

**O PODER JUDICIÁRIO NO BRASIL E UMA APROXIMAÇÃO DEMOCRÁTICA:  
UMA TENTATIVA DE LIMITES HERMENÊUTICOS NAS DECISÕES  
JUDICIAIS<sup>1</sup>**

**THE JUDICIARY IN BRAZIL AND A DEMOCRATIC APPROACH: AN ATTEMPT  
TO SET HERMENEUTICAL LIMITS IN JUDICIAL DECISIONS**

**EL PODER JUDICIAL EN BRASIL Y UN ENFOQUE DEMOCRÁTICO: UN  
INTENTO DE ESTABLECER LÍMITES HERMÉNÉTICOS EN LAS DECISIONES  
JUDICIALES**

 <https://doi.org/10.56238/arev7n10-131>

**Data de submissão:** 13/09/2025

**Data de publicação:** 13/10/2025

**Roberto José Caldas Freire Júnior**

Mestrado em Direito pelo Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional

Instituição: Universidade de Fortaleza

Bolsista da FUNCAP

E-mail: [roberto.freirejr40@gmail.com](mailto:roberto.freirejr40@gmail.com)

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-2510-1356>

**Gustavo Raposo Pereira Feitosa**

Doutor em Ciencias Sociais

Instituição: Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP)

E-mail: [gfeitosa@unifor.br](mailto:gfeitosa@unifor.br)

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-3766-0112>

**RESUMO**

O objetivo do presente artigo é trazer a problematização da função jurisdicional no Brasil hoje, e a pontar um indicativo da hermenêutica na perspectiva de se alcançar estabilidade e previsibilidade da produção do direito, como matriz exigível de um Estado democrático. Para isso é fundamental desmistificar o processo de formação do Estado brasileiro, ainda que sinteticamente, e traçar um possível diagnóstico na forma como poder judiciário foi institucionalizado, notadamente no âmbito de um constitucionalismo dirigente e texto constitucional ambicioso. Afinal, parece inexorável para compreensão dos fundamentos de como age o poder judiciário hoje em termos de jurisdição sem um efetivo *accountability*. Conquanto já se afirmou acerca da democracia e poder judiciário constituir “uma conspiração insidiosa<sup>2</sup>”, diante da hegemonia prevista na Constituição Federal, no contexto do neoconstitucionalismo nesse quadrante da História. De outra via, pretendeu-se também contribuir com uma perspectiva de teoria do direito cuja a dimensão de argumentação e hermenêutica proponha a coerência como valor fundamental do sistema jurídico, promovendo o mínimo de integridade e estabilidade da produção jurídica jurisdicional. Quanto metodologia de uma pesquisa eminentemente bibliográfica adotada no presente estudo em síntese: exploratória – quanto aos objetivos; qualificativa

<sup>1</sup> Este artigo que constitui resultado parcial de pesquisa desenvolvida no PPGD/UNIFOR com a bolsa de pesquisa da Fundação Cearense de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico/FUNCAP.

<sup>2</sup> PASSOS, J. J. Calmon de. Revisitando O Direito, O Poder, A Justiça e O Processo – Reflexões de um jurista que trafega na contra mão. Ed. Podium. Salvador. 2012. P. 131-215

– quanto à abordagem; teórica - quanto à natureza da pesquisa; e bibliográfica e documental, quanto aos procedimentos.

**Palavras-chave:** Poder Judiciário. Hermenêutica. Controle.

## **ABSTRACT**

The objective of this article is to problematize the judicial function in Brazil today and to offer a hermeneutic framework for achieving stability and predictability in the production of law, as a required framework for a democratic state. To this end, it is essential to demystify the process of formation of the Brazilian state, albeit briefly, and to outline a possible diagnosis of how the judiciary was institutionalized, notably within the framework of a governing constitutionalism and ambitious constitutional text. Ultimately, understanding the fundamentals of how the judiciary operates today in terms of jurisdiction without effective *accountability* seems inexorable. It has been stated that democracy and the judiciary constitute "an insidious conspiracy," given the hegemony provided for in the Federal Constitution, in the context of neoconstitutionalism in this quadrant of history. On the other hand, we also intended to contribute to a legal theory perspective whose argumentation and hermeneutics propose coherence as a fundamental value of the legal system, promoting a minimum level of integrity and stability in jurisdictional legal production. The methodology adopted in this study is based on eminent bibliographic research: exploratory – regarding objectives; qualitative – regarding approach; theoretical – regarding the nature of the research; and bibliographical and documentary – regarding procedures.

**Keywords:** Judiciary. Hermeneutics. Control.

## **RESUMEN**

El objetivo de este artículo es problematizar la función judicial en el Brasil actual y ofrecer un marco hermenéutico para lograr estabilidad y previsibilidad en la producción jurídica, como marco necesario para un estado democrático. Para ello, es esencial desmitificar, aunque sea brevemente, el proceso de formación del Estado brasileño y esbozar un posible diagnóstico de cómo se institucionalizó el poder judicial, especialmente en el marco de un constitucionalismo gobernante y un texto constitucional ambicioso. En definitiva, comprender los fundamentos de cómo opera el poder judicial hoy en día en términos de jurisdicción sin una *accountability* efectiva parece inexorable. Se ha afirmado que la democracia y el poder judicial constituyen una "conspiración insidiosa", dada la hegemonía prevista en la Constitución Federal, en el contexto del neoconstitucionalismo en este cuadrante histórico. Por otro lado, también pretendimos contribuir a una perspectiva de la teoría jurídica cuya argumentación y hermenéutica proponen la coherencia como valor fundamental del sistema jurídico, promoviendo un nivel mínimo de integridad y estabilidad en la producción jurídica jurisdiccional. La metodología adoptada en este estudio se basa en una investigación bibliográfica de alto nivel: exploratoria (en cuanto a los objetivos); cualitativa (en cuanto al enfoque); teórica (en cuanto a la naturaleza de la investigación); y bibliográfica y documental (en cuanto a los procedimientos).

