

132. NORMATIZAÇÃO ANTIDEMOCRÁTICA: O DECISIONISMO JURÍDICO DAS INSTÂNCIAS SUPERIORES NA TOMADA DE DECISÃO

Fernando Rodrigues de Almeida

Doutor, Unicesumar.

Maringá – Paraná – Brasil

<http://lattes.cnpq.br/2882794362021505>

<https://orcid.org/0000-0001-6144-7752>

fernando.almeida@unicesumar.edu.br

Luiz Felipe Schier

Graduando, PIVIC, Unicesumar.

Maringá – Paraná – Brasil

<http://lattes.cnpq.br/2511545472160647>

<https://orcid.org/0009-0005-9550-3130>

Luiz.Felipe.Schier@outlook.com

RESUMO

O presente estudo investiga a adoção da teoria decisionista pelo Poder Judiciário brasileiro e seus impactos na democracia representativa, especialmente nas decisões proferidas pelas instâncias superiores do judiciário. Utilizando uma abordagem qualitativa e crítica, fundamentada no método dedutivo, a presente pesquisa parte da hipótese de que o decisionismo jurídico, inspirado pelo jurista alemão Carl Schmitt, compromete a separação dos poderes ao deslocar decisões políticas do poder legislativo para o poder judiciário, fragilizando o estado democrático de direito. Para tanto, realiza-se uma revisão bibliográfica com autores como Carl Schmitt, Hans Kelsen, Fernando Rodrigues de Almeida e Norberto Bobbio, além da análise documental de decisões paradigmáticas do Supremo Tribunal Federal, como a ADO 26, a ADPF 709/2020 e o Tema 1234. A presente pesquisa identifica que a flexibilização interpretativa adotada pelo Supremo Tribunal Federal Brasileiro aproxima-se de um ativismo judicial, gerando uma insegurança jurídica e um risco ao equilíbrio democrático, especialmente ao fundamentar decisões com base em uma omissão legislativa ou urgência social. Como resultado esperado, busca-se contribuir para o debate acadêmico sobre os limites da atuação judicial em uma democracia representativa fundamentada no formalismo de Hans Kelsen, destacando os riscos do decisionismo para a estabilidade institucional e para o estado democrático de direito.

PALAVRAS-CHAVE: Ativismo. Carl Schmitt. Hans Kelsen.

ABSTRACT

This study investigates the adoption of decisionist theory by the Brazilian Judiciary and its impacts on representative democracy, particularly regarding decisions rendered by the higher courts. Using a qualitative and critical approach, grounded in the deductive method, the research is based on the hypothesis that legal decisionism, inspired by German jurist Carl Schmitt, undermines the separation of powers by shifting political decisions from the legislative branch to the judiciary, thereby weakening the rule of law. To this end, a bibliographic review is conducted with authors such as Carl Schmitt, Hans Kelsen, Fernando Rodrigues de Almeida, and Norberto Bobbio, alongside a documentary analysis of landmark decisions from the Brazilian Supreme Federal Court, including ADO 26, ADPF 709/2020, and Theme 1234. The research identifies that the interpretative flexibility adopted by the Supreme Federal Court resembles judicial activism, generating legal uncertainty and posing risks to democratic balance, particularly when decisions are justified based on legislative omission or social urgency. The expected outcome is to contribute to the academic debate on the limits of judicial action in a representative democracy grounded in Hans Kelsen's formalism, highlighting the risks posed by decisionism to institutional stability and the rule of law.

KEYWORDS: Activism; Carl Schmitt; Hans Kelsen.

