

**UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS – UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
NÍVEL MESTRADO**

VINÍCIUS DOS SANTOS RODRIGUES

**O JUIZ CORDIAL: ATRAVESSAMENTOS E TRANSVERSALIDADES DO
PODER JUDICIÁRIO NA DEMOCRACIA**

SÃO LEOPOLDO

2023

VINÍCIUS DOS SANTOS RODRIGUES

**O JUIZ CORDIAL: Atravessamentos e Transversalidades do
Poder Judiciário na Democracia**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos).

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Clarissa Tassinari

São Leopoldo

2023

R696j

Rodrigues, Vinícius dos Santos

O juiz cordial: atravessamentos e transversalidades do poder judiciário na democracia. / Vinícius dos Santos Rodrigues -- 2023.

150 f. ; 30cm.

Dissertação (Mestrado em Direito) -- Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2023.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Clarissa Tassinari.

1. Direito público. 2. Ativismo judicial. 3. Democracia. 4. Desigualdade. I. Título. II. Tassinari, Clarissa.

CDU 342

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL MESTRADO

A dissertação intitulada: “O JUIZ CORDIAL: Atravessamentos e Transversalidades do Poder Judiciário na Democracia”, elaborada pelo mestrando Vinicius dos Santos Rodrigues, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de MESTRE EM DIREITO.

São Leopoldo, 05 de abril de 2023.



Prof. Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira,
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dra. Clarissa Tassinari _____ *Participação por Webconferência*

Membro Externo: Dr. Giancarlo Montagner Copelli _____ *Participação por Webconferência*

Membro: Dr. Marciano Buffon _____ *Participação por Webconferência*

AGRADECIMENTOS

À minha orientadora, Prof.^a Dr.^a Clarissa Tassinari, pela confiança, pelo incentivo e pelo apoio durante o mestrado e nesta pesquisa.

Ao Prof. Dr. Giancarlo Montagner Copelli, pelas contribuições e questionamentos que levaram ao aprimoramento deste trabalho.

Ao Prof. Dr. Lenio Streck, pela incansável luta pela autonomia e qualificação do direito e da democracia no Brasil, e cujas teorias serviram de aporte para esta dissertação.

Aos professores e funcionários do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, pela acolhida, pelo atendimento sempre gentil e por, mesmo durante pandemia, oportunizar que a universidade fosse um local de retiro para ideias e pensamentos.

Aos amigos Sidnei da Silva Perfeito e Adler dos Santos Baum, alunos deste mesmo Programa de Pós-Graduação e que, tanto pelo trabalho ímpar que desenvolvem quanto pelo incentivo direto, motivaram-se a trilhar o mesmo caminho.

E, finalmente, à minha esposa, Ana Paula Couto Zoltowski, pelo incentivo, pelas conversas, pelo carinho, por tudo...

A grande generosidade está em lutar para que, cada vez mais, estas mãos, sejam de homens ou de povos, se estendam menos em gestos de súplica. Súplica de humildes a poderosos. E se vão fazendo, cada vez mais, mãos humanas, que trabalhem e transformem o mundo.

(Paulo Freire)

RESUMO

A presente pesquisa busca compreender quais os efeitos do ativismo judicial sobre a democracia no Brasil, bem como identificar algumas propostas teóricas que possam equilibrar o jogo democrático em face dessa atuação dos tribunais. Para tanto, utilizou-se do conceito de democracia como ideal político que visa à igualdade entre os cidadãos e, também, à redução das desigualdades sociais. Assim, buscou-se analisar de que modo a atuação dos juízes e tribunais contribuíram para o aumento ou a diminuição desses fatores. Nesse percurso, buscou-se compreender a formação cultural da sociedade brasileira, notadamente a partir da obra de Sérgio Buarque de Holanda, descrevendo-se uma tradição de paternalismo e de cordialidade. Após, indagou-se como o paternalismo judicial, exercido por esses juízes cordiais, pôde se nutrir dos mecanismos estruturais da burocracia do Estado, fomentando a acumulação de poder simbólico pelos tribunais e a criação de uma linguagem privada. Nessa perspectiva, o trabalho se utilizou de aportes teóricos de Pierre Bourdieu. Ainda, a partir de Gregório Barenblitt, buscou-se descrever como a oferta de serviços judiciais encontrou eco numa sociedade carente e desigual, suprimindo o saber coletivo, a autonomia decisória e o debate público de seus cidadãos em prol de um saber técnico dos tribunais. Como resultado, constatou-se que a atuação ativista do Poder Judiciário, caracterizada como um verdadeiro atravessamento, reduziu a igualdade no Brasil, assim como fomentou o crescimento das desigualdades social e econômica, conforme índices de órgãos oficiais. Além disso, a criação de uma linguagem privada pelos tribunais diminuiu as possibilidades de *accountability* e de uma democracia pluralista e agonística, nos termos propostos por Chantal Mouffe. Diante desses resultados, a presente pesquisa tratou de algumas propostas teóricas que podem promover o desenvolvimento da democracia e a criação de canais de transversalidade entre os tribunais e a sociedade, a exemplo da Crítica Hermenêutica do Direito (CHD), de Lenio Streck, e a da abertura da jurisdição constitucional, por Peter Häberle.

Palavras-chave: ativismo judicial; democracia; desigualdade.

ABSTRACT

The study aims to investigate the effects of judicial activism on Brazilian democracy and to identify some theoretical proposals that can balance the role of the courts. Democracy can be defined as a political ideal that seeks to promote equality among citizens and to reduce social inequalities. Thus, it was sought to analyze how the actions of judges and courts contributed to the increase or decrease of these factors. To understand the cultural formation of Brazilian society, it was used the work of Sérgio Buarque de Holanda, which describes a tradition of paternalism and cordiality. The judicial paternalism, exercised by these cordial judges, could be nourished by the structural mechanisms of the State bureaucracy, promoting the accumulation of symbolic power by the courts and the creation of a private language. In this perspective, the work used theoretical contributions from Pierre Bourdieu. Based on Gregório Barenblitt, an attempt was made to describe how the offer of judicial services found an echo in a needy and unequal society, suppressing collective knowledge, decision-making autonomy and the public debate of its citizens in favor of a technical knowledge of the courts. As a result, it was found that the activist role of the Judiciary, characterized as a true crossing, reduced equality in Brazil, as well as fostered the growth of social and economic inequalities. The creation of a private language by the courts diminished the possibilities of accountability and of a pluralist and agonistic democracy, in the terms proposed by Chantal Mouffe. Finally, this research presented some channels of transversality between the courts and society, such as the Hermeneutical Critics of Law (HCD), by Lenio Streck, and the opening of the constitutional jurisdiction, by Peter Häberle, which can develop democracy.

Keywords: judicial activism; democracy; inequality.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	9
2 ESTADO, DEMOCRACIA E ATIVISMO JUDICIAL.....	13
2.1 Do Estado Liberal-Social à democracia capitalista	13
2.1.1 Estado, direito e democracia sob uma perspectiva histórica	14
2.1.2 O Estado (Liberal) de Bem-Estar Social no século XXI.....	22
2.1.3 O Brasil e a modernidade tardia	29
2.2 Democracia e (des)igualdade	31
2.2.1 Conceitos e condições para a democracia	32
2.2.2 Por uma democracia pluralista	34
2.2.3 Fatores de estabilização e perspectivas de análise.....	38
2.3 O ativismo judicial.....	40
2.3.1 Em busca de um conceito de ativismo judicial.....	41
2.3.2 Formas e exemplos de ativismo judicial	45
2.3.3 Uma questão de legitimidade democrática	47
3 O JUIZ CORDIAL E SEUS ATRAVESSAMENTOS NA DEMOCRACIA.....	51
3.1 Raízes de um Brasil cordial	52
3.1.1 O homem cordial	52
3.1.2 O discurso cordial.....	58
3.1.2 Uma democracia cordial: do paternalismo à dominação.....	63
3.2 O juiz cordial e a dominação simbólica	72
3.2.1 A invasão do público pelo privado	72
3.2.2 A apropriação do público pelo privado	77
3.2.3 A substituição da linguagem pública pela linguagem privada	86
3.3 Discurso, oferta e demanda: atravessamentos e transversalidades	95
3.3.1 Do saber coletivo ao saber dos “experts”	96
3.3.2 Das ofertas arbitrárias às necessidades provocadas.....	100
3.3.3 Transformando atravessamentos em transversalidades	105
3.4 O juiz cordial e a democracia	109
4 PROPOSTAS TEÓRICAS PARA O ENFRENTAMENTO DO ATIVISMO E DE SEUS PREJUÍZOS À DEMOCRACIA: TRANSVERSALIDADES POSSÍVEIS	112
4.1 A importância dos paradigmas filosóficos	112
4.1.1 O jusnaturalismo e seus reflexos na filosofia moral.....	113

4.1.2 O positivismo jurídico	114
4.1.3 Neoconstitucionalismo: o novo velho positivismo.....	117
4.2 A Crítica Hermenêutica do Direito	120
4.2.1 O círculo hermenêutico	121
4.2.2 O direito como fenômeno interpretativo	123
4.3 A Abertura da Jurisdição Constitucional	129
4.3.1 Monopólio e abertura da jurisdição constitucional	130
4.3.2 Por uma jurisdição constitucional democrática	132
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	137
REFERÊNCIAS	140

1 INTRODUÇÃO

Após quase três décadas desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, reconhecida pela ampla previsão de direitos fundamentais, a sociedade brasileira ainda busca o cumprimento das promessas da modernidade.¹ Antes direcionadas aos tradicionais palcos do exercício democrático, como o parlamento, os partidos políticos e os órgãos de governo,² as demandas passaram a ser deslocadas para os tribunais, na esperança de uma solução justa, técnica e efetiva.

Conforme refere Ricardo Perlingeiro,³ o número de demandas judiciais na América Latina é extraordinário e causa perplexidade. No Brasil, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça, em 2020 tramitavam 75,4 milhões de processos judiciais,⁴ o que representava aproximadamente 1 processo para cada 3 brasileiros.⁵ Em 2021, esse número chegou a 77,3 milhões de processos.⁶ Com mais da metade das demandas em trâmite no país, é o Poder Público, paradoxalmente, que aparece como maior litigante, ora como credor de tributos, ora como devedor de direitos sociais.⁷

Nesse sentido, se a judicialização era a resposta para os problemas e as carências sociais, sobretudo quanto à implementação dos direitos fundamentais que deveriam ser garantidos pelo Poder Público, os índices de desenvolvimento humano (IDH) e de concentração de renda (Gini) colocam em xeque a real eficácia dessa escolha. Conforme afirmou, em entrevista, o sociólogo Luis Henrique Paiva, coordenador de estudos em seguridade social do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), “*o Brasil está entre os dez países mais desiguais do mundo*”.⁸

Com base no relatório produzido pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), no ano de 2020 o Brasil passou para a 84ª posição no ranking mundial de desenvolvimento (IDH), ficando atrás de Trindade e Tobago (67ª), Cuba (70ª) e

¹ STRECK, Lenio Luiz. A efetividade dos Direitos fundamentais no Brasil: entre judicialização da política e ativismo judicial. In: TEIXEIRA, Anderson V.; FILHO, Gilberto G.; SIMÕES, Sandro A. de S. (Org.). **Supremacia constitucional e políticas públicas**: discutindo a discricionariedade administrativa na efetivação de Direitos fundamentais. Porto Alegre: Editora Fi, 2016.

² TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo Judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 37-58, jan./jun. 2012.

³ PERLINGEIRO, Ricardo. Desafios contemporâneos da justiça administrativa na América Latina. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 1, p. 167-205, jan./abr. 2017.

⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório Justiça em Números 2021**. Brasília: CNJ, 2021. p. 102.

⁵ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Estimativa de População**. Rio de Janeiro: IBGE, 2020.

⁶ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório Justiça em Números 2022**. Brasília: CNJ, 2021. p. 104.

⁷ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **100 maiores litigantes**. Brasília, DF: CNJ, 2012.

⁸ SASSE, Cintia. Recordista em desigualdade, país estuda alternativas para ajudar os mais pobres. **Agência Senado**, Brasília, 12 mar. 2021.

Sri Lanka (72^a), por exemplo. Segundo o documento, os principais motivos para a posição brasileira foram os baixos índices na educação e a elevada desigualdade econômica: no Brasil, quase 30% de toda a renda produzida fica nas mãos dos 1% mais ricos; na Noruega, estes concentram 9% da renda. Por essa razão, somente quatro países conseguem ser mais desiguais nesse quesito: Qatar, Malawi, Moçambique e República Centro Africana.⁹ Segundo pesquisa realizada pelo *The Economist*, o Brasil é considerado uma democracia falha, constando em 47º lugar no ranking de países democráticos.¹⁰ Para o Relatório Variações da Democracia (V-Dem), da Universidade de Gotemburgo, na Suécia, de 202 países analisados, o Brasil foi o quarto país que mais se afastou da democracia em 2020.¹¹

Conforme refere Michael Asimow,¹² por motivos de eficiência e de escassez de recursos, cada país tende a confiar primordialmente numa fase administrativa ou judicial de resolução de conflitos com o Poder Público. A fase escolhida será a destinatária da maior parte dos recursos, bem como aquela em que serão identificadas as melhores chances de vitória. Nesse sentido, apesar dos discursos de crise fiscal do Estado e do contingenciamento nos demais Poderes, percebe-se que investimentos têm sido realizados no âmbito do Poder Judiciário, com o aumento da quantidade de juízes, de servidores e de estrutura.¹³

De acordo com o Relatório Justiça em Números 2022, do Conselho Nacional de Justiça, as despesas do Poder Judiciário no Brasil apresentam crescimento constante. Em 2009, por exemplo, a despesa anual correspondia a 77,1 bilhões de reais. Já, em 2021, o orçamento chegou a 103,9 bilhões.¹⁴ Especificamente no Estado do Rio Grande do Sul, onde foi elaborada esta pesquisa, a despesa do Poder Judiciário Estadual foi de quase 4 bilhões no mesmo ano.¹⁵ Ainda segundo o Conselho Nacional de Justiça, a média mensal da remuneração dos magistrados é de 60,3 mil reais, enquanto a dos servidores chega a 16,8 mil.¹⁶ Para o Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas (Ipea), no Poder Executivo, responsável pela execução direta dos serviços públicos, essa média é de aproximadamente 5 mil reais, sendo de

⁹ MAZZA, Luigi; GUIMARÃES, Hellen; BUONO, Renata. Puxando o IDH para baixo. **Revista Piauí**, São Paulo, 04 jan. 2021; PNUD, **Relatório de Desenvolvimento Humano 2020**. Nova York: PNUD, 2020.

¹⁰ ECONOMIST INTELLIGENCE. **Democracy Index 2021**: the China challenge. In: EIU. Disponível em: <https://www.eiu.com/n/campaigns/democracy-index-2021/>. Acesso em: 07 nov. 2022.

¹¹ SANCHES, Mariana. Brasil é 4º país que mais se afastou da democracia em 2020, diz relatório. In: **BBC News Brasil**. Washington, 12 abr. 2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-56724695>. Acesso em: 07 nov. 2022.

¹² ASIMOW, Michael. Cinco modelos de adjudicação administrativa (Justiça Administrativa). **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 1, p. 129-165, jan./abr. 2017.

¹³ CARDOSO, Deiser. A Advocacia Pública: instituição essencial à justiça com autoridade para solucionar conflitos no âmbito da jurisdição administrativa. **Revista CEJ**, Brasília, n. 71, p. 19-26, jan./abr. 2017.

¹⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório Justiça em Números 2022**. Brasília: CNJ, 2021. p. 80.

¹⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório Justiça em Números 2022**. Brasília: CNJ, 2021. p. 51.

¹⁶ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório Justiça em Números 2022**. Brasília: CNJ, 2021. p. 91.

3 mil reais nos municípios.¹⁷ Ainda, vale observar que, para além do setor público, a média salarial de 50% da população brasileira não passa de 850 reais por mês.¹⁸

Não obstante, conforme o ranking do *World Justice Project: Rule of Law Index 2021*, o desempenho da justiça civil no Brasil caiu no referido ano. Dos 139 países classificados, o Brasil passou a ocupar a 75ª posição. Entre os medidores usados na pesquisa estão a facilidade para que a população utilize a justiça do país, a ausência de discriminação e corrupção no sistema, a celeridade dos processos e a eficiência de meios alternativos de solução de conflitos. O mesmo documento, ainda, aponta que a Dinamarca foi o país com a melhor justiça civil, seguido da Noruega (2º) e da Alemanha (3º).¹⁹ A justiça criminal brasileira, por sua vez, foi considerada uma das piores do mundo segundo a referida organização: no ranking de 2021, entre 139 países avaliados, o Brasil ocupou a 112ª posição mundial. No medidor “efetividade e razoável duração do processo”, o Brasil se encontrava na posição 133, à frente apenas de Trindade e Tobago, Peru, Paraguai, Bolívia e Venezuela. No medidor “imparcialidade” do sistema de justiça criminal, que analisa práticas discriminatórias e seletividade do sistema, o Brasil apareceu na penúltima colocação, perdendo apenas para a Venezuela. Mesmo dentro da América Latina, o Brasil ficou abaixo da média, ocupando a 20ª posição entre 32 países.²⁰

Diante desse quadro de contradições, são crescentes as críticas às intervenções do Poder Judiciário no Estado e na sociedade, bem como aos fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial. Se, por um lado, as posturas ativistas representam um verdadeiro atravessamento dos tribunais, enfraquecendo o exercício da cidadania por meio de posturas de dominação, de cordialidade, de clientelismo e de paternalismo, por outro, deve ser ressignificado o papel dos juízes no amadurecimento da democracia, por meio da deferência à Constituição e à autogestão dos povos, na forma de transversalidades.

Segundo Bobbio, Matteucci e Pasquino, o Estado de Bem-Estar Social pode ser definido como um Estado que garante tipos mínimos de renda e de direitos sociais como alimentação, saúde, habitação e educação a todo cidadão, não como caridade, mas como

¹⁷ IPEA. **Atlas do Estado Brasileiro: Uma Análise Multidimensional da Burocracia Pública Brasileira em Duas Décadas (1995-2016)**. Brasília: IPEA, 2018

¹⁸ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Rendimento de todas as fontes 2019**. Rio de Janeiro: IBGE, 2020.

¹⁹ BRASIL perde posições em ranking mundial dos melhores sistemas de Justiça Civil. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 29 dez. 2021. Disponível em: conjur.com.br/2021-dez-29/justica-civil-brasileira-lentas-eficazes-mundo. Acesso em: 07 nov. 2022.

²⁰ BRASIL é segundo país com a justiça criminal mais parcial do mundo, mostra ranking. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 28 dez. 2021. Disponível em: conjur.com.br/2021-dez-28/brasil-segundo-pais-justica-criminal-parcial-mundo. Acesso em: 02 jan. 2023.

direitos políticos.²¹ No mesmo sentido, podem ser citados autores como Bolzan de Moraes e Copelli.²² Por essa razão, o presente trabalho questiona, como problema de pesquisa, a postura do “juiz cordial”: aquele que, numa posição de superioridade, concede prestações como um ato discricionário de bondade ou de envergadura moral, indo além dos limites hermenêuticos do direito, com a finalidade última de legitimar a si mesmo.

Assim, exsurge a importância de se investigar, tanto pela perspectiva culturalista quanto pela análise institucionalista, o modo de atuação dos tribunais no exercício de seu mister constitucional. Espera-se, desse modo, contribuir para o exame das causas e dos impactos do ativismo judicial na democracia, desvelando as relações de poder subjacentes à cultura da sociedade brasileira e às relações institucionais no âmbito do Estado, o que se coloca como razão de ser do presente trabalho.

Para tanto, mostra-se necessário estabelecer alguns parâmetros metodológicos para fins de desenvolvimento dessa pesquisa. Por essa razão, no primeiro capítulo, após uma breve introdução dos fenômenos que serão paulatinamente trabalhados ao longo dessa dissertação, serão analisados os parâmetros que definem a democracia enquanto regime político ideal, considerando seu foco na busca pela igualdade e, na outra via, na redução das desigualdades sociais e econômicas. Na sequência, será estudada a expansão do Poder Judiciário no mundo, assim como os fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial.

No segundo capítulo, será feita a análise de fatores que fomentam a prática do ativismo como um comportamento não só individual, mas, principalmente, cultural e institucional, em um ponto de contato entre as análises culturalista e institucionalista. A fim de desvelar essas relações, o estudo se debruçará sobre os trabalhos do historiador, escritor e jornalista brasileiro Sérgio Buarque de Holanda, nos estudos do sociólogo francês Pierre Bourdieu e, por fim, nas teorias do psiquiatra e psicólogo social Gregório Barenblitt. No terceiro capítulo, buscando encontrar alguns pontos de partida para eventuais debates sobre os fenômenos desvelados no ponto anterior, utilizar-se-á a Crítica Hermenêutica do Direito. Ainda, para a abordagem de propostas de democratização do constitucionalismo e do papel dos tribunais, será abordada a obra de Peter Häberle.

A perspectiva crítica de abordagem ao longo dos capítulos é possibilitada pela aplicação do método hermenêutico-fenomenológico, o qual permite compreender o papel do Judiciário em sua relação com a democracia brasileira a partir da (re)construção de sentidos.

²¹ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998. p. 416.

²² COPELLI, Giancarlo Montagner; MORAIS, Jose Luis Bolzan. A necessidade de novos discursos teóricos frente à crise do Estado Social. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, Ahead of print, 2020.

2 ESTADO, DEMOCRACIA E ATIVISMO JUDICIAL

Como refere o sociólogo francês Pierre Bourdieu,²³ a história tem o condão de apagar a linha dos diversos possíveis: aquilo que hoje se pensa que sempre existiu, e a forma pela qual sempre existiu, é, na verdade, apenas uma das linhas contadas, uma interpretação e uma atribuição de sentido aos diversos pontos que foram sendo ligados ao longo do tempo. Assim, honrando também a metodologia anunciada desde a introdução, o presente trabalho propõe, inicialmente, a reconstrução dessa linha, evocando perguntas sobre como surgiram o Estado e o direito, e qual a relação entre tribunais, democracia e desigualdade.

Em um primeiro momento, cabe o exame de alguns elementos históricos que deram origem aos institutos que delimitam a presente pesquisa. Nesse percurso, espera-se lançar luzes sobre como a escrita e as revoluções que delas se seguiram puderam transformar sociedades em centros democráticos ou em palcos de guerras. Buscar-se-á, ainda, levantar alguns questionamentos sobre a suposta modernidade técnica e econômica que pretende substituir o debate público e a concepção de Estado de Bem-Estar Social. Em um segundo momento, após essa problematização histórica, serão trabalhados alguns elementos teóricos e empíricos que definem os regimes democráticos. Partindo de alguns conceitos e critérios para a identificação desses regimes, serão abordados, também, fatores que promovem a sua manutenção e crescimento, de acordo com as perspectivas metodológicas encontradas na literatura política.

Em um terceiro momento, será explorado o fenômeno do ativismo judicial, descrevendo-se alguns conceitos possíveis e sua origem histórica. Ainda, serão apresentados alguns exemplos dessa prática no direito brasileiro, bem como suscitados questionamentos acerca de sua compatibilidade com o regime democrático. Com esse roteiro, a presente pesquisa buscará contextualizar os três principais institutos cuja relação será abordada ao longo de seu desenvolvimento, permitindo, assim, que os próximos capítulos aprofundem a suas causas e apontem para algumas possíveis soluções para esses atravessamentos.

2.1 Do Estado Liberal-Social à democracia capitalista

Como estabelecido no roteiro de pesquisa, o primeiro passo deste trabalho diz respeito a uma releitura dos elementos que marcaram a história em relação ao Estado, ao direito e à democracia. Nessa linha de desenvolvimento, pode-se observar que a democracia floresceu

²³ BOURDIEU, Pierre. **Sobre o Estado**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

em diversos solos, vindo a perecer em alguns locais e a lançar novos frutos em outras épocas. Nota-se, também, que um dos grandes motores das revoluções que se seguiram no Ocidente tiveram relação direta com a desigualdade social e a insustentabilidade dos regimes políticos diante da insatisfação popular.

Por outro lado, se antes era a força bélica que garantia a maior parcela das riquezas em um país, cada vez mais este poder foi sendo transferido aos possuidores do capital simbólico, mercantil, econômico e financeiro. Na mesma esteira, a tênue relação entre lealdade aos Estados-nação em troca de direitos foi sendo paulatinamente influenciada por novos modelos e concepções científicas e econômicas, como o próprio capitalismo e o atual advento das tecnologias digitais. Desse modo, considerando a relação de circularidade e de causa e efeito entre esses eventos, mostra-se relevante compreender de que modo os institutos mencionados foram sendo estabelecidos ao longo do tempo. E, ainda, como esses mecanismos foram se adaptando ao mundo em constante modificação.

2.1.1 Estado, direito e democracia sob uma perspectiva histórica

Conforme anota Yuval Noah Harari,²⁴ foi com a Revolução Cognitiva (70.000 a.C.) que o *homo sapiens* aprendeu a cooperar não apenas com base na relação pessoal e direta com seus semelhantes, mas, a partir de então, por meio da crença compartilhada em relações e conceitos intersubjetivos. Diferentemente de outros animais, o ser humano passou a viver numa realidade composta por uma dimensão intersubjetiva: em acréscimo a árvores, rios, medos e desejos, os humanos agora pautavam suas condutas com base na crença em deuses e nações. Com a Revolução Agrícola (aproximadamente 12.000 a.C.) e o fim da vida nômade, os grandes agrupamentos se tornaram possíveis. Sem a escrita, essas sociedades se utilizavam da narrativa de histórias, as quais poderiam ser contadas a seus semelhantes e às próximas gerações com um razoável grau de fidedignidade: por meio dessas narrativas e da interpretação de seus enredos, atribuía-se um sentido à existência individual e coletiva, assim como às práticas e regras de organização social.²⁵

Nas primeiras cidades da antiga Suméria, cerca de 6 mil anos atrás, os deuses preenchiam uma função análoga a das modernas marcas e corporações: por meio de seus sacerdotes, os deuses eram proprietários de campos e escravos, podendo dar e receber empréstimos, pagar salários e construir represas e canais. Os templos não eram apenas locais

²⁴ HARARI, Yuval Noah. **Homo Deus: uma breve história do amanhã.** São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

²⁵ PETERSON, Jordan B. **Mapas do Significado: a arquitetura da crença.** São Paulo, Realizações Editora, 2021.

de culto, mas também os mais importantes centros políticos e econômicos. À medida que adquiriam propriedade e poder, contudo, tornou-se cada vez mais difícil lembrar a extensão de seus domínios. Foi somente com a invenção da escrita, há aproximadamente 5 mil anos, que se possibilitou a organização de burocracias complexas e o início de amplos impérios.²⁶

Foi também nesse contexto que se viabilizou, pela primeira vez, o surgimento da democracia. Diferentemente da noção moderna de Estado, a Grécia da Antiguidade era composta por centenas de cidades independentes (cidades-estados) rodeadas de áreas rurais. Por volta de 500 a.C., os atenienses adotaram um sistema de governo popular, uma democracia participativa em que os cidadãos se reuniam em praça pública (*ágora*) para discutir questões políticas. Esse sistema durou aproximadamente dois séculos, até a cidade de Atenas ser subjugada pela sua vizinha Macedônia e, após, por Roma. Não obstante, foram os gregos que cunharam o termo *demokratia* como governo (*kratos*) do povo (*demos*).²⁷

Já em Roma o governo popular ficou conhecido como república, significando os negócios (ou coisa, *res*) do povo (*publicus*). O direito de participação no governo era restrito aos aristocratas. Durante a conquista de outros territórios, normalmente se conferia a cidadania romana aos povos conquistados. Contudo, apesar da vastidão do território abrangido, as assembleias continuavam ocorrendo na cidade de Roma, o que dificultava que a maioria dos cidadãos pudessem delas participar sem um esforço extraordinário e altíssimos custos — à semelhança, aliás, do que ocorre em relação à atual e longínqua Brasília. Por volta de 130 a.C., contudo, a República Romana começou seu declínio diante da inquietude civil, da militarização, da guerra, da corrupção e do enfraquecimento dos vínculos de cidadania, cedendo espaço para a ditadura de Júlio César e ao início do Império Romano. A democracia, assim, desapareceria do globo por cerca de mil anos.²⁸

Com a queda do Império Romano pelas invasões germânicas no século V (d.C.) e o início da Idade Média, as sociedades passaram a viver em torno do feudalismo e da vassalagem, sistemas pelos quais o senhor, proprietário das terras, concedia seu uso aos súditos em troca de lealdade e trabalho. Nesse período, o poder da Igreja Católica, dona de grande parte das terras, cresceu vertiginosamente. Detentora do saber, exercia grande influência sobre muitos governos instituídos, por vezes se unindo ao poder monárquico. Nesse período, o direito positivo substituiu o conceito de natureza (ou cosmos) da Antiguidade pela ideia de um Deus justo, unindo o divino e o natural, como defendido por Tomás de Aquino,

²⁶ HARARI, Yuval Noah. **Homo Deus**: uma breve história do amanhã. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

²⁷ DAHL, Robert. **Sobre a democracia**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2016. p. 11-35.

²⁸ DAHL, Robert. **Sobre a democracia**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2016. p. 11-35.

valendo-se de diversas teorias de Aristóteles. Contudo, o Direito ainda não era visto como um sistema no sentido moderno, mas apenas como um conjunto ou corpo de leis.²⁹

A partir do século XI, foram realizadas diversas incursões a fim de manter a posição da Igreja Católica sobre Jerusalém, situação que possibilitou a retomada de contato do Ocidente com obras que haviam sido perdidas durante a queda do Império Romano. O movimento provocado pelas Cruzadas trouxe o crescimento das rotas do Mediterrâneo. A intensa atividade comercial, por sua vez, favoreceu o desenvolvimento dos burgos e das cidades, provocando profundas mudanças no cenário europeu. Com o desenvolvimento do comércio mercantil, as novas elites de mercadores buscavam acesso ao conhecimento que até então era mantido pela Igreja. Houve a criação das primeiras universidades, como a Universidade de Bolonha na Itália.³⁰ No mesmo período, segundo Robert Dahl, algumas democracias voltaram a surgir em cidades-estados do norte da Itália, a exemplo de Florença e Veneza.³¹ À época, o acesso ao conhecimento por pessoas de fora da Igreja suscitava resistências. Do mesmo modo, temia-se a possibilidade de que a Bíblia fosse lida e interpretada diretamente pelos indivíduos sem a intermediação de padres, monges ou sacerdotes: opositores eram considerados hereges e assim processados e julgados sob o jugo da Santa Inquisição, configurando graves excessos acusatórios.³²

Diante das novas rotas comerciais, deu-se início, no século XV, à Idade Moderna, época da Renascença, das grandes navegações e dos descobrimentos. Houve um progressivo abrandamento da influência do dogmatismo religioso sobre a cultura e a sociedade, com uma concomitante e crescente valorização da racionalidade, da ciência e da natureza. No mesmo período, segundo Avelãs Nunes, ocorreram os primeiros contatos do Estado com o capitalismo. Por meio das navegações, reinados buscavam sua expansão territorial e política pelo globo. Para tanto, firmavam parcerias com comerciantes e navegadores, os quais, por sua vez, a fim de atenuar os riscos de perda de seus elevados investimentos, uniam-se em sociedades por ações. Assim, o desenvolvimento de novas técnicas, impulsionado pelas navegações, deu origem a um novo modo de compreensão do mundo, não mais vinculado ou intermediado por elementos religiosos.³³ Nesse sentido, a invenção da imprensa também foi um fator crucial, pois garantiu maior produção de livros e ampliou a circulação de ideias.³⁴

²⁹ VESTING, Thomas. **Teoria do Direito**: Uma Introdução. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 170-210.

³⁰ AVELÃS NUNES, A. **A revolução francesa**: as origens do capitalismo. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

³¹ DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2016. p. 11-35.

³² BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019.

³³ AVELÃS NUNES, A. **O Estado capitalista e as suas máscaras**. Lumen Juris, 2021. p. 33-42.

³⁴ AVELÃS NUNES, A. **A revolução francesa**: as origens do capitalismo. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

Nesse panorama, os questionamentos ao domínio religioso sobre o mundo se tornaram cada vez mais frequentes. No século XVI, movimentos criticavam a falta de moralidade e o abuso do poder pela Igreja Católica, detentora de grandes propriedades rurais e coletora de impostos. Ainda submetidas à chancela da Igreja, as monarquias passaram a questionar a autoridade do Papa. Assim, buscando o enfraquecimento do poder papal e uma maior autonomia política, a nobreza passou a apoiar reformas protestantes, como a de Lutero.³⁵

Os diversos embates das monarquias europeias para a obtenção de terras, riquezas e poder levaram católicos e protestantes revolucionários à Guerra dos 30 Anos, no século XVII. Os conflitos somente findaram com a Paz de Westfália (1648), num acordo de divisão entre os domínios religioso e político, deixando este para os Estados e aquele à Igreja. A partir desse acordo, Estados seriam considerados soberanos, com o direito de escolher sua própria organização interna e sua orientação religiosa. Nesse sentido, a Paz de Westfália estabeleceu a noção moderna e ainda vigente de Estado-nação, pautada na soberania, na igualdade jurídica entre as nações, na territorialidade e na não-intervenção.³⁶ A partir desse fenômeno, o direito posto, agora advindo da razão, começou a estabelecer seu centramento e seu fundamento de validade no Estado, única e exclusiva autoridade legitimada para a sua produção.³⁷

Ao longo do tempo, o desenvolvimento do comércio e da indústria conferiram cada vez mais importância à riqueza derivada da produção e circulação de bens, promovendo socialmente a burguesia, em grande parte constituída por comerciantes e banqueiros e pela elite culta dos membros das profissões liberais (advogados, médicos, notários). A burguesia também passou a proporcionar ao Estado recursos financeiros e funcionários para os seus quadros, como ministros e cargos de alta patente no Exército e na Marinha. Com a formação de novas elites, ao lado da nobreza e do clero, a população se viu cada vez mais num ambiente de extrema desigualdade.³⁸

Na França, os agricultores representavam cerca de 85% da população total e ocupavam apenas 35% das terras, gerando, todavia, 70% de todo o rendimento nacional. Não obstante, a propriedade das melhores terras ainda se encontrava nas mãos do clero e da nobreza. Em 1789, época em que Maria Antonieta teria recomendado aos pobres comer brioques na falta de pão, a compra deste podia representar até 88% do orçamento das famílias.³⁹ De um lado, a nobreza feudal invocava a religião e seus direitos históricos para

³⁵ AVELÃS NUNES, A. **A revolução francesa**: as origens do capitalismo. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

³⁶ AVELÃS NUNES, A. **A revolução francesa**: as origens do capitalismo. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

³⁷ VESTING, Thomas. **Teoria do Direito**: Uma Introdução. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 170-210.

³⁸ AVELÃS NUNES, A. **A revolução francesa**: as origens do capitalismo. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

³⁹ AVELÃS NUNES, A. **A revolução francesa**: as origens do capitalismo. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

garantir poderes e liberdades perante o absolutismo monárquico. De outro, a burguesia culta do século XVIII, inspirada no contratualismo, invocava a razão e o direito natural para reclamar a abolição dos privilégios e a igualdade de direitos. Também foi publicada a obra de Sieyès, defendendo que o poder se originava diretamente do Terceiro Estado, o povo. Nesse ambiente, deflagrou-se a Revolução Francesa. Com a vitória dos revolucionários e da burguesia, a revolução marcou a adoção do humanismo e do racionalismo como paradigmas da sociedade, do Estado e do direito. A democracia na França, contudo, após diversos conflitos civis, somente viria a ser implementada de forma estável no século XX.⁴⁰

No mesmo período, do outro lado do Atlântico, a Revolução Americana buscou cortar laços com a metrópole inglesa, produzindo a primeira Declaração de Direitos, integrante da Declaração de Independência de 1776, e a primeira Constituição em que a organização do poder político se assentava no princípio da separação dos poderes.⁴¹ Conforme Streck,⁴² percebe-se que foi no direito natural em que se inspiraram diversos documentos políticos da época, tais como a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América (1776) e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789). Enquanto os norte-americanos declaravam os direitos naturais e inalienáveis à vida, à liberdade e à busca da felicidade como expressão da vontade divina, os franceses, refratários ao clero e à nobreza, assentavam o ato revolucionário como expressão da vontade popular suprema, da qual Deus era apenas uma testemunha, e declaravam os direitos naturais à liberdade, à igualdade e à propriedade. Na mesma linha, segundo Vesting, o princípio aristotélico de tratar igualmente o igual e desigualmente o desigual transformou-se, com Kant (1781), em uma igualdade formal universal e, nos séculos XIX e XX, em uma igualdade material entre as pessoas e as coisas, dando origem à própria concepção de direitos humanos e de direitos fundamentais.⁴³

Após as revoluções, o Ocidente precisou buscar novos significados diante de um mundo não mais pré-definido por Deus ou pela natureza. A razão, centrada no sujeito que pensa, passou a ser o paradigma no qual se fundaram as ciências e o positivismo científico, dando base à Revolução Industrial no século XIX. Nesse viés, observou-se o surgimento de diversos movimentos juspositivistas na Europa: na França, cuja tradição era de desconfiança em relação aos magistrados, a maioria advinda da antiga nobreza, a Escola da Exegese compreendia o direito por meio da lei produzida pelo legislador racional, sobretudo os

⁴⁰ AVELÃS NUNES, A. **A revolução francesa**: as origens do capitalismo. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

⁴¹ AVELÃS NUNES, A. **A revolução francesa**: as origens do capitalismo. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

⁴² STRECK, Lenio, **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020. p. 165-182.

⁴³ VESTING, Thomas. **Teoria do Direito**: Uma Introdução. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 170-210.

códigos; na Alemanha, a Jurisprudência dos Conceitos compreendia o direito a partir dos conceitos gerais e abstratos elaborados pelos juristas-professores; na Inglaterra, a Jurisprudência Analítica o fazia por meio dos precedentes proferidos pelos tribunais. Todas essas formas de positivismo tinham em comum a pretensão de assumir um caráter descritivo do que seria o direito, considerado como aquele estabelecido pelas autoridades legítimas.⁴⁴

No campo econômico, a Revolução Industrial abriu uma onda de globalização. As mudanças então verificadas no plano científico promoveram a unificação do mercado, confirmando o capitalismo como sistema mundial.⁴⁵ Como a colonização de diversos territórios pelas potências já se encontrava consolidada, bem como suas próprias declarações defendiam direitos naturais de liberdade, Estados Unidos, Inglaterra, Alemanha e França buscaram a sua expansão por meio dos negócios e do controle do capital. Em 1913, deu-se início à produção em série da Ford, inaugurando a era da sociedade de consumo e da produção em massa. Operários, além de serem aceitos como um custo ao empregador, começaram também a serem vistos como potenciais consumidores dos bens que produziam, razão pela qual foram implementadas melhorias em suas condições salariais.⁴⁶ Na corrida do capitalismo, com a tentativa da Alemanha de penetrar na região dos Bálcãs (Bósnia, Sérvia e região) e o apoio da Áustria, houve a insatisfação de potências concorrentes (Inglaterra, França e Rússia). Em meio às tensões, o assassinato do aliado da Alemanha, arquiduque austríaco Francisco Ferdinando, em Sarajevo, capital da Bósnia, ato sob suspeita de financiamento por parte da Rússia, deu início à Primeira Guerra Mundial.⁴⁷

No âmbito jurídico, com as crescentes e radicais mudanças na sociedade, percebeu-se a incapacidade dos códigos em abarcar toda a realidade. Assim, aos poucos o sentido da lei foi sendo transferido para o subjetivismo do julgador. Migrava-se, desse modo, do positivismo exegético para o positivismo axiologista-valorativo (positivismo fático). E o que pareceu ser a solução de um problema mostrou-se, com o tempo, o problema decorrente da solução: a ausência de controle sobre a produção do direito nas decisões judiciais. Houve, portanto, uma mudança de paradigmas metafísicos (natureza, Deus e razão pura) para paradigmas centrados no indivíduo (subjetivismo). Não obstante, o positivismo, fruto do

⁴⁴ STRECK, Lenio, **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020. p. 263-286.

⁴⁵ AVELÂS NUNES, A. **O Estado capitalista e as suas máscaras**. Lumen Juris, 2021. p. 33-42.

⁴⁶ AVELÂS NUNES, A. **O Estado capitalista e as suas máscaras**. Lumen Juris, 2021. p. 65-108.

⁴⁷ AVELÂS NUNES, A. **O Estado capitalista e as suas máscaras**. Lumen Juris, 2021. p. 43-64.

racionalismo científico, ainda pregava a cisão entre fato e valor: este, próprio de cada indivíduo ou comunidade, mutável; aquele, verificável empiricamente pela técnica.⁴⁸

Nesse contexto, a teoria de Hans Kelsen mostrou-se de extrema relevância para o direito. Diferentemente de outros ramos do conhecimento, até então o direito não era visto como uma verdadeira ciência: de um lado, as experiências com o positivismo literalista apresentaram dificuldades de acompanhar o desenvolvimento social; de outro, o positivismo fático relegou a construção do direito ao subjetivismo do julgador. Kelsen,⁴⁹ assim, entusiasta da filosofia lógica do Círculo de Viena, propôs a cisão do direito em ciência e em ato de aplicação. Assim, a “ciência do direito” estaria vinculada às regras da lógica, formando um verdadeiro sistema e conferindo validade ao ordenamento jurídico a partir de uma cadeia hierárquica de atos jurídicos, a começar pela Constituição. Ciente, contudo, de que os valores haveriam de ser considerados em algum momento, retirou essa questão da “ciência do direito” (sua “teoria pura”), deslocando-a para o “ato de aplicação”, a ser exercido pelo julgador em sua discricionariedade, num verdadeiro ato de vontade e de poder.⁵⁰ Nesse sentido, a teoria kelseniana pôde ser transportada para diversos ordenamentos, visto que o direito, enquanto sistema e ciência, ofereceria um suporte lógico ao Estado burocrático. Na Áustria, Kelsen colaborou intensamente para a edição da Constituição de 1918, prevendo técnicas de controle de constitucionalidade por parte do Tribunal Constitucional.

No país vizinho, contudo, a situação econômica afligia intensamente a população. Enquanto a década de 1920 fora a “época de ouro” do capitalismo para os países vencedores da Primeira Guerra Mundial,⁵¹ na Alemanha os salários sofreram uma perda brutal de poder de compra, prejudicando também pensionistas e investidores. Milhões de pessoas da classe média perderam suas poupanças e caíram na miséria. Com o argumento de combater a crise econômica, o Estado alemão apostou nas políticas liberais de redução dos salários, corte de direitos dos trabalhadores e desmantelamento do Estado Social weimariano.⁵² Sob o comando do totalitarismo, a Alemanha cedeu aos anseios expansionistas, buscando recuperar os prejuízos havidos com o Tratado de Versalhes. Logo após a Alemanha invadir a Polônia, a Inglaterra declarou guerra à potência alemã, dando início ao novo conflito global em 1939.⁵³

⁴⁸ STRECK, Lenio L., **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020. p. 263-286.

⁴⁹ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2009. cap. VIII.

⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2020. p. 75-84.

⁵¹ AVELÃS NUNES, A. **O Estado capitalista e as suas máscaras**. Lumen Juris, 2021. p. 65-108.

⁵² AVELÃS NUNES, A. **O Estado capitalista e as suas máscaras**. Lumen Juris, 2021. p. 43-64.

⁵³ AVELÃS NUNES, A. **O Estado capitalista e as suas máscaras**. Lumen Juris, 2021. p. 109-213.

A Segunda Guerra Mundial surpreendeu a todos pelo número de mortos e feridos, assim como pela destruição de inúmeras cidades da Europa e da Ásia. Horrores como campos de concentração e massacres de ambos os lados chocaram o mundo. Além disso, pela primeira vez na história, foi produzida uma arma capaz de aniquilar a própria espécie humana, vindo a ser lançada sobre duas cidades do Japão. Nesse contexto, posturas científicas que pregavam neutralidade começaram a ser questionadas: afinal, até que ponto as ciências, incluindo o direito, seriam instrumentos neutros, passíveis de uso para qualquer finalidade, fechando os olhos para valorações sobre certo e errado, bem ou mal? Sobre o tema, a filósofa e jornalista Hanna Arendt descreveu como posturas abomináveis sob o ponto de vista moral puderam ser levadas a cabo sob o argumento da racionalidade e do mero cumprimento de ordens superiores, denominando o fenômeno de “banalidade do mal”. Durante o julgamento de Adolf Eichmann, o mundo se surpreendeu com a frieza do burocrata que se dizia meramente responsável pela logística de trens alemães durante o conflito, sem mencionar qualquer responsabilidade pelo fato de que, nos mesmos trens, milhões de pessoas foram deportadas e encaminhadas a campos de concentração.⁵⁴ O psicólogo Marshall Rosenberg, por sua vez, chama a atenção para o fato de que, durante os depoimentos, tanto o acusado quanto suas testemunhas costumavam utilizar discursos e falas impessoais, demonstrando uma compreensão de que as ordens e os comandos superiores eram por eles interpretados e executados sem qualquer juízo decisório ou valorativo.⁵⁵

No âmbito do direito, posturas jusnaturalistas e valorativas voltaram a ganhar força, distanciando-se do positivismo kelseniano. Em *Cinco Minutos de Filosofia do Direito*,⁵⁶ Gustav Radbruch referiu que, se os bens dos judeus foram declarados propriedade do Estado por disposição legal, isso até pode ter sido direito vigente durante o período nazista, mas essa imposição não estaria em harmonia com a justiça ou com o direito natural. O jusnaturalista Lon F. Fuller, por sua vez, travou intensos debates com o juspositivista John Hart acerca do direito nazista: afinal, como interpretar a validade de atos jurídicos que se encontravam sob o amparo da lei e da hierarquia lógica do sistema, mas que, sob o ponto de vista moral, eram considerados incorretos? Segundo Thomas Vesting,⁵⁷ em que pese a sociedade tenha abandonado as bases da Antiguidade (natureza) e da Idade Média (Deus), o jusnaturalismo ainda pode ser visto por meio da busca da validade do direito na ética ou no discurso

⁵⁴ ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

⁵⁵ ROSENBERG, Marshall B. **Comunicação não violenta**. 5. ed. São Paulo: Ágora, 2021. p. 38.

⁵⁶ RADBRUCH, Gustav. **Cinco minutos de Filosofia do Direito**. In: RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Coimbra: Armênio Amado, 1974.

⁵⁷ VESTING, Thomas. **Teoria do Direito: Uma Introdução**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 170-210.

filosófico-moral, o qual permeou diversos documentos políticos desde as Revoluções Francesa e Americana até as atuais concepções de direitos humanos.

Nesse complexo panorama, os movimentos constitucionalistas começaram a ganhar força, apresentando uma forma de garantir a sistematicidade do direito e, ao mesmo tempo, a sua abertura a valores e juízos políticos e morais. Aliando a teoria de Kelsen acerca da validade e hierarquia das normas jurídicas, a Constituição passou a ser revalorizada como o ato que consubstanciava o acordo político de toda a sociedade. Nesse movimento, foram resgatadas teorias que admitiam um controle do direito a partir da Constituição, como o controle concentrado de constitucionalidade pelo Tribunal Constitucional austríaco e, de outro lado, o controle de constitucionalidade difuso, inaugurado nos Estados Unidos da América. Nesse mesmo movimento, também ganhou destaque o órgão tradicionalmente responsável pela tutela da Constituição e pela interpretação das normas jurídicas, o Poder Judiciário, o qual passou a ser compreendido como elemento fundamental às democracias e à garantia dos direitos humanos e fundamentais, sobretudo em defesa do direito das minorias.

Segundo Robert Dahl,⁵⁸ até o término da Segunda Guerra, em 1945, as democracias sequer eram o principal regime político no mundo. Se antes dos conflitos muitos países cederam ao totalitarismo e à supressão de direitos fundamentais, a exemplo da Itália e da Alemanha, outros, mesmo sob fortes democracias, passaram a apoiar ditaduras com o intuito de preservar seus interesses econômicos, como o caso dos Estados Unidos e sua colaboração com os regimes totalitários na América Latina durante as décadas seguintes.

