuído pela parte que acusa. As prescrições do Direito existem para serem obedecidas e, dessa forma, fazer parte do que Laclau (2007) chama de “social” – do garantido, do presumido como correto, do incontestado. Mas quando é desobedecido e gera uma demanda judicializada e depois resistida, o direito é fonte de um antagonismo e as decisões a seu respeito passam a ser políticas.

Um exemplo corriqueiro, usado por Dworkin, de uma situação jurídica de solução fácil, isto é, que apenas reproduziria os pressupostos estáveis do que Laclau e Mouffe (2006) chamam de social, é o da multa por ultrapassagem do limite de velocidade de uma via. Se está sinalizado que o limite de velocidade de determinada via é de 60 km/h, trafegar em tal via a, por exemplo, 80 km/h seria uma infração sujeita a multa. Mesmo assim, é possível questionar a pertinência do limite de velocidade imputado àquela via levando em conta políticas mais gerais de organização do trânsito. Se outras tantas vias, na mesma situação daquela, permitem uma velocidade maior, uma pessoa multada por excesso de velocidade poderia questionar o porquê de justamente a via em que foi multada ter um limite de 60 km/h, mesmo estando na mesma situação – por exemplo, em linha reta, sem inserção em perímetro urbano ou cruzamentos, etc. – de outras que permitem o tráfego a 80 ou 110 km/h. Ela poderia cobrar uma justificativa para o tratamento diferenciado daquela via e, em não havendo tal justificativa, não seria impossível ao Judiciário decidir em seu favor, entendendo que houve violação à igual consideração e respeito entre o motorista multado e os demais que trafegam a maiores velocidades em vias outras do mesmo tipo daquela.

Por conta disso, a decisão judicial, especialmente quando aceita sua formatação não apenas por regras, mas também por princípios, aproxima-se mais de decisões políticas, que visam a domesticar o “político”, enquanto ontologia conflituosa, do que de de-

cisões técnicas que visam a reproduzir discursos sedimentados como certezas. Voltando ao exemplo do médico, ele aplica o medicamento, que é assimilado pelo doente. O juiz não faz algo desse tipo com a lei. A lei não é aplicada e assimilada pelo caso concreto. Ela altera o entendimento a respeito daquele caso – por exemplo, o que era uma briga de vizinhos passa a ser uma causa judicial – e é por ele alterada – gerando um precedente que influencia a sua interpretação futura. Mas a norma e o caso permanecem independentes um do outro, sendo apenas contingentemente articulados, como acontece numa demanda política, em que grupos diferentes falam em nome da igualdade, da liberdade, etc., permanecendo como unidades independentes umas das outras: de um lado, os valores e, do outro, os movimentos sociais ou partidos políticos que os mobilizam.

Como num antagonismo social não estão decididos de antemão quem devem ser os vencedores e os vencidos, – ao contrário do embate entre o paciente e sua doença – resta aos grupos disputarem quem fala em nome da universalidade. Sejam esses grupos partidos políticos, sejam partes num processo. Seja um partido social-democrata fazendo oposição a um partido liberal que afirma que o liberalismo não promove a igual consideração e respeito por todos, seja a pessoa do exemplo anterior, multada por excesso de velocidade, alegando a necessidade de igual consideração e respeito por todos para se defender de tratamento, a seu ver, injusto. Uma pretensão jurídica resistida num tribunal ou a oposição política no parlamento tendem a gerar decisões políticas no sentido proposto por Laclau e Mouffe (2006), já que, de acordo com esses autores, a política é justamente a dimensão social de amortização do “político”, que representa uma ontologia baseada no conflito.

Nem toda decisão tomada na esfera política, tal como essa esfera é compreendida corriqueiramente – isto é, no interior da estrutura do Estado, ou na manifestação de partidos políticos e de movimentos sociais, etc. –, é uma decisão política no sentido proposto por Laclau e Mouffe (2006). Um político, no sentido profissional do termo, ou uma instituição política, como o Congresso Nacional, tomam no dia-a-dia, decisões mais técnicas, ou mesmo visando vantagens pessoais, como em transações econômicas. Um par-

tido e um governo que buscam formar uma coalizão podem negociar cargos, apelando somente para as vantagens que a negociação traria a cada um dos lados, sem redelimitar identidades coletivas, apelar a valores universais ou confrontar projetos de uma sociedade melhor. Da mesma forma, há casos jurídicos em que a tendência de a decisão ser favorável a uma das partes é tão forte, que o tribunal se torna mais o palco de barganha econômica – por exemplo, negociação de uma dívida reconhecida pelo devedor – do que o conflito entre diferentes formas de entender o direito do país, cada qual dando razão a uma das partes.