1 INTRODUÇÃO

A atuação do Poder Judiciário brasileiro vem sendo palco de grandes discussões sobre legitimidade no Brasil. Desde a redemocratização brasileira, o poder judiciário passou a incorporar em suas ações elementos que remetem a teoria decisionista do jusfilósofo

alemão Carl Schmitt. Usando da teoria decisionista, o judiciário brasileiro passou a decidir questões políticas, sociais e culturais de grande relevância social, abandonando a sua função analítica do mérito das demandas processuais e transferindo o conteúdo político do legislador para seu próprio núcleo operante. Tal metamorfose, implica em uma prática antidemocrática por parte do poder judiciário, visto que a inovação da interpretação e aplicação da lei para além da ordem jurídica e do normativismo formalista, confronta os princípios da separação dos poderes. E consequentemente, do estado democrático de direito.

Em virtude de seu poder de decisão supralegal e das inovações jurídicas distantes da apreciação do poder legislativo, torna-se de fundamental importância a discussão da legitimidade das ações do poder judiciário. visto que o modelo democrático representativo, delega ao poder legislativo a atribuição de elaborar, discutir e criar leis que representem os interesses sociais. Para isso, o modelo democrático parlamentar atribui ao poder legislativo o rito do processo eleitoral, onde os interesses morais, culturais e sociais são representados pelo voto direto do eleitor. Que pelo sufrágio da maioria, nomeia um representante sobre o qual assenta a responsabilidade de atender os anseios populares.

De forma distinta, o poder judiciário não possui em sua estrutura constitucional um modelo de responsabilização dos magistrados frente às demandas sociais, tão pouco tempo de mandato para o exercício de sua função ou contestação a nível de discussão democrática de suas ações, abrindo caminho para uma estrutura autoritária de poder. Ainda, o modelo normativista kelseniano, adotado pela constituição de 1988, consagra a neutralidade e impessoalidade como características fundamentais que sustentam as decisões proferidas pelos magistrados, buscando uma discricionariedade limitada do judiciário em face da aplicação e interpretação legal.

É sob a ótica das matérias de Teoria Geral do Direito e Teoria do Estado e da Constituição, que o presente estudo possui como objetivo analisar a legitimidade do Poder Judiciário Brasileiro frente a tomada de decisão sobre questões políticas sociais, e como a adoção de elementos da teoria decisionista de Carl Schmitt pelos tribunais superiores brasileiros representa uma ameaça à representação política, divisão dos poderes e a democracia brasileira.

Para a análise desse caso, foi necessário a pesquisa de obras literárias cujos autores possuem grande relevância para a formação doutrinária do estado e da constituição

brasileira, obras de Carl Schmitt, Hans Kelsen e Fernando Rodrigues de Almeida, foram as principais fontes de estudo para a análise do caso.

Portanto, o presente resumo expandido busca, como projeto de pesquisa, através de uma reflexão crítica ancorada em Carl Schmitt, Fernando Rodrigues de Almeida, Hans Kelsen e Norberto Bobbio; analisar de que maneira a crescente atuação das instâncias superiores do judiciário brasileiro por meio da teoria decisionista, subvertem o princípio da divisão dos poderes criando uma ameaça ao estado democrático de direito e a democracia representativa.

2 REFERENCIAL DEMOCRÁTICO KELSENIANO.

Conforme teoriza o jurista Hans Kelsen em seu livro *Teoria Pura do Direito* (1934), a democracia se estrutura essencialmente em um modelo procedimental e formal. Isso significa dizer, que a base do estado democrático de direito reside na observância do formalismo normativo, não em uma visão sociológica, política ou ideológica. Para o autor, o modelo democrático de estado não é definido por valores morais ou políticos, mas pela simples observância rigorosa das regras e procedimentos institucionais, pois é somente seguindo os padrões normativos que se controlam e equilibram, que para Kelsen é possível garantir a participação dos cidadãos na formação da vontade coletiva.