Nesse mosaico de fatos históricos, percebe-se que a democracia contemporânea ainda busca caminhos em meio a um novo mundo globalizado, em que religião, Estado e capitalismo atuam de forma simultânea e recíproca em suas próprias bases e fundamentos. Não obstante, o crescimento das desigualdades e o ruir do Estado de Bem-Estar Social trazem questionamentos sobre os reais interesses envolvidos nessas mecânicas e a quem os sistemas estabelecidos desejam tutelar.

2.1.2 O Estado (Liberal) de Bem-Estar Social no século XXI

Durante os últimos dois séculos, países industrializados estabeleceram sistemas de educação, saúde e bem-estar social. Como refere Harari,⁵⁹ na época em que implementados, contudo, seu objetivo não era o de agradar o povo, mas o de fortalecer a nação: as escolas

⁵⁸ DAHL, Robert. **Sobre a democracia**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2016. p. 11-35.

⁵⁹ HARARI, Yuval Noah. **Homo Deus: uma breve história do amanhã**. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

eram guiadas pela missão de produzir soldados e trabalhadores; jovens eram ensinados a louvar a pátria e a entender de matemática, eletricidade, mecânica e medicina. Quando deixassem o exército, esperava-se que servissem como funcionários, professores e engenheiros, sustentando uma economia moderna e contribuindo com impostos. Até mesmo o sistema de seguridade foi planejado tendo em vista prioritariamente o interesse nacional. Otto Bismarck, pioneiro na instituição de pensões na Alemanha, tinha como objetivo principal fomentar a lealdade de seus compatriotas e a participação na guerra, garantindo-lhes que, em caso de incapacidade ou morte, soldados e seus familiares receberiam algum recurso para sobreviver. Também não foi mera coincidência que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da Revolução Francesa, tenha previsto iguais direitos políticos justamente na época em que a convocação universal para a guerra foi decretada. Um raciocínio semelhante esteve por trás da abolição da escravidão durante a Revolução Americana e, após, da emancipação das mulheres após a Primeira Guerra.⁶⁰

Conforme Avelãs Nunes,⁶¹ a partir da Primeira Guerra Mundial formou-se a ideia de que a reconstrução somente seria possível por meio de uma instância central que controlasse e decidisse a prioridade dos investimentos, o que já vinha sendo realizado pelo Estado durante a guerra. Segundo a doutrina de Keynes, para assegurar estabilidade às economias capitalistas, era necessário que os desempregados não perdessem todo o seu poder de compra, que os doentes e inválidos recebessem algum dinheiro para gastar e que os idosos não perdessem seu rendimento quando deixassem de trabalhar.⁶² Conforme o economista francês Thomas Piketty,⁶³ até 1915 os impostos representavam menos de 10% da renda nacional. Após as guerras mundiais, passaram a representar entre 30% e 55% nos países mais ricos, como Suécia, França e Reino Unido, financiando aparatos estatais cada vez maiores.

Por essa razão, autores como Antônio José Avelãs Nunes,⁶⁴ Bolzan de Moraes e Giancarlo Copelli⁶⁵ referem que os fundamentos do Estado Social se assentaram em razões de natureza econômica, ligados às crises próprias do sistema capitalista, e não no atendimento do bem-estar dos cidadãos. Da mesma forma, defendem que o Estado de Bem-Estar Social é, na verdade, um Estado Liberal de feições sociais, aparelhado para a manutenção do sistema

⁶⁰ HARARI, Yuval. **Homo Deus: uma breve história do amanhã**. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

⁶¹ AVELÃS NUNES, A. **O Estado capitalista e as suas máscaras**. Lumen Juris, 2021. p. 109-213.

⁶² AVELÃS NUNES, A. **O Estado capitalista e as suas máscaras**. Lumen Juris, 2021. p. 65-108.

⁶³ PIKETTY, Thomas. **O Capital no Século XXI**. 1. ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

⁶⁴ AVELÃS NUNES, A. **O Estado capitalista e as suas máscaras**. Lumen Juris, 2021.

⁶⁵ COPELLI, Giancarlo Montagner. Democracia e igualdade no contexto brasileiro. **Revista Quaestio Iuris**, v. 14, n. 01, p. 61-75, abr. 2021.

capitalista e dos interesses dos grupos de poder.⁶⁶ Apesar disso, se a instituição de sistemas públicos de educação, saúde e previdência foi uma solução encontrada para salvar o capitalismo, reconhecem que atualmente esse sistema se coloca como condição indispensável para a manutenção da democracia e a redução das desigualdades.⁶⁷ Para Harari,⁶⁸ o Estado (Liberal) de Bem-Estar Social se tornou uma vítima de seu próprio sucesso, e cada vez mais se acredita que os imensos sistemas estabelecidos há mais de um século deveriam efetivamente prover felicidade e bem-estar ao povo e aos indivíduos.

Não obstante, se o fundamento subjacente a esses direitos era o desenvolvimento da nação, percebe-se hoje em dia um esvaziamento de significado e de sentido em relação aos deveres de solidariedade e contributividade de que esses direitos sociais dependem.⁶⁹ Com a globalização do capital e o incremento das tecnologias, os sentimentos de pertencimento e de significado por símbolos coletivos como religião e nacionalidade vêm se deteriorando. A perspectiva liberal-humanista, por sua vez, sugere que a sociedade se mova em direção à busca pela felicidade e pelo bem-estar individuais, a serem assegurados pelo Estado.⁷⁰ Além disso, as atuais possibilidades de trabalho e moradia em países e regiões distintos, aliadas à conectividade da internet, têm corroído o senso de identidade comum vinculado ao território, perspectiva pela qual a noção de cidadania e de Estado foram construídas na Idade Moderna. De modo ilustrativo, Paul Collier⁷¹ aponta para o fato de que as bolhas imobiliárias nas capitais têm impossibilitado a aquisição de imóveis por pessoas jovens, impactando o sentimento de vinculação patriótica e os empurrando para a dependência de alugueis e de outros contratos precários, quando não para a busca de moradia e emprego em outros países.

Até a Revolução Científica, a maioria das culturas não acreditava em progresso, imaginando que a “era de ouro” havia ficado no passado e que o mundo estava estagnado ou ruindo. Considerava-se impossível que o conhecimento humano fosse capaz de superar os problemas fundamentais. Assim, religiões buscaram maneiras de resolver os problemas da humanidade com a ajuda dos recursos disponíveis, redistribuindo-os ou prometendo algum alívio no céu.⁷² Atualmente políticos, economistas e juristas insistem que o incremento da

⁶⁶ COPELLI, Giancarlo Montagner; MORAIS, Jose Luis Bolzan. A necessidade de novos discursos teóricos frente à crise do Estado Social. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, Ahead of print, 2020.

⁶⁷ COPELLI, Giancarlo Montagner. Democracia e igualdade no contexto brasileiro. **Revista Quaestio Iuris**, v. 14, n. 01, p. 61-75, abr. 2021.

⁶⁸ HARARI, Yuval. **Homo Deus: uma breve história do amanhã**. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

⁶⁹ COPELLI, Giancarlo Montagner; MORAIS, Jose Luis Bolzan. A necessidade de novos discursos teóricos frente à crise do Estado Social. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, Ahead of print, 2020.

⁷⁰ HARARI, Yuval. **Homo Deus: uma breve história do amanhã**. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

⁷¹ COLLIER, Paul. **O futuro do capitalismo**. Porto Alegre: L&PM, 2019. p. 74-80.

⁷² HARARI, Yuval. **Homo Deus: uma breve história do amanhã**. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

qualidade de vida e do bem-estar somente é possível por meio do crescimento econômico. Primeiro, porque, aumentando a produção, os trabalhadores poderão elevar seu padrão de vida, o que lhes garantiria mais felicidade. Segundo, porque, à medida que a população aumenta, apenas uma economia em constante crescimento poderá atender a todos, evitando o ressentimento e a violência causados pela redistribuição das riquezas.⁷³

De fato, a crença no crescimento econômico pretende resolver muitos dos atuais dilemas, estimulando as pessoas a enterrar as suas discordâncias éticas e a adotar qualquer curso de ações que maximize um crescimento de longo prazo. Nesse sentido, o capitalismo deu uma importante contribuição à harmonia global, suprimindo artificialmente os conflitos em prol de um bem maior. Consequentemente, no início do século XXI a política se encontra desprovida de grandes visões: governar tornou-se meramente administrar, louvando-se ações como pagar os professores em dia, asfaltar ruas ou evitar que os esgotos transbordem em épocas de chuva.⁷⁴ Muitos economistas e cientistas políticos neoliberais defendem que é melhor deixar as decisões importantes nas mãos do livre mercado, alegando que essas questões não são da seara política, mas sim questões a serem resolvidas pelos especialistas.⁷⁵

Para tanto, algumas crenças nas virtudes da economia de mercado devem ser revistas sob o ponto de vista do Estado e da democracia.⁷⁶ Atualmente, em nome do crescimento econômico, empresas públicas são submetidas às regras de concorrência, no mesmo plano das empresas privadas, obrigando-se a que elas se comportem sob as leis do mercado e do lucro.⁷⁷ Longe de qualquer debate público, prestadoras de serviços básicos como água e luz têm sido privatizadas sob o argumento de déficit orçamentário, sem quaisquer outras sugestões para a melhoria na prestação do serviço ou de transparência acerca das “inovadoras estratégias” do mercado para a obtenção do visado lucro sem cortes na qualidade ou no acesso dos serviços.

Segundo o sociólogo alemão Wolfgang Streeck,⁷⁸ no último século o Estado precisou se legitimar não apenas perante os assalariados que compõem a maior parte da população, mas, também e principalmente, diante dos proprietários de capital. Nesse sentido, a crise financeira da década de 1970 teria sido o primeiro episódio de uma sequência de crises que levariam à dissolução do compromisso político que sustentou o crescimento do capitalismo no pós-guerras: a concessão de direitos (para o povo) em troca da lealdade (para o Estado) e da

⁷³ HARARI, Yuval. **Homo Deus: uma breve história do amanhã.** São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

⁷⁴ COPELLI, Giancarlo Montagner; MORAIS, Jose Luis Bolzan. A necessidade de novos discursos teóricos frente à crise do Estado Social. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, Ahead of print, 2020.

⁷⁵ HARARI, Yuval. **Homo Deus: uma breve história do amanhã.** São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

⁷⁶ COPELLI, Giancarlo Montagner; MORAIS, Jose Luis Bolzan. A necessidade de novos discursos teóricos frente à crise do Estado Social. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, Ahead of print, 2020.

⁷⁷ AVELÁS NUNES, A. **O Estado capitalista e as suas máscaras.** Lumen Juris, 2021. p. 271-361.

⁷⁸ STREECK, W. **Tempo comprado: a crise adiada do capitalismo democrático.** São Paulo: Boitempo, 2018.

produtividade (para os detentores de capital). Na visão do autor, o ponto inicial dessa crise se deu com a perda de legitimidade do Estado perante os proprietários de capital, cada vez mais acuados pelas regulações que constroem a acumulação de riqueza e pelos direitos trabalhistas. A fim de atender às demandas do capital sem mitigar os direitos sociais estabelecidos, o Estado postergou a inevitável crise lançando mão de instrumentos fiscais e monetários para a compra de tempo pelo endividamento público no mercado internacional.⁷⁹

Assim, as discussões sobre economia e gastos públicos deixaram de debater sobre nação, cidadãos e eleitores, direitos, lealdade e serviços públicos, passando a discutir sobre o mercado internacional, investidores e credores internacionais, leilões, taxas de juros, confiança e serviços da dívida.⁸⁰ Como aponta Avelãs Nunes,⁸¹ atualmente os Estados dependem dos bancos internacionais para financiar as próprias políticas públicas, os quais, em troca, exigem práticas de severa austeridade fiscal. E, em caso de crise, os países logo são ameaçados de rebaixamento no mercado internacional.⁸² Desse modo, o autor questiona se, num país em que as eleições e as mudanças de governo não têm o poder de alterar as políticas econômicas, tal regime ainda pode ser chamado de democracia.

Para Piketty,⁸³ as crises atuais se traduzem em acusar a dívida pública e questionar o peso e o papel do Estado na economia e na vida dos seus cidadãos. Não obstante, é sabido que o fomento e a materialização de direitos fundamentais, seja de cunho liberal, seja de matriz social, exigem o custeio por meio de gastos públicos. Em sua obra clássica, Holmes e Sunstein⁸⁴ desconstruíram o mito de que apenas os direitos sociais exigem o dispêndio de recursos públicos: assim como saúde, educação e assistência exigem a concentração e redistribuição dos tributos, a proteção e garantia de direitos como propriedade e liberdade exigem a mesma redistribuição e um pesado aparato estatal de justiça e segurança públicas para e retomada de bens aos seus proprietários, caso violados.

Ainda, em que pese todas essas prestações sejam objeto da despesa pública, na maioria dos países, incluindo o Brasil, o sistema arrecadatário se mostra regressivo de acordo com o crescimento da renda dos contribuintes, desonerando os mais ricos e impactando as demais classes. Nos impostos sobre a renda, são as classes médias ou intermediárias que mais percebem a pressão do sistema, questionando a legitimidade dessa arrecadação diante dos

⁷⁹ STREECK, Wolfgang. As crises do capitalismo democrático. **Novos estudos CEBRAP**, n. 92, p. 35-56, 2012.

⁸⁰ COPELLI, Giancarlo Montagner; MORAIS, Jose Luis Bolzan. A necessidade de novos discursos teóricos frente à crise do Estado Social. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, Ahead of print, 2020.

⁸¹ AVELÃS NUNES, A. **O Estado capitalista e as suas máscaras**. Lumen Juris, 2021. p. 391-431.

⁸² AVELÃS NUNES, A. **O Estado capitalista e as suas máscaras**. Lumen Juris, 2021. p. 271-361.

⁸³ PIKETTY, Thomas. **O Capital no Século XXI**. 1. ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

⁸⁴ HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos: por que a liberdade depende dos impostos**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.

serviços públicos que pouco utilizam, recorrendo a serviços particulares na iniciativa privada. Às camadas mais pobres, contudo, para as quais os serviços públicos são a única alternativa, pouco se percebe a tributação silenciosa que igualmente os aflige nos inúmeros impostos sobre os bens de consumo diário.⁸⁵ No Brasil, os tributos sobre o consumo correspondem a quase 70% do resultado da arrecadação tributária, enquanto aqueles sobre a renda e o patrimônio não chegam a 30%. Assim, famílias com renda de até dois salários-mínimos gastam cerca de metade (50%) desse valor em tributos, enquanto famílias com renda acima de 30 salários-mínimos pagam aproximadamente 25%, poupando relativamente mais.⁸⁶

Por essa razão, o economista francês refere que a tributação e o custeio do Estado e de direitos não são apenas questões técnicas, mas assuntos eminentemente políticos e filosóficos: trata-se de criar um consenso sobre o que deve ser pago a quem e em nome de quais princípios. Ou seja, essas questões não serão resolvidas por princípios abstratos ou por fórmulas matemáticas.⁸⁷ Igualmente, questiona-se o mito de que exista economia sem política, ou de que decisões econômicas que afetam diretamente a todos os aspectos da cidadania (emprego, renda, educação, saúde) não devam ser enfrentadas pelo povo ou por políticos, numa forma de totalitarismo técnico (econômico, jurídico ou qualquer que seja). De que, ao fim, existe uma área técnica ou ciência neutra e imune a interesses econômicos ou políticos, isenta de discussão ou debate públicos.

No mesmo sentido, Wolfgang Streeck defende sua concepção da economia como um elemento político, tendo em vista que trata da projeção das relações sociais de poder e dos conflitos distributivos.⁸⁸ Para Pierre Bourdieu, por sua vez, o mercado é um artefato construído em grande parte pelo Estado, uma noção tratada como natural pelos economistas que consiste em uma construção histórica e social.⁸⁹ Segundo Avelãs Nunes, o mercado vem ocupando o lugar da política e suas leis vêm governando a vida das pessoas, como se elas fossem “a Constituição das Constituições”.⁹⁰ Nessa lógica, “quebra-se a Constituição, mas não se pode deixar quebrar o mercado”.

Por outro lado, se adotada a perspectiva de que os direitos individuais e sociais foram consolidados mediante a conquista popular e o esforço de trabalhadores, o modelo econômico vigente e o avanço das tecnologias podem colocar em risco esse relevante fator de

⁸⁵ PIKETTY, Thomas. **O Capital no Século XXI**. 1. ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

⁸⁶ GASSEN, Valcir; D'ARAÚJO, Pedro Júlio Sales; PAULINO, Sandra Regina da F. Tributação sobre consumo: o esforço em onerar mais quem ganha menos. **Seqüência**, Florianópolis, n. 66, p. 213-234, jul. 2013.

⁸⁷ PIKETTY, Thomas. **O Capital no Século XXI**. 1. ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

⁸⁸ STREECK, W. **Tempo comprado**: a crise adiada do capitalismo democrático. São Paulo: Boitempo, 2018.

⁸⁹ BOURDIEU, Pierre. **Sobre o Estado**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014. p. 294-310.

⁹⁰ AVELÃS NUNES, A. **O Estado capitalista e as suas máscaras**. Lumen Juris, 2021. p. 109-213.

tensionamento. Isso porque o desenvolvimento tecnológico e a superespecialização de tarefas vêm tornando cada vez mais fácil substituir humanos por algoritmos de computador. Para tanto, basta à inteligência artificial superá-los nas limitadas aptidões que as profissões cada vez mais específicas têm exigido. Na Uber, por exemplo, a maioria dos comandos é acionada pelos algoritmos sem necessidade de supervisão, tornando possível gerenciar milhões de motoristas com o emprego de apenas alguns humanos.⁹¹ Outros estudos apontam que os algoritmos também estão substituindo rapidamente o trabalho em atividades cognitivas e não rotineiras. De todas as ocupações e formas de trabalho analisados, quase metade se encontrava em um alto e iminente risco de substituição por sistemas de informática.⁹²

Ainda, a exemplo da Revolução Cognitiva de milhares de anos atrás, alguns acreditam que os humanos não serão mais capazes de lidar com o enorme fluxo de dados, não podendo mais refiná-los para obter informação, conhecimento e sabedoria. Nesse sentido, a própria democracia já vem sendo colocada à prova pelo mundo digital. Se, no passado, a censura funcionava bloqueando os fluxos de informação, no século XXI ela o faz inundando as pessoas de informação irrelevante ou inverídica.⁹³ As eleições de 2018, de Donald Trump, nos Estados Unidos, e de Jair Bolsonaro, no Brasil, trouxeram à tona discussões acerca do uso de redes sociais como forma de corromper sistematicamente a verdade e obter acesso ao poder.

A tecnologia e o avanço das ciências também pretendem seguir impactando as questões políticas e morais. Alguns cientistas alegam que todas as perguntas relevantes podem ser respondidas estudando as atividades do cérebro, sem nenhum recurso a experiências subjetivas, metafísicas ou a consensos majoritários. Autores como Sam Harris alegam que todos os humanos compartilham um único valor supremo (minimização do sofrimento e maximização da felicidade) e, portanto, os debates éticos seriam discussões factuais concernentes ao meio mais eficaz de maximizar a felicidade. Assim, questões como aborto, tortura e até mesmo liberdade individual seriam supostamente resolvidas por testes de laboratório, superando discussões políticas ou morais.⁹⁴

Segundo Chantal Mouffe,⁹⁵ percebe-se que, na análise das democracias, o que realmente está em jogo é a constituição de um conjunto de práticas que tornem possível a criação de cidadãos democráticos. Essa não é uma questão de argumentação racional ou

⁹¹ HARARI, Yuval. **Homo Deus: uma breve história do amanhã**. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

⁹² FREY, Carl; OSBORNE, Michael. The future of employment: how susceptible are jobs to computerisation? **Technological Forecasting and Social Change**, v. 114, p. 254-280, 2017.

⁹³ HARARI, Yuval. **Homo Deus: uma breve história do amanhã**. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

⁹⁴ HARARI, Yuval. **Homo Deus: uma breve história do amanhã**. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

⁹⁵ MOUFFE, Chantal. Por um modelo agonístico de democracia. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, n. 25, p. 165-175, jun. 2006. p. 165.

meramente técnica, mas de disponibilidade de formas democráticas de individualidade e subjetividade. Sem a abertura de discussões públicas e ideológicas, muitas pessoas acabam procurando formas de identificação que podem colocar em risco o laço cívico que as deveria unir. Na visão da autora, o crescimento de várias religiões, bem como de fundamentalismos morais e étnicos, são consequências diretas do déficit democrático que caracteriza a maior parte das sociedades. Afinal, o caráter democrático de uma sociedade só pode ser dado na hipótese em que nenhum ator social possa atribuir a si mesmo a representação da totalidade ou o controle absoluto sobre a sua fundação.

Michael Sandel, por sua vez, refere que uma das razões pelas quais se percebe o vazio moral da política contemporânea é a tentativa de banir do discurso público a questão dos ideais. Na esperança de evitar confrontos, insiste-se que os cidadãos deixem suas convicções morais e espirituais ao entrar na arena pública. Apesar da boa intenção, isso abriu caminho para o totalitarismo do mercado e a ascendência do raciocínio mercadológico. Por fim, isso também privou o discurso público de energia moral e cívica, e contribuiu para a política tecnocrática e gerencial que hoje aflige muitas sociedades. Segundo Sandel, tornar o mercado mais eficiente não é em si mesmo uma virtude. É preciso perguntar qual o lugar do mercado e onde é que ele não deve estar. E não se pode responder a essa pergunta sem examinar o significado e o objetivo dos bens, assim como os valores que devem governá-los.⁹⁶

Diante desse contexto, quais são as perspectivas de um Estado (Liberal) de Bem-Estar Social⁹⁷ no Século XXI? E mais: como a democracia irá se colocar diante desses fatores de dinamicidade das relações e das bases de fundamentação dos direitos e da cidadania?

2.1.3 O Brasil e a modernidade tardia

Analisando a história do Ocidente, pode-se afirmar que as sociedades se organizaram em torno de duas metas políticas: igualdade e liberdade. Para Robert Dahl, este é um dos principais motivos pelos quais a democracia é o regime político que melhor atenderia aos anseios da sociedade e do indivíduo: ao mesmo tempo em que buscam as igualdades de consideração e de participação daqueles que estão sob a soberania do Estado, as democracias

⁹⁶ SANDEL, Michael J. **O que o dinheiro não compra**: os limites morais do mercado. 15. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2021.

⁹⁷ COPELLI, Giancarlo Montagner; MORAIS, Jose Luis Bolzan. A necessidade de novos discursos teóricos frente à crise do Estado Social. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, Ahead of print, 2020.

permitem o respeito à vontade das maiorias e garantem a proteção de direitos fundamentais — inclusive, quando necessário, em face da própria maioria.⁹⁸

Por outro lado, a democracia depende de uma série de instituições e práticas que garantam a devida representação de seus cidadãos e a implementação de direitos. Desse modo, fatores endógenos e exógenos a esses processos devem ser considerados para uma avaliação do seu grau de qualidade. Nesse sentido, a situação do Brasil é ainda mais preocupante. Enquanto países como os Estados Unidos e França deixavam a Idade Moderna no século XVIII, produzindo importantes documentos sobre direitos humanos e conquistas civilizatórias, o Brasil ainda era uma colônia vinculada à Portugal. No século XIX, durante as revoluções industriais e científicas na Europa, o Brasil ainda estava inaugurando suas primeiras universidades, sob o regime imperial. A previsão de direitos sociais, por sua vez, somente veio a ocorrer de forma ampla na Era Vargas. O Código Civil de 1916, inspirado no positivismo exegético do Código Civil de Napoleão (1804), somente veio a ser revogado em 2003. E a primeira democracia relativamente estável somente se deu após 1988.

Por essa razão, Lenio Streck⁹⁹ refere que, em países de modernidade tardia como o Brasil, as questões que, em outros países, foram resolvidas em longos processos históricos agora se encontram canalizadas diretamente para um Poder Judiciário recém estruturado, com o anseio de concretizar a Constituição Federal de 1988. Por outro lado, tradições paternalistas e de autoritarismo desde a herança colonial rural até os regimes militares suscitam a crença ora em juízes ativistas, ora em governos totalitários, reforçando o personalismo e a crença num salvador.

Para o jornalista Sérgio Rodas,¹⁰⁰ em 200 anos de independência do Brasil, apesar de ter promovido desenvolvimentos no país, o direito ainda manteve os privilégios da elite. Conforme Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, o processo de independência foi arquitetado pelas elites e, na prática, não teve muito impacto na vida da população em geral. Na verdade, o que houve foi uma acomodação, que nada representou para as camadas mais pobres. Lenio Streck afirma que, mesmo hoje, as reformas no Brasil ainda exigem a chancela das elites conservadoras, sendo o direito utilizado como um instrumento desse poder.

⁹⁸ DAHL, Robert. **Sobre a democracia**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2016. p. 57-74.

⁹⁹ STRECK, Lenio Luiz. A efetividade dos Direitos fundamentais no Brasil: entre judicialização da política e ativismo judicial. In: TEIXEIRA, Anderson V.; FILHO, Gilberto G.; SIMÕES, Sandro A. de S. (Org.). **Supremacia constitucional e políticas públicas**: discutindo a discricionariedade administrativa na efetivação de Direitos fundamentais. Porto Alegre: Editora Fi, 2016.

¹⁰⁰ RODAS, Sérgio. Em 200 anos, Direito promoveu desenvolvimento, mas manteve privilégios da elite. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 7 jan. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jan-07/direito-promoveu-desenvolvimento-manteve-privilegios-elite>. Acesso em: 07 nov. 2022.

Para Guillermo O'Donnell,¹⁰¹ a autonomia conferida ao Poder Judiciário pode promover uma autodefinição privilegiada e arcaica da corporação judicial e de sua missão, sem qualquer *accountability* própria em relação a outros poderes do Estado e da Sociedade. Mais especificamente no Brasil, o Judiciário obteve um alto grau de autonomia em relação ao Poder Executivo e ao Congresso, sem que isso significasse uma melhoria de seu desempenho. Não obstante, o Judiciário tem usado sua autonomia para atribuir aos juízes e a outros funcionários salários especialmente altos, assim como privilégios.

Nessa linha, pode-se questionar se o Poder Judiciário, como um dos principais agentes de promoção das metas e dos direitos previstos na Constituição Federal, está adotando posturas que vão ao encontro dos postulados democráticos. Ou, além disso, se as práticas dos tribunais como garantidores da Constituição estão, de alguma forma, suprimindo debates públicos relevantes. Desse modo, o presente trabalho buscará analisar alguns parâmetros teóricos e pragmáticos acerca da democracia. E, após, adentrar o exame do ativismo judicial sob a perspectiva daquele regime político.

2.2 Democracia e (des)igualdade

Tecidas essas considerações históricas acerca do desenvolvimento que conduziu as sociedades de pequenos agrupamentos e potências mundiais, cabe o exame teórico da democracia. Assim, o primeiro ponto se destina a conceituar teoricamente o regime democrático, apresentando, também, quais as condições elencadas pela literatura política para que a democracia seja reconhecida como tal.

No segundo ponto, considerando a pluralidade de concepções sobre democracia que surgiram ao longo das décadas, correspondentes a configurações distintas de Estado, será abordado o modelo democrático de Chantal Mouffe. No terceiro ponto, buscando uma conexão entre os ideais e modelos democráticos enquanto conquistas da humanidade, serão analisados alguns fatores empíricos geradores de estabilidade, assim como perspectivas de análise da qualidade e da expectativa de vida desses regimes.

¹⁰¹ O'DONNELL, Guillermo. Accountability horizontal e novas poliarquias. **Lua Nova**, n. 44, p. 27-54, 1998.

2.2.1 Conceitos e condições para a democracia

Conforme Streck e Bolzan de Moraes,¹⁰² extrair um único conceito de democracia consiste em uma tarefa impossível, tendo em vista o estereótipo e a anemia significativa que o termo e o regime tomaram. Por outro lado, trata-se de um regime em constante e ininterrupta invenção. Nesse sentido, seria um equívoco pressupor que a democracia foi inventada de uma só vez. Parte de sua expansão pode ser atribuída à difusão de ideias e práticas democráticas. Como o fogo, a pintura ou a escrita, a democracia parece ter sido inventada mais de uma vez, em mais de um local.¹⁰³

Para Robert Dahl,¹⁰⁴ a história da democracia é recente e, ao mesmo tempo, antiga. Apesar de práticas isoladas ao longo da história, como em Atenas e Roma na Antiguidade, somente no século XX a democracia, em seu sentido moderno, estabeleceu-se no Ocidente como um regime preferível às monarquias, aristocracias, ditaduras e outros. Em 1970, o mundo tinha 130 países independentes, mas apenas trinta eram democracias liberais, a maioria situada no noroeste da Europa.¹⁰⁵ Além disso, deve-se distinguir o que se entende por modelo ideal de democracia e o que se entende por um determinado país que adota o regime democrático, não se podendo imputar as falhas particulares ao sistema como um todo.¹⁰⁶

Desde a sua origem na Grécia Antiga, diversas correntes acerca do modelo democrático surgiram. Bobbio, Matteucci e Pasquino,¹⁰⁷ por exemplo, descrevem o desenvolvimento do fenômeno democrático a partir das três formas de governo aristotélicas, passando pela noção medieval de soberania e, após, chegando na teoria moderna de Maquiavel. No século XX, sobrevieram outros modelos democráticos, ligados ao aspecto liberal. Num primeiro momento, questionando a influência da sociedade de massas nas tradicionais noções de soberania popular, Joseph Schumpeter defendeu a agregação democrática por meio dos partidos políticos, em modelo teórico que ficou conhecido como *democracia agregativa*. Após, autores como Jürgen Habermas e John Rawls, identificando as limitações da democracia agregativa, propuseram um modelo por meio do qual a sociedade

¹⁰² STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2019. p. 111-139.

¹⁰³ DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2016.

¹⁰⁴ DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2016.

¹⁰⁵ HARARI, Yuval. **Homo Deus: uma breve história do amanhã**. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

¹⁰⁶ DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2016. p. 37-40.

¹⁰⁷ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998. p. 319-323.

poderia alcançar acordos racionais entre cidadãos iguais e livres. A essas propostas teóricas foi atribuído o nome de *democracia deliberativa*.¹⁰⁸

Conforme a abordagem minimalista de Schumpeter, o regime democrático exigiria as seguintes condições: (i) direito dos cidadãos de escolher governos por meio de eleições com a participação de todos os membros adultos da comunidade; (ii) eleições regulares, livres, competitivas e abertas; (iii) liberdade de expressão, reunião e organização, em especial de partidos políticos; (iv) acesso a fontes alternativas de informação sobre a ação governamental e sobre a política em geral. No entanto, segundo José Álvaro Moisés,¹⁰⁹ essa ênfase minimalista se revelou vulnerável diante da tendência de privilegiar as eleições sobre outras dimensões de democracia. A partir dessa crítica, Robert Dahl ampliou a definição, acrescentando que um regime democrático também deve contar com a responsividade do Estado e dos governos às preferências dos cidadãos.¹¹⁰

Para Moisés,¹¹¹ deve-se atentar não só para que o regime político seja considerado uma democracia, como antítese de uma ditadura, mas também deve ser avaliada a qualidade do regime democrático. Nesse sentido, Larry Diamond e Leonardo Morlino promoveram a inclusão de mais três dimensões para a avaliação desses regimes: (i) o primado da lei (*rule of law*); (ii) a participação e competição públicas e; (iii) e as modalidades de *accountability* vertical, social e horizontal. As duas primeiras teriam caráter substantivo, garantindo tanto as liberdades civis e direitos políticos como a implementação progressiva das igualdades política, social e econômica. A última dimensão corresponde a um aspecto de responsividade dos governos, por meio do qual os cidadãos podem avaliar e julgar se as políticas públicas e o funcionamento do regime correspondem a seus interesses e às suas preferências.¹¹²

Apesar dessas incursões, tem-se visualizado que nenhum dos modelos propostos foi capaz de cumprir os ideais almejados, em razão do paradoxo e da tensão estabelecidos entre a democracia (inclusiva) e o capitalismo (exclusivo).¹¹³ Nesse sentido, Copelli refere que, se de um lado, a democracia cresceu enquanto regime político, de outro, as sociedades tornaram-se

¹⁰⁸ MOUFFE, Chantal. Por um modelo agonístico de democracia. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, n. 25, p. 165-175, jun. 2006.

¹⁰⁹ MOISÉS, José Álvaro. Cultura política, instituições e democracia: lições da experiência brasileira. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 23, n. 66, p. 11-43, fev. 2008.

¹¹⁰ MOISÉS, José Álvaro. Cultura política, instituições e democracia: lições da experiência brasileira. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 23, n. 66, p. 11-43, fev. 2008.

¹¹¹ MOISÉS, José Álvaro. Cultura política, instituições e democracia: lições da experiência brasileira. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 23, n. 66, p. 11-43, fev. 2008.

¹¹² MOISÉS, José Álvaro. Cultura política, instituições e democracia: lições da experiência brasileira. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 23, n. 66, p. 11-43, fev. 2008.

¹¹³ BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos Direitos Humanos**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

cada vez mais desiguais.¹¹⁴ Em razão disso, autores têm buscado revitalizar a teoria política democrática, propondo teorias como *democracia participativa* (Luís Felipe Miguel) ou *democracia agonística* (Mouffe). Outros, ainda, como Guillermo O'Donnell,¹¹⁵ apontam para a existência de *democracias delegativas*, em que operam características de paternalismo e de clientelismo, a exemplo de diversos regimes democráticos na América Latina, incluindo o caso brasileiro.

Como refere Bobbio, um dos principais fundamentos da democracia é a busca pela igualdade.¹¹⁶ Por um raciocínio inverso, pode-se dizer, como Giancarlo Copelli,¹¹⁷ que as democracias têm o compromisso de reduzir todas as formas de desigualdade, notadamente aquelas de cunho social e econômico. Para Clarissa Tassinari, a democracia é uma forma, ainda em construção, da relação entre soberania popular, os direitos dela decorrentes e o Estado. Formando sua concepção a partir do pensamento de Dworkin, O'Donnell e Luis Felipe Miguel, a autora compreende que democracia consiste na conjugação de dois elementos: garantia de igualdade e estabilidade institucional.¹¹⁸ Ainda, considerada uma antítese do totalitarismo, a democracia também pode ser definida como um conceito intersubjetivo, uma conquista e um objetivo da humanidade, cujos valores contemplam a busca pela igualdade entre os indivíduos e pela liberdade como condição de possibilidade para uma realização plena da condição humana.¹¹⁹

2.2.2 Por uma democracia pluralista

Conforme questiona a cientista política belga Chantal Mouffe,¹²⁰ o que é uma sociedade democrática? É uma sociedade pacífica onde se estabeleceu um consenso imposto a partir de uma interpretação única dos valores comuns, ou é uma sociedade com uma esfera pública onde muitas visões conflitantes podem se expressar e onde há uma possibilidade de escolha entre projetos alternativos legítimos? Segundo a autora, é um equívoco pensar que uma sociedade boa é aquela na qual os antagonismos foram erradicados e o modelo adversarial de política se tornou obsoleto.

¹¹⁴ COPELLI, G. M. Democracia e igualdade no contexto brasileiro. **Revista Quaestio Iuris**, v. 14, n. 01, 2021.

¹¹⁵ O'DONNELL, Guillermo. Democracia delegativa? **Novos Estudos Cebrap**, São Paulo, n. 31, p. 25-40, 1991.

¹¹⁶ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. São Paulo: Paz e Terra, 1986.

¹¹⁷ COPELLI, G. M. Democracia e igualdade no contexto brasileiro. **Revista Quaestio Iuris**, v. 14, n. 01, 2021.

¹¹⁸ TASSINARI, Clarissa; Giancarlo Montagner Copelli. **Pensando o Populismo: a partir de ensaios e perspectivas distintas**. Blumenau: Editora Dom Modesto, 2021. p. 45-46.

¹¹⁹ STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2019. p. 111-139.

¹²⁰ MOUFFE, Chantal, Democracia, cidadania e a questão do pluralismo. **Revista Política e Sociedade**, v. 2, n. 3, p. 11-26, 2003.

Teórica da democracia, Mouffe desenvolve seu pensamento assumindo o antagonismo e o conflito como categorias centrais e afirmando a importância do dissenso como elemento fundamental da democracia. Recorrendo a Heidegger, a autora diferencia a política (nível ôntico) do político (nível ontológico). O ôntico se relaciona com as diferentes práticas da política convencional, enquanto o ontológico se refere à forma em que a sociedade é fundada. Para a autora, o poder é um lugar vazio, e nenhum indivíduo ou grupo pode ocupar o seu *locus*, sob pena de uma unificação imaginária da sociedade. A democracia, assim, acontece com a despersonalização do poder e com a concepção de que é o povo o seu soberano.¹²¹

Nesse sentido, Mouffe¹²² alerta para os perigos do discurso globalizante universalista, no qual o conflito e o antagonismo teriam sido eliminados. Para a autora, a principal característica democrática se dá justamente pelo fato de que nenhum ator social pode atribuir a si mesmo a representação da totalidade e assim alegar ter o domínio desse fundamento. Afinal, qual o significado de diálogo ou de deliberação se não existe nenhuma escolha real ao alcance do cidadão e se os participantes do debate não são capazes de decidir entre alternativas claramente diferenciadas?

Por essa razão, alguns críticos às teorias de Mouffe referem que, não obstante a as importantes contribuições da autora, o modelo agonístico não chega a formar um modelo de democracia, mas apenas um princípio a ser integrado aos modelos já existentes. Outros, ainda, referem que a construção teórica de Mouffe carece de experiências práticas, limitando-se a desconstruir os modelos deliberacionistas.¹²³ Não obstante, Copelli e Bolzan de Moraes afirmam a necessidade de se pensar novos discursos teóricos e alternativas que não estejam assentados no fortalecimento do liberalismo nem associados aos regimes de viés totalizante.¹²⁴

Na visão da autora, o que acontece atualmente é que a dimensão do político é jogada para a esfera moral, numa dicotomia reducionista de “certo e errado” ou de “nós e eles”. No entanto, quando não existem canais disponíveis por meio dos quais os conflitos poderiam assumir uma forma agonística, eles tendem a surgir de forma antagonística, sendo vistos como confrontos entre o bem e o mal.¹²⁵ Constatase, portanto, a atual incapacidade de enfrentar, de maneira política, os problemas que se apresentam às sociedades. Questões políticas não são simplesmente problemas técnicos que devem ser resolvidos por especialistas. Para Mouffe,

¹²¹ MOUFFE, Chantal. **Sobre o político**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015.

¹²² MOUFFE, Chantal. **Sobre o político**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015.

¹²³ FREITAS, Felipe. Repensando o agonismo: o impasse não superado entre conflito e consenso. **Revista Teoria & Pesquisa**, São Carlos, v. 29, n. 3, p. 135-158, 2020. MENDONÇA, Daniel de. Teorizando o agonismo: crítica a um modelo incompleto. **Revista Sociedade e Estado**, v. 25, n. 3, set./dez. 2010.

¹²⁴ COPELLI, Giancarlo Montagner; MORAIS, Jose Luis Bolzan. A necessidade de novos discursos teóricos frente à crise do Estado Social. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, Ahead of print, 2020.

¹²⁵ MOUFFE, Chantal. **Sobre o político**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015.

não surpreende que as pessoas se interessem cada vez menos pela política e que o índice de abstenção esteja aumentando. A mobilização exige politização, mas esta não pode existir sem a criação de uma representação conflituosa do mundo, com campo opostos com as quais as pessoas possam se identificar, permitindo que as paixões sejam mobilizadas politicamente no âmbito do processo democrático.¹²⁶

Segundo Mouffe, em face da hegemonia neoliberal, a política, compreendida como um conjunto de práticas, discursos e instituições que procuram estabelecer uma certa ordem à coexistência humana, foi substituída pela ética e pela moralidade, assim como por valores familiares. Em muitos países, isto tem sido acompanhado pelo domínio crescente do setor jurídico, de sorte que as decisões políticas são encaradas como se fossem de uma natureza técnicas e mais bem resolvidas por juízes ou tecnocratas, considerados portadores de uma suposta imparcialidade.¹²⁷

De fato, a democracia pluralista demanda um certo consenso. Contudo, esse consenso se refere apenas aos seus princípios ético-políticos constitutivos. Tais princípios, por sua vez, manifestam-se por meio de muitas interpretações diferentes e conflitantes. Por essa razão, uma democracia pluralista necessita oportunizar o dissenso e instituições pelas quais possa se manifestar.¹²⁸ Para Mouffe, o que realmente está em jogo na fidelidade a instituições democráticas é a constituição de um conjunto de práticas que faça possível a criação de cidadãos democráticos. Todavia, indivíduos da democracia só serão possíveis com a multiplicação de instituições, discursos, formas de vida que fomentem a identificação com valores democráticos.¹²⁹

Por outro lado, se todos os cidadãos têm direitos iguais de participar da tomada de decisões coletivas dentro do quadro institucional existente, deve haver formas de prestação de contas por parte das autoridades constituídas. Nesse sentido, Guillermo O'Donnell refere a importância da existência de formas de *accountability* horizontal e vertical. A *accountability* vertical envolve ações realizadas individualmente ou de forma coletiva diretamente pelo povo em relação àqueles que ocupam posições no Estado, eleitos ou não. Já a *accountability* horizontal prevê a existência de agências estatais com o direito e poder legal para ações de supervisão de rotina ou sanções legais em face das ações e omissões de outros agentes.¹³⁰

¹²⁶ MOUFFE, Chantal. **Sobre o político**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015.

¹²⁷ MOUFFE, Chantal. **Sobre o político**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015.

¹²⁸ MOUFFE, Chantal. **Sobre o político**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015.

¹²⁹ MOUFFE, Chantal. Por um modelo agonístico de democracia. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, n. 25, p. 165-175, jun. 2006. p. 165.

¹³⁰ O'DONNELL, Guillermo. Accountability horizontal e novas poliarquias. **Lua Nova**, n. 44, p. 27-54, 1998.

Não obstante esses esforços teóricos, segundo o Relatório Anual do Instituto V-Dem (*Varieties of Democracy*), da Universidade de Gotemburgo, na Suécia, em 2021 houve uma forte onda global de autocratização, assim como uma mudança nas tendências autoritárias pelo mundo. O nível de democracia do mundo, que registrou seu ápice histórico em 2012, regrediu e está atualmente no patamar registrado em 1989. Em 2021, apenas 30% da população mundial vivia sob democracias; em 2011, esse percentual era de 51%. Ainda, segundo o relatório, apenas 13% da população mundial vive sob democracias plenas (34 países). Nas democracias parciais, em que garantia de direitos e o funcionamento institucional ainda têm problemas significativos, vivem 16% (55 países). A democracia, aliás, seja ela plena ou parcial, é realidade da minoria de cidadãos hoje em dia: o regime mais comum no mundo é o das autocracias eleitorais, onde vivem 44% da população mundial.¹³¹

Esses movimentos também puderam ser notados no Brasil. De acordo com os pesquisadores Fabio Baldaia e Tiago Medeiros Araújo, do Instituto Federal da Bahia, movimentos conservadores da ultradireita, como o bolsonarismo, têm conseguido encontrar eco na população brasileira. Segundo os pesquisadores,¹³² existem elementos de um “Brasil profundo” que explicam a ascensão e a resiliência política de Bolsonaro mesmo após a pandemia e uma gestão não exitosa da economia nesse período. São elementos relacionados à manutenção da ordem, à família e a uma certa visão da segurança pública, com a formulação de respostas simples a problemas que são complexos. Por outro lado, esses movimentos alegam que são os intelectuais, as elites universitárias e a imprensa que, na verdade, dificultam o progresso no país. Resultado desse contexto também pode ser visualizado nas eleições de 2022. Além da ampliação da bancada conservadora como um todo, houve uma explosão de votos nos candidatos que participaram da Operação Lava Jato, Sérgio Moro e Deltan Dallagnol. Para Fernando Fernandes, a “*atuação de um ex-juiz e um ex-procurador que usaram seus cargos para fazer política criou o que o ministro Gilmar Mendes chamou de estamento, que influenciou na eleição de 2018 e acabou os favorecendo em 2022*”.¹³³

Diante desse quadro, percebe-se que esses movimentos não se limitam à esfera política propriamente dita, mas se alastram também para áreas como a economia e o direito, ora se

¹³¹ CRUZ, Isabela. Democracia: um regime político sempre em construção. **Nexo Jornal**, 1 out. 2022. Disponível em: nexojornal.com.br/explicado/2022/10/01/Democracia-um-regime-pol%C3%ADtico-sempre-em-constru%C3%A7%C3%A3o. Acesso em: 7 nov. 2022.

¹³² SUZUKI, Shin. Eleições 2022: bolsonarismo atrai 'Brasil profundo' que está cada vez mais distante da esquerda, dizem pesquisadores. **BBC News Brasil**, São Paulo, 4 out. 2022. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-63126644>. Acesso em: 7 nov. 2022.

¹³³ SANTOS, Rafa. Dupla da 'lava jato' dá demonstração de força com votação no Paraná. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 2 out. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-out-02/dupla-lava-jato-demonstracao-forca-votacao-parana>. Acesso em: 7 nov. 2022.

transmutando na forma de populismos, ora exurgindo como ativismo judicial. Como afirmam Tassinari e Copelli,¹³⁴ enquanto o ativismo se manifesta pelo desvio do poder constitucional e legalmente conferido aos juízes e tribunais, o populismo surge nos espaços próprios da atividade política, tais como debates, propagandas, eleições e no uso do aparelhamento estatal. Ambos os fenômenos buscam estreitar a relação direta entre o povo e a concretização dos seus direitos por meio de um discurso demagógico, fácil de assimilar e, ao mesmo tempo, de difícil ou impossível realização, numa capciosa promessa de satisfação imediata. Nesse caminho, afastam os trâmites burocráticos e as demais instituições que compõem o cenário constitucional. A fim de atender esses anseios, propõem atalhos aos mecanismos institucionais, prometendo a resolução célere e definitiva de matérias complexas como saúde e segurança públicas, tributação, corrupção, entre outras. Na falta de saúde, dá-se o medicamento. Diante de uma pandemia, recomenda-se o enfrentamento “de peito aberto” ao vírus. Para resolver a segurança pública, basta fazer o “abate do bandido”. Diante da pobreza extrema e estrutural, basta a concessão de alguns benefícios assistenciais.¹³⁵

Mas, afinal, quais são os fatores e as condições que podem sustentar um regime democrático? E, ainda, quais os critérios que podem ser utilizados para averiguar os graus de qualidade desses regimes?

2.2.3 Fatores de estabilização e perspectivas de análise

Segundo Adam Przeworski, Alvarez, Cheibub e Limongi,¹³⁶ em uma pesquisa que abrangeu 135 países, de 1950 a 1990, analisando diversos fatores, foi justamente a desigualdade aquele de maior impacto na estabilidade do regime político. Por outro lado, conforme os autores, uma vez que um país adota a democracia, o seu nível de desenvolvimento econômico tem um efeito bastante forte sobre as chances de sobrevivência do regime democrático. Outro fator de impacto diz respeito aos países vizinhos: quanto maior a proporção de democracias no globo e na região de um determinado país, maior é a probabilidade de sobrevivência de sua democracia. Nesse ponto, também chama a atenção a

¹³⁴ TASSINARI, Clarissa; Giancarlo Montagner Copelli. Populismo e ativismo judicial são rupturas institucionais de mesmo tipo. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 14 mar. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-14/diario-classe-populismo-ativismo-judicial-sao-rupturas-institucionais-mesmo-tipo>. Acesso em: 24 jan. 2023.

¹³⁵ COPELLI, Giancarlo Montagner. O populismo como problema jurídico: impactos do discurso populista no Estado Democrático de Direito. **Revista Direito Mackenzie**, v. 15, n. 1, p. 1-16, 2021.