**Palabras clave:** Poder Judicial. Hermenêutica. Control.

## 1 INTRODUÇÃO

Parece interessante iniciar-se com o contraste entre as ideias políticas e jurídicas da formação brasileira e a realidade sócio-político-econômico, apresentando o que Faoro chama de dualismo estrutural, que apesar de próprio da política, uma relação dialética entre ação e ideia, direito estatal e cultura, entre pensamento crítico e as instituições de poder, no Brasil a distorção entre as ideias políticas dos que pensaram as instituições e como de fato elas se materializaram, marca o estigma nacional de "identidade que fingimos possuir, mas que nos são de fato completamente estranhas."<sup>3</sup> Esse dualismo estrutural a que se referiu Comparato, na obra de Faoro, diz-se, entre o que sempre pretendemos ser enquanto Nação, e o que de fato somos. E assim que se vislumbra que o Brasil se constituiu em um país inventado pelo Direito e desmobilizado pela forma de sua institucionalização. A isso, denominamos elementos da idiossincrasia brasileira, uma vez que ao estudo comparada das Idéias Políticas e da Teoria Geral do Estado comparada, notadamente em relação aos Estados modernos europeus, onde Nação, Território e Povo institucionalizou um Estado enquanto poder público soberano correspondente às demandas de historicidade<sup>4</sup> e de desenvolvimento do capitalismo.

Por vários outros aspectos históricos institucionais, talvez associado ao significado dialético de uma abertura de regime ditatorial a uma democracia, preliminarmente formal, a Constituição da República Federativa do Brasil exorbitou não na elocução dos direitos fundamentais, não obstante conquistados sem o significado do que seja a institucionalização das lutas políticas revolucionárias europeias do XVIII, mas no "festival de autonomias"<sup>5</sup>, ou institucionalização de um conjunto de Instituições com poderes; funções e prerrogativas orgânicas sem previsão no Direito Comparado. O Poder Judiciário e as Funções essenciais à Justiça, ao que parece com a missão de efetivar na forma de direitos de diversas gerações que a rigor constituíam um extremo e imenso déficit histórico público, que jamais seria solucionado pela invenção formal de um Estado de Direito Democrático sem base material econômica, política, social e cultural. De modo que a hipótese é que o enfraquecimento do regime democrático das garantias fundamentais, decorre da Crise de Constitucionalidade da Constituição de 1988, no contexto do constitucionalismo contemporâneo e hipertrofia do Poder Judiciário face a frágil democracia brasileira.

---

<sup>3</sup> KONDER COMPARATO, Fabio (Org. Prefácio) In FAORO, Raimundo. A Republica Inacabada. Golbo. Rio de Janeiro. 207. Pag.8.

<sup>4</sup> WEBER, Max. *A política como vocação*. In GERTH, H. H. & MILS, Wright (Org.). *Ensaios de Sociologia*. Trad. Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Ed. Zahar Editores, 1963. p. 97.

<sup>5</sup> PASSOS, J. J. Calmon. Direito, Poder, Justiça e Processo – julgando os que nos julgam. Ed. Forense. Rio de Janeiro, 199. P. 109. Nota de rodapé.

## 2 ELEMENTOS DA IDIOSSINCASIA BRASILEIRA

Quando tomamos por base esse processo de institucionalização e evolução do Estado Moderno Europeu, respeitando notadamente a sua historicidade, mas em termos de processos de institucionalização e categorias de caracterização dos elementos fundantes de sua formação, nos damos conta e com toda razão do que bem afirma J.J. Calmon de Passos:

"(...) somos um país marcado pelo estigma de ter sido um Estado antes de sermos uma Nação. (...) uma país em que as coisas aconteceram de cima para baixo. As elites decidiam e o povo se submetia, melhor dizendo, a massa se submetia. O poder político se constituiu e operou de fora (Metrópole) e do alto (os proprietários de terras e setores a eles vinculados) para baixo (a população escrava e a escassa classe dos servidores da coroa). Fomos um país que por três séculos, se não mais, tivemos Governo sem ter Povo. E onde há Governo sem ter Povo o exercício do poder político é necessariamente autoritário, despótico, discriminativo e privilegiador. Esse secular exercício autoritário do poder, determinou, nas elites brasileiras, uma postura cultural, algo que está no cerne de seus ossos, que se mostra incompatível com o exercício democrático do poder, só possível quando as coisas acontecem de baixo para cima, em tal dimensão que isso é o que prevalece e dá coloração à convivência social."<sup>6</sup>.

Essa síntese ao nosso ver tão elucidativa da análise didática dos processos de institucionalização do Estado brasileiro e sua relação com o poder político e as camadas sociais, a rigor vem dos clássicos da sociologia política brasileira, que obliteraram contra o discurso ideologicamente manipulador do pensamento jurídico.

É antológica a expressão de Sérgio Buarque de Holanda - "A democracia no Brasil foi sempre um lamentável mal entendido"<sup>7</sup>:

"(...) Trouxemos de terras estranhas um sistema complexo e acabado de preceitos, sem saber até que ponto se ajustam às condições da vida brasileira e sem cogitar das mudanças que tais condições lhe imporiam.

(...)