Nesse sentido, o autor compreende a democracia como um modelo que visa alcançar a neutralidade como metodologia. De modo que a legitimidade dos procedimentos estatais decorrem exclusivamente do funcionamento do sistema jurídico, que regula os debates e conflitos por meio do cumprimento das normas. Dessa forma, evita-se a imposição de arbitrariedades e decisões baseadas em princípios pessoais dos magistrados, limitando as decisões a uma interpretação restrita da norma:

“O sistema de normas que se apresenta como uma ordem jurídica tem essencialmente um caráter dinâmico. Uma norma jurídica não vale porque tem um determinado conteúdo, quer dizer, porque o seu conteúdo pode ser deduzido pela vida de um raciocínio lógico do de uma norma fundamental pressuposta, mas porque é criada por uma forma determinada - em última análise, por uma forma fixada por uma norma fundamental pressuposta. Por isso, e somente por isso, pertence ela à ordem jurídica cujas normas são criadas de conformidade com esta norma fundamental.” (KELSEN, 2009, P. 221)

Em consonância com a teoria pura do direito, a constituição brasileira de 1988 possui como sistema jurídico-estrutural o formalismo hierárquico kelseniano. Ao estabelecer a submissão do poder estatal à aplicação rigorosa da hierarquia normativa, competências de

atuação e limites precisos de exercício, a constituição brasileira consagra o sistema de divisão dos poderes como pilar estruturante de estado: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.” (BRASIL, 1988).

Dessa forma, a divisão tripartite do poder em legislativo, executivo e judiciário pela constituição brasileira, busca o equilíbrio de exercício do poderio estatal. Evitando excessos e garantindo que nenhum dos poderes ultrapassem as suas esferas de competência. Assim, a constituição de 1988 materializa a teoria kelseniana de um ordenamento jurídico autônomo e previsível, onde a observação rigorosa da norma resulta em uma legalidade e neutralidade técnica, que servem de antídotos ao arbítrio e autoritarismo.

“...a efetividade desse controle depende do funcionamento harmônico e independente dessas instituições. Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 representa não apenas um marco jurídico na reorganização do Estado brasileiro, mas também uma resposta histórica aos períodos de autoritarismo vivenciados no país.” (Pereira; Jesus; Fernandes, 2025)

Nessa perspectiva, caberia ao poder judiciário aplicar as normas vigentes conforme estabelecido pelo legislativo, sem interferir nas escolhas políticas ou correção de injustiças sociais, mas desempenhando um papel estritamente técnico, da análise legal e do mérito processual. Ao restringir a atuação dos magistrados à esfera da aplicação da norma, busca-se garantir uma certa segurança jurídica e previsibilidade, não como princípio organizacional de estado, mas como proteção contra o autoritarismo e a tirania.

3 REFERENCIAL DEMOCRÁTICO SCHMITTIANO.

Segundo a teoria decisionista apontada por Carl Schmitt em seu livro Teologia Política (1922), a essência do político não reside em normas abstratas ou na observação rigorosa de procedimentos jurídicos, mas na decisão unilateral de uma personalidade jurídica concreta. Para Schmitt, o debate político parlamentar sobre questões sociais e legais podem ser suprimidos por uma simples decisão dentro de um caso de exceção. De modo que a capacidade de decisão não se assenta na neutralidade, impessoalidade ou discricionariedade kelseniana. Mas no simples fato de decidir sobre questões públicas, mesmo que em dissonância do ordenamento jurídico.

“A decisão liberta-se livre de qualquer vínculo normativo e torna-se, num sentido autêntico, absoluta.” (SCHMITT, 2024, P. 68)

Ao centrar a decisão como ato absoluto de poder, a determinação unilateral da figura soberana sobre questões sociais de grande relevância, adotam um caráter autoritário. Enquanto a democracia kelseniana estabelece a deliberação coletiva para a criação e aplicação das normas, o decisionismo schmittiano suprime o princípio democrático do pluralismo e da participação. Substituindo-os pela simples decisão para além do debate racional, das negociações políticas e consensos parlamentares.