¹³⁶ PRZEWORSKI, Adam *et al.* O que mantém as democracias? **Lua Nova**, n. 40-41, p. 113-135, 1997.

pesquisa realizada por O'Donnell, segundo o qual as diversas democracias da América Latina, advindas de regimes ditatoriais, são do tipo delegativo, apresentando caráter paternalista.¹³⁷

Embora a democracia apresente vulnerabilidade diante de crises econômicas, sobretudo diante da inflação, as democracias parlamentaristas foram aquelas com maior chance de sobrevivência sob condições econômicas favoráveis. Segundo os autores do estudo, tal circunstância parece ocorrer diante do fato de que, no parlamentarismo, os candidatos derrotados seguem exercendo influência e papel oficial na agenda política, permitindo a continuidade dos debates e exigindo constantes prestações de contas, o que não ocorre com a mesma intensidade no presidencialismo. Além disso, verificou-se que os sistemas presidencialistas são altamente vulneráveis aos impasses entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo, tendo em vista a formação autônoma entre estes poderes. Não obstante, países pobres se mostraram mais propensos a escolher o presidencialismo, diante da baixa densidade de engenharia institucional e de aprendizagem política.¹³⁸

Em razão do exposto, percebe-se que a influência no binômio igualdade/desigualdade, tanto em sua concepção material quanto em seus impactos sociais e econômicos, tem relação direta com a manutenção e com a qualidade dos regimes democráticos. Por esse motivo, a desigualdade foi escolhida como fator de análise para fins de exame dos impactos das posturas e decisões do Poder Judiciário no regime político brasileiro.

No que tange às perspectivas de análise, a presente pesquisa optou pelo cruzamento de dois vieses qualitativos distintos, o culturalista e o institucionalista. Segundo José Álvaro Moisés,¹³⁹ a variação dos índices de adesão à democracia e de confiança depende tanto da cultura política como do funcionamento das instituições democráticas. A análise culturalista segue a tradição inaugurada por Almond e Verba, no sentido de que a democracia depende de uma série de atitudes, crenças e valores políticos, os quais ser podem denominadas de cultura política. Já a análise institucionalista busca explicações endógenas para os processos decisórios que ocorrem em cenários institucionais. Em outras palavras, investiga se as características institucionais (externas), tais como distribuição dos recursos e das prerrogativas, produzem impacto sobre o conteúdo (interno) das decisões.¹⁴⁰

Nesse sentido, poucos trabalhos parecem examinar a qualidade do regime democrático no que tange à relação dos cidadãos com o Poder Judiciário. Assim, busca-se identificar a

¹³⁷ O'DONNELL, Guillermo. Democracia delegativa? **Novos Estudos Cebrap**, São Paulo, n. 31, p. 25-40, 1991.

¹³⁸ PRZEWORSKI, Adam *et al.* O que mantém as democracias? **Lua Nova**, n. 40-41, p. 113-135, 1997.

¹³⁹ MOISÉS, José Álvaro. Cultura política, instituições e democracia: lições da experiência brasileira. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 23, n. 66, p. 11-43, fev. 2008.

¹⁴⁰ PILATTI, Adriano. A perspectiva institucionalista e a análise da dinâmica das decisões legislativas. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, v. 9, n. 29, p. 28-48, jul./dez. 2006.

dinâmica das relações da sociedade brasileira com o Poder Judiciário e a democracia em autores como Sérgio Buarque de Holanda, Pierre Bourdieu e Gustavo Baremlitt, entre outros. Nessa perspectiva, serão analisadas as posturas dos tribunais, a fim de identificar se esses posicionamentos encontram adequação com os mecanismos e os objetivos democráticos. A partir desse parâmetro democrático e das duas perspectivas de análise, o estudo poderá se debruçar acerca das manifestações do Poder Judiciário sobre a sociedade, o Estado e a democracia, buscando compreender formas de *accountability* vertical e horizontal existentes, e o quanto a cultura brasileira e as instituições judiciais vêm colaborando para a redução das desigualdades no país.

2.3 O ativismo judicial

Até o momento, o presente trabalho se propôs a um esboço histórico acerca do Estado e das sociedades, como visto no primeiro trecho deste capítulo. Após, num segundo trecho, foram tratados dos elementos que caracterizam os regimes democráticos ao longo do tempo. Além disso, definida a democracia como um ideal, uma conquista da humanidade e um objetivo político a ser alcançado, foram descritos alguns vetores que, conforme a literatura, garantiriam a manutenção desse regime político e o seu fortalecimento.

Desse modo, cabe, agora, o exame de outro fenômeno surgido no contexto de formação do Estado e de fortalecimento do direito e de seus profissionais no mundo: o ativismo judicial. Assim, em um primeiro momento, ciente das dificuldades metodológicas no assunto, serão abordados alguns conceitos acerca do ativismo judicial, buscando uma definição possível para a continuidade desta pesquisa. Após, buscando delimitar e problematizar os aportes teóricos que serão desenvolvidos nos próximos capítulos, serão abordados alguns exemplos e formas de manifestação do ativismo judicial, sobretudo no Brasil. Por fim, considerando a relação desta pesquisa com o direito e a democracia, serão expostas algumas críticas ao ativismo judicial enquanto elemento deslegitimador dos ambientes social, político e democrático.

2.3.1 Em busca de um conceito de ativismo judicial

Conforme refere Clarissa Tassinari,¹⁴¹ a definição de ativismo judicial não é tarefa fácil: primeiro, diante da pluralidade de significados atribuídos e de entendimentos acerca do seu conteúdo; segundo, pela ausência de um compromisso teórico de maior parte da doutrina nessa definição. De acordo com a autora, algumas compreensões do ativismo são a de que o fenômeno decorre do próprio exercício do controle de constitucionalidade em relação a atos dos demais poderes, enquanto outras o tratam como um sinônimo de judicialização ou de um maior número de demandas. Outras correntes entendem o ativismo como uma maior abertura à discricionariedade no ato decisório, ou, ainda, o aumento da capacidade de gerenciamento processual do julgador.¹⁴²

Segundo Lenio Streck,¹⁴³ enquanto a judicialização da política pode ser compreendida como uma contingência histórica em países periféricos de modernidade tardia, o ativismo configura uma atuação judicial excessiva, que extrapola os limites jurídicos e invade a competência dos demais poderes. Para o autor, o ativismo é uma violação do regime democrático, revelando-se um problema de fundamentação e de legitimidade. Nesse contexto, a diferenciação entre ativismo e judicialização encontra ainda mais dificuldades diante da cultura jurídica de personalismo e da falta de uma tradição jurídica própria, reforçando um imaginário de protagonismo judicial e de discricionariedade dos juízes.¹⁴⁴

Consoante Streck,¹⁴⁵ algumas correntes atribuem ao ativismo um verdadeiro louvor ao Poder Judiciário, o qual se encontraria liberto da aplicação “mecânica” da lei para fazer justiça no caso concreto. Nesse sentido, pode-se dizer que um aspecto fundamental do ativismo é a maleabilidade do raciocínio jurídico em detrimento de sua cientificidade. Segundo Streck, um exemplo disso é a quantidade de recepções equivocadas de teorias

¹⁴¹ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

¹⁴² TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

¹⁴³ STRECK, Lenio Luiz. A efetividade dos Direitos fundamentais no Brasil: entre judicialização da política e ativismo judicial. In: TEIXEIRA, Anderson V.; FILHO, Gilberto G.; SIMÕES, Sandro A. de S. (Org.). **Supremacia constitucional e políticas públicas**: discutindo a discricionariedade administrativa na efetivação de Direitos fundamentais. Porto Alegre: Editora Fi, 2016.

¹⁴⁴ STRECK, Lenio Luiz. A efetividade dos Direitos fundamentais no Brasil: entre judicialização da política e ativismo judicial. In: TEIXEIRA, Anderson V.; FILHO, Gilberto G.; SIMÕES, Sandro A. de S. (Org.). **Supremacia constitucional e políticas públicas**: discutindo a discricionariedade administrativa na efetivação de Direitos fundamentais. Porto Alegre: Editora Fi, 2016.

¹⁴⁵ STRECK, Lenio Luiz. A efetividade dos Direitos fundamentais no Brasil: entre judicialização da política e ativismo judicial. In: TEIXEIRA, Anderson V.; FILHO, Gilberto G.; SIMÕES, Sandro A. de S. (Org.). **Supremacia constitucional e políticas públicas**: discutindo a discricionariedade administrativa na efetivação de Direitos fundamentais. Porto Alegre: Editora Fi, 2016.

estrangeiras, como a Teoria da Argumentação de Robert Alexy: utilizando-se da técnica dos princípios, com base em escolhas arbitrárias dos princípios incidentes no caso concreto (ou em seu “peso”), os ativistas promovem decisões que negam ou afastam regras específicas aplicáveis ao caso concreto — regras, aliás, que as demais instituições não têm o poder de afastar. Nessa perspectiva, o ato de decisão judicial é transmutado em um puro *ato de vontade*, de natureza arbitrária.¹⁴⁶

Diante desse complexo panorama, mostra-se frutífero um retorno às origens históricas do ativismo para a compreensão desse fenômeno. Conforme anota Clarissa Tassinari,¹⁴⁷ o fortalecimento do Poder Judiciário a partir da metade do século XX foi objeto de diversos estudos. Referências podem ser encontradas nas obras de Robert Dahl, Ran Hirschl, Mark Tushnet, Ronald Dworkin. No Brasil, apesar desses estudos somente terem início com a Constituição Federal de 1988, podem ser referidos os autores Lenio Streck e Daniel Wang, além dos trabalhos de Clarissa Tassinari, Anderson Teixeira e Giancarlo Copelli.

De acordo com Anderson Teixeira, a expressão *judicial activism* encontra sua origem nos Estados Unidos, no século XX, a partir de decisões judiciais que buscavam impedir leis restritivas aos valores liberais. O primeiro exemplo conhecido foi o caso *Lochner v. New York*, em 1905, no qual a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade de uma lei do Estado de Nova York que limitara a 60 horas a jornada de trabalho semanal dos padeiros, por entender que a norma restringia a liberdade individual de contratar. Assim, na Era Lochner (1897-1937), intervenções estatais no domínio econômico foram continuamente invalidadas pela Suprema Corte dos Estados Unidos.¹⁴⁸

Conforme Ran Hirschl,¹⁴⁹ nas últimas décadas o mundo testemunhou uma profunda transferência de poder de instituições representativas para os tribunais. Hoje, o conceito de supremacia constitucional é compartilhado por mais de 100 países ao redor do mundo, abrangendo regimes pós-autoritários no antigo Bloco Oriental, no sul da Europa, na América Latina e na Ásia, em países como Canadá, Israel, Reino Unido e Nova Zelândia. No âmbito jurídico, a maior parte dos pesquisadores descreve a ampliação dos poderes dos tribunais a partir do deslocamento da validade do direito para as constituições, ocorrido no período que

¹⁴⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**. 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020. p. 286-291.

¹⁴⁷ TASSINARI, Clarissa. **Ativismo judicial**: uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2012.

¹⁴⁸ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo Judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 37-58, jan./jun. 2012.

¹⁴⁹ HIRSCHL, R. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 251, p. 139-178, 2009.

sucedeu o término da Segunda Guerra Mundial. Na filosofia, costuma-se referir o distanciamento das posturas metafísicas e positivistas, abrindo-se espaço para correntes como a fenomenologia e o existencialismo.¹⁵⁰

Uma das principais manifestações dessa tendência tem sido a judicialização da política, compreendida como o manejo de instrumentos jurídicos para o enfrentamento de questões de âmbito moral, de políticas públicas e de controvérsias políticas. Com os recentes mecanismos de controle de constitucionalidade, tribunais ao redor do mundo têm sido chamados a resolver uma série de problemas envolvendo liberdades de culto religioso e de expressão, direitos à igualdade e à privacidade, assim como políticas públicas relacionadas a educação, saúde e previdência. De igual forma, tornaram-se fenômeno comum manchetes sobre decisões judiciais a respeito de temas polêmicos como casamento entre pessoas do mesmo sexo, limites para o financiamento de campanhas e ações afirmativas.¹⁵¹

Segundo Hirschl,¹⁵² apesar da crescente prevalência desse fenômeno, o discurso sobre a judicialização da política ao redor do mundo costuma ser superficial, definindo-a como um resultado natural da prevalência dos direitos fundamentais. Às vezes, a judicialização da política também é confundida com o ativismo judicial, prestando-se pouca atenção à diferença entre atribuir aos tribunais a definição do direito a um julgamento justo, por exemplo, e confiar a eles a solução de delicadas questões de escolha e esforço coletivos que se encontram no âmago das principais crises dos sistemas públicos. O resultado, assim, tem sido a transformação de Cortes Supremas no mundo inteiro em parte central dos aparatos nacionais para a elaboração de políticas públicas, razão pela qual esse fenômeno tem sido chamado por alguns de “juristocracia”.¹⁵³

Apesar da origem histórica ligada ao liberalismo, no Brasil a prática e o reconhecimento de posturas de ativismo judicial somente vieram à luz a partir da Constituição Federal de 1988.¹⁵⁴ Com a redemocratização e a previsão de diversos direitos fundamentais, sobretudo de caráter social, o texto constitucional passou a atribuir uma série de prerrogativas

¹⁵⁰ STRECK, Lenio Luiz. A efetividade dos Direitos fundamentais no Brasil: entre judicialização da política e ativismo judicial. In: TEIXEIRA, Anderson V.; FILHO, Gilberto G.; SIMÕES, Sandro A. de S. (Org.). **Supremacia constitucional e políticas públicas: discutindo a discricionariedade administrativa na efetivação de Direitos fundamentais**. Porto Alegre: Editora Fi, 2016.

¹⁵¹ HIRSCHL, R. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 251, p. 139–178, 2009.

¹⁵² HIRSCHL, R. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 251, p. 139–178, 2009.

¹⁵³ HIRSCHL, R. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 251, p. 139–178, 2009.

¹⁵⁴ TASSINARI, Clarissa. **Ativismo judicial: uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2012. p. 16-32.

aos magistrados, buscando uma atuação mais presente na sociedade, gerando, inclusive, maior repercussão na mídia nacional.¹⁵⁵

Como anota Teixeira,¹⁵⁶ dois pressupostos fenomenológicos fundamentais ao ativismo podem ser apontados: sob uma perspectiva sociológica, a implantação da lógica do capitalismo mercantil nas relações sociais, substituindo os referenciais de identificação socioculturais (simbologia, tradição, linguagem) por referenciais capitalistas globalizados, causando uma perda de reconhecimento. Sob uma perspectiva político-institucional, encontra-se a dos sentimentos de comunidade, reconhecimento e identidade, e que exsurge da expansão dos tribunais e da cooptação do poder de criação normativa até então próprio do parlamento. Outros componentes que corroboram o ativismo são a compreensão social da política (*political*) como sinônimo de interesses meramente partidários (*politics*), sobretudo relacionando-a com a corrupção e a excessiva burocratização estatal, e, ainda, o imaginário social de que a Administração Pública não estaria habilitada a gerir conflitos de forma a produzir soluções constitucionalmente justas.¹⁵⁷

Nesse cenário de apatia democrática e de volatilidade, os tribunais são continuamente convocados a atender às novas demandas sociais. Contudo, o elevado grau de complexidade das relações impede que suas decisões se mantenham adstritas à racionalidade jurídica e às técnicas juspositivistas vigentes até a primeira metade do século XX.¹⁵⁸ Por outro lado, diante dessa insuficiência do direito positivo, as sociedades multiculturais fragmentadas acabaram por romper com as tradicionais concepções jusnaturalistas (cosmos, bem-comum, Deus).¹⁵⁹ O “bem-comum”, assim, passou a ser compreendido apenas como a estabilidade do próprio macrossistema social. Por conseguinte, quando chamados à decisão em casos que desbordam o direito positivo, os ativistas passaram a expressar e tutelar valores e interesses sectários, desvirtuando o uso do poder.¹⁶⁰

¹⁵⁵ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo Judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 37-58, jan./jun. 2012.

¹⁵⁶ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo Judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 37-58, jan./jun. 2012.

¹⁵⁷ PERLINGEIRO, Ricardo. Uma perspectiva histórica da jurisdição administrativa na América Latina: tradição europeia-continental versus influência norte-americana. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n. 1, p. 89-136, jan./abr. 2015.

¹⁵⁸ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo Judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 37-58, jan./jun. 2012.

¹⁵⁹ VESTING, Thomas. **Teoria do Direito: Uma Introdução**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 170-210.

¹⁶⁰ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo Judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 37-58, jan./jun. 2012.

2.3.2 Formas e exemplos de ativismo judicial

Em seus estudos, Anderson Teixeira apresenta um rol das principais modalidades de ativismo judicial, tais como a invalidação de atos (constitucionais) de outros poderes e o afastamento, sem justificção, dos precedentes aplicáveis ao caso concreto. Outra modalidade de ativismo consiste na utilização de técnicas hermenêuticas não encampadas pela comunidade jurídica ou pela jurisprudência, assim como a atuação enquanto legislador positivo, indo além da mera invalidação do ato sob análise. Neste caso, o juiz ativista produz uma nova norma jurídica, gerando instabilidade institucional e insegurança jurídica. Sem a pretensão de esgotar o tema, uma outra modalidade de ativismo judicial referida pelo autor consiste na produção de julgamentos predeterminados a fins específicos. Ou seja, visando a objetivos extrajurídicos (políticos, econômicos, morais, religiosos), a decisão é tomada à revelia do direito, normalmente se utilizando de uma fundamentação jurídica *ad hoc*, pinçada apenas para legitimar a conclusão.¹⁶¹

Segundo Lenio Streck,¹⁶² o ativismo é sempre prejudicial para a democracia, porque decorre de comportamentos e visões pessoais de juízes e tribunais, como se fosse possível uma linguagem privada, construída à margem da linguagem pública. O ativismo, assim, representa um tipo de decisão na qual a vontade do julgador substitui o debate público. Para autor, algumas declarações de Ministros do Supremo Tribunal Federal são uma confissão de ativismo, como quando referem que a Corte é a “vanguarda iluminista” do país, pois teria a vocação para “empurrar a história”.¹⁶³

Para Streck, os próprios textos legais, quando autorizam o “livre convencimento”, a “livre apreciação da prova” ou a “ponderação de valores”, são claros incentivos a essas práticas ativistas. Do mesmo modo, quando um magistrado diz que julga “conforme sua consciência”, é porque está reproduzindo algo já enraizado no imaginário jurídico. Pode-se até concordar com o resultado do julgamento, contudo a fundamentação se revela totalmente equivocada e inconstitucional.¹⁶⁴

A título de ilustração, vale referir o artigo elaborado por Streck, Tassinari e Lepper, que analisou o posicionamento e a fundamentação utilizada em alguns casos julgados pelo

¹⁶¹ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo Judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 37-58, jan./jun. 2012.

¹⁶² STRECK, L. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. **Espaço Jurídico Journal of Law**, v. 17, n. 3, 2016.

¹⁶³ BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, p. 23-50, Número Especial, 2015.

¹⁶⁴ STRECK, L. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. **Espaço Jurídico Journal of Law**, v. 17, n. 3, 2016.

Supremo Tribunal Federal envolvendo a perda do mandato parlamentar em caso de condenação criminal.¹⁶⁵ No julgamento do “Caso Cassol” em 2013, o Tribunal decidiu que a perda do mandato dependeria de decisão das Casas Legislativas, em interpretação ao artigo 55, inciso VI, parágrafo 2º, da Constituição Federal. No referido julgamento, o Ministro Luís Roberto Barroso afirmou que tal entendimento aliviaria a tensão entre os Poderes, oferecendo clara e exaustiva fundamentação nesse sentido. No mesmo ano, contudo, o mesmo Ministro Barroso apresentou entendimento totalmente distinto no âmbito do “Caso Donadon”, permitindo a perda direta do mandato. Ou seja, dois casos, duas medidas (e dois parlamentares) totalmente diferentes. Ainda que se concorde com algum dos posicionamentos exarados por aquele tribunal, no sentido da necessidade de deliberação do Poder Legislativo acerca da perda do mandato, fica evidente que a fundamentação utilizada não foi o fator determinante para o resultado do julgamento, mas sim questões externas ao próprio processo judicial, tornando o exercício da jurisdição um ato de poder discricionário e antidemocrático.

Outro caso ilustrativo foi o julgamento do *homeschooling* no âmbito do mesmo Tribunal Constitucional.¹⁶⁶ Tratava-se de um mandado de segurança em que a parte autora buscava autorização para o ensino domiciliar. Com decisões desfavoráveis em primeiro e segundo graus, alegando que, em que pese se admita discussão acerca do tema, não haveria direito líquido e certo para fins de mandado de segurança, foi interposto recurso ao Supremo Tribunal Federal. Apesar da decisão do Tribunal Constitucional ter sido no mesmo sentido, chama atenção o processo de deliberação dos ministros acerca do tema: alguns diziam ser favoráveis porque, inclusive, seus próprios pais haviam lecionado, com sucesso, nessa modalidade de ensino. Outro ministro, ainda, propôs que, além da denegação do mandado de segurança, o Tribunal estabelecesse, desde já, “parâmetros a serem seguidos para a adoção do ensino domiciliar como método de ensino infante-juvenil”, tais como procedimentos de notificação às secretarias municipais, a formação de cadastros compartilhados entre as Secretarias de Educação de todos os níveis federativos, avaliações periódicas, entre outras. Em resumo, percebe-se a total discricionariedade da fundamentação em relação ao caso que foi apresentado, imiscuindo-se em um debate público que sequer havia ocorrido no país.

Esses exemplos de ativismo, apesar de igualmente nocivos ao sistema, possuem a vantagem de, ao menos para os iniciados na prática jurídica, serem mais transparentes no sentido da própria contradição e discricionariedade em sua forma de produção. Não obstante,

¹⁶⁵ STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; OBACH LEPPER, Adriano, O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326, **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 5, n. 2, p. 51–61, 2015.

¹⁶⁶ Recurso Extraordinário n.º 888.815, julgado pelo Pleno em 12.09.2018.

talvez as formas mais preocupantes de ativismo sejam aquelas em que os juízes e os tribunais simulam um discurso hermético favorável à implementação de direitos, quando, na verdade, não parece haver qualquer compromisso com a justiça do caso concreto ou com o sistema como um todo. Nesse sentido, apesar do Código de Processo Civil, em seu artigo 489, atualmente proibir sentenças que se limitem à reprodução de leis sem explicar sua relação com a causa, que empreguem conceitos jurídicos indeterminados sem explicar o motivo concreto de sua incidência ou, ainda, que invoquem motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão, percebe-se que a referida regra, decorrente do dever constitucional de fundamentação dos atos judiciais, não costuma ser respeitada na maioria dos julgamentos.

Uma pesquisa rápida em algumas varas judiciais é suficiente para demonstrar que, se coletadas decisões de processos que versem sobre o mesmo tema, tal como direito à saúde ou direito à educação, a grande maioria das decisões e sentenças de um mesmo magistrado serão praticamente idênticas, apenas alterando dados básicos como o nome das partes ou o medicamento postulado, isso quando não tiverem sido esquecidos os dados constantes do arquivo de texto anterior. Numa análise qualitativa, por sua vez, percebe-se que grande parte das fundamentações se limitam a exortar algum direito fundamental e, sem qualquer justificativa intermediária, atribuir as mais diversas prestações, sobretudo em face do Poder Público. Em nome do “direito fundamental à educação”, extrai-se diretamente o direito a um professor ou monitor exclusivo, no período diurno, por 3 dias na semana, ou a obrigação de se construir uma nova sala de aula de 47 metros quadrados numa escola municipal ou estadual no prazo de 180 dias.

2.3.3 Uma questão de legitimidade democrática

Por essas razões, Lenio Streck¹⁶⁷ refere que a judicialização da política e o ativismo judicial passam pelo enfrentamento do problema da interpretação do direito e do tipo de argumento que pode legitimamente compor uma decisão judicial. Ou, ainda, sob quais circunstâncias é possível afirmar que o tribunal, em sua interpretação do direito, não está substituindo os demais poderes. Assim, o grande desafio do direito no século XXI é o de controlar hermeneuticamente as decisões judiciais.

¹⁶⁷ STRECK, L. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. **Espaço Jurídico Journal of Law**, v. 17, n. 3, 2016.

Conforme Teixeira,¹⁶⁸ embora as omissões constitucionais dos demais poderes suscitem o exercício da jurisdição constitucional, a própria legitimidade política dos tribunais impede que se tornem os principais implementadores dos objetivos fundamentais previstos na Constituição. Além disso, a hiperatuação do Poder Judiciário, carente de representatividade popular e de *accountability*, acaba por enfraquecer a legitimidade do Estado enquanto agente de promoção dos valores constitucionais.

Daniel Wang,¹⁶⁹ por sua vez, anota que atualmente os tribunais não têm negado o elemento político de suas decisões. Assim, estão buscando formas de incorporá-lo ao processo judicial e ao seu *modus operandi*. A título de exemplo, cita as audiências públicas e os *amici curiae* no Supremo Tribunal Federal. Outra proposta é a de tornar o Poder Judiciário um espaço de deliberação e cooperação entre os Poderes, como na doutrina dos diálogos institucionais. Desse modo, o problema da capacidade institucional e da legitimidade dos tribunais no ambiente democrático têm se colocado de forma cada vez mais forte.

No quesito legitimidade, uma das principais indagações sobre o ativismo judicial é a possível ofensa ao princípio da separação de poderes, circunstância que, por si só, tornaria a prática do ativismo ilegítima e inconstitucional, expondo o problema dos limites entre política e direito.¹⁷⁰ Para Hirschl, o envolvimento dos tribunais em decisões políticas substantivas mostra-se de difícil conciliação com alguns dos princípios fundamentais da teoria constitucional tradicional: enquanto a supervisão judicial de aspectos procedimentais do processo democrático se enquadra na competência da maioria das Cortes Constitucionais, questões como a legitimidade de reformas previdenciárias e a distribuição de recursos na saúde e na educação refletem dilemas primordialmente morais e políticos — e, não, jurídicos. Como tais, deveriam, por princípio, ser contemplados e decididos pela própria população, por seus representantes eleitos, politicamente responsabilizáveis.¹⁷¹

Sob o ponto de vista da democracia, mostra-se difícil de entender como, ao responderem a essas questões, os juízes conseguiriam basear suas decisões em princípios ou considerações qualitativamente diferentes daqueles típicos do processo legislativo ou dos referendos nacionais, com intensa participação do debate público. Portanto, julgar tais questões é um exercício substancialmente político, muito além da aplicação de dispositivos

¹⁶⁸ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo Judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 37-58, jan./jun. 2012.

¹⁶⁹ WANG, Daniel Wei Liang (Org.). **Constituição e política na democracia**: aproximações entre direito e ciência política. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 11-15.

¹⁷⁰ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo Judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 37-58, jan./jun. 2012.

¹⁷¹ HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 251, p. 139-178, 2009.

sobre direitos fundamentais e devido processo legal a questões de políticas públicas. De acordo com Hirschl,¹⁷² a judicialização desse tipo coloca os tribunais na posição de decidir sobre alguma das mais centrais questões políticas que uma nação pode enfrentar. Isso porque essas questões têm custos políticos muito altos e escassas diretrizes constitucionais.

Por outro lado, a crescente confiança em tribunais para articular e decidir assuntos de grande importância política representa uma rejeição de responsabilidade política, ou, até mesmo, uma abdicação de poder e de responsabilidade por parte de legislaturas eleitas. Além disso, pode prejudicar a própria essência da política democrática como um empreendimento que envolve a deliberação aberta e às vezes controversa. Por meio desse redirecionamento, as legislaturas passam a dar prioridade apenas a seus interesses de curto prazo: conseguir apoio eleitoral, evitando decisões difíceis e frequentemente impopulares, em detrimento da sua responsabilidade política.¹⁷³

Além disso, também chama a atenção que, mesmo diante da crescente intervenção judicial nas prerrogativas de outros Poderes, os tribunais têm permanecido passivos no que se refere a políticas sociais e de redistribuição de riqueza e recursos. Quando se trata de promover noções progressistas de justiça distributiva em áreas como distribuição de renda, erradicação da pobreza e a solução coletiva de direitos sociais como educação básica, saúde e moradia, cuja implementação requer respostas sistêmicas e estruturais, os tribunais têm se mostrado tímidos. Para o referido autor, mostra-se pouco realista supor que a definição de questões políticas centrais poderia ter sido transferida para os tribunais sem que contasse, no mínimo, com o apoio tácito ou explícito de atores políticos relevantes. Como qualquer outra instituição política, tribunais não operam em um vácuo institucional ou ideológico, e sua jurisprudência não pode ser entendida separadamente dos conflitos sociais, políticos e econômicos concretos que dão forma ao sistema político.¹⁷⁴

Nesse sentido, o ativismo judicial também pode ser alimentado por tentativas de hegemonia de grupos sociopolíticos dominantes que estejam com receio de perder seu controle sobre o exercício do poder político. Estes grupos são mais propensos a delegar aos tribunais questões estruturantes sobre a construção da nação e sobre identidades coletivas quando suas visões de mundo e preferências políticas estão sendo cada vez mais contestadas nas arenas decisórias majoritárias. Assim, a transferência de questões controversas para

¹⁷² HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 251, p. 139–178, 2009.

¹⁷³ HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 251, p. 139–178, 2009.

¹⁷⁴ HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 251, p. 139–178, 2009.

tribunais ou outras instituições decisórias profissionais pode ser vista como parte de um processo maior pelo qual elites políticas e econômicas procuram proteger a elaboração de políticas públicas das vicissitudes da política democrática.¹⁷⁵

Segundo Hirschl,¹⁷⁶ uma judicialização “de baixo para cima” tem mais chances de ocorrer quando as instituições judiciais são percebidas por movimentos sociais, grupos de interesse e políticos como órgãos decisórios mais respeitáveis, imparciais e efetivos do que outras instituições governamentais e legislativas consideradas burocráticas ou corruptas. De igual forma, uma judicialização da política totalmente abrangente tem menos chances de ocorrer em uma comunidade com um sistema político unificado e assertivo, capaz de limitar o Judiciário. Quanto mais disfuncionais forem o sistema político e suas instituições decisórias em uma dada comunidade, mais provável será a presença de um Poder Judiciário expansivo.

As questões discutidas ao longo do presente capítulo realçam o fato de que o ativismo judicial não pode ser visto somente como uma postura de alguns magistrados ou, ainda, um comportamento de uma composição específica de algum tribunal. Pelo contrário, o ativismo tem se mostrado como um comportamento sistêmico, muito além da consideração individual de seus membros. Assim, de acordo com as concepções trabalhadas anteriormente, a presente pesquisa buscará, no próximo capítulo, compreender e delimitar como o ativismo judicial e seus atores se desenvolveram no país, valendo-se da cultura brasileira da cordialidade e do paternalismo para se assentar estruturalmente no Estado, interferindo diretamente nos postulados do regime democrático.

¹⁷⁵ HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 251, p. 139–178, 2009.

¹⁷⁶ HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 251, p. 139–178, 2009.

3 O JUIZ CORDIAL E SEUS ATRAVESSAMENTOS NA DEMOCRACIA

Conforme referido anteriormente, o foco do presente trabalho se concentra na análise das interferências do ativismo judicial na democracia, por meio da atuação dos juízes e tribunais. Para uma análise qualitativa de resultados, foram elencados dois critérios para o exame desses atravessamentos, o culturalista e o institucionalista. Ainda, para fins metodológicos, optou-se pela concepção de democracia como o regime político que valoriza a igualdade entre os cidadãos, buscando, também, a redução das desigualdades que possam existir entre eles. Além disso, abordou-se, também, a concepção da democracia agonística, no sentido de possibilidade de debates públicos abertos entre opções substancialmente distintas.

Assim, num primeiro momento, buscar-se-á analisar como o ativismo judicial teve origem e se desenvolveu no seio da cultura brasileira. Para tanto, será utilizada a obra *Raízes do Brasil*, de Sérgio Buarque de Holanda, com o intuito de ilustrar a cultura brasileira do homem cordial, advinda dos povos ibéricos e marcada, no Brasil, pelo patriarcado rural e pelo paternalismo. Ainda, será analisado como o desenvolvimento dessa cordialidade, juntamente com o bacharelismo, fizeram com que a lógica familiar se deslocasse do ambiente doméstico e invadisse o ambiente público, afetando as relações políticas e cívicas que se seguiram, sobretudo no que diz respeito à atuação do Poder Judiciário e de seus membros.

Num segundo momento, estabelecidos esses elementos que marcaram demasiadamente a cultura brasileira, cabe examinar como o ativismo judicial, exercido pelos “juízes cordiais”, pôde se institucionalizar na burocracia estatal, transmudando os mecanismos democráticos, que deveriam evitar privilégios, em estruturas de poder e de distinção social, mediante a criação de uma linguagem privada e exclusiva. Com esse propósito, buscar-se-á descrever esse fenômeno por meio dos estudos do sociológico francês Pierre Bourdieu.

Após exposto como o ativismo judicial obteve êxito em se mesclar à máquina burocrática do Estado, cabe um exame de como a cordialidade judicial opera organizacionalmente, provocando, numa sociedade carente de soluções e de concretização de direitos, a demanda de políticas públicas para a oferta de serviços judiciários. Para tanto, será utilizada a obra de Gregório Barenblitt, com o objeto de delimitar essas interações entre demanda e oferta, e entre cidadãos-clientes e profissionais, para identificar quando as intervenções visam apenas ao fortalecimento destes (atravessamentos) ou quando realmente se destinam ao crescimento coletivo e democrático (transversalidades).

3.1 Raízes de um Brasil cordial

Considerando o título deste trabalho, impossível seria não mencionar a obra de Sérgio Buarque de Holanda. Neste primeiro ponto do capítulo, portanto, serão analisados quais os aspectos da formação cultural brasileira que deram origem a fenômenos como a cordialidade, o paternalismo e o patrimonialismo. Após, com o auxílio de O'Donnell e de outros autores, poderão ser identificados alguns elementos acerca de como a cultura da cordialidade recebeu o regime democrático no Brasil, transformando o paternalismo em uma verdadeira relação de dominação e supressão de autonomia.

3.1.1 O homem cordial

De acordo com Giancarlo Copelli,¹⁷⁷ foram autores como Gilberto Freyre, Sérgio Buarque de Holanda, Caio Prado Jr., Celso Furtado, Florestan Fernandes e Raimundo Faoro que lograram êxito em descrever a cultura e a formação do povo brasileiro. Seus relatos, apesar de terem sido escritos no século passado, ainda guardam impressionante atualidade, desnudando o jeito brasileiro de ser: a amabilidade no trato, a hospitalidade, a generosidade, sentimentos tão nobres e próprios ao ambiente doméstico, mas que, quando transportados para a vida em sociedade, deflagram a invasão do público pelo privado.

Especificamente para os propósitos de trabalho, cabe o exame da obra *Raízes do Brasil*, de Sérgio Buarque de Holanda. Parcialmente concebida no exterior, quando o autor residiu por dois anos como jornalista correspondente na Alemanha (1929-1930), seu texto foi finalizado e publicado no Brasil em 1936. Desde então, a expressão *homem cordial*, utilizada pelo autor no texto e, também, como título de um de seus capítulos, tornou-se célebre no ambiente intelectual, passando a suscitar diversas interpretações.

Nesse sentido, a maior polêmica se deu em relação a Cassiano Ricardo, intelectual do Estado Novo. Desde a publicação da obra, Ricardo vinha interpretando a cordialidade como uma virtude, uma técnica da bondade que teria sido desenvolvida durante a colonização. Insatisfeito com essa interpretação, Sérgio Buarque encaminhou cartas a Ricardo e escreveu alguns textos endereçados ao autor, incorporando-os, por fim, na terceira edição de *Raízes do Brasil*, em 1956. Isso porque a cordialidade, para Holanda, não representava propriamente um aspecto positivo, ligado às virtudes. Pelo contrário, acostumado ao modo familiar, em que

¹⁷⁷ COPELLI, Giancarlo Montagner. A tradição e a construção do Brasil. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 25 set. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-set-25/diario-classe-tradicao-construcao-brasil>. Acesso em: 14 nov. 2022.

vigoram as relações de afeto e de mera preferência, o brasileiro, ao se deparar com o mundo, molda suas relações com base em critérios de afeto e de pessoalidade. Assim, o brasileiro, como homem cordial, não suporta a impessoalidade, tentando transmutá-la em um comportamento de mera aparência afetiva, não sincera, que sempre busca simpatia, benefícios pessoais e facilidades.¹⁷⁸

É partir dessa polêmica, portanto, que podem ser extraídas algumas considerações para o presente trabalho. Como aponta Luiz Guilherme Marinoni, não há motivos para acreditar que o direito e os tribunais não seriam contaminados pela lógica e pelos impulsos que, desde os primórdios da história brasileira, fazem supor que o espaço público deve ser usufruído não só a favor do funcionário, mas também dos que merecem a sua confiança, ou melhor, a sua estima e simpatia.¹⁷⁹

Conforme Sérgio Buarque de Holanda, valendo-se dos conceitos de Max Weber sobre patrimonialismo e burocracia, a cultura da personalidade no Brasil deita suas raízes na colonização. Segundo o autor, uma das características dos povos ibéricos sempre foi o personalismo: a exaltação da autonomia e a preocupação com a afirmação individual, assim como a falta de comprometimento com objetivos que não se relacionassem a seus interesses pessoais. Por essa razão, as teorias negadoras do livre-arbítrio eram encaradas com desconfiança e antipatia por espanhóis e portugueses.¹⁸⁰

Essa mentalidade personalista teria sido o maior óbice ao espírito de organização espontânea. Nesse panorama, a exaltação extrema da personalidade e da individualidade somente pôde ser redirecionada a uma ideia de coletivo por meio de sua abruta contraposição, na forma de obediência e até de submissão a um bem maior. Segundo o autor, diferentemente de outros países da Europa, os quais teriam cultivado laços de lealdade feudal durante a Idade Média, Portugal e Espanha promoveram a obediência como virtude suprema e principal princípio político para a manutenção da ordem. Ao contrário de seus vizinhos protestantes, os povos católicos da Península Ibérica acabaram por encontrar elementos de unificação em um tipo de organização política artificialmente mantida pela força. Não existiria, sob a perspectiva desses povos, outro tipo de disciplina além da excessiva centralização do poder e da obediência, em que a vontade de mandar e a disposição para cumprir ordens são

¹⁷⁸ HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**: Edição Crítica - 80 anos [1936-2016]. São Paulo: Companhia das Letras, 2016. p. 9-10.

¹⁷⁹ MARINONI, Luiz G. Cultura e previsibilidade do direito. **Revista de Processo**, v. 239, p. 431-450, jan. 2015.

¹⁸⁰ HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**: Edição Crítica - 80 anos [1936-2016]. São Paulo: Companhia das Letras, 2016. p. 34-40.

igualmente peculiares.¹⁸¹ Nesse sentido, Holanda refere que as Inquisições Espanhola e Portuguesa constituíram fenômenos típicos desses países, sendo posteriormente substituídas por ditaduras militares como as de Franco na Espanha e a de Salazar em Portugal. Vale acrescentar, ainda, que esses mesmos movimentos ditatoriais aconteceram na América Latina, incluindo o Brasil, onde ainda vige um saudosismo da ditadura militar, materializado em pedidos de intervenção militar e de golpe de estado.¹⁸²

Conforme Holanda, essa cultura da personalidade ganhou ainda mais nuances durante o processo de formação do país. Toda a estrutura de sociedade colonial teve sua base fora dos meios urbanos, de sorte que os portugueses instauraram no Brasil uma civilização de raízes rurais, cujas influências remanescem até hoje. Nos domínios rurais, a autoridade do proprietário de terras não sofria réplica e tudo se fazia consoante sua vontade, muitas vezes despótica. Nesse ambiente, o poder do *pater familias* era ilimitado e poucos freios existiam para sua tirania, a que os filhos estavam inteiramente subordinados.¹⁸³

Com a chegada da Corte Portuguesa em 1808, e, após, com a Independência, percebeu-se o declínio da lavoura e a rápida ascensão dos centros urbanos, onde outras ocupações passaram a conferir prestígio e nobreza, tais como a atividade política, a burocracia e as profissões liberais. Assim, os senhorios rurais começaram a perder muito de sua posição privilegiada. Diante dessa nova realidade, os fazendeiros escravocratas e seus filhos, agora educados nas profissões liberais, passaram a migrar seu monopólio para a política, elegendo-se ou fazendo eleger seus candidatos, dominando os parlamentos, os ministérios e outras posições de mando, fundando a estabilidade das instituições nesse domínio patriarcal. Holanda refere que essa improvisação forçada de uma burguesia urbana fez com que certas atitudes peculiares ao patriarcado rural logo se tornassem comuns a todas as classes como norma ideal de conduta.¹⁸⁴

Nesse contexto, percebe-se que foi a família patriarcal que forneceu o grande modelo a partir do qual se formaram as relações entre governantes e governados. O resultado foi o predomínio, em toda a vida social, de sentimentos próprios à comunidade doméstica, naturalmente particularista e antipolítica, em uma verdadeira invasão do público pelo privado,

¹⁸¹ HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**: Edição Crítica - 80 anos [1936-2016]. São Paulo: Companhia das Letras, 2016. p. 40-42.

¹⁸² LOPES, Léo. Grupos fazem atos antidemocráticos e pedem intervenção militar diante de quartéis. **CNN Brasil**, 2 nov. 2022. Disponível em: [cnnbrasil.com.br/politica/grupos-fazem-atos-antidemocraticos-e-pedem-intervencao-militar-diante-de-quarteis/](https://www.cnnbrasil.com.br/politica/grupos-fazem-atos-antidemocraticos-e-pedem-intervencao-militar-diante-de-quarteis/). Acesso em: 23 nov. 2022.

¹⁸³ HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**: Edição Crítica - 80 anos [1936-2016]. São Paulo: Companhia das Letras, 2016. p. 106-116.

¹⁸⁴ HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**: Edição Crítica - 80 anos [1936-2016]. São Paulo: Companhia das Letras, 2016. p. 117-123.

do Estado pela família. Assim, a sombra do quadro familiar persegue os indivíduos mesmo fora de seu recinto doméstico: neles, a entidade privada precede sempre a entidade pública, e as concepções mais arraigadas de poder, respeitabilidade, obediência e coesão entre os homens provinham desse patriarcado rural.¹⁸⁵

No aparato estatal, a distinção entre os domínios público e privado era ainda mais difícil aos detentores das posições de responsabilidade. Para esses funcionários patrimonialistas, a própria gestão política se apresentava como assunto de seu (e para o seu) interesse particular: as funções e os benefícios que deles auferiam se relacionavam a direitos pessoais do funcionário, e não a interesses objetivos. De igual forma, a escolha dos homens que iriam exercer as funções públicas se fazia, como regra, de acordo com a confiança pessoal, e não de acordo com as suas capacidades. Se, nos negócios com portugueses e brasileiros, era necessário antes torná-los amigos, nos setores público e privado se julgava perfeitamente normal a aquisição de vantagens pessoais por intermédio de indivíduos com os quais se tinha alguma relação de afeto ou de camaradagem, e não se compreendia que uma pessoa, por exercer determinada função, deveria evitar favores a amigos e parentes. Para o autor, é desse comportamento social, em que o sistema de relações se edifica essencialmente sobre laços diretos, que procedem os principais obstáculos à aplicação das normas de justiça e de quaisquer prescrições legais.¹⁸⁶

Nesse modo de ser, até mesmo os partidos políticos eram constituídos à semelhança do modelo familiar, em que os vínculos biológicos e afetivos deveriam preponderar sobre outras considerações, preterindo a simples união em torno de ideias ou de interesses.¹⁸⁷ Talvez por essa razão possa ser explicada a constante troca de partidos políticos pelos candidatos no Brasil, em que a identidade ideológica com o programa partidário vale menos do que os simpatizantes de ocasião ou da oportunidade e da conveniência relativa às possibilidades de angariar mais votos sob uma nova legenda. Nas eleições, o exercício de cidadania se resume a obter apoio e favores pessoais dos representantes: o brasileiro não vê outra forma de escolha senão daqueles candidatos que prometem benefícios diretos ou indiretos a si, a seus familiares e a seus negócios, pouco importando se o bem comum exige a priorização, ao menos de início, de alguma população ou localidade que lhes sejam estranhos. Por conseguinte, torna-se inconcebível o voto em um projeto ideológico-partidário.

¹⁸⁵ HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**: Edição Crítica - 80 anos [1936-2016]. São Paulo: Companhia das Letras, 2016. p. 117-121.

¹⁸⁶ HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**: Edição Crítica - 80 anos [1936-2016]. São Paulo: Companhia das Letras, 2016. p. 190-226.

¹⁸⁷ HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**: Edição Crítica - 80 anos [1936-2016]. São Paulo: Companhia das Letras, 2016. p. 114.

No mesmo sentido, vale citar a pesquisa realizada por Luis Felipe Miguel, na qual foram analisadas centenas de cartas enviadas por brasileiros a Presidentes da República eleitos. Como resultado da pesquisa, constatou-se que, em sua grande maioria, os diálogos de cunho político tinham como foco a solicitação de favores pessoais. Os brasileiros, assim, aludiam ao “bom presidente” não como aquele que ajudaria o país como um todo, mas como aquele que atenderia a suas súplicas específicas de ajuda.¹⁸⁸ Assim, o paternalismo e o patrimonialismo também acabam dando origem ao clientelismo, na forma de uma moeda de troca entre sujeitos que demandam um serviço de caráter público e aqueles que administram ou têm acesso aos mecanismos de decisão.¹⁸⁹

Para Holanda, esse processo de desenvolvimento culminou na criação da cultura brasileira da personalidade e do homem cordial. A amabilidade, a hospitalidade, a generosidade, virtudes tão elogiadas pelos estrangeiros, representam, na verdade, um traço do caráter brasileiro: um modo de viver, um modo de dominar e, ao mesmo tempo, um mecanismo de sobrevivência. Como uma Antígona (emoção, apelo individual) em relação a Creonte (a ordem, o geral/universal), o povo brasileiro rejeita a visão ritualista e impessoal da vida. Segundo o autor, é por essa razão que o brasileiro reluta em aceitar um princípio supraindividual de organização, e que até o culto religioso se torna excessivamente humano e terreno, num apego singular aos valores da personalidade cultivados no ambiente doméstico. Cada indivíduo, nesse caso, afirma-se pessoalmente ante os seus semelhantes, indiferente à lei geral quando esta contraria suas afinidades e atento apenas ao que o distingue dos demais.¹⁹⁰

Em *Raízes do Brasil*, o autor refere que todas essas circunstâncias também fizeram aflorar o fenômeno do bacharelismo no país, com a tendência para a exaltação da personalidade individual como valor próprio, superior às contingências. Nas palavras de Holanda, o Brasil ainda vive uma “terra de advogados”, onde apenas os cidadãos formados em direito podem ascender às altas posições e cargos públicos. Teria sido essa forma de desenvolvimento, portanto, que acarretou um desequilíbrio social cujos efeitos permanecem vivos ainda hoje.¹⁹¹ No mesmo sentido, Luiz Guilherme Marinoni afirma que no direito ainda se percebe a existência do homem cordial, do juiz e do promotor que atuam com base nos velhos motivos que presidiam a família patriarcal, quando tudo girava em torno da

¹⁸⁸ MIGUEL, Luis Felipe. **Consenso e conflito na democracia contemporânea**. São Paulo: Unesp, 2017.

¹⁸⁹ SEIBEL, Erni J.; OLIVEIRA, Heloísa M. J. de. Clientelismo e seletividade: desafios às políticas sociais. **Revista de Ciências Humanas**, Florianópolis, EDUFSC, n. 39, p. 135-145, abr. 2006.

¹⁹⁰ HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**: Edição Crítica - 80 anos [1936-2016]. São Paulo: Companhia das Letras, 2016. p. 228-245.

