

LUCAS LAUPMAN FERRAZ LIMA

O CARÁTER DEMOCRÁTICO DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL.
Elementos estruturantes de uma hermenêutica integrativa

BRASÍLIA
2023

RESUMO:

Pretende-se na presente dissertação desenvolver o tema da teoria da prestação jurisdicional no Brasil, a partir do arcabouço teórico da Degeneração do Direito aduzido no Brasil pelo professor Georges Abboud¹.

Buscou-se através de uma perspectiva crítica, propor formulações que possam demonstrar o papel democrático que as decisões jurisdicionais representam nos dissensos sociais no Estado de Direito. A fim de certificar o sentido da premissa desse estudo, abordaremos temas como a necessidade de se preservar a autonomia do direito, trataremos da degeneração do direito e dos riscos de importações dos elementos exógenos ao binômio lícito/ilícito e, por fim, buscar contribuir para que sejam aperfeiçoados no Brasil métodos de decisão que busquem assegurar a segurança jurídica e o direito democraticamente produzido.

ABSTRACT:

This dissertation is to develop the theme of the theory of jurisdictional decision in Brazil, through a critical perspective and propose formulations that can demonstrate the democratic decisions represent in social. In order to certify the meaning of the premise of this study, we will address topics such as the need to preserve the autonomy of law, we will deal with the degeneration of law and the risks of importing elements exogenous to the licit/illicit binomial and, finally, seek to contribute to that decision-making methods be perfected in Brazil that seek to ensure legal certainty and democratically produced law.

PALAVRAS-CHAVE:

Teoria da prestação jurisdicional; Autonomia do direito; Degeneração do direito; Métodos de decisão.

¹ ABOUD, Georges. **Direito constitucional pós-moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 26.

SUMÁRIO

- 1 INTRODUÇÃO.**
- 2 ESTADO, DEMOCRACIA E ESTADO DE DIREITO.**
 - 2.1 Um breve olhar: conceitos e apontamentos necessários.
 - 2.2. Os Estados Constitucionais Contemporâneos, Democracia e a Constituição da República de 1988.
 - 2.3. O caráter democrático da prestação jurisdicional.
 - 2.3.1. Judiciário e Democracia: alguns apontamentos.
- 3 A DEGENERAÇÃO**
 - 3.1 Introdução: conceito de degeneração.
 - 3.2. Autonomia do Direito.
- 4. DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL.**
 - 4.1 Compreensão e importância.
 - 4.2 Espaço Institucional Contramajoritário.
- 5 O CARÁTER DEMOCRÁTICO DAS DECISÕES JURISDICIONAIS E ELEMENTOS ESTRUTURANTES.**
 - 5.1 O arquétipo normativo da decisão.
 - 5.2. O direito procedural.
 - 5.3. Métodos de fundamentação.
- 6. ELEMENTOS ESTRURANTES DE UMA HERMENÊUTICA INTEGRATIVA.**
- 7 CONCLUSÃO.**
- 8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.**

JUSTIFICATIVA

Há centralmente uma questão que suscita análise sobre o tema, a qual consiste em saber:

a) *Qual a importância de se preservar a autonomia do direito e quais os riscos de degenerá-lo?*

Vimos no Brasil da última década uma série de fatos que marcam a deterioração de um Estado Democrático de Direito (que passaremos a cunhar com mais propriedade por *degenerações*) são exemplos: a politização da persecução penal, as tentações autocráticas, a mistura de religião e Estado, o negacionismo dos fatos, as disseminações de notícias falsas (*fake*

news), a polarização e a militarização do poder são ingredientes que aguçam os fanatismos débeis, se todo fanatismo não o for.

Nessa inquietude, os pensamentos foram costurados por um fio condutor: a luta pela autonomia do direito e o reconhecimento de sua relevância para a manutenção de um Estado Constitucional² passa por uma prestação jurisdicional democrática e integrativa.

Fez-se indeclinável evidenciar que determinados argumentos contribuem para a degeneração do direito democraticamente produzido e alimentam a voracidade de poder permeadas sob o falso manto de proteção à democracia ou à justiça³.

A degeneração é o instrumento de uma sanha de poder. A criação de mitos, heróis e paladinos da justiça sempre foi um anseio dos homens enquanto figura estruturante da montagem edípica, consoante afirmou Jacques Lacan⁴.

Distorções profundas da realidade a fim de legitimar uma narrativa foi prática deveras utilizada por Paul Joseph Goebbels⁵, braço direito de Hitler no governo nazista.

Encampamos o pensamento de que a luta por assegurar o caráter democrático da prestação jurisdicional, aduzindo elementos estruturantes de uma hermenêutica integrativa, preservando-se a autonomia do direito, seja a forma de contribuir com a proteção da democracia e do Estado Constitucional democraticamente criado.

1. INTRODUÇÃO

São muitas as inquietudes e incompreensões de uma sociedade. Uma delas, que sempre bate à porta do operador do direito, é entender: *para que serve o direito?*

² SCAVUZZI, Maira; AIRES, Pedro; KROSCHINSKY, Matthäus. **O Direito em busca de qualidades: o constitucionalismo pós-moderno**. Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-27/direito-busca-qualidades-constitucionalismo-pos-moderno>.

³ ABOUD, Georges. **Direito constitucional pós-moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 52.

⁴ COSTA, André Oliveira; MARINO, Adriana Simões, O herói na psicanálise de Freud e Lacan: revolução e subversão, **Psicologia USP**, v. 29, n. 3, p. 394–403, 2018.

⁵ THACKER, Toby. **Joseph Goebbels: Life and Death**. New York: Palgrave Macmillan, 2009.

A plurivalência semântica do vocábulo “direito” comporta numerosas manifestações conceituais. Diante de todas as tentativas de grandes pensadores em o conceituar, limitamo-nos a dizer que *direito é o princípio de adequação do homem a vida social*⁶.

Já Estado Democrático de Direito representa a síntese histórica de dois conceitos distintos, que podem vir a ser tanto complementares quanto, até certo ponto, antagônicos. De fato, em primeira guinada de visão, democracia equivale à soberania do povo ou regra da maioria, já Estado de Direito equivale à juridicização do poder e ao respeito pelos direitos fundamentais⁷. Idealmente, a concretização destes últimos é legitimada e corroborada pelos valores predominantes da sociedade. Contudo, em determinados casos, a proteção dos direitos fundamentais envolve atuar em detrimento dos anseios da maioria em prol de outros valores – que não a vontade majoritária – igualmente merecedores de tutela jurídica. A isso, damos a denominação de *caráter contramajoritário da defesa dos direitos fundamentais*.

Nesse aspecto, sem maiores digressões, ao Poder Judiciário coube a aplicação da jurisdição constitucional e, nas democracias contemporâneas, é este o espaço democrático institucional e contramajoritário para pacificação de conflitos e, ao fim, preservação da democracia constitucional.

Naturalmente que ao afirmarmos que a defesa do direito é algo bom, vem-nos ao pensamento os Estados totalitários, em especial o nazi-fascismo. Pois, é justamente aí que reside o instituto da *degeneração*. O triunfo do regime totalitário se dá a partir da degeneração da ordem jurídica vigente, e, no caso mais relevante do nacional-socialismo alemão, ao contrário do que o senso comum imagina a transição se deu por mecanismos sub-reptícios, em especial, por decisões judiciais⁸.

⁶ PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil: Introdução ao direito civil e teoria geral do direito civil**. 21. ed. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 1, p. 5.

⁷ BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 2ª edição revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 47-48.

⁸ ABOUD, Georges. **Direito constitucional pós-moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Thomson Reuters Brasil, 2021

Rememoremos que o golpe pela força no Putsch de Munique⁹ falhou. O ditador da Alemanha Nazista foi preso ao tentar tomar o poder pela força, permaneceu apenas nove meses na prisão de Landsberg, escreveu nesse período seu manifesto político denominado *Mein Kampf*. Ao deixar o cárcere, Hitler teria tomado a decisão que nortearia seu futuro na política: ele não mais desafiaria a autoridade de maneira direta, mas trilharia seu caminho ao poder pela via legal. Tendo proferido a famigerada frase "*A democracia deve ser destruída por suas próprias forças*"¹⁰.

Nesse aspecto, faz-se importante notar o perigo sedutor de incorporar em uma única unidade o direito e outros elementos externos a esse sistema como a moral. Vimos na história recente do Brasil lemas políticos, morais e retóricos tomarem as vozes da rua, mas infelizmente, vimos os que demonizaram tinham apenas o desiderato de apoderarem-se dele.

Nessa perspectiva, as lições de Rüthers¹¹ são preciosas no que tange à compreensão dos fundamentos e da função do direito na sociedade contemporânea. O desconhecimento dos fundamentos filosóficos e históricos de uma ordem jurídica é um risco na aplicação cotidiana do direito, facilitando que o direito democraticamente produzido se degenera¹².

De forma mais coloquial, a história do mundo se repete. Daí a importância de o intérprete estar atento e não ter medo de enfrentar os mistérios das degenerações do passado a fim de evitá-las no presente e no futuro.

Destarte, o desejo dessa pesquisa foi o de perquirir formas de garantir o caráter democrático da prestação jurisdicional e organizar instrumentos para evitar a conversão da jurisdição constitucional em instrumento de degeneração¹³.

⁹ O Putsch da Cervejaria ou Putsch de Munique foi uma tentativa falhada de golpe de Estado de Adolf Hitler e do Partido Nazista contra o governo da região alemã da Baviera, ocorrido em 9 de novembro de 1923. O objetivo de Hitler era tomar o poder do governo bávaro. A ação foi controlada pela polícia bávara, sendo que Hitler e vários correligionários – dentre eles Rudolf Hess – foram presos.

¹⁰ https://pt.wikipedia.org/wiki/Putsch_da_Cervejaria

¹¹ RÜTHERS, Bernd. **Derecho degenerado**: teoría jurídica y juristas de cámara en el Tercer Reich. Madrid: Marcial Pons, 2016.

¹² ABBOUD, Georges. **Direito constitucional pós-moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 79.

¹³ ABBOUD, Georges. **Direito constitucional pós-moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 204.

Portanto, buscamos, ao menos de forma propedêutica, aderir ao pensamento de que direito é aquilo que é justo, correto. Se não explicamos ainda para que serve o direito, com certeza, balizamos que o direito serve como meio de defesa contra o injusto o incorreto¹⁴, contra maiorias de ocasião.

O sistema jurídico nos escuda nessa missão e nessa medida essa é sua finalidade.

Niklas Luhmann¹⁵ preconizou que a dogmática juridicamente orientada e funcionalmente precisa não se trata apenas de mera conservação do essencial, mas no controle das descontinuidades de um ordenamento que se constitui a si próprio. Ou seja, dentro da dogmática jurídico normativa é possível ao intérprete despir-se das complexidades sociais, utilizar os elementos externos como ponto de calibragem das decisões jurisdicionais, mas se estribar no binômio lícito/ilícito.

Neste mosaico de pensamento, deparamo-nos com uma questão fundamental: se *Estado de Direito equivale à juridicização do poder e ao respeito pelos direitos fundamentais*¹⁶ e se a jurisdição constitucional consiste no espaço democrático institucional e contramajoritário para pacificação de conflitos¹⁷, como garantir o caráter democrático da prestação jurisdicional?

Aqui estamos diante do ponto nevrálgico dessa pesquisa. Pensamos que existe um cânone superior a ser observado pelo Poder Judiciário nesse mister da prestação jurisdicional, qual seja, a de que todas as decisões dos órgãos do Poder Judiciário serão fundamentadas com base no sistema jurídico. É a fundamentação, portanto, o ponto de sindicabilidade que o povo possui de aferir se o julgador obedeceu ao poder que lhe foi delegado.

O escopo social da decisão jurisdicional, neste diapasão, consiste na pacificação com justiça e na educação para o exercício e o respeito aos direitos¹⁸, garantindo-se previsibilidade

¹⁴ ARISTÓTELES. **Organon: I. Categorias e II Periérmeneias**. Trad. Pinharanda Gomes. Lisboa: Guimarães, 1985. Partimos da ideia da lei do terceiro excluído dentro da lógica interpretativa apresentada na obra.

¹⁵ LUHMANN, Niklas. **Legimitação pelo procedimento** Brasília, Editora da UnB, 1980.

¹⁶ BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 2ª edição revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 47-48.

¹⁷ ABBOUD, Georges. **Direito constitucional pós-moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 204.

¹⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 181 e seguintes.

e confiabilidade ao sistema. Reside na fundamentação a tranquilidade e previsibilidade de saber que as normas previstas pelo Poder Constituinte estão sendo respeitadas.

Não se está a defender a ausência ou impedimento da interpretação do direito, tampouco que outros elementos sociais não importam ao mundo jurídico. Na realidade, a ambição deste estudo está em definir elementos e métodos que, utilizando-se dos fundamentos do próprio direito, seja calcada em valores democráticos substantivos, consoante das normas democraticamente produzidas.

Por fim, o desejo e a ambição dessa dissertação é o de esquadriñar elementos que possibilitem uma hermenêutica integrativa, garantindo o caráter democrático da prestação jurisdicional. É a hermenêutica que servirá como uma espécie de “filtro jurídico” de preceitos normativos abstratos, de modo a situá-lo diante do dissenso social efetivo, em busca da estabilização das relações e da persecução dos ideias de justiça.

Alguns mecanismos de realização já garantem esse caráter democrático da prestação jurisdicional, como o advento da Lei 13.655/2018, que alterou substancialmente a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), bem como o que já fora asseverado no § 1º, do artigo 489, do Código de Processo Civil.

Entretanto, pensando na efetividade, na transparência e na sindicabilidade da decisão, evitando-se discricionariedades, sugerimos o *dever de diligência* do julgador que ao estabelecer o sentido da decisão dialética deve não apenas demonstrar a razão da decisão, mas justificar as razões de não se encampar os outros caminhos.

Esperamos assim, proporcionar uma leitura agradável que fomente os pensamentos e diálogos e que de alguma forma possa contribuir para o Direito Constitucional.

2. ESTADO, DEMOCRACIA E ESTADO DE DIREITO

2.1 Um breve olhar: Conceitos e apontamentos necessários.

Esta tese nasce de uma inquietação. Como fazer com que o Poder Judiciário corresponda aos ideais democráticos, tendo em vista seu caráter contramajoritário e os riscos de que as decisões judiciais se convolem em instrumentos que, sob o véu da legalidade, desnaturem as razões de ser do Estado Democrático de Direito?

Antes de adentrar nessa questão, entretanto, é necessário assentar alguns pontos que são considerados primordiais para o presente trabalho, em uma concatenação de ideias que defina, ao final, o que se compreende por Estado Democrático de Direito.

Embora o ideário do Estado esteja permeado na própria compreensão da vida em sociedade, e que todas as pessoas, em menor ou maior medida, compartilhem da noção da existência um *corpo estatal* atuante na comunidade, estabelecer uma concepção consistente e unívoca do que seja, de fato, o Estado, não é tão simples.

Na famosa teoria contratualista de Thomas Hobbes, o Estado surge a partir da necessidade de se coordenar a convivência entre os homens, detentores do direito natural e absoluto, que dele abdicam em prol da sujeição a uma assembleia ou um príncipe, cuja tomada de decisões guiaria a pluralidade de pessoas a ele submetidas, daí surgindo, simultaneamente e por meio de um único ato, a comunidade e o Estado¹⁹.

Outro defensor da ideia do contrato social, Locke parte da premissa que os homens *pré-Estado*, embora vivessem em uma situação de liberdade, seriam governados por uma espécie de lei natural que teria por escopo assegurar o convívio dos indivíduos detentores dessa profunda liberdade. Contudo, o desrespeito a esta lei natural teria tornado o gozo da liberdade arriscado e incerto, fazendo-se necessária a constituição da sociedade civil²⁰.

¹⁹ Nesse sentido: “Em HOBBS, pelo contrato social transfere-se o direito natural absoluto que cada um possui sobre todas as coisas a um príncipe ou a uma assembleia, e, assim, constituem-se, ao mesmo tempo, o Estado e a sujeição a esse príncipe ou a essa assembleia.

O único modo de erigir um poder comum, capaz de defender os homens e de lhes assegurar os frutos da terra, consiste em conferir todo o seu poder e força a um homem ou a uma assembleia que reduzirá à unidade a pluralidade de vontades. Através de um só e mesmo ato os homens formam a comunidade e submetem-se a um soberano.” (MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 4º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 54).

²⁰ “Sendo todos os homens naturalmente livres, iguais e independentes, ninguém pode ser posto fora deste estado sem o seu próprio consentimento. O único modo pelo qual alguém se insere na sociedade civil é convindo com outros homens em se juntar e unir com eles, a fim de conservarem, em segurança, paz e sossego, as suas vidas, liberdades e bens”. (*Op. cit.*, p. 55)

Para a corrente marxista, o Estado é o produto que se origina a partir da luta de classes no contexto da economia capitalista, funcionalizado de modo a refrear o antagonismo advindo de interesses econômicos em colisão. Desse modo, surge como um poder que se funda na necessidade de se aplacar esse conflito, de modo que “*classes com interesses econômicos colidentes não se devorem e não se consumam a sociedade numa luta estéril*”²¹.

Como último exemplo, para a escola realista francesa, o Estado nada mais é do que um fato, que consiste na existência de indivíduos mais fortes do que outros e, por isso mesmo, capazes de impor sua vontade sobre os demais. Em oposição, para a escola normativista de Viena, o Estado não surge senão entrelaçado ao Direito, calcado em uma ordem jurídica relativamente centralizada. Neste sentido, expõe Jorge Miranda²²:

O Estado constitui uma ordem normativa de comportamentos humanos e só através desta forma se torna possível conhecê-lo no âmbito da Teoria do Direito e do Estado. Os três elementos tradicionais do Estado não são mais do que a vigência e a validade de uma ordem jurídica: a população corresponde ao domínio pessoal de vigência, o território ao domínio especial e o poder à eficácia dessa ordem jurídica (e não a qualquer força ou instância mística escondida por detrás do Estado e do Direito).

Traçada esta breve exposição em torno da noção da figura do Estado – a qual não se esgota nas teorias apresentadas –, a ideia principal desta elucidação inicial é destacar que, em que pese a existência das mais diversas correntes de pensamento, a visão que mais se coaduna com o Estado na contemporaneidade parece não ser capaz de desassociar-se da existência de um regramento que norteia a própria atuação estatal. Este se concretiza, via de regra, a partir de um ordenamento jurídico, que rege o modo pelo qual cada ente estatal se organiza e as suas formas de ação, situando-se, ao mesmo tempo, acima da sociedade e nela inserido.

Isto posto, Miranda adota a posição de que o Estado é uma existência política, que se caracteriza, ao mesmo tempo, por uma manifestação social qualificada e pelo exercício do poder, que se *retroalimentam* em prol de sua própria durabilidade. Em resumo,

As duas perspectivas sobre o Estado que a experiência (ou a intuição) revela – o Estado-sociedade (ou Estado-coletividade) e o Estado-poder (ou Estado-governo ou Estado-aparelho) – não são senão dois aspectos de uma mesma realidade; assim como a institucionalização, sinal mais marcante do Estado no

²¹ MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 4º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 57.