No entanto, apesar de casos desse tipo, os tribunais e parlamentos são tendencialmente o palco de desenvolvimento de um conflito mediado por regras próprias, cuja decisão final sempre apresenta certa contingência. Se assim não fosse, os que disputam esse jogo político não aceitariam as suas regras. Logo, o potencial de formatação de antagonismos sociais no Direito é inato. Mesmo assim, tem-se a impressão de que apenas recentemente o Direito teria se tornado propriamente político. E, em certo sentido, isso é verdade, pois é nas democracias constitucionais contemporâneas que a dimensão política do Direito se radicaliza.

Segundo Koerner, Inatomi e Baratto (2011), “a ativação do Judiciário por movimentos populares para fazer valer seus direitos e a receptividade de uma parte dos juízes a essas demandas não começou ontem” (p. 167) . Assim, “indivíduos pobres, livres, libertos e mesmo escravos, não estavam presentes em processos judiciais apenas como sujeitos passivos (réus) ou como objetos (escravo-coisa) dos processos” (p. 167). Logo, desde a época do Império no Brasil, não era incomum que esses grupos mobilizassem o Judiciário brasileiro para se defender ou promover seus direitos.

Esse tipo de dado histórico serve bem a demonstrar o potencial inato das instituições jurídicas para a promoção da ação política em sentido lato. Mas é com a instituição das democracias constitucionais contemporâneas que essa situação se radicaliza. Afinal, como destacam os mesmos autores, nas democracias constitucionais contemporâneas (Koerner, Ina-

tomi e Baratto, 2011)

A ordem política adota a forma de comunidade política instituída, regulada e voltada à realização do direito. A jurisdição judicial continua como uma forma especial de investidura, mas os seus papéis na ordem política são muito mais amplos, incluindo a garantia da ordem constitucional, das condições da democracia política, do pluralismo e da efetividade do princípio do direito nas relações políticas e sociais. Eliminaram-se restrições à jurisdição judiciária, baseada em prerrogativas, domínios reservados para o exercício da autoridade; modificam-se os processos judiciais, que admitem sujeitos coletivos, objetos abstratos e decisões com efeitos gerais, para garantir o acesso a todos e controlar abusos do poder político e econômico. Generaliza-se a forma do “devido processo legal” para a tomada de decisão na administração pública. Criam-se agências autônomas e especializadas para tratar as áreas de regulação da economia e os conflitos sociais, com importantes papéis na prevenção e resolução de litígios. Adotam-se compromissos internacionais de caráter jurídico e com efeitos vinculantes, cuja efetivação pelas autoridades nacionais é controlada pelos próprios juízes dos Estados. Desenvolvem-se as técnicas de interpretação sistemática e teleológica do direito baseado em princípios do Estado de direito, da democracia e dos direitos fundamentais (p. 172-173).

Nos meandros dessa justiça politizada, as partes do processo representam seu lado, mas fazendo com que ele almeje a universalidade, como fazem os partidos ou movimentos sociais. Esse aspecto se radicaliza nas demandas coletivas e de controle do processo legislativo, nas quais este caráter – de expressão de um grupo que tenta falar em nome da coletividade – torna-se ainda mais explícito, como mostram casos analisados neste estudo.

Assim, o Direito torna-se mais explicitamente político por ser mais radicalmente aberto à participação das mais variadas camadas da sociedade como intérpretes de suas normas e usuários de suas instituições. Para a promoção de tal abertura resta fundamental a presença no mundo jurídico dos “patéticos postulados éticos” da justiça e dignidade humana que We-

ber (2004, p. 146) condenou como inadequados a um Direito que tendia à formalização. A inserção desses símbolos de tendencial vacuidade no mundo do Direito é ao mesmo tempo tanto um fator gerador de instabilidade, quanto um fator de democratização, no sentido de abertura da jurisdição à sociedade. A garantia de que o Direito servirá a todos é o que não permite garantir seus resultados. Logo, a segurança jurídica só pode existir no sentido de segurança sobre a apreciação de uma demanda sob os auspícios do Direito e não no que diz respeito a seus resultados.