¹⁹¹ HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**: Edição Crítica - 80 anos [1936-2016]. São Paulo: Companhia das Letras, 2016. p. 247-248.

personalidade. O advogado, por sua vez, torna-se o bajulador, lançando mão das relações peculiares e do “jeito” para influenciar o resultado dos processos e favorecer seus clientes.¹⁹²

Como afirma José Reinaldo de Lima Lopes, os bacharéis, no Brasil, foram o tipo ideal de burocrata nascido em uma sociedade escravista e clientelista. Para esses profissionais, a progressão na carreira ocorria por indicação ou por alianças com os donos do poder local, provincial ou nacional. Segundo o autor, sempre houve uma intimidade desses juristas com o poder, e seu estatuto de carreira letrada tendia a afastá-los das condições reais do restante da população. A carreira jurídica, em particular a magistratura, era considerada um degrau para a carreira política.¹⁹³

No âmbito dos tribunais, essa exaltação da individualidade e das virtudes pessoais em detrimento da ordem pode ser percebida na forma como a atuação dos juízes é apresentada ao público pela própria categoria: não como uma garantia de aplicação do ordenamento jurídico de forma íntegra e coerente, mas como exercício pessoal da vocação de justiça. Exemplo ilustrativo é a declaração da presidente da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), para quem “*a democracia é um valor arraigado na população brasileira*”, e que “*é forte porque tem instituições fortes, compostas por mulheres e homens de brio e coragem*”.¹⁹⁴ No Brasil também é comum a cultura de biografia dos magistrados, com a exaltação aos valores e méritos pessoais. A mídia e os produtores de opinião pública costumam priorizar essa visão, como se pôde ver em relação a ministros do Supremo Tribunal Federal (Joaquim Barbosa como “Batman” e paladino da justiça)¹⁹⁵ e com magistrados em operações famosas, como Sérgio Moro em relação à Lava Jato.

Nesse sentido, o próprio Poder Judiciário também parece adotar uma postura de superioridade moral e virtuosidade sobre o restante da população e, até mesmo, das demais carreiras jurídicas, como se o cargo de magistrado fosse o ápice cognitivo do sistema, em que os demais atores processuais precisariam “estudar mais” para chegar na mesma posição.¹⁹⁶ Como refere Clarissa Tassinari, a associação das figuras do juiz e dos tribunais a uma figura paterna é apenas um dos meios que deixa visível o discurso de supremacia. A partir disso,

¹⁹² MARINONI, Luiz G. Cultura e previsibilidade do direito. **Revista de Processo**, v. 239, p. 431-450, jan. 2015.

¹⁹³ LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história**. 7. ed. Barueri: Atlas, 2023. p. 354-355.

¹⁹⁴ GIL, Renata. Formato atual da carreira de magistrado é um absurdo, afirma presidente da AMB. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 18 out. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-out-18/entrevista-renata-gil-presidente-amb>. Acesso em: 09 nov. 2022.

¹⁹⁵ PINHONI, Marina. Barbosa, o Batman brasileiro, é o novo presidente do STF. **Exame**, 10 out. 2012. Disponível: exame.com/brasil/barbosa-o-batman-brasileiro-e-o-novo-presidente-do-stf. Acesso: 23 nov. 2022.

¹⁹⁶ STRECK, Lenio. Indefiro, indefiro, eu mando...vai estudar, advogado, para sentar aqui. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 24 jun. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jun-24/lenio-streck-indefiro-indefiro-eu-mandovai-estudar-advogado>. Acesso em: 10 nov. 2022.

origina-se um discurso de especialidade do Poder Judiciário para resolver as controvérsias políticas, em detrimento das demais esferas de poder. Propaga-se, assim, a tese de que esses atores possuem uma aptidão ou talento naturais para retirar a sociedade de seus impasses, pois constituiriam um terceiro neutro e assim produziriam uma decisão objetiva, imparcial e inexoravelmente justa.¹⁹⁷

Nesse sentido, também chama a atenção o tipo de material formativo produzido pelo Poder Judiciário, ilustrativo da forma de pensamento daqueles que fazem parte das Cortes do país. Na publicação *Vivendo o trabalho subalterno*,¹⁹⁸ os magistrados narram a experiência de terem vivenciado, por um único dia, a rotina como garis, faxineiros, copeiros, cobradores de ônibus e caixas de supermercado. Como refere Jessé Souza, a classe trabalhadora se vê através dos olhos da classe dominante, isto é, reduzida à sua força de trabalho, à pura atividade muscular.¹⁹⁹ Para Paulo Freire, essa pedagogia que, partindo dos interesses da elite, faz dos oprimidos objetos de seu humanitarismo, mantém e encarna a própria opressão. Torna-se, assim, um instrumento de desumanização.²⁰⁰

Assim, delineada essa formação histórica que conduziu à formação do homem e do juiz cordiais, pode-se questionar de que modo esse agente tipicamente brasileiro se manifesta no ambiente intelectual. E, considerando o foco de deste trabalho, de que forma os juízes e tribunais operam nesse quadro cultural de paternalismo e de patrimonialismo.

3.1.2 O discurso cordial

Segundo Holanda,²⁰¹ a cultura da cordialidade também se estende ao ambiente intelectual, tornando comum a adoção de doutrinas às vezes diametralmente opostas, dando um “jeitinho” de acoplá-las para que nenhum de seus defensores se sinta desprestigiado. No direito, percebe-se a manifesta preferência dos juristas e tribunais brasileiros pela mixagem teórica, criando-se as “correntes mistas” ou “eccléticas”, bastando uma roupagem vistosa, com palavras bonitas e argumentos sedutores. Assim, ao contrário da democracia agonística de

¹⁹⁷ TASSINARI, Clarissa. A autoridade simbólica do Supremo Tribunal Federal: elementos para compreender a supremacia judicial no Brasil. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 14, n. 2, p. 95-112, 2018.

¹⁹⁸ TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO (1. REGIÃO). *Vivendo o trabalho subalterno*: as experiências de doze magistrados. 1. ed. Rio de Janeiro: TRT-1ª Região, 2018.

¹⁹⁹ SOUZA, Jessé. *A construção social da subcidadania*: para uma sociologia política da modernidade periférica. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003. p. 41-61.

²⁰⁰ FREIRE, Paulo. *Pedagogia do oprimido*. 79 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2021. p. 39-78.

²⁰¹ HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*: Edição Crítica - 80 anos [1936-2016]. São Paulo: Companhia das Letras, 2016. p. 246.

Mouffe,²⁰² em que a divergência de ideias é vista como natural e essencial a um ambiente profícuo de debate entre adversários, os homens cordiais prezam por manter ao máximo suas relações de camaradagem, as quais somente são rompidas quando já insustentáveis, transformando-se, assim, em um embate inconciliável entre inimigos.

A educação, por sua vez, longe de ser instrumento de conhecimento e ação, é utilizada como um ornamento, o que se percebe, inclusive, na produção de documentos oficiais. Um amor à frase sonora, ao verbo abundante, à erudição ostentosa, à expressão rara.²⁰³ Nos tribunais, nota-se a preferência por palavras do português rebuscado, o uso das mesóclises e ênclises, ainda quando facilmente substituíveis por expressões mais atuais. Além disso, o uso do latim, sem qualquer tradução ao cidadão, notadamente numa sociedade desigual e iletrada como a brasileira. Quando não pode ser comunicada verbalmente, a distinção entre o nobre e o cidadão comum ocorre por meios de símbolos e títulos honoríficos. O “doutor” proveniente do decreto imperial e seus distintivos e brasões. Nas petições, embora os códigos apontem a necessidade de indicação do *juízo* a que se destina, poucos advogados arriscam faltar com o uso dos pronomes de tratamento e do superlativo: “Excelentíssimo Senhor Doutor Juiz”, “Egrégio Tribunal”, “Colenda Câmara”, entre outros maneirismos.

Segundo Holanda,²⁰⁴ a qualidade particular dessa inteligência é ser simplesmente decorativa, existindo em função do próprio contraste com o trabalho físico, assim como a necessidade, numa sociedade aristocrática e personalista, que sente cada indivíduo de se distinguir dos seus semelhantes por alguma virtude aparentemente congênita e intransferível, semelhante à nobreza. Para Paulo Freire, as elites são eficientes no uso de uma concepção apassivadora da educação, em que se busca um estado de imersão e incompreensão das consciências. Ao contrário das práticas e do debate que esclarecem e promovem a crítica e a reflexão, vendem, a partir de sua posição de superioridade, um discurso antipolítico e recheado de slogans prontos, cuja compreensão e sentido serão dados pelo poder da autoridade.²⁰⁵ A título de exemplo, enquanto réus e advogados se veem diante de complexos processos judiciais cujos resultados poderão conduzir à liberdade ou à prisão, os tribunais aplicam “a justiça”, sanando nulidades e inconstitucionalidades por meio de aforismos

²⁰² MOUFFE, Chantal, Democracia, cidadania e a questão do pluralismo. **Revista Política e Sociedade**, v. 2, n. 3, p. 11–26, 2003.

²⁰³ HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**: Edição Crítica - 80 anos [1936-2016]. São Paulo: Companhia das Letras, 2016. p. 256.

²⁰⁴ HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**: Edição Crítica - 80 anos [1936-2016]. São Paulo: Companhia das Letras, 2016. p. 118-119.

²⁰⁵ FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. 79 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2021. p. 39-166.

prontos como “*pas de nullité sans grief*” ou “*in dubio pro societate*”, sem qualquer amparo na ordem jurídica.²⁰⁶

Para Lenio Streck,²⁰⁷ outro exemplo dessa cultura de mixagem teórica foi a importação da teoria de Robert Alexy, em evidente paradoxo: se a teoria da ponderação se presta a resolver um conflito entre princípios, como poderia ela mesma ser um princípio? Na prática, tal teoria foi incorporada apenas para um efeito de ornamentação, a fim de legitimar decisões que, no fundo, são discricionárias e antidemocráticas. Assim, o magistrado decide o que deseja, e após “fundamenta” sua decisão dizendo que um princípio (legalidade, presunção de inocência) ou regra constitucional ou legal deve ter sua força “relativizada” diante da “ponderação” de outros princípios, a serem enunciados pelo próprio magistrado naquele momento. Desse modo, a cultura do juiz cordial acaba remetendo ao que Streck denomina de juiz solipsista, ou seja, aquele juiz que se basta a si próprio, e que julga apenas conforme seus valores e sua consciência, como se o direito fosse sua própria criação e uma manifestação do seu ser ao mundo.²⁰⁸

Além da formalidade da fala e da escrita, vige, ainda, a formalidade das vestimentas. No Brasil, são comuns notícias de pessoas cujo acesso aos fóruns ou tribunal foi vedado em virtude de sua vestimenta. O uso de calças para os homens e de vestido ou calça para as mulheres ainda costuma ser obrigatório nos tribunais de segunda instância, enquanto nos tribunais superiores também se exige o paletó.²⁰⁹ Em 2021, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul alterou as regras de acesso aos seus prédios e proibiu o ingresso de quem esteja vestindo bermudas, shorts, minissaias, camisetas masculinas sem manga, miniblusas, roupas de ginástica ou chinelos, incluindo a proibição até mesmo nas audiências virtuais. O documento exige que todos “deverão trajar-se adequadamente, observados o decoro, o respeito e a austeridade do Poder Judiciário”. No Estado do Paraná, um trabalhador foi impedido de participar da audiência em virtude de estar vestindo camiseta regata, bermudas e chinelos. Segundo o magistrado que conduzia a solenidade, a roupa era “incompatível com a

²⁰⁶ STRECK, Lenio Luiz. O STJ e o depoimento do réu delator: não há nulidade sem prejuízo? **Consultor Jurídico**, São Paulo, 21 set. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-21/streck-eterno-retorno-questao-nao-nulidade-prejuizo>. Acesso em: 3 jan. 2023.

²⁰⁷ STRECK, Lenio Luiz. A efetividade dos Direitos fundamentais no Brasil: entre judicialização da política e ativismo judicial. In: TEIXEIRA, Anderson V.; FILHO, Gilberto G.; SIMÕES, Sandro A. de S. (Org.). **Supremacia constitucional e políticas públicas**: discutindo a discricionariedade administrativa na efetivação de Direitos fundamentais. Porto Alegre: Editora Fi, 2016.

²⁰⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020.

²⁰⁹ STF exige roupa social para os visitantes em geral. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 3 dez. 2011. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2011-dez-03/stf-amplia-regra-vestimentas-aos-visitantes-geral-cria-constrangimento>. Acesso em: 09 nov. 2022.

dignidade do Poder Judiciário”.²¹⁰ Nem em países de rigoroso formalismo o código de vestimentas é tão austero. Na Suprema Corte do Reino Unido, em Londres, como regra os juízes não usam mais perucas ou togas, e é permitida a entrada livre de qualquer pessoa, ainda que de bermudas ou chinelos.

Na mesma linha, como refere Sergio Miceli, a cobertura brasileira do julgamento do *Mensalão* (Ação Penal n.º 470) pela mídia exacerbou o espetáculo cotidiano de exibicionismo da nobreza togada, compenetrada de arrogância estamental, a qual extravasa pela indumentária, pelo vocabulário empolado, pelos arroubos de desinteresse calculado, pela pureza militante em nome de ditames éticos edificantes, pela prepotência perante os demais poderes.²¹¹ Outras pesquisas revelam, ainda, que, com a criação de canais públicos como a *TV Justiça*, em 2002, houve um flagrante aumento no tamanho dos votos dos ministros do Supremo Tribunal Federal, o que levou à redução no número de julgamentos colegiados. Conforme o ministro aposentado Moreira Alves, “*hoje falam para aparecer mais na televisão*”. Com base numa comparação de dados de 1990 a 2011,²¹² o número de páginas na Corte lidas subiu em 59%. Segundo o pesquisador, “*é um fato inequívoco que os acórdãos cresceram consideravelmente*”, assim como “*uma dinâmica de plenário em que os ministros se habituaram a ler os votos*”.

Ainda segundo Holanda,²¹³ outro fenômeno comum no Brasil é a tentativa de controle da realidade com base em leis e regulamentos, acreditando que a “letra fria” pode, por si só, influir sobre o destino de um povo. Com a pretensão de manter intocada a cordialidade que rege a sua vida, e da qual depende para sobreviver, o homem cordial acredita que a rigidez e a impermeabilidade da legislação, fabricadas pelos juristas, constituem o único requisito para a boa ordem social, apostando que é a obediência a preceitos abstratos que produzirá uma educação política e de hábitos civilizados. Isso pode ser visto nas campanhas de recrudescimento da legislação penal, na qual se espera que, com o simples aumento da pena abstrata do crime, todo o contexto social da segurança pública e do encarceramento serão resolvidos, sem que qualquer outra condicionante, inclusive a própria população, tenha que se

²¹⁰ Homem impedido de entrar em audiência será indenizado. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 2 abr. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-abr-02/trabalhador-proibido-entrar-audiencia-conta-roupa-indenizado>. Acesso em: 09 nov. 2022.

²¹¹ MICELI, Sergio. In: BOURDIEU, Pierre. **Sobre o Estado**. São Paulo: Companhia das Letras, 2014. p. 19-26.

²¹² BEZERRA, Elton. Acórdãos do STF aumentam de tamanho após TV Justiça. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 20 mai. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-mai-20/acordaos-stf-adis-aumentam-producao-cai-tv-justica>. Acesso em: 09 nov. 2022.

²¹³ HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**: Edição Crítica - 80 anos [1936-2016]. São Paulo: Companhia das Letras, 2016. p. 278.

implicar na gestão do problema. Ou, ainda, nas costumeiras críticas de que, “no Brasil, a lei não pega”, ou de que “lá fora, ‘a lei’ é séria”.

Como afirma José Reinaldo de Lima Lopes, eis o dilema do jurista letrado num país pobre, no qual vige a extrema distinção social entre os bacharéis e a massa. De modo geral, a perspectiva desses profissionais acaba por se consolidar num cenário de idealismo: quando assaltados pela realidade brasileira, propõem soluções idealistas e tendem a confundir a eficácia do direito com a imposição de medidas repressivas. Em outros casos, tendem a acreditar na mudança social por decreto.²¹⁴

Essa aposta na ordem impessoal para resolver os problemas e conduzir situações acaba também por operar uma burocracia à brasileira. Enquanto em outros países a burocracia impessoal foi criada para que todos fossem obrigados a seguir os procedimentos previstos, de forma a garantir a isonomia no tratamento, no Brasil essa mesma burocracia só é utilizada quando o agente não deseja dar algum tratamento especial ao solicitante. Assim, para a própria sobrevivência, o cidadão é obrigado a recorrer às amizades ou, então, tornar-se íntimo, pessoalizando sua situação para que alguma exigência legal seja atenuada ou dispensada naquele momento.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni,²¹⁵ o homem cordial inviabilizou a aplicação igualitária da lei, transformando-a em neutra e abstrata apenas para aqueles que não têm boas razões para ser tratado de forma individualizada, ou seja, que não participam do círculo íntimo. Para o autor, numa cultura marcada pelo patrimonialismo, a lógica da aplicação da lei tende a ser a da manipulação de sua interpretação e incidência. Há uma nítida conexão entre a incapacidade de conviver com a impessoalidade e com a generalidade da lei e a irracionalidade da distribuição da justiça. Porém, se a universalidade das regras é indispensável a uma sociedade realmente democrática, que pretende desenvolver-se sem privilegiar alguns, é preciso renunciar a essa cordialidade, deixando de ser uma grande família para se tornar uma nação.

Para Holanda, o Estado não deve ser considerado uma ampliação do círculo familiar e, ainda menos, uma integração de certos agrupamentos, de certas vontades particularistas. Segundo o autor, “não existe, entre o círculo familiar e o Estado, uma gradação, mas antes

²¹⁴ LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história**. 7. ed. Barueri: Atlas, 2023. p. 354-355.

²¹⁵ MARINONI, Luiz G. Cultura e previsibilidade do direito. **Revista de Processo**, v. 239, p. 431-450, jan. 2015.

uma descontinuidade e até uma oposição. Há nesse fato um triunfo do geral sobre o particular, do intelectual sobre o material, do abstrato sobre o corpóreo”.²¹⁶

Com base nessas considerações, Sérgio Buarque de Holanda refere que “a democracia no Brasil foi sempre um lamentável mal-entendido”, pois a aristocracia rural a importou e tratou de acomodá-la a seus direitos ou privilégios. Afirma, ainda, que os movimentos aparentemente reformadores partiram quase sempre “de cima para baixo”, e não de uma revolução cultural que tivesse chegado à maturidade plena. Por essas razões, Holanda refere que, no Brasil, a substituição dos detentores do poder público é um remédio meramente aleatório, pois quando se imagina estar exercendo algum princípio democrático, está-se apenas lutando por um personalismo contra o outro. Não se trata da causa de uma inadaptação ao regime democrático, mas antes um sintoma dessa inadaptação.²¹⁷

Percebe-se, assim, que, conforme a interpretação conferida por Holanda à formação do Brasil, vige uma cultura própria, ligada à cordialidade, ao patrimonialismo, ao clientelismo e ao paternalismo, fenômenos que regem as relações em sociedade e que impactam diretamente modelos e institutos da modernidade implantados no país. Assim, numa análise culturalista, percebe-se a invasão do público pelo privado, e as consequências que essa relação traz para o regime democrático. Desse modo, pode-se questionar como é possível enquadrar modelos teóricos de democracia em países como o Brasil, com esses aspectos tão peculiares? E mais, como uma instituição como o Poder Judiciário, igualmente marcada por esses fenômenos, pode atuar de forma a não apenas os incentivar ou a reproduzi-los?

3.1.2 Uma democracia cordial: do paternalismo à dominação

Conforme o cientista político argentino Guillermo O’Donnell,²¹⁸ alguns regimes instalados nas últimas décadas, sobretudo na América Latina, podem ser considerados democráticos no sentido de que atendem aos requisitos definidos pela literatura política. No entanto, para o autor, essas democracias não são representativas e nem parecem estar caminhando nesse sentido. Embora possam ser duradouras, igualmente não são democracias consolidadas ou institucionalizadas. Na maioria dos casos, também não se percebem ameaças iminentes de uma regressão autoritária aberta, mas tampouco se esperam avanços em direção

²¹⁶ HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**: Edição Crítica - 80 anos [1936-2016]. São Paulo: Companhia das Letras, 2016. p. 221-226.

²¹⁷ HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**: Edição Crítica - 80 anos [1936-2016]. São Paulo: Companhia das Letras, 2016. p. 251-285.

²¹⁸ O’DONNELL, Guillermo. Democracia delegativa? **Novos Estudos Cebrap**, São Paulo, n. 31, p. 25-40, 1991.

a uma representatividade institucionalizada. Para o autor, esses regimes políticos podem ser chamados de democracias delegativas.

De acordo com O'Donnell,²¹⁹ a profunda crise social e econômica que a maioria desses países herdou de seus antecessores autoritários multiplicou as consequências de certas concepções e práticas que conduzem a uma democracia imperfeita, a exemplo do clientelismo e do patrimonialismo. Essas instituições não formalizadas, mas fortemente atuantes, operam gerando padrões de acesso direto e desagregado no processo de tomada de decisão e na implementação de políticas públicas. Por essa razão, essas democracias se fundamentam na premissa básica de que aquele que detém o (ou algum) poder, é autorizado a governar (e decidir) como lhe parecer conveniente. O sujeito de poder, assim, torna-se uma encarnação da nação, fiador do interesse público nacional — o qual, todavia, cabe a ele mesmo definir. Do mesmo modo, como essa figura paternal tem de cuidar do conjunto da nação, sua sustentação não pode advir de um partido, mas de uma suposta superação dos elementos que caracterizam o ambiente político e os seus conflitos ideológicos e partidários. Tipicamente, apresentam-se como estando acima de todas as partes, dos partidos e dos interesses organizados.²²⁰

Sob essa perspectiva, apesar do texto de O'Donnell ter sido publicado na década de 1990, nota-se a extrema atualidade de suas considerações, as quais ainda ecoam no cenário brasileiro e latino-americano. Nesse sentido, algumas declarações de autoridades do Poder Judiciário parecem corresponder ao fenômeno descrito pelo autor. Em entrevista ao portal *Consultor Jurídico*,²²¹ a presidente da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), quando questionada sobre o momento de forte polarização na política, respondeu que “*o mais importante, e que todos devemos compreender com clareza, é que a AMB não tem ideologia, nem serve a interesses partidários*”, pois o “*principal intuito é defender as prerrogativas da magistratura, que são, na verdade, garantias da cidadania*”. Segundo ela, ainda, “*essa capacidade de diálogo, sem armas ou preconceitos, sem vinculações políticas, abre portas e faz com que as pautas da magistratura sejam efetivamente colocadas na ordem do dia*”. Afinal, para ela, “*independentemente dos mandatários de turno, a AMB, uma instituição sexagenária, permanecerá*”.

Nessas democracias, conforme O'Donnell, o governo ou aquele que detém o poder são o alfa e o ômega, e os problemas da nação só podem ser resolvidos com critérios altamente

²¹⁹ O'DONNELL, Guillermo. Democracia delegativa? **Novos Estudos Cebrap**, São Paulo, n. 31, p. 25-40, 1991.

²²⁰ O'DONNELL, Guillermo. Democracia delegativa? **Novos Estudos Cebrap**, São Paulo, n. 31, p. 25-40, 1991.

²²¹ GIL, Renata. Formato atual da carreira de magistrado é um absurdo, afirma presidente da AMB. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 18 out. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-out-18/entrevista-renata-gil-presidente-amb>. Acesso em: 09 nov. 2022.

técnicos e de seu conhecimento exclusivo. Além disso, a idéia de obrigatoriedade de prestar contas (*accountability*) aparece como um impedimento desnecessário à plena autoridade que recebeu a missão de exercer.²²² Sob essa perspectiva, essas democracias se confundem com o populismo e com o ativismo judicial,²²³ no sentido de que buscam estreitar a relação direta entre o povo e a concretização dos seus direitos por meio de um discurso demagógico, lançando-se como os únicos comprometidos e capazes de resolver matérias complexas que até então não foram resolvidas na sociedade — às vezes, até mesmo “empurrando a história”.²²⁴

Sobre o tema, impossível não lembrar das lições de Paulo Freire. Para o autor, trata-se do mito do heroísmo, próprio das classes opressoras, as quais encarnam a figura de defensores da ordem e da civilização ocidental cristã. O mito de que as elites dominadoras, “no reconhecimento de seus deveres”, são as promotoras do povo, devendo este, num gesto de gratidão, aceitar a sua palavra e conformar-se com ela. No entanto, a sua caridade e a sua generosidade, quando o que fazem, desdobra-se em uma falsa ajuda, em assistencialismo. E as pessoas do povo, por sua vez, de tanto ouvirem que são incapazes, que nada sabem e que não produzem em virtude de tudo isto, terminam por se convencer de sua suposta incapacidade. Afinal, é o “doutor” que sabe e aquele a quem devem escutar.²²⁵

Segundo Daniel Wang, muitos defensores da judicialização apresentam os tribunais em oposição aos políticos, como instituições imunes a interesses econômicos, sociais, políticos e partidários, resistentes às pressões da mídia e da opinião pública. Nessa visão, os juízes seriam movidos apenas por seu dever profissional e pelo compromisso com os direitos humanos, atuando sempre de forma imparcial e tomando decisões baseadas em princípios jurídicos e em razões de verdadeiro interesse público.²²⁶ Por seu turno, os próprios juízes e tribunais, em suas decisões, costumam tecer críticas contundentes aos demais órgãos do Estado, alegando ineficiência da gestão pública ou a corrupção de seus agentes.

Entretanto, conforme Wang,²²⁷ não existem evidências de que os tribunais tomem decisões mais acertadas ou efetivas quanto à resolução dos problemas que criticam. Em casos envolvendo direitos sociais e escolhas trágicas, os tribunais costumam estar sob enorme

²²² O'DONNELL, Guillermo. Democracia delegativa? **Novos Estudos Cebrap**, São Paulo, n. 31, p. 25-40, 1991.

²²³ COPELLI, Giancarlo Montagner. O populismo como problema jurídico: impactos do discurso populista no Estado Democrático de Direito. **Revista Direito Mackenzie**, v. 15, n. 1, p. 1-16, 2021.

²²⁴ BARROSO, Luís Roberto. Em artigo, Barroso defende papel "iluminista" do Supremo. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 23 fev. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-23/artigo-barroso-defende-papel-iluminista-stf>. Acesso em: 24 nov. 2022.

²²⁵ FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. 79 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2021. p. 39-253.

²²⁶ WANG, Daniel. Direitos sociais e a falácia do nirvana. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 21, n. 125, p. 482-513, out. 2019/jan. 2020.

²²⁷ WANG, Daniel. Direitos sociais e a falácia do nirvana. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 21, n. 125, p. 482-513, out. 2019/jan. 2020.

pressão da opinião pública, dos jornais e das partes. Além disso, os juízes podem ter dificuldades em ponderar adequadamente as necessidades de um indivíduo ou grupo. Ainda, não conseguem ter amplo conhecimento das outras necessidades sociais que serão afetadas por suas decisões e nem há mecanismos para que possam ser responsabilizados nesses casos. Se administradores e políticos podem tomar decisões equivocadas ou injustas devido à parcialidade, captura, informações incompletas ou corrupção, não há razão para acreditar que os tribunais seriam menos vulneráveis a esses problemas.

Em um estudo sobre a atuação dos tribunais em diferentes países,²²⁸ não foi encontrada correlação entre a judicialização dos direitos sociais e a ampliação e qualidade de políticas públicas de bem-estar social. Da mesma maneira, o impacto sobre a redução da desigualdade e da melhoria do índice de desenvolvimento humano se mostrou insignificante. Diante desse quadro, percebe-se que, quando problemas reais são considerados, torna-se menos evidente que os tribunais sejam as instituições mais apropriadas para fazer escolhas alocativas em políticas públicas. Para Wang, um tribunal que tenta se assemelhar a administradores ou legisladores, além de ser uma cópia menos capacitadas de ambos, corre o risco de apenas reproduzir seus problemas.

A título de exemplo, Wang cita o Caso Mendoza,²²⁹ em que a Suprema Corte Argentina, por meio de uma decisão estrutural, ordenou a despoluição de um rio, atribuindo responsabilidades e estabelecendo prazos para as autoridades públicas, as quais trabalhariam sob a atenta supervisão do tribunal. Muitos anos após a decisão, o rio permanece poluído, as partes reclamam da falta de transparência e participação no processo decisório, e há preocupações sobre se os proprietários de empresas poluidoras se beneficiam indevidamente de suas conexões com juízes locais. Além disso, um juiz da Suprema Corte enfrenta acusações de corrupção e favorecimento relacionadas ao caso. No Brasil, houve situação semelhante no denominado Estado de Coisas Inconstitucional, inaugurado pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 347, acerca da situação calamitosa do sistema prisional. Com o mérito da questão até hoje pendente de julgamento, a Corte Suprema, em 2015, deferiu uma série de medidas cautelares com vistas a atenuar o problema. Não obstante, a decisão foi objeto de diversas críticas, tais como a forma inconsistente na caracterização dos pressupostos que justificariam a declaração do instituto utilizado, a pouca eficiência das medidas cautelares

²²⁸ WANG, Daniel. Direitos sociais e a falácia do nirvana. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 21, n. 125, p. 482-513, out. 2019/jan. 2020.

²²⁹ WANG, Daniel. Direitos sociais e a falácia do nirvana. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 21, n. 125, p. 482-513, out. 2019/jan. 2020.

deferidas, a demora injustificada do julgamento de mérito e, ainda, as respostas pouco substantivas que se seguiram após o julgamento.²³⁰

Diante dessas análises, percebe-se que a cultura brasileira denunciada por Sérgio Buarque de Holanda segue presente no cotidiano dos tribunais, turvando os elementos que deveriam conduzir a uma democracia mais consolidada. De um lado, são fomentadas práticas de clientelismo, em que a sociedade é induzida a pensar que os direitos são favores ou benesses que somente podem ser implementados pela solidariedade daqueles que detêm o poder. De outro, em virtude do paternalismo judicial, os poderes de deliberação e de autogestão sobre quais as políticas públicas devem ser priorizadas, bem como seus beneficiários e suas fontes de custeio, são afastados da arena pública, sob o argumento de que a concessão e a análise de direitos são assuntos técnicos a serem definidos pelos tribunais.

A título de exemplo, pode-se retornar à questão do direito à saúde, tão propagada nos tribunais como exemplo de garantia dos direitos fundamentais de matriz social. Conforme um estudo realizado pela Universidade Federal Fluminense (UFF), quase metade da população brasileira não pratica atividade física nos níveis recomendados pela Organização Mundial de Saúde, trazendo implicações sérias e crescentes no aumento dos custos de tratamento de doenças crônicas não transmissíveis. Essas doenças, que incluem diabetes e hipertensão, representam mais de 10% dos custos de internação no Sistema Único. Segundo Antônio Nóbrega, Reitor da UFF, o Brasil está atrasado nesse tema, pois não há políticas públicas para que a atividade física faça parte do cotidiano do povo.²³¹

Não obstante, com a atuação sistemática dos tribunais, o cidadão é levado a acreditar que a falta de condições individuais de saúde é unicamente resolvida pela concessão de um medicamento ou de uma cirurgia. Diante das alternativas postas, a falta de discussão acerca da alocação de recursos em outras políticas públicas conduz à uma solução reducionista oferecida pelo processo judicial. Nessa perspectiva, não se questiona se os fatores que conduziram ao ajuizamento da ação decorreram de aspectos como o local de moradia, a falta de saneamento básico e de alimentação, baixa renda, uma ocupação laboral extenuante, a falta de redes de apoio, entre outros. Ao cidadão necessitado de todos esses direitos sociais será alcançada, pelo juiz cordial, a pílula do direito fundamental à saúde, inclusive tecendo críticas

²³⁰ MAGALHÃES, Breno Baía. O Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos. **Revista Direito GV**, v. 15, n. 2, 2019, e1916.

²³¹ HAJE, Lara. Cerca de R\$ 290 milhões do gasto anual do SUS decorre de inatividade física, diz estudo. **Agência Câmara de Notícias**, Brasília, 15 set. 2021. Disponível: camara.leg.br/noticias/806112-cerca-de-r-290-milhoes-do-gasto-anual-do-sus-decorre-de-inatividade-fisica-diz-estudo-da-uff. Acesso: 10 nov. 2022.

à gestão pública, a qual, segundo ele, não teria materializado esse direito se não fosse a sua intervenção direta.

Percebe-se, assim, que o juiz cordial, no exercício do ativismo, acaba por privar o cidadão e a sociedade da discussão de temas que lhe são caros e intimamente ligados com concepções políticas e ideológicas: por um lado, enquanto os tribunais tratam do tema como um assunto estritamente técnico a ser resolvido pelos juristas, no âmbito político são implementadas políticas de austeridade fiscal com impacto direto sobre os mesmos direitos. Conforme estudos, as restrições orçamentárias impostas pelo teto de gastos da Emenda Constitucional n.º 95 de 2016 têm reduzido o acesso a medicamentos através do Sistema Único de Saúde, majorando as despesas diretas da população com esses fármacos: para os mais pobres, correspondem a 84% dos seus gastos com saúde, quase três vezes a média das famílias mais ricas (29%).²³²

Segundo O'Donnell, mesmo que esses regimes teoricamente pertençam ao gênero democrático, seria difícil encontrar algo que seja mais estranho, quando não hostil, à construção e ao fortalecimento de instituições políticas democráticas.²³³ Não obstante esse quadro, o Poder Judiciário permanece se colocando como solução e resposta para as carências da sociedade brasileira, justificando que, diante da falência dos demais atores institucionais, é ele quem acaba sendo procurado pela população.

Esse tipo de paternalismo, conforme Miguel,²³⁴ pode ser detectado em muitos regimes ditatoriais, vindo a caracterizar, todavia, o pensamento político brasileiro do século XX: o pensamento de que a imaturidade do povo exige soluções que o protejam de si mesmo e que propiciem sua evolução até que seja capaz de se autogovernar. Conforme esse pensamento, o paternalismo garantiria que as pessoas fariam o que é melhor para elas, mesmo contra a sua vontade ou sem o seu consentimento. Nesse sentido, chamam a atenção falas como as de alguns membros da Corte Suprema, no sentido de que o Poder Judiciário e o próprio ministro seriam “iluministas” responsáveis por “empurrar a história”. Segundo o magistrado, “*em alguns momentos cruciais do processo civilizatório, a razão humanista precisa impor-se sobre o senso comum majoritário*”.²³⁵

²³² CARRANÇA, Thais. Como falta de medicamentos no SUS empurra 10 milhões de brasileiros à pobreza por ano. **BBC News Brasil**, São Paulo, 7 out. 2022. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-63137412>. Acesso em: 10 nov. 2022.

²³³ O'DONNELL, Guillermo. Democracia delegativa? **Novos Estudos Cebrap**, São Paulo, n. 31, p. 25-40, 1991.

²³⁴ MIGUEL, Luis Felipe. Autonomia, paternalismo e dominação na formação das preferências. **Opinião Pública**, Campinas, vol. 21, n. 3, p. 601-625, dez. 2015.

²³⁵ BARROSO, Luís Roberto. Em artigo, Barroso defende papel "iluminista" do Supremo. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 23 fev. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-23/artigo-barroso-defende-papel-iluminista-stf>. Acesso em: 24 nov. 2022.

Além dos perigos que envolvem a própria definição das situações que validariam esse tipo de paternalismo, a existência de verticalidade e de subordinação entre os envolvidos agrava ainda mais a situação. Para Luis Felipe Miguel,²³⁶ mesmo em se tratando de prestação de serviços técnicos como aqueles prestados por advogados e médicos, compreende-se que seus clientes têm o direito de receber informações e tomar a decisão por si mesmos, tendo em vista que a avaliação de riscos e benefícios do profissional não é idêntica e nem prevalece às suas. Como pontua o autor, um médico que obriga seus pacientes a tomar determinadas decisões por entender que, na sua visão, são as mais corretas, ou um advogado que faça o mesmo em relação a determinado assunto jurídico, manifesta menosprezo pela capacidade cognitiva de seus clientes e nega a eles autonomia decisória. Da mesma forma, muitas vezes o paternalismo é invocado para proteger aqueles em condição mais frágil e para fazer que a expressão de seus interesses seja considerada: as mulheres, os mais jovens, os integrantes de culturas minoritárias, os menos escolarizados, os trabalhadores. De maneira geral, todos aqueles que possuem menor domínio das ferramentas discursivas legítimas e que, por isso, são estigmatizados como dotados de menor capacidade cognitiva.

A situação, assim, não parece se distinguir daquela que se estabelece entre o Poder Judiciário e seus jurisdicionados. Questões que dizem respeito ao político não podem ser definidas como assuntos técnicos a serem decididos exclusivamente por juízes ou tribunais, substituindo o debate e a decisão coletiva. Além disso, ainda que se os tribunais consideram seu saber como mais elevado em relação à grande parte da população, tal saber não pode substituir a própria autonomia de vontade do povo ou dos cidadãos.

Para Miguel,²³⁷ o problema do paternalismo se revela ainda mais profundo, pois mostra que não se trata apenas de uma escolha que se sobrepõe ao querer do outro, mas diz respeito, também, a uma forma de dominação. Na linha da filósofa Iris Marion Young, o autor refere que a dominação consiste na criação e manutenção de condições institucionais que inibem ou previnem as pessoas de participar da determinação de suas ações. Sob uma perspectiva estrutural, considera-se que as pessoas vivem dentro de estruturas de dominação se outros (pessoas ou grupos) podem determinar, sem reciprocidade, as condições de sua ação, seja diretamente ou indiretamente.

Nessa linha, se o exercício da autonomia e da cidadania plenas exigem um espectro minimamente robusto de escolhas à disposição de cada cidadão, essa autonomia se encontra

²³⁶ MIGUEL, Luis F. Autonomia, paternalismo e dominação na formação das preferências. **Opinião Pública**, Campinas, vol. 21, n. 3, p. 601-625, dez. 2015.

²³⁷ MIGUEL, Luis F. Autonomia, paternalismo e dominação na formação das preferências. **Opinião Pública**, Campinas, vol. 21, n. 3, p. 601-625, dez. 2015.

seriamente limitada em situações de privação material ou de expectativas sociais opressoras, ainda que se possa atribuir, de forma abstrata, uma liberdade diante das escolhas que são oferecidas. Nesse sentido, trabalhadores que escolhem vender sua força de trabalho numa sociedade capitalista ou mulheres que escolhem o casamento numa sociedade marcada pela dominação masculina não parecem estar agindo de maneira efetivamente autônoma.²³⁸ Da mesma forma, em um Brasil de tradição ruralista e escravocrata, em que a maioria da população sobrevive com o valor de um salário-mínimo nacional, quando não aliado a outras vulnerabilidades como raça, etnia e deficiências, esse delicado campo de escolhas deve ser analisado sob um viés ainda mais rigoroso.

Sobre o tema, pode-se ilustrar o paradoxo das escolhas e das preferências que a desigualdade causa no país. Em 2022, no Estado de Minas Gerais, um apenado que seria colocado em liberdade solicitou que pudesse continuar preso por mais tempo, para que pudesse jantar. Segundo o promotor de justiça que atuou no caso, "*quando a pessoa é presa, ela espera que a vida na cadeia seja pior do que se ela estivesse livre*", "*mas nossa sociedade admite o contrário*": "*o Brasil consegue oferecer jantar para uma pessoa na prisão e não fora dela*". Além disso, refere que "*muitas vezes a pessoa só consegue se consultar com um médico ou voltar a estudar quando é presa*".²³⁹

Para Jessé Souza,²⁴⁰ a naturalização da desigualdade social no Brasil pode ser percebida como consequência de um efetivo processo de modernização de grandes proporções que tomou o país a partir do século XIX. Assim, o patriarcalismo, aliado à cultura da escravidão, criou esses novos "dependentes livres": pessoas que, embora formalmente livres, ainda têm sua subsistência à mercê dos senhores. Como aponta Luis Miguel,²⁴¹ essa possibilidade de dominação é gerada pelo controle diferenciado de recursos materiais e simbólicos, estabelecendo assimetrias na influência sobre mercados e Estado e no acesso às posições de autoridade e aos espaços de difusão das representações do mundo social. A desigualdade no acesso à autonomia individual e à autonomia coletiva pode, assim, ser considerada a desigualdade central, que condensa todas as outras formas de desigualdade.

²³⁸ MIGUEL, Luis F. Autonomia, paternalismo e dominação na formação das preferências. **Opinião Pública**, Campinas, vol. 21, n. 3, p. 601-625, dez. 2015.

²³⁹ MACHADO, Leandro. "Posso continuar preso para jantar?": o pedido que acendeu debate sobre Justiça para pobres. **BBC News Brasil**, São Paulo, 14 jun. 2022. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-61726555>. Acesso em: 16 nov. 2022.

²⁴⁰ SOUZA, Jessé. **A construção social da subcidadania**: para uma sociologia política da modernidade periférica. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003. p. 11-17.

²⁴¹ MIGUEL, Luis F. Autonomia, paternalismo e dominação na formação das preferências. **Opinião Pública**, Campinas, vol. 21, n. 3, p. 601-625, dez. 2015.

Diante disso, constata-se que os limites que as relações de dominação impõem à autonomia não são apenas externos, vinculados ao controle de recursos e à amplitude do cardápio de escolhas factíveis, mas, também, internos. Como fenômeno estrutural, a dominação se liga à imposição de representações do mundo e valores que favorecem sua própria reprodução. Segundo Miguel, uma análise dessas relações se encontra na sociologia de Pierre Bourdieu, para quem a característica central da dominação é o fato de que “o dominado tende a assumir a respeito de si mesmo o ponto de vista dominante”, numa submissão às estruturas de uma ordem social que produzem simultaneamente o mundo social objetivado nas práticas e nas instituições das estruturas mentais subjetivas.²⁴²

Apenas a título ilustrativo, pode-se retomar a matéria acima citada, do apenado que preferiu o cárcere à fome. Segundo a reportagem, o perfil majoritário dos presos no país é totalmente oposto ao dos magistrados que julgam essas pessoas. Segundo o Anuário Brasileiro de Segurança Pública, dois em cada três presos são negros, e apenas 51% concluíram o ensino fundamental. Já 62,3% têm entre 18 e 34 anos. Não obstante, em pesquisa realizada pelo Conselho Nacional de Justiça, constatou-se que 80% dos magistrados se declaram brancos, e apenas 18%, negros. A maioria deles é homem (62%) e tem origem na camada mais rica da população. 51% deles têm o pai com ensino superior completo ou mais, e 42% têm a mãe na mesma faixa de escolaridade. Um quinto dos magistrados tem pais que atuaram na mesma carreira. Para a promotora Celeste Leite dos Santos, “*vigora no Judiciário e no MP um perfil de homens brancos*”, e “*isso com certeza se reflete nas decisões*”.²⁴³

Com base nessas considerações, tem-se que não é possível pensar num distanciamento completo em relação aos valores e visões de mundo que informam as decisões. Para a compreensão desses fenômenos, faz-se necessário entender a formação das preferências não só no nível dos indivíduos, mas também no nível da sociedade, levando-se em conta as estruturas e os grupos que as controlam.²⁴⁴ Nessa perspectiva, mostra-se necessário compreender como a cultura da cordialidade e do paternalismo puderam se misturar com as instituições que deveriam evitá-los ou, ao menos, reduzi-los. E como a ordem que deveria ser impessoal e objetiva acabou por consolidar um sistema que acaba por priorizar os interesses concretos particulares daqueles que contribuem para a sua formação.

²⁴² MIGUEL, Luis F. Autonomia, paternalismo e dominação na formação das preferências. **Opinião Pública**, Campinas, vol. 21, n. 3, p. 601-625, dez. 2015.

²⁴³ MACHADO, Leandro. “Posso continuar preso para jantar?”: o pedido que acendeu debate sobre Justiça para pobres. **BBC News Brasil**, São Paulo, 14 jun. 2022. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-61726555>. Acesso em: 16 nov. 2022.

²⁴⁴ MIGUEL, Luis F. Autonomia, paternalismo e dominação na formação das preferências. **Opinião Pública**, Campinas, vol. 21, n. 3, p. 601-625, dez. 2015.

3.2 O juiz cordial e a dominação simbólica

A fim de compreender como a democracia no Brasil pôde se tornar uma estrutura que, apesar de atender aos pressupostos da literatura política, acaba por reforçar elementos que parecem totalmente alheios (quando não contrários) a uma ideia de igualdade, mostra-se necessária a compreensão de como a cultura da cordialidade foi apropriada e institucionalizada. Assim, considerando a sua produção intelectual acerca de instituições como o Estado, o direito, os juristas e os magistrados, cabe o exame do pensamento do sociólogo francês Pierre Félix Bourdieu (1930-2002). Para os fins desta pesquisa, foram utilizadas as obras *A Reprodução* (1970), *O Poder Simbólico* (1989) e *Sobre o Estado* (2012), entre outros autores e materiais que dialogam ou ilustram as ideias trabalhadas no texto.

Como refere o sociólogo,²⁴⁵ para compreender os fenômenos que determinam os movimentos das instituições e de seus agentes na sociedade, é necessária a reconstituição de uma abordagem genética do Estado. Assim, num primeiro momento, será feita a descrição de como os juristas, sobretudo a magistratura, puderam acumular capital simbólico. E, além disso, de como puderam se utilizar da cultura brasileira da cordialidade e do paternalismo para a construção de uma estrutura do Estado que, sob a rubrica de interesses públicos e universais, pudesse promover seus interesses particulares.

Após, serão analisados alguns mecanismos dessa apropriação do público pelo privado, como a conversão das necessidades sociais em forma de prestação de serviços, os quais mais alimentam o próprio ciclo paternalista do que atendem à finalidade a que supostamente se propõem. Ao final deste ponto, será abordado o mecanismo de criação de uma linguagem privada, apartada da linguagem pública, como forma de encobrimento desse *modus operandi*.

3.2.1 A invasão do público pelo privado

Seguindo a reflexão de Hume, Bourdieu²⁴⁶ questiona como é possível que a ordem social seja tão facilmente mantida, quando os governantes são poucos e os governados tão numerosos. Para o autor, não é possível compreender verdadeiramente as relações de força fundamentais sem que se considere uma dimensão simbólica: em outras palavras, se a ordem fosse mantida apenas pelas forças militar ou econômica, as relações seriam infinitamente mais precárias. Assim, ao longo de seu trabalho, Bourdieu aborda o paradoxo do poder simbólico,

²⁴⁵ BOURDIEU, Pierre. **Sobre o Estado**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014. p. 223-239.

²⁴⁶ BOURDIEU, Pierre. **Sobre o Estado**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014. p. 223-239.

um poder que se exerce de maneira tão invisível que sua existência sequer é lembrada por aqueles a que lhe estão sujeitos.

Segundo o sociólogo, o poder simbólico é um poder de construção da realidade que tende a estabelecer uma ordem de sentido imediato do mundo, formando uma concepção homogênea acerca dele. É o poder que permite obter o equivalente daquilo que seria obtido pela força, e que somente pode existir e operar diante da própria crença em sua existência. Assim, o poder simbólico pode ser compreendido como o poder de constituir, confirmar ou transformar uma visão de mundo, permitindo, desse modo, que sejam produzidas novas ações no mundo e sobre o mundo, transformando-o.²⁴⁷

Para Pierre Bourdieu, um dos efeitos do poder simbólico da instituição do Estado é justamente a naturalização de pressupostos arbitrários que estiveram presentes em sua origem, enquanto invenção histórica e produto do homem. Ainda, uma instituição somente se torna exitosa quando consegue se impor como óbvio em sua dúplici existência: é capaz de existir na objetividade dos regulamentos e, também, na subjetividade das estruturas mentais. Por conseguinte, a instituição desaparece como tal, fazendo com que se esqueçam de que ela teve um início, pensando-se que sempre existiu, e que sempre existiu como existiu.²⁴⁸ No mesmo sentido, Freire afirma que a realidade opressora, ao se constituir como um mecanismo de absorção dos que nela se encontram, funciona como uma força de imersão das consciências. Isto é, a verdade do opressor passar a residir na consciência dos oprimidos.²⁴⁹

Em um breve esboço histórico, o sociólogo francês refere que, até o século XVII, a maior parte das monarquias europeias eram territórios unificados sob o poder do príncipe e da realeza. Como elemento unificador, a força bruta era exercida em nome do rei e garantia a ordem pública e os limites internos e externos do Estado. O governo, por sua vez, era tratado como seu bem pessoal, e as riquezas um patrimônio particular da realeza. Com o advento da modernização, os fundamentos que alicerçavam a vida em comum passaram a transformar os vínculos de lealdade pessoal em relações de direito a serem garantidas em favor dos cidadãos, e o uso da força passou a se dividir na garantia da ordem interna (polícia) e na proteção da nação contra ameaças externas (exército). Transformavam-se, assim, os súditos em contribuintes, fazendo emergir o Estado-nação em seu sentido moderno. Conforme Bourdieu, essas mudanças exigiram novas formas de controle e escrituração: de um lado, era necessário saber quantas pessoas residiam no território e estavam aptas a lutar pelo país, bem como a

²⁴⁷ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998. p. 7-16.