²² *Op. cit.*, p. 58.

cotejo das sociedades políticas anteriores de poder difuso ou de poder personalizado, corresponde fundamentalmente a organização. O Estado é institucionalização do poder, mas esta não significa apenas existência de órgãos, ou seja, de instituições com faculdades de formação da vontade; significa também organização da comunidade, predisposição para os seus membros serem investidos de direitos e deveres entre si e em face do poder.²³

O supracitado autor destaca, ainda, que o Direito, embora não seja integralmente identificado com o Estado, mostra-se fundamental para a sua existência:

O Estado é comunidade e poder juridicamente organizados, pois só o Direito permite passar, na comunidade, da simples coexistência à coesão convivencial e, no poder, do facto à instituição. E nenhum Estado pode deixar de existir sob o Direito, fonte de segurança e de justiça, e não sob a força ou a violência. No entanto, o Estado não se esgota no Direito – assim como o Direito não se reduz simplesmente à forma de Estado. É, sim, objeto do Direito, e, apenas enquanto estruturalmente diverso do Direito, pode ser a ele submetido, por ele avaliado e por ele tornado legítimo.²⁴

É dentro da perspectiva de que o Direito é instrumento não só de organização estatal, mas também de sua legitimação, manutenção e avaliação que, ao longo do século XIX, nasce a ideia do Estado de Direito. Por conseguinte, o Estado contemporâneo não se coloca apenas como um organismo organizado pela ordem jurídica, como também *limitado* por ela; o exercício do poder atribuído ao Estado passa a ser, assim, condicionado pela ordem jurídica.

O Estado de Direito, de acordo com Barroso, tem sua vigência verificável, ao menos em sentido formal, pela “*simples existência de algum tipo de ordem legal cujos preceitos materiais e procedimentais sejam observados tanto pelos órgãos de poder quanto pelos particulares*”²⁵. Ocorre, entretanto, que esta concepção não é apenas insuficiente, mas perigosa, visto que se mostra capaz de albergar e dar um viés de legalidade a Estados totalitários, por exemplo. Para o autor:

Este sentido mais fraco do conceito [de Estado de Direito] corresponde, segundo a doutrina, à noção alemã de Rechtsstaat, flexível o suficiente para abrigar Estados autoritários e mesmo totalitários que estabeleçam e sigam algum tipo de legalidade. Todavia, em uma visão substantiva do fenômeno, não é possível ignorar a origem e o conteúdo da legalidade em questão, isto é, sua legitimidade e sua justiça. Esta perspectiva é que se encontra subjacente

²³ *Op. cit.*, p. 63.

²⁴ *Op. cit.*, p. 63-64.

²⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 63.

ao conceito anglo-saxão de *rule of law* e que se procurou incorporar à ideia latina contemporânea de Estado de direito, *État de droit*, *Stato di diritto*, *Estado de derecho*.²⁶

É no viés da *legitimidade* e da *justiça* que nascem discussões, ao longo do século XX, acerca da insuficiência da simples aferição de um conjunto de regras regentes do organismo estatal, de modo que o constitucionalismo dá um passo mais largo em direção ao *conteúdo* desses regramentos. Os debates tiveram como ponto fulcral a percepção de que, para que o Estado atendesse as funções a que se propunha perante à sociedade – cujos anseios estão no cerne do próprio nascimento do Estado em várias matrizes teóricas –, ele deveria ser estruturado e guiado a partir de uma perspectiva de legitimação que tinha em seu cerne o atendimento aos anseios populares.

Nesse prisma, percebe-se que a configuração do Estado exige, em alguma medida, que este seja permeabilizado por certo conjunto de normas fundamentais, que assumem, em cada caso, características distintas²⁷. Contudo, é de se perceber que todo o Estado carece de um documento constitutivo, de uma Constituição, carta originária da formação estatal²⁸.

Diante disso, o Estado de Direito se entrelaça ao viés democrático, que se apresenta, nos Estados Constitucionais Contemporâneos, como a fonte primordial e a razão de ser do próprio Estado. Para Barroso, a evolução do constitucionalismo passa, no transcurso dos séculos XIX e XX, de uma perspectiva meramente formalista e organizatória, para um cenário predominantemente marcado por um viés material e que tem por escopo concretizar os valores essenciais de determinada sociedade, em determinado contexto histórico:

(...) o Estado moderno se consolida, ao longo do século XIX, sob a forma de Estado de direito. Na maior parte dos países europeus, a fórmula adotada foi a monarquia constitucional. O núcleo essencial das primeiras constituições escritas é composto por normas de repartição e limitação do poder, aí

²⁶ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 63.

²⁷ “Em qualquer Estado, em qualquer época e lugar, encontra-se sempre um conjunto de normas fundamentais, respeitantes à sua estrutura, à sua organização e à sua atividade – escritas ou não escritas, em maior ou menor número, mais ou menos simples ou complexas. Encontra-se sempre uma Constituição como expressão jurídica do enlace entre o poder e comunidade política ou entre governantes e governados” (*Op. cit.*, p. 165).

²⁸ “Todo o Estado carece de uma Constituição como enquadramento da sua existência, base e sinal da sua unidade e sinal também da sua presença diante dos demais Estados. Ela torna patente o Estado como instituição, como algo de permanente para lá das circunstâncias e dos detentores em concreto do poder; revela a prevalência dos elementos objetivos ou objetivados das relações políticas; é esteio, senão de legitimidade, pelo menos de legalidade. A Constituição *constitui* o Estado, tal como em qualquer outra sociedade algum corpo de normas desempenha análoga função estruturante. A diferença está em que somente a Constituição é *originária*.” (*Op. cit.*, p. 165)

abrangida a proteção dos direitos individuais em face do Estado. A noção de democracia somente viria a desenvolver-se e aprofundar mais adiante, quando se incorporam à discussão ideias como fonte legítima do poder e representação política. Apenas quando já se avançava no século XX é que seriam completados os termos da complexa equação que traz como resultado o Estado democrático de direito: quem decide (fonte do poder), como decide (procedimento adequado) e o que pode e não pode ser decidido (conteúdo das obrigações negativas e positivas dos órgãos de poder).²⁹

Assim, o elemento democrático passa, nas democracias avançadas, a ser compreendido como o estabelecimento de determinado *nível de exigências*³⁰ a serem atendidos pelos Poderes estatais, em um complexo de deveres de ordem positiva e negativas. Ainda que críticas possam ser tecidas acerca desta ideia, percebe-se que, idealmente, a legitimidade de cada Estado reside, portanto, na sua capacidade de tornar reais e auferíveis os desejos de seu povo. Nesta toada, assenta Friedrich Müller:

A democracia moderna avançada não é simplesmente um determinado dispositivo de técnica jurídica sobre como colocar em vigor textos de normas; não é, portanto, apenas uma estrutura (legislatória) de textos, o que vale essencialmente também para o Estado de Direito. Não é tão ³¹ somente *status activus* democrático.

Além disso, ela é – e nesse sentido ainda ao nível da estrutura textual – o dispositivo organizacional para que prescrições postas em vigor de forma democrática também caracterizem efetivamente o fazer do Poder Executivo e do Poder Judiciário. É o dispositivo organizacional para que impulsos de normalização democraticamente mediados configurem aquilo, para que eles foram textificados e postos em vigor com tanto esforço: a realidade social cotidiana (e com isso também a realidade individual).³²

Percebe-se, portanto, que a noção de Estado de Direito foi, paulatinamente, se estruturando de forma que o legalismo perdesse significativo espaço para a Constituição, ao

²⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 62-63.

³⁰ “A democracia avançada é assim – e nesse sentido ela vai mais do que somente um pouco além da estrutura de meros textos – um *nível de exigências*, aquém da qual não se pode ficar – e isso tendo em consideração a maneira pela qual as pessoas devem ser genericamente tratadas nesse sistema de poder-violência organizados (denominado “Estado”): não como subpessoas não como súditos, também não no caso de grupos isolados de pessoas, mas como membros do Soberano, do “povo” que legitima no sentido mais profundo a totalidade desse Estado. Essa democracia é, portanto também um *status negativus* democrático e um *status positivus* democrático. Representa ela um nexos necessário, um nexos legitimador com a organização da liberdade e da igualdade. Isso não é direito natural idealista; isso se acha incorporado ao texto das constituições (...).” (MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?: a questão fundamental da democracia.** 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 107).

³¹ Sobre essa evolução e as características de cada fase, vide BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 265 e ss.

³² MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?: a questão fundamental da democracia.** 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 107.

longo dos séculos XIX e XX. Isso se deve, sobretudo, a questões históricas e filosóficas que impeliram as noções de Estado e de Democracia ao que se conhece, atualmente, como Constitucionalismo Democrático. É o que se verá a seguir.

2.2. Os Estados Constitucionais contemporâneos, democracia e a Constituição da República de 1988.

A evolução da ideia do Estado de Direito acompanha, de certa maneira, a própria trajetória do fortalecimento do Constitucionalismo. Não à toa, Barroso destaca que, nos últimos 500 anos, são aferíveis três grandes modelos institucionais, quais sejam: (i) o Estado pré-moderno, anterior ao Estado de Direito, assentado em premissas teóricas e fatores reais diversos; (ii) o Estado legislativo de direito; e, finalmente, (iii) o Estado constitucional de direito. Sobre este último, destaca:

O Estado constitucional de direito desenvolve-se a partir do término da Segunda Guerra Mundial e se aprofunda no último quarto do século XX, tendo por característica central a subordinação da legalidade a uma Constituição rígida. A validade das leis já não depende apenas da forma de sua produção, mas também da efetiva compatibilidade de seu conteúdo com as normas constitucionais, às quais se reconhece a imperatividade típica do Direito. Mais que isso: a Constituição não apenas impõe limites ao legislador e ao administrador, mas lhes determina, também, deveres de atuação. A ciência do Direito assume um papel crítico e indutivo da atuação dos Poderes Públicos, e a jurisprudência passa a desempenhar novas tarefas, dentre as quais se incluem a competência ampla para invalidar atos legislativos ou administrativos e para interpretar criativamente as normas jurídicas à luz da Constituição.³³

É nesta última fase que se centram os questionamentos que deram origem ao presente estudo. Com efeito, o advento dos Estados Constitucionais foi fruto de importantes mudanças históricas e filosóficas importantes no Brasil e no mundo, bem como originaram a atual percepção que se tem acerca do Direito e das instituições hoje existentes.

Do ponto de vista histórico e, mais especificamente, no continente europeu, essa nova compreensão do constitucionalismo nasceu no pós Segunda-Guerra, principalmente na

³³ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 266-267.

Alemanha, com a Lei Fundamental de Bonn de 1949³⁴, e na Itália, com a Constituição italiana de 1947. Em ambos os casos, ocorreu a posterior instauração de Tribunais Constitucionais: o Tribunal Constitucional Federal alemão, em 1951, e a Corte Constitucional italiana, de 1956.

Além disso, teve como marco filosófico a ascensão do pós-positivismo, que contestou a separação completa entre a moral, a política e o direito (cuja segregação era marco da escola positivista então vigente), para defender a ideia de que esses elementos, embora não se confundam, influenciam-se reciprocamente. O movimento, portanto, se situa em um “caminho do meio” entre o jusnaturalismo e o positivismo, de modo que *“não trata com desimportância as demandas do direito por clareza, certeza e objetividade, as não o concebe desconectado de uma filosofia moral e de uma filosofia política”*³⁵:

A doutrina pós-positivista se inspira na revalorização da razão prática, na teoria da justiça e na legitimação democrática. Nesse contexto, busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral da Constituição e das leis, mas sem recorrer a categorias metafísicas. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo na interpretação jurídica, com o reconhecimento de normatividade aos princípios e de sua diferença qualitativa em relação às regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre a dignidade da pessoa humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a ética.³⁶

No caso brasileiro, o ideário do Estado Constitucional de Direito deu-se de forma mais tardia, tendo seu primordial marco na Constituição Federal da República de 1988. Embora não tenha sido imediatamente advinda das consequências da Segunda Guerra, a Carta Constitucional hoje vigente no país decorreu de uma reação contundente da sociedade a um período de grande instabilidade institucional e de fragilização da democracia brasileira.

³⁴ “Os efeitos corrosivos da neutralização ou da destruição dos direitos postos na Constituição foram experimentados de modo especialmente notável na Alemanha, quando da implantação do nazismo. A noção de que os direitos previstos na Constituição não se aplicavam imediatamente, por serem vistos como dependentes da livre atuação do legislador, e a falta de proteção judicial direta desses direitos propiciaram a erosão do substrato democrático da Constituição de Weimar, cedendo espaço a que se assentasse o regime totalitário a partir de 1933. A Lei Fundamental de 1949 reagiu contra essas falhas, buscando firmar-se em princípios como o da proteção judicial dos direitos fundamentais, o da vinculação dos Poderes Públicos aos direitos fundamentais e o da aplicação direta e imediata destes, independentemente de tradução jurídica pelo legislador.” (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 11º ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 151)

³⁵ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 270.

³⁶ *Op. cit.*, p. 171-172.

Esse anseio pela retomada da normalidade republicana e democrática, associada aos influxos históricos e filosóficos ao longo do século, deram origem à Constituição que mais contou com a influência de diversos segmentos da sociedade na sua elaboração³⁷. Isso explica, por exemplo, a pluralidade de assuntos nela tratados e os interesses por ela albergados³⁸, às vezes até mesmo aparentemente contraditórios.

Não se pode ignorar, contudo, que a Constituição de 1988 tem um relevante histórico de estabilidade, apesar dos inúmeros processos de emenda ao seu texto. Mostra-se um documento perene, que sobreviveu a momentos sensíveis de crise política – como foi o caso do processo de *impeachment* contra Dilma Rousseff e as ainda mais recentes revoltas antidemocráticas após as eleições de 2022.

O fato é que, ainda que possa apresentar alguns problemas, está-se, no Brasil, diante de um documento factualmente dotado de eficácia normativa e que conta com diversos instrumentos para sua concretização, além de existir, ainda que sempre sujeito a oscilações, um certo *sentimento constitucional* compartilhado pela população. Elucidativo, neste ponto, o panorama traçado por Gustavo Binbenjón:

³⁷ Como exemplo, a seguinte passagem de Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto: “As Subcomissões começaram a trabalhar em 1º de abril de 1987 e os seus trabalhos se estenderam até 25 de maio daquele ano. Elas eram regimentalmente obrigadas a realizar entre 5 e 8 audiências públicas, tendo algumas organizado caravanas para outros Estados, visando a facilitar o contato com as respectivas populações. Os grupos mais variados foram ouvidos nas audiências públicas — Ministros de Estado, lideranças empresariais e sindicais, intelectuais, associações de moradores, entidades feministas e de defesa dos homossexuais, representantes do movimento negro, ONGs ambientalistas, indígenas, empregadas domésticas, meninos de rua etc. O contraditório foi intenso. Se o tema em discussão fosse, por exemplo, a reforma agrária, participariam das discussões tanto as entidades de defesa dos sem-terra como aquelas ligadas aos ruralistas. Abriu-se a possibilidade de encaminhamento de sugestões à Assembleia Nacional Constituinte por entidades associativas, Poderes Legislativos estaduais e municipais, e órgão do Judiciário, tendo sido apresentadas 11.989 propostas naquela fase.” (SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de **Direito Constitucional: Teoria, História e Métodos de Trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 164).

³⁸ “Dentre as causas dessa expansão da matéria constitucional, pode-se citar a concepção social de constitucionalismo adotada pelo legislador constituinte; a fórmula de elaboração da Carta, que passou pelo trabalho das 24 subcomissões e 8 comissões temáticas, como acima relatado; a cumulação de funções legislativas ordinárias e constitucionais do Congresso em 87/88, que ensejou uma certa confusão entre tais esferas; e ainda as pressões dos mais variados segmentos sociais e lobbies durante a Constituinte, no afã de incluírem no texto constitucional as suas aspirações e demandas específicas. Quanto a esse último aspecto, os parlamentares e grupos de pressão que se articulavam na Constituinte não se contentavam com o mero reconhecimento principiológico das suas bandeiras e interesses. Preferiam a consagração de regras específicas e detalhadas, que os colocassem a salvo de incertezas quanto às concretizações legislativas ou interpretações judiciais futuras dos dispositivos que lhes favorecessem. Todos estes fatores contribuíram para que fossem incorporadas à Constituição normas de duvidosa estatura constitucional, ora definindo políticas públicas que, do ponto de vista da teoria democrática, talvez deveriam ser decididas no processo político majoritário, ora salvaguardando do alcance das maiorias interesses de caráter puramente corporativo, ora, ainda, adentrando em minúcias impróprias para um texto magno.” (*Op. cit.*, p. 171).

(...) Fruto de um movimento de democratização do país, a Constituição de 1988 inaugurou uma nova fase do constitucionalismo brasileiro, pautada pela preocupação com os direitos humanos e com a efetivação das promessas do texto magno. Pode-se hoje dizer que, pela primeira vez na nossa história, a Constituição está se incorporando de fato do dia-a-dia dos tribunais, sendo invocada com grande frequência pelas partes e aplicada diretamente pelos juízes de todas as instâncias na resolução de litígios públicos ou privados. Em que pese o persistente *déficit* de efetividade constitucional em certas questões – sobretudo as correlacionadas à promoção da justiça social –, é fato que a Constituição passou a ser encarada, também por aqui, como autêntica norma. E, neste sentido, cada vez mais a doutrina e a jurisprudência, nas diversas áreas do direito, têm encontrado, nos valores e princípios constitucionais – e a Carta de 1988 é generosíssima ao proclamá-los –, o norte para o equacionamento de problemas e solução de controvérsias jurídicas, das mais prosaicas às mais complexas.³⁹

Verifica-se, portanto, que a Constituição da República de 1988 qualifica-se como ponto fulcral do constitucionalismo democrático no Brasil. E são diversas as características que contribuem para tanto. Para além da consagração de diversos direitos fundamentais em seu texto, talvez outro grande mérito da Carta Magna de 1988 seja a sua propensão para garantir instrumentos que fortaleçam a sua observância por todos os Poderes – inclusive pela previsão de mecanismos importantes ligados à ideia de *checks and balances* – e, mais além, pelos próprios particulares no bojo de relações privadas.

Nesse viés, a normatividade da Constituição e a ideia de sua aplicabilidade imediata alia-se – sendo especialmente este fator que interessa a este trabalho – à atuação do Poder Judiciário para se garantir a proteção dos valores nela consagrados. Neste sentido:

Cabe ao Judiciário a tarefa clássica de defender os direitos violados ou ameaçados de violência (art. 5º, XXXV, da CF). A defesa dos direitos fundamentais é da essência da sua função. Os tribunais detêm a prerrogativa de controlar os atos dos demais Poderes, com o que definem o conteúdo dos direitos fundamentais proclamados pelo constituinte. A vinculação das cortes aos direitos fundamentais leva a doutrina a entender que estão elas no dever de conferir a tais direitos máxima eficácia possível. Sob um ângulo negativo, a vinculação do Judiciário gera o poder-dever de recusar aplicação a preceitos que não respeitem os direitos fundamentais.⁴⁰

³⁹ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 67.

⁴⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 151.