Claude Lefort (1986, p. 28), cuja noção de democracia embasa fortemente as concepções sociais e políticas de Laclau e Mouffe (2006), destaca que a uma das principais características da democracia é o “vazio” gerado nas instituições de governo. Essa característica da democracia permite que qualquer grupo possa se tornar o porta-voz da coletividade – diferentemente, por exemplo, de um governo dinástico em que poder político e consanguinidade andam juntos. Se o Judiciário, pela abertura de suas instituições e do entendimento acerca de seus institutos, também é marcado pela explicitação do esvaziamento dos marcos de certeza que antes garantiam o Direito, pode-se dizer que ao mesmo tempo em que o Direito ganha instabilidade, ganha também abertura. Os casos estudados confirmam, na prática, esse esvaziamento e flexibilização dos institutos do direito brasileiro. Trata-se de exemplos em que diferentes grupos – trabalhadores organizados, partidos, segmentos religiosos, etc. – por diferentes meios – mandado de injunção e ação direta de inconstitucionalidade – transformaram antagonismos sociais em disputas judiciais apresentando suas demandas particulares como portadoras do real significado dos valores universais expressos na Constituição.

////////////////////////////////////

5 Referências

- Badinter, R.; & Breyer, S. (Orgs). (2004). *Judges in Contemporary Democracy*. New York/London: New York University Press.
- Dworkin, R. (2003). *O Império do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- Fairclough, N. (1995). *Critical Discourse Analysis: the critical study of language*. London: Longman.
- Gill, R. (2013). Análise de discurso. In M. Bauer; G. Gaskell (orgs.). *Pesquisa qualitativa com texto, imagem e som: um manual prático*. Rio e Janeiro: Editora Vozes.
- Glynos, J.; & Howarth, D. (2007). *Logics of critical explanation in social and political theory*. London: Routledge.
- Jonas, H. (2006). *O Princípio Responsabilidade: Ensaio de uma Ética para a Civilização Tecnológica*. Rio de Janeiro, Contraponto.
- Jørgensen, M.; Phillips, L. (2002). *Discourse Analysis as Theory and Method*. London: Sage.
- Koerner, A.; Inatomi, C. C.; Baratto, M. (2011). Sobre o Judiciário e a judicialização. In L. E. Motta; M. Mota (orgs.). *O Estado Democrático de Direito em Questão: teorias críticas da judicialização da política* (pp. 149-180). Rio de Janeiro: Elsevier.
- Laclau, E. (2004). Glimpsing the future. In S. Critchley; O. Marchant. *Laclau: a critical reader* (pp. 279-328). New York: Routledge.
- Laclau, E. (2007) *La razón populista*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- Laclau, E.; & Mouffe, C. (2006). *Hegemonía y estrategia socialista: hacia una radicalización de la democracia* (2 ed). Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica de Argentina.
- Lefort, C. (1986). La question de la démocratie. In C. Lefort. *Essais sur le politique. XIXe e XXe siècles* (pp. 17-32). Paris: Éditions du Seuil.
- Shapiro, M.; & Sweet, A. S. (2002). *On Law, politics and judicialization*. Oxford: Oxford University Press.
- Tate, C. N.; & Valinder, T. (Orgs.). (1995). *The Global Expansion of the Judicial Power*. New York/London: New York University Press.
- Weber, M. (2004 [1921]). Sociologia do direito. In: M. Weber. *Economia e sociedade* (pp. 1-153, vol. 2). Brasília: Unb.
- Werneck Vianna, L.; Carvalho, M. A. R. de; Melo, M. P. C.; & Burgos, M. B. (1999). *A judicialização da políti-*

ca e das relações sociais no Brasil. Rio de Janeiro: Revan.

Data de submissão/Submission date: 16.02.2014

Data de aceitação para publicação/Acceptance date: 07.07.2014