²⁴⁸ BOURDIEU, Pierre. **Sobre o Estado**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014. p. 153-173.

²⁴⁹ FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. 79 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2021. p. 11-78.

quantidade de alimentos disponíveis para o caso de uma guerra; de outro, tornava-se imprescindível a instituição de um sistema público de escrituração dos impostos.²⁵⁰

Com o estabelecimento desse imenso sistema de escrituração pública, operou-se uma intensa acumulação de capital simbólico e de capital informacional pelos profissionais da gestão burocrática. E o Estado, assim, tornou-se a instância legitimadora por excelência, ratificando, solenizando e registrando atos, bens e pessoas, fazendo parecer como óbvias as divisões e as classificações que instituiu. Por essa razão, apropriando-se do pensamento de Max Weber de que o Estado detém o monopólio da violência legítima, o sociólogo francês refere que o Estado igualmente detém o monopólio da violência *simbólica* legítima, isto é, o poder simbólico de impor e de inculcar instrumentos de conhecimento arbitrários, ainda que (assim) não percebidos, da realidade social.²⁵¹

Para Bourdieu, a Revolução Francesa pode ser descrita como um limiar desse processo de afirmação e ascensão dos letrados, dos juristas e dos magistrados, marcando o seu triunfo: foi essa nobreza de toga que elaborou uma nova visão do Estado, criando todo um universo de noções que se tornaram dominantes. Esses juristas fizeram o universal avançar, inventando determinadas formas sociais e de representação. Assim, esses profissionais obtiveram sucesso na arte de fazer passar por universais os seus interesses particulares. Diante desse desenvolvimento, Bourdieu questiona se aqueles que servem ao Estado não acabam por se servir ao servir o Estado. Ou seja, se, diante desse monopólio sobre a gestão da máquina pública e a confusão entre o que seriam seus interesses particulares e aqueles interesses de um Estado que foi e continua sendo por eles desenvolvido, esses profissionais não exercem uma apropriação e uma dominação sobre o próprio sistema em si. O Estado, nessa visão, passa a ser um lugar feito por agentes mandatados para expressar o bem público, para ser o bem público e para se apropriar dos bens públicos.²⁵²

Como refere Bourdieu, o privado pode ser considerado como o singular e o oculto, enquanto o público e o oficial implicam necessariamente um efeito de universalização, de moralização, distinguindo-se, assim, os atos e as condutas que seriam praticadas no âmbito doméstico daquelas praticadas em ambiente público. Como exemplo, alude aos garçons de um restaurante, os quais, ao passar pelas portas da cozinha para o *saloon*, mudam de atitude, arrumam o paletó, corrigem a postura, põem o guardanapo corretamente sobre o braço. Assim, a mudança que corresponde à fronteira entre o público e o privado é a entrada no

²⁵⁰ BOURDIEU, Pierre. **Sobre o Estado**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014. p. 257-275.

²⁵¹ BOURDIEU, Pierre. **Sobre o Estado**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014. p. 7-275.

²⁵² BOURDIEU, Pierre. **Sobre o Estado**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014. p. 128-459.

palco, a apresentação de si em público. No entanto, numa espécie de “ambiguidade fundamental do Estado”, os que encarnam o bem público são, a esse título, submetidos a uma profusão de obrigações, tornando-se homens públicos, que estão sempre em representação pública mesmo quando em sua vida privada.²⁵³

Segundo o autor, nos países socialistas os dignitários eram pessoas que, em prol da socialização dos meios de produção, tinham o privilégio de se apropriar, em nome da abolição dos privilégios, de bens públicos como residências oficiais, carros, tribunas, rádios. Nos países capitalistas, essa forma é mais suave, mas ainda assim admite os carros oficiais, as tribunas, as escoltas, os imóveis e os auxílios para moradia. Essa apropriação legítima dos bens públicos é acompanhada pelo que é, ao mesmo tempo, um dever e um privilégio: o dever de estar à altura, de merecer e de homenagear os valores que legitimam esses privilégios, ainda que em sua vida privada. Em contrapartida, o agente começa a aparecer em público ou a ser revelado como a apropriação privada do personagem público, operando, assim, o patrimonialismo e os desvios do capital simbólico coletivo em proveito da pessoa privada.²⁵⁴

No Brasil, de forma ainda mais intensa do que em outros países, a magistratura configura uma distinção social e econômica, fundindo-se com a imagem da pessoa que a exerce: a austeridade, o linguajar rebuscado, a retidão, todos os requisitos que são exigidos no exercício da judicância, enquanto conquistas históricas visando à garantia do processo, são automaticamente transferidos para a vida pessoal daquele que ocupa o cargo. O palco, assim, torna-se a própria vida do juiz cordial, afastando qualquer fronteira entre o público e o privado. Nesse sentido, até mesmo o Código de Ética da carreira aponta para que o magistrado guarde as mesmas características do cargo em sua vida particular, referindo, em seu artigo 15, que “a integridade de conduta do magistrado fora do âmbito estrito da atividade jurisdicional contribui para uma fundada confiança dos cidadãos na judicatura”.

Considerando as raízes de uma sociedade cordial como a brasileira, em que vige o traço distintivo entre os cidadãos e no qual a autoridade, o cargo e as posses operam uma distinção que facilita ou dificulta as relações sociais e a apropriação de capitais, essa completa confusão de personalidades parece denotar não só um exercício público enviesado, mas a existência, de fato, de um juiz cordial. Um magistrado que não só atua no exercício de um cargo que lhe foi outorgado pelo Estado, mas que também atua na criação, manutenção e fomento de um aparelho estatal que lhe garanta essas outorgas e honrarias.

²⁵³ BOURDIEU, Pierre. **Sobre o Estado**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014. p. 80-150.

²⁵⁴ BOURDIEU, Pierre. **Sobre o Estado**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014. p. 80-150.

Esse quadro pode ser aferido pelas análises promovidas pelo Conselho Nacional de Justiça, as quais demonstram que a magistratura brasileira é composta pelo mesmo perfil daqueles que ocupam a elite brasileira. Segundo o relatório *Perfil Sociodemográfico dos Magistrados Brasileiros* (2018),²⁵⁵ “a maioria dos magistrados brasileiros tem origem nos estratos sociais mais altos”, formada por homens brancos (80,3%), de famílias tradicionais nas carreiras jurídicas, casados ou em união estável (80%) e com filhos (78%). Cerca de 60% dos magistrados nasceram num desses cinco Estados da Federação: São Paulo (26%), Minas Gerais (9%), Rio Grande do Sul (8%), Rio de Janeiro (8%) e Paraná (8%). Além disso, a maior parte dos magistrados afirmam ser católicos (57,5%), seguida dos espíritas (12,7%) e dos evangélicos (6,2%). No relatório, não há qualquer menção, por exemplo, às religiões de matriz africana, bem como à orientação sexual dos magistrados (heterossexual, homossexual e outros). Ainda, não há qualquer dado sobre juízes que tenham sofrido alguma condenação ou pena em processo criminal ou em processo disciplinar. Nesse sentido, a omissão desses dados também se mostra eloquente, como aquilo que não é e não pode ser dito, denunciando uma matriz conservadora desse grupo.

Para Pierre Bourdieu, esses aspectos de origem social e econômica contribuem para explicar a defesa da suposta neutralidade proclamada e a aversão altamente professada a respeito da política, as quais, na prática, não excluem a adesão à ordem estabelecida. Assim, percebe-se no direito e na atuação dos tribunais um reflexo direto das relações de força, em que se exprimem as determinações econômicas, os interesses dos dominantes e os instrumentos de dominação por meio da estrutura dos sistemas simbólicos e da forma específica do discurso jurídico. É com esta condição que se podem dar as razões do efeito propriamente simbólico de desconhecimento por parte dos dominados, que resulta da ilusão da autonomia absoluta do direito e dos tribunais.²⁵⁶

Conforme Daniel Wang,²⁵⁷ os juízes e tribunais não estão imunes a valores sociais e a valores do meio profissional e da classe alta a qual pertencem, assim como a vieses relacionados a suas preferências ideológicas e políticas, ou a considerações estratégicas quanto à forma como suas decisões serão recebidas por políticos, por colegas de profissão, pela comunidade jurídica e pelo público em geral. De igual modo, a ideia de que são forças contramajoritárias também é refutada por pesquisas que demonstram que as Cortes, pelo menos no longo prazo, tendem a refletir a opinião pública ou a defender a agenda das elites.

²⁵⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Perfil Sociodemográfico dos Magistrados**. Brasília: CNJ, 2018.

²⁵⁶ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998. p. 209-254.

²⁵⁷ WANG, Daniel. Direitos sociais e a falácia do nirvana. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 21, n. 125, p. 482-513, out. 2019/jan. 2020.

Como os conflitos não têm mais como fim questionar a existência de um monopólio estatal, isto é, não são mais os conflitos entre príncipes e reis, ou entre estes e o povo, os conflitos atuais se concentram na busca pela apropriação desse monopólio estatal, na possibilidade de distribuir seus cargos e benefícios.²⁵⁸ Disso se extrai a importância das análises que mostram a relação entre a distribuição do capital cultural e a posição desses juízes cordiais no espaço social.²⁵⁹

Dessa forma, compreender o campo jurídico e como ele influencia a sociedade exige levar em conta a existência de um universo no interior do qual se produz e se exerce a própria autoridade jurídica.²⁶⁰ Por essa razão, mostra-se necessário analisar a forma como esses agentes de toga e o aparato estatal que lhes é próprio permitiu a construção de uma relação circular de efetivação de direitos e, ao mesmo tempo, de uma obtenção direta de benefícios dessas concessões e implementações.

3.3.2 A apropriação do público pelo privado

Como visto, se a acumulação de poder simbólico ocorre por conta da instituição do universal por parte dos agentes que manipulam essa força igualmente simbólica, pode-se questionar como esses profissionais do aparelho burocrático constroem suas estruturas estruturantes. Ou, em outras palavras, quais são os sistemas de que se utilizam para a separação entre os sábios e os leigos, os profissionais e os clientes, e os detentores do monopólio e aqueles que a ele se submetem. Segundo Bourdieu, para compreender um campo como o da magistratura, é necessário compreender todas as posições que compõem, comandam e reproduzem essa estrutura.²⁶¹

De acordo com o autor, o sistema jurídico acaba por exercer sua dominação por meio de dois mecanismos: o uso da linguagem como imposição de uma visão de mundo e a imposição de uma demanda e de uma oferta que não necessariamente correspondem ao desejo da sociedade e dos cidadãos. Para Bourdieu, a cultura universalista instituída pelo Estado é considerada legítima justamente porque se apresenta como universal, oferecida a todos, e porque, em nome dessa universalidade, pode eliminar aqueles que não a possuem. Essa cultura oficial, que aparentemente une, mas na verdade divide, acaba se tornando um dos grandes instrumentos modernos de dominação, tendo em vista o próprio monopólio dessa

²⁵⁸ BOURDIEU, Pierre. **Sobre o Estado**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014. p. 174-190.

²⁵⁹ BOURDIEU, Pierre. **Sobre o Estado**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014. p. 441-459.

²⁶⁰ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998. p. 209-254.

²⁶¹ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998. p. 17-58.

cultura por uma casta ou nobreza de Estado. Sob outra perspectiva, esse processo de imposição também leva a um desapossamento daqueles que a ela estão submetidos.²⁶²

No sentido da universalização dos interesses particulares, podem ser citadas algumas declarações de autoridades do Poder Judiciário, sobretudo presidentes das respectivas associações de classe, quando alegam que as prerrogativas dos magistrados, notadamente as remuneratórias, são “garantias da democracia”.²⁶³ Ou de que “*a magistratura brasileira é a que mais julga processos e a mais preparada do mundo*” e, “*em decorrência das dificuldades econômicas e sociais que o Brasil enfrenta, faz-se necessária uma nova estruturação da carreira, a começar pela correção dos subsídios*”. E de que, “*mais do que um direito de todo trabalhador, a justa remuneração, no caso da magistratura, concorre para a preservação da independência judicial e para a imunidade do juiz diante das pressões alheias*”.²⁶⁴

Apesar da boa intenção da qual possam estar revestidas essas declarações, pode-se questionar se as pautas defendidas são, de fato, de interesse público e coletivo para os 200 milhões de brasileiros que estão vinculados a esse sistema de justiça, sobretudo os mais vulneráveis e que arcam com a maior parte do sistema tributário. Desse modo, conceitos como democracia e independência funcional podem parecer um tanto complexos e misteriosos a quem vive em um estado de subcidadania periférica, fazendo com que, diante da dificuldade em obter direitos pelos mecanismos tradicionais, seja feita uma aposta nesses agentes cordiais.

O mesmo estilo de discurso universalista pôde ser acompanhado durante a crise sanitária decorrente da pandemia. Em meados de março de 2021, quando ainda não havia vacinas no país, a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) divulgou nota em que afirmava que “o Estado, na figura do Poder Judiciário, tem cumprido seu dever institucional e constitucional de garantir o direito de todos, democraticamente, sem privilégios, e fazendo sua parte na promoção da saúde pública”.²⁶⁵ No final do mês, contudo, antes mesmo da liberação do início da campanha vacinal para a população,²⁶⁶ foi obtida medida liminar pela categoria,

²⁶² BOURDIEU, Pierre. **Sobre o Estado**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014. p. 128-173.

²⁶³ BRANDÃO, André. Prerrogativas dos magistrados são garantias da democracia. **Editora Justiça e Cidadania**, Rio de Janeiro, 7 jun. 2020. Disponível em: www.editorajc.com.br/prerrogativas-dos-magistrados-sao-garantias-da-democracia. Acesso em: 16 nov. 2022.

²⁶⁴ GIL, Renata. Formato atual da carreira de magistrado é um absurdo, afirma presidente da AMB. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 18 out. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-out-18/entrevista-renata-gil-presidente-amb>. Acesso em: 09 nov. 2022.

²⁶⁵ GIL, Renata. Prover vacina para todos é dever do Estado. **Associação dos Magistrados Brasileiros**, Brasília, 25 fev. 2021. Disponível: amb.com.br/prover-vacina-para-todos-e-dever-do-estado. Acesso em: 23 nov. 2022.

²⁶⁶ Brasil receberá as primeiras vacinas contra COVID-19 por meio do Mecanismo COVAX neste domingo. **Organização Pan-Americana da Saúde**, Brasília, 21 mar. 2021. Disponível: paho.org/pt/noticias/21-3-2021-brasil-recebera-primeiras-vacinas-contracovid-19-por-meio-do-mecanismo-covax. Acesso em: 23 nov. 2022.

autorizando que as respectivas associações fizessem a compra imediata dos imunizantes para os magistrados e os respectivos familiares.²⁶⁷ De igual modo, apesar dessa decisão e de terem se declarado atividade essencial durante o isolamento social, o que ocorreu foi uma drástica queda no número de sentenças e decisões nos anos de 2020 e 2021.²⁶⁸

Por razões como estas, Bourdieu critica as teorias clássicas pelas quais o Estado seria uma instituição supostamente neutra destinada a servir ao bem comum, e o governo ao bem do povo. Para o sociólogo, esse processo de construção conduziu ao monopólio dos que produziram e ainda produzem o Estado e estão em posição de dominar os benefícios que ele proporciona. Essa suposta neutralidade opera mediante um efeito de divinização, pelo qual o Estado faz crer que ele mesmo não é um ponto de vista; ou, então, que é o “ponto de vista sem ponto de vista”. Para obter esse efeito, os órgãos públicos e seus agentes se apresentam como uma comissão de sábios, profissionais e especialistas técnicos que estão acima das contingências, dos interesses e dos conflitos. Atuam, assim, numa teatralização do oficial e do universal, dando o espetáculo do respeito público pelas verdades públicas.²⁶⁹

Por outro lado, essa eficácia simbólica não poder ser exercida sem a cumplicidade daqueles que a suportam. Nesse sentido, o direito, como o discurso legítimo por excelência, só pode surtir seus efeitos na medida em que obtém o reconhecimento e a aceitação, e, ao mesmo tempo, mantém oculto o próprio caráter arbitrário que está em sua origem e em seu funcionamento. Assim, a imagem que retrata os tribunais como espaços separados e delimitados em que o conflito social se converte em um diálogo de profissionais é uma boa evocação de uma das dimensões do efeito simbólico desses mecanismos. Com a definição do magistrado como um terceiro imparcial, opera-se o acobertamento da relação de apropriação direta e imediata que pode existir com o caso, e, perante as partes, ergue-se um poder transcendente. A entrada no universo jurídico faz com que os conflitos só possam ser resolvidos juridicamente, segundo as regras e as convenções desse campo, fazendo uma redefinição completa da experiência corrente e da própria situação que está em discussão. Entrar no jogo, conformar-se com o direito para resolver o conflito, é aceitar tacitamente a adoção de um modo supostamente técnico de discussão.²⁷⁰

²⁶⁷ ARAÚJO, Carla; LAZARO Natalia. Covid-19: Associação obtém liminar para compra de vacinas para magistrados. **Notícias UOL**, Brasília, 11 mar. 2021. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2021/03/11/covid-associacao-de-juizes-estaduais-obtem-liminar-para-compra-de-vacinas.htm>. Acesso em: 23 nov. 2022.

²⁶⁸ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório Justiça em Números 2022**. Brasília: CNJ, 2021. p. 94.

²⁶⁹ BOURDIEU, Pierre. **Sobre o Estado**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014. p. 29-222.

²⁷⁰ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998. p. 209-254.

Entre as exigências implícitas para a entrada no campo jurídico, percebe-se o fato da obrigatoriedade de se chegar a uma decisão binária ou maniqueísta (culpado/inocente, procedente/improcedente). Além disso, as partes devem se ordenar de acordo com as categorias reconhecidas dos rituais e procedimentos que se impuseram no decurso da história e que, não obstante o seu número, permanecem muito limitadas à vida quotidiana, fazendo com que diversos conflitos e argumentos permaneçam aquém do direito como demasiado triviais ou fora dele. Por fim, devem recorrer a precedentes e se conformar com eles, levando-se muitas vezes a distorções das crenças e das expressões correntes, numa forma de afirmar a autonomia e a especificidade do raciocínio jurídico. Ainda, a referência a um corpo de julgamentos anteriores, que funcionam como um espaço de possíveis em cujo interior a solução pode ser procurada, é o que fundamenta racionalmente uma decisão que pode se inspirar, na realidade, em princípios diversos, mas que ela faz parecer como produto de uma aplicação neutra e objetiva de uma competência especificamente jurídica. Esquece-se, desse modo, que a própria escolha dos precedentes e as eventuais distinções com o caso concreto podem ser igualmente discricionárias.²⁷¹

Desse modo, segundo Bourdieu, o Estado e os juristas produzem um espaço diferenciado e um campo próprio que almeja abarcar todos os demais campos (metacampo). Como exemplo, o autor cita a alteração da idade para a aposentadoria. Entre as várias questões envolvidas, tais como saúde (medicina e biologia), trabalho enquanto significação de vida (psicologia), força laboral e mercado de trabalho (economia e política), o direito tende à redução desses fatores apenas ao próprio campo: se foi legal ou ilegal essa alteração de idade, se teve amparo na Constituição, se foi seguido o devido procedimento legislativo.²⁷² Esse mesmo reducionismo pode ser visto nas ações referentes a direitos sociais, em que toda a discussão coletiva que perpassa uma efetiva implementação é reduzida a um único pleito, como um pílula ou a uma vaga em creche, por exemplo.

Em resumo, a transformação dos conflitos de interesses em disputas de argumentos racionais entre sujeitos iguais está inscrita na própria existência desses profissionais, os quais são encarregados de organizar, segundo sua própria linguagem privada, a manifestação pública dos conflitos sociais e de lhes dar soluções razoavelmente aceitas. Por consequência, essa instituição de um espaço judicial próprio implica a imposição de uma fronteira entre os que estão preparados para entrar no jogo e os que, quando nele são lançados, permanecem excluídos, por não poderem operar a conversão da postura linguística que supõe a entrada

²⁷¹ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998. p. 209-254.

²⁷² BOURDIEU, Pierre. **Sobre o Estado**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014. p. 400-420.

neste espaço social. Desse modo, a constituição de uma competência jurídica acaba levando à desqualificação e ao desapossamento do saber dos cidadãos e à revogação da sua construção espontânea. Todavia, a diferença entre a visão daquele que demanda a justiça e a visão do jurista nada tem de acidental; ela é constitutiva de uma relação de poder, que fundamenta dois sistemas diferentes de pressupostos e de intenções, duas visões de mundo.²⁷³

Nesse sentido, o efeito de hermetismo que o funcionamento do campo jurídico tende a exercer se manifesta no fato dos tribunais produzirem categorias de percepção e de apreciação totalmente distintas e privadas, irredutíveis às dos não-especialistas, gerando os seus problemas e as suas soluções segundo uma lógica inacessível ao cidadão. Essa mudança de espaço mental, associada à mudança de espaço social, garante o domínio da situação aos detentores desse poder, os únicos capazes de adotar a postura que permite manipular a situação. Ao mesmo tempo, reduz aqueles que, ao aceitarem ingressar em juízo, renunciam tacitamente a gerir o seu próprio conflito, transformando em capital, a favor desses agentes cordiais, a competência que garante o domínio dos meios e dos recursos da sociedade.²⁷⁴

Conforme refere Bourdieu,²⁷⁵ um dos grandes desafios é fazer com que o povo adira a esse jogo de ilusão, dando-lhe o suficiente para que se motive a permanecer na arena de lutas pela condução do Estado e de sua vida, sem, contudo, dar-lhe participação demais no sistema. Nessa dialética, além do uso da força e da violência simbólica, os agentes se utilizam da assistência e da filantropia, colocando-se na posição de benfeitores — homens cordiais. Dessa forma, percebe-se a tendência de substituir uma maneira forte de exercício do poder por métodos mais tênues e menos diretivos,²⁷⁶ principalmente pela via do paternalismo.

Na mesma linha, Paulo Freire afirma que o dominador, nas suas relações, busca manter suas conquistas sob aqueles que lhes são subordinados. Para isso, utiliza-se das estratégias mais suaves, como o assistencialismo e, novamente, o paternalismo. Assim, como instrumentos da manipulação, essas formas assistencialistas funcionam como um anestésico, e distraem as massas das causas verdadeiras de seus problemas e das possíveis soluções. Fracionam, assim, as pessoas em grupos de indivíduos assistidos e não assistidos, deixando aos primeiros algumas migalhas e, aos demais, a esperança e a inquietação de que logo possam pertencer ao primeiro grupo.²⁷⁷ Nesse sentido, pode ser citada a *Pesquisa Nacional da*

²⁷³ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998. p. 209-254.

²⁷⁴ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998. p. 209-254.

²⁷⁵ BOURDIEU, Pierre. **Sobre o Estado**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014. p. 460-480.

²⁷⁶ BOURDIEU, Pierre; PASSERON, Jean-Claude. **A reprodução: elementos para uma teoria do sistema de ensino**. 7. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2014. p. 32-53.

²⁷⁷ FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. 79 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2021. p. 167-253.

Defensoria Pública,²⁷⁸ de 2022, a qual constatou que 25% da população brasileira não tinha sequer acesso a uma assistência jurídica gratuita. A este grupo em extrema vulnerabilidade, resta a esperança de ascender ao grupo dos menos vulneráveis que conseguem ser atendidos pela Defensoria.

Essas posturas também podem ser identificadas em relação àqueles que conseguem ingressar no sistema judiciário. De um lado, a jurisprudência tem sido favorável à concessão de prestações quando estes direitos estão sob os cuidados diretos do Judiciário, sobretudo se relacionados à saúde e à educação. Segundo estudos, em ações de saúde, o grau de sucesso dos requerentes pode chegar a 85%.²⁷⁹ Não obstante, quando convocados a rediscutir questões de redistribuição dos recursos entre os poderes, com a possibilidade de ampliação dos repasses para que esses mesmos direitos sociais sejam implementados no âmbito da própria Administração, o posicionamento dos tribunais tem se revelado muito mais conservador.

No caso da saúde, a pesquisa constatou o aumento no número de decisões judiciais obrigando o Poder Público ao fornecimento de medicamentos, insumos, equipamentos e cirurgias.²⁸⁰ Só no Governo Federal o gasto com medicamentos cuja provisão foi determinada por ordem judicial passou de 2,5 milhões em 2005 para 266 milhões em 2011. No Município de Buritama (SP), em um ano mais da metade do orçamento da saúde foi gasto para o cumprimento de decisões judiciais. Ainda, constatou-se que cerca de 45% do gasto decorrente das decisões judiciais foram para tratamentos não contemplados pelo Sistema Único de Saúde, ou seja, sem a devida inclusão democrática pelos mecanismos tradicionais e sem a respectiva previsão orçamentária.

Nesse mesmo sentido, uma pesquisa conduzida pelo Conselho Nacional de Justiça constatou que a maioria dos juízes raramente ou nunca consideram as políticas públicas já instituídas para a tomada de decisão. Ainda, identificou que o comprometimento das receitas em virtude de decisões judiciais nos estados e municípios vai de 10% até, em alguns casos extremos, a 70% do orçamento anual da respectiva secretaria de saúde.²⁸¹ Além disso, a maior parte do gasto em virtude da judicialização foi direcionada a medicamentos e insumos cujo

²⁷⁸ ESPÍNDOLA, Drysanna. Quase 25% da população brasileira está impedida de reivindicar seus direitos, aponta **Pesquisa Nacional da Defensoria Pública**. Porto Alegre, 16 jun. 2022. Disponível em: <https://www.defensoria.rs.def.br/quase-25-da-populacao-brasileira-esta-impedida-de-reivindicar-seus-direitos-aponta-pesquisa-nacional-da-defensoria-publica>. Acesso em: 4 jan. 2023.

²⁷⁹ WANG, Daniel *et al.* Os impactos da judicialização da saúde no município de São Paulo. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, n. 48, v. 5, p. 1191-1206, set./out. 2014.

²⁸⁰ WANG, Daniel *et al.* Os impactos da judicialização da saúde no município de São Paulo. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, n. 48, v. 5, p. 1191-1206, set./out. 2014.

²⁸¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Judicialização e saúde: ações para acesso à saúde pública de qualidade**. Brasília: CNJ, 2021. p. 99-107.

fornecimento não era de competência administrativa do ente condenado. Como afirmam os autores do estudo,²⁸² isso contraria a própria razão de ser de um sistema público, cuja cooperação entre os diversos entes e instituições exige o empreendimento de esforços conjuntos, o que não significa a execução de tarefas idênticas, sob pena de desperdícios e ineficiência administrativa.

Todavia, se as condenações do Poder Público ao fornecimento de direitos sociais como saúde e educação fortalecem o capital simbólico dos tribunais, reforçando o fenômeno da cordialidade, percebe-se também que, quando chamados a uma revisão do orçamento em sua origem, diante do constante superávit nas contas do Poder Judiciário, seus agentes se mostram muito mais resistentes a uma alteração estrutural. Desse modo, o paternalismo desses juízes cordiais se transmuda em clientelismo, convertendo direitos que poderiam ser prestados diretamente aos cidadãos em favores a serem obtidos exclusivamente pelos mecanismos judiciais.

A esse propósito, vale uma breve explicação acerca da condução dos repasses obrigatórios operada pelo Poder Executivo. Conforme a técnica orçamentária, os repasses constitucionalmente previstos — a exemplo da saúde, da educação e do pagamento das condenações provenientes do próprio Poder Judiciário, os precatórios e as requisições de pequeno valor — são contabilizados com base na integralidade do orçamento. Contudo, ainda que considerado o valor global como base para os respectivos percentuais, os efetivos descontos são realizados apenas após os repasses integrais dos duodécimos aos tribunais e demais poderes. Ou seja, todas as promessas de realização dos direitos sociais são creditadas no saldo remanescente ao Poder Executivo, diante da blindagem orçamentária dos demais órgãos, os quais não sofrem qualquer contingenciamento.

Em face das crises econômicas e sanitárias que ocorreram na última década, diversos governos levaram a questão à Justiça, alegando que, nas situações em que o orçamento previsto não se realizasse no efetivo mês de competência (ou seja, uma arrecadação frustrada, a menor), o repasse de duodécimos ocorresse com base no valor efetivamente arrecadado, e não naquele previsto (a maior). Não obstante, os Tribunais de Justiça e o Supremo Tribunal Federal²⁸³ foram unânimes em decidir que o recebimento da verba em sua integralidade é direito das Cortes. Conforme referiram os tribunais acerca de seu próprio orçamento, a frustração de receitas, identificada pelo Poder Executivo, não pode impactar o repasse dos

²⁸² WANG, Daniel *et al.* Os impactos da judicialização da saúde no município de São Paulo. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, n. 48, v. 5, p. 1191-1206, set./out. 2014.

²⁸³ Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.238-5.

duodécimos. Em caso de sobras orçamentárias, fica “facultado” às Cortes a realização de eventual acordo ou convênio. O argumento das Cortes, sinalizado também por parte da doutrina,²⁸⁴ é de que, se transferido apenas o que foi arrecadado, e não o que foi orçado (a maior), a autonomia financeira do Poder Judiciário pode ser prejudicada por crises sobre as quais não possui responsabilidade nem ingerência — a exemplo de crises econômicas, políticas e sanitárias.

Paralelamente, diante da crise vivenciada no país, pôde-se acompanhar notícias de transferências voluntárias dos tribunais ao Poder Executivo, na forma de “atos de solidariedade”. No Estado do Rio Grande do Sul, por exemplo, em 2021 foram repassados mais de 36 milhões de reais para o combate aos efeitos causados pela pandemia. Conforme referiu o Presidente da Corte à época, “*trata-se de mais uma ação componente da campanha ‘Judiciário Solidário’ (...), que desde o ano passado vem colaborando de maneira efetiva no combate aos efeitos da pandemia junto à sociedade gaúcha*”.²⁸⁵ Da mesma forma, em 2022, apesar do déficit orçamentário global do Estado em 3,8 bilhões de reais,²⁸⁶ a atual Presidente da Corte referiu que o Poder Judiciário terá um acréscimo orçamentário de 6,86%, enfatizando que, pela renúncia do percentual inicialmente previsto (7,89%), o Judiciário “*mais uma vez demonstra a sua solidariedade com o Estado neste momento no qual ainda enfrentamos reflexos dos prejuízos causados pela pandemia*”.²⁸⁷

O cotejo dessas posturas dos tribunais permite, assim, que se observe o processo de constituição apropriativa, acompanhado do desapossamento do cidadão comum, e que tende a criar uma procura ao fazer entrar na ordem jurídica um domínio até então deixado a outras formas e ambientes de solução dos conflitos. Conforme Bourdieu,²⁸⁸ à medida que esse campo jurídico se constitui, um processo de reforço circular se coloca em movimento: cada progresso ou vitória no sentido da judicialização de uma dimensão do cotidiano gera novas necessidades jurídicas; e, a cada nova necessidade, surgem também novos interesses jurídicos. Dessa

²⁸⁴ SCAFF, Fernando Facury. Independência do Judiciário e sua autonomia financeira no Brasil. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 24 maio 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-mai-24/contas-vista-independencia-judiciario-autonomia-financieira-brasil>. Acesso em: 11 nov. 2022.

²⁸⁵ SAGRERA, Renato de Oliveira. Judiciário repassará mais R\$ 36,3 milhões para o combate aos efeitos causados pela pandemia na saúde pública. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**, 29 mar. 2021. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/noticia/judiciario-repassara-mais-r-363-milhoes-para-o-combate-aos-efeitos-causados-pela-pandemia-na-saude-publica/>. Acesso em: 11 nov. 2022.

²⁸⁶ SIMÕES, Flávia. Comissão da AL-RS aprova Orçamento de 2023 com déficit de 3,8 bilhões. **Correio do Povo**, Porto Alegre, 24 nov. 2022. Disponível em: correiodopovo.com.br/noticias/politica/comissao-da-al-rs-aprova-orcamento-de-2023-com-deficit-de-3-8-bilhoes-1.928033. Acesso em: 24 nov. 2022.

²⁸⁷ Lei Orçamentária Anual: Judiciário gaúcho promove contingenciamento superior a R\$33 milhões. **Portal de Notícias do TJ/RS**, Porto Alegre, 14 set. 2022. Disponível em: [tjrs.jus.br/novo/noticia/lei-orcamentaria-anual-judiciario-gaicho-promove-contingenciamento-superior-a-r33-milhoes/](https://www.tjrs.jus.br/novo/noticia/lei-orcamentaria-anual-judiciario-gaicho-promove-contingenciamento-superior-a-r33-milhoes/). Acesso em: 10 nov. 2022.

²⁸⁸ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998. p. 209-254.

forma, por meio de seu modo de intervenção, os tribunais parecem reforçar a necessidade dos seus próprios serviços, reduzindo a autogestão e a autonomia decisória do cidadão e da sociedade. Estes, por sua vez, diante da inexperiência e da inabilidade na resolução de suas próprias questões, se veem novamente impelidos a recorrer aos tribunais. Nesse movimento circular, os tribunais correm o risco de, pouco a pouco, tomar o lugar dos litigantes, do Estado, da Administração Pública, do Poder Executivo, do Poder Legislativo.

Como forma de operar essa apropriação de modo que não seja assim percebida, cada vez mais o Poder Judiciário emprega a linguagem da racionalidade técnica, num pensamento que pretende extrair da realidade um modelo unidimensional que considera a si mesmo o aferidor universal das diferentes práticas na sociedade. Mais profundamente, esse pensamento tecnocrático dos tribunais repousa sobre uma definição própria da produtividade do sistema judicial, numa perspectiva que busca evitar que seus objetivos e metas sejam definidos ou reavaliados por um debate público.²⁸⁹

Nesse sentido, chama a atenção que, num país como o Brasil, sobretudo diante da queda da maioria dos índices de qualidade de vida após a pandemia mundial, ocorra a comemoração dos órgãos judiciais acerca dos seus índices de produtividade,²⁹⁰ em sua grande maioria atingindo o nível máximo de 100%.²⁹¹ Ou, ainda, a comemoração dos tribunais pela eficiência no julgamento de ações penais, considerando a seletividade penal em que a imensa maioria dos presos são homens negros com baixa escolaridade.²⁹² Da mesma forma, enquanto inúmeras escolas e postos de saúde sequer possuem computadores para o trabalho cotidiano de professores, alunos, servidores públicos e cidadãos que precisam acessar o sistema, os tribunais comemoram a sua modernização e a virtualização dos processos judiciais.²⁹³ Segundo dados, mais de 33 milhões de pessoas no país não têm qualquer acesso à *internet*,²⁹⁴ e que 71% da população, sobretudo das camadas mais pobres, não consegue se conectar à

²⁸⁹ BOURDIEU, Pierre; PASSERON, Jean-Claude. **A reprodução**: elementos para uma teoria do sistema de ensino. 7. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2014. p. 207-251.

²⁹⁰ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório Justiça em Números 2022**. Brasília: CNJ, 2021. p. 252.

²⁹¹ SOUZA, Janine. Justiça em Números 2022: TJRS é destaque em transparência e produtividade. **Portal de Notícias do TJ/RS**, Porto Alegre, 1 set. 2022. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/noticia/justica-em-numeros-2022-tjrs-se-destaca-em-transparencia-e-productividade/>. Acesso em: 22 nov. 2022.

²⁹² Número de presos no Brasil ultrapassa 900 mil: a quem serve o encarceramento em massa? **Pastoral Carcerária**, São Paulo, 8 jun. 2022. Disponível em: carceraria.org.br/combate-e-prevencao-a-tortura/numero-de-presos-no-brasil-ultrapassa-900-mil-a-quem-serve-o-encarceramento-em-massa. Acesso em: 24 nov. 2022.

²⁹³ SOUZA, Janine. Justiça em Números 2022: TJRS é destaque em transparência e produtividade. **Portal de Notícias do TJ/RS**, Porto Alegre, 1 set. 2022. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/noticia/justica-em-numeros-2022-tjrs-se-destaca-em-transparencia-e-productividade/>. Acesso em: 22 nov. 2022.

²⁹⁴ Mais de 33 milhões de brasileiros não têm acesso à internet, diz pesquisa. **Portal G1**, Rio de Janeiro, 21 mar. 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2022/03/21/mais-de-33-milhoes-de-brasileiros-nao-tem-acesso-a-internet-diz-pesquisa.ghtml>. Acesso em 22 nov. 2022.

rede todos os dias.²⁹⁵ Por outro lado, os que usam a rede mundial diariamente representam 29% da população, composta principalmente por pessoas brancas, das classes A e B, e que possuem maior grau de escolarização.²⁹⁶

Há, portanto, segundo Bourdieu, um efeito próprio da criação jurídica, relativamente autônomo, que torna possível a existência de um campo de produção especializado e que consagra o esforço dos grupos dominantes para imporem uma representação oficial do mundo que esteja em conformidade com a sua visão e seja favorável aos seus interesses,²⁹⁷ num processo que leva ao desapossamento dos cidadãos a ela submetidos. Para tanto, esses agentes parecem ter apostado na constituição de uma linguagem própria, de natureza privada, que se presta justamente aos efeitos de ilusão, de universalização e de apropriação dos bens e recursos produzidos pela sociedade.²⁹⁸

3.2.3 A substituição da linguagem pública pela linguagem privada

Conforme se depreende de suas obras, Bourdieu rejeita o objetivismo kantiano assim como se afasta daquelas tradições que se fundamentam no estabelecimento de um consenso. Em sua sociologia, o autor entende que a realidade é composta por diferentes sistemas simbólicos, a exemplo da arte, da religião, da língua e do direito, os quais se configuram enquanto estruturas estruturantes. Isto é, são sistemas que, ao mesmo tempo em que já se encontram postos e estruturados, também formam e constroem à sua própria construção e reconstrução. Assim, esses sistemas simbólicos se tornam simultaneamente instrumentos de conhecimento, de comunicação e de dominação.²⁹⁹

No caso específico do direito, Bourdieu³⁰⁰ refere que o capital é modulado por meio de um capital linguístico e de um domínio prático. O jurista, pelo uso da linguagem, é aquele capaz de enunciar, na linguagem da regra, a própria transgressão dessa regra, fazendo-se, ao mesmo tempo, como o único legitimado a assim dizer e, também, ele mesmo a transgredi-la. Como refere o autor, o poder *das* palavras e o poder *sobre* as palavras são poderes políticos, na medida em que são os instrumentos de construção da realidade. O campo jurídico se torna,

²⁹⁵ SOUTO, Lígia. Um em cada cinco brasileiros não tem acesso à internet. **Repórter da Rádio Nacional**, Rio de Janeiro, 14 abr. 2021. Disponível em: agenciabrasil.ebc.com.br/radioagencia-nacional/geral/audio/2021-04/um-em-cada-cinco-brasileiros-nao-tem-acesso-internet-segundo-ibge. Acesso em: 24 nov. 2022.

²⁹⁶ Mais de 33 milhões de brasileiros não têm acesso à internet, diz pesquisa. **Portal G1**, Rio de Janeiro, 21 mar. 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2022/03/21/mais-de-33-milhoes-de-brasileiros-nao-tem-acesso-a-internet-diz-pesquisa.ghtml>. Acesso em 22 nov. 2022.

²⁹⁷ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998. p. 209-254.

²⁹⁸ BOURDIEU, Pierre. **Sobre o Estado**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014. p. 128-173.

²⁹⁹ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998. p. 7-16.

³⁰⁰ BOURDIEU, Pierre. **Sobre o Estado**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014. p. 421-440.

então, o lugar de concorrência pelo monopólio do direito de dizer o direito, na qual se defrontam agentes investidos de competência social e técnica para interpretar textos que consagram uma visão legítima do mundo social.³⁰¹

No Brasil, chama a atenção que, no campo dos direitos e garantias fundamentais *do cidadão*, o inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, o qual refere que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, tenha sido interpretado, pelas próprias Cortes, como o *poder dos tribunais* em dar a última palavra, como uma exclusividade em dizer o que é o direito ou o que diz a Constituição. Para Tassinari, esse discurso de que são os tribunais que decidem por último advém de uma imagem criada em torno do Poder Judiciário, fomentado por um discurso de supremacia. Assim, desperta-se na sociedade a confiança de que, deslocando-se as decisões fundamentais da comunidade para os tribunais, será produzida uma definição mais qualificada, à luz do saber técnico-jurídico. Segundo Streck,³⁰² faz-se, no campo jurídico, uma nova forma de divisão social. Os intérpretes de primeiro nível, que possuem o poder da fala autorizada, fazem o trabalho intelectual, restando para os “meros operadores” e “aplicadores do direito” uma espécie de trabalho braçal de reprodução do sentido instituído. Há, nesse processo que subdivide o trabalho jurídico e hermenêutico, um poder implícito de nomeação.

Isso ocorre porque, como nos demais campos (religioso, filosófico ou literário), no texto jurídico estão em jogo lutas, sendo a leitura uma maneira de apropriação da força simbólica que nele se encontra. A concorrência entre os intérpretes, por sua vez, é limitada pelo fato de que as decisões judiciais só podem se distinguir de atos de força na medida em que se apresentam como resultado de uma interpretação razoável de textos reconhecidos. Desse modo, a concorrência pelo monopólio do acesso aos meios jurídicos contribui para fundamentar a cisão social entre os leigos e os profissionais, favorecendo um trabalho contínuo de racionalização para aumentar cada vez mais o desvio entre o direito e o saber produzido pelo coletivo e para fazer com que o sistema das normas jurídicas apareça aos que o impõem e aos que a eles estão submetidos como totalmente independente das relações de força que sanciona e consagra.³⁰³ Assim, a desigual distribuição entre as diferentes classes

³⁰¹ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998. p. 209-254.

³⁰² STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

³⁰³ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998. p. 209-254.

sociais do capital linguístico constitui uma das mediações mais bem dissimuladas pelas quais se instaura a relação de poder e dominação.³⁰⁴

Segundo refere o sociólogo,³⁰⁵ não se pode adquirir uma linguagem sem adquirir, ao mesmo tempo, uma relação com a linguagem. Também é na relação com a linguagem que se encontra o princípio das diferenças mais visíveis entre a língua de uma elite e a língua popular. Naquela, percebe-se uma tendência à abstração e ao formalismo, ao intelectualismo e à moderação eufemística, a distância elegante, o desembaraço contido e o natural afetado. Nesta (língua popular), nota-se a expressividade e o expressionismo da língua que se manifesta na tendência de ir diretamente de um caso particular a outro, da ilustração à parábola, ou de fugir da ênfase dos grandes discursos ou da afetação dos grandes sentimentos.

Sobre esse tema, chama a atenção a experiência de Paulo Freire na alfabetização e no ensino da população adulta nos campos. Segundo o autor, os camponeses somente se interessavam pela discussão quando dizia respeito a aspectos concretos de suas necessidades. Qualquer desvio, como a tentativa do educador de orientar o diálogo para outros rumos que não fossem os de suas necessidades sentidas, provocavam o seu silêncio e a sua indiferença. Os camponeses não conseguiam, no processo de sua análise, fixar uma atenção ordenada na discussão, perdendo-se sem alcançar uma síntese de pensamento. Assim também não percebiam, ou raramente percebiam, as relações entre suas necessidades sentidas e as razões próximas ou subjacentes a elas. Assim, não lhes era possível ultrapassar a sua experiência existencial focalista, a fim de que tomassem a consciência da totalidade.³⁰⁶

Nesse sentido, percebe-se que a maior parte dos processos característicos da linguagem jurídica destina-se a produzir um efeito de impessoalidade ou neutralização. Esta neutralização é obtida por um conjunto de características sintáticas, tais como o predomínio das construções passivas e das frases impessoais (“os autos foram conclusos”), próprias para marcar a impessoalidade do enunciado e para constituir o agente que enuncia em sujeito universal, imparcial e objetivo (“é dever do Estado”). O efeito de universalização é obtido por meio de vários processos convergentes: o recurso sistemático ao indicativo para enunciar normas, o emprego próprio da retórica oficial (“vistos, etc.”, “diligências legais”), de verbos na terceira pessoa do singular que exprimem o aspecto realizado (aceita, confessa, declarou);

³⁰⁴ BOURDIEU, Pierre; PASSERON, Jean-Claude. **A reprodução**: elementos para uma teoria do sistema de ensino. 7. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2014. p. 135-167.

³⁰⁵ BOURDIEU, Pierre; PASSERON, Jean-Claude. **A reprodução**: elementos para uma teoria do sistema de ensino. 7. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2014. p. 135-167.

³⁰⁶ FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. 79 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2021. p. 154.

o uso de indefinidos e do presente intemporal (“todos têm direito a”), o recurso a fórmulas e a formas fixas, deixando pouco lugar às variações individuais (“trata-se de ação de”).³⁰⁷

Para Bourdieu,³⁰⁸ essa retórica da neutralidade e da universalidade está longe de ser uma simples máscara ideológica, pois consiste na própria expressão de todo o funcionamento do campo jurídico. Esta pretensão é um dos fundamentos da cumplicidade que une o conjunto dos agentes que vivem da produção e da venda de bens e de serviços jurídicos. Por isso, refere que numa sociedade complexa e diferenciada, o efeito de universalização é um dos mais poderosos mecanismos por meio dos quais se exerce a dominação simbólica e a imposição da legitimidade de uma ordem social. Essa universalização vem aumentar o efeito da autoridade social que a cultura legítima e os seus detentores já exercem para dar toda a sua eficácia à coerção jurídica. De igual modo, as ideologias e os interesses não aparecem e não se assumem como tais, e é deste desconhecimento ou não percepção que advém a sua eficácia simbólica. Na mesma linha, Jessé Souza afirma que é dessa suposta impessoalidade que a desigualdade no Brasil retira a sua eficácia.³⁰⁹

Esses profetas jurídicos são as pessoas que realizam os atos originários de enunciação do dever-ser que uma sociedade reconhece. São pessoas que falam em nome de um superego generalizado, do oficial, e que nessa condição podem ir até o ponto de regular a transgressão oficial da regra. Assim, a lógica das lutas simbólicas consiste em ter a última palavra, diante da qual todos são obrigados a se inclinar, numa forma de monopólio da hermenêutica jurídica.³¹⁰ Por outro lado, a eficácia do discurso performativo é proporcional à autoridade daquele que o enuncia, e o poder das palavras provém da crença na sua própria legitimidade e daquele que as pronuncia.³¹¹

Assim, aqueles que manipulam uma língua erudita, como os juristas, colocam em cena o referente imaginário em nome do qual falam e que produzem falando. Exigem o que expressam e aquilo em nome do que se expressam, e produzem a crença na universalidade de seu discurso pela evocação: “a nação”, “os trabalhadores”, “o povo”, “a segurança nacional”, “a ordem pública”.³¹² Esses sábios lançam mão da referência a autoridades, e se utilizam de recursos retóricos como a prosopopeia, falando em nome de um conjunto que se faz existir pelo fato de que se fala em seu nome. Ao invés de dizer que “eu penso assim”, afirmam que

³⁰⁷ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998. p. 209-254.

³⁰⁸ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998. p. 17-254.

³⁰⁹ SOUZA, Jessé. **A construção social da subcidadania**: para uma sociologia política da modernidade periférica. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003. p. 11-17.

³¹⁰ BOURDIEU, Pierre. **Sobre o Estado**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014. p. 80-420.

³¹¹ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998. p. 7-132.

³¹² BOURDIEU, Pierre. **Sobre o Estado**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014. p. 80-104.