A democracia no Brasil foi sempre um lamentável mal entendido. Uma aristocracia rural e semifeudal importou-a e tratou de acomodá-la, onde fosse possível, aos seus direitos ou privilégios, os mesmos que tinham sido, no Velho Mundo, o alvo da luta burguesa contra aristocratas".

Aliás, Fábio Konder Comparato<sup>8</sup> dispara, de forma categórica a crítica sobre outros processos de institucionalização no Brasil, fazendo alusão a essa expressão famosa de Sergio Buarque de Holanda, ele "se referiu especificamente à democracia, mas o qualitativo [lamentável mal-entendido] também se ajusta como uma luva ao liberalismo, a república, e ao constitucionalismo aqui praticados".

<sup>6</sup> Cf. Brasil, Modernidade e Constituição In Ensaios e Artigos. Vol. II. Ed Juspodíum. Salvador. 2016. Pag. 330

<sup>7</sup> Cf. Raízes do Brasil. 26<sup>a</sup>. Ed. Cia das Letras. 1995. P.160

<sup>8</sup> Cf. (Org e Prefácio), FAORO, Raimundo. A Republica Inacabada. Globo. São Paulo. 2007. Pag. 9

Não se trata aqui de pretender propor outra interpretação do Brasil<sup>9</sup>, para além dos clássicos. Mas colocar em xeque as pretensões e ideias do pensamento jurídico. Conquanto se tem em mente que a institucionalização brasileira - sem as bases materiais e de constituição de um Estado, cuja uma nação que o precede, por um povo, que possui o mínimo de identidade bio-psicossocial, hoje categoria também entendida como empatia, fundada no atavismo da solidariedade de quem se desenvolveu no âmbito de territorialidade e condições socioculturais de experimentar – antes de pretender ser criadora de uma Nação a partir do Estado, talvez tenha promovido raízes estruturais tão marcantes que precise se reinventar o país. E talvez tenha sido essa a ilusão constitucionalista da Constituição Federal de 1988<sup>10</sup>.

Vale nesse sentido o estudo *A Gramática Política do Brasil*<sup>11</sup>. O autor, a partir da análise de como se deu a relação entre Tipos de Capitalismo, Instituições e ação social, consegue demonstrar como arcaísmo da velha ordem monárquica, conseguiu resistir e até se desenvolver com o processo de 'modernização estatal brasileiro', através como são as categorias ou gramáticas do clientelismo, corporativismo, como quadros analíticos da relação público-privada.

É dizer, o Brasil foi criado e desenvolvido com vícios de origem tanto no processo de institucionalização como de evolução.

É assim que, se aprofundarmos a análise, como fez J.J. Calmon de Passos<sup>12</sup>, para desmistificar a questão do acesso a justiça nesse país - portanto das categorias elementares de compreensão do processo de formação brasileira, a partir das instituições, podemos constatar – um país de tradição politicamente autocrático, centralizador e elitista. Com uma classe média cartorialista que não se identifica como povo, e este, em termos de massa, que vivenciou a sua história com escassa participação popular. E assim nos tornamos dependentes do Estado. Portanto um país que acumula ao longo do seu desenvolvimento uma altíssima dívida social, uma estrutura fundiária de absoluta exclusão; a concentração de renda das maiores do mundo, e uma perversa condição econômica da população mais carecedora do acesso à justiça, como elucida o autor.

Retornando aos clássicos, para se tentar entender o dualismo estrutural a que aludimos a FAORO, no processo de formação das instituições brasileiras em detrimento da realidade que se pretendeu. Acreditamos que Sérgio Buarque de Holanda sinaliza desde a crítica ao bacharelismo, herança inexpurgável da velha monarquia, ao problema da legitimidade ou da base material de sua

<sup>9</sup> FREYRE, Gilberto. *Interpretação do Brasil*. Global Editora e Distribuidora Ltda, 2016; SECCO, Lincoln; PERICÁS, Luiz Bernardo. *Intérpretes do Brasil: clássicos, rebeldes e renegados*. Boitempo Editorial, 2015.

<sup>10</sup> Cf. CALMON DE PASSOS, J. J. *Cidadania Tutelada In In Ensaios e Artigos*. Vol. I. Ed. Juspodim. Salvador. 2014

<sup>11</sup> NUNES, Edson. *A Gramática Política do Brasil. Clientelismo e insulamento burocrático*. Rio de Janeiro. Jorge Zahar Ed. 1997.

<sup>12</sup> Cf. *O Problema do Acesso a Justiça no Brasil In In Ensaios e Artigos*. Vol. I. Ed. Juspodim. Salvador. 2014. P.

produção, parece o autor atacar o idealismo colonial, no sentido das importações de modelos indiferente as demandas reais do país. Seria isso? Trata-se de conjecturação, mas assim anota o autor:

"É curioso notar-se que os movimentos aparentemente reformadores, no Brasil, partiram quase sempre de cima para baixo: foram de inspiração intelectual, se assim se pode dizer, tanto quanto sentimental. Nossa independência, as conquistas liberais que fizemos durante o decurso de nossa evolução política vieram de surpresa; a grande massa do povo recebeu-as com displicência, ou hostilidade. Não emanavam de uma predisposição espiritual e emotiva particular, de uma concepção da vida bem definida e específica, que tivesse chegado à maturidade plena. Os campeões das novas ideias esqueceram-se, com frequência, de que as formas de vida nem sempre são expressões do arbítrio pessoal, não se "fazem" ou "desfazem" por decreto"<sup>13</sup>.