“...tal decisão não pode estar baseada em uma norma que se legitima por algo pressuposto e sim por uma decisão que surge a partir do ato de vontade(ex nihilo) de um sujeito legítimo a representar sujeitos envolvidos no plano estatal...” (ALMEIDA, 2021, p. 85)

No Brasil, pode-se observar a utilização da Teoria Decisionista de Carl Schmitt pelo judiciário brasileiro, na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) número 26. No ano de 2019, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, em uma decisão unilateral, uma suposta omissão do congresso brasileiro em face da discriminação de gênero. Buscando uma solução que resolvesse o fato social da intolerância de gênero, a corte brasileira decidiu majoritariamente pela criminalização da homofobia e transfobia como espécie de racismo. Tal decisão, extrapolou a competência legal delegada ao poder judiciário pela constituição brasileira.

“Vale destacar que o STF, com o intuito de proteger esse grupo minoritário e suprir a inexistência de lei específica, acabou por invadir a competência do Poder Legislativo e criar um tipo penal. Assim, tal instância legislativa ampliou o conceito de racismo e incluiu a homofobia e a transfobia, com base na interpretação conforme a Constituição Federal. Ora, se cada vez que for constatada ausência de legislação ou inércia legislativa, e o STF reconhecer uma nova interpretação fazendo uma analogia a um conceito já existente em lei, criando um novo tipo penal, ocorrerá uma desordem completa, gerando enorme insegurança jurídica aos cidadãos.” (BRAGA, NETO e DUTRA, 2021)

Não obstante, a corte brasileira determinou o fornecimento de medicamentos não previstos nos protocolos de saúde, obrigando a administração dos estados e municípios a adotarem em seu catálogo de fármacos a aquisição de determinados medicamentos. Por meio dessa decisão, o judiciário interviu na função administrativa do poder executivo, desempenhando o papel administrativo do poder executivo ante a justificativa de proteção dos direitos fundamentais. Nesse sentido esclareceu o Ministro Marco Aurélio Mello:

“A saúde, nela englobado o acesso a medicamentos, constitui bem vinculado à dignidade do homem. É verdade que o desenvolvimento da dimensão objetiva do direito à saúde deve ficar a cargo de políticas públicas. Todavia, os traços de fundamentalidade, inalienabilidade, essencialidade e plena judicialização desses

direitos estarão sempre presentes na dimensão do mínimo existencial. O direito à saúde como direito ao mínimo existencial é direito fundamental.” (BRASIL, STF, 2007)

Nesse contexto, a utilização da teoria decisionista em políticas públicas e sociais, mesmo que favoráveis à sociedade, legitima práticas antidemocráticas de poder. Uma vez em que a deliberação e discussão pública sobre projetos de lei são marginalizadas do processo político democrático, e substituídas por decisões centralizadas. Dessa forma, órgãos não eleitos passam a decidir sem o fator representativo da democracia. Abrindo precedentes para decisões autoritárias.

4 METODOLOGIA

O presente estudo adota uma abordagem qualitativa e crítica, fundamentada no método dedutivo, visando compreender como a teoria decisionista influenciou a atuação das instâncias superiores do Poder Judiciário brasileiro, especialmente nas decisões que extrapolam os limites da separação dos poderes e impactam a democracia representativa. A escolha metodológica justifica-se pela necessidade de analisar fenômenos jurídicos complexos a partir de fundamentos teóricos consolidados, permitindo identificar como conceitos abstratos se manifestam concretamente no contexto institucional brasileiro. O método dedutivo orienta a estrutura do trabalho ao partir de conceitos teóricos gerais sobre decisionismo jurídico e formalismo normativista para, posteriormente, analisar casos específicos que demonstram a aplicação dessas teorias na prática judicial. A pesquisa parte da hipótese de que a adoção da teoria decisionista nas decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) representa um risco à democracia brasileira ao romper com o formalismo jurídico consagrado pela Constituição Federal de 1988. O primeiro passo consistiu na realização de uma extensa revisão bibliográfica, com a seleção de obras centrais que tratam da teoria decisionista e do normativismo jurídico. As principais fontes teóricas incluem Carl Schmitt, com sua obra "Teologia Política", Hans Kelsen, especialmente com "Teoria Pura do Direito", além de autores contemporâneos que discutem a aplicabilidade dessas teorias no contexto brasileiro, como Fernando Rodrigues de Almeida e Norberto Bobbio. A escolha dos autores fundamenta-se na relevância teórica para a compreensão do fenômeno decisionista e suas implicações para a democracia. A revisão bibliográfica foi realizada em bases acadêmicas reconhecidas, como Google Scholar, Scielo e periódicos especializados em teoria do direito e ciência política, garantindo a atualidade e relevância