“o Brasil pensa assim”, que “a democracia exige isso”, ou que “o artigo da Constituição assim determina”. E, a partir da transubstanciação e da eufemização das relações de força, fazem com que sejam ignoradas e despercebidas a violência que o seu poder simbólico encerra.³¹³

Desse modo, esses juristas utilizam formas verbais complexas, esoterismos, arcaísmos, coisas que os homens ordinários não compreendem, o que lhes permite falar e se dirigir apenas a alguns. São discursos extremamente complexos, nos quais se dizem coisas numa forma tal que todos podem ouvir, mas apenas poucos compreendem. Assim, fala-se diante de todos, à frente de todos, embora sendo compreendido apenas por alguns.³¹⁴ Nessa mistificação, o cidadão comum, ao se deparar com uma sentença que decide sua vida e seu direito, vê-se impedido de compreender aquilo que lê. Embora o texto esteja escrito em português, a linguagem utilizada lhe é surpreendentemente incompreensível, fazendo com que um “intérprete” da área jurídica seja essencial para uma “tradução”. Assim como na obra *O processo*, de Kafka, o cidadão se vê envolvido em um processo judicial que não compreende, sem rosto nem forma, assim como os demais personagens que atuam nesse jogo sinistro.

Nesse sentido, até mesmos movimentos de modernização do discurso jurídico acabam por apenas adaptar formalmente uma linguagem materialmente rebuscada aos novos tempos. Como pontua Lenio Streck acerca do uso do *legal design* (ou *visual law*), questiona-se a quem realmente se destina esse movimento, tendo em vista que as decisões continuam a reproduzir uma linguagem privada e estranha a cidadão: a referência a artigos de lei sem a sua transcrição para o leitor leigo, a manutenção de inúmeros termos que continuam a ser desconhecidos pela grande maioria da população, como “sucumbente”, “epígrafe”, “Intimem-se os patronos”, entre outras.³¹⁵

O que se percebe, portanto, é que o Poder Judiciário acaba por criar uma linguagem privada, como um instrumento de dominação e de transformação do mundo conforme sua vontade, sua cultura e seus interesses. O texto e a palavra, apesar de serem aqueles extraídos da literatura e do vernáculo, passam a significar qualquer coisa que o julgador deseja. E, com essa constante manipulação do próprio sentido do texto, os mecanismos democráticos de aferição vertical e horizontal se tornam inefetivos. Afinal, como é possível auditar uma decisão que apenas afirma que um determinado direito é “dever do Estado e um direito de todos”, arrolando alguns precedentes, e que, por essa razão, defere uma liminar ou julga

³¹³ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998. p. 7-16.

³¹⁴ BOURDIEU, Pierre. **Sobre o Estado**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014. p. 80-104.

³¹⁵ STRECK, Lenio. Legal Design explica sentença judicial e "facilita" tudo...! **Consultor Jurídico**, São Paulo, 20 maio 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mai-20/senso-incomum-dr-legal-design-explica-sentenca-judicial-facilita-tudo>. Acesso em: 22 nov. 2022.

precedente o pedido? E, no campo judicial, como é possível exercer com plenitude o direito de recorrer quando as decisões que julgam esses recursos se limitam apenas a citar mais precedentes, utilizando como fundamento a simples transcrição da própria sentença recorrida?

Como refere Lenio Streck, há, na verdade, um conjunto de crenças e práticas que, mascaradas e ocultadas pela *communis opinio doctorum*, propiciam que os juristas conheçam de modo confortável e acrítico o significado das palavras, das categorias e das próprias atividades jurídicas. Essa forma de pensar, por sua vez, faz do exercício do operador jurídico um modo rotinizado, banalizado e trivializado de compreender, julgar e agir com relação aos problemas jurídicos, e converte o seu saber profissional em capital simbólico, isto é, numa riqueza reprodutiva a partir de uma intrincada combinatória entre conhecimento, prestígio, reputação, autoridade e graus acadêmicos.³¹⁶

Essas considerações também podem ser aferidas a partir de um exame atento dos julgamentos do Poder Judiciário. Como exemplo, cita-se uma pesquisa que analisou os temas da escassez de recursos, do custo dos direitos e da reserva do possível na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Percebeu-se que o entendimento da Corte e os resultados práticos de suas conclusões se alteraram drasticamente de acordo com os interesses explícitos e implícitos envolvidos: nos casos em que discutidos direitos sociais como saúde e educação, cujas prestações são concedidas individualmente pelo Poder Judiciário, o posicionamento foi de que os custos econômicos desses direitos eram secundários; todavia, quando as questões exigiam um exame global das despesas e receitas dos Estados e sem perspectivas de uma resolução imediata do problema, a Corte se mostrou muito mais conservadora e reticente.

Segundo Daniel Wang,³¹⁷ autor da pesquisa, as consequências econômicas das decisões não foram elementos importantes na análise jurídica quando em pauta direitos como saúde e educação, dando a entender que os direitos sociais envolvidos não têm nos seus custos e na escassez de recursos do Estado um limite fático à sua plena concretização. Em vários acórdãos, ficou expresso que a questão financeira era de “menor importância” e um “interesse secundário do Estado”, e que esse tipo de argumento não era aceitável quando diante de direitos fundamentais. Para o pesquisador, não fica clara a razão pela qual a questão das verbas tem menor importância se, afinal, é por meio delas que se viabilizam as políticas públicas para concretizar o previsto na Constituição.

³¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

³¹⁷ WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custo dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. **Revista Direito GV**, São Paulo, n. 4, v. 2, p. 539-568, jul./dez. 2008.

Quando especificamente questionados acerca do custo desses direitos,³¹⁸ a Corte referiu que a concessão seria custeada pelos tributos, sem mencionar se as receitas seriam suficientes para os gastos, sobretudo para aqueles determinados pelo próprio Poder Judiciário. Ainda, não houve qualquer referência a eventual aumento das despesas ou diminuição da arrecadação, cujo ajuste dependeria de um complexo processo legislativo. Por fim, também não houve qualquer menção ao fato de que, conforme leciona Marciano Buffon,³¹⁹ a maior parte da carga tributária no país é custeada justamente pelos mais pobres,³²⁰ muitos dos quais, diante da extrema vulnerabilidade, nem sequer chegam ao sistema judiciário.³²¹

Não obstante, nos casos em que houve o pedido de intervenção federal nos Estados diante do inadimplemento de dívidas referente a precatórios, caso em que, se deferido, exigiria a análise minuciosa dos elementos financeiros que conduziram à crise, o posicionamento da Corte mudou drasticamente. Nenhum dos pedidos foi deferido, sob o argumento da escassez de recursos, do custo dos direitos e da reserva do possível.³²² Segundo Wang, isso leva ao questionamento de que, se todos esses direitos têm custos, por que esses custos são discricionariamente levados em consideração no julgamento de alguns direitos e praticamente ignorados no de outros? Para o autor, o problema da concretização dos direitos sociais não é, portanto, meramente interpretativo, mas revela uma disputa entre interesses e necessidade concorrentes.

Nessa linguagem privada dos tribunais, até mesmo o tempo público se torna um tempo privado, cujo transcurso segue regras próprias, que em nada se assemelham àquelas que regem o restante da sociedade. Apesar de fixados em lei diversos prazos para a magistratura e para os tribunais, a própria categoria obteve sucesso na defesa de que esses critérios temporais, válidos para os demais profissionais, como advogados, delegados e promotores, não podem ser igualmente exigidos do Poder Judiciário. Assim, autoriza-se o controle da própria noção de tempo no campo jurídico, o qual deixa de acompanhar a dinâmica do cotidiano da população e passa a se prostrar conforme o interesse daqueles que dominam o

³¹⁸ WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custo dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. *Revista Direito GV*, São Paulo, n. 4, v. 2, p. 539-568, jul./dez. 2008.

³¹⁹ BUFFON, Marciano. **Tributação, desigualdade e mudanças climáticas**: como o capitalismo evitará seu colapso. Curitiba: Brazil Publishing, 2019. p. 184-250.

³²⁰ MOTA, Camilla. Por que donos de empresas geralmente pagam menos impostos do que seus funcionários no Brasil. *BBC News Brasil*, São Paulo, 8 nov. 2022. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-63559616>. Acesso em: 11 nov. 2022.

³²¹ LAGO, Rudolfo. Mais de 86 milhões de brasileiros não têm acesso a defensoria pública, diz pesquisa. **Congresso em Foco**, Brasília, 7 out. 2021. Disponível em: congressoemfoco.uol.com.br/area/justica/mais-de-86-milhoes-de-brasileiros-nao-tem-acesso-a-defensoria-publica-diz-pesquisa. Acesso em: 16 nov. 2022.

³²² WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custo dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. *Revista Direito GV*, São Paulo, n. 4, v. 2, p. 539-568, jul./dez. 2008.

campo e detêm o capital simbólico. Às vezes, num mesmo processo, enquanto atos de instrução e julgamento pendem de análise e são submetidos à longa espera, outros atos processuais ganham livre passagem, tais como o bloqueio de valores do Poder Público. Como refere Jessé Souza, seguindo a linha de Bourdieu, é pelo controle do tempo que se pode retardar ou apressar uma resposta ou reação, retirando-se vantagens ou prejuízos não prescritos na concepção legalista.³²³

Nesse sentido, em que pese os tribunais apresentem uma média de 5 anos para a conclusão dos processos judiciais,³²⁴ esse aspecto não impede que façam largas críticas à suposta morosidade da Administração Pública e nisso também fundamentem suas condenações ao Estado, do qual parecem não fazer parte. Assim, cogita-se quais seriam os fatores a que essa demora no campo judicial pode ser imputada. Primeiro, à convicção de que a atividade judicante é cognitivamente superior à dos demais participantes do processo, apesar de incidir sob a mesma demanda em que laboram os demais atores jurídicos. Segundo, à noção de que a atividade jurisdicional não deve ser considerada um serviço público como qualquer outro prestado pelo Estado, razão pela qual não se poderia exigir um prazo para cumprimento desses deveres funcionais. Terceiro, à noção, ainda que tácita ou subliminar, de que a demora faz parte da própria mistificação e hermetismo que envolve a atividade dos tribunais, justificando uma suposta superioridade das atividades realizadas. Isto é, ainda que fossem fixados prazos muito maiores para as atividades judiciais, estes seriam desrespeitados pelo simples fato de que o podem, a fim de demarcar a sua distinção. Quarto, ao fato de que o controle sobre o tempo do processo também dá espaço para o exercício da cordialidade, exigindo das partes e sobretudo dos advogados uma atuação específica e íntima dos cartórios e magistrados para a aceleração de seus processos. Por fim, a demora nos julgamentos pode retroalimentar o ciclo de recompensas, por meio de substituições, promoções e outros benefícios, permitindo programas de metas para eliminar o represamento causado pelo próprio sistema judiciário.

Com a virtualização dos processos judiciais, propagada como uma nova conquista da sociedade e da democracia, o poder dos tribunais sobre cada etapa minuciosa do sistema é elevado ao seu grau máximo: para um julgamento pelas Cortes, por exemplo, primeiro deve-se aguardar a elaboração das minutas dos votos, o que seguramente demorará mais de mês; o processo, então, deve ser colocado em pauta para julgamento, aguardando-se mais algumas

³²³ SOUZA, Jessé. **A construção social da subcidadania**: para uma sociologia política da modernidade periférica. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003. p. 41-61.

³²⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório Justiça em Números 2021**. Brasília: CNJ, 2021. p. 57.

semanas; após, aguarda-se a sessão, que pode ser virtual e demorar, além do tempo anterior, mais uma semana para que todos os votos sejam lançados, comumente no último dia possível; em seguida, é publicado o extrato com o resultado do julgamento, sem, contudo, o inteiro teor do julgado, o qual somente será lançado em momento posterior. Esse modo de operação, numa espécie de história de suspense, ilustra bem o exercício de poder simbólico e de dominação que o espaço judicial exerce em relação à sociedade e ao próprio campo jurídico.

Conforme Copelli,³²⁵ essa linguagem privada, desconectada da cotidianidade, dos contextos sociopráticos, do uso comum que lhe emprega coerência, torna impossível a participação de uma prática pública. Contudo, a linguagem que funda o projeto político de Estado é necessariamente pública. E é a formação dessa linguagem pública que torna possível a criação de um ambiente democrático, sobretudo para uma democracia agonística como a de Mouffe.³²⁶ Afinal, para Copelli, democracia sem linguagem pública não é democracia.

Não obstante essas considerações, percebe-se que os responsáveis por esse modo de aplicação do direito não são apenas alguns magistrados, mas todo um conjunto dos agentes que, determinados pelos interesses e os constrangimentos específicos associados às suas posições, elaboram aspirações ou reivindicações privadas e as fazem aceder ao estado de problemas sociais ou de necessidades da democracia. Da mesma forma, não se poderia explicar completamente a eficácia simbólica do direito sem considerar os efeitos dessa oferta jurídica, a qual deve ser imputada menos a transações conscientes do que a mecanismos estruturais já postos em funcionamento, nos quais as posições dominadas tendem a ser destinadas àqueles que, sem saber, contribuem para aumentar a inferioridade dessas posições. Na mesma linha, percebe-se que a prática dos encarregados de produzir e aplicar o direito deve muito às afinidades que unem os detentores do poder simbólico aos detentores do poder político ou econômico, de modo que as escolhas que esse corpo de agentes faz em cada momento entre interesses, valores e visões do mundo diferentes ou antagonistas têm poucas probabilidades de desfavorecer os dominantes.³²⁷

Como aponta Bourdieu,³²⁸ é justamente nesse descompasso entre profissionais (magistrados) e clientes (cidadãos) que os *experts* adquirem seu poder específico, de expandir e criar o direito. Segundo o sociólogo, nada é menos natural, no sofrimento, do que a consciência de ser vítima de uma injustiça e, portanto, de procurar a ajuda de profissionais da

³²⁵ COPELLI, Giancarlo. Linguagem Pública e horizontalidade política: pensando a democracia a partir do Wittgenstein das Investigações Filosóficas. **Argumenta Journal Law**, n. 33, p. 277-306, jan. 2021.

³²⁶ MOUFFE, Chantal. Por um modelo agonístico de democracia. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, n. 25, p. 165-175, jun. 2006. p. 165.

³²⁷ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998. p. 209-254.

³²⁸ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998. p. 209-254.

área jurídica. A capacidade de sentir uma experiência como negativa ou injusta depende da posição individual no espaço social e, sobretudo, da consciência de ter direitos numa determinada realidade. Desse modo, os problemas expressos em uma linguagem comum são definidos por especialistas como problemas jurídicos e guiados por instituições como os tribunais, as quais, por sua vez, produzem novamente os seus próprios problemas e soluções.

Por outro lado, a simples ampliação do acesso ao conhecimento jurídico especializado por parte da sociedade, em um caminho inverso ao do saber coletivo para o saber especializado, não parece ter produzido o efeito de garantir uma reapropriação do direito pelos cidadãos ou a quebra do monopólio desses profissionais de toga. Impelidos pela necessidade de sobrevivência e manutenção do *status quo*, esses profissionais buscam continuamente a defesa de seus interesses, de modo a aumentar a tecnicidade de suas intervenções para melhor demarcar a fronteira em relação aos profissionais e aos comuns, assim como sua autoridade e suposta neutralidade. E, se não há dúvidas de que o direito exerce uma eficácia específica, imputável ao trabalho desses profissionais, também não há dúvidas de que esta se exerce na medida em que o direito é socialmente reconhecido como um instrumento da sociedade e do cidadão porque responde, pelo menos na aparência, a necessidades e interesses reais.³²⁹

Por essa razão, analisadas as estruturas que permitem a consolidação e a institucionalização da cultura do homem cordial, cabe o exame da relação de oferta e demanda que subjaz esse sistema dos serviços jurídicos por parte do Poder Judiciário. Cabe, assim, desvelar os mecanismos e forças desejantes que operam nesses movimentos de clientelismo e de paternalismo entre o juiz cordial e a sociedade, em verdadeiros atravessamentos. E, ainda, de que modo a relação entre esses profissionais e a sociedade pode se tornar produtiva e promotora dos postulados democráticos, na forma de transversalidades.

3.3 Discurso, oferta e demanda: atravessamentos e transversalidades

Analisados alguns dos fatores culturais que formaram a figura do juiz cordial na sociedade brasileira, bem como investigado o modo como esses agentes puderam se valer dos mecanismos estatais para, ao servirem o Estado e ao povo, servirem-se, mostra-se pertinente a análise de como esses fenômenos agem e circulam entre as demandas da sociedade. Para tanto, será analisado o pensamento de Gregório Franklin Baremlitt. Psiquiatra argentino radicado no Brasil na década de 1970, Baremlitt elaborou diversos estudos em psicologia

³²⁹ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998. p. 209-254.

social. Segundo o autor, essa área é responsável por promover uma interlocução entre a psicologia e a sociologia, apresentando como objeto de estudo as mútuas determinações e influências dos sujeitos entre si.³³⁰

Assim, num primeiro momento, será abordado como os saberes gerados pela civilização foram transferidos para o trabalho dos profissionais (experts), num monopólio da identificação das demandas da sociedade e na subsequente oferta de seus serviços. Ainda, será abordado como as intervenções desses profissionais podem se caracterizar como atravessamentos ao funcionamento da sociedade e à vida dos cidadãos, em desrespeito à sua autonomia enquanto indivíduos e enquanto coletividade, e, também, como essas intervenções podem ascender à categoria de transversalidades, numa atuação conjunta e maximizadora das potencialidades dos cidadãos e da democracia.

3.3.1 Do saber coletivo ao saber dos “experts”

Inicialmente, o autor faz uma diferenciação entre as análises histórica e historiográfica: esta consistiria no registro dos fatos que se encontra armazenado por coincidir com os interesses do Estado, dos dominantes, do instituído e do organizado; em geral, essa análise se apresenta como objetiva, neutra e impessoal, de caráter narrativo ou descritivo, com o objetivo de justificar as ações pretéritas, presentes e futuras, não passando, contudo, de uma versão tendenciosa como outra qualquer. A análise histórica, por sua vez, traduz um processo de conhecimento que pretende reconstruir os acontecimentos, assumindo claramente que qualquer reconstrução é sempre feita a partir de uma determinada perspectiva, incluindo desejos, interesses e tendências de quem a produz.³³¹

Partindo desses pressupostos, Baremlitt refere que os processos históricos e sociais costumam ser influenciados por forças desejantes, por vontades que os indivíduos não controlam e muitas vezes nem conhecem, pois de ordem inconsciente, mas que se relacionam com prazer, com sofrimento e com outros mecanismos subjetivos profundos. Como exemplo, o autor relembra o estudo do psicanalista Wilhelm Reich sobre o movimento nazista na Alemanha, o qual questionava como um dos povos mais cultos e politizados da Europa pôde ter aderido maciçamente a um projeto de dominação autoritário e paternalista. Reich, assim, atribuiu o movimento à mobilização de desejos inconscientes de domínio e poder: não foi

³³⁰ BAREMBLITT, Gregório F. **Compêndio de análise institucional e outras correntes**: teoria e prática. 5. ed. Belo Horizonte: Instituto Felix Guattari, 2002. p. 133-173.

³³¹ BAREMBLITT, Gregório F. **Compêndio de análise institucional e outras correntes**: teoria e prática. 5. ed. Belo Horizonte: Instituto Felix Guattari, 2002. p. 37-52.

apenas por meio da consciência que se conseguiu dominar um povo, fazendo-o operar contra seus potenciais e interesses, mas foi também por meio desse outro tipo de mobilização inconsciente e coletiva.³³²

Nesse caminho, a psicologia social reconhece a existência de forças inconscientes e desejanças, as quais se manifestam diferentemente em cada indivíduo e em cada sociedade. Em outras palavras, não existe um homem universal, uma essência-homem, um sujeito psíquico que seria o mesmo em todas as sociedades, em todos os momentos históricos e em todas as classes. Do mesmo modo, não existe uma separação radical entre vida econômica, vida política, vida do desejo inconsciente, vida biológica e vida natural: existe apenas a posição de cada um destes campos em relação aos demais, os quais só podem ser separados artificialmente para a finalidade de seu estudo.³³³

Nesse contexto, Bareblitt refere que a complexidade da vida na atual civilização produziu uma soma de saberes que propiciou, nos últimos duzentos anos, uma transformação maior do que ocorreu em dois mil anos, num processo intenso de produção de conhecimento e de aplicação. Como causa e efeito dessas transformações, operou-se o aperfeiçoamento e a consolidação de instituições democráticas, judiciais, legislativas e executivas tanto na estrutura estatal como na sociedade civil. As metamorfoses do capitalismo, por sua vez, trouxeram uma tendência à racionalização e objetivação dos Estados e de sua responsabilidade, assim como dos aspectos relativos à soberania. Por outro lado, as limitações orçamentárias impostas promoveram a redução das políticas públicas de bem-estar, fomentando a sua crescente privatização. No novo modelo global de capitalismo, essas tendências têm produzido impactos ainda maiores em países de modernidade tardia como o Brasil, em que o déficit de serviços básicos e a desigualdade na distribuição de renda são mais intensos do que nos países mais ricos.³³⁴

Não obstante, essa realidade tem sido fomentada pelos conhecedores dos processos de construção e de difusão ideológica e de opinião pública, afirma Bareblitt. Além dos beneficiários diretos do *status quo*, até mesmo aqueles que se encontram na periferia do sistema oferecem sua cumplicidade, fundada na crença da absoluta ausência de alternativas que não o aperfeiçoamento e a execução da mesma lógica que os exclui. Esse processo

³³² BAREMBLITT, Gregório F. **Compêndio de análise institucional e outras correntes**: teoria e prática. 5. ed. Belo Horizonte: Instituto Felix Guattari, 2002. p. 37-52.

³³³ BAREMBLITT, Gregório F. **Compêndio de análise institucional e outras correntes**: teoria e prática. 5. ed. Belo Horizonte: Instituto Felix Guattari, 2002. p. 37-52.

³³⁴ BAREMBLITT, Gregório F. **Compêndio de análise institucional e outras correntes**: teoria e prática. 5. ed. Belo Horizonte: Instituto Felix Guattari, 2002. p. 174-204.

deliberado de produção, difusão e assimilação de crenças, convicções e valores pode ser chamado de mistificação, tendo como um dos seus principais agentes o próprio Estado.³³⁵

Nesse processo de alienação e dominação, a civilização e seus indivíduos acabaram perdendo suas potencialidades, atribuindo-as a entidades sobrenaturais (deuses) ou a uma classe que, por ser detentora dos meios de produção de capital (financeiro, simbólico, legal), apropria-se dessa força, reinvestindo-a em seus próprios poderes e prestígio.³³⁶ Assim, despossuídas dos saberes que haviam acumulado através de muitos anos acerca de seu funcionamento, as comunidades têm perdido o controle sobre suas condições de vida, ficando alheias à capacidade de gerenciar a sua própria existência e dependentes dos organismos do Estado, das organizações e de seus profissionais.³³⁷

Assim, numa suposta visão de progresso, os saberes gerados pela civilização têm sido imputados ao trabalho dos “experts”, profissionais costumeiramente a serviço das entidades e das forças dominantes.³³⁸ Nesse sentido, também vale citar o pensamento de Paulo Freire: conforme o autor, não se deve confundir desenvolvimento com modernização, pois esta é realizada de forma induzida e interessa, no fundo, apenas às elites, ainda que alcance certas faixas da população periférica. Desse modo, a sociedade simplesmente modernizada, mas não desenvolvida, continua dependente, mesmo que venha a assumir, por mera delegação dos detentores do poder, algumas áreas mínimas de decisão.³³⁹

Sob essa perspectiva, Baremlitt afirma que toda a oferta de bens e serviços se encontra dirigida e gerenciada por esses especialistas, desde os serviços básicos até assuntos como saúde, educação e, inclusive, a administração da justiça. São eles que decidem e arbitram quais os serviços que serão prestados, os bens que serão produzidos e os locais e indivíduos que deverão ser contemplados. Tudo é decidido por aqueles sobre quem se supõe que sabe e conhece o assunto, em um saber que é de antemão por eles mesmos produzido e que gera resultados favoráveis a seus desejos e interesses. Por essa razão, defende que não existem necessidades básicas naturais, indiscutíveis ou universais, nem demandas espontâneas: em cada sociedade, a concepção das necessidades é produzida e sua demanda é modulada. Em outras palavras, aquilo que as comunidades pensam que todos os membros de

³³⁵ BAREMBLITT, Gregório F. **Compêndio de análise institucional e outras correntes**: teoria e prática. 5. ed. Belo Horizonte: Instituto Felix Guattari, 2002. p. 133-204.

³³⁶ BAREMBLITT, Gregório F. **Compêndio de análise institucional e outras correntes**: teoria e prática. 5. ed. Belo Horizonte: Instituto Felix Guattari, 2002. p. 133-173.

³³⁷ BAREMBLITT, Gregório F. **Compêndio de análise institucional e outras correntes**: teoria e prática. 5. ed. Belo Horizonte: Instituto Felix Guattari, 2002. p. 13-24.

³³⁸ BAREMBLITT, Gregório F. **Compêndio de análise institucional e outras correntes**: teoria e prática. 5. ed. Belo Horizonte: Instituto Felix Guattari, 2002. p. 13-24.

³³⁹ FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. 79 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2021. p. 167-253.

uma população e todos os povos precisam como mínimo não existe, pois esse mínimo é gerado em cada sociedade e é diferente em cada segmento.³⁴⁰

Assim, nessa deferência aos especialistas, as comunidades têm perdido a noção vivencial acerca de suas necessidades, de sorte que já não sabem mais do que precisam e não demandam o que realmente desejam, mas, pelo contrário, acreditam que necessitam daquilo que os especialistas dizem que elas necessitam. De igual forma, pensam que pedem o que querem e como querem, quando, na realidade, apenas querem e pedem aquilo que lhes é inculcado.³⁴¹ Desse modo, as comunidades acabam despossuídas de qualquer possibilidade de protagonismo no conhecimento das determinações que as constroem, assim como dos recursos que geram e poderiam gerar. Nesse atual contexto de identificação de necessidades e de produção de demandas, o único caminho que é oferecido é aceitar o participacionismo e o colaboracionismo, instrumentos que os centros de poder se vêm obrigados a lançar diante das eventuais crises causadas pela própria arbitrariedade de sua gestão.³⁴²

De forma igualmente crítica, Freire também refere que esses profissionais acabam vendo a si mesmos como promotores do povo. No entanto, ao mesmo tempo pensam que não precisam ouvi-lo para tomar suas ações, pois o povo é incapaz e inculto, e primeiramente precisa ser educado para sair da indolência que provoca o seu subdesenvolvimento. Na visão desses profissionais, o povo não tem sequer visão de mundo; apenas os profissionais a tem. Assim, esses profissionais vão se apropriando cada vez mais da ciência e da tecnologia como instrumento para suas finalidades. E, por sua vez, o comportamento dos oprimidos vai se fazendo à base de pautas que lhes são estranhas, as pautas dos opressores, na imposição da opção de uma consciência a outra.³⁴³

Não obstante, se, por um lado, toda instituição e toda organização apresenta funções a serviço dos dominadores, por outro, estas funções raramente se apresentam de forma clara e transparente. Por meio do trabalho de mistificação, tais funções são deformadas e disfarçadas como objetivos naturais, desejados e lógicos. Segundo Barenblitt, o Estado é o maior agente e instrumento de persuasão, repressão, coerção e eliminação, operando através da captura e da recuperação de singularidades e forças produtivas, reinvestindo-as na lógica do sistema. Seu

³⁴⁰ BAREMBLITT, Gregório F. **Compêndio de análise institucional e outras correntes**: teoria e prática. 5. ed. Belo Horizonte: Instituto Felix Guattari, 2002. p. 13-24.

³⁴¹ BAREMBLITT, Gregório F. **Compêndio de análise institucional e outras correntes**: teoria e prática. 5. ed. Belo Horizonte: Instituto Felix Guattari, 2002. p. 13-24.

³⁴² BAREMBLITT, Gregório F. **Compêndio de análise institucional e outras correntes**: teoria e prática. 5. ed. Belo Horizonte: Instituto Felix Guattari, 2002. p. 108-132.

³⁴³ FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. 79 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2021. p. 39-253.

principal instrumento é o direito.³⁴⁴ Portanto, para compreender esses fenômenos, cabe examinar, sob o prisma da psicologia social, a relação entre as instituições e seus agentes e como essa interação opera na sociedade, desmistificando a produção de demandas e de necessidades pelos especialistas e pelo próprio Estado.

3.3.2 Das ofertas arbitrárias às necessidades provocadas

Conforme refere Baremlitt, a sociedade é formada por um conjunto de instituições que se interpenetram e se articulam. Essas instituições, por sua vez, consistem em entidades abstratas cuja materialização se dá na forma de organizações, isto é, em formas materiais variadas que podem compreender desde um ministério ou uma secretaria de governo até uma pequena repartição ou fórum local. Assim, as instituições não teriam vida nem realidade social senão por meio das organizações, e as organizações não teriam sentido, objetivo ou direção caso não estivessem informadas pelas respectivas instituições.³⁴⁵

Não obstante, instituições e organizações só adquirem dinamismo, operam e se mobilizam através dos seus agentes. São esses seres humanos que protagonizam práticas verbais e não-verbais, discursivas ou não, teóricas ou técnicas, cotidianas ou inespecíficas, gerando transformações na realidade. No exercício das ações que são próprias a esses agentes, cada especialidade, classe ou profissão pressupõe que os problemas da realidade são problemas de seu campo. De forma deliberada ou inconsciente, chamam para si cada problema que lhes é apresentado. De forma ilustrativa, o autor cita o exemplo de um médico que é procurado por um cliente ou por uma organização acerca de um problema de saúde: o médico pensa, desde logo, que é a pessoa adequada, pois é especialista na área, um profissional que vive desse mister, com conhecimentos e habilidades que têm se mostrado eficazes; conscientemente ou não, o médico também sabe que é dessa relação profissional que obtém todo o seu dinheiro, todo o seu poder social e todo o seu prestígio; por fim, se alguém o consulta sobre um problema de saúde, se deseja obter mais saúde, isso é indubitavelmente, para o médico, uma questão de sua alçada.³⁴⁶

O problema fundamental para Baremlitt, portanto, é que, quando se recebe uma demanda, o agente tende a pensar que não tem nada a ver com a crítica dessa demanda: se o

³⁴⁴ BAREMBLITT, Gregório F. **Compêndio de análise institucional e outras correntes**: teoria e prática. 5. ed. Belo Horizonte: Instituto Felix Guattari, 2002. p. 25-173.

³⁴⁵ BAREMBLITT, Gregório F. **Compêndio de análise institucional e outras correntes**: teoria e prática. 5. ed. Belo Horizonte: Instituto Felix Guattari, 2002. p. 25-36.

³⁴⁶ BAREMBLITT, Gregório F. **Compêndio de análise institucional e outras correntes**: teoria e prática. 5. ed. Belo Horizonte: Instituto Felix Guattari, 2002. p. 25-107.

sujeito está demandando, o agente é levado a aceitar que é porque o sujeito já sabe o que está demandando. E o agente, quando atende, naturalmente se esquece que, se é procurado, é porque existe primeiramente uma oferta, que pode ser uma oferta vasta, ampla, cruzada, uma oferta sem a qual sequer haveria a procura pela especialidade. Assim, toda organização de prestação de serviços transmite um recado, consciente ou inconsciente, durante o processo de oferta de bens ou serviços: a mensagem subjacente de que a organização possui aquilo que falta ao indivíduo. Desse modo, a demanda se encontra modulada pela própria oferta, de sorte que o demandante postula algo que já lhe fizeram antecipadamente acreditar que não possuía ou sequer seria capaz de compreender. Para o autor, essa situação faz com que a sociedade e as comunidades se vejam despossuídas de um saber que haviam acumulado através de sua história e de seu funcionamento.³⁴⁷

Com um saber agora subordinado aos “experts” do aparelhamento burocrático, as comunidades têm perdido o controle sobre suas próprias condições de vida, ficando alheias ao gerenciamento de sua própria existência. Sem saber identificar suas reais necessidades, seus desejos, suas demandas, suas limitações e as causas que determinam todos esses fatores, a sociedade tem perdido um certo grau de compreensão e o controle sobre que tipos de recursos e formas de organização devem dispor para identificar e resolver seus problemas. Dependentes dos bens e serviços, sobretudo daqueles prestados pelo Poder Público, os cidadãos têm visto questões atinentes a política, saúde e educação, entre outras, serem decididas pelas organizações do Estado. Numa produção gerenciada e dirigida pelos especialistas, cada serviço ou bem que se produz é decidido pelos experts, arbitrado por quem se supõe que saiba e conheça sobre o assunto. Conforme Baremlitt, o mesmo acontece no plano da administração da justiça.³⁴⁸

Sobre o tema, o autor exemplifica a questão sob o ponto de vista da saúde pública, aludindo que é de conhecimento geral que a maioria das demandas diz respeito a questões básicas, com causa direta advinda de problemas de habitação, alimentação, vestuário e saneamento básico. Não obstante, a política pública de saúde no país continua a preterir um enfoque em questões preventivas, sobretudo quando exigem mudanças substanciais nas condições de vida da população. Mesmo assim, diversos centros no país se orgulham de ter os mais modernos aparelhos para diagnosticar condições ou doenças que afetam menos de 0,5%

³⁴⁷ BAREMBLITT, Gregório F. **Compêndio de análise institucional e outras correntes**: teoria e prática. 5. ed. Belo Horizonte: Instituto Felix Guattari, 2002. p. 13-107.

³⁴⁸ BAREMBLITT, Gregório F. **Compêndio de análise institucional e outras correntes**: teoria e prática. 5. ed. Belo Horizonte: Instituto Felix Guattari, 2002. p. 13-24.

da população.³⁴⁹ Da mesma forma, no âmbito da judicialização, podem ser citados os inúmeros casos de ações buscando a implementação de direitos como saúde e educação, em que são concedidas prestações e serviços públicos sem qualquer previsão legal ou democrática. Questões como se a sociedade deseja custear medicamentos independentemente do elevado custo, da previsão orçamentária ou do efetivo benefício passam ao largo dos espaços públicos de discussão, recebendo o rótulo de “assunto técnico” a ser resolvido exclusivamente nos fóruns judiciais. Assim, ao passo que a demanda veiculada na ação judicial visa à concessão de prestações materiais como cirurgias, tratamentos ou medicamentos, numa suposta materialização do direito fundamental à saúde, as necessidades subjacentes ao ajuizamento da ação permanecem latentes. O cidadão que demanda, assim, não toma ciência e nem é consultado sobre a possibilidade de que a concessão de um custoso tratamento de saúde poderia ser evitada caso esses mesmos recursos fossem investidos em outras políticas públicas que o afetam diretamente.

Por outro lado, constata-se que a produção da demanda acerca de um serviço ocorre em razão da falência de outras ofertas e organizações, de modo que a própria relação entre demanda e oferta, tal como posta, somente se sustenta enquanto perdurar os estados de carência e de necessidade originais.³⁵⁰ Desse modo, diante do decréscimo dos índices de igualdade social e de renda, e das crescentes dificuldades do Estado em manter e implementar políticas públicas que garantam a dignidade de seus cidadãos, percebe-se que a concentração de capital simbólico nos tribunais gera não só um desequilíbrio nos recursos que a sociedade produz, reforçando essas desigualdades, mas também afasta dos indivíduos e das coletividades a habilidade prática de resolução de seus problemas e de sua vida.

Segundo Barenblitt,³⁵¹ todas essas experiências geram uma regressão, reportando o sujeito a uma situação familiar arcaica pela qual já passou durante seu processo de amadurecimento, mas em que, agora, as figuras determinantes reais se transformam em figuras imaginárias de sua situação familiar. Em consequência, o sujeito que demanda, assim como acontecia em sua infância, na qual era pequeno, impotente e dependente de seus pais, somente poderá solucionar essa situação se refugiando num mundo de fantasia, tentando solucionar seus problemas mediante saídas mágicas. Essa perspectiva psicológica, aliás, em

³⁴⁹ BAREMBLITT, Gregório F. **Compêndio de análise institucional e outras correntes**: teoria e prática. 5. ed. Belo Horizonte: Instituto Felix Guattari, 2002. p. 13-24.

³⁵⁰ BAREMBLITT, Gregório F. **Compêndio de análise institucional e outras correntes**: teoria e prática. 5. ed. Belo Horizonte: Instituto Felix Guattari, 2002. p. 13-24.

³⁵¹ BAREMBLITT, Gregório F. **Compêndio de análise institucional e outras correntes**: teoria e prática. 5. ed. Belo Horizonte: Instituto Felix Guattari, 2002. p. 71-89.

muito se aproxima das descrições de Holanda acerca do paternalismo rural cultivado na sociedade brasileira.

No mesmo sentido, vale citar Ingeborg Maus, jurista alemã que aproxima a psicanálise do direito. A autora sustenta que a sociedade contemporânea se encontra órfã de uma figura paterna, de limitação e de construção da consciência e que tenha lhe ensinado a resolver por conta própria suas demandas. Por essa razão, a sociedade tem projetado nos tribunais tal imagem, numa veneração semelhante à religiosa ou à familiar. Segundo Maus, na produção literária de biografias, os juízes costumam ser retratados como “profetas” ou “deuses do direito”, nas quais se reafirma a importância do personalismo em face das regras do sistema, bem como que os pressupostos para uma decisão justa residem na formação da personalidade dos juízes e não no sistema democrático.³⁵²

Nesse modelo de transferência do superego, em que a sociedade promove a fuga da complexidade, a eliminação de discussões e procedimentos no processo de construção política é alcançada por meio da centralização da consciência social nos tribunais. Não obstante, quando o Poder Judiciário ascende à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa também a escapar dos mecanismos de controle social, sobretudo àqueles a que deve estar subordinada qualquer instituição democrática. Contudo, segundo Maus, a expectativa de que a Justiça possa funcionar como instância moral depende também de uma certa confiança popular.³⁵³ No Brasil, esses movimentos puderam ser acompanhados durante o julgamento dos processos referentes à Operação Lava Jato, em que a atuação do Poder Judiciário e do Ministério Público passou a ser pautada pelos anseios populares contra a corrupção e dirigida contra alguns membros do Partido dos Trabalhadores. Após os julgamentos, os quais vieram a ser anulados no âmbito do Supremo Tribunal Federal por imparcialidade do julgador, houve a filiação partidária do principal magistrado dos julgamentos à época e a assunção de cargo de ministro no governo do partido que fora beneficiado por suas ações. Por consequência dessa atuação no campo jurídico, tanto o magistrado quanto o procurador atuante no caso, e até mesmo a esposa daquele, puderam capitalizar sua imagem pública e obter capital simbólico a ponto de serem os candidatos mais votados nas eleições parlamentares de 2022.³⁵⁴

³⁵² MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2000.

³⁵³ MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2000.

³⁵⁴ SANTOS, Rafa. Dupla da 'lava jato' dá demonstração de força com votação no Paraná. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 2 out. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-out-02/dupla-lava-jato-demonstracao-forca-votacao-parana>. Acesso em: 7 nov. 2022.

Para Maus, essa apropriação dos interesses sociais e dos discursos morais por parte dos tribunais — ou, para Holanda e Bourdieu, a apropriação do público pelo privado — opera uma profunda transformação do conceito de Constituição, a qual deixa de ser compreendida como um documento de garantias para ser um texto a partir do qual os sábios deduziriam diretamente os valores e comportamentos corretos, a exemplo do que ocorreu com a Bíblia e com o Corão. Ainda, percebe-se que a sua transformação em uma ordem de valores gera uma imprecisão no sistema, permitindo aos tribunais suprir, ampliar ou reduzir discricionariamente os princípios e as regras constitucionais positivadas.³⁵⁵

Como também pontua Paulo Freire, nessa atuação messiânica, pela qual os dominadores pretendem aparecer como salvadores dos homens a quem desumanizam, o que se percebe é que, no fundo, desejam é salvar a si mesmos: salvar sua riqueza, seu poder, seu estilo de vida. Esses opressores têm necessidade, para que a sua “generosidade” continue tendo oportunidade de se realizar, da permanência da injustiça. A ordem social injusta, assim, torna-se a fonte geradora e permanente desta “generosidade” que se nutre do desalento. Como afirma Freire, solidarizar-se é algo mais do que prestar assistência a alguns, mantendo-os atados, contudo, à mesma posição de dependência. A verdadeira solidariedade é, de fato, uma atitude radical.³⁵⁶

A fim de evitar esse ciclo de paternalismo e dependência, Baremlitt propõe o que define como autoanálise, movimento em que as próprias comunidades e sociedades, como protagonistas de seus interesses e necessidades, possam compreender e produzir um pensamento e uma linguagem que lhes permitam saber e decidir acerca de suas próprias vidas. Contudo, isso não significa que devam prescindir dos especialistas, mas estes devem se submeter a uma profunda e constante crítica que os faça separar o que é produto de sua pertença ao bloco dominante e o que pode ser verdadeiramente útil à sociedade e aos cidadãos, na forma de *transversalidades*. Isso também exige da organização prestadora de serviço um severo processo de autoanálise sobre o produto e a oferta de seus trabalhos. Assim, entre a organização interveniente e o coletivo, ou os tribunais e os cidadãos, vai-se produzir uma nova interseção, desprovida da posição clássica de objetividade. Juntos, buscarão entender a nova realidade que se deu a partir desse encontro.³⁵⁷

³⁵⁵ MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2000.

³⁵⁶ FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. 79 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2021. p. 39-253.

³⁵⁷ BAREMLITT, Gregório F. **Compêndio de análise institucional e outras correntes**: teoria e prática. 5. ed. Belo Horizonte: Instituto Felix Guattari, 2002. p. 13-70.

Como refere Baremblytt, para efetuar essa autocrítica, os *experts* não podem fazê-lo a partir de suas “torres de marfim”. Pelo contrário, devem entrar em contato direto com a sociedade para se incorporar a ela, numa relação de igualdade e de horizontalidade. Por outro lado, enquanto os especialistas — leia-se os tribunais e os juízes cordiais— não abandonarem sua posição estrutural e social de superioridade, na qual acreditam que tudo sabem, a sua atuação e os seus serviços permanecerão se concretizando não de forma integrada *na* sociedade, mas *sobre* ela, numa relação de verticalidade paternalista e abusiva, isto é, na forma de *atravessamentos*.³⁵⁸

3.3.3 Transformando atravessamentos em transversalidades

Conforme referido anteriormente, nas sociedades industriais modernas a construção de um Estado (Liberal) de Bem-Estar Social e de um mercado de bens e serviços submeteu a produção de necessidades e a modulação das demandas à ação dos saberes disciplinares e de seus agentes. No que se refere a bens de consumo ou de capital e a serviços de caráter público como saúde, educação, transporte, entre outros, são esses especialistas que decidem o quê, como, quanto, onde, porque e quando as pessoas necessitam e demandam.³⁵⁹

Para romper esses ciclos, Baremblytt propõe o despertar de dois movimentos que se interrelacionam: a autoanálise e a autogestão. A autoanálise consiste em que as comunidades mesmas, como protagonistas de seus problemas, necessidades, interesses, desejos e demandas possam enunciar, compreender, adquirir e readquirir um pensamento e um vocabulário próprio que lhes permita saber acerca de sua vida. Este processo é simultâneo ao processo de autogestão, elaborado no próprio seio heterogêneo do coletivo interessado, que se articula e se institucionaliza para construir os dispositivos necessários para produzir ou obter, ele mesmo, os recursos de que precisa para a manutenção e o melhoramento de sua vida.³⁶⁰

Assim, para que os profissionais possam atuar transversalmente, auxiliando a sociedade nesses processos de autoanálise e de autogestão, Baremblytt afirma que, em um primeiro momento, o que deve ser analisado pelos profissionais e pela organização é como foi que ocorreu a “venda” de seus serviços, ou para qual finalidade, e que coisas esses agentes realmente podem solucionar, e que coisas não devem solucionar, encaminhando para outros

³⁵⁸ BAREMBLYTT, Gregório F. **Compêndio de análise institucional e outras correntes**: teoria e prática. 5. ed. Belo Horizonte: Instituto Felix Guattari, 2002. p. 13-24.

³⁵⁹ BAREMBLYTT, Gregório F. **Compêndio de análise institucional e outras correntes**: teoria e prática. 5. ed. Belo Horizonte: Instituto Felix Guattari, 2002. p. 133-173.

³⁶⁰ BAREMBLYTT, Gregório F. **Compêndio de análise institucional e outras correntes**: teoria e prática. 5. ed. Belo Horizonte: Instituto Felix Guattari, 2002. p. 13-173.

agentes ou as devolvendo ao próprio demandante. Essa é a análise da implicação na produção da demanda, ou seja, na oferta. Num segundo momento, deve haver uma tentativa de análise do encaminhamento, observando-se quais foram os passos intermediários que conectaram o usuário-demandante aos profissionais: como se chegou à conclusão de que esse agente atenderia à demanda do usuário, quais foram as razões válidas ou inconfessáveis que motivaram essa busca, entre outros questionamentos. Como exemplifica Baremlitt, são as famosas fórmulas: consulta-se porque o agente ou a organização é a “melhor”, ou porque é o mais caro ou o mais barato, ou porque “é dos nossos”, ou porque “é daqui” ou “vem de fora”. Tudo isso modula a demanda, e o faz com elementos conscientes e inconscientes no usuário, na mesma proporção em relação àqueles que ofertam o serviço.³⁶¹

No terceiro momento, faz-se uma análise da gestão parcial, isto é, de qual foi o setor da organização que assumiu o papel de consultar ou de fazer o contato. Pode ter sido o setor de direção, ou setor financeiro, os quadros intermediários, os proprietários ou até mesmo as bases. Ou seja: a gestão parcial da demanda de serviços é protagonizada por diferentes segmentos da organização. E isto é muito importante, porque pode revelar uma antecipação dos motivos desta consulta, os interesses em jogo, os desejos em pauta e, sobretudo, o grau de consenso, de unanimidade que motiva os protagonistas dessa solicitação. Como refere Baremlitt, não é a mesma coisa ser solicitado pela direção ou pelos proprietários, pelas elites, e ser solicitado pelas bases, pelos mais pobres, pelos mais vulneráveis.³⁶²

No que tange às comunidades, ao povo e as cidadãos em si, o autor refere que a primeira operação que devem fazer é recuperar e revalorizar o saber espontâneo sobre seus problemas. A segunda operação deve ser feita em conjunto com os *experts*, ajudando-os a criticar essa orientação, sobretudo em termos de hierarquização de prioridades: o que vem primeiro e o que vem depois, o que é prioritário e o que é secundário. Isso não descarta que possam acontecer novamente problemas de concentração de saber e de poder, porque este processo de autoconhecimento e autogestão é interminável. Provavelmente, haverá necessidade de muitas gerações autogestivas e auto-analíticas para que o processo se possa exercitar em sua plenitude.³⁶³

Ainda, costuma-se crer que os processos autogestivos implicam uma falta completa de hierarquias. Na realidade, qualquer processo organizativo inclui uma certa divisão do trabalho

³⁶¹ BAREMBLITT, Gregório F. **Compêndio de análise institucional e outras correntes**: teoria e prática. 5. ed. Belo Horizonte: Instituto Felix Guattari, 2002. p. 90-107.

³⁶² BAREMBLITT, Gregório F. **Compêndio de análise institucional e outras correntes**: teoria e prática. 5. ed. Belo Horizonte: Instituto Felix Guattari, 2002. p. 90-107.