Não se pretende afirmar que o Judiciário é encarado como o *realizador exclusivo* da Constituição, visto que esta se presta a servir como norteadora de todas as esferas do Poder Público. Na realidade, o raciocínio é quase que intuitivo: na hipótese de inação ou de não observância dos direitos constitucionais, é ao Poder Judiciário a quem se recorre com maior frequência para alterar-se o estado de coisas.

A ideia do fortalecimento da jurisdição constitucional, portanto, abrange duas grandes questões: a primeira delas é que o texto constitucional passa a irradiar e a filtrar todo o conteúdo do ordenamento jurídico⁴¹⁻⁴². A segunda é que se expande, consideravelmente, a margem de atuação e as exigências dos Poderes do Estado, cujo papel fundamental passa a ser atender aos anseios democráticos erigidos à categoria de normas constitucionais.

Ao fim e ao cabo, percebe-se que, nos dias de hoje, as concepções de Estado de Direito, constitucionalismo e democracia encontram-se definitivamente associadas, numa lógica assim retratada: o Estado de Direito, atualmente, é fruto de um processo de constitucionalização, de modo que tem como fundamento último a Carta Constitucional. Esta, por sua vez, nasce de um grande movimento democrático que, tanto no Brasil quanto no mundo, se devem em grande monta aos processos de reconstrução que se deram após momentos de graves instabilidades institucionais e crises graves de legitimidade, bem como às contribuições da escola pós-positivista, que resgatou e agregou ao Direito valores de ordem ética e política.

A democracia é, portanto, a chave-mestra do Estado Constitucional hoje vigente no Brasil. São as perspectivas advindas do povo, na qualidade de detentor do poder constituinte

⁴¹ “(...) pode-se falar numa supremacia não apenas formal, mas também material da Constituição, relacionada ao fato de que os valores mais caros a uma comunidade política costumam ser exatamente aqueles acolhidos pela sua Lei Maior, e que, exatamente por isto, são postos ao abrigo da vontade das maiorias legislativas de ocasião. Estes valores, densificados através de princípios e regras constitucionais, devem, pela sua relevância não apenas jurídica, como também moral, irradiar-se por todo o ordenamento, fecundando-o com sua axiologia transformadora.” (BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 64-65)

⁴² “A idéia de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Como intuitivo, a constitucionalização repercute sobre a atuação dos três Poderes, inclusive e notadamente nas suas relações com os particulares. Porém, mais original ainda: repercute, também, nas relações entre particulares.” (BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Revista de Direito Administrativo. Nº 240, 2005, p. 12-13).

originário, que são positivadas e colocadas como cerne da razão de ser do Estado e, conseqüentemente, é a grande força motriz da atuação de seus Poderes:

Os poderes “executantes”, isto é Executivo e Judiciário, não estão apenas instituídos e não são apenas controlados conforme o Estado de Direito; estão também comprometidos com a democracia. O povo ativo elege os seus representantes; do trabalho dos mesmos resultam (entre outras coisas) os textos das normas; estes são, por sua vez, implementados nas diferentes funções do aparelho de Estado; os destinatários, os atingidos por tais atos são potencialmente todos, a saber, o “povo” enquanto população. Tudo isso forma uma espécie de circulação de atos de legitimação, que em nenhum lugar pode ser interrompido (de modo não democrático).⁴³

E disso resulta, dentre outros aspectos, que é o voto popular que orienta a escolha dos representantes do Poder Legislativo e do Poder Executivo, os quais as atribuições estão diretamente ligadas à promoção, seja mediante atos normativos, seja mediante a atuação administrativa estatal, dos direitos fundamentais. O voto direto, secreto, universal e periódico, não por coincidência erigido à condição de cláusula pétrea pelo art. 60, §4º, inciso II, da CF/88, visa a garantir que o exercício da soberania popular seja capaz de assegurar efetivamente os rumos tomados no país.

De se perceber que, intuitivamente, os Poderes Legislativo e Executivo estão umbilicalmente ligados ao valor democrático, na medida em que são compostos com base no exercício do voto direto pelo povo. Isso, contudo, não se reproduz no que diz respeito ao Poder Judiciário, cujos membros são, via de regra, escolhidos via concurso público⁴⁴ ou, no caso dos Tribunais Superiores, por indicação.

⁴³ MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?:** a questão fundamental da democracia. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p 56.

⁴⁴ “Atendem mais ao princípio republicano que ao princípio democrático tanto a escolha dos agentes públicos em geral mediante seleção por critérios objetivos de mérito quanto à escolha dos juizes em particular mediante concurso público de provas e títulos. (...) Na verdade, a expressão mais imediata do princípio democrático são as eleições populares, não o concurso público. A seiva democrática provém do voto secreto, imotivado e incontrolável feito pelo povo, não da seleção pública, motivada e controlável feita pela banca examinadora. Logo, não se pode divisar força democratizante equivalente entre uma coisa e outra. Ainda que assim não fosse, a suposta força democratizante do concurso de provas e títulos somente imantaria os juizes concursados, não aos nomeados. Por isso, não sem razão diversas constituições nacionais, proclamando a representatividade popular de seus juizes e tribunais, submete-os ao império exclusivo da Constituição e da lei, exortando-os a uma autolegitimação democrática e, por via reflexa, resguardando-lhes a indispensável independência funcional (...)” (COSTA, Eduardo José da Fonseca. O Poder Judiciário diante da soberania popular: o impasse entre a democracia e a aristocracia. **Revista Brasileira de Direito Processual** – RBDpro. Belo Horizonte, ano 27, n. 106, abr./jun. 2019, p. 631).

Na medida em que os membros do Judiciário não são eleitos, surge uma dúvida: como assegurar o caráter democrático da atuação deste poder?

2.3. O caráter democrático da prestação jurisdicional.

Ao longo do século XX, como já anteriormente mencionado, o Estado de Direito foi repensado, especialmente a partir da Segunda Grande Guerra. Verificou-se, nos Estados contemporâneos, a paulatina condensação entre dois importantes valores: o constitucionalismo e a democracia.

Embora tais valores sejam intuitivamente convergentes, visto que as Constituições desta era são fruto da vontade soberana do povo, é preciso destacar que muitas vezes o constitucionalismo e a democracia apresentam-se como pontos de tensão. É que, ao mesmo tempo em que as Cartas Constitucionais consagram os ideais de seu povo, elas também são responsáveis por resguardar determinados valores das maiorias de ocasião. Assim, embora comumente associados, nem sempre a vontade da maioria e o constitucionalismo se colocam como valores harmônicos.

Premente da necessidade de se preservar determinados valores sensíveis e, especialmente, os direitos fundamentais de minorias que se mostram incapazes de alcançar o protagonismo nas deliberações políticas, atribui-se aos órgãos do Poder Judiciário – que não são eleitos e, por isso mesmo, naturalmente mais independentes das oscilações da política – a função de resguardá-los⁴⁵. Sobre o tema:

O constitucionalismo democrático foi a ideologia vitoriosa do século XX. Nesse arranjo institucional se condensam suas ideias que percorreram trajetórias diferentes: o *constitucionalismo*, herdeiro da tradição liberal que remonta ao final do século XVII, expressa a ideia de poder limitado pelo Direito e respeito aos direitos fundamentais. A *democracia* traduz a ideia de soberania popular, de governo da maioria, que somente se consolida, verdadeiramente, ao longo do século XX. Para arbitrar as tensões que muitas

⁴⁵ (...) a ideia de Estado Constitucional amplia significativamente a natureza política e os compromissos comunitários dos Poderes Estatais, pois igualmente vinculados aos objetivos e finalidades da República, compromissados com os valores positivados pela cidadania através do Poder Constituinte originário. Da mesma forma, legitima diversos outros espaços e atores para os efeitos de controle e concretização desses preceitos constitucionais, instituindo instrumentos arrojados para tanto, como (no Brasil) Mandado de Segurança Coletivo, *Habeas Data*, Mandado de Injunção, Sistema de Controle de Constitucionalidade Concentrado e Difuso, Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, etc.” (LEAL, Rogério Gesta. **O Estado-juiz na democracia contemporânea**: uma perspectiva procedimentalista. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007, p. 49).

vezes existem entre ambos – entre direitos fundamentais e soberania popular –, a maior parte das democracias contemporâneas instituem tribunais constitucionais ou cortes supremas. Portanto, o pano de fundo no qual se desenvolve a presente narrativa inclui: (i) uma Constituição que garanta direitos fundamentais, (ii) um regime democrático e (iii) a existência de uma jurisdição constitucional.⁴⁶

Esse fenômeno também não foi diferente na égide da Constituição de 1988, que “*ampliou significativamente a competência originária do Supremo Tribunal Federal, sobretudo em relação ao controle abstrato de normas e ao controle da omissão do legislador*”⁴⁷, além de incrementar significativamente as questões de ordem constitucional submetidas à apreciação dos órgãos jurisdicionais como um todo.

No Brasil, sob a vigência da Constituição de 1988, o Judiciário, paulatinamente, deixou de ser um departamento técnico especializado do governo para se tornar um verdadeiro poder político. Com a redemocratização, aumentou a demanda por justiça na sociedade e, conseqüentemente, juízes e tribunais foram crescentemente chamados a atuar, gerando uma judicialização ampla das relações sociais no país. Este fato é potencializado pela existência, entre nós, de uma Constituição abrangente, que cuida de uma ampla variedade de temas.⁴⁸

Sustenta Guilherme Peña de Moraes que a judicialização das relações sociais levou a certo protagonismo do Judiciário do Estado contemporâneo:

O Poder Judiciário, devido à judicialização das relações sociais e políticas, é colocado no epicentro jurídico-constitucional do Estado contemporâneo. O protagonismo institucional do Poder Judiciário pode ser constatado em decisões de temas polêmicos, que envolvem questões de dissenso moral razoável da sociedade ou aspectos morais não socialmente estáveis. O Poder Judiciário, nestas matérias, é evidenciado como um arena – jurídica – para a qual são deslocados os conflitos de interesse de outra arena – política.⁴⁹

⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In FELLET, André; NOVELINO, Marcelo (coord.) **Separação de Poderes: aspectos contemporâneos da relação entre Executivo, Legislativo e Judiciário**. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 247.

⁴⁷ MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 71.

⁴⁸ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In FELLET, André; NOVELINO, Marcelo (coord.) **Separação de Poderes: aspectos contemporâneos da relação entre Executivo, Legislativo e Judiciário**. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 246.

⁴⁹ MORAES, Guilherme Peña. Protagonismo institucional do Poder Judiciário no Estado contemporâneo: reflexões sobre a judicialização, o ativismo judicial e a autonomia processual da justiça constitucional. In RÊGO, Werson (coord.) **Segurança jurídica e protagonismo judicial: desafios em tempos de incertezas**. Estudos jurídicos em homenagem ao Ministro Carlos Mário da Silva Velloso. 1ª ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2017, p. 321.

Esse fortalecimento do Judiciário, no geral, e do Supremo Tribunal Federal, em particular, leva a algumas reflexões importantes, em especial no que diz respeito a sua relação com a Democracia.

Isso porque a atuação do Poder Judiciário pode, a depender do caso, ser representativa, estando em sintonia com a vontade majoritária coletiva, especialmente em contextos de crise de representatividade ou quando existe algum déficit prestacional por parte do Legislativo ou do Executivo. Nesta hipótese, a vontade popular e a atuação judicial estão em evidente consonância, não havendo maiores questionamentos.

É possível, ainda, que a jurisdição constitucional adote uma postura “*preservadora/verificadora*”, que, conforme Thomaz Junqueira:

Tomando a Constituição como manifestação privilegiada da soberania popular, sua função seria a de preservar tais decisões políticas frente as outras manifestações que não tenham o mesmo grau de representatividade, exercendo o controle constitucional como uma maneira de verificar o real substrato daqueles que clamam um mandato da soberania popular. Assim, a corte não pretende representar a vontade popular atual, mas proteger a manifestação pretérita da vontade popular mobilizada, a qual seria privilegiada por não sofrer (ou sofrer em menor grau) das dificuldades de verificação concreta do apoio popular, que atos legislativos cotidianos normalmente possuem.⁵⁰

O clássico conflito entre a soberania popular e o Poder Judiciário, contudo, ocorre quando este atua de forma contramajoritária propriamente dita, ou seja, quando, tomando a Constituição como limite ao exercício da soberania popular, as Cortes acabam por blindá-lo de maiorias a ele posteriores.

[A corte contra-majoritária] tomando a Constituição como limite ao exercício da soberania popular, teria função de a proteger de maiorias subsequentes à sua própria promulgação. (...) Em alguns casos isso é justificado por se imaginar a Constituição como manifestação de uma vontade soberana qualitativamente superior. Em outros, isso é justificado por se fundamentar a autoridade constitucional, não na soberania popular, mas em uma filosofia específica (secular ou religiosa) que é verdadeira e digna de proteção independentemente de seu apoio majoritário. Em outros ainda, isso é justificado por a Constituição representar um pacto entre grupos distintos e

⁵⁰ PEREIRA, Thomaz H. Junqueira. Soberania Popular, Representação e Jurisdição Constitucional. In VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima. **Estudos sobre a Jurisdição Constitucional**. Vol. II. São Paulo: Alamedina, 2018, p. 17.

antagônicos de uma sociedade, cuja preservação é a única garantia de estabilidade política e social. Independentemente de seu fundamento, nesse caso o que está em jogo não é o questionamento da capacidade do sistema político representar a vontade popular, mas uma limitação substantiva ao exercício dessa vontade majoritária, independentemente de sua real manifestação.⁵¹

Por mais que, à primeira vista, o caráter contramajoritário da prestação jurisdicional possa se mostrar afastado das ideologias democráticas, na medida em que repele manifestações sociais preponderantes, é importante ressaltar, no entanto, que mesmo a atuação contramajoritária do Judiciário é importante para resguardar o que Moreira Neto convencionou chamar de “*democracia plena*”:

A regra da maioria não se pode considerar obsoleta para a realização da democracia, só que ela não deve prevalecer se questionados princípios fundamentais constitucionalmente tutelados, casos em que será a regra de valor aquela que deverá ser aplicada.

Assim, a regra majoritária continua a servir para legitimar a investidura dos agentes políticos eletivos e as suas decisões coletivas nos foros políticos na realização da democracia formal.

Todavia, quando se trate da preservação dos valores fundamentais constitucionalmente tutelados e, assim, de sustentação da democracia material, deverá prevalecer a regra contramajoritária, que se legitimará em sua aplicação, pela atuação cooperativa e coordenada dos agentes políticos legalmente habilitados, exercentes de funções político-partidariamente neutras, atidas ao rigor dialógico dos devidos processos legais.

(...)

Neste sentido é que maiorias, sejam populares, sejam parlamentares, podem se tornar, paradoxalmente, agressoras da democracia plena – esta que se realiza pela equilibrada dosagem entre a regra majoritária e a regra de valor.⁵²

Nesse sentido, por mais que possa gerar tensões com determinados valores que se apresentam predominantes em determinada época, a atuação contramajoritária dos órgãos jurisdicionais não deixa de ser vocacionada, em alguma medida, aos ideais democráticos, visando a tutelar o que se pode conceber como uma espécie de manifestação democrática constitucionalmente qualificada:

Na arena política faz parte do jogo e do agir estratégico do parlamento a avaliação de que as deliberações poderão ser questionadas perante o Poder

⁵¹ PEREIRA, Thomaz H. Junqueira. Soberania Popular, Representação e Jurisdição Constitucional. In VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima. **Estudos sobre a Jurisdição Constitucional**. Vol. II. São Paulo: Alamedina, 2018, p. 18.

⁵² NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. A crise da democracia representativa e a ascensão do Poder Judiciário no Brasil. **Revista de Direito da Procuradoria Geral**. Rio de Janeiro. Edição Especial (Royalties do Petróleo), 2013, p. 35-36.

Judiciário (...). Isso não deve ser enxergado como um agir negativo, que tenha por efeito excluir percepções de democracia fundadas nas premissas da justiça e da igualdade. Uma deliberação parlamentar – ainda que adotada em regime majoritário – caso afronte direitos constitucionais, corre o risco de ser anuladas ou interpretada a ponto de ficar em conformidade com a Constituição. Neste último caso, a Suprema Corte poderá suprimir termos incompatíveis com o sentido das normas constitucionais ou reverter a interpretação que primeiramente seria feita do texto da lei, afim de que este fique alinhado com princípios democráticos.⁵³

Logo, na atribuição de resguardar a Constituição e os valores por ela incorporados, os órgãos jurisdicionais e especialmente aqueles que integram aquilo que se compreende como jurisdição constitucional, se veem imbuídos da função de defender aquilo que, ao fim e ao cabo, tutela a manutenção do regime democrático, que se justifica e é naturalmente concebido para suportar os dissensos sociais, sendo eles próprios benéficos para a sua renovação e o aprimoramento. Não obstante isso, essa compreensão não nos livra de determinados problemas.

2.3.1. *Judiciário e Democracia: alguns apontamentos.*

A Constituição de 1988 não é composta somente por regras. Na verdade, a maior carga axiológica advinda de seu texto decorre justamente de preceitos de baixa densidade normativa, de modo que, ao colocar os direitos fundamentais e os valores constitucionais no centro do ordenamento jurídico, incrementa consideravelmente a atividade criativa dos magistrados, como bem ilustrou Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

(...) frequentemente, em situações concretas, muito em razão da lentidão, anacronismo, perda de qualidade e antijuridicidade da produção legislativa, o Poder Judiciário se vê chamado a intervir na construção interpretativa da norma aplicável, com vistas a salvaguardar direitos fundamentais, assim, como um legislador positivo.

Isso se deve, dentre outros fatores, à ascensão de novos cânones do pós-positivismo, materializados pela textura aberta e pela força normativa dos princípios constitucionais, assim como à crise de legitimidade experimentada pelo velho modelo de democracia formal, meramente representativa, quando não, quase totalmente reduzida a periódicos sufrágios colhidos nas urnas.

Nasce daí a necessidade da intervenção do Poder Judiciário na integração de lacunas legislativas e correção de abusos de eventuais maiorias parlamentares e, conseqüentemente, sob impulso da evolução contemporânea do constitucionalismo, a ascensão da sua importância no cenário juspolítico brasileiro, como, de resto, ocorre entendida como a que se realiza pela

⁵³ NUNES, Cleucio Santos. A utilização do Poder Judiciário como instrumento do jogo de forças políticas na democracia. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**. Belo Horizonte, ano 13, n. 48, jan./mar. 2015, p. 57.

observância dos valores fundamentais explícitos ou implícitos em suas Constituições.⁵⁴

De se ressaltar, ainda, que o constitucionalismo brasileiro coloca os órgãos do Poder Judiciário em uma posição de grande importância, na medida em que estes independem da atuação legislativa para fazer valer os direitos fundamentais, que gozam, de eficácia imediata por expressa disposição constitucional⁵⁵. Isso amplia o espectro da atuação jurisdicional, que pode, em determinados casos, agir mesmo contra os ditames promulgados via processo legislativo:

Os juízes podem e devem aplicar diretamente as normas constitucionais para resolver os casos sob a sua apreciação. Não é necessário que o legislador venha, antes, repetir ou esclarecer os termos da norma constitucional para que ela seja aplicada. O art. 5º, §1º, da CF autoriza que os operadores do direito, mesmo à falta de comando legislativo, venham a concretizar os direitos fundamentais pela via interpretativa. Os juízes, mais do que isso, podem dar aplicação aos direitos fundamentais mesmo contra a lei, se ela não se conformar ao sentido constitucional daqueles.⁵⁶

Embora os magistrados possam – e devam – atuar de modo a consagrar os valores da democracia e, notadamente, decidir em consonância com os valores defendidos em determinada sociedade, fato é que uma atuação mais proativa dos órgãos jurisdicionais não fica incólume de algumas críticas que merecem atenção.