das fontes. Os textos selecionados foram organizados e categorizados por temas, como teoria decisionista, normativismo jurídico e ativismo judicial, permitindo uma análise sistemática e comparativa dos conceitos. Após a revisão bibliográfica, realizou-se a coleta de decisões judiciais paradigmáticas proferidas pelo STF, que exemplificam a adoção da teoria decisionista. Foram selecionados os casos mais emblemáticos, como a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) 26, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 709/2020 e o Tema 1234, referente à judicialização da saúde. A seleção desses casos foi baseada na repercussão jurídica e no impacto sobre o equilíbrio dos poderes. Cada decisão foi analisada criticamente, comparando a fundamentação jurídica utilizada com os pressupostos teóricos das doutrinas decisionista e normativista. Essa análise documental permitiu identificar os elementos decisionistas presentes nas decisões e compreender como esses atos judiciais rompem com o princípio da separação dos poderes. A análise comparativa foi utilizada para confrontar os fundamentos das decisões analisadas com os princípios da teoria kelseniana e schmittiana, identificando a presença do decisionismo jurídico e verificando suas consequências para o ordenamento jurídico brasileiro. A hermenêutica crítica também foi adotada para interpretar as decisões e os conceitos teóricos, permitindo uma leitura contextual e interdisciplinar. Essa abordagem possibilitou não apenas identificar a adoção da teoria decisionista, mas também problematizar as justificativas dadas pelo Judiciário para fundamentar sua atuação. Por fim, os resultados obtidos foram organizados em categorias temáticas, divididas entre as perspectivas decisionista e normativista. A partir da articulação teórica e prática, foi possível identificar que o decisionismo judicial desvirtua o formalismo jurídico estabelecido pela Constituição de 1988, colocando em risco a democracia representativa.

5 RESULTADOS ALCANÇADOS

Os resultados esperados com esta pesquisa consistem em uma compreensão aprofundada e crítica sobre a influência da teoria decisionista na atuação do Poder Judiciário brasileiro, especialmente nas decisões tomadas pelas instâncias superiores que impactam diretamente o equilíbrio democrático e a separação dos poderes. Espera-se identificar como o uso da teoria decisionista, inspirada por Carl Schmitt, tem sido adotado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) em casos paradigmáticos e de grande repercussão social, analisando suas implicações para a manutenção do estado democrático de direito.

Espera-se que a pesquisa demonstre que a incorporação da teoria decisionista pelo STF, ao permitir decisões de caráter político e social, extrapola a função jurisdicional estabelecida pela Constituição Federal de 1988. Dessa forma, busca-se evidenciar que tais práticas colocam em risco a legitimidade democrática, uma vez que deslocam o núcleo decisório do poder legislativo, eleito democraticamente, para uma esfera não representativa. Com isso, pretende-se problematizar a crescente flexibilização interpretativa adotada pelos tribunais superiores, que, ao se fundamentarem na omissão legislativa ou em situações de urgência social, acabam por estabelecer um modelo ativista e autoritário de atuação judicial.

Outro resultado esperado é identificar as consequências jurídicas e políticas dessa postura ativista, especialmente no que se refere à insegurança jurídica gerada pela ausência de critérios objetivos para a aplicação da teoria decisionista. A pesquisa busca, ainda, discutir as possíveis consequências do decisionismo judicial para a estabilidade institucional do Brasil, problematizando a ausência de mecanismos de controle social e parlamentar sobre as decisões judiciais que afetam diretamente direitos fundamentais e políticas públicas.