FAORO<sup>14</sup> também me parece que diagnostica os fatores que promoveram ou contribuíram para esse dualismo estrutural que caracteriza o estigma brasileiro em termos de institucionalização pública e conservação das questões estruturais na relação com o privado, e na própria conformação da complexidade social. O Prefácio de COMPARATO, vale a obra. Merece destaque: adotando a metáfora do poeta fingidor de Pessoa, assim encarnamos na vida política. Fingimos tão completamente que chegamos a pensar que existe e funciona, de fato, a organização política ideal que acalenta os nossos sonhos. E aí está, continua KONDER, - "No afã de imitarmos os países como modelares, voltamos as costas ao passado, que se nos afigura em geral vulgar e sem brilho, e não hesitamos em procurar colher os frutos antes de plantar as árvores"<sup>15</sup>.

Melhor ainda, é a citação a um texto de Alceu Amoroso Lima de 1824 – ‘foi se vendo pouco a pouco e até hoje o vemos ainda com surpresa, por vezes, que o Brasil se formara às avessas, começara pelo fim. Tivera parlamentarismo, antes de ter eleições. Tivera escolas superiores, antes de ter educação popular. Tivera bancos, antes de ter economista. Tivera artistas, antes de ter arte. Tivera conceito exterior, antes de ter consciência interna. Fizera empréstimos, antes de ter riqueza consolidada. Aspira a potência mundial, antes e ter a paz e a força interior.’<sup>16</sup>

Ainda nesse panorama, sintetizando a obra, sobretudo dos artigos Pensamento Político Brasileiro e O Liberalismo, é possível afirmar que se trata da crítica a formação do Estado brasileiro a partir da forma que foram institucionalizados novos modelos que acomodaram os velhos ranços da vetusta cultura monarquista cuja nova ordem pretendeu superar: Um liberalismo de fachada; Uma

<sup>13</sup> Cf. Ob. Cit, idem. Ibidem.

<sup>14</sup> Cf. COMPARATO, Fábio Konder (Org e Prefácio), FAORO, Raimundo. A Republica Inacabada. Globo. São Paulo. 2007. Pag. 29 e seq; e 99/112

<sup>15</sup> Idem. Ibidem. Prefácio. P. 8

<sup>16</sup> LIMA, AA. Política e letras, in Vicente Licínio Cardos (org), À margem da história da República, t.II. Brasília: Câmara dos Deputados e Ed UnB, 1981, p.51 Apud COMPARATO, Fábio Konder (Org e Prefácio), FAORO, Raimundo. A Republica Inacabada. Globo. São Paulo. 2007. P. 8/9

República privatista,; Uma Democracia sem povo e um Constitucionalismo ornamental. Eis *Terrae Brasilis*.

### **3 O 'ESTADO DA ARTE' PARA A JUDICIAL REVIEW – UM POSSÍVEL DIAGNÓSTICO**

É possível afirmar que, nesse quadrante da história, com a evolução do constitucionalismo contemporâneo, desde o pós-guerra – seja na Europa, seja nos EUA –, a força normativa da Constituição, a criação dos Tribunais, o pós-positivismo e o advento da normatividade dos princípios foram circunstâncias decisivas para expansão global do Poder Judiciário (TASSINARI, 2012).

Por outro lado, nesse mesmo fenômeno, houve uma transformação do modo de compreensão da democracia como vontade da maioria para uma importância do poder contramajoritário, que tem no Judiciário a referência protagonista dessa missão.

[...] operou-se uma vertiginosa ascensão institucional de juízes e tribunais, assim na Europa, como em países da América Latina, particularmente no Brasil. A segunda causa envolve certa desilusão com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral. (BARROSO, 2013, p. 243).

Dito de outra forma, a decepção com o dirigismo constitucional e a crise da democracia, no contexto de uma expansão global do Poder Judiciário, concorreram para judicialização da política e o ativismo Judicial.

#### **3.1 A SUPREMACIA DO PODER JUDICIÁRIO NO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO**

O advento da força institucional que o Poder Judiciário terá neste século é de indubitável reconhecimento. As próprias transformações do Direito Constitucional contemporâneo e o desafio de materialização do que se denominará Estado constitucional, a partir da concretização das normas constitucionais, através nova interpretação constitucional, incumbiu com tarefa hercúlea a jurisdição constitucional (BARROSO, 2013).

Assim, o que se denominará de revolução copernicana do Direito Constitucional compreende a relação inexorável de Constituição, constitucionalismo e jurisdição constitucional:

O significado de Constituição depende do processo hermenêutico que desvendará o conteúdo exato do seu texto, a partir dos novos paradigmas exsurgentes, que envolvem a produção democrática do direito [...] da doutrina e da jurisprudência dos tribunais encarregados da justiça constitucional. Com isso, os conceitos como soberania popular, separação dos poderes e maiorias parlamentares cedem lugar à legitimidade constitucional, instituidora de um constituir da sociedade. (STRECK, 2014, p. 37).

Nesse processo, a própria compreensão do Estado Democrático de Direito, em face ainda do resistente dirigismo e da força normativa da Constituição, promoverá um deslocamento do polo de tensão dos demais poderes de Estado em direção à justiça constitucional. Há, portanto, uma transferência, como consequência, inclusive política, disso, contextualizado o protagonismo do Poder Legislativo em direção à justiça Constitucional.

Em síntese, a partir dessa compreensão de constitucionalismo contemporâneo de um Estado Democrático de Direito e caráter redentor da jurisdição constitucional, é fundamental afirmar que os desafios das promessas não cumpridas da ainda Constituição dirigente de 1988, na verdade de transformação da sociedade e do Estado, através da concretização da plataforma dos direitos fundamentais que ela ostenta, são tarefa do Direito, da Justiça e, em última análise, do Juiz.