Primeiro, porque há um limite muito tênue entre a necessidade de se resguardar os valores consagrados na Constituição, respaldando a invalidação de atos de agentes públicos eleitos integrantes dos Poderes Legislativo e Executivo, de um lado, e uma atuação que acaba por embarceiradas evoluções sociais importantes e legitimadas, ao fim e ao cabo, pelo voto popular. Ao mesmo tempo em que a atuação contramajoritária é justificada por deixar a salvo determinados direitos fundamentais das maiorias de ocasião, ela também serve, em sentido diametralmente oposto, para proteger o *status quo*⁵⁷.

⁵⁴ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. A crise da democracia representativa e a ascensão do Poder Judiciário no Brasil. **Revista de Direito da Procuradoria Geral**. Rio de Janeiro. Edição Especial (Royalties do Petróleo), 2013, p. 28.

⁵⁵ CF/88, art. 5º, §1º: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

⁵⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 11º ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 152.

⁵⁷ “Juízes e membros dos tribunais não são agentes públicos eleitos. Sua investidura não tem o batismo da vontade popular. Nada obstante isso, quando invalida atos do Legislativo ou do Executivo ou impõe-lhes deveres de atuação, o Judiciário desempenha um papel que é inequivocamente político. Essa possibilidade de as instâncias judiciais sobreporem suas decisões às dos agentes políticos eleitos gera aquilo que em teoria constitucional foi

Além disso, questiona-se a capacidade institucional dos órgãos do Poder Judiciário para dar a última palavra acerca dos significados e da correta interpretação das normas jurídicas, em geral, e da Constituição, em particular. E isso decorre de duas percepções importantes: nem sempre os magistrados são os agentes mais capacitados para decidir da melhor maneira em todas as matérias; e, via de regra, a *microjustiça* do caso concreto não permite uma avaliação séria dos efeitos sistêmicos das decisões judiciais. Ademais, compartilha-se da ideia de que o Judiciário não pode atuar como substituto dos órgãos que são eleitos no processo democrático, conforme assevera Rogério Gesta Leal:

Se for verdade que, ao menos em grande parte dos países de modernidade tardia e economia dependente, como o Brasil, o surgimento de um Judiciário promovedor de medidas sociais compensatórias e mesmo satisfativas para determinadas demandas individuais e coletivas revelou-se importante para assegurar o mínimo existencial configurador da dignidade da pessoa humana, é igualmente verossímil que tal comportamento não pode ser tomado como fórmula substitutiva e mesmo emancipadora dos demais poderes instituídos e de suas funções democráticas – inclusive no plano filosófico do seu significado –, eis que precisa ser cotejado no âmbito específico da ideia revisada de Democracia Representativa, ainda vigente no sistema político ocidental.⁵⁸

Outra questão importante é que, não sendo eleitos, os magistrados não estão submetidos ao mesmo nível de *accountability* democrático que os agentes integrantes dos órgãos representativos. Isso faz com que a ponderação, muitas vezes, seja descomprometida com a análise de aspectos importantes que devem ser considerados em determinadas searas, especialmente quando estão em jogo questões que afetem toda a sociedade, como são os casos

denominado de dificuldade contramajoritária. A jurisdição constitucional e a atuação expansiva do Judiciário têm recebido, historicamente, críticas de natureza política, que questionam sua legitimidade democrática e sua suposta maior eficiência na proteção dos direitos fundamentais. Ao lado dessas, há, igualmente, críticas de cunho ideológico, que veem no Judiciário uma instância tradicionalmente conservadora das distribuições de poder e de riqueza na sociedade. Nessa perspectiva, a judicialização funcionaria como uma reação das elites tradicionais contra a democratização, um antídoto contra a participação popular e a política majoritária.” (BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo**. RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ, [S.l.], n. 21, jun. 2012. ISSN 2236-3475. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794>>. Acesso em: 13 abr. 2023, p. 11).

⁵⁸ LEAL, Rogério Gesta. **O Estado-juiz na democracia contemporânea: uma perspectiva procedimentalista**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007, p. 93.

que se colocam na jurisdição constitucional, acabando por levar a uma monopolização do debate⁵⁹, e, conseqüentemente, à politização dos tribunais⁶⁰.

Por fim, é inevitável pensar que a baixa densidade normativa dos preceitos jurídicos e a principiologia que atualmente rege a concepção do Direito, embora seja meritória em diversos aspectos, incrementa a possibilidade de subjetivismos judiciais. Conforme relata Barroso:

A linguagem jurídica, como a linguagem em geral, utiliza-se de signos que precisam ser interpretados. Tais signos, muitas vezes, possuem determinados sentidos consensuais ou de baixo grau de controvérsia. (...) Mas a Constituição se utiliza, igualmente, de inúmeras cláusulas abertas, que incluem conceitos jurídicos indeterminados e princípios. (...) E, em relação a eles, embora possam existir certezas positivas e negativas sobre o que significam ou deixam de significar, é indiscutível que há uma ampla área de penumbra que se presta a valorações que não poderão refugir a algum grau de subjetividade. O fenômeno se repete com maior intensidade quando se trate de princípios constitucionais, com sua intensa carga axiológica, como dignidade da pessoa humana, moralidade administrativa ou solidariedade social. Também aqui será impossível falar em sentidos claros e unívocos. Na interpretação de normas cuja linguagem é aberta e elástica, o direito perde muito da sua objetividade e abre espaço para valorações do intérprete. O fato de existir consenso de que ao atribuir sentido a conceitos indeterminados e a princípios não deve o juiz utilizar-se dos seus próprios valores morais e políticos não elimina riscos e complexidades, funcionando como uma bússola de papel.⁶¹

Em mesmíssimo sentido, a crítica de Fernando Leal:

(...) o discurso doutrinário preocupado com a efetividade da Constituição criou as condições de legitimação de um desprestígio ao formalismo (...). O discurso da efetividade, que passou, em poucos anos, a incorporar teorias e métodos complexos de decisão à sua reivindicação inicial de uma dogmática emancipatória sensível às promessas contidas nas disposições da Constituição Federal de 1988 para a promoção da sua efetividade, mas sem a estruturação de métodos de justificação e baixo trabalho dogmático, passou a se amparar em uma teoria que, pela interpretação constitucional, tudo se podia.⁶²

⁵⁹ (...) A primeira consequência drástica da judicialização é a elitização do debate e a exclusão dos que não dominam a linguagem nem têm acesso aos *locus* de discussão jurídica. Institutos como audiências públicas, *amicus curiae* e direito de propositura de ações diretas por entidades da sociedade civil atenuam mas não eliminam esse problema. Surge, assim, o perigo de se produzir uma apatia nas forças sociais, que passariam a ficar à espera de juízes providenciais.” (BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo**. *Op. cit.*, p. 13)

⁶⁰ “(...) Na outra face da moeda, a transferência do debate público para o Judiciário traz uma dose excessiva de politização dos tribunais, dando lugar a paixões em um ambiente que deve ser presidido pela razão. No movimento seguinte, processos passam a tramitar nas manchetes de jornais – e não na imprensa oficial – e juízes trocam a racionalidade plácida da argumentação jurídica por embates próprios da discussão parlamentar, movida por visões políticas contrapostas e concorrentes.” (*Op. cit.*, p. 13)

⁶¹ *Op. cit.*, p. 22-23.

⁶² LEAL, Fernando. “A Constituição diz o que eu digo que ela diz”: Formalismo inconsistente e textualismo oscilante no Direito Constitucional brasileiro. **Direitos Fundamentais & Justiça**. Belo Horizonte, ano 12, n. 39, jul./dez. 2018, p. 135.

Tais aspectos acabam por não deixar claro o liame entre interpretação legítima do ordenamento jurídico e o voluntarismo dos intérpretes. Neste último caso, o Judiciário se afasta do conteúdo axiológico da ordem constitucional e, via de consequência, da própria democracia, na medida em que, uma vez não legitimados pelo voto popular, a legitimação do Judiciário decorre do respeito e da confiança que o povo deposita em seus integrantes. É o que assevera Fábio Konder Comparato:

O Poder Judiciário, como órgão de um Estado democrático, há de ser estruturado em função de ambas essas exigências. Ressalte-se, contudo, que, diferentemente dos demais poderes públicos, o Judiciário apresenta uma notável particularidade. Embora seja ele, por definição, a principal garantia do respeito integral aos direitos humanos, na generalidade dos países os magistrados, salvo raras exceções, não são escolhidos pelo voto popular.

Na verdade, o fator que compatibiliza o Poder Judiciário com o espírito da democracia (no sentido que Montesquieu conferiu ao vocábulo) é um atributo eminente, o único capaz de suprir a ausência do sufrágio eleitoral: é aquele prestígio público, fundado no amplo respeito moral, que na civilização romana denominava-se *auctoritas*; é a legitimidade pelo respeito e a confiança que os juízes inspiram no povo. Ora, essa característica particular dos magistrados, numa democracia, funda-se essencialmente na independência e na responsabilidade com que o órgão estatal em seu conjunto, e os agentes públicos individualmente considerados, exercem as funções políticas que a Constituição, como manifestação original de vontade do povo soberano, lhes atribui.⁶³

De se perceber, portanto, que o Poder Judiciário ocupa posição extremamente sensível no jogo democrático. De um lado, coloca-se como Poder crucial na tutela da ordem jurídica democrática contra maiorias de ocasião. Entretanto, uma vez mal conduzido, pode ser maquinado, de forma aparentemente legítima, em prejuízo da própria democracia.

Assim, o estudo sobre o caráter democrático da prestação jurisdicional, portanto, passa pela compreensão de um mosaico de institutos do Direito e da filosofia jurídica. Ao final, contudo, a compreensão estará entorno de que o Direito, embora legitimado no valor democrático – hodiernamente associado à vontade majoritária de determinada sociedade – existe também (e especialmente) para proteger o mais fraco ou a minoria, garantindo-lhe algum direito fundamental, seja este individual, social ou de caráter difuso.

Não à toa, o principal símbolo do direito tem como seu primeiro elemento, colocado de modo central, uma balança de dois pratos, no mesmo nível, com o fiel ao meio (quando

⁶³ COMPARATO, Fábio Konder. **O Poder Judiciário no regime democrático**. Estudos Avançados, v. 18, n. 51, maio, 2004, p. 151.

existente), perfeitamente a prumo. Esta é a simbologia que orienta a noção que permeará nosso estudo: Direito é o instrumento de equilíbrio de forças.

O equilíbrio alvitado representa a síntese histórica de dois conceitos distintos e que, em determinados casos, são até mesmo potencialmente antagônicos. Isso porque, embora o Poder Judiciário também esteja a serviço da democracia, em diversas questões fundamentais a sua atuação pode ir em sentido contrário às aspirações majoritárias da sociedade em determinada época. Se, em primeira guinada de visão, democracia equivale à soberania do povo ou regra da maioria, o Estado de Direito equivale à juridicização do poder e ao respeito pelos direitos fundamentais, *ainda que em contrariedade às opiniões predominantes de seu povo*, em prol de outros valores merecedores de tutela jurídica ainda quando ausente o respaldo da opinião pública.

Justamente ao Poder Judiciário coube, em última instância, dirimir tais conflitos. Entretanto, é preciso ter em mente de que este papel institucional não leva tão somente ao fim utopicamente desejável de pacificação social, mas, ao contrário, muitas vezes leva-se ao ataque contra o próprio pacificador, fazendo com que este seja encarado como um *inimigo ficcional*⁶⁴.

A ideia de inimigo ficcional leva a opinião pública a crer que determinado agente é responsável pela “má-condução” da sociedade. Cria-se um verdadeiro vilão, que supostamente atuaria contra um projeto de país alvitado pelas maiorias de ocasião. Essa noção diferencia-se da ideia da crítica, que é natural, porquanto a discordância é ínsita à própria ideia de Democracia. Ao contrário, eleger um inimigo ficcional é atacar determinado pessoa, órgão ou Poder, não por críticas fundadas, mas pela sua atuação em prol de posições extremistas, desacreditando instituições democráticas e permitindo o domínio de autocracias.

Não se pode olvidar, noutro ponto, que a decisão jurisdicional, uma vez mal conduzida, pode se transformar em um dos principais instrumentos de atuação de um projeto político totalitário. É o que ocorreu, por exemplo, na instauração do Estado Nazista⁶⁵.

⁶⁴ Sobre o tema, vide ABBOUD, Georges. **Ativismo Judicial**: os perigos de se transformar o STF em inimigo ficcional. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 17-23.

⁶⁵ “De maneira simplificada, pode-se afirmar que a atuação do Judiciário no período nazista ressaltava a prerrogativa que os juízes possuíam de abandonar (abrir mão) do direito positivo (legalidade vigente), para poderem concretizar valores mais importantes, que estavam acima da legalidade, mais precisamente, os desígnios do nacional-socialismo.” (ABBOD, Georges. **Direito constitucional pós-moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 126)

De fato, o projeto constitucional originado em 1988, ao mesmo tempo que apresenta um mérito relevante no sentido de trazer a lume a principiologia em defesa dos direitos fundamentais e do Estado de Direito, é, simultaneamente, dotado de uma textura porosa e aberta que pode, perigosamente, dar azo à interpretações que, embora respaldadas em seu texto, não refletem o espírito que guia o Estado Constitucional Brasileiro.

Nesse cenário, afirmou o professor Abboud, se a degeneração do direito e da democracia pode ser operada de forma mais contundente por decisões judiciais sem limites do que pela própria legislação, deve haver cuidado extremo na democracia acerca de como juízes deveriam julgar e de como se dá a relação existente entre a decisão e os elementos da democracia, mormente quando se considera a lei como o instrumento primordial de delimitação da atuação dos Poderes constituídos:

Cuida-se de uma compreensão da democracia enquanto método que, a despeito de comportar qualquer conteúdo, é rigorosíssima na exigência de respeito às instituições, apenas possível num Estado em que o governo das leis prevalece sobre o governo dos homens. O governo das leis subjugava aos cidadãos e ao Poder Público em todas as suas esferas, inclusive a legislativa, o que só é viável se os ocupantes de cargos públicos estiverem sujeitos, em última instância, ao controle por parte dos indivíduos, que, titularizam o poder fundamental que os agentes, enquanto mandatários, exercem.⁶⁶

Portanto, alvitra-se uma necessária e ampla discussão pelo direito contemporâneo de fornecer elementos para a teoria da decisão a fim de orientar o julgador e o auxiliar nos poderes de decidir dentro do binômio lícito/ilícito, que seja capaz de equalizar, ao mesmo tempo, o papel do Judiciário na proteção do Estado Constitucional brasileiro e que, ao mesmo tempo, não eleve os juízes ao status de grandes paladinos da Justiça, levando à degeneração do Direito, conceito que será melhor explicitado no capítulo que se segue.

Assim, buscamos nesse trabalho a associação entre jurisdição constitucional e a autonomia do direito que garantirá a própria ideia de proteção da democracia ao final, fornecendo elementos concretos na busca de uma hermenêutica integrativa, que equilibre essas formas em prol da tutela dos direitos fundamentais e da preservação do Direito enquanto manifestação democrática, bem como sua vocação enquanto categoria autônoma.

⁶⁶ ABOUD, Georges. **Direito constitucional pós-moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 128.

3. A DEGENERAÇÃO

3. ENTRE JURISTAS E ACROBATAS: A DEGENERAÇÃO DO DIREITO.

3.1. Jurisdição Constitucional e seu papel protetivo.

Antes de adentrar propriamente no problema da degeneração, é preciso consolidar alguns pontos importantes acerca da jurisdição constitucional. Seus papéis no Estado Democrático Constitucional já foram apontados no capítulo anterior; contudo, alguns reforços precisam ser feitos.

De início, versar sobre este tema é, inevitavelmente, versar sobre as Cortes Constitucionais e, no cenário brasileiro, sobre o papel do Supremo Tribunal Federal na salvaguarda da normalidade democrática. Com efeito, o Supremo hoje ocupa uma posição de considerável destaque enquanto instituição democrática, de modo que está presente com frequência em debates importantes na sociedade⁶⁷.

Esse fenômeno se deve, dentre outros fatores, à expansão das competências atribuídas ao Supremo após a Constituição de 1988, assim como ao fortalecimento de teorias, tais como a da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade⁶⁸. Diante desta ascensão, alguns alertas são necessários. O primeiro diz respeito ao fato de que direito e política, embora relacionados, não se confundem. Esta percepção, ainda que pareça demasiado óbvia, é importante para que se entenda que, por mais que exista uma interação de certo modo inevitável entre dois campos, é preciso que se preserve, *“no que é essencial, a especificidade e, sobretudo, a integridade do direito”*⁶⁹.

Ainda quando não possa oferecer todas as soluções pré-prontas em seus enunciados normativos, conceitos e precedentes, o direito limita as possibilidades legítimas de solução. De fato, deverão elas caber nas

⁶⁷ “(...) No caso brasileiro, esse movimento de ampliação do Poder Judiciário, particularmente do Supremo Tribunal Federal, tem sido contemporâneo da retração do Legislativo, que passa por uma crise de funcionalidade e de representatividade. Nesse vácuo de poder, fruto da dificuldade de o Congresso Nacional formar maiorias consistentes e legislar, a corte suprema tem produzido decisões que podem ser reputadas ativistas (...)” (BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 436).

⁶⁸ Sinteticamente, a abstrativização do controle difuso retrata a possibilidade de que os efeitos do pronunciamento da Corte Suprema, ainda que em sede incidental e concreta, são aptos a produzir efeitos erga omnes, sendo aplicáveis a toda a coletividade.

⁶⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 431.

alternativas de sentido e de propósitos dos textos, assim como harmonizar-se com o sistema jurídico como um todo. De parte disso, os argumentos utilizáveis em um processo judicial na construção de qualquer decisão precisam ser assimiláveis pelo direito, e não somente por serem de razão pública, mas por seguirem a lógica jurídica, e não a de qualquer outro domínio.⁷⁰

E, mais do que isso, o fato do Judiciário ser hoje elevado a um importante elemento da democracia – não apenas porque lhe cabe a aplicação de normas democraticamente produzidas pelas instâncias majoritárias representativas, mas também porque, em determinados casos, é ele o principal agente de concretização dos anseios populares –, não se pode conceber que este panorama leve à sua transmutação em instância deliberadamente política. Isso porque, ainda que não respaldado pelas maiorias, é ao Supremo Tribunal que cabe duas importantes atribuições na manutenção do equilíbrio democrático: a proteção (i) das minorias e (ii) das regras de democracia.