Espera-se também promover uma reflexão crítica sobre a viabilidade de um modelo jurídico que permita a atuação do STF para além dos limites estabelecidos pela teoria kelseniana, que preconiza a neutralidade, impessoalidade e rigor normativo como fundamentos da prática jurisdicional. Ao analisar decisões judiciais que exemplificam a adoção do decisionismo, como a criminalização da homofobia (ADO 26), a judicialização da saúde (Tema 1234) e a emergência indígena (ADPF 709/2020), pretende-se identificar elementos comuns que caracterizam o protagonismo judicial em detrimento da competência legislativa.

Por fim, espera-se que a pesquisa contribua para o desenvolvimento de um debate acadêmico e jurídico sobre os riscos da adoção acrítica da teoria decisionista no Brasil, promovendo uma análise fundamentada sobre os limites e desafios da atuação do Poder Judiciário no contexto democrático contemporâneo. Com isso, almeja-se fornecer subsídios teóricos e práticos para futuras pesquisas que abordem a interseção entre decisão judicial, ativismo político e legitimidade democrática, consolidando um referencial crítico que auxilie na compreensão das transformações recentes do direito constitucional brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernando Rodrigues de. Validade contra gênese: sobre poder, direito e violência. São Paulo: LiberArs, 2021.

BOBBIO, Norberto. Teoria da norma jurídica. Tradução de Ariani Bueno Sudatti e Fernando Pavan Baptista; apresentação de Alaôr Caffé Alves. 6. ed. São Paulo: Edipro, 2016.

BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Tradução de Ari Marcelo Solon; prefácio de Celso Lafer; apresentação de Tercio Sampaio Ferraz Junior. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2014.

BRAGA, A. C. S.; NETO, A. C. S.; DUTRA, G. N. C. O ativismo judicial e a decisão do Supremo Tribunal Federal sobre a equiparação da homofobia ao crime de racismo: análise da ADO nº 26 e MI nº 4.733. In: SIMPÓSIO DE TCC DO CENTRO UNIVERSITÁRIO ICESP, 24., 2021, Brasília. Anais... Brasília: Centro Universitário ICESP, 2021. p. 231–245.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 566.471/RN. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgado em 15 nov. 2007. Repercussão geral. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE566471.pdf>. Acesso em: 19 maio 2025.

KELSEN, Hans. Teoria pura do direito. Tradução João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

PEREIRA, Laryssa Laélia Coelho; JESUS, Janiele Kezy Ribeiro de; FERNANDES, Hernando. Quais são os limites do poder? Uma análise filosófico-jurídica do abuso do poder. Revista Ibero-Americana de Humanidades, Ciências e Educação, [S. l.], v. 11, n. 4, p. 3645–3659, 2025. DOI: 10.51891. Disponível em: <https://periodicorease.pro.br/rease/article/view/18971>. Acesso em: 16 maio 2025.

SCHMITT, Carl. A crise da democracia parlamentar. Tradução Inês Lohbauer. São Paulo: Scritta, 1996. (Coleção Clássica).

SCHMITT, Carl. Teologia Política – quatro capítulos sobre a soberania. Tradução Alexandre Franco de Sá. Berlim, Alemanha: Livraria Resistência Cultural Editora, 2024.

SILVA, A. da S. e; RAMOS, E. M. B.; MARTINI, L. M. D. Intervenção judicial em políticas públicas e o caso relativo à saúde: parâmetros para a concessão de medicamentos não listados pelo SUS, sob análise dos julgamentos do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Juris Poiesis, [S. l.], v. 22, n. 29, p. 246–269, 2019. DOI: 10.5935/2448-0517.201. Disponível em: <https://mestradoedoutoradoestacio.periodicoscientificos.com.br/index.php/jurispoiesis/article/view/7508>. Acesso em: 18 maio 2025.