É nessa perspectiva que os fenômenos político-ideológicos e institucionais da judicialização da política e do ativismo judicial irão se desenvolver de forma acelerada e desenfreada, com mais grau de extensão e risco, num país como o Brasil, de uma insatisfatória institucionalização democrática e corporativista, sem perspectiva de controle do Poder Judiciário (PASSOS, 1999).

### **3.2 JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E ATIVISMO JUDICIAL: DUAS FACES DE UMA MESMA MOEDA E A CRÍTICA FUNDAMENTAL A SEU SERVIÇO**

Com a ascensão do Poder judiciário, houve o reconhecimento de sua supremacia em relação aos outros poderes estatais, pelo deslocamento do polo de tensão das demandas sociais, incumbindo-lhe a efetividade da força normativa do Estado Constitucional, isto é, parecia inevitável franca expansão da judicialização da política e do ativismo judicial; afinal, será tarefa da Constituição e da jurisdição constitucional no Estado Democrático de Direito a implementação/concretização dos direitos fundamentais-sociais a partir desse novo paradigma do Direito e do Estado (STRECK, 2017).

Desse modo, a judicialização da política é expressão de que as questões políticas, sociais ou morais serão decididas pelo Poder Judiciário. É, de fato, portanto, uma transferência de poder para as instituições judiciais, em detrimento das instâncias tradicionais, que são o Legislativo e o Executivo (BARROSO, 2013).

No Brasil, é necessário registrar que, mesmos os defensores mais convictos, reconhecem que o fenômeno se deu em proporção muito maior, em decorrência de algumas razões particulares: a) da constitucionalização mais abrangente e analítica, donde uma questão da política é apta a tornar-se questão judicial; e b) do sistema de controle de constitucionalidade de acesso ao Supremo Tribunal Federal, assim como da amplitude do controle difuso.

É assim que muitas questões relevantes e de diversas naturezas, política, social ou moral, foram deliberadas como judicialização da política, a título exemplificativo: instituição de contribuição dos Inativos na Reforma da Previdência; criação do CNJ na Reforma do Judiciário; pesquisas com célula tronco embrionárias; liberdade de expressão e racismo; interrupção de fetos anencefálicos; legitimidade das ações afirmativas; e vedação a nepotismo (BARROSO, 2013).

Enquanto se defende que a judicialização da política seja um fato inelutável, uma circunstância decorrente do desenho institucional vigente, e não uma opção política do Judiciário, o ativismo judicial está associado a uma atitude de participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes. Dessa forma, muitos precedentes no Brasil foram expressão desse ativismo do STF, a exemplo da imposição da fidelidade partidária e da vedação do nepotismo, da verticalização das coligações partidárias e da cláusula de barreira. Importa, conforme Barroso (2013), enfatizar que o ativismo judicial legitimamente exercido procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, inclusive e especialmente construindo regras específicas de conduta a partir de enunciados vagos.

A doutrina reivindica distinção dos fenômenos, inclusive para efeito de reconhecimento inelutável dessa fase do constitucionalismo contemporâneo (que traz os elementos Direito, Política e Judiciário) e, por conseguinte, legitimando a judicialização da política como decorrente da supremacia do poder judicial, na instrumentalização da jurisdição constitucional para consecução do Estado constitucional de realizar os direitos fundamentais e fundamentais sociais. Por outro lado, refutar o ativismo judicial, não pela correição à finalidade constitucional em si da decisão jurisdicional, mas pela correição à fundamentação da decisão, se restrita ao âmbito da autonomia e da autoridade do Direito em detrimento de razões de ordem política, moral ou econômica (TASSINARI, 2012).

Nessa linha de discussão, a judicialização da política é vista não apenas como constatação, mas como uma questão social, quanto o elenco de direitos previstos na Constituição sejam pretensões judicializáveis. A sua diminuição implicaria um conjunto de medidas de outros poderes, não dependendo apenas do Poder Judiciário. Quanto ao ativismo judicial, consiste num desvirtuamento da jurisdição, em função de um controle constitucional exercido fundado em razões de vontade ou consciência do intérprete em detrimento de respostas constitucionalmente adequadas, o que legitimaria a sua atuação.

A rigor, parece que pouco importa para os resultados políticos institucionais e sociais de uma sociedade democrática a distinção dogmaticamente pretendida, quando o problema maior está no próprio desenho institucional e no risco de poder sem controle.

Ora, quando se depreende, como imperativo de um constitucionalismo contemporâneo, que a realização do Estado Constitucional de uma Constituição dirigente se realize, promovendo a transformação do próprio Estado e Sociedade, por tarefa hermenêutica da jurisdição constitucional, está se legitimando muito poder e pouco controle na atividade estatal, ainda que esta seja a jurisdição.

Nesse sentido, devotar-se, entregando os destinos de uma nação à tarefa de juristas para ser transformada pelo Direito – reconhecendo a judicialização da política como fenômeno inexorável, contingencial e decorrente de condições sociopolíticas que justificam intervenção do Poder judiciário na deficiência dos outros poderes (STRECK, 2017) –, e reivindicar que dessa supremacia não abuse por razões de hermenêutica, sem que nenhum *accountability* dessa resposta se possa ter, salvo sistema recursal, de fato é incorrermos em grande risco.

Atuação da doutrina, a hermenêutica filosófica e o constrangimento epistêmico não são instrumentos aptos a conter os abusos de poder de uma frágil democracia. É preciso, pois, se dar conta de que essa racionalidade jurídica atribuída ao constitucionalismo contemporâneo e a jurisdição constitucional, como polo garantidor de direitos fundamentais de uma constituição dirigente, não ensejam o risco de incremento de poder sem a devida contrapartida de controle e se, ao invés de se acreditar na potencialização da democracia ao pleitear a concretização de direitos fundamentais, não se estaria dando margens à racionalidade autoritária<sup>17</sup>.

Dessa forma, é importante repensar outra racionalidade para o Estado Democrático de Direito, não se atribuindo ao que foi conquista civilizatória, com alto custo da luta política humana, uma nova linguagem jurídico-filosófico sob o risco de regresso no manto de evolução. Acredita-se permanecer válido o princípio de que a função política se cumpre precipuamente mediante sua juridicização pelo processo legislativo, competindo-lhe a positivação de princípios, valores, diretrizes e regras gerais, formulando planos que impõem a atividade dos sujeitos privados e agentes públicos, presentes na distinção clássica de que a ordem jurídica democrática autoriza o sujeito privado quando não lhe é proibido ou cogentemente imposto (princípio da liberdade), enquanto ao agente público apenas permite o que a lei lhe confere ou atribui (PASSOS, 1999).

Para se manter no postulado básico do Estado de Direito Democrático, a politização do jurídico ou juridicização do político somente é admissível se atendidas duas exigências: a) incidência do prescrito num universo predeterminado e bem definido; e b) que haja legitimação política dos órgãos

<sup>17</sup> Cf. Ingeborg Maus (1999, p. 197): “Quando a Justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social – controle ao qual normalmente se deve subordinar toda instituição do Estado em uma de organização política democrática. No domínio de uma justiça que contrapõe um direito ‘superior’, dotado de atributos morais, ao simples direito dos outros poderes do Estado e da sociedade, é notória a regressão a valores pré-democráticos de parâmetros de integração social”.

incumbidos da solução jurisdicional desses conflitos em termos de composição e responsabilidade, como bem destaca Passos (1999, p. 92):

Permitir que decisões, ditas jurisdicionais, tenha ampla incidência de caráter geral, que reclamam um processo político, sem atender a quanto fundamental para o processo legislativo num Estado de Direito Democrático será vestir-se com pele de cordeiro democrática o lobo voraz do autoritarismo e da arbitrariedade. Pouco importa, que os novos 'césares' ou novos lobos tenham o nome e enverguem as roupas dos magistrados. Magistrados jamais serão, em termos de estrita legitimidade democrática.

Não há teoria evoluída da Constituição, nem do Estado Constitucional, tampouco da ciência política, que descaracterize a construção histórico secular e institucional do Estado Democrático de Direito. Aquele que detém todo e qualquer poder político só pode exercitá-lo nos limites de sua competência, sujeitando-se à responsabilidade social quando faltar a esse dever. Também só é Estado Democrático de Direito aquele em que entidades e órgãos responsáveis pelo exercício do poder político, nos limites de sua competência, submetem-se a recíprocos controles, numa perspectiva de possível harmonia, sem prejuízo de sua autonomia, em termos de ausência de vínculos hierárquicos, nunca de independência, enquanto ausência de responsabilidade, o que vale, por conseguinte, para todos os poderes do Estado.

#### **4 A ERA DA DECISÃO E UMA APROXIMAÇÃO DEMOCRÁTICA – A GUISA DE UMA CONTRIBUIÇÃO**

O Direito como pretensão de ciência, indiscutivelmente evolui profundamente, principalmente em se tratando de meados do Sec. XX aos dias de hoje. Como saber jurídico em torno da validade, na identificação do seu objeto, o que Kelsen e a Escola do positivismo jurídico em suas várias vertentes foram exitosas nesse âmbito; depois como dogmática hermenêutica em termos de métodos de interpretação: da principiologia de Josef Esser,<sup>18</sup> da Jurisprudência dos Valores, na Alemanha do pós guerra `a tópica de Theodor Viehweg<sup>19</sup>; surge para evolução do pensamento jurídico, mas também para Ciência Política e a Jurisprudência como escola do realismo – a questão da decidibilidade.

Assim também, destaca ABOUD, CARNIO & OLIVEIRA<sup>20</sup>:

<sup>18</sup> Josef Esser. *Principio y norma em elaboração jurisprudencial del derecho privado*. Barcelona: Ed. Bosch, 1961

<sup>19</sup> Cf. Tópica e Jurisprudência – uma contribuição a investigação dos fundamentos jurídico-científicos. Trad. 5 ed. Kelly Afllen da Silva. Sergio Fabris. 2008

<sup>20</sup> ABOUD, Georges, CARNIO, Henrique, & OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à Teoria e à Filosofia do Direito**. 3<sup>a</sup>.ed. São Paulo: RT, 404.

“No livro *Princípio e norma na elaboração judicial do direito privado*, Esser pratica esse tipo de metodologia procurando desenvolver – a partir da distinção anglo-saxã entre *principle* e *rule* uma distinção entre princípio e norma. Com isso, o jusfilósofo se aproxima de uma abordagem que confere ênfase à figura do juiz procurando, todavia, explorar meios de contenção dessa mesma atividade.”

E após apresentarem as contribuições de ESSER, continua os autores<sup>21</sup>:

“(...) a jurisprudência dos valores possui, com relação às demais posturas metodológicas que aqui retratamos, a peculiaridade de ter repercutido, de alguma forma, na atividade concreta dos tribunais. Em especial, a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão”.