3.1.1. *Jurisdição Constitucional como espaço institucional contramajoritário.*

A primeira de tais atribuições é a função contramajoritária dos tribunais constitucionais. Em poucas palavras, a jurisdição assume um papel contramajoritário quando, em prol da Constituição, da democracia ou de direitos fundamentais, invalida leis e atos decorrentes do exercício do Poder Legislativo ou do Poder Executivo. Trata-se, resumidamente, de agentes que, ainda que não eleitos, tem o poder de sobrepor a sua razão (jurídica) em detrimento da vontade política de representantes eleitos.

Assim, ainda que a legitimidade do poder jurisdicional decorra da própria Democracia – uma vez que todo exercício de poder deve ser nela escorado –, isso não significa necessariamente que magistrados devam se curvar diante da vontade popular em todo e qualquer caso, quando outros valores igualmente merecedores de tutela mereçam prevalecer. Sobre o tema, a lição de Barroso:

(...) Os magistrados, assim como as pessoas em geral, não são seres desenraizados, imunes ao processo social de formação das opiniões individuais. O que não se poderia aceitar é a conversão do Judiciário em mais

⁷⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 445.

um canal da política majoritária, subserviente à opinião pública ou pautado pelas pressões da mídia. (...)

Este ponto é de extrema relevância: todo poder político, em um ambiente democrático, é exercido em nome do povo e deve contas à sociedade. A autoridade para fazer valer a Constituição, como qualquer autoridade que não repouse na força, depende da confiança dos cidadãos. Mas há sutilezas aqui. Muitas vezes, a decisão correta e justa não é a mais popular. E o populismo judicial é tão ruim quanto qualquer outro. É assim, alternando momentos de ativismo e autocontenção, que a jurisdição constitucional tem se consolidado em todas as democracias maduras como instrumento de mediação das forças políticas e de proteção dos direitos fundamentais.⁷¹

Por mais que o Supremo Tribunal Federal atue, cada vez mais, como receptor e concretizador da vontade popular – convolvando-se em instância representativa da sociedade, ainda que não derivada do processo eleitoral –, as Cortes Constitucionais precisam manter-se conscientes de que se colocam na estrutura democrática como uma barreira necessária ao afã das maiorias. Trata-se de uma necessidade de se preservar a função da jurisdição constitucional como um *“contraponto à política majoritária, criado ou tolerado pelo próprio sistema político para testar os seus atos a partir de um exame relativamente afastado das disputas políticas cotidianas”*⁷².

A segunda observação a ser feita é que o caráter contramajoritário, embora seja fundamental, deve ser exercido com a devida parcimônia. Disto decorre a tarefa muitas vezes árdua de se definir aquilo que é essencial da ordem constitucional e que deve, portanto, ser objeto de proteção das maiorias de ocasião e, por outro lado, aquelas matérias que devem ser deixadas a cargo do jogo político. Para Luiz Fux e Carlos Eduardo Frazão,

(...) a Constituição não pode ser vista como repositório de todas as decisões coletivas, senão apenas dos lineamentos básicos e objetivos fundamentais da República. Deve-se, portanto, rechaçar qualquer leitura maximalista das cláusulas constitucionais que acabe por amesquinhar o papel da política ordinária da vida social.⁷³

Os referidos autores destacam, ainda, a doutrina de Dieter Grimm:

⁷¹ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 448.

⁷² MENDONÇA, Eduardo. A jurisdição constitucional como um canal de processamento do autogoverno democrático. In SARMENTO, Daniel (Coord.). **Jurisdição Constitucional e Política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 140.

⁷³ FUX, Luiz; FRAZÃO, Carlos Eduardo. O Supremo Tribunal Federal na fronteira entre o direito e a política: alguns parâmetros de atuação. In SARMENTO, Daniel (Coord.). **Jurisdição Constitucional e Política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 36.

A Constituição estrutura a ação política organizando-a, guiando-a, limitando-a. Mas ela não regula a ponto de a política estar reduzida à mera execução de ordens constitucionais. Dentro da moldura constitucional, os órgãos políticos estão livres para fazer as escolhas que, de acordo com seu ponto de vista, o bem comum exige. A eleição decide qual dos pontos de vista em competição é o preferido pela sociedade e qual o grupo político deve, dessa forma, liderar as posições no Estado e executar seu programa político. A seu turno, as Cortes, especificamente as Cortes Constitucionais, são chamadas a controlar se os outros ramos de poder, ao definir, concretizar e implementar os objetivos políticos agiram de acordo com os princípios constitucionais e não ultrapassaram os limites constitucionais.⁷⁴

Nesse ínterim, não se pode olvidar que, no constitucionalismo vigente, em que vigora a ideia de *sociedade aberta de intérpretes da constituição*⁷⁵, a interpretação e concretização de normas constitucionais não é um monopólio da jurisdição. Com isso, quer-se dizer que

(...) de um lado, deve-se reconhecer o importante papel do Judiciário na garantia da Constituição, especialmente dos direitos fundamentais e dos pressupostos da democracia. Mas, de outro, cumpre também valorizar o constitucionalismo que se expressa fora das cortes judiciais, em fóruns como os parlamentos e nas reivindicações da sociedade civil que vêm à tona no espaço público informal.⁷⁶

Existe uma tensão sempre presente no caráter contramajoritário das cortes constitucionais, caracterizada, por um lado, no dever jurídico de proteção de minorias e, notadamente, dos direitos fundamentais e, por outro, pelo fato de que as Cortes não podem ser completamente assépticas aos anseios populares, de modo a engessar qualquer evolução que diga respeito às normas constitucionais. Nesse sentido, o magistério de Eduardo Mendonça:

⁷⁴ Tradução livre do original: “*The constitution structures political action by organizing, guiding and limiting it. But it does not regulate it to the extent which would reduce politics to mere execution of constitutional orders. Within the framework of the constitution the political organs are free to make those choices which, according to their view, the common best requires. The election decides which of the competing views is preferred by Society and which political group may therefore fill the leading positions in the state and carry out its political program. By contrast, courts and especially constitutional courts, are called to control whether the other branches of government, in defining, concretizing and implementing the political goals, have acted in accordance with the constitutional principles and nor transgressed the constitutional limits*”. (GRIMM, Dieter. *Constitution Adjudication and democracy*. **Israel Law Review**, v. 33, 1999, p. 10).

⁷⁵ A expressão, cunhada por Peter Häberle, no livro “*Hermenêutica Constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*” (Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997), quer significar que a interpretação da constituição é um processo aberto, no qual estão envolvidos não só os poderes estatais, órgãos públicos, mas também os cidadãos e grupos sociais, de modo que não há um elenco ilimitado, *numerus clausus*, de intérpretes.

⁷⁶ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 240.

Isso coloca o tribunal constitucional em uma posição potencialmente delicada e, à primeira vista, contraditória. Por um lado, precisa afirmar, conceitualmente, que a sua decisão corresponde ao direito constitucional vigente, de modo que não poderia ser alterada pela simples vontade contramajoritária. Por isso mesmo, teria de se manter firme mesmo contra uma eventual avalanche de insatisfação popular, já que é justamente esse o objetivo que motivou a criação da jurisdição constitucional: a contenção de maiorias que desejem movimentar-se fora das balizas da ordem jurídica vigente. Por outro lado, uma Corte acaba se vendo obrigada a reconhecer que as instâncias eleitas e o sentimento social desempenham algum papel, não desprezível, na construção do entendimento judicial acerca de qual é o sentido dos comandos jurídicos, mesmo que seja sob a forma de uma exacerbação do ônus argumentativo imposto aos magistrados.⁷⁷

À guisa de conclusão, o que se pretende assentar é que o Poder Judiciário não está acima da democracia, mas nela situado. Isso quer dizer que, mesmo que atua contra a vontade de maiorias ocasionais, deve fazê-lo sob o abrigo da Constituição, de modo a sempre preservar o elemento democrático. Com isso em mente, passe-se agora a tratar do papel jurisdicional na proteção do sistema democrático.

3.1.2. *Jurisdição Constitucional e entrincheiramento da democracia.*

A jurisdição constitucional, na qualidade de protetora das minorias, tem uma atribuição que, enquanto correlata de tal tarefa, apresenta-se em um espectro mais amplo: a salvaguarda da democracia enquanto procedimento. Correlata porque, proteger os interesses minoritários albergados pela normatividade constitucional parte do pressuposto de que a democracia não se esgota no respeito ao princípio majoritário. Mais amplo, porque compreende não só esta percepção, mas também a proteção em si da democracia enquanto mecanismo da participação de todos, o que abrange também o viés representativo da jurisdição constitucional.⁷⁸

⁷⁷ MENDONÇA, Eduardo. A jurisdição constitucional como canal de processamento do autogoverno democrático. In SARMENTO, Daniel (Coord.). **Jurisdição Constitucional e Política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 145-146.

⁷⁸ “(...) Não há dúvida de que muitas vezes a vontade majoritária da população apoia as decisões proferidas no controle de constitucionalidade, não se vendo representada nos atos normativos ou nas omissões legislativas do parlamento. Também é verdade que o processo constitucional brasileiro bem se abrindo mais à sociedade. Não é menos certo que a democracia não se esgota no respeito ao princípio majoritário, pressupondo também o acatamento das regras do jogo democrático, as quais incluem a garantia de direitos básicos, visando à participação igualitária do cidadão na esfera pública, bem como a proteção às minorias estigmatizadas, tampouco se nega que o protagonismo do Poder Judiciário em certas questões pode ser politicamente conveniente para as instâncias representativas.” (SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Controle de Constitucionalidade e Democracia. In SARMENTO, Daniel (Coord.). **Jurisdição Constitucional e Política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 83).

Existe, conforme assentam Daniel Sarmento e Claudio Pereira de Souza Neto, uma certa sinergia entre jurisdição constitucional e democracia, verificável

(...) porque o exercício adequado do controle de constitucionalidade pode proteger pressupostos necessários ao bom funcionamento da democracia, como as regras equânimes do jogo político e os direitos fundamentais. Comprova essa constatação de que o surgimento ou o fortalecimento da jurisdição constitucional na maior parte dos países se deu no momento em que estes se democratizavam ou redemocratizavam, e não em cenários de autoritarismo. Da análise histórica, verifica-se que controle de constitucionalidade e democracia, embora não se pressuponham, quase sempre florescem juntos.⁷⁹

Importante citar, por oportuno, a síntese de Roberto Barroso, que defende que a legitimidade da jurisdição constitucional tem como fundamento: (i) a proteção dos direitos fundamentais, consistente na tutela de um mínimo ético e à reserva de justiça de uma comunidade política, insuscetíveis de serem atropelados por deliberação política majoritária; e (ii) a proteção das regras do jogo democrático⁸⁰ e dos canais de participação política de todos⁸¹. Destaca o autor:

A maior parte dos países do mundo confere ao Judiciário e, mais particularmente à sua suprema corte ou corte constitucional, o *status* de sentinela contra o risco da tirania das maiorias. Evita-se, assim, que possam deturpar o processo democrático ou oprimir as minorias. Há razoável consenso, nos atuais, de que o conceito de democracia transcende a ideia

⁷⁹ *Op. cit.*, p. 83-84.

⁸⁰ Conforme Norberto Bobbio, o sistema democrático é um conjunto de regras procedimentais, das quais a regra da maioria é a principal, mas não a única. Acerca de tais regras, afirma o autor que “(...) o que distingue um sistema democrático dos sistemas não democráticos é um conjunto de regras do jogo. Mais precisamente, o que distingue um sistema democrático não é apenas o fato de possuir suas próprias regras do jogo (todo sistema as tem, mais ou menos claras, mais ou menos complexas), mas sobretudo o fato de que estas regras, amadurecidas ao longo ao longo de séculos de provas e contraprovas, são muito mais elaboradas que as regras de outros sistemas e encontram-se hoje, quase que por toda parte, constitucionalizadas (...). Não quero com isto dizer que é suficiente um governo respeitar as regras do jogo para ser considerado um bom governo. Quero apenas dizer que num determinado contexto histórico, (...) a luta política é conduzida segundo certas regras e o respeito a estas constitui o fundamento da legitimidade (até agora não desmentido, apesar de tudo) de todo o sistema (...)” (BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**. 13ª ed. São Paulo: Paz e Terra, 2015, p. 105-106)

⁸¹ “Nos países de tradição democrática, a teoria da constituição é quase uma justificação do regime. Mais do que isso, a criação de instituições capazes de impor soluções a impasses é uma necessidade, sem a qual o texto constitucional deixa de fazer sentido. Nos Estados Unidos da América do Norte e no Brasil, a *revisão judicial* da produção legislativa – alcunhada na teoria como *controle de constitucionalidade* – é assimilada como peça indissociável do intrincado jogo democrático.” (NUNES, Cleucio Santos. A utilização do Poder Judiciário como instrumento do jogo de forças políticas na democracia. **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 13, n. 48, jan./mar. 2015, p. 54.

de governo da maioria, exigindo a incorporação de outros valores fundamentais.⁸²

Correto, portanto, o apontamento de Vanice Regina Lírio do Valle no sentido de que, a alternativa de solução para uma situação submetida a crivo de constitucionalidade – e da jurisdição, em sentido mais amplo –, “há de preferir, sempre e sempre, a recondução de cada qual das instituições ao exercício de seu mister constitucional”⁸³. E, nesta lógica, inserido numa sociedade marcadamente plural, esta característica não permitiria que juízes fossem vocacionados a fazer, ao menos não de forma pioneira, escolhas substantivas. Sendo assim,

(...) O pluralismo é um fato social que não permite ao Judiciário a referência automática a valores éticos fundadores de determinada comunidade. O modelo procedimental de interpretação constitucional impõe ao juiz uma atitude voltada especialmente para a garantia das condições democráticas do processo legislativo, e não para a avaliação de seus resultados.⁸⁴

Neste diapasão, a democracia não pode ser compreendida senão como um conjunto, sobretudo, de regras que asseguram a sua manutenção, cabendo às instituições respeitá-las, por si mesmas, de modo que:

(...) a condição mínima necessária para que possamos qualificar um dado governo como democrático é a existência de um “conjunto de regras de procedimento para a formação de decisões coletivas em que está prevista ou facilitada a participação mais ampla possível dos interessados” ou “um conjunto de regras (primárias ou fundamentais) que estabelecem *quem* está autorizado a tomar as decisões coletivas e com quais *procedimentos*”.

Cuida-se de uma compreensão da democracia enquanto método que, a despeito de comportar qualquer conteúdo, é rigorosíssima na exigência de respeito às instituições, apenas possível num Estado em que o governo das leis prevalece sobre o governo dos homens. O governo das leis subjuga aos cidadãos e ao Poder Público em todas as suas esferas, inclusive a legislativa, o que só é viável se os ocupantes de cargos públicos estiverem sujeitos, em última instância, ao controle por parte dos indivíduos, que, titularizam o poder fundamental que os agentes, enquanto mandatários, exercem.⁸⁵

⁸² BARROSO, Luís Roberto. A Razão sem Voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In SARMENTO, Daniel (Coord.). **Jurisdição Constitucional e Política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 19-20.

⁸³ VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Diálogo institucional como pressuposto da efetividade constitucional**. Revista de Direito Administrativo e Constitucional - A&C, ano 10, n. 23, jan./ mar. 2006. Disponível em: <https://www.forumconhecimento.com.br/periodico/123/58/385>. Acesso em 03/06/2023.

⁸⁴ BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional: legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 113.

⁸⁵ ABOUD, Georges. **Direito constitucional pós-moderno**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 128.

Portanto, da perspectiva procedimental, a missão do Judiciário é garantir “a lisura dos procedimentos pelos quais a democracia se realiza”. Esta ideia é importante porque ressalta o ponto de vista de que, quando não atuando de forma contramajoritária, caberia às Cortes Constitucionais, aprioristicamente, não fazer escolhas substantivas (papel institucional dos poderes majoritários), mas sim atuar no reforço da democracia, funcionalizada enquanto sistema⁸⁶.

Assentados esses dois papéis da jurisdição constitucional, estão postos os fundamentos primordiais para, finalmente, abordar o tema principal deste capítulo: a degeneração do direito.

3.2. Degeneração do Direito e decisões jurisdicionais.

3.2.1. A experiência da Alemanha Nazista.

Convém iniciar o presente tópico traçando o panorama alemão, que é paradigmático para a compreensão deste tópico, uma vez que ilustra a *degeneração total* do direito e da democracia.

O ponto de partida desta exposição é o ano de 1919. Um dos marcos do início do período neoconstitucionalista, a Constituição de Weimar, promulgada em 11 de agosto daquele ano, foi um marco importante na nova era do Constitucionalismo e no Estado de Direito. Tendo como pilares estruturantes a República, a Democracia, o Estado Social e a Federação, a Carta foi

⁸⁶ Gustavo Binbenbom, tratando da doutrina de John Hart Ely, assenta que, para este autor: (...) o papel do Judiciário não seria o de fazer escolhas substantivas, incluindo a contedização de princípios e direitos, tarefa reservada, nos Estados democráticos, aos agentes políticos investidos pelo voto popular; sua missão seria a de garantir a lisura dos procedimentos pelos quais a democracia se realiza. Um controle, enfim, centrado apenas nas condições de formulação do ato legislativo (input), desprovido de qualquer pretensão de alcançar seu resultado substantivo (outcome). Para Ely, “apenas uma teoria que enxergue o controle de constitucionalidade. Atribuído aos tribunais, como um reforço da democracia, e não como um guardião superior que arbitra quais resultados devem e quais não devem ser admitidos, será compatível com a própria democracia. (BINENBOJM, Gustavo. **A Nova Jurisdição Constitucional: legitimidade democrática e instrumentos de realização**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 102)

pioneira na consagração de direitos fundamentais, inclusive de cunho social⁸⁷, econômico⁸⁸ e cultural⁸⁹, além de reafirmar liberdades clássicas (de ir e vir, de associação, de reunião, de comunicação, entre outras).

Ainda que existam críticas acerca da real efetividade de seus dispositivos⁹⁰, fato é que a Constituição alemã de 1919 é uma das principais figuras da reconstrução do constitucionalismo pós-Guerra, marcado, como abordado no capítulo anterior, pela influência de valores morais no Direito e pela preocupação com um projeto de Estado vocacionado para atender aos anseios de seu povo⁹¹.

⁸⁷ “No âmbito dos direitos sociais (aqui em sentido amplo) um dos pontos dignos de destaque é o para a época avançado e reforçado estatuto constitucional de valorização do trabalho e dos direitos do trabalhador. Além disso, calha sublinhar que é nesse contexto que a CW também enuncia um dos principais deveres fundamentais do cidadão, designadamente um dever de contribuir de modo efetivo com o seu trabalho (aqui também tomado em sentido alargado) para o bem comum. Recorrendo aqui a uma tradução livre do disposto no artigo 163 da CW, “todos os alemães, sem prejuízo de sua liberdade pessoal, têm uma obrigação moral de empregar toda força física e mental, na medida do necessário, e para o bem da comunidade” (SARLET, Ingo Wolfgang; GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **História Constitucional Da Alemanha: Da Constituição da Igreja de São Paulo à Lei Fundamental**. Porto Alegre: Editora Fundação Fênix, 2021, p. 189.)