³⁶³ BAREMBLITT, Gregório F. **Compêndio de análise institucional e outras correntes**: teoria e prática. 5. ed. Belo Horizonte: Instituto Felix Guattari, 2002. p. 13-24.

e uma certa hierarquia de decisão e de deliberação como mecanismos inerentes ao processo produtivo. Mas a existência de hierarquia não deve implicar uma diferença de poder, de sorte a representar algum privilégio ou arbitrariedade na capacidade de decidir. Para Baremblytt, a hierarquização deve implicar apenas uma certa especialização em algumas tarefas, de tal maneira que as decisões de fundo são tomadas coletivamente. Na autogestão os coletivos deliberam e decidem. Eles têm maneiras diretas de comunicar as decisões. Existem hierarquias moduladas pela potência, peculiaridades e capacidade de produzir; mas não há hierarquias de poder, ou seja, a capacidade de impor a vontade de um sobre o outro.³⁶⁴

Para a análise institucionalista, a própria divisão técnica e social do trabalho acaba alienando o coletivo em um não-saber, no qual não se conhece sequer as condições reais em que se está trabalhando. Numa hiper-especialização de funções e tarefas, os indivíduos são ao mesmo tempo vítimas de um desconhecimento por desinformação e vítimas de um processo de doutrinação ativo por parte dos dominantes, responsáveis por transmitirem sua definição de mundo, de processo de trabalho, de objetivos de vida, de valores, de sentido da existência e da própria definição das funções das organizações.³⁶⁵

Na mesma linha, observa-se a lição de Freire, no sentido de que falta aos homens do povo uma compreensão crítica da totalidade em que estão, pois esta lhes é apresentada somente em pedaços e, por essa razão, nela não se reconhecem. Quanto mais se pulveriza a totalidade de uma área, de um assunto ou do próprio povo em parcialidades, mais se intensifica a sua alienação. E, quanto mais alienado, mais fácil se torna de mantê-lo dividido, pois assim dificulta a sua percepção crítica da realidade e o mantém ilhado da problemáticas que também dizem respeito a si.³⁶⁶

Esses movimentos de autoanálise e de autogestão, portanto, devem resultar de uma crítica das posições e das hierarquias que se tem dentro dos aparelhos acadêmicos ou jurídico-políticos do Estado e das diretivas das grandes empresas. Segundo Baremblytt, isso permitirá que, quando a comunidade se organizar, os especialistas possam auxiliar a partir das demandas, das necessidades e dos objetivos que a própria coletividade definiu. Então seu saber, sua capacidade e sua potência produtiva estarão plenamente integrados aos movimentos

³⁶⁴ BAREMBLYTT, Gregório F. **Compêndio de análise institucional e outras correntes**: teoria e prática. 5. ed. Belo Horizonte: Instituto Felix Guattari, 2002. p. 13-24.

³⁶⁵ BAREMBLYTT, Gregório F. **Compêndio de análise institucional e outras correntes**: teoria e prática. 5. ed. Belo Horizonte: Instituto Felix Guattari, 2002. p. 71-89.

³⁶⁶ FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. 79 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2021. p. 107-253.

dessa comunidade, onde os especialistas poderão aprender e ensinar nessa nova e inédita situação.³⁶⁷

Não obstante, como refere Baremlitt, esses processos autoanalíticos e autogestivos se dão em condições altamente desfavoráveis e severamente contraproducentes. Isso ocorre porque os coletivos não são donos do saber, da riqueza e donos dos recursos que são propriedade e servem ao poder dos organismos e entidades dominantes. Sob a ameaça de privação de recursos e até de morte física, não há nada que seja mais temido e mais odiado pelo sistema social do que a imagem em que os coletivos presidam a definição de problemas, a invenção de soluções, a colocação dos limites do que é possível, do que é impossível e do que é virtual, o que normalmente é feito pelas instituições, organizações e saberes de grupos e outros segmentos dominantes.³⁶⁸ Nesse sentido, Michael Asimow refere que as Cortes estão sensíveis ao risco que a abertura da jurisdição representa aos seus poderes.³⁶⁹

Para Freire, aí se encontram uma das razões para as dificuldades, no sentido de que as massas populares cheguem a se inserir criticamente na realidade, pois o opressor sabe que esta inserção crítica das massas oprimidas em nada pode a ele interessar. Desse modo, o autor afirma que os métodos da opressão não podem servir à libertação do oprimido, pois este não é coisa que se resgata, por mais generosos que sejam os propósitos dos opressores, mas sujeito que se deve autoconfigurar responsabilmente. Assim, a prática da liberdade só poderá encontrar expressão numa pedagogia em que o oprimido tenha condições de, reflexivamente, descobrir-se e conquistar-se como sujeito de sua própria destinação histórica.³⁷⁰

A educação autêntica, não se faz de um *para* o outro, ou de um *sobre* o outro, mas de ambos em conjunto, mediatizados por um mundo que impressiona e desafia a uns e a outros, originando visões e pontos de vista sobre ele, impregnados de anseios, de dúvidas, de esperanças ou desesperanças. Não se pode, assim, apenas levar uma mensagem salvadora, em forma de conteúdo a ser depositado. Para Freire, não seriam poucos os exemplos de planos e atuações, inclusive de natureza política, que falharam porque os seus realizadores partiram de sua visão pessoal da realidade, e não levaram em conta, a não ser como objetos de sua ação, as pessoas a quem se dirigia seu programa.³⁷¹

³⁶⁷ BAREMLITT, Gregório F. **Compêndio de análise institucional e outras correntes: teoria e prática**. 5. ed. Belo Horizonte: Instituto Felix Guattari, 2002. p. 13-24.

³⁶⁸ BAREMLITT, Gregório F. **Compêndio de análise institucional e outras correntes: teoria e prática**. 5. ed. Belo Horizonte: Instituto Felix Guattari, 2002. p. 13-24.

³⁶⁹ ASIMOW, Michael. Cinco modelos de adjudicação administrativa (Justiça Administrativa). **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 1, p. 129-165, jan./abr. 2017.

³⁷⁰ FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. 79 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2021. p. 11-78.

³⁷¹ FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. 79 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2021. p. 107-166.

Assim, não se pode pensar pelos outros nem para os outros, nem sem os outros. A investigação do pensar do povo não pode ser feita sem o povo, mas com ele, como sujeito de seu pensar. E, se seu pensar é mágico ou ingênuo, será pensado o seu pensar, em que ele mesmo se superará. E essa superação não se faz no ato de consumir ideias, mas no de produzi-las e de transformá-las em ação e em comunicação. Portanto, o importante é que os homens se sintam sujeitos de seu pensar, discutindo sua própria visão do mundo, manifestada implícita ou explicitamente nas suas sugestões e nas de seus companheiros.³⁷²

Assim, considerando os elementos teóricos descritos neste capítulo, assim como os exemplos práticos pontualmente inseridos, pode-se concluir pela necessidade de que os juízes e tribunais substituam as práticas de ativismo — de imposição cultural, de substituição do debate público e da linguagem pública por um debate exclusivista e por uma linguagem privada, de atravessamento — por práticas de transversalidade: de diálogo, de desenvolvimento, de concretização sincera da Constituição como projeto político *do* povo *para* o povo e *com* o povo.

3.4 O juiz cordial e a democracia

Considerando esses aportes teóricos, podem ser feitas algumas considerações acerca do ativismo judicial e da atuação dos juízes e tribunais cordiais acerca do regime democrático e da sociedade no Brasil. Primeiramente, sob um aspecto culturalista, a partir de Sérgio Buarque de Holanda, percebe-se que as raízes rurais que se criaram desde a colonização ibérica ainda operam fortemente nas relações do brasileiro para com seus semelhantes e para com o Estado. O homem cordial, que vê o mundo a partir de seus interesses privados e suas relações familiares e de afeto, acaba por adaptar um sistema supostamente imparcial e universal ao seu jeito de ser. Com isso, dá vazão a relações cívicas, políticas e judiciais que refletem o paternalismo, a vontade de tutelar aqueles que consideram mais vulneráveis e menos aptos à vida “fora de casa”. Ao mesmo tempo em que oferece sua proteção e cuidado, o homem cordial exige a obediência estrita de seus filhos, não deixando de lembrá-los que é ele que exerce a chefia da família, a posição de autoridade e de propriedade dos bens.

Sob um aspecto institucionalista, sobretudo pelas visões de Pierre Bourdieu e de Gregorio Barenblitt, nota-se o uso da estrutura democrática como um subterfúgio para a manutenção dessas relações cordiais e clientelistas. A pretexto de garantir valores caros à sociedade, esses agentes, no uso dos bens públicos que lhes são outorgados pelo exercício do

³⁷² FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. 79 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2021. p. 107-166.

cargo, parecem operar uma apropriação privada, revertendo os serviços prestados em benefícios particulares. Para obter uma espécie de chancela ou de legitimidade nesse *modus operandi*, concentram e produzem uma linguagem privada, distinta daquela falada em público, apta a fundamentar e justificar as decisões e consequências que a estrutura e seus agentes desejam.

Nessa convergência entre uma cultura de cordialidade e uma estrutura adaptada ao patrimonialismo e ao paternalismo, os cidadãos e a sociedade se encontram em uma zona de latência, em que percebem e sentem seus problemas mas, ao mesmo tempo, não sabem e nem encontram mecanismos de resolução. A “grande aposta” ora se volta ao totalitarismo e à violência, ora se canaliza no complexo sistema judicial, no qual é transformada em capital simbólico em favor daqueles que se dizem sabedores das soluções e respostas que tanto se buscam. Assim, cada déficit ou carência do Estado e da sociedade é visto como uma nova porta de entrada para esses juízes cordiais.

Desse modo, considerando os conceitos de democracia trabalhados anteriormente, pode-se afirmar que o ativismo judicial produz uma série de atravessamentos no regime democrático, prejudicando o seu exercício. Primeiro, porque o juiz cordial, ao se colocar numa postura de superioridade intelectual, moral e política, menospreza a capacidade do povo e do cidadão de resolver suas demandas, retirando-lhes a oportunidade e o espaço para tanto. Assim, essa atuação paternalista onera diretamente o ideal de igualdade que deve reger o regime democrático: igualdade de direitos e de consideração na condução de sua própria vida e do Estado a que se encontram vinculados.

Segundo, porque parece reforçar ainda mais os aspectos de desigualdade que a democracia busca evitar: desigualdade de renda, de saúde, de alimentação, de tratamento, de participação. Ao fomentar uma lógica clientelista, o juiz cordial transforma essas carências em material bruto pronto a ser consubstanciado em novos serviços judiciais, os quais, contudo dependem da obtenção de mais recursos e capital do Estado e da sociedade, o que gera novas carências sociais. Nessa estrutura que se retroalimenta, a sociedade se vê presa a um sistema cuja única solução parece ser a sua ruptura ou a continuidade da aposta naqueles que oferecem sua gentil solidariedade. Terceiro, porque a cordialidade judicial, ao se utilizar de uma linguagem própria e privada, reduz as possibilidades de *accountability* vertical e horizontal, requisitos essenciais para o controle do uso do poder e da qualidade num regime democrático. Ao criar seu próprio mecanismo e seus códigos de operação, inclusive avocando para si todas as demandas e assuntos que fogem ao direito, essa tecnocracia que produz e

justifica a si mesma impede que atores externos e os próprios cidadãos apontem falhas e soluções no sistema.

Diante do exposto, considerando os prejuízos que o ativismo judicial e o juiz cordial causam à democracia, os quais podem ser identificados como verdadeiros atravessamentos, mostra-se relevante a busca de novos modelos de atuação e controle desses profissionais e do direito, visando à consolidação de um regime verdadeiramente democrático e de um Estado de Bem-Estar Social regido por uma Constituição. Assim, cabe a análise de propostas que promovam essas transversalidades, algumas das quais serão trabalhadas no próximo capítulo.

4 PROPOSTAS TEÓRICAS PARA O ENFRENTAMENTO DO ATIVISMO E DE SEUS PREJUÍZOS À DEMOCRACIA: TRANSVERSALIDADES POSSÍVEIS

Após as considerações anteriores acerca das intervenções e dos atravessamentos do Poder Judiciário na democracia, cabe analisar algumas propostas teóricas para o enfrentamento do ativismo judicial. Desse modo, a fim de contribuir com possíveis debates acerca do tema, este estudo propõe duas formas de transversalidades, compreendidas como modos de atuação em que o Poder Judiciário, seus magistrados e os demais atores e profissionais do campo jurídico possam atuar em conjunto com o saber coletivo para a concretização dos objetivos constitucionais. Assim, em consonância com o Constitucionalismo Contemporâneo, serão abordadas a Crítica Hermenêutica do Direito, de Lenio Streck, e a abertura da interpretação constitucional, por Peter Häberle.

Em um primeiro momento, serão tecidas algumas linhas acerca dos paradigmas filosóficos que conduziram o campo jurídico até o estado atual. Com essa breve introdução, espera-se fazer algumas distinções daquilo que, no âmbito do direito, acaba por corresponder aos atravessamentos e às transversalidades ilustradas por Gregório Baremlitt. Após essa introdução, sobretudo diante dos problemas surgidos a partir do positivismo jurídico e de suas vertentes contemporâneas, será abordado o paradigma da fenomenologia hermenêutica, iniciada por Heidegger e Gadamer e, no Brasil, trabalhada por Ernildo Stein na filosofia e por Lenio Streck no direito. Por fim, será abordada a necessidade de abertura da jurisdição constitucional como medida de transversalidade apta a fomentar um ambiente democrático, com base nos estudos de Peter Häberle.

4.1 A importância dos paradigmas filosóficos

Antes de explorar as duas matrizes teóricas que serão tratadas como enfrentamentos ao ativismo judicial, cabe uma breve elucidação acerca das matrizes jurídicas até então dominantes. A proposta de uma matriz jurídica consiste numa tentativa de construção de uma teoria geral do direito, valendo-se de conceitos e noções abstratas para abarcar a maior diversidade de fenômenos e ordenamentos.³⁷³ Por essa razão, segundo Lenio Streck, as teorias

³⁷³ ROCHA, Leonel Severo. Epistemologia do Direito: revisitando as três matrizes jurídicas. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, São Leopoldo, v. 5 n. 2, p. 141-149, 2013.

jurídicas acabam por encontrar seus alicerces mais profundos na filosofia, por meio de compreensões que acabam influenciando a própria prática do direito.³⁷⁴

Para Leonel Severo Rocha, as principais teorias jurídicas contemporâneas podem ser reunidas conforme o campo de racionalidade no qual se inserem. Nessa perspectiva, a filosofia analítica encontrou o seu desdobramento na teoria geral do direito por meio da análise lógico-formal das normas jurídicas, o que pode ser percebido, por exemplo, na teoria de Hans Kelsen. A hermenêutica, por sua vez, encontra-se num nível semântico, voltando-se à análise do conteúdo de sentido das proposições, por meio da interpretação. Em um patamar ainda anterior à referida classificação, pode-se dizer que a teoria dominante no Brasil durante o século passado foi a de Miguel Reale, em um modelo ontológico que cindia fatos, valores e normas, conhecido como teoria tridimensional do direito.³⁷⁵

Não obstante o atual estado de desenvolvimento dessas matrizes, vale observar que seus pressupostos filosóficos decorrem das diversas críticas que foram sendo desenvolvidas ao direito natural da Antiguidade e da Idade Média e ao positivismo racional-científico inaugurado nos últimos séculos. Assim, a fim de viabilizar as discussões deste trabalho, mostra-se pertinente um breve esboço desses fenômenos.

4.1.1 O jusnaturalismo e seus reflexos na filosofia moral

Como aponta Thomas Vesting, foi o jusnaturalismo a forma de direito que mais exerceu influência nas sociedades da Antiguidade. Compreendido como uma espécie de direito superior que vincularia o ordenamento jurídico vigente, a crença em um direito natural e imanente ao ser humano gerou o reconhecimento de uma oposição e de uma complementaridade em relação ao direito positivo.³⁷⁶ Essa dicotomia teria sido reconhecida, pela primeira vez, na Grécia antiga, berço das primeiras noções de democracia, como visto no início deste trabalho.

Acerca do tema, Lenio Streck³⁷⁷ refere que uma obra ilustrativa do jusnaturalismo da Antiguidade é *Antígona*, em que as personagens agem e defendem seus atos de acordo com os diferentes pontos de vista sobre a origem de seus direitos: por um lado, uma ordem

³⁷⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020. p. 263-270.

³⁷⁵ ROCHA, Leonel Severo. Epistemologia do Direito: revisitando as três matrizes jurídicas. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, v. 5 n. 2, 2013.

³⁷⁶ VESTING, Thomas. Teoria do Direito: Uma Introdução. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 170-210.

³⁷⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020. p. 271-273.

transcendental; por outro, a ordem imposta pelo imperador.³⁷⁸ Para fins deste trabalho e da discussão da matriz teórica que se pretende apresentar, chama a atenção que, como mencionado anteriormente, Sérgio Buarque de Holanda atribua ao homem cordial brasileiro a imagem de Antígona, como aquele avesso a uma ordem externa.³⁷⁹ Diante desse panorama, pode-se dizer que a filosofia grega nunca desenvolveu uma prática reflexiva autônoma do direito positivo. Nesse sentido, Platão não esboçou uma teoria da validade do direito, mas uma teoria geral da justiça; em Aristóteles, o direito fazia parte da ética, a qual, por sua vez, era uma teoria geral do comportamento humano. O direito positivo, assim, consistia em uma noção rudimentar de legislação, registrada na forma de inscrição em pedra e em sentenças oralmente transmitidas, não havendo um caráter de codificação.³⁸⁰

Na Idade Média, o direito positivo fundou suas bases numa ancoragem ontológica fixa, substituindo a natureza e o cosmos como elementos de validade pela noção de um deus substancialmente justo.³⁸¹ Sobre esse período, não há como olvidar as guerras ocorridas com base nos postulados religiosos, com a busca de poder por parte da Igreja Católica e a defesa da interpretação exclusiva da Bíblia pelos seus representantes, como mencionado anteriormente neste trabalho. Como refere Vesting, em que pese a sociedade moderna tenha abandonado essas bases jusnaturalistas da Antiguidade e da Idade Média, e o direito natural não seja mais o conceito dominante, sobretudo pelas atuais concepções de Estado, pode-se observar a sua transmutação em uma busca da validade do direito em elementos da ética e da filosofia. Nesse sentido, autores contemporâneos como John Rawls, Ronald Dworkin e Jürgen Habermas, entre diversos outros, fundamentam suas teorias jurídicas em elementos da filosofia moral.³⁸²

4.1.2 O positivismo jurídico

Com o fim da Idade Média, o homem buscou novos caminhos diante de um mundo não mais pré-definido pelos paradigmas da metafísica natural ou religiosa. A garantia do conhecimento, assim, passou a ser assegurada por intermédio da razão e do método científico, e a verdade se tornou somente aquilo que poderia ser comprovado num processo empírico de

³⁷⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020. p. 271-273.

³⁷⁹ HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**: Edição Crítica - 80 anos [1936-2016]. São Paulo: Companhia das Letras, 2016. p. 245.

³⁸⁰ VESTING, Thomas. **Teoria do Direito**: Uma Introdução. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 170-210.

³⁸¹ VESTING, Thomas. **Teoria do Direito**: Uma Introdução. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 170-210.

³⁸² VESTING, Thomas. **Teoria do Direito**: Uma Introdução. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 170-210.

observação e experimentação, dando origem ao movimento positivista. Conforme refere Lenio Streck, a raiz etimológica do positivismo possui origem na expressão latina *positivus*, referindo-se a algo estabelecido ou aceito convencionalmente. O juspositivismo, decorrente do positivismo científico e do paradigma iluminista da consciência, relaciona-se com a natureza convencional do direito, ou seja, uma construção social historicamente situada, que se revela na forma de uma lei ou de uma decisão judicial.³⁸³

Em seu desenvolvimento, o positivismo jurídico passou por diversas fases. A primeira delas consistiu na realização de um exame da conexão lógica dos signos que compunham os códigos, os precedentes e as glosas, considerando-se que as respostas para todos os problemas poderiam ser extraídos desse método de análise. Assim, observou-se o surgimento de diversos movimentos na Europa: na França, a Escola da Exegese interpretava o direito por meio da lei produzida pelo legislador racional; na Alemanha, o direito era extraído a partir dos conceitos gerais e abstratos deduzidos pelos juristas e professores, no que ficou denominado Jurisprudência dos Conceitos; na Inglaterra, o direito era interpretado a partir dos precedentes proferidos pelos tribunais, dando corpo à corrente da Jurisprudência Analítica.³⁸⁴ Como refere Streck, todas essas formas de positivismo jurídico, portanto, tinham como ponto de convergência um caráter metodológico e descritivo do que seria o direito, cuja validade era estabelecida com exclusividade pelas autoridades. Nos países de *civil law*, como França e Alemanha, operou-se, ainda, uma forte influência do direito romano, o qual era estudado e ensinado com uma aura de caráter complementar ao ordenamento jurídico. O principal texto era o *Corpus Juris Civilis*, e as questões que não pudessem ser resolvidas pelo direito comum eram resolvidas segundo critérios dos comentadores e glosadores. Após, o movimento codificador acabou incorporando as discussões romanísticas, criando, a partir disso, o Código Civil, o novo dado positivo com o qual os juristas passaram a lidar.³⁸⁵

Com o passar do tempo, contudo, foi surgindo a percepção da incapacidade dos códigos abarcarem toda a realidade. Assim, numa segunda fase do positivismo, o sentido do direito foi sendo paulatinamente transferido da completude da lei para o subjetivismo do juiz na decisão judicial. Migrou-se, desse modo, do positivismo legal (exegético, literalista) para o positivismo fático, amparado em aspectos subjetivos e valorativos do juiz. Não obstante, como refere Lenio Streck, o que pareceu ser a solução de um problema se tornou o problema

³⁸³ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020. p. 271-273.

³⁸⁴ CAENEGEM, Raoul van. **Juízes, legisladores e professores**: capítulos da história jurídica europeia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

³⁸⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020. p. 263-286.

decorrente da solução, causando a perda de parâmetros para o controle da produção do direito no âmbito das decisões judiciais. Como um dos maiores exemplos desse fenômeno, pode ser citado Oliver Wendell Holmes Jr. (1841-1935), juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos, para quem o direito era o que “os tribunais dizem que é”.³⁸⁶ Paralelamente, outros juristas, denominados neopositivistas, apostaram numa solução teórica distinta para o problema da incompletude do ordenamento e da complexidade do direito em face de outros sistemas como política, economia, moral e religião. Assim, para esses autores, o direito passou a ser tratado como um sistema próprio, apartado da conturbada realidade fática. Nesse sentido, como pontuado anteriormente, pode ser citado Hans Kelsen.³⁸⁷

Como refere Leonel Rocha,³⁸⁸ a teoria do direito de Hans Kelsen foi influenciada pelo neokantismo, sobretudo no seu ideal de ciência “pura” e no dualismo entre o mundo do ser (juízo de realidade) e o mundo do dever-ser (juízo de valor). Esse ideal de pureza implicava separar o conhecimento jurídico do direito natural, da metafísica, da moral, da política e de qualquer outro elemento valorativo ou ideológico. Assim, em Kelsen, a interpretação do direito pelo cientista era considerada um ato de *conhecimento*, uma determinação puramente cognoscitiva do sentido das normas; já a aplicação do direito (decisão) seria um ato de *vontade*, dependente da subjetividade do julgador.³⁸⁹ Nesse panorama, apesar dos méritos de Kelsen na construção do direito enquanto ciência e enquanto uma teoria geral, percebeu-se a fragilidade desse modelo teórico diante de seus predadores internos e externos, sobretudo em razão da falta de controle democrático sobre as decisões dos juízes e dos tribunais.³⁹⁰ Um exemplo foi a tomada do direito alemão pelo totalitarismo nazista, como expõe Georges Abboud.³⁹¹ Na mesma linha, pode-se citar o desenvolvimento do direito brasileiro numa estrutura de dominação pelo Poder Judiciário e pelas demais elites, conforme já mencionado ao longo desta pesquisa.

Por essa razão, Lenio Streck refere que, apesar do positivismo jurídico ter passado por diversas fases, suas distintas versões tiveram como ponto em comum a cisão ontológica entre o ser (fato) e o dever-ser (norma), numa tentativa de separação do direito da moral e a defesa de uma suposta neutralidade. Além disso, por separar o direito em ato de conhecimento

³⁸⁶ HOLMES, Oliver Wendell. *The path of law and the common law*. New York: Kaplan, 2009.

³⁸⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020. p. 263-286.

³⁸⁸ ROCHA, Leonel Severo. Epistemologia do Direito: revisitando as três matrizes jurídicas. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, v. 5 n. 2, 2013.

³⁸⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020. p. 286-291.

³⁹⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 248.

³⁹¹ ABOUD, Georges. **Direito constitucional pós-moderno**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

e em ato de interpretação, essas correntes juspositivistas não se preocuparam com uma teoria da decisão por parte dos juízes e dos tribunais, tornando-as incompatíveis com o modelo democrático e constitucional.³⁹²

4.1.3 Neoconstitucionalismo: o novo velho positivismo

Diante dessas dificuldades teóricas e práticas, surgiram alguns posicionamentos proclamando o abandono do “literalismo” e apostando na figura do intérprete-juiz enquanto protagonista do direito, uma ponte entre a lei supostamente rígida e os valores caros à sociedade.³⁹³ Assim, juristas e teóricos, sobretudo no Brasil, valendo-se da tese de que a Constituição é uma ordem concreta de valores, passaram a atribuir ao julgador a descoberta e a revelação desses elementos valorativos. Como adeptos dessa corrente neopositivista, podem ser citados autores como Luís Roberto Barroso, Ana Paula de Barcellos,³⁹⁴ Écio Otto Ramos Duarte e Susanna Pozzolo,³⁹⁵ entre outros.

Desse modo, o direito brasileiro foi tomado por diversas teorias incompatíveis entre si, como as teorias da argumentação, com base em uma suposta distinção semântico-estrutural entre regras e princípios, e a ponderação de Robert Alexy, como apontado anteriormente quando da análise da cordialidade de Holanda e da mixagem teórica referida por Lenio Streck. Diante desse novo quadro, “princípios” passaram a ser criados conforme a vontade do julgador, como forma de conferir validade jurídica a decisões sem amparo no direito posto e baseadas na vontade (e na cordialidade) daquele que julga. Por essa razão, Streck vem chamando esse fenômeno de pamprincipiologismo. Apenas a título de exemplo, podem ser citados “princípios” como os da “delação impositiva”, “da confiança no juiz da causa”, “do autogoverno da magistratura”, “da cortesia”.³⁹⁶ Ou, ainda, o “princípio da identificação material dos documentos anexados no processo eletrônico”.³⁹⁷

Ou seja, para legitimar alguma decisão que não encontra fundamento jurídico, o juiz cordial “extrai”, principalmente da Constituição, “princípios” supostamente existentes e que

³⁹² STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020. p. 263-320.

³⁹³ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**. 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020. p. 249-256.

³⁹⁴ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 232, p. 141-176, abr./jun. 2003.

³⁹⁵ DUARTE, Écio; POZZOLO, S. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**. São Paulo: Landy, 2010

³⁹⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 554-649.

³⁹⁷ MARTINS, Jomar. Identificação errada de arquivos eletrônicos leva à rejeição de recurso. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 11 mar. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-mar-11/identificacao-errada-arquivos-leva-rejeicao-recurso>. Acesso em: 14 jan. 2023.

justificariam aquela decisão no caso concreto. Diante da falta de elementos probatórios e da constatação de nulidades na instrução do processo, tribunais suscitam o princípio da confiança no juiz da causa (ou da imediatidade) para referir que as conclusões do juiz que presidiu a audiência de instrução têm maior “peso”, a fim de evitar a cassação da sentença ou o reexame de mérito em grau de recurso. Ou, sobretudo na égide do Código de Processo Civil anterior, em que a obrigatoriedade de intimação para emenda das peças processuais ainda não era positivada no diploma processual, agravos de instrumento em meio eletrônico eram liminarmente rejeitados, por decisão monocrática, pela ausência de discriminação, no vetusto sistema informatizado do tribunal, de cada uma das “peças obrigatórias” extraídas dos autos físicos, mesmo que houvesse digitalização e cópia integral destes, com numeração sequencial.

Percebeu-se, assim, que a promessa de superação do juiz “boca da lei” ou de abandono da “letra fria” conduziu ao assujeitamento do direito, dando azo à discricionariedade judicial, ao exercício da vontade de poder pelos magistrados e, por conseguinte, à intensificação do ativismo judicial.³⁹⁸ Por um lado, esses juízes cordiais retornam ao realismo jurídico de Wendell Holmes, proferindo declarações como as de que “não importa o que pensam os doutrinadores”, ou “decido conforme a minha consciência”. Por outro, utilizam-se de enunciados performativos para legitimar uma decisão que, no fundo, é discricionária.³⁹⁹

Nesse sentido, embora adepto da escola instrumentalista do processo, Marinoni tece algumas críticas à tradição e ao modelo decisório no Brasil.⁴⁰⁰ Segundo o autor, constata-se que o brasileiro encontra grande dificuldade em prever como uma questão de direito será resolvida. Para ele, isso se deve ao fato de os juízes e os tribunais não observarem modelos mínimos de racionalidade ao decidirem. Com frequência, não se constata qualquer cuidado dos juízes com a explicitação das razões que poderiam justificar a opção por uma determinada conclusão. É como se, decidindo a partir de sua linguagem privada, o juiz pudesse encobri-la mediante um verniz de fundamentação que alude apenas à letra da lei e a passagens doutrinárias e jurisprudenciais que nada indicam a respeito de suas opções valorativas implícitas. Assim, não obstante atualmente se parta da premissa de que decidir não é simplesmente revelar a norma contida no texto legal, o ato de fundamentar ainda não se transformou numa atividade de argumentação racional para justificar as opções decisórias tomadas pelos tribunais. Falta, assim, argumentação dotada de força capaz de convencer, de tornar a decisão racionalmente e democraciamente aceitável. Muitos juízes ainda imaginam

³⁹⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 70.

³⁹⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 254.

⁴⁰⁰ MARINONI, Luiz G. Cultura e previsibilidade do direito. **Revista de Processo**, v. 239, p. 431-450, jan. 2015.

que podem atribuir significado aos textos que consagram direitos fundamentais como lhe aprouver, como se a Constituição fosse uma válvula de escape para a liberação dos seus valores e desejos pessoais.⁴⁰¹

Segundo Lenio Streck,⁴⁰² nessas posturas ativistas, as decisões vão além do próprio texto constitucional, acarretando o seu rompimento. Isto é, o texto permanece igual, mas a sua prática acaba sendo alterada pelos tribunais, num exercício discricionário de poder. Nesse sentido, podem ser citadas os precedentes que desconsideram totalmente o artigo 489, parágrafo 1º, do Código de Processo Civil, o qual exige que as decisões devem pormenorizar as provas e os argumentos das partes. Ou seja, apesar do dispositivo ter sido incluído por meio do processo legislativo democrático, os tribunais continuam a se utilizar de seu poder interpretativo para uma verdadeira deformação de sentido, desonerando-se dos deveres que lhes foram impostos pela sociedade.⁴⁰³ Nesse panorama, Streck critica essas novas posturas que, sob um novo nome, tais como *neoconstitucionalismo*, apenas repetem o antigo positivismo, e que, sem qualquer possibilidade de qualquer controle do ato judicial, transformam o direito em um mero legitimador das relações de poder e de dominação estabelecidas. Assim, segundo o autor, cresce a necessidade de se colocar limites ao poder hermenêutico dos juízes.⁴⁰⁴ No mesmo sentido, Gaspardo e Andrade referem que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu um novo paradigma democrático, no qual é reconhecido o pluralismo político como fonte de legitimação política, inclusive com a criação de espaços participativos no qual se definiria o sentido substantivo dos direitos fundamentais garantidos pela autoridade pública.⁴⁰⁵

Pode-se indagar, então, de que forma os novos paradigmas podem influenciar o debate a respeito da tensão entre interpretação e compreensão do direito e os poderes tradicionais na busca pela materialização dos direitos fundamentais, assim como uma atuação jurisdicional em consonância com o regime democrático. Diante dessas questões, cabe examinar outras propostas teóricas e paradigmas filosóficos que permitam a ancoragem do direito na sociedade democrática contemporânea. E, mais do que isso, que permitam aos cidadãos a participação na construção de sentido de uma linguagem pública e, também e por consequência, o controle das decisões que digam respeito ao seu viver. Afinal, conforme

⁴⁰¹ MARINONI, Luiz G. Cultura e previsibilidade do direito. **Revista de Processo**, v. 239, p. 431-450, jan. 2015.

⁴⁰² STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 254.

⁴⁰³ STRECK, Lenio Luiz. Fundamentamos ou ornamentamos? Um velho/novo problema! **Consultor Jurídico**, São Paulo, 13 out. 2022. Disponível em: conjur.com.br/2022-out-13/senso-incomum-fundamentamos-ou-ornamentamos-velhonovo-problema. Acesso em: 14 jan. 2023.

⁴⁰⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 97.

⁴⁰⁵ GASPARDO, Murilo; ANDRADE, Cauê Ramos. Abertura Constitucional e Pluralismo Democrático: a tensão na Divisão dos Poderes sob a ótica das Instituições Participativas. **Sequência**, n. 78, p. 149-174, 2018.

Freire, assim como as elites, para oprimir, precisam de uma teoria da ação opressora, os demais, para se libertarem, igualmente necessitam de uma teoria de sua ação.⁴⁰⁶

4.2 A Crítica hermenêutica do direito

Ciente das questões em aberto pelas correntes anteriores, e em oposição aos pensamentos que dominaram os cenários científico e jurídico até então, a hermenêutica fenomenológica surgiu no século XX, promovendo um verdadeiro giro ontológico-linguístico na filosofia (*linguistic turn*). Fundada na fenomenologia de Martin Heidegger (1889-1976) e de Hans-Georg Gadamer (1900-2002), inaugurou uma forma própria de pensar e interpretar o direito e a Constituição.⁴⁰⁷ Como refere Leonel Severo Rocha, a hermenêutica jurídica é uma derivação crítica da filosofia analítica, baseada nos trabalhos de filosofia da linguagem de Ludwig Wittgenstein (1889-1951). Diferentemente das demais abordagens, preocupa-se com a interpretação e com a construção de sentido.⁴⁰⁸

No Brasil, apresentando-se como uma das principais correntes dessa matriz teórica, a Crítica Hermenêutica do Direito, capitaneada por Lenio Streck, lançou suas bases na fenomenologia, na qual o *horizonte de sentido* é dado pela *compreensão*, e o *ser* que pode ser compreendido é *linguagem*. A linguagem, assim, não é mais simplesmente objeto, mas um horizonte aberto e estruturado, cujo sentido é atribuído pela interpretação.⁴⁰⁹ Juntamente com os pressupostos da fenomenologia, a Crítica Hermenêutica também incorporou os aportes teóricos de Ronald Dworkin, defendendo existir um direito fundamental a uma resposta correta, adequada à Constituição. O direito, afinal, deve ser visto como uma atividade interpretativa, construído a partir da tentativa de se encontrar, numa controvérsia, a melhor resposta possível, a qual, por sua vez, está centrada numa abertura do jurista para o fenômeno interpretativo, parte da condição humana.⁴¹⁰

⁴⁰⁶ FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. 79 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2021. p. 167-253.

⁴⁰⁷ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. Cap. 9-10.

⁴⁰⁸ ROCHA, Leonel Severo. Epistemologia do Direito: revisitando as três matrizes jurídicas. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, v. 5 n. 2, 2013.

⁴⁰⁹ STRECK, Lenio Luiz. A efetividade dos Direitos fundamentais no Brasil: entre judicialização da política e ativismo judicial. In: TEIXEIRA, Anderson V.; FILHO, Gilberto G.; SIMÕES, Sandro A. de S. (Org.). **Supremacia constitucional e políticas públicas: discutindo a discricionariedade administrativa na efetivação de Direitos fundamentais**. Porto Alegre: Editora Fi, 2016.

⁴¹⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020. p. 43-46.

Com base no exposto, percebe-se a possibilidade de incursões teóricas acerca do reconhecimento de uma linguagem pública,⁴¹¹ distinta daquela linguagem privada reservada aos membros do Poder Judiciário e utilizada como forma de apropriação do público e de exclusão dos cidadãos. De igual forma, constata-se a abertura a novas formas de *accountability* horizontal e vertical, tendo em vista que a própria linguagem pode fornecer parâmetros de controle das decisões e de diálogo para com a sociedade e os cidadãos, a fim de que a atuação dos juízes e dos tribunais possa se transformar em transversalidades.

4.2.1 O círculo hermenêutico

Estabelecidas essas considerações, pode-se adentrar a hermenêutica fenomenológica, a fim de compreender como essa mudança de paradigma afeta a compreensão do mundo, da linguagem e do direito; e, ainda, de como essa matriz filosófica permite que se encontrem fundamentos para a consolidação da democracia constitucional. Como refere Ernildo Stein, foi pela tradição kantiana do dualismo que a modernidade foi levada a uma separação entre consciência e mundo (entre palavras e coisas, entre linguagem e objeto, entre sentido e percepção), numa relação que se resumiu ao esquema sujeito-objeto. Não obstante, desde sempre *ser* e *pensar* se deram numa unidade em que sentido e percepção, linguagem e objeto, palavras e coisas não estão separadas.⁴¹²

Nesse sentido, se até então era utilizada apenas para interpretação de textos, a hermenêutica passou, com Heidegger, a ter como foco a *faticidade*, isto é, a compreensão do próprio *ser-aí* (*Dasein*). Segundo o filósofo, o *ser* que se pode compreender é a *linguagem*, condição de possibilidade que permite aos intérpretes a compreensão do mundo, de si mesmos e, simultaneamente, a comunicação acerca dessa compreensão. Portanto, ao mesmo tempo que o intérprete se comunica por meio da linguagem, a sua pré-compreensão do mundo e da existência é influenciada por essa mesma linguagem. Assim, com Heidegger, inaugurou-se uma nova forma de pensar o mundo, um giro ontológico-linguístico (*linguistic turn*).⁴¹³

Se, para a metafísica, o ser humano *fala* porque *pensa*, em Heidegger o ser humano *pensa* porque *fala*. Assim, o filósofo liga o pensar a um modo prático do ser-no-mundo, a uma familiaridade na relação com os entes.⁴¹⁴ É, portanto, o movimento de *pré-compreensão* a

⁴¹¹ COPELLI, Giancarlo. Linguagem Pública e horizontalidade política: pensando a democracia a partir do Wittgenstein das Investigações Filosóficas. **Argumenta Journal Law**, n. 33, p. 277-306, jan. 2021.

⁴¹² STEIN, Ernildo. **Pensar é pensar a diferença**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019. p. 70-71.

⁴¹³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 252.

⁴¹⁴ STEIN, Ernildo. **Pensar é pensar a diferença**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019. p. 27-32.

condição de possibilidade de qualquer *compreensão*, no sentido de que o homem chega às coisas não simplesmente porque elas são *entes*, mas porque já sempre as compreendeu enquanto compreendia o *ser*.⁴¹⁵ Desse modo, pode-se dizer que é impossível separar o *ente* do *ser*, pois o *ser* é sempre *ser* de algum *ente*, e o *ente* só o é no seu *ser*.⁴¹⁶ A título ilustrativo, quando o intérprete lê a palavra *navio* (*ente*), tem uma ideia de um navio específico/concreto (*ser*), e só pode compreender o navio em abstrato (*ente*) porque conhece o navio em concreto (*ser*); ao mesmo tempo, só pode conhecer outro navio em concreto (*ser*) porque compreende a imagem abstrata (*ente*) do que seria um navio. Caso nunca tivesse visto ou ouvido falar sobre um navio, não poderia reconhecer uma grande embarcação como tal. O *ser* e o *ente*, portanto, estão ligados, em um círculo hermenêutico.

Sobre o tema, é esclarecedora a passagem de Paulo Freire, que conta uma de suas emocionantes experiências na prática da educação no campo. Um camponês, considerado um “ignorante absoluto” pela sociedade modernizada, enquanto era discutido o conceito antropológico de cultura, disse: “*Descubro agora que não há mundo sem homem*”. E, quando questionado se, na hipótese de que todos os homens do mundo morressem, mas ficasse a terra, as árvores, os pássaros, não seria tudo isto mundo, respondeu: “*Não! Faltaria quem dissesse ‘Isto é mundo’*”. O camponês quis dizer, exatamente, que faltaria a consciência do mundo que, necessariamente, implica no mundo da consciência. Para Freire, “não haveria ação humana se o homem não fosse um projeto, um mais além de si, capaz de captar a sua realidade, de conhecê-la para transformá-la”. Pois, afinal, somente na comunicação tem sentido a vida humana, ou seja, o pensar de um somente ganha autenticidade no pensar do outro, mediatizados ambos pela realidade: a intercomunicação. E, se o pensar só assim tem sentido, não será possível a superposição dos homens aos homens, pois o verdadeiro pensar não pode ser um pensar imposto, sob pena de se tornar uma prática de dominação.⁴¹⁷

Para Ernildo Stein, a vinculação intersubjetiva ocorre porque o mundo natural não tem sentido, e, por isso, não tem significado. É o homem, portanto, que lhe atribui essas propriedades: ao falar do mundo natural, já está mergulhado em certos determinismos histórico-culturais de caráter implícito. Assim, entre as representações dos homens e o mundo da natureza, interpõe-se a *compreensão*. Do mesmo modo, na relação entre filosofia e conhecimento empírico, encontram-se duas racionalidades distintas: esta, que trata de objetos; e aquela, que trata da condição de possibilidade sob as quais a primeira ocorre. Percebe-se,

⁴¹⁵ STEIN, Ernildo. **Pensar é pensar a diferença**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019. p. 87-95.

⁴¹⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. Cap. 9-10.

⁴¹⁷ FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. 79 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2021. p. 39-106.

portanto, uma diferença fundamental entre o pensar da filosofia e o pensar da ciência: de um lado, tem-se a linguagem especulativa; de outro, a linguagem empírica.⁴¹⁸

Em consequência disso, não se pode estabelecer um princípio de organização exterior à condição fática do ser humano, como métodos pré-existentes ou fórmulas jurídicas que se aplicam automaticamente, sem a compreensão do intérprete diante da realidade fática. É por essas razões que Heidegger acaba se referindo à metafísica (matriz do jusnaturalismo e do juspositivismo) como a história do *esquecimento do ser*, isto é, o esquecimento de que, por trás de cada conceito (*ente*), existe um *ser* da realidade que também ali reside e dá significado a esse conceito. Constata-se, assim, a radical mudança na tradição hermenêutica que existia até então, pois a circularidade hermenêutica heideggeriana (ou o círculo hermenêutico) não é meramente formal, como um silogismo abstrato, mas de um verdadeiro caráter ontológico.⁴¹⁹

Segundo Lenio Streck, a hermenêutica fenomenológica, nessa perspectiva, revela-se como uma condição de possibilidade para uma teoria do direito comprometida com a democracia, com os direitos fundamentais e com a construção de uma teoria da decisão.⁴²⁰ Como refere o autor, a decisão jurídica não pode ser um mero produto de escolhas arbitrárias, mas, sim, um dever de buscar uma resposta correta enquanto um direito fundamental em favor do cidadão no Estado Democrático de Direito.⁴²¹

4.2.2 O direito como fenômeno interpretativo

Seguindo essa linha de pensamento, vale referir, também, a teoria construída por Ronald Dworkin. Segundo o autor, não existem “átomos ou partículas jurídicas” pairando no ar, que possam ser medidas por algum profissional com seus instrumentos. Isso porque a interpretação, assim como o direito, são fenômenos sociais, que só podem se realizar porque existem práticas e tradições que unem os seus intérpretes. Assim, como na hermenêutica fenomenológica, para Dworkin *compreensão* significa *interpretação*, a qual difere da ciência empírica justamente por postular uma finalidade, não somente no vocabulário de suas proposições, mas também em seus critérios.⁴²²

⁴¹⁸ STEIN, Ernildo. **Pensar é pensar a diferença**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019. p. 1-95.

⁴¹⁹ STEIN, Ernildo. **Pensar é pensar a diferença**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019. p. 1-95.

⁴²⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito**. 2. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020. p. 127-136.

⁴²¹ STRECK, Lenio Luiz. A efetividade dos Direitos fundamentais no Brasil: entre judicialização da política e ativismo judicial. In: TEIXEIRA, Anderson V.; FILHO, Gilberto G.; SIMÕES, Sandro A. de S. (Org.). **Supremacia constitucional e políticas públicas: discutindo a discricionariedade administrativa na efetivação de Direitos fundamentais**. Porto Alegre: Editora Fi, 2016.

⁴²² DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 13-251.

Em sua obra, o autor americano diferencia os *conceitos interpretativos* daqueles que seriam utilizados pela racionalidade científica. Conceitos como o de “cão”, ou mesmo o de deficiências como “surdez” e “cegueira”, podem ser considerados pertencentes às ciências biológicas, permitindo um delineamento científico do que pode ou não ser assim considerado. Diferentemente destes, os conceitos interpretativos exigem uma justificativa do papel que desempenham no comportamento coletivo. Como exemplo, podem ser citados conceitos morais e políticos, como o próprio direito — ou, ainda, as questões internas que são debatidas durante a sua prática. No entanto, o autor alerta que a própria conclusão acerca da classificação desses conceitos em um dos tipos mencionados é sempre uma conclusão interpretativa. Em algumas circunstâncias, conceitos de outras áreas podem se tornar conceitos interpretativos, exigindo uma interpretação inédita acerca de seu conteúdo.⁴²³

A fim de ilustrar o tema, poderia ser citada uma lei que preveja a reserva de vagas para candidatos com deficiência. Neste caso, o debate acerca dos tipos de surdez ou de cegueira (total ou parcial, unilateral ou bilateral, congênita ou adquirida, por exemplo) passam não só pelos critérios científicos, mas também pela interpretação dessa isenção sob o ponto de vista político. Contudo, essa interpretação não está exclusivamente nas mãos do julgador ou do intérprete, em sua livre convicção. Como refere o jurista americano, ainda que as pessoas discordem acerca desses conceitos, de seu valor ou desvalor ou, ainda, das consequências que lhes devem ser atribuídas, permanece uma concordância quanto a outros casos paradigmáticos que versaram sobre os mesmos assuntos bem como ao sentido das palavras que compõem a linguagem pública dos intérpretes. Assim, forma-se uma base interpretativa ampla o suficiente para permitir o debate público entre diversos intérpretes sobre qual a conclusão que melhor justifica o conjunto desses paradigmas que se tem em comum.⁴²⁴

Por essa razão, Hans-Georg Gadamer, tributário da filosofia de Heidegger, afirma que o processo hermenêutico é sempre produtivo. Isto é, em relação a um texto (que também é um evento), nunca há “grau zero de sentido”,⁴²⁵ pois o intérprete sempre parte de uma pré-compreensão, sendo-lhe impossível apenas *reproduzir* sentidos. Assim, a hermenêutica fenomenológica se volta contra a tradição juspositivista que separava e cindia os momentos interpretativos entre conhecer, interpretar e (só então) aplicar. Isso porque o intérprete não obtém um sentido metafísico ou solto no universo acerca de um conceito (captando-o da atmosfera jurídica, como brincaria Dworkin) para depois o aplicar no mundo concreto. Desde

⁴²³ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 240-251.

⁴²⁴ DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 13-251.

⁴²⁵ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. Cap. 9-10.

o início, o intérprete está *aplicando*, ou seja, *atribuindo um sentido* ao texto.⁴²⁶ Em virtude dessa união entre linguagem, pré-compreensão, sujeito e objeto, não pode o intérprete, sobretudo o magistrado, inventar nomes às coisas ou conferir qualquer significado aos textos e fenômenos que encontra, como um verdadeiro “nomoteta”. Ou seja, se uma palavra numa regra jurídica significa *x* (como *prévia intimação*), não pode o magistrado dizer que passará a significar *y* (como *independentemente de intimação*), sob pena de desvirtuar totalmente o sentido das coisas e apenas exercer sua vontade de poder.⁴²⁷ Segundo Streck, é justamente essa construção intersubjetiva que permite uma forma de controle das decisões, em conformidade com os parâmetros interpretativos elencados em prol de uma resposta correta.⁴²⁸

Não obstante, no direito brasileiro, opera-se uma indevida *entificação do ser* em grande parte da tradição doutrinária e dos julgados dos tribunais, adotando-se métodos e técnicas formais de interpretação, tais como aquelas propostas por Savigny ainda no século XIX (gramatical, histórica, sistemática, entre outras). Nesse sentido, Lenio Streck questiona como fazer o controle da escolha do magistrado por um desses “métodos” interpretativos para a resolução do caso concreto, sobretudo considerando que essa opção conduz a resultados, às vezes, totalmente distintos. Do mesmo modo, a *entificação do ser* ocorre na produção dos precedentes jurídicos, notadamente na edição de súmulas pelos tribunais. Ao se constituírem em um discurso pronto para resolver problemas futuros que nela se subsumam, as súmulas buscam entificar o caso concreto julgado pelo tribunal (*ser*), produzindo uma nova norma (*ente*) que seria aplicada abstratamente nos casos futuros (*novo ser*). Diante dessa clara impossibilidade de cisão, o que tem se revelado na prática é o exercício da discricionariedade dos juízes acerca da incidência, ou não, dos enunciados, assim como a produção de novos enunciados na tentativa de explicação dos enunciados anteriores. Assim, para Streck, as súmulas se colocam como sucedâneos dos conceitos universais próprios da metafísica clássica-tomista, consistindo, na verdade, na tese de que tudo se resume a discursos de autoridade e de poder.⁴²⁹

A esse propósito, alguns subjetivistas poderiam defender que a interpretação depende, na verdade, da busca da real intenção do autor quando escreveu o texto de uma obra ou de uma lei. Outros, que a interpretação mais correta seria aquela que justifica o texto em prol da

⁴²⁶ STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. Cap. 9-10.