Nessa mesma linha, ocorreu aqui a recepção da doutrina de Robert Alexy, e fomentou o debate, estando, por isso sobre as críticas de LÊNIO STRECK<sup>22</sup><sup>23</sup> E MARCELO NEVES, quanto houve para ambos uma recepção *equivocada* e *acrítica*, dizem, respectivamente, os autores:

“(...) e aqui deve ser feita a crítica ao equívoco no modo como a tese foi recepcionada -, os juristas brasileiros não atentaram para as distintas realidades (Brasil e Alemanha).

(...) Da Jurisprudência dos Valores os teóricos brasileiros tomaram emprestada a tese fundante – a de que a Constituição é uma ordem concreta de valores, sendo o papel dos intérpretes o de encontrar e revelar esses interesses ou valores. O modo mais específico de implementação dessa recepção foi a teoria da argumentação de Robert Alexy (segunda recepção equivocada), que, entretanto, recebeu uma leitura superficial por parcela considerável da doutrina<sup>24</sup> e dos tribunais.”

Enquanto NEVES<sup>25</sup><sup>26</sup>, ao analisar o debate sobre princípios e regras, ponderação e otimização, principiologia, na ampla recepção, vai afirmar:

“(...) tratava-se, mais uma vez, de uma importação acrítica de construções de construções teóricas e dogmáticas, sem o crivo seletivo de uma recepção jurídico-constitucionalmente apropriada. Em grande parte, configurava-se a banalização de modelos principiológicos, desenvolvidos consistentemente no âmbito de experiências jurídicas bem diversas da nossa”.

<sup>21</sup> Idem, Ibidem. 404/5

<sup>22</sup> Cf. **Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas**. 5<sup>a</sup>. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014. P. 58

<sup>23</sup> Idem, Ibidem, P. 59. Nota de roda pé 24 – em acirrada crítica a ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios – e o equívoco de uma ponderação de regras, estranha a própria teoria de Alexy.

<sup>24</sup> Maior crítica a ÁVILA, Teoria dos Princípios faz Lênio Streck quando no julgamento do caso de “Ficha Limpa, o Mim. Fux cita ÁVILA para afirmar que a presunção de inocência insculpida no art. 5º, LVII da CF – seria regra, e não princípio. In ABBOUD, Georges, CARNIO, Henrique, & OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à Teoria e à Filosofia do Direito**. 3<sup>a</sup>.ed. São Paulo: RT. P. 495 (Posfácio, nota de rodapé 31)

<sup>25</sup> Cf. **Entre Hidra e Hércules: Princípios e Regras Constitucionais**. 2<sup>a</sup>. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. P. IX (Prefácio).

<sup>26</sup> As críticas de Marcelo Neves a ‘Teoria dos Princípios’ de Humberto Ávila são tão densas, que perfazem toda obra, referida ao longo de quase 12 páginas (da 26 a 189).

A rigor, importante destacar, *uma teoria dogmática geral da decisão não chegou a receber, na tradição, nenhuma forma de acabamento*<sup>27</sup>. O fenômeno da decisão é quase sempre relegado a análises parciais, dispersas nos quadros da Teoria Geral do Direito, da Teoria do Método, da Teoria do Processo. Com essa expressão nos idos do Sec XXI – o autor, ícone de gerações na Universidade de São Paulo, desmistificava o déficit histórico epistemológico da Teoria do Direito, que notadamente a partir dos aspectos destacados nos fenômenos político-institucionais da jurisdição sobre efeitos direto à democracia no quadrante dessa história. Dez anos mais tarde em obra específica SAMPAIO FERRAZ continua a declarar a “grande dificuldade de expor, ao contrário dos modelos analíticos e hermenêutico, uma teoria da decisão jurídica que ainda está para ser feita”<sup>28</sup>.

Teorizar acerca da grande mudança de paradigma das correntes de pensamento que passaram a compreender a necessidade da reformulação da teoria do direito e critérios de decidibilidade à luz da razão prática, ou como a teoria pragmática estabelecerá o objeto da decisão judicial como advento a exigir uma outra epistemologia jurídica, foge da proposta desse artigo, e remete-se a obra clássica obra de A. CASTANHEIRA NEVES<sup>29</sup>, para elucidação dessa transformação. Não obstante, trazemos a contribuição de NEIL MacCormick<sup>30</sup> na formulação de critérios de controlabilidade cognoscível da decisão, mas como parâmetro correicional de argumentação na justificação da decisão<sup>31</sup>, isto é, como critérios epistêmicos de fundamentação da decisão judicial, como forma de exposição das razões de decidir que devem, numa democracia serem expostas como fundamento público<sup>32</sup> de restrição de direitos fundamentais.

Em nenhuma hipótese uma teoria da argumentação e critérios de justificação darão conta da ausência de efetivo controle político, social e institucional de uma poder da República, mas a exigência de demonstração do raciocínio jurídico motivadamente expresso nas razões de decidir que estabeleça minuciosa precisão nas deduções lógicas da identificação, delimitação do campo fático seu corolário de imputação normativa, ou seja dos efeitos normativos internos, isto é da própria decisão e efeitos externos da relação do caso concreto com o universo normativo jurídico das diversas fontes do sistema jurídico e jurisprudencial – o que eliminaria discricionariedades diversas e genéricas, por exigência de coerência a esse conjunto de *epistemes* (critérios deônticos de julgamento manifestos na linguagem do raciocínio) determinantes da justificação. Trata-se de demonstração, pois, de razões, ligações fático-

<sup>27</sup> FERRAZ, Tércio S. Introdução ao Estudo do Direito.: Técnica, Decisão, Dominação. 4<sup>a</sup> ed. Rev/ampl.. 2003. Pag. 311.