⁸⁸ “A CW também contemplava disposições cunho geral relativas à ordem econômica. A principal delas e uma das mais influentes em termos de sua repercussão sobre o constitucionalismo democrático e social, inclusive o brasileiro, é sem dúvida a de que a organização da vida econômica deveria atender aos princípios da justiça, observando e garantindo para todos uma vida humana digna de ser vivida, limites no contexto dos quais se garantiria a liberdade econômica individual. A coação legal somente seria permitida com o objetivo de se garantir direitos ameaçados ou como medida útil para o bem comum. A liberdade de indústria e comércio seria garantida nos termos da lei.” (*Ibidem.*, p. 190-191).

⁸⁹ “Outro ponto digno de nota é que a CW também previa o dever do Estado de proteger e zelar pelos monumentos da arte, da História, da natureza e da paisagem, demonstrando a preocupação com o patrimônio histórico, cultural e mesmo - ainda que de modo limitado, mas significativo para a Época - paisagístico e ambiental.” (*Ibidem.*, p. 193)

⁹⁰ “Por melhor que fosse o seu conteúdo, ela [a Constituição de Weimar] não foi capaz de evitar o fracasso da primeira democracia alemã. Sabemos hoje que este fracasso se deve, em última análise, à existência de poucos democratas na Alemanha e de um número excessivo de pessoas, sobretudo da burguesia, que em suas mentes ainda não tinham superado o império e a antiga ordem com seus privilégios e sua estrutura social injusta. Além disso, havia mais um fator: a Constituição de Weimar não oferecia estruturas estabilizadoras que pudessem ser úteis nas crises dessa república marcada pela pobreza das massas, pela miséria e por conflitos cada vez mais violentos entre os extremistas da direita e da esquerda. Faltava-lhe a prioridade do Direito Constitucional. Apesar de conter os direitos fundamentais, estes não podiam ser cobrados na justiça. (...)” (DÄUBLER-GMELIN, Herta. 50 anos da Lei Fundamental. In CARNEIRO, José Mario Brasiliense; FERREIRA, Ivette Senise (org.). **50 anos da Lei Fundamental**. São Paulo: Edusp, 2001, p. 13).

⁹¹ “No início do século XX, a Alemanha vivia o conturbado período de pós-primeira Guerra Mundial, da qual saíra derrotada e tentava se recompor economicamente. O *Tratado de Versalhes* havia imposto duras penalidades aos alemães, como a perda de terras e a exigência de indenizações pelas reparações da guerra. A irrisignação social se intensificava e vários movimentos políticos e conflitos internos surgiam pelo país. Nesse cenário, em 11 de agosto de 1919, a Assembleia Constituinte alemã promulgou a Constituição de Weimar (*Weimarer Reichsverfassung*), um texto que buscava reproduzir um compromisso com os direitos sociais de todos os seus cidadãos.

Apesar das várias críticas, o fato é que a Constituição de Weimar contemplava um “rol sistematizado de direitos” e as suas garantias de liberdades públicas serviram como exemplo para os textos constitucionais dos demais países, a exemplo da Constituição brasileira de 1934.” (MENDES, Gilmar. O aprendizado da Lei Fundamental de Bonn com a Constituição de Weimar e os seus reflexos no constitucionalismo brasileiro. In DO VALE, André Rufino (org.). **Constitucionalismo e Democracia Pós-2020: Reflexões na ocasião do Centenário do Constitucionalismo de Weimar (1919-1933)**. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 137-138).

É sob o manto desta ordem jurídica, considerada moderna e progressista que, no entanto, se desenvolve um Estado policial que colapsou as instituições e foi responsável por um dos extermínios mais marcantes da história mundial. Em 30 de janeiro de 1933, Adolf Hitler foi nomeado chanceler da Alemanha, momento histórico que é visto como o fim da República de Weimar. Entretanto

(...) embora em geral a história da República de Weimar seja dada por encerrada neste momento, do ponto de vista constitucional o que se deu – a despeito dos desenvolvimentos trágicos posteriores, convém agregar - foi apenas mais uma troca de governo de acordo com o marco normativo da CW (...)⁹²

É de se perceber, portanto, que a instituição do Terceiro Reich

(...) não ocorreu mediante a inserção de uma ordem jurídica *ex novo*. O triunfo do regime totalitário se dá a partir da degeneração da ordem jurídica vigente, e, no caso mais relevante do nacional-socialismo, ao contrário do que o senso comum imagina, a transição não se operou por meio de mudanças legislativas numerosas e profundas. A ascensão do regime do nacional-socialismo se deu por mecanismos subreptícios, em especial por decisões judiciais que se libertaram das amarras da legalidade democrática de Weimar.⁹³

Parece chocante a constatação de que o direito foi degenerado, precipuamente, pela instituição tradicionalmente vocacionada para sua salvaguarda, inclusive (e principalmente) em momentos de crise institucional.

Isso ilustra, ainda que de maneira extramedia, que a abertura do Direito a valores morais, típica do neoconstitucionalismo, associada ao protagonismo muitas vezes atribuído ao Poder Judiciário, ao mesmo tempo que implanta questões de justiça e de sensibilidade ao caso concreto através da interpretação de preceitos normativos abertos, pode ser facilmente manipulado em prol de interesses escusos, sob o véu da legitimidade que cobra as instituição do Estado de Direito e pela instrumentalização dos mesmos preceitos outrora concebidos como a chave-mestra da proteção dos direitos fundamentais de todos, inclusive de minorias sociais sub-representadas.

⁹² SARLET, Ingo Wolfgang; GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **História Constitucional Da Alemanha: Da Constituição da Igreja de São Paulo à Lei Fundamental**. Porto Alegre: Editora Fundação Fênix, 2021, p. 199.

⁹³ ABOUD, Georges. **Direito constitucional pós-moderno**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 26.

Neste sentido, aponta Luis Pietro Sanchís:

(...) será em Weimar que chega ao seu apogeu a reação antilegalista e judicialista do Direito livre: o juiz se converte em mediador entre o Direito e uma suposta consciência popular, podendo inclusive proferir sentenças *contra legem* (...) haviam se estabelecido as bases para que, no marco de uma Constituição democrática, pudesse se desenvolver uma instância de controle aristocrática, que tampouco se sentia necessariamente vinculada à Constituição. A jurisprudência alemã dos anos 30 revela que o controle jurisdicional da legislação foi realizado tal qual um exame da justiça ou da justificativa da lei a partir de parâmetros extraconstitucionais, como a “natureza das coisas” ou a “consciência jurídica da comunidade”.⁹⁴

No caso alemão, Abboud, citando o jurista alemão Bernd Rüthers, destaca que o regime nazista foi possível e o direito foi degenerado mediante o ataque de sete pontos cruciais, quais sejam: (i) a autonomia do direito; (ii) a democracia parlamentar; (iii) a ordem jurídica positiva; (iv) a legalidade; (v) o direito privado e os direitos subjetivos; (vi) a distinção entre direito e política; e (vii) a separação de poderes.⁹⁵

Tendo em vista que a tese aqui concebida tem por escopo perquirir a questão da degeneração na perspectiva do ordenamento jurídico e da jurisdição, apenas alguns dos pontos acima apontados serão melhor explorados a seguir, quais sejam: a democracia parlamentar constitucional, a legalidade e a ordem jurídica positiva, a autonomia do direito e, finalmente, a distinção entre direito e política.

Quanto à primeira, é preciso ter a correlata concepção entre a democracia e o regime parlamentar. Carl Schmitt, constitucionalista que se destacou como um dos principais membros do Partido Nazista, era defensor da ideia de igualdade democrática calcada na homogeneidade

⁹⁴ Tradução livre do original: “(...) será en Weimar cuando llegue a sua apogeo la reacción antilegalista y judicialista del Derecho libre: el juez se convierte en el mediador entre el Derecho y una supuesta conciencia popular, pudiendo incluso dictar sentencias contra legem. (...) se habían sentado las bases para que, en el marco de una Constitución democrática, pudiera desarrollarse una instancia de control aristocrática, que por lo demás tampoco se sentía necesariamente vinculada a la Constitución. La jurisprudencia alemana de los años 30 pone de relieve que el control jurisdicional de la ley fue realizado como un examen de la justicia o justificación de la ley a partir de parámetros extraconstitucionales, como la naturaleza de la cosa o la coincidencia jurídica de la comunidad.” (SANCHÍS, Luis Pietro. Tribunal Constitucional y Positivismo Jurídico. In: Doxa – Cuadernos de Filosofía del Derecho. Alicante: Biblioteca Miguel de Cervantes, 2000, p. 168.). Disponível em: https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10247/1/doxa23_07.pdf. Acesso em 01/06/2023.

⁹⁵ ABBOUD, Georges. **Direito constitucional pós-moderno**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 51.

do povo⁹⁶ e, conseqüentemente, na manutenção do poder e no uso deste contra aqueles que não fizessem parte da grande massa homogênea da raça ariana. Tais concepções atuaram como impulsionadores do ataque à democracia parlamentar constitucional.

A derrocada do parlamento enquanto instância democrática foi essencial para o abandono da ideia de heterogeneidade representativa e procedimentalização. Conforme Abboud:

Na visão totalitária, a Constituição é igualada à vontade política de um povo composto por uma maioria total e uniforme, sedenta por uma autoafirmação redentora e violenta. Nada mais oposto à ideia de que, numa democracia constitucional, a Constituição – e não a vontade popular – é que deve ser vista como última salvaguarda da sociedade. Isto é, no constitucionalismo, é impossível pensar num sujeito político amplamente soberano, livre das amarras impostas pelo texto da mais básica e fundamental das normas.

Por tais razões, a democracia parlamentar constitucional, filha do liberalismo, precisava ser a primeira vítima institucional do nacional-socialismo. Uma vez dissolvido o procedimento democrático e homogeneizado o povo, não haveria mais obstáculos à exclusão dos que, por pensamento ou raça, destoavam da harmonia comum. Sem esse ataque, não haveria como subverter a Constituição e o constitucionalismo a favor do Terceiro Reich.⁹⁷

De se perceber, portanto, que a degeneração do Direito encontra seu nascedouro a partir da negação da pluralidade de seu povo e, conseqüentemente, da separação entre aquele que é sujeito dos direitos fundamentais – por identificar-se com o ideário de povo implantando pelo regime – e aquele que não o é, na medida em que não se encaixa, física e/ou ideologicamente, no projeto totalitário.

⁹⁶ De acordo com Hermann Heller, um dos teóricos de base do regime do nacional socialismo, “[a] defesa da nação era uma parte da estratégia para desenvolver uma política nacionalista, necessária para a realização do Estado socialista (...). A nação apresentaria, assim, uma forma real e coletiva, sendo formada de acordo com certas “características nacionais”, comuns a todas as pessoas. Estas características (...) eram de origens estritamente naturais: o solo (Boden) e o sangue (Blut), e demonstravam as similaridades desenvolvidas pela interação mútua entre pessoas no espaço (local da vida comunitária) e no tempo (através do casamento e da reprodução)”. Posteriormente, após uma visita de Heller à Itália Fascista, sua teoria sofreria algumas alterações, de modo que a nação passa a ser compreendida como um sentimento de vida em comum, que seria “(...) o pré-requisito substantivo para a legitimação do Estado e se sua legislação, e não poderia ser determinado de forma abstrata. Mas, para tanto, Heller ainda apostava na necessidade de certo grau de homogeneidade nacional” (BORGES VALADÃO, Rodrigo. A luta contra a teoria pura do direito na República de Weimar e o caminho para o nacional-socialismo. **Revista Eletrônica da PGE-RJ**, v. 3, n. 3, 2020, p. 11-12. Disponível em: <https://revistaeletronica.pge.rj.gov.br/index.php/pge/article/view/177>. Acesso em: 3 maio. 2023).

⁹⁷ ABBOUD, Georges. **Direito constitucional pós-moderno**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 96.

A degeneração começa quando a pluralidade termina. E, especialmente, quando as minorias deixam de ser consideradas sujeitos de direitos, porquanto não representadas. Em segundo lugar, subjugar o Poder Legislativo – no caso, o Parlamento alemão – é descredibilizar a importância de regras cogentes a serem observadas pelo Poder Público, e, para mais, o procedimento que lhe confere legitimidade, credibilidade e, principalmente, *sindicabilidade*.

Acerca da ordem jurídica positiva e da legalidade, verificou-se que o Terceiro Reich negou a ideia de direito positivo, separado da moral e da política, para abrir espaço para análise da situação em concreto. Não que a análise de aspectos fáticos seja, em si mesma, um problema. A problemática surge quando a realidade concreta impera sobre o direito, e não o contrário, deturpando-o em prol de valores metafísicos defendidos pelo Estado.

Assim, o direito e as leis não são válidos porque observam a Constituição e o processo legislativo, mas porque refletem a intenção de preservar, a todo custo, a normalidade social de tudo o que a possa ameaçar. (...)

A defesa do fundamento da ordem contrata da vida fez com que a própria ordem jurídica e a aplicação do direito devam se conformar com os valores emanados do mundo da vida, e.g., família, corporações, exército, povo, empresa etc.⁹⁸

Nasce, assim, o chamado *não direito*. O direito, neste processo, perde a capacidade de fundamentar-se por suas próprias estruturas, passando a escorar-se em valores pré-jurídicos ou ideológicos. Em suas prescrições, o direito é essencialmente o mesmo. Contudo, muda-se seu espírito, funcionalizando-o a objetivos distintos daqueles que inspiraram a criação da norma jurídica em sua origem:

(...) O *não direito* não é a funcionalização da barbárie. O *não direito* produz a barbárie sob o signo do direito, mediante corrupção e apodrecimento de suas instituições. Ainda existem leis, juízes, processo e recursos, contudo, estão todos degenerados tendo se transformado em instrumentos do totalitarismo e da exceção.

Tais construções, dignas dum pensamento orientado à ordem concreta, permitiram a transformação interna do direito alemão, tornando possível sua adaptação aos “novos tempos”, sem que se precisasse destruir as leis ainda vigentes, ou editar novas.⁹⁹

⁹⁸ ABBOUD, Georges. **Direito constitucional pós-moderno**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 108.

⁹⁹ *Op. cit.*, p. 109.

Muito embora diversos estudos atribuam à escola positivista de Kelsen a mácula de ser o elemento legitimador das atrocidades cometidas na Alemanha Nazista, o que se percebe, na verdade é que a estruturação do regime é muito mais associada à invocação de categorias metafísicas para justificar as suas ações, em uma “*preocupação tipicamente antipositivista*”, que consistia em

(...) identificar o Direito além da positivação, através da construção de uma filosofia ética dirigida ao conhecimento de princípios universais de justiça. De fato, (...) estavam preocupados em identificar o “verdadeiro” conteúdo da Constituição (ou do Estado). Este conteúdo verdadeiro somente poderia ser localizado nos valores compartilhados por uma determinada comunidade.¹⁰⁰

O Estado Nazista, além de atacar o ordenamento jurídico positivo¹⁰¹, ataca também a legalidade em sentido lato: não só as prescrições legais são colocadas de lado por métodos hermenêuticos duvidosos¹⁰², mas também toda e qualquer regra que moldasse o exercício do Poder era colocada em xeque. Assim, perdia-se não só as amarras do texto legal, mas também toda e qualquer possibilidade de *accountability* por parte do poder político. Dessa forma, abria-se não só espaço para o casuístico como, mais além, para o *casuismo sem controle*:

O casuismo e o concreto, em vez de uma legalidade universal e abstrata, asseguram que o direito seja aplicado sem nenhum tipo de amarra e não possa ter sua validade contrastada. Aqui, a exceção pode ser inserida no sistema de aplicação do direito sempre que a estrutura legal não permita que se alcance a decisão desejada pelo movimento político dominante. Não se trata de romper em definitivo com a legalidade se trata de poder suspender essa legalidade sempre que for conveniente ao exercício totalitário do poder.¹⁰³

¹⁰⁰ BORGES VALADÃO, Rodrigo. A luta contra a teoria pura do direito na República de Weimar e o caminho para o nacional-socialismo. **Revista Eletrônica da PGE-RJ**, v. 3, n. 3, 2020, p. 13.

¹⁰¹ “Durante o regime Nacional-Socialista, o direito produzido democraticamente foi manejado para fins diversos, subordinado aos interesses do partido de Hitler e à sua agenda genocida e totalitária. Ao contrário do que se imagina, o sangue derramado não se deu sob o império cego das leis positivistas. As ferramentas da degeneração agiram de forma escamotada, tendo, nas decisões judiciais sem limites, o instrumento de consolidação daquele projeto político totalitário” (ABBOUD, Georges. **Direito constitucional pós-moderno**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 37).

¹⁰² “No Estado Constitucional, não se aplica a lei conforme se acha mais justo ou de acordo com o sentimento do intérprete. Pelo contrário, a lei deve ser interpretada em máxima conformidade com a Constituição e com toda a legalidade que lhe é subjacente.

De forma oposta, Schmitt enxergava a ideologia nacional socialista como o guia de toda a aplicação do direito. Em sua visão, todas as fontes e o próprio direito alemão recebiam sua validade, sentido e conteúdo normativo a partir do *espírito do nacional socialismo*.

Assim, afirmar que a legalidade deveria ser superada na aplicação do direito em nome de valores ideológicos é uma das principais formas de degeneração, mesmo que em vez de crenças totalitárias, a *ideologização* da ordem positiva seja feita em prol de conquistas sociais bem-intencionadas.” (*Ibidem.*, p. 112).

¹⁰³ ABBOUD, Georges. **Direito constitucional pós-moderno**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 113.

Dentro dessa perspectiva, o direito perde sua autonomia¹⁰⁴, passando a escorar-se em valores externos. Dentro de uma ordem jurídica degenerada, o direito passa a buscar seu fundamento “*em conceitos vagos e pré-jurídicos, em especial, a chamada ordem concreta*”¹⁰⁵. O direito não mais se justifica pelos seus próprios preceitos, democraticamente produzidos; ele passa a buscar seu fundamento em valores pretensamente “maiores”.

No regime nazista, é a comunidade (homogênea) é a alavanca que tudo fundamenta¹⁰⁶. Mas, paradoxalmente, não possui poder decisório nenhum, visto que toda e qualquer decisão acerca das aspirações populares tinha o Führer como o único intérprete. De acordo com Rodrigo Borges Valadão:

Esta vontade imanente (soberania) tem um caráter transcendente e nunca pode ser completamente reduzido a uma norma jurídica positivada. Por Constituição entende-se, pois, a decisão tomada por uma vontade unitária, apresentando-se não mais como um documento dotado de estabilidade, mas como uma decisão política fundamental de um povo.

Se a Constituição é uma decisão política unitária do povo alemão enquanto detentor do poder constituinte, Carl Schmitt sugere que o seu guardião seja o Presidente do Reich, pois ele, tendo sido eleito por todos os alemães, está destinado a defender a unidade do povo como um todo político. (...)