⁴²⁷ STRECK, Lenio Luiz. O canibalismo da lei e Constituição: quando Nebraska vira Caneca. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 10 mar. 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-mar-10/senso-incomum-canibalismo-lei-constituicao-quando-nebraska-vira-caneca>. Acesso em: 14 jan. 2023.

⁴²⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 378.

⁴²⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 422-424.

atual intenção do intérprete. Aqueles adeptos da metafísica poderiam alegar que a interpretação deve gozar de algum tipo de neutralidade, na qual se possa extrair algum sentido direto do texto, sem a vinculação a seu autor ou a seus intérpretes.⁴³⁰ Não obstante, todas essas tentativas estão fadadas a um estreitamento ou a uma abertura para a sua manipulação conforme a vontade do intérprete. Nesse viés, Dworkin trata da interpretação através de culturas e épocas distintas, referindo que não se pode compreender o que alguém pensou ou escreveu em uma cultura diferente, ou há muito tempo, sem compreender o que as suas práticas e instituições sociais significavam. Ou seja, não se pode compreender o texto sem ver o mundo como visto pelo autor que o escreveu; contudo, ao mesmo tempo, o intérprete não consegue deixar de ver o mundo da forma como já o vê.⁴³¹

A fim de ilustrar seus argumentos, Dworkin utiliza o exemplo dos dicionários de tradução, referindo que, se fossem elaborados dois dicionários de uma mesma língua, ocorreria que estes dicionários seriam divergentes entre si em uma série de pontos. Contudo, essas diversidades, se analisadas individualmente em cada obra, guardariam integridade e coerência dentro de cada obra. Isso ocorre porque a tradução e a compreensão de uma língua dependem do conhecimento dos tipos de crenças e dos motivos que dão sentido a ela.⁴³² Outro exemplo pode ser extraído da cultura popular. Se analisada a canção *All of me*, de John Legend,⁴³³ percebe-se que, quando Legend canta a estrofe “*cards on the table, we're both showing hearts*”, a tradução para o português se coloca diante de um dilema. Se traduzido livremente para “cartas estão na mesa, nós dois mostrando nossos corações”, inexoravelmente o intérprete acabaria por excluir um dos sentidos contidos no texto. Isso porque, na língua original, a estrofe brinca com a ambiguidade e os sentidos possíveis, de que os personagens abrem seus corações um ao outro e, ao mesmo tempo, estariam, numa mesa de jogos, exibindo suas cartas de copas (em inglês, também *hearts*), assim associando o amor a um jogo de sorte e de riscos.

Nesse ponto, é interessante observar a análise que Dworkin faz da interpretação na literatura, em algum ponto próxima daquela que Pierre Bourdieu fez em *As Regras da Arte*. Dworkin questiona como o intérprete daria continuidade a uma obra literária inacabada, como *Um Conto de Natal*, de Charles Dickens. Para melhor exemplificação neste trabalho, optou-se pela adaptação do exemplo para uma obra nacional, *O Continente*, de Érico Veríssimo.⁴³⁴ Se o

⁴³⁰ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 76-77.

⁴³¹ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 79.

⁴³² DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 224-225.

⁴³³ LEGEND, John. *All of me*. In: Letras. Disponível: letras.mus.br/john-legend/all-of-me. Acesso: 14 jan. 2023.

⁴³⁴ VERISSIMO, Erico. **O continente**, vol. 1 e 2. 36ª ed. São Paulo: Globo, 2001.

intérprete houvesse recebido apenas algumas partes da obra, para que lhe desse continuidade, e ciente da história que é narrada por Bibiana Terra, não poderia desenvolver o restante da escrita conforme sua “livre convicção”. Não poderia o intérprete, por exemplo, sob pena de desfigurar a obra, escrever que, na verdade, Bibiana sofria de uma esquizofrenia paranoide desde sua infância, tendo inventado todos os acontecimentos ao longo da obra. Ou, ainda, que o capitão Rodrigo Cambará era, na verdade, um agente americano com forte sotaque inglês, mas que se disfarçara de gaúcho com o intuito de interferir no resultado da guerra.

Não obstante, é possível imaginar que esse intérprete coautor recebesse apenas o início da obra, mais precisamente o momento em que Rodrigo Cambará chega à Santa Fé. Neste caso, o intérprete poderia escolher outros caminhos que dessem continuidade a obra, talvez que Rodrigo tivesse falecido logo ao entrar no bar do Nicolau, em uma briga com Juvenal após a sua provocação (“Buenas e me espalho...”), tendo, assim, Bibiana se casado com Bento Amaral. Ou, ainda, que Bibiana não tivesse tido filhos por causa da guerra, tendo sido posteriormente acolhida por uma família ou pela antiga tribo de seu falecido avô, Pedro Missioneiro. Neste último caso, percebe-se que nenhuma das duas interpretações é totalmente excluída pelo texto; talvez uma delas explicasse melhor alguns incidentes menores da trama, que na outra ficassem desconexos. A tarefa seria fazer do texto o melhor possível, escolhendo-se a interpretação que possa tornar a obra mais significativa ou melhor de alguma outra maneira. Ainda, é inevitável que essa decisão dependa daquilo que o escritor e o intérprete pensam sobre as pessoas da vida real que se parecem com Rodrigo Cambará ou com a família Amaral, se nascem más ou se foram corrompidas pela guerra ou pelo patriarcalismo rural.⁴³⁵

É, também, neste ponto que a hermenêutica heidegger-gadameriana insere a questão da temporalidade na interpretação. Conforme Stein, interpreta-se o ser a partir do tempo, pois a interpretação é uma interpretação temporal. E o horizonte, a partir do qual o ser se torna compreensível, é o tempo.⁴³⁶ Por essa razão, o caráter da interpretação é sempre *produtivo*, sendo impossível apenas *reproduzir* sentidos. O intérprete sempre parte de sua própria compreensão, e a compreensão de uma tradição ou de um texto requer um horizonte histórico. Um texto histórico, por sua vez, somente é interpretável a partir da historicidade do intérprete. Portanto, o *horizonte* amplia a concepção da linguagem vista como um mero instrumento para

⁴³⁵ DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 280-281.

⁴³⁶ STEIN, Ernildo. **Pensar é pensar a diferença**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019. p. 33-37.

realizar a comunicação, e passa a conceber a linguagem, condição de possibilidade, como o próprio meio pelo qual se pode ver o mundo. A fusão de horizontes pressupõe a tradição.⁴³⁷

Diante desse paradigma, o direito assume um caráter hermenêutico, tendo como consequência um efetivo crescimento no grau de deslocamento do polo de tensão entre os poderes em direção à jurisdição constitucional, sobretudo diante da impossibilidade da lei antever todas as hipóteses de aplicação. Como esclarece Streck, a aplicação, no sentido hermenêutico, não é a apenas a aplicação a uma situação concreta em termos judiciais, bastando uma “mera leitura” da lei para tanto. Desse modo, o texto jurídico só pode ser compreendido a partir de sua aplicação, diante de uma coisa, um fato, um caso concreto. A Constituição, por exemplo, será o resultado da sua interpretação no ato aplicativo, produto da intersubjetividade dos intérpretes (linguagem pública). Ou seja, quando se deparam com um texto (ou uma lei), já existe um sentido que se antecipa, pois não existem conceitos sem coisas. Logo, os intérpretes se encontram vinculados a essa ordem intersubjetiva que é a linguagem. Assim como não se interpreta em partes, também não se interpreta em abstrato: quando o intérprete se depara com um texto jurídico, como uma lei (*ente*), vai compreendê-lo a partir de alguma situação concreta (*ser*), ainda que imaginada.⁴³⁸

Nesse panorama, percebe-se que a hermenêutica fenomenológica reconhece a importância do intérprete na materialização do sentido do texto. Ao mesmo tempo, vincula a atuação desse sujeito a um mundo e a uma compreensão intersubjetiva já existentes, na forma de uma linguagem pública. Por consequência, também reconhece a incapacidade do texto e das normas, em sua abstração (ou em sua entificação), de trazerem todo o conteúdo em si mesmos, sem a intermediação do sujeito que a interpreta. Para demarcar a posição hermenêutica dos subjetivismos positivistas e neoconstitucionalistas, pode-se referir que, em busca da resposta correta, não poderá o intérprete dizer que decide conforme os valores que arbitrariamente escolheu, ou conforme seu livre convencimento. Pelo contrário, o intérprete estará sempre vinculado tanto à Constituição quanto à linguagem, de modo que não poderá desvirtuar o sentido das coisas.⁴³⁹

Retomando o exemplo anterior acerca do *navio* enquanto *ente* e *ser*, pode-se pensar que o intérprete-juiz, ao examinar um caso concreto envolvendo esse conceito, não poderá considerar uma embarcação de pequeno porte (*v.g.*, uma canoa de pescador com motor) para

⁴³⁷ STRECK, Lenio, **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020. p. 119-122.

⁴³⁸ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 97-254.

⁴³⁹ NASCIMENTO, Valéria Ribas do. A filosofia hermenêutica para uma jurisdição constitucional democrática. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 5, n. 1, p. 147-168, 2009.

fins de incidência de um determinado imposto sobre “grandes embarcações”. Contudo, poderá eventualmente considerá-la um *navio* se, por exemplo, estivesse diante de uma norma ambiental que proibisse o tráfego de “navios e embarcações automotoras de qualquer tipo” em um trecho do rio onde ocorre, naquela época do ano, a reprodução de uma espécie de animal aquático em extinção, tendo em vista que qualquer motor à combustão produz sons e vibrações que interferem nesse ciclo.

Com base nesses aportes teóricos, percebe-se que o direito, sob o olhar hermenêutico-fenomenológico, não se encontra esgotado por nenhum catálogo de regras ou princípios, ou mesmo por uma lista de autoridades que detêm a exclusividade para dizer o que o direito é ou não. Como refere Dworkin, o direito é, na verdade, uma atitude interpretativa e autorreflexiva, que torna todo cidadão responsável por questionar quais são os compromissos públicos da sociedade e o que esses compromissos exigem a cada nova circunstância. O direito é, por último, uma atitude fraterna, uma expressão de que os cidadãos se encontram unidos pela comunidade apesar de divididos por seus projetos, interesses e convicções pessoais.⁴⁴⁰

Desse modo, a Crítica Hermenêutica do Direito se encontra em consonância com um projeto de Estado constitucional e democrático, pois alicerçada em um paradigma filosófico que permite a produção do sentido do mundo e do direito pelos seus intérpretes mediante uma linguagem efetivamente pública. Na mesma linha, possibilita, com base nesses elementos, uma forma de controle das decisões judiciais, colocando os cidadãos, assim, em um estado de maior igualdade de consideração e, em consequência, reduzindo os atravessamentos que conduzem às desigualdades apontadas ao longo deste trabalho.

Por outro lado, a Crítica Hermenêutica do Direito também é capaz de promover transversalidades, tendo em vista que, ao se utilizar da linguagem pública e da compreensão que dela provém, permite uma maior participação dos cidadãos e da sociedade como um todo na construção do direito e da solução das questões coletivas. Além disso, auxilia todos esses agentes e intérpretes na prática de uma reflexão crítica acerca do mundo e de si mesmos, fomentando um agir responsabilmente autônomo e profícuo.

4.3 A Abertura da jurisdição constitucional

Na linha dos paradigmas filosóficos apresentados anteriormente, mostra-se oportuna a análise da obra de Peter Häberle, *A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição*. Em seu trabalho, o autor propõe que a interpretação constitucional deve ser conduzida sob a

⁴⁴⁰ DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 492.

influência da teoria democrática, inserindo-se neste processo todos os sujeitos que vivem e constroem a realidade constitucional. Assim, na busca da democratização da interpretação constitucional, propõe a adoção de uma hermenêutica adequada à sociedade aberta e pluralista. Häberle compreende, afinal, que, em um Estado Democrático, não se pode pensar numa interpretação da Constituição sem considerar os indivíduos como cidadãos ativos na construção do seu significado e dos seus sentidos.⁴⁴¹

Desse modo, percebe-se a possibilidade de se compatibilizar a interpretação aberta com os mecanismos democráticos de controle das decisões e das posturas dos tribunais, tornando-a instrumento útil para o desenvolvimento da democracia e da sociedade, na forma de transversalidades. Para abordar essa proposta teórica, serão tecidas algumas considerações sobre o desenvolvimento da jurisdição constitucional. Após, será apresentada a tese de Häberle, a partir da qual também poderá ser analisada a sua compatibilidade com a Crítica Hermenêutica do Direito e com os demais pressupostos descritos ao longo desta pesquisa.

4.3.1 Monopólio e abertura da jurisdição constitucional

Conforme refere Vesting, a ideia da produção do direito, notadamente do direito positivo, foi se desenvolvendo cada vez mais em direção ao exercício da jurisdição. Contudo, foi com a invenção da imprensa no século XV e a formação dos Estados-nação que se consolidou o entendimento de que a produção do direito seria um domínio exclusivo do poder estatal. Nesse sentido, as grandes codificações, impressas em formato de livro, também contribuíram para transmitir à sociedade a noção de que o ordenamento jurídico era desenvolvido de modo hermeticamente fechado e completo. Assim, o direito e o poder de dizê-lo passaram a ser vinculados ao Estado, por meio de seus órgãos e agentes.⁴⁴²

Por seu turno, o exercício da jurisdição com parâmetro na Constituição somente veio a ter início no século XIX. Nos Estados Unidos e, após, no Brasil, o controle de constitucionalidade teve como mote inicial a preservação do federalismo,⁴⁴³ preponderando uma função de delimitação de competências dos entes da Federação e sendo exercida de forma difusa, por qualquer juiz ou tribunal.⁴⁴⁴ Na Europa continental, essa noção foi

⁴⁴¹ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição. Direito Público*, [S.l.], v. 11, n. 60, p. 25-50, abr. 2015.

⁴⁴² VESTING, Thomas. *Teoria do Direito: Uma Introdução*. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 170-210.

⁴⁴³ BONAVIDES, Paulo. *Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil)*. *Estudos Avançados*. São Paulo, v. 18, n. 51, 2004.

⁴⁴⁴ GASPARDO, Murilo; ANDRADE, Cauê Ramos. *Abertura Constitucional e Pluralismo Democrático: a tensão na Divisão dos Poderes sob a ótica das Instituições Participativas*. *Sequência*, n. 78, p. 149-174, 2018.

introduzida por Hans Kelsen no século XX, defendendo-se a exclusividade do Tribunal Constitucional, órgão independente e afastado dos poderes políticos, para exercer o controle concentrado de eventuais incompatibilidades na produção de lei e atos em relação aos procedimentos previstos na Constituição.⁴⁴⁵

Sobre esse tema, Kelsen descreve, em *Teoria Pura do Direito*, duas espécies distintas de interpretação: de um lado, aquela realizada pelo órgão estatal, para a qual o autor dá o nome de *interpretação autêntica*; de outro, aquela realizada pelas demais pessoas e, inclusive, pela própria ciência jurídica, denominada de *interpretação não autêntica*.⁴⁴⁶ Ao exemplificar a distinção entre essas interpretações, Kelsen refere que, quando alguém se depara com uma norma sancionadora cujo texto é vago, essa pessoa deverá escolher o sentido e o comportamento que adotará diante da prescrição normativa. Contudo, essa escolha entre as possibilidades da norma será juridicamente *inautêntica*, visto que poderá ser considerada “equivocada” (ou até crime) pelo tribunal, a quem cabe a legitimidade exclusiva para o exercício da interpretação *autêntica*.⁴⁴⁷

Nesse sentido, é interessante lembrar, como apontado anteriormente neste trabalho, a incursão histórica acerca das Reformas Protestantes em relação ao poder da Igreja. Segundo Marinoni, a Reforma iniciada por Lutero demonstrou os desvios da Igreja Católica, a qual havia se transformado em um local de manipulação dos poderes político e econômico, sobretudo mediante a concentração, em seus sacerdotes, da autoridade para a leitura dos textos sagrados. Assim, a Reforma enfatizou a necessidade de “democratização” da leitura da Bíblia como forma de desmistificação dos dogmas da Igreja. Para o autor, a proibição da leitura da Bíblia nada mais era do que qualificar como pecado a razão humana ou suspeitar da capacidade cognitiva do homem, obrigando-o a ter um modo de vida pautado no entendimento e sob a dominação por parte de alguns poucos “iluminados”.⁴⁴⁸ Da mesma forma, chama a atenção que essa cultura protestante tenha sido objeto de estudos de Max Weber, em *A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo*, na qual Sérgio Buarque de Holanda se baseou para fazer seus contrapontos em relação à cultura brasileira, principalmente acerca da cordialidade e da dificuldade em submissão às regras impessoais.

Nessa linha, como refere Lenio Streck, também não pode ser desconsiderado que a “Revolução Copernicana” advinda do Segundo Pós-Guerra, a qual colocou a Constituição como centro do universo jurídico, deve ser atualizada diante dos desafios encontrados no

⁴⁴⁵ KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

⁴⁴⁶ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2009. p. 388.

⁴⁴⁷ KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2009. p. 395.

⁴⁴⁸ MARINONI, Luiz G. Cultura e previsibilidade do direito. **Revista de Processo**, v. 239, p. 431-450, jan. 2015.

Estado Pós-Moderno e pelos avanços histórico-sociais identificados numa sociedade que se pretende democrática.⁴⁴⁹ Sob uma perspectiva semelhante, Vesting⁴⁵⁰ afirma que a compreensão do direito e de sua validade não pode mais se limitar a um mero desdobramento de níveis, fazendo-se necessária uma abertura para além das figuras tradicionais da tripartição de poderes. Paulo Bonavides, por sua vez, afirma que a época constitucional da separação dos poderes foi superada pela era dos direitos fundamentais. Por essa razão, refere que a democracia participativa exige um novo modelo de jurisdição constitucional: quanto mais se concentra o controle da interpretação constitucional na cúpula do Poder Judiciário, menos democrática, aberta, independente e ligada à cidadania ela será.⁴⁵¹

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu um novo paradigma democrático, no qual é reconhecido o pluralismo político como fonte de legitimação política, além de valorizada a participação da sociedade civil no Estado, inclusive com a criação de espaços participativos no qual se definiria o sentido substantivo de determinados direitos fundamentais garantidos pela autoridade pública. Pode-se questionar, assim, de que forma este novo paradigma influencia o debate a respeito da tensão entre jurisdição constitucional e os poderes tradicionais na busca pela materialização dos direitos fundamentais.⁴⁵²

4.3.2 Por uma jurisdição constitucional democrática

Nessa linha de pensamento, a fim de superar os paradigmas que até então sustentavam a jurisdição constitucional, mostra-se oportuna a análise da obra de Peter Häberle.⁴⁵³ Segundo o autor, a interpretação constitucional esteve tradicionalmente vinculada a um modelo de sociedade fechada, limitando-se aos participantes formais do processo constitucional, sobretudo o Poder Judiciário. Não obstante, para Häberle, a interpretação dos juízes e dos tribunais acerca da Constituição não é e nem pode ser a única, devendo-se incluir todas as forças produtivas que fazem parte da sociedade, como os cidadãos, os grupos de interesse e os órgãos estatais, entre outros atores. Nesse contexto, não é possível estabelecer um limite ou

⁴⁴⁹ STRECK, Lenio Luiz. A efetividade dos Direitos fundamentais no Brasil: entre judicialização da política e ativismo judicial. In: TEIXEIRA, Anderson V.; FILHO, Gilberto G.; SIMÕES, Sandro A. de S. (Org.). **Supremacia constitucional e políticas públicas**: discutindo a discricionariedade administrativa na efetivação de Direitos fundamentais. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2016. p. 42-64

⁴⁵⁰ VESTING, Thomas. **Teoria do Direito**: Uma Introdução. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 170-210.

⁴⁵¹ BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). **Estudos Avançados**. São Paulo, v. 18, n. 51, 2004.

⁴⁵² GASPARDO, Murilo; ANDRADE, Cauê Ramos. Abertura Constitucional e Pluralismo Democrático: a tensão na Divisão dos Poderes sob a ótica das Instituições Participativas. **Sequência**, n. 78, p. 149-174, 2018.

⁴⁵³ HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição. **Direito Público**, [S.l.], v. 11, n. 60, p. 25-50, abr. 2015.

um número fixo de intérpretes da Constituição: quanto mais aberta e pluralista a sociedade, mais abertos deverão ser os critérios e os legitimados a interpretar a Constituição.⁴⁵⁴

Na busca da democratização da interpretação constitucional, Häberle propõe a adoção de uma hermenêutica adequada à “sociedade aberta” e pluralista. Segundo o autor, considerando o papel fundante da Constituição para a sociedade e para o Estado, todo aquele que vive a Constituição deve ser considerado seu legítimo intérprete. Assim, considera que a unidade da Constituição surge justamente da conjugação do processo e das funções de diferentes intérpretes. Isto é, uma Constituição não pode tratar as forças sociais como meros objetos, mas deve integrá-las ativamente enquanto sujeitos. Ou seja, em um Estado constitucional-democrático, não se pode pensar em uma interpretação da Constituição sem considerar os indivíduos como cidadãos ativos.⁴⁵⁵

No mesmo sentido, Bonavides⁴⁵⁶ afirma que a democracia do cidadão deriva diretamente dos direitos fundamentais, e não mais da ideia de que o povo soberano é apenas um substituto do lugar antes pertencente ao monarca. Aliás, segundo Häberle, o próprio âmbito de proteção dos direitos fundamentais é preenchido por seus destinatários. Por esse motivo, o povo não constitui um mero referencial quantitativo que se manifesta apenas nas eleições, mas um elemento que se faz presente como partido político, como opinião científica, como grupo de interesse ou como cidadão, de forma a legitimar o processo constitucional.⁴⁵⁷

Para Häberle, negar esses elementos de cidadania ativa e de abertura do processo de interpretação constitucional é apagar a própria Constituição material. Não se pode admitir que a Constituição só exista quando suscitada perante um tribunal. Isso porque a democracia não se desenvolve apenas no contexto de delegação da responsabilidade formal do povo para os órgãos estatais, até o último intérprete formalmente competente, a Corte Constitucional. A democracia, segundo Häberle, desenvolve-se por meio do debate sobre alternativas, possibilidades e realidades constitucionais, considerando-se o cidadão como intérprete da Constituição. Para o autor, sob uma perspectiva socioconstitucional, a investigação sobre os

⁴⁵⁴ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição*. **Direito Público**, [S.l.], v. 11, n. 60, p. 25-50, abr. 2015.

⁴⁵⁵ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição*. **Direito Público**, [S.l.], v. 11, n. 60, p. 25-50, abr. 2015.

⁴⁵⁶ BONAVIDES, Paulo. *Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil)*. **Estudos Avançados**. São Paulo, v. 18, n. 51, 2004.

⁴⁵⁷ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição*. **Direito Público**, [S.l.], v. 11, n. 60, p. 25-50, abr. 2015.

que participam do processo de interpretação revela-se consequência do conceito republicano de interpretação aberta, o qual configura um objetivo constitucional.⁴⁵⁸

Nesse sentido, autores como Georges Abboud defendem a interpretação constitucional e a materialização de direitos fundamentais por outros atores além do Poder Judiciário, a exemplo da própria Administração Pública. Conforme o autor, deve ser feita uma releitura do princípio da legalidade, a fim de evidenciar a vinculação direta da Administração Pública aos preceitos constitucionais, com o intuito de demonstrar que o Poder Público, juntamente com os demais poderes, também é agente diretamente responsável pela concretização do texto constitucional. No âmbito doutrinário, apesar de existir grande polêmica a respeito do tema, Abboud refere que a interpretação pode ser utilizada tanto para corrigir o erro do legislador quanto para ajustar o enunciado legislativo às alterações das circunstâncias fáticas, a fim de adequar seu sentido à Constituição.⁴⁵⁹

A título de exemplo, poder-se-ia pensar na prestação de direitos fundamentais como saúde ou educação diretamente pelo Poder Público. Ou seja, ao invés de exigir uma ação judicial com o mesmo objeto, poderiam ser criados órgãos públicos colegiados ou multisetoriais no âmbito da Administração para a análise e concessão dessas demandas. Em outros casos, poderiam ser supridos requisitos legais manifestamente contrários ao texto constitucional, como o da exigência de critérios distintos para o recebimento de pensões por morte do cônjuge ou companheiro em razão de gênero do beneficiário, se masculino ou feminino. Assim, seria evitado que direitos fundamentais tivessem de ser, primeiramente, descumpridos pela Administração Pública para que, posteriormente, o cidadão possa reivindicar seus direitos perante os tribunais.

No âmbito do direito privado, uma interessante reflexão pode ser feita em relação aos casos de eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Num das situações analisadas pelos tribunais, um associado havia sido expulso da associação da qual fazia parte, sem o respeito ao devido processo legal para tanto. Assim, foi judicialmente reconhecida a inconstitucionalidade de sua exclusão, determinando-se o direito ao retorno enquanto não houvesse um procedimento adequado. No entanto, pode-se imaginar uma situação ligeiramente distinta: num clube esportivo de futebol, em que as disputas políticas costumam ser acirradas, um dos associados, possível candidato a presente do clube nas próximas eleições, é sujeito a uma apuração para o seu desligamento. Contudo, diante da ausência de

⁴⁵⁸ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição. Direito Público*, [S.l.], v. 11, n. 60, p. 25-50, abr. 2015.

⁴⁵⁹ ABOUD, G. *Processo constitucional brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p. 1253-1305.

previsão legal ou regulamentar sobre a possibilidade de manifestação, o departamento jurídico do clube decide por conferir uma interpretação constitucional à questão, deferindo-lhe, assim, direito de defesa nos termos constitucionais. Poderia, assim, algum opositor ingressar em juízo e referir que a decisão administrativa se encontra equivocada, pois apenas o tribunal poderia garantir a efetividade da Constituição? Ao que parece, seguindo a tese de Häberle, a decisão estaria devidamente correta, não podendo ser alterada por qualquer juiz ou tribunal sob o argumento de que apenas ao Poder Judiciário é dado interpretar a Constituição.

Ciente das críticas à sua teoria, Häberle traz à lume uma das principais questões elaboradas com base no princípio da unidade da Constituição: a depender do modo como será praticada, a interpretação constitucional da sociedade aberta poderá se dissolver num grande número de interpretações e de intérpretes. Como argumento, o autor afirma que a participação da opinião pública e da pluralidade de intérpretes dificilmente será organizada e disciplinada. Contudo, segundo ele, é justamente nessas condições em que reside a garantia de abertura e da espontaneidade do processo interpretativo.⁴⁶⁰

Nesse sentido, percebe-se que as propostas de Häberle podem encontrar assento no território hermenêutico do qual exsurge a fenomenologia. Segundo refere o autor, interpretar uma norma nada mais é do que colocá-la no tempo e integrá-la à realidade pública. Essa interpretação, portanto, é realizada por todos aqueles vivem e estão submetidos à norma, formando a própria realidade constitucional. Refutando as críticas de que sua tese poderia levar ao relativismo, Häberle refere que é legítimo questionar se pode existir uma interpretação considerada correta diante de várias alternativas. Contudo, o resultado da interpretação está submetido a um teste de consistência, devendo se mostrar apto a fornecer justificativas diversas e variadas mediante discursos legítimos em uma linguagem pública.⁴⁶¹

Para Streck, o controle difuso é o modo democrático por excelência de capilarização da Constituição, uma maneira de instrumentalizar os direitos fundamentais sociais no caso concreto. Além disso, refere que não há diferença hermenêutica entre a compreensão que se tem acerca de uma lei no controle difuso e no controle concentrado, pois ambos somente podem ser realizados a partir de pré-compreensões que, por sua vez, estão sempre baseadas em situações concretas. Em outras palavras, não é possível fazer controle de constitucionalidade fora do mundo prático.⁴⁶²

⁴⁶⁰ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição. Direito Público*, [S.l.], v. 11, n. 60, p. 25-50, abr. 2015.

⁴⁶¹ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição. Direito Público*, [S.l.], v. 11, n. 60, p. 25-50, abr. 2015.

⁴⁶² STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 187-197.

Desse modo, a tese de Häberle vai novamente ao encontro do Constitucionalismo Contemporâneo e da Crítica Hermenêutica do Direito, os quais defendem existir um direito fundamental a uma resposta correta, adequada à Constituição, e que o direito deve ser visto como uma atividade interpretativa, construído a partir da tentativa de se encontrar, numa controvérsia, a melhor resposta possível. Além disso, deverá observar a responsabilidade em desenvolver argumentos suficientes para que a posição escolhida, mesmo diante de divergências, seja aquela que pareça mais consonante com o Direito.⁴⁶³

⁴⁶³ STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 378.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa buscou investigar quais os efeitos do ativismo judicial no regime democrático brasileiro, assim como algumas teorias que tornassem possível o controle e a redução dos prejuízos causados por essa espécie de atuação do Poder Judiciário. Nesse sentido, os índices de desenvolvimento, de renda e de desigualdade apresentados levaram ao questionamento acerca dos benefícios propagados pelos tribunais sobre a sua atuação em prol da concretização da Constituição, da materialização de direitos fundamentais e da condução a um Estado democrático. Assim, se a quantidade de processos judiciais envolvendo o Poder Público chamou a atenção em virtude dos problemas de políticas públicas e de direitos sociais que assolam grande parte da população, as diferenças de renda e de capital (simbólico, financeiro, orçamentário) entre o Poder Judiciário, os demais poderes e a grande maioria dos cidadãos igualmente conduziram a uma desconfiança no funcionamento dessa democracia cordial, à Brasileira.

Democracia, afinal, não se pratica apenas nos dias de eleição, mas configura tanto um conjunto de práticas quanto uma busca pelos fins a que a sociedade se propõe. Entre esses objetivos foram citados, sobretudo, a influência dos cidadãos nas decisões governamentais que lhe digam respeito, uma certa autonomia ou autogestão de suas vidas, a igualdade de tratamento em relação aos demais e, ainda, para a manutenção e estabilidade do próprio regime, a redução das desigualdades que possam causar assimetrias nesse sistema político. Nesse sentido, constata-se que o ativismo judicial causa interferências negativas em ao menos um desses objetivos — quando não em todos.

Sob uma análise culturalista, a pesquisa constatou uma baixa densidade na prática de atos de autonomia dos cidadãos, em parte atribuída às raízes rurais lançadas pela colonização ibérica, as quais ainda operam fortemente na sociedade brasileira. Nessa perspectiva, se o homem cordial deixou o campo e passou a viver nas cidades, o forte vínculo patriarcal que o mantinha sob uma rigorosa ordem passou a se nutrir das novas relações urbanas. Diante dessa in experiência em gerir suas próprias questões, esses cidadãos ainda se encontram dependentes de um saber externo (de um pai, de um líder ou de um “doutor”) que lhes diga o que fazer e o que não fazer. Sob uma análise institucionalista, por sua vez, constatou-se igualmente a ausência de mecanismos de *accountability* efetivos para o funcionamento democrático do Poder Judiciário. A pretexto de atender às necessidades e carências sociais, esses juízes cordiais acabam, no mais das vezes, operando uma apropriação privada dos bens públicos que

lhes são outorgados, revertendo os serviços prestados em benefícios estruturais e fomentando uma relação de clientelismo para com a sociedade.

Não obstante, conforme exposto ao longo deste estudo, ainda se constata uma grande dificuldade de mobilização no sentido de uma crítica a esse *status quo*. Consoante a hermenêutica fenomenológica, o ser humano *pensa* porque *fala*, isto é, porque existe uma linguagem que possibilita a compreensão. No entanto, a atuação prática dos tribunais e dos juízes — a quem o trabalho deu o nome de “cordiais” —, bem como a produção de decisões jurídicas, não se dá em uma linguagem pública, de acesso comum a todos, mas em uma linguagem privada e exclusiva desses atores. Assim, talvez a ausência de maior mobilização decorra justamente da própria falta de acesso a essa linguagem prévia que possibilitaria a compreensão e a crítica. Para Freire, este fatalismo, alongado na docilidade que é tida como um caráter nacional, é fruto de uma situação histórica e sociológica, e não um traço essencial da forma de ser do povo.⁴⁶⁴

Questiona-se, assim, como é possível romper com esses grilhões a que o povo brasileiro se encontra amarrado, nessa estrutura judicial que mais parece envolver e confundir do que libertar e esclarecer? Nesse sentido, o primeiro passo parece ser o desvelamento dos mecanismos e instrumentos subjacentes utilizados pelos juízes e tribunais para a formação de seu capital simbólico. Com esse propósito, esta pesquisa buscou descrever as razões históricas e sociológicas que levaram a uma concepção paternalista e cordial do direito e da sociedade. Trazendo à luz essa cultura, espera-se suscitar questionamentos acerca da forma como as decisões e as posturas dos tribunais são produzidas, gerando atravessamentos nas questões coletivas e suprimindo o debate público. Após, o segundo passo pode consistir na identificação das demandas sociais e no respeito à autoanálise e à autogestão dos cidadãos e da sociedade como um todo. Por óbvio, esses movimentos não poderão ser simplesmente “autorizados” ou “deferidos” pelo Poder Judiciário, mas, sim, gestados diretamente na prática do exercício democrático e da cidadania, conforme exposto ao longo deste trabalho.

O terceiro passo, por sua vez, seria a busca de formas efetivas de transversalidade, como canais de comunicação e teorias que se encontrem de acordo com os pressupostos teóricos e pragmáticos que conduzem a uma democracia mais consolidada. Com esse intuito, a pesquisa apresentou duas propostas teóricas que se coadunam com o Constitucionalismo Contemporâneo e a democracia, desprendendo-se do subjetivismo e da filosofia da consciência para um exercício autônomo e reflexivo acerca do mundo, da sociedade e do

⁴⁶⁴ FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. 79 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2021. p. 67.

direito. Assim, em primeiro lugar, foram abordados os elementos fundamentais da Crítica Hermenêutica do Direito, a qual, alicerçada na hermenêutica fenomenológica e na filosofia da linguagem, permite uma análise crítica do mundo e a produção de sentido mediante uma linguagem efetivamente pública, possibilitando a criação de transversalidades. Por conseguinte, permite uma forma de controle das decisões judiciais, colocando os cidadãos em um estado de maior igualdade de consideração e, em consequência, reduzindo os atravessamentos que conduzem às desigualdades apontadas ao longo deste trabalho. Em segundo lugar, foi apresentada a tese da Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição, defendendo a abertura da exclusividade da jurisdição constitucional até então mantida pelos tribunais, circunstância que poderia diminuir os atravessamentos em questões e debates coletivos. Ainda, sob os postulados da democracia e de pluralismo, por admitir a inclusão de um número aberto de intérpretes do texto constitucional, permite a apropriação crítica da linguagem e dos mecanismos para a criação do direito e de transversalidades na resolução das necessidades e demandas da sociedade.

Assim, a partir dos resultados e das incursões da presente pesquisa, espera-se ter contribuído para uma releitura crítica do ativismo judicial, da democracia no Brasil e da cultura da cordialidade. Espera-se, também, que os atos de ativismo judicial, vestidos de uma generosidade clientelista e paternalista, possam ser melhor identificados como atravessamentos e transformados, quando possível, em transversalidades. Como pontua Freire na passagem escolhida para a epígrafe deste trabalho, “a grande generosidade está em lutar para que, cada vez mais, estas mãos, sejam de homens ou de povos, se estendam menos em gestos de súplica. Súplica de humildes a poderosos. E se vão fazendo, cada vez mais, mãos humanas, que trabalhem e transformem o mundo”.⁴⁶⁵

⁴⁶⁵ FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. 79 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2021. p. 42.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.
- ARAÚJO, Carla; LAZARO Natalia. Covid-19: Associação obtém liminar para compra de vacinas para magistrados. **Notícias UOL**, Brasília, 11 mar. 2021. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/saude/ultimas-noticias/redacao/2021/03/11/covid-associacao-de-juizes-estaduais-obtem-liminar-para-compra-de-vacinas.htm>. Acesso em: 23 nov. 2022.
- ARENDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- ASIMOW, Michael. Cinco modelos de adjudicação administrativa (Justiça Administrativa). **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 1, p. 129-165, jan./abr. 2017.
- AVELÃS NUNES, António José. **A revolução francesa: as origens do capitalismo – a nova ordem jurídica burguesa**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- AVELÃS NUNES, António José. **O Estado capitalista e as suas máscaras**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.
- BAREMBLITT, Gregório F. **Compêndio de análise institucional e outras correntes: teoria e prática**. 5. ed. Belo Horizonte: Instituto Felix Guattari, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 5, p. 23-50, Número Especial, 2015.
- BARROSO, Luís Roberto. Em artigo, Barroso defende papel "iluminista" do Supremo. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 23 fev. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-23/artigo-barroso-defende-papel-iluminista-stf>. Acesso em: 24 nov. 2022.
- BARROSO, Luís Roberto. Farol da Sociedade: em artigo, Barroso defende papel "iluminista" do Supremo. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 23 de fevereiro de 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-23/artigo-barroso-defende-papel-iluminista-stf>. Acesso em: 10 mar. 2022.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2019.
- BEZERRA, Elton. Acórdãos do STF aumentam de tamanho após TV Justiça. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 20 mai. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-mai-20/acordaos-stf-adis-aumentam-producao-cai-tv-justica>. Acesso em: 09 nov. 2022.
- BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. São Paulo: Paz e Terra, 1986.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

BOLZAN DE MORAIS, Jose Luis. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos Direitos Humanos**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). **Estudos Avançados**. São Paulo, v. 18, n. 51, 2004.

BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998.

BOURDIEU, Pierre. **Sobre o Estado**. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

BOURDIEU, Pierre; PASSERON, Jean-Claude. **A reprodução**: elementos para uma teoria do sistema de ensino. 7. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2014.

BRANDÃO, André. Prerrogativas dos magistrados são garantias da democracia. **Editora Justiça e Cidadania**, Rio de Janeiro, 7 jun. 2020. Disponível em: www.editorajc.com.br/prerrogativas-dos-magistrados-sao-garantias-da-democracia. Acesso em: 16 nov. 2022.

BRASIL é segundo país com a justiça criminal mais parcial do mundo, mostra ranking. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 28 dez. 2021. Disponível em: conjur.com.br/2021-dez-28/brasil-segundo-pais-justica-criminal-parcial-mundo. Acesso em: 02 jan. 2023.

BRASIL perde posições em ranking mundial dos melhores sistemas de Justiça Civil. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 29 dez. 2021. Disponível em: conjur.com.br/2021-dez-29/justica-civil-brasileira-lentas-eficazes-mundo. Acesso em: 07 nov. 2022.

BRASIL receberá as primeiras vacinas contra COVID-19 por meio do Mecanismo COVAX neste domingo. **Organização Pan-Americana da Saúde**, Brasília, 21 mar. 2021. Disponível: paho.org/pt/noticias/21-3-2021-brasil-recebera-primeiras-vacinas-contracovid-19-por-meio-do-mecanismo-covax. Acesso em: 23 nov. 2022.

BUFFON, Marciano. **Tributação, desigualdade e mudanças climáticas**: como o capitalismo evitará seu colapso. Curitiba: Brazil Publishing, 2019.

CAENEGEM, Raoul van. **Juízes, legisladores e professores**: capítulos da história jurídica europeia. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

CARDOSO, Deiser Mara Rezende. A Advocacia Pública: instituição essencial à justiça com autoridade para solucionar conflitos no âmbito da jurisdição administrativa. **Revista CEJ**, Brasília, Ano XXI, n. 71, p. 19-26, jan./abr. 2017. Disponível em: www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Rev-CEJ_n.71.02.pdf. Acesso em: 24 jan. 22.

CARDOSO, Deiser. A Advocacia Pública: instituição essencial à justiça com autoridade para solucionar conflitos no âmbito da jurisdição administrativa. **Revista CEJ**, Brasília, n. 71, p. 19-26, jan./abr. 2017.

CARRANÇA, Thais. Como falta de medicamentos no SUS empurra 10 milhões de brasileiros à pobreza por ano. **BBC News Brasil**, São Paulo, 7 out. 2022. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-63137412>. Acesso em: 10 nov. 2022.

CHEVALIER, Jacques. **O Estado Pós-Moderno**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. Diálogos institucionais: estrutura e legitimidade. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n. 3, p. 183-206, set./dez. 2015. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i3.44534>. Acesso em 19 jan. 2022.

COLLIER, Paul. **O futuro do capitalismo**: enfrentando as novas inquietações. 1. ed. Porto Alegre: L&PM, 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **100 maiores litigantes**. Brasília, DF: CNJ, 2012. Disponível em: www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/100_maiores_litigantes.pdf. Acesso em: 24 jan. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Judicialização e saúde: ações para acesso à saúde pública de qualidade**. Brasília: CNJ, 2021. p. 99-107.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Perfil Sociodemográfico dos Magistrados**. Brasília: CNJ, 2018.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório Justiça em Números 2021**. Brasília: CNJ, 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório Justiça em Números 2022**. Brasília: CNJ, 2021.

COPELLI, Giancarlo Montagner. A tradição e a construção do Brasil. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 25 set. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-set-25/diario-classe-tradicao-construcao-brasil>. Acesso em: 14 nov. 2022.

COPELLI, Giancarlo Montagner. Democracia e igualdade no contexto brasileiro. **Revista Quaestio Iuris**, v. 14, n. 01, p. 61-75, abr. 2021.

COPELLI, Giancarlo Montagner. Linguagem Pública e horizontalidade política: pensando a democracia a partir do Wittgenstein das Investigações Filosóficas. **Argumenta Journal Law**, n. 33, p. 277-306, jan. 2021.

COPELLI, Giancarlo Montagner. O populismo como problema jurídico: impactos do discurso populista no Estado Democrático de Direito. **Revista Direito Mackenzie**, v. 15, n. 1, p. 1-16, 2021.

COPELLI, Giancarlo M.; MORAIS, Jose Luis Bolzan. A necessidade de novos discursos teóricos frente à crise do Estado Social. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, 2020.

CRUZ, Isabela. Democracia: um regime político sempre em construção. **Nexo Jornal**, 1 out. 2022. Disponível em: nexojornal.com.br/explicado/2022/10/01/Democracia-um-regime-pol%C3%ADtico-sempre-em-constru%C3%A7%C3%A3o. Acesso em: 7 nov. 2022.

DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2016.

DUARTE, Écio Otto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**. 2. ed. São Paulo: Landy, 2010

DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho**. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

ECONOMIST INTELLIGENCE. **Democracy Index 2021**: the China challenge. *In*: EIU. Disponível em: <https://www.eiu.com/n/campaigns/democracy-index-2021/>. Acesso em: 07 nov. 2022.

ESPÍNDOLA, Drysanna. Quase 25% da população brasileira está impedida de reivindicar seus direitos, aponta **Pesquisa Nacional da Defensoria Pública**. Porto Alegre, 16 jun. 2022. Disponível em: <https://www.defensoria.rs.def.br/quase-25-da-populacao-brasileira-esta-impedida-de-reivindicar-seus-direitos-aponta-pesquisa-nacional-da-defensoria-publica>. Acesso em: 4 jan. 2023.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. 79 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2021.

FREITAS, Felipe. Repensando o agonismo: o impasse não superado entre conflito e consenso. **Revista Teoria & Pesquisa**, São Carlos, v. 29, n. 3, p. 135-158, 2020.

FREY, Carl; OSBORNE, Michael. The future of employment: how susceptible are jobs to computerisation? **Technological Forecasting and Social Change**, v. 114, p. 254-280, 2017.

GASPARDO, Murilo; ANDRADE, Cauê Ramos. Abertura Constitucional e Pluralismo Democrático: a tensão na Divisão dos Poderes sob a ótica das Instituições Participativas. **Sequência**, n. 78, p. 149-174, 2018.

GASSEN, Valcir; D'ARAÚJO, Pedro Júlio Sales; PAULINO, Sandra Regina da F. Tributação sobre consumo: o esforço em onerar mais quem ganha menos. **Seqüência**, Florianópolis, n. 66, p. 213-234, jul. 2013.

GIL, Renata. Formato atual da carreira de magistrado é um absurdo, afirma presidente da AMB. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 18 out. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-out-18/entrevista-renata-gil-presidente-amb>. Acesso em: 09 nov. 2022.

GIL, Renata. Prover vacina para todos é dever do Estado. **Associação dos Magistrados Brasileiros**, Brasília, 25 fev. 2021. Disponível: amb.com.br/prover-vacina-para-todos-e-dever-do-estado. Acesso em: 23 nov. 2022.

HÄBERLE, Peter. Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição. **Direito Público**, [S.l.], v. 11, n. 60, p. 25-50, abr. 2015.

HAJE, Lara. Cerca de R\$ 290 milhões do gasto anual do SUS decorre de inatividade física, diz estudo. **Agência Câmara de Notícias**, Brasília, 15 set. 2021. Disponível: camara.leg.br/noticias/806112-cerca-de-r-290-milhoes-do-gasto-anual-do-sus-decorre-de-inatividade-fisica-diz-estudo-da-uff. Acesso: 10 nov. 2022.

HARARI, Yuval Noah. **Homo Deus**: uma breve história do amanhã. São Paulo: Editora Companhia das Letras, 2016.

HARARI, Yuval Noah. **Sapiens**: Uma breve história da humanidade. Porto Alegre: L&PM Editores S. A., 2018.

HIRSCHL, Ran. O novo constitucionalismo e a judicialização da política pura no mundo. **Revista de Direito Administrativo**, [S. l.], v. 251, p. 139–178, 2009.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil**: Edição Crítica - 80 anos [1936-2016]. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

HOLMES, Oliver Wendell. *The path of law and the common law*. New York: Kaplan, 2009.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos**: por que a liberdade depende dos impostos. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2019.

HOMEM impedido de entrar em audiência será indenizado. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 2 abr. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-abr-02/trabalhador-proibido-entrar-audiencia-conta-roupa-indenizado>. Acesso em: 09 nov. 2022.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Estimativa de População**. Rio de Janeiro: IBGE, 2020. Disponível em: https://ftp.ibge.gov.br/Estimativas_de_Populacao/Estimativas_2020/POP2020_20211117.pdf. Acesso em: 24 jan. 2022.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). **Rendimento de todas as fontes 2019**. Rio de Janeiro: IBGE, 2020. Disponível em: https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101709_informativo.pdf. Acesso em: 24 jan. 2022.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **Atlas do Estado Brasileiro: Uma Análise Multidimensional da Burocracia Pública Brasileira em Duas Décadas (1995-2016)**. Brasília: IPEA, 2018. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/181217_atlas_do_estado_brasil.pdf. Acesso em: 24 jan. 2022.

KELSEN, Hans. **Jurisdição Constitucional**. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 8. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2009.

LAGO, Rudolfo. Mais de 86 milhões de brasileiros não têm acesso a defensoria pública, diz pesquisa. **Congresso em Foco**, Brasília, 7 out. 2021. Disponível em: congressoemfoco.uol.com.br/area/justica/mais-de-86-milhoes-de-brasileiros-nao-tem-acesso-a-defensoria-publica-diz-pesquisa. Acesso em: 16 nov. 2022.

LEGEND, John. *All of me*. In: Letras. Disponível em: <https://www.lettras.mus.br/john-legend/all-of-me>. Acesso em: 14 jan. 2