



guarantees, it has been the target of attacks from the public and other institutions. As objectives, the analysis of the relation between constitutionalism and democracy stands out; of unbridled judicial activism as a symptom of authoritarianism present in institutions such as the Judiciary and the questioning of the possibility of democracy in Brazil being in decline. The methodology used is the bibliographic review, based on authors who have contributed to the theme of democracy theories, and the current Brazilian situation. It also draws on newspaper news, as the situation of different (seemingly) democratic regimes has occupied the headlines of newspapers and news portals. One of the conclusions of the study is that Brazilian democracy is in crisis, and that despite the apparent normality of the institutions, it is possible to consider that the country is immersed in a state of exception, especially judicial.

Keywords: Judicial activism. Constitutionalism. Democracy. State of exception.

Introdução

“Só o poder freia o poder.”

O Espírito das Leis, Livro XI, Capítulo IV

O presente trabalho busca compreender dois movimentos crescentes no mundo, e seus possíveis e eminentes efeitos sobre o Brasil, o primeiro deles, o ataque às cortes constitucionais e à instituição do judiciário. O discurso contrário às instituições do judiciário como um todo fica cada vez mais evidente em protestos tanto nas ruas quanto nas redes. Situações que aconteceram em outros países como a Polônia e a Venezuela revelam que o enfraquecimento de tais órgãos são os primeiros passos que uma nação toma em direção ao autoritarismo. No momento que a solução dada por parcelas sociais para os problemas da justiça, é o fim dela, começam sintomas de uma democracia doente.

A interpretação irrestrita do direito tem surgido como um fenômeno moderno no Brasil, Estado Democrático de Direito que adota uma constituição prolixa³ e o sistema romano-germânico de direito. Onde todos estão diretamente vinculados à constituição e a legalidade. No entanto, diversas decisões arbitrárias de juízes, simplesmente a atropelam. Essas decisões de juízes solipsistas⁴, além de desrespeitarem diretamente a normativa, vêm colaborando diretamente para o fenômeno descrito no parágrafo

³ Prolixa ou extensa no sentido de ser detalhista e explicar diversos tópicos.

⁴ Alguns juristas e pensadores contemporâneos, como Lenio Streck vem usando o termo solipsista para descrever juízes e ministros que simplesmente atropelam a lei e a constituição, e fazem o que podemos chamar de uma interpretação própria desvinculada da legalidade e da realidade dos fatos.



Montesquieu foi outro grande pensador da Teoria do Estado e, apesar de vir de uma família aristocrática, e não ser um democrata propriamente dito, a sua divisão dos poderes do estado em três e a sua teoria dos pesos e contrapesos são adotadas até hoje por grande parte das democracias. Montesquieu (2000, p. 121) na sua *Magnum opus*: O Espírito das Leis⁵ (1748), constata que “não haverá liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do executivo. Não existe liberdade, pois pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente”. Ainda completa: “O poder de julgar não deve ser outorgado a um senado permanente, mas exercido por pessoas extraídas do corpo do povo, num certo período do ano, de modo prescrito pela lei, para formar um tribunal que dure apenas o tempo necessário.” Sobre a separação de poderes e os mecanismos de pesos e contrapesos percebe que:

Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder limite o poder. Uma constituição deve ser tal que ninguém seja obrigado a fazer as coisas que a lei não obriga e a não fazer aquelas que a lei permite. (Montesquieu, 2000, p. 167)

Nesta passagem Montesquieu também revela a sua preferência por um regime de governo estruturado sobre a égide de uma Constituição. Ideia posteriormente adotada quase por unanimidade por todos os teóricos democráticos do estado que o sucederam, a exemplo de Norberto Bobbio e Konrad Hesse os quais trabalharemos em seguida. As obras de Montesquieu (bem como as de Rousseau) inspiraram os redatores da Constituição francesa de 1791 e tornaram-se fonte das doutrinas constitucionais liberais, que repousam na separação dos poderes legislativo, executivo e judiciário.

A democracia é um tema de grande importância para Bobbio. Em sua obra ele apresenta definições mínimas para exercer esta, sendo a melhor forma de governo que os indivíduos criaram, uma vez que pretende conciliar *o ideal de liberdade com o ideal de igualdade*. Para Bobbio pôr em prática este regime político, exige estabelecer um conjunto de regras básicas que ditam quem está autorizado a tomar decisões coletivas e quais procedimentos tomar. Para que as decisões tomadas pelos

⁵ "O Espírito das Leis" foi proibido em diversos círculos intelectuais e incluído no *Index Librorum Prohibitorium* da Igreja Católica. Foi também duramente recriminado pelo clero francês, na Sorbonne e em diversos artigos, panfletos e outros escritos. O que nos revela a recepção que um simples pensamento divergente sobre o sistema político recebia no século XVII.



indivíduos possam ser aceitas, se fazem necessárias regras básicas que estabeleçam quais os indivíduos autorizados a assumir tais decisões e procedimentos. A democracia é a regra da maioria: “um conjunto de regras de procedimento para a formação de decisões, que está prevista e facilitada a participação mais ampla possível dos interessados” (BOBBIO, 2000, p. 22). Mas para a escolha, não basta que um número elevado de cidadãos vote, é preciso que estes tenham opções reais, que sejam colocados diante de alternativas em que realmente possam escolher entre uma e outra.