Através desta construção, o povo que forma o Estado passa a ser encarado como um ente coletivo homogêneo, decorrente de um aspecto básico comum (raça ou religião), devendo esta substância imanente (a decisão) ser reconhecida ao Presidente do Reich. Ele passa, portanto, a encarnar a própria vontade – ou espírito – do povo alemão (Volksggeist) e somente ele poderá atuar como protetor e fator de unidade do Estado.¹⁰⁷

¹⁰⁴ Para Rodrigo Valadão, ao contrário do rigor epistemológico da Teoria Pura do Direito, a construção teórica do direito nacional-socialista é marcada pela superposição acrítica das esferas normativas, sem diferenciar o direito das demais sistemas normativos presentes na sociedade, superposição esta fundamental para a construção da percepção do direito no Terceiro Reich, baseado no dirigismo moral e na desconsideração das subjetividades. Sobre o tema, vide BORGES VALADÃO, Rodrigo. A luta contra a teoria pura do direito na República de Weimar e o caminho para o nacional-socialismo. **Revista Eletrônica da PGE-RJ**, v. 3, n. 3, 2020, p. 16 e seguintes.

¹⁰⁵ ABOUD, Georges. **Direito constitucional pós-moderno**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 133.

¹⁰⁶ “(...) essa concepção jurídico-política se amalgamava com a teoria racial do nacional-socialismo. O pertencimento à comunidade – a qual traz em seu interior um ordenamento jurídico que se pode mais sentir do que conhecer – é um problema de sangue. O direito não é um sistema compreensível graças aos nexos racionais que ligam suas partes, mas é um fato emotivo: ‘O direito é aquele que os arianos sentem como direito’; é, portanto, ‘expressão imediata da comunidade de sangue, e não da estatuição individual’.” (LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**. Volume II: O Século XX. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 217)

¹⁰⁷ BORGES VALADÃO, Rodrigo. A luta contra a teoria pura do direito na República de Weimar e o caminho para o nacional-socialismo. **Revista Eletrônica da PGE-RJ**, v. 3, n. 3, 2020, p. 8-9.

Por fim, vale destacar que o Terceiro Reich teve como marco a absorção completa do direito pela política. Conforme Abboud:

A destruição da ordem jurídica positiva e a degradação da democracia constitucional fazem com que o direito seja engolido e dominado pela política. Sem o ideal da força normativa da Constituição, nada se pode fazer contra o majoritarismo. O povo torna-se o único soberano legítimo, autorizando a si próprio a subjugar o direito e as leis.

(...)

Eliminar a separação entre direito e política é condição necessária para se derrubar a democracia constitucional, retirando a preeminência de legitimidade do Legislativo como elemento de soberania e representação popular, substituindo-o pelo agir direto do povo.¹⁰⁸

Em semelhante sentido, a compreensão de Mario G. Losano:

No quadro geral da revolução nacional-socialista, o direito tinha uma função puramente instrumental: devia garantir o exercício imperturbado do poder. A “renovação popular” (*völkische Rechtserneuerung*) devia subordinar o sistema jurídico ao sistema político. Era, portanto, inevitável que o adversário imediato dos defensores daquela renovação fosse o positivismo jurídico, que dominara a teoria jurídica nas décadas anteriores.¹⁰⁹

A compreensão fundamental, para se compreender a degeneração no caso alemão, atravessa, sobretudo, perceber que, além do ataque ao pluralismo e ao direito positivo, ela operou-se em grande medida por meio de interpretações judiciais que, ainda que escoradas no direito positivo, dele se distanciavam ao promover outros objetivos, coligados ao regime totalitário¹¹⁰.

Portanto, verifica-se que *“a incerteza do direito fazia parte de uma recusa mais geral da racionalidade, e, além disso, permitia qualquer mudança interpretativa que resultasse*

¹⁰⁸ ABOUD, Georges. **Direito constitucional pós-moderno**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 98-99.

¹⁰⁹ LOSANO, Mario G. **Sistema e estrutura no direito**. Volume II: O Século XX. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 207.

¹¹⁰ “(...) o nacional-socialismo subverteu inicialmente as fontes jurídicas tradicionais através da única via possível: o retorno ao jusnaturalismo. Acima do direito positivo foi posta uma idéia de direito que incluía os valores do movimento nacional-socialista (...). Enquanto a nova atividade legislativa foi, tudo somado, limitada, o recurso a uma interpretação de tal forma orientada garantiu a rápida adequação das sentenças aos princípios do nacional-socialistas. A interpretação da lei substituiu a legislação, sem que o juiz, porém, se transforma-se ele mesmo em legislador (...)” (LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito*. Volume II: O Século XX. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 207)

necessária ao poder”¹¹¹. O direito foi operado em uma logística politicamente dirigida, perdendo seus atributos essenciais não por meio de uma alteração textual drástica, mas por recursos interpretativos de duvidosa legitimidade, mas insindicáveis porque, ainda que de maneira desnaturada, fundadas na ordem jurídica vigente, então invadida por valores não-jurídicos.

A degeneração, contudo, não é uma exclusividade de regimes autoritários. É uma ameaça possível e presente nas democracias contemporâneas, maleável de modo a ser capaz de se acomodar em regimes jurídicos diversos. Daí a importância de abordá-la de forma abrangente.

3.2.2. O fenômeno da Degeneração.

Tratar da degeneração a ponto de enquadrá-la em uma síntese conceitual é uma tarefa árdua. Com efeito, o fenômeno pode incidir em diversas esferas, conjunta ou isoladamente. Ademais, pode surgir em menor ou maior intensidade, visto que, por mais que um cenário de *degeneração total* – tal como no Estado Nazista – possa parecer distante da nossa realidade, é perfeitamente possível cogitar, em concreto, da degeneração operando-se no cotidiano. Conforme Abboud:

Salvos da ideologia nazista, vivemos hoje sob o risco, igualmente preocupante, de ver a autonomia do direito subordinada a um sem número de padrões metajurídicos, tais como o fetiche pela estatística e pela análise de dados, ou a obsessão inconsequente pelas consequências práticas das decisões judiciais.¹¹²

É a partir desta compreensão que damos início à estruturação do almejado conceito. Antes, entretanto, de tratar da degeneração propriamente dita, é preciso perscrutar pelos diversos elementos que são por ela atingidos.

Segundo Bernd Rüthers, uma ordem jurídica democrática é destruída – ou, como propôs, *degenerada* – com a associação dos seguintes elementos: (i) a proclamação de uma nova ideia

¹¹¹ *Ibidem*, p. 208.

¹¹² ABBOUD, Georges. **Direito constitucional pós-moderno**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 37.

sobre a essência do direito, que se mostra mutável e alheio às instituições; (ii) a concepção de uma nova teoria das fontes, que sobrepõem-se às leis, podendo “suspender-las” em prol de valores diversos; (iii) a redefinição ideológica do conteúdo e do alcance das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados; e (iv) criação de estruturas mentais pré-jurídicas e pré-modernas (comunidade, raça, homogeneidade e ordem vital), que são promovidas a novos fundamentos da ordem jurídica.¹¹³

Em resumo, a partir das lições de Rùthers e buscando sintetizá-las de modo a conduzi-las àquilo que se pretende abordar no presente trabalho, duas questões tornam-se de suma relevância para entender como se opera a degeneração do direito, a partir dos efeitos por ela produzidas (i) na autonomia do direito e (ii) na ideia de separação de poderes.

A primeira etapa necessária, neste ínterim, é tratar da autonomia do Direito. O termo “autonomia” traduz-se na capacidade de algo reger-se segundo leis próprias. Cogitar de um direito autônomo, portanto, é pretender-se que esta área do conhecimento se oriente segundo regras próprias, de maneira autossuficiente. Conforme Lenio Streck, significa a sua *“blindagem ou resistência contra os seus predadores “naturais”, exógenos (como a moral, a política e a economia) e endógenos (os discursos voluntaristas, o panprincipiologismo, as ponderações, os dualismos metodológicos, a discricionaridade)”*¹¹⁴.

A autonomia não quer dizer, contudo, que o Direito esteja imune e isolado de outras áreas do conhecimento. É dizer que, ainda que recorra a questões externas, a opção do intérprete por tal caminho deve estar pautada e respaldada pelo ordenamento jurídico. Não se rechaça a interdisciplinaridade, mas, ao contrário, a ideia por trás da autonomia que aqui se defende procura afastar uma interdisciplinaridade não justificada, descabida ou meramente retórica. Preservar a autonomia do Direito é preservar-lhe a coerência e a integridade enquanto área do conhecimento. Para Streck:

(...) Analiticamente, pode-se dizer que: a) a coerência liga-se à consistência lógica que o julgamento de casos semelhantes deve guardar entre si. Trata-se de um ajuste que as circunstâncias fáticas que o caso deve guardar com os elementos normativos que o Direito impõe ao seu desdobramento; e b)

¹¹³ RÜTHERS, Bernd. **Derecho Degenerado**: Teoria jurídica y juristas de cámara en el Tercer Reich. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 194.

¹¹⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Grupo Editorial Letramento, 2020, p. 32.

integridade é a exigência de que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do Direito, numa perspectiva de ajuste de substância. A integridade traz em si um aspecto mais valorativo/moral enquanto a coerência seria um *modus operandi*, a forma de alcançá-la.

De algum modo, a integridade refere-se a um freio ao estabelecimento de dois pesos e duas medidas nas decisões judiciais, constituindo-se em uma garantia contra arbitrariedades interpretativas, vale dizer, coloca efetivos freios às atitudes solipsistas-voluntaristas, pois aponta um caminho.¹¹⁵

Complementa o citado autor que essa percepção é ainda mais premente no contexto brasileiro, tendo em vista que este é

(...) caracterizado pela intensa judicialização, que coloca o judiciário no centro do debate político e pela dificuldade de se fazer cumprir a Constituição. Por isso, a exigência de coerência e integridade (...) que dão contorno à ideia de responsabilidade política do julgador, são imprescindíveis para que se compreenda o papel do juiz na efetivação da democracia.¹¹⁶

Em uma ordem jurídica degenerada, por conseguinte, verifica-se o seguinte cenário: as normas são, em essência, as mesmas. Porém, a lógica por trás de seus preceitos é subvertida, desvirtuando-se a ordem jurídica em prol de interesses não albergados pelo ordenamento. Essa subversão muitas vezes decorre do fato de que o Direito deixa de justificar a si mesmo e passa a ser subserviente a questões externas. *As normas jurídicas são conscientemente funcionalizadas, pela via interpretativa, de modo a atender a interesses outros que não aqueles que fundamentam a sua razão de ser.* Neste aspecto:

Para materialização da degeneração do direito, além das cláusulas legais, foram criadas as cláusulas extralegis. Por meio delas, o julgador usa uma nova fórmula que não está prevista na lei, mas que resulta útil para concretizar a pauta valorativa desejada e que se apresenta como manejável na prática judicial que extrapola a importância política em relação ao caso concreto que se resolve. As cláusulas gerais extralegis são ferramentas para desenvolvimento político do direito, por exemplo, adequação social, sentimento popular, vontade da comunidade.

Isso foi amplamente demonstrado no tópico anterior, ao tratarmos do Estado Nazista. No caso em questão, o Direito foi arranjado de modo a ceder quando em confronto daquilo que

¹¹⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica:** quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017, p. 34.

¹¹⁶ *Op. cit.*, p. 35.

se entendia como *ideologia nacional*, ou, quando menos, ser interpretado de acordo com tal ideologia, instrumentalizando-se em função do exercício do poder.

É plausível afirmar, destarte, que a degeneração não pode ser vista como uma ruptura total com a ordem jurídica. É, antes disso, a sua *desnaturação*. É o uso dos mesmos signos, com diferentes significados, de maneira a satisfazer objetivos não albergados pelo ordenamento jurídico sob um véu de legalidade, seja pela via da interpretação, com a utilização desmedida de cláusulas abertas, mediante valores despidos de significado propriamente jurídico (como povo, comunidade, sentimento nacional) ou conceitos jurídicos indeterminados; seja pela possibilidade de que, escorando-se dos novos “fundamentos” da ordem jurídica, supostamente *superiores* à legislação vigente, as instituições tenham o aval para deixar de aplicar, em um caso ou outro, a norma juridicamente aplicável¹¹⁷.

Portanto, é perfeitamente possível cogitar-se da destruição de uma ordem jurídica sem qualquer alteração formal em seu texto, mas, sim, pelo uso de uma hermenêutica jurídica sem limites, “*que surge no instante em que a gramática do direito é invadida por uma gramática ideológica ou metafísica*”¹¹⁸⁻¹¹⁹.

Além da autonomia do direito, a degeneração impacta negativamente o funcionamento da separação de poderes¹²⁰. Isso acontece porque, em uma ordem jurídica degenerada, as instituições – notadamente o Poder Judiciário e o Poder Executivo, já que, como já exposto, para configurações de cenários como estes não se exige uma postura mais ativa do Legislativo, uma vez que a ordem jurídica continua, em sua essência, a mesma – são normalmente dirigidas

¹¹⁷ Conforme ressalta Abboud, ao tratar da degeneração operada pelo Terceiro Reich: “De maneira simplificada, pode-se afirmar que a atuação do Judiciário no período nazista ressaltava a prerrogativa que os juízes possuíam de abandonar (abrir mão) do direito positivo (legalidade vigente), para poderem concretizar valores mais importantes, que estavam acima da legalidade, mais precisamente, os desígnios do nacional-socialismo.” (ABBOUD, Georges. **Direito constitucional pós-moderno**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 126)

¹¹⁸ ABBOUD, Georges. **Direito constitucional pós-moderno**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 168.

¹¹⁹ Nesse sentido, a 4ª lição de Bernd Rüthers: “*El cambio de sistema en 1933 muestra muy claramente, con el ejemplo de la radical alteración de la Constitución y de todos los valores políticos (por tanto, en un caso ciertamente extremo), con qué instrumentos de técnica jurídica un ordenamiento jurídico (legal) heredado puede ser remodelado mediante interpretación y puesto al servicio de nuevos valores sociales o políticos*”. (RÜTHERS, Bernd. **Derecho Degenerado**: Teoría jurídica y juristas de cámara en el Tercer Reich. Madri: Marcial Pons, 2016, p. 227).

¹²⁰ Rüthers, em uma de suas lições, assenta que “*A los principios constitucionales de separación de poderes y de vinculación de los jueces a la ley les corresponde una importancia absolutamente fundamental para constituir y mantener el Estado de derecho.*” (*Ibidem*, p. 227)

a um objetivo comum, notadamente associado com a manutenção de estruturas políticas antidemocráticas. Orienta Georges Abboud:

O direito não pode ser identificado como instrumento de reprodução da visão política majoritária e exercente do poder. O direito possui dimensões institucionais e civilizatórias, que o transformam num limite para o exercício de poder, bem como num mecanismo de filtragem para o agir político. A identificação do direito com a ideologia política é a sua mutação como instrumento de implementação do poder, em regra, de forma degenerativa para a democracia constitucional.¹²¹

Levando esses dois alvos em consideração, já é possível traçar alguns apontamentos importantes acerca do tema. O primeiro deles é perceber, antes de tudo, que o principal traço diferenciador da degeneração é que não existe – ou pelo menos não é esta a sua característica essencial – uma ruptura definitiva e concreta com as normas vigentes. Alterações pontuais podem ocorrer aqui e ali, mas isso, contudo, não define uma ordem jurídica degenerada. A degeneração se opera, na realidade, pela via da subversão.

A consequência daí decorrente é que o principal instrumento deste fenômeno é a via interpretativa, especialmente aquela promovida no Poder Judiciário, numa especial derrocada dos mecanismos de *check and balances*, visto que a atuação dos magistrados perde seu viés protetivo – seja na proteção das minorias, de forma contramajoritária, seja na proteção da democracia enquanto sistema –, para tornar-se subserviente ao poder político, não mais figurando como instituição independente e apartidária, mas, antes, como um dos mecanismos de salvaguarda do poderio antidemocrático.

Tal panorama pode ser, inclusive, vislumbrado de maneira quase que simplória. Viver-se – e isto é uma realidade palpável nos dias de hoje – em uma sociedade cujo Poder Judiciário exerce inegável protagonismo, e em que se verifica crescente judicialização de muitas questões sensíveis (inclusive e especialmente do ponto de vista da coletividade). Esse fator, associado com a crise de representatividade que hoje assola os poderes eleitos, acaba colocando os magistrados e, em especial, as Cortes Constitucionais, em um papel de *segurador dos direitos não só das minorias, mas de todas as pessoas*. Os Tribunais, não raro, são vistos como verdadeiras barreiras diante dos excessos dos demais poderes.

¹²¹ ABBOUD, Georges. **Direito constitucional pós-moderno**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 184.

Essa função protetiva dos interesses da população, embora existente e desejável do ponto de vista democrático, é passível de algumas críticas, que virão a ser traçadas em capítulo posterior. O que nos interessa, em um primeiro momento, é que, quando se verifica a degeneração, verifica-se também uma deturpação das capacidades e das competências das instituições, que passam a atuar em flagrante desvio de poder.

No caso dos magistrados, a degeneração ocorre quando seu papel institucional deixa de lado o viés democrático e protetivo – seja dos direitos das minorias, seja da proteção das regras da democracia em si –, para atuar em prol de finalidades diversas e que vão na contramão de uma ordem jurídica efetivamente justa e que atenda aos anseios do Estado de Direito.

Face ao exposto, podemos conceituar a degeneração como a deturpação, pela via interpretativa, de um ordenamento jurídico anteriormente legítimo. É dizer: a autonomia do direito perde significativo espaço, cedendo diante de valores, conceitos e sistemas disciplinadores externos – não-jurídicos –, que funcionalizam o Direito de modo a legitimar voluntarismos interpretativos mascarados sob um véu de suposta legalidade.

Diante desta percepção, passa-se a questionar: qual é o ponto que separa, então, a interpretação legítima da degeneração?

3.3. Malabarismo hermenêutico e ativismo: entre a justiça e a degeneração.

A degeneração nasce, como já exaustivamente dito, de malabarismos interpretativos ilegítimos. A partir dessa afirmação, nascem diversas inquietações: toda técnica interpretativa criativa é, necessariamente, ilegítima? Qual o papel do intérprete – e, em especial, da jurisdição – diante dos textos legais? Volta-se, com essas proposições, ao papel do juiz como “boca da lei”, acepção clássica do período iluminista, onde pairava a desconfiança sobre os magistrados?

Tais reflexões, ainda que em um primeiro momento possam parecer de fácil resposta, na medida em que ninguém mais pode conceber que caiba ao Poder Judiciário, na realidade jurídico-política de hoje, ter sua atuação subsumida à mera aplicação da lei no caso concreto de forma mecanizada e que, igualmente, se reconheça que o papel criativo da jurisdição tem um

lugar reconhecido na lógica atual da separação de poderes, revela-se muito mais espinhosa quando se transfere o questionamento para a *dosagem* da situação¹²².

Assim, a pergunta passa a ser outra: *até que ponto* a interpretação jurisdicional é legítima? *Até que ponto* o juiz pode atuar positivamente, extraindo conteúdo do ordenamento jurídico, sem que isso signifique a usurpação das competências dos demais poderes, democraticamente colocados como principais agentes de *criação* do direito?

Se é verdadeira a afirmação de Paracelso, médico e filósofo do século XVI, de que “*a diferença entre o remédio e o veneno é a dose*”, onde se esconde o ponto ótimo de tal dosagem?

São estas as indagações que norteiam o espírito do presente estudo, e é a partir delas que se pretende contribuir para o inesgotável tema do ativismo judicial. Passa-se, então, a ele.

Consoante defende Lenio Streck, a postura substancialista adotada pelos Tribunais Constitucionais – voltada, portanto, ao papel concretizador de direitos fundamentais – não autoriza a defesa de ativismos judiciais ou protagonismos *ad hoc*, a pretexto de estar-se concretizando direitos¹²³. Para o autor:

A concretização só se apresenta *como* concretização na medida em que se encontra adequada à Constituição, não podendo estar fundada em critérios pessoais de conveniência política e/ou convicções morais.¹²⁴

A expressão *ativismo judicial* é empregada pelo autor com semântica inerentemente negativa, de modo que falar de ativismo judicial é, necessariamente, falar de algo indesejado. Diferencia-se, portanto, uma postura concretizadora promovida pelo Judiciário, entendida

¹²² Em semelhante sentido, Sarmiento e Souza Neto: “Entretanto, há também uma tensão potencial entre a jurisdição constitucional e a democracia. Se a imposição de limites para a decisão das majorias pode ser justificada em nome da democracia, o exagero revela-se antidemocrática, por cercear em demasia a possibilidade de o povo se autogovernar. O problema se agrava quando a jurisdição constitucional passa a ser concebida como o fórum central para o equacionamento dos conflitos políticos, sociais e morais mais relevantes da sociedade, ou como a detentora do poder de ditar a “última palavra” sobre o sentido da Constituição. Em outras palavras, a dificuldade democrática pode não vir do remédio – o controle judicial de constitucionalidade – mas da sua dosagem”. (SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Controle de Constitucionalidade e Democracia. In SARMENTO, Daniel (Coord.). **Jurisdição Constitucional e Política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 84)

¹²³ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 52.

¹²⁴ *Op. cit.*, p. 52-53.

como algo positivo e sob a égide da Constituição¹²⁵⁻¹²⁶. Essa distinção também é adotada por Abboud, segundo o qual:

(...) não podemos confundir o ativismo judicial com algumas posturas judiciais que, sob a égide da Constituição de 1988, são perfeitamente legítimas. (...) Por conseguinte, no Brasil, o que se designa – ou se deveria designar – por essa expressão é algo totalmente diverso e até mais preocupante: trata-se da *suspensão, pelo Poder Judiciário, dos pré-compromissos democráticos (Constituição e leis), que dão lugar, pura e simplesmente, à subjetividade de quem estiver julgando*. É a troca do direito institucionalizado nas leis e na jurisprudência pela ideologia ou pela política; mais, pelo senso de justiça ou pelo moralismo.¹²⁷

Para o citado doutrinador, o ativismo judicial traduz-se em um *“pernicioso atalho, que se alija do caminho democrático do dissenso e da deliberação política”*¹²⁸, ou seja, *“um pronunciamento judicial que substitui a legalidade vigente pelas convicções”*¹²⁹.

Isso não quer dizer que o ativismo judicial seja sempre mal intencionado. As boas intenções do magistrado não desnaturam o caráter indesejado de seu “bom ativismo”¹³⁰, porque *“juristas que amam fazer justiça, em regra, devolvem pouca deferência à democracia*

¹²⁵ Georges Abboud destaca, como exemplo de atividades jurisdicionais legítimas, (i) o controle dos atos do Legislativo e do Judiciário, quando eles se mostrarem contrários formal e/ou materialmente, ao texto constitucional, (ii) a atuação contramajoritária do Judiciário para proteger direitos fundamentais contra agressões do Estado ou de maiorias oriundas da própria sociedade civil, e (iii) a atuação normativa do STF na correção da ação da omissão legislativa nas hipóteses constitucionalmente autorizadas, como, por exemplo, no mandado de injunção. Para ele, tais hipóteses “simbolizam atos de submissão e respeito à ordem democrática, cujos fundamentos se encontram em nossa Constituição Federal.” (ABBOUD, Georges. **Direito constitucional pós-moderno**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 153).

¹²⁶ Convém salientar, também, que o ativismo judicial não se confunde com a chamada “judicialização da política”. Conforme Georges Abboud: “O ativismo judicial, contudo, não se confunde com judicialização da política. O Brasil, como tantos outros Estados, é ainda uma democracia excessivamente recente e frágil, e que se alicerça em uma concepção excessivamente ingênua de democracia, como se essa se esgotasse com o exercício do voto. Por aqui, realizar direitos fundamentais, por vezes alguns dos mais antigos do catálogo tal como liberdade religiosa ou de expressão, torna-se uma verdadeira Odisseia, isso sem mencionar os chamados direitos prestacionais, tais como a educação e a saúde. A fragilidade da cultura democrática no Brasil, que sempre foi marcada por ser muito mais uma República Oligárquica do que uma Democracia Liberal, torna o recurso ao Judiciário para garantir determinados direitos (fundamentais) não só uma necessidade, como uma verdadeira rotina dos jurisdicionados.” (ABBOUD, Georges. **Ativismo judicial: os perigos de se transformar o STF em inimigo ficcional**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 109).

¹²⁷ ABBOUD, Georges. **Direito constitucional pós-moderno**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 153.

¹²⁸ ABBOUD, Georges. **Ativismo judicial: os perigos de se transformar o STF em inimigo ficcional**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 73.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 75.

¹³⁰ “É preciso mudar a mentalidade jurídica dominante, baseada, em muito, na ideia de “bom ativismo” e em uma defesa irrefletida do caráter discricionário da administração da justiça. No seu lugar, há de se colocar, como premissa inquestionável, que nenhum julgador – pouco importando sua posição na hierarquia judicial – tem o direito de ignorar os textos legais. Sob o jugo de uma Constituição como a de 1988, todos os julgadores são colocados “*under of the rule of law*” (...)” (ABBOUD, Georges. **Direito constitucional pós-moderno**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 155)

produzida pelas instituições”¹³¹, utilizando-se de enunciados performáticos para mascarar voluntarismos.

A pretexto de combater crimes ou a corrupção, não podemos coadunar com a degeneração do direito brasileiro democraticamente produzido, porque esse direito é indissociável da democracia, o apodrecimento de um sempre será a deterioração do outro.

(...)

Em uma democracia constitucional, interesse público é um conceito extralegal frequentemente utilizado. Outros têm ganhado força em face da legalidade vigente: combate à corrupção, sentimento popular, voz das ruas etc.

Nenhuma das expressões acima enumeradas contém conteúdo normativo. Ocorre que seu uso tem recrudescido às custas do direito positivo vigente. Vale dizer, uma ordem jurídica positiva não degenera apenas em prol de fascismo e nazismo. A degradação do direito positivo também ocorre a pretexto de se fazer o bem, mediante combate à corrupção, moralização e higienização do sistema.¹³²

Percebe-se, portanto, que a degeneração, embora seja de mais fácil associação com regimes extremistas e claramente violador de direitos fundamentais e da democracia, em seu sentido mais grave, também tem lugar em condutas aparentemente *bem intencionadas*. O problema nesses casos, talvez, não esteja necessariamente nos efeitos mais imediatos da decisão no caso concreto – visto que, não raro, o julgador bem intencionado tem o objetivo de fazer justiça, ainda que segundo suas próprias concepções morais –, mas, sim, no desequilíbrio sistêmico que é causado ao regime democrático:

É absolutamente não *democrático* que, no momento de construção da norma, o julgador se utilize dos seus valores, convicções e ideologias, impondo-as a toda sociedade. Sob a ótica ativista, a determinação do Direito passa a depender da subjetividade daquele que decide, como se o sentido dos textos pertencesse ao intérprete. (...) Quando falamos de ativismo, obrigatoriamente, falamos em extrapolação de limites na atividade judicante.¹³³

Em outra passagem, destaca Abboud que:

(...) imunizar o sistema jurídico em relação ao ativismo é fazer com que o Judiciário compreenda que ele não deve ser o agente promotor de justiça, mas agente de proteção do próprio direito. Em uma democracia, juízes não fazem justiça, mas preservam o direito democraticamente criado pelas instituições democráticas.

¹³¹ *Ibidem*, p. 171.

¹³² *Ibidem*, p. 140.

¹³³ ABBOUD, Georges. **Ativismo judicial**: os perigos de se transformar o STF em inimigo ficcional. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 79.

(...)

Compreender ativismo é compreender a real função do direito. Nenhum entusiasmo ou desejo de mudança pode ser feito em detrimento do direito aprovado pelas regras democráticas. Juízes não são *diretamente* agentes de transformação da realidade. Juízes são protetores do direito, podendo agir, inclusive, de forma contramajoritária para tanto. Juízes asseguram as regras do jogo e a estabilidade democrática para possibilitar que a transformação da realidade opere nas instâncias adequadas.¹³⁴

Não se quer dizer aqui, convém sempre repetir, que o julgador tem uma atuação obrigatoriamente asséptica, robotizada, numa lógica dicotômica de *sim-ou-não*. A hermenêutica jurídica do neoconstitucionalismo não tem vocação para ser operada de tal maneira, visto que o recurso a princípios jurídicos, à técnica da ponderação e o uso de normas de caráter mais poroso e, em que pese isso, com inegável força normativa, traz a inevitável permeabilidade da interpretação jurídica a percepções de ordem ética e moral do magistrado, sendo acertada a ideia de que “*uma análise não preconceituosa (...) nos mostra que a Constituição contém disposições que nos instruem a ir além da própria linguagem do documento no processo de interpretação*”¹³⁵.

A problemática não é decorrência necessária desse cenário, por assim dizer. Decorre, a bem da verdade, do fato de que uma decisão não pode ser baseada exclusivamente em valores pessoais do julgador, ainda que deles sofra inevitável influência. A legitimidade ou não da mencionada influência está, no limite, dentro das possibilidades interpretativas franqueadas pelo próprio ordenamento jurídico¹³⁶. Em outras palavras, a função típica da jurisdição deve observância às normas democraticamente produzidas, sendo delimitada de acordo com as possibilidades dadas pelo texto legal. Nesse sentido, Marrafon:

(...) o Estado Democrático de Direito e as diretrizes essenciais do movimento constitucionalista rejeitam de plano a presença de um Novo Soberano, ainda

¹³⁴ *Ibidem*, p. 108-109.

¹³⁵ ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança**: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010, p. 51.

¹³⁶ “Em uma democracia, cabe destacar, a sujeição dos Tribunais às leis e à Constituição, não consiste em perda da independência judicial. De modo contrário, significa sua sujeição às decisões que tenham surgido pelas vias democráticas, daí podemos afirmar que a decisão judicial é *sempre um diálogo*, já que representa esse movimento da decisão política democrática aos fatos do caso concreto. Uma democracia é vista assim como o domínio das leis, um Tribunal como um *agente* dessa democracia e o julgador como um servidor obediente, porém pensante, das leis promulgadas constitucionalmente, já que nenhuma norma se aplica por si só, demandando sempre interpretação.” (ABBOUD, Georges. **Ativismo judicial**: os perigos de se transformar o STF em inimigo ficcional. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 73-74).

que seja o Judiciário. O primado da lei não pode ceder em face do primado da vontade. Isso faz com que atuação jurisdicional deva estrita observância à ordem constitucional e sua centralidade hierarquizante, de modo a inibir decisionismos que extrapolem as possibilidades hermenêuticas, seja na dimensão formal da estrutura do texto legal que produz sentido, seja em relação ao conteúdo fornecido pelo contexto existencial (*logos* do mundo prático) e seus jogos de linguagem na interpretação da lei.¹³⁷

Traçar os limites mostra-se importante porque, conforme assenta Binbenbojm, “quanto mais ampla a atividade judicante da Corte Constitucional, menor o espaço de livre conformação do Legislativo”¹³⁸, ressaltando o autor, ainda, que a calibragem exata desta distribuição de poder é um debate que permanece em aberto. Trata-se, com efeito, de uma discussão que parece longe de ser definitivamente solucionada, mas que parece ser possível estabelecer, ao menos, parâmetros que favorecem o equilíbrio desse jogo institucional.

Neste sentido, Binbenbojm trata da ideia de que, para coadunar o exercício da jurisdição com a democracia, a legitimidade deve estar pautada na racionalização de seu discurso, a saber:

(...) o Tribunal Constitucional não pode ser visto como “o garante” dos direitos fundamentais e da democracia. Seu papel é o de ser uma instância de reflexão racional sobre a legitimidade das decisões da maioria e, no limite, sobre a legitimidade de suas próprias decisões. A maior contribuição de uma Corte Constitucional ao desenvolvimento civilizatório não está na verdade ou bondade intrínseca de seus julgados, mas na forma pela qual eles energizam o diálogo público e incrementam seu grau de racionalidade.¹³⁹

Orientação semelhante é adotada por Luís Roberto Barroso, ao tratar do que convencionou denominar “*legitimação discursiva*”:

(...) a ideia de democracia deliberativa, que se funda, precisamente, em uma legitimação discursiva: as decisões políticas devem ser produzidas após debate público livre, amplo e aberto, ao fim do qual se forneçam as razões das opções feitas. Por isso, ter-se afirmado, anteriormente, que a democracia contemporânea é feita de votos e argumentos. Um insight importante nesse domínio é fornecido pelo jusfilósofo alemão Robert Alexy, que se refere à corte constitucional como representante argumentativo da sociedade. Segundo ele, a única maneira de reconciliar a jurisdição constitucional com a

¹³⁷ MARRAFON, Marco Aurélio. Hiperindividualismo, crise da democracia e o papel da jurisdição constitucional em um mundo sem limites. In SARMENTO, Daniel (Coord.). **Jurisdição Constitucional e Política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 123.

¹³⁸ BINENBOJM, Gustavo. A Nova Jurisdição Constitucional: legitimidade democrática e instrumentos de realização. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 94.

¹³⁹ *Op. cit.*, p. 119.

democracia e concebê-la, também, como uma representação popular. Pessoas racionais são capazes de aceitar argumentos sólidos e corretos. O constitucionalismo democrático possui uma legitimação discursiva, que é um projeto de institucionalização da razão e da correção.¹⁴⁰

Daí advém a importância de se traçar, da forma mais objetiva possível, as formas de se constatar se uma decisão judicial é ou não democraticamente legítima, ou se, ao contrário, é amalgamada por ativismos judiciais que vão contra a função judicante constitucionalmente respaldada.

Para tanto, é preciso traçar um arquétipo de decisão pautado, sobretudo, na autonomia do direito e na vinculação do magistrado às regras jurídicas democraticamente produzidas. Assim, toda decisão legítima deve contar com certos padrões mínimos, que se mostram necessário para sua adequação nos limites da democracia constitucional.

Como o liame que demarca a interpretação legítima do ativismo indesejado não é sempre apreensível de forma clara, o caminho do desenvolvimento de uma teoria da decisão que seja satisfatória é uma tarefa árdua. O ordenamento não é feito só de dispositivos de clara aplicação, mas, ao contrário, conta com diversas cláusulas de caráter aberto. Nossa Constituição, o documento mais importante do ordenamento jurídico, tem esta característica como elemento marcante e inclusive necessário para sua perenidade.

No próximo capítulo, serão dirigidos esforços no sentido de traçar alguns parâmetros de sindicabilidade que permitam avaliar se decisões jurisdicionais passam ou não no *teste democrático*. Para tanto, ter-se-á como base, em especial, a teoria da argumentação, especialmente com base na ideia de que, quando maior o distanciamento do sentido mais imediato dos textos legais invocados, maior o ônus argumentativo do julgador para demonstrar a legitimidade de seus pronunciamentos.

¹⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. A Razão sem Voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In SARMENTO, Daniel (Coord.). **Jurisdição Constitucional e Política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 25-26.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ABBOUD, Georges. **Ativismo Judicial: os perigos de se transformar o STF em inimigo ficcional.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022

_____. **Direito constitucional pós-moderno.** São Paulo: Revista dos Tribunais, Thomson Reuters Brasil, 2021.

ARISTÓTELES. **Organon: I. Categorias e II Periérmeneias.** Trad. Pinharanda Gomes. Lisboa: Guimarães, 1985.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo.** RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ, [S.l.], n. 21, jun. 2012. ISSN 2236-3475. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1794>>.

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo.** 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013

_____. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil).** Revista de Direito Administrativo. Nº 240, 2005.

_____. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. In FELLET, André; NOVELINO, Marcelo (coord.) **Separação de Poderes: aspectos contemporâneos da relação entre Executivo, Legislativo e Judiciário.** Salvador: Juspodivm, 2018

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização.** 2ª edição revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização.** 3ª ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014

COMPARATO, Fabio Konder. **O Poder Judiciário no regime democrático.** Estudos Avançados, v. 18, n. 51, maio, 2004, p. 151.

COSTA, André Oliveira; MARINO, Adriana Simões. O herói na psicanálise de Freud e Lacan: revolução e subversão, **Psicologia USP**, v. 29, n. 3, 2018.

COSTA, Eduardo José da Fonseca. O Poder Judiciário diante da soberania popular: o impasse entre a democracia e a aristocracia. **Revista Brasileira de Direito Processual – RBDpro.** Belo Horizonte, ano 27, n. 106, abr./jun. 2019

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo.** 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003

LEAL, Fernando. “A Constituição diz o que eu digo que ela diz”: Formalismo inconsistente e textualismo oscilante no Direito Constitucional brasileiro. **Direitos Fundamentais & Justiça.** Belo Horizonte, ano 12, n. 39, jul./dez. 2018

LEAL, Rogério Gesta. **O Estado-juiz na democracia contemporânea: uma perspectiva procedimentalista.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2007

- LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento** Brasília, Editora da UnB, 1980.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 11º ed. São Paulo: Saraiva, 2016
- MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional**: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014
- MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. 4º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015
- MORAES, Guilherme Peña. Protagonismo institucional do Poder Judiciário no Estado contemporâneo: reflexões sobre a judicialização, o ativismo judicial e a autonomia processual da justiça constitucional. In RÊGO, Werson (cood). **Segurança jurídica e protagonismo judicial**: desafios em tempos de incertezas. Estudos jurídicos em homenagem ao Ministro Carlos Mário da Silva Velloso. 1ª ed. Rio de Janeiro: LMJ Mundo Jurídico, 2017
- MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo?**: a questão fundamental da democracia. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013
- NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. A crise da democracia representativa e a ascensão do Poder Judiciário no Brasil. **Revista de Direito da Procuradoria Geral**. Rio de Janeiro. Edição Especial (Royalties do Petróleo), 2013
- PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**: Introdução ao direito civil e teoria geral do direito civil. 21. ed. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2018. v. 1.
- PEREIRA, Thomaz H. Junqueira. Soberania Popular, Representação e Jurisdição Constitucional. In VALE, André Rufino do; QUINTAS, Fábio Lima. **Estudos sobre a Jurisdição Constitucional**. Vol. II. São Paula: Alamedina, 2018.
- RÜTHERS, Bernd. **Derecho degenerado**: teoría jurídica y juristas de cámara en el Tercer Reich. Madrid: Marcial Pons, 2016.
- SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de **Direito Constitucional**: Teoria, História e Métodos de Trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- SCAVUZZI, Maira; AIRES, Pedro; KROSHINSKY, Matthäus. **O Direito em busca de qualidades: o constitucionalismo pós-moderno**. Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-27/direito-busca-qualidades-constitucionalismo-pos-moderno>.
- THACKER, Toby. **Joseph Goebbels**: Life and Death. New York: Palgrave Macmillan, 2009.