<sup>28</sup> FERRAZ, Tércio S. A Ciência do Direito. 5 ed. Atlas. São Paulo. 2014. P. 110

<sup>29</sup> Cf. Metodologia Jurídica – Problemas fundamentais. Coimbra Ed. Coimbra. 1993

<sup>30</sup> Cf. Argumentação Jurídica e Teoria do Direito. Trad. W Barcelos. Ed Martins Fontes. São Paulo. 2006.

<sup>31</sup> PIES, Terezinha I. Teles. S., A Teoria da Argumentação Jurídica de Neil MacCormick: dimensão normativa, raciocínio prático e justificação as decisões jurídicas: In Revista do Direito Público, Londrina, v. 15, n 2. P. 49 – 70. Mai/ag. 2020.

<sup>32</sup> MARTINS, Argemiro Cc. M.; ROESLER, Claudia Rosane; e JESUS, Ricardo A. Resende de. Revista NEJ – Eletrônica, vol. 16 – n. 2. P. 207-221/mai-ag. 2011. P. 208.

probatórias, assim chamadas internas e a coerência institucional externa, porquanto tomando por base, por exemplo o universo<sup>33</sup> de precedentes.

Nesse sentido, impende concluir ainda é a fundamentação das decisões o elemento legitimador da racionalidade judicial e por conseguinte da demonstração da dimensão de democraticidade da função jurisdicional. Quanto mais exposição forem as razões de decidir e sua conexidade com âmbito delimitado do que se decide em matéria de fato e respectiva prova, assim como as demais fontes normativas de incidência sobre aquele caso, com especial destaque aos precedentes, maior a aproximação de decisões judiciais legítimas e conformadoras de uma ordem normativa de uma Estado democrático.

---

<sup>33</sup> CF. Ob. Cit. P. 212/215

## REFERÊNCIAS

- A.CASTANHEIRA NEVES Metodologia Jurídica – Problemas fundamentais. Coimbra Ed. Coimbra. 1993
- ABBOUD, Georges, CARNIO, Henrique, & OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à Teoria e à Filosofia do Direito**. 3<sup>a</sup>.ed. São Paulo: 2020
- ABBOUD, Georges, CARNIO, Henrique, & OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Introdução à Teoria e à Filosofia do Direito**. 3<sup>a</sup>.ed. São Paulo: RT. P. 495 (Posfácio, nota de rodapé 31)
- CALMON DE PASSOS, J. J. Cidadania Tutelada In In Ensaios e Artigos. Vol. I. Ed. Juspodim. Salvador. 2014
- CALMON DE PASSOS, J. J. Modernidade e Constituição In Ensaios e Artigos. Vol. II. Ed Juspodim. Salvador. 2016.
- CALMON DE PASSOS, JJ. O Problema do Acesso a Justiça no Brasil In In Ensaios e Artigos. Vol. I. Ed. Juspodim. Salvador.
- FAORO, Raimundo. A Republica Inacabada. Globo. São Paulo. 2007. Pag. 9
- FERRAZ, Tércio S. Introdução ao Estudo do Direito.: Técnica, Decisão, Dominação. 4<sup>a</sup> ed. Rev/ampl.. 2003.
- FERRAZ, Tércio S. A Ciência do Direito. 5 ed. Atlas. São Paulo. 2014. P. 110
- FREYRE, Gilberto. Interpretação do Brasil. Global Editora e Distribuidora Ltda, 2016; SECCO, Lincoln; PERICÁS, Luiz Bernardo. Intérpretes do Brasil: clássicos, rebeldes e renegados. Boitempo Editorial, 2015<sup>1</sup> Josef Esser. **Principio y norma em elaboração jurisprudencial del derecho privado**. Barcelona: Ed. Bosch, 1961.
- HOLANDA, Sérgio Buarque. Raizes do Brasil. 26<sup>a</sup>. Ed. Cia das Letras. 1995. P.160
- MACCORMICK, Neil. Argumentação Jurídica e Teoria do Direito. Trad. W Barcelos. Ed Martins Fontes. São Paulo. 2006.
- MARTINS, Argemiro Cc. M.; ROESLER, Claudia Rosane; e JESUS, Ricardo A. Resende de. Revista NEJ – Eletrônica, vol. 16 – n. 2. P. 207-221/mai-ag. 2011.
- NEVES, Marcelo. Entre Hidra e Hércules: Princípios e Regras Constitucionais. 2<sup>a</sup>. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- NUNES, Edson. A Gramática Política do Brasil. Clientelismo e insulamento burocrático. Rio de Janeiro. Jorge Zahar Ed. 1997.
- PASSOS, J. J .Calmon de. Revisitando O Direito, O Poder, A Justiça e O Processo – Reflexões de um jurista que trafega na contra mão. Ed. Podium. Salvador. 2012.

PASSOS, J. J. Calmon. Direito, Poder, Justiça e Processo – julgando os que nos julgam. Ed. Forense. Rio de Janeiro, 199. P. 109. Nota de rodapé.

PIES, Terezinha I. Teles. S., A Teoria da Argumentação Jurídica de Neil MacCormick: dimensão normativa, raciocínio prático e justificação as decisões jurídicas: In Revista do Direito Público, Londrina, v. 15, n 2. P. 49 – 70. Mai/ag. 2020.

STRECK, Lenio. Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. 5<sup>a</sup>. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

VIEHWIG, Theodor. Tópica e Jurisprudência – uma contribuição a investigação dos fundamentos jurídico-científicos. Trad. 5 ed. Kelly Aflen da Silva. Sergio Fabris. 200

WEBER, Max. *A política como vocação*. In GERTH, H. H. & MILS, Wright (Org.). *Ensaios de Sociologia*. Trad. Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Ed. Zahar Editores, 1963.