Bobbio também expõe que é preciso a garantia dos direitos à liberdade, de opinião e expressão. Direitos sob os quais nasceu o Estado Liberal. Isto porque para Bobbio, o Liberalismo é pressuposto jurídico e histórico do Estado de direito, havendo uma relação de interdependência no sentido de que são necessárias certas liberdades para se exercer corretamente a democracia, assim como também é necessário poder democrático e uma Constituição para garantir a existência de liberdades fundamentais.

Para Bobbio (2000, p. 65), “a democracia representativa e a democracia direta são dois sistemas alternativos (no sentido de que onde existe uma não pode existir a outra), mas são dois sistemas que podem se integrar reciprocamente.” A representatividade é uma forma indireta de democracia, visto que renuncia o princípio de liberdade como autonomia. Porém, o Estado moderno, extenso territorialmente, encontra dificuldade em realizar a forma direta como a dos antigos, que consistia no ato de deliberação pelo próprio cidadão, não por um representante. A democracia direta não é possível nos atuais Estados Democráticos devido aos problemas já citados como o grande número de habitantes, extensão territorial etc. Para ele, a democracia tem um fim: *a educação dos cidadãos para a liberdade*. Ela ensina os cidadãos a serem livres. É essa preocupação com o desenvolvimento da cidadania, no sentido de educá-la para a liberdade, que, segundo ele, distingue o regime democrático de qualquer outra forma de governo (Bobbio, 2000)

Konrad Hesse, jurista alemão, afirmou em sua obra *A força normativa da constituição* que:

[...]entre a norma fundamentalmente estática e racional e a realidade fluida e irracional, existe uma tensão necessária e imanente que não se deixa eliminar. Para essa concepção do Direito Constitucional, está configurada permanentemente uma situação de conflito: a Constituição jurídica, no que tem de fundamental, isto é, nas disposições não propriamente de índole



2 Constitucionalismo tupiniquim: ativismo judicial *versus* força normativa da constituição - um sintoma do autoritarismo

“A liberdade é a liberdade de dizer que dois e dois são quatro. Quando se concorda nisto o resto vem por si.” (Orwell, 1949)

Recentemente surgiram diversas manifestações, principalmente nas redes sociais que pediam o impeachment de ministros do STF e em muitos casos a derrubada da Corte Constitucional. A maioria dessas manifestações possui em seu cerne a ignorância fomentada por *Fake News*, e uma total incompreensão do papel de uma Corte Constitucional.

As Cortes Constitucionais, ao redor do mundo devem desempenhar um papel contramajoritário de interpretar e defender o que está positivado na constituição, que é um remédio contra maiorias. Nos Estados Unidos, na França, na Alemanha e em quase todas as democracias modernas, pelo menos é isso que acontece. Então quando políticos e pessoas públicas falam que o STF deveria ouvir as vozes das ruas, eles não poderiam estar mais equivocados, pois dos três poderes, o único que não deve ouvir as ruas é o judiciário.

Em países com democracias desestabilizadas, as Cortes Constitucionais foram as primeiras instituições a serem atacadas: a Hungria⁸ por exemplo criou um sistema judicial paralelo no final do ano passado controlado pelo presidente, que terá o poder de decidir questões sensíveis, como crimes de corrupção, leis eleitorais, o direito a manifestação, etc. E hoje o presidente da Hungria está livre para fechar universidades, perseguir opositores, jornalistas e todos que o desafiam.

Na Polônia⁹, uma reforma tentou forçar mais de um terço dos juízes da Suprema Corte a se aposentarem, e só foi barrada depois de fortes manifestações e ameaças da União Europeia. Mas esses ataques à estabilidade dos guardiões da Constituição não acontecem somente em governos de extrema direita. Na

que os apelos à emoção e à crença pessoal.” Para mais detalhes ver texto “O que é pós verdade” publicado no Nexa Jornal em 2016.

⁸ Ver matéria jornalística publicada no Jornal O Globo: “Hungria cria sistema judicial paralelo e consolida controle de Orbán sobre o Judiciário”. 2019.

⁹ Ver matéria jornalística em Deutsche Welle. UE abre procedimento inédito contra Polónia. 2019.



Venezuela¹⁰ em 2003, Hugo Chávez aumentou o número de ministros da Suprema Corte de 20 para 32. O enfraquecimento e o desvio de finalidade das Cortes Constitucionais é um sintoma para o fim de uma democracia saudável, e no Brasil esse sintoma está começando a se manifestar.

É comum ver nos tabloides e nas redes sociais manifestações furiosas de pessoas contrárias a decisões do Supremo Tribunal Federal- STF e demais órgãos jurisdicionais, simplesmente por cumprirem suas funções e aplicarem a lei como ela é, situação que fica ainda mais sintomática, quando estudantes de direito e advogados aplaudem decisões ativistas de órgãos judiciários. Juízes que simplesmente julgam como acreditam ser mais conveniente, sem nem sequer prezar pela lei e por princípios constitucionais são tidos como heróis, e juízes que cumprem a lei são publicamente taxados de bandidos. Membros do Ministério público vêm insistindo em teses absurdas (que muitas vezes são acatadas) como a da distribuição de processos por crimes eleitorais e conexos para a justiça comum, que configuraria uma nulidade absoluta, visto que fere matéria de ordem constitucional.

E quando o STF decide contra esses ativismos e decisões de juízes solipsistas, existem sérios riscos de ministros sofrerem *impeachment*¹¹, seja por forte pressão popular ou por contrariar o interesse de certos grupos políticos. O maior exemplo disso é a flagrantemente ilegal prisão em segunda instância, que quando contestada pelo ministro Marco Aurélio Mello gerou fortes alvoroços na mídia, no núcleo do exército e em camadas populares. O Poder Judiciário existe como órgão que julga conflitos morais com a lei e não com a moral, de outra forma ele seria um órgão imperativo que se sobressai sobre a própria democracia. É preciso que se compreenda o papel do Supremo Tribunal Federal de resolver conflitos usando a Constituição, de forma que as críticas dirigidas, sejam em razão de não cumprir a constituição como deveria, como nos recentes casos de censura por parte dos ministros Alexandre de Moraes, Dias Toffoli e Luiz Fux¹², e não em razão de se fazer valer o que Konrad Hesse (1959, p. 8) tinha como força normativa da Constituição.

¹⁰ Ver matéria jornalística em Folha de São Paulo. Chávez aumenta número de juízes na Corte Suprema venezuelana. 2003.

¹¹ Ver matéria jornalística em Estadão. Marco Aurélio suspende prisão em 2ª instância e abre caminho para Lula. 2019.

¹² Ver matéria jornalística em O Globo: Alexandre de Moraes revoga decisão que censurou reportagens de 'Crusoe' e 'O Antagonista'. 2019.



O ponto a que queremos chegar, é que em uma democracia o que deve prevalecer é o que Rousseau chamou de vontade geral, a expressão política da vontade do soberano, o povo. Devendo o povo obedecer a si mesmo e as decisões políticas que foram democraticamente tomadas em seu nome, correspondendo ao enunciado da vontade geral e, conseqüentemente, pertencendo ao interesse público, as leis devem estar acima dos interesses particulares, e a constituição acima de tudo. Quando o contrário acontece, os abusos resultantes culminam na sociedade corrompida da qual Rousseau desejava se afastar. E se não existir um órgão capaz de fazer valer a força normativa da Constituição (HESSE, 1959) a democracia começa a se enfraquecer e a se desviar de suas finalidades.

É preciso entender que nem sempre a maioria está certa, e para que o estado de direito não chegue a um fim são necessários limites estabelecidos na lei e em uma carta magna, que devem ser prezados e respeitados, assim como a corte constitucional responsável por sua defesa. Na Alemanha Nazista, a ascensão de Hitler ao poder contou com imenso apoio popular, e muitos, inclusive opositores confiavam que o *führer* não poderia fazer tudo o que afirmava, pois com a Constituição de Weimar, ele estaria impedido. Uma vez fragilizada a força normativa da Constituição alemã, o caos tomou o lugar da democracia e o holocausto aconteceu. Lenio Streck (2019) em uma recente coluna no Conjur, nos lembra de que:

Michael Stolleis, com apoio em Bernd Rüthers, bem denunciava um período no qual a interpretação no Direito era *unrestrained*, ou seja, não-constrangida. Alertava igualmente para a moralização que instrumentalizava o Direito para determinados fins políticos. E qual era esse período? Um período que ficou conhecido como III Reich. Alemanha Nazista. (STRECK, 2019, online)

Todos os elementos até aqui trazidos, demonstram que, existe um risco iminente de caos democrático, na medida em que no atual momento histórico, onde a abundância de *fake news*, o desprezo pela verdade, o ódio à política e às instituições democráticas e a busca por uma ordem social capitaneada por um messias, se constituem como os novos ingredientes para uma morte lenta e quase imperceptível do que ainda nos resta de democracia.

3 Estaria nossa democracia morrendo?

“É assim que a liberdade morre.

Com um estrondoso aplauso.” (LUCAS, 2005)



Os professores de Harvard, Steven Levitsky e Daniel Ziblatt,, estudiosos das teorias da democracia, afirmam em seu livro *Como as democracias morrem*, que atualmente não são mais necessários tanques e exércitos armados para destituir governos democraticamente eleitos e subverter a ordem democrática. Segundo os autores, “desde o final da Guerra Fria, a maior parte dos colapsos democráticos não foi causada por generais e soldados, mas pelos próprios governos eleitos.” (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 16).

Muitos esforços do governo para subverter a democracia são “legais”, no sentido de que são aprovados pelo Legislativo ou aceitos pelos tribunais. Eles podem até mesmo ser retratados como esforços para *aperfeiçoar* a democracia – tornar o Judiciário mais eficiente, combater a corrupção ou limpar o processo eleitoral. Os jornais continuam a ser publicados, mas são comprados ou intimidados e levados a se autocensurar. Os cidadãos continuam a criticar o governo, mas muitas vezes se veem envolvidos em problemas com impostos ou outras questões legais. (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 17).

O fato de existir certa “normalidade” no cotidiano, cria segundo os autores, confusão e perplexidade, pois elas acreditam estar vivendo sob uma democracia. Dispositivos de alarme, que seriam naturalmente disparados na sociedade caso houvesse um evento que rompesse com a normalidade democrática (como a suspensão da Constituição, por exemplo), não se manifestam. A consequência é que “A erosão da democracia é, para muitos, quase imperceptível.” (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 17).

Como dito na primeira parte deste texto, e referendado por Boaventura de Sousa Santos o contrato social “é a expressão de uma tensão dialéctica (sic) entre regulação social e emancipação social que se reproduz pela polarização constante entre vontade individual e vontade geral, colectiva (sic), entre o interesse particular e o bem comum”, preconizado por Rousseau. (SANTOS, 2008, p. 317).

Tal definição vai ao encontro de Bobbio (2000), que apresenta uma concepção procedimental da democracia: para o autor, a democracia é um procedimento para a formação de decisões coletivas. Por regime democrático, entende-se um conjunto de regras de procedimento, que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões vinculatórias para todos os membros do grupo e com quais procedimentos. Por outro lado, apresenta uma concepção individualista da sociedade, porque mesmo o homem sendo um ser social e que não pode viver isolado, em suas relações com a sociedade,



grandes meios de comunicação, cujos métodos de alguns de seus integrantes seguem a clássica máxima de “os fins justificam os meios”, quando se trata de combater a corrupção no país.

Nessa crise aparentemente velada, pouco se discute sobre o papel do *mercado*, que transforma o corrupto em inimigo para auferir melhores lucros. Jessé Souza não erra quando diz que, como não se pode atacar publicamente o combate à desigualdade sem que haja uma forte reação, o ataque se faz através de uma bandeira inatacável: o combate à corrupção.

Desta forma, está em curso o que o professor Rafael Valim chama de *processo desconstituente*, onde sob a conivência do Estado, especialmente do Poder Judiciário – mas hoje também pelo Poder Executivo central - se ataca todo catálogo de direitos fundamentais.

Diante de uma classe trabalhadora assustada com a perda cada vez maior de direitos, uma classe média imbecilizada que se manifesta, sobretudo pelas redes sociais e uma elite pouco afeita às regras democráticas, o Brasil agoniza. Nossa democracia morre aos poucos, sob aplausos, lembrando a cena do naufrágio do Titanic: enquanto o navio afunda, a orquestra continua a destilar a sua sinfonia.

Referências

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 7ª ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 2000.

BRASIL. **Lei 9.296/96**. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9296.htm>. Acesso em 09 jul. 2019.

CARTA CAPITAL. **Bolsonaro em 25 frases polêmicas**. 2018. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/politica/bolsonaro-em-25-frases-polemicas/>>. Acesso em 08 jul. 2019.

DEUTSCHE WELLE. **UE abre procedimento inédito contra Polônia**. 2019. Disponível em: <<https://www.dw.com/pt-br/ue-abre-procedimento-in%C3%A9dito-contra-pol%C3%B4nia/a-41879215>>. Acesso em 01 de julho de 2019.

CULT. Pós-democracia instalou-se ‘docilmente’ no Brasil, diz jurista. **Entrevista concedida por Rubens Casara à Paulo Henrique Pompermaier**. 2017. Disponível em: <<https://revistacult.uol.com.br/home/rubens-casara-estado-pos-democratico/>>. Acesso em 10 jul. 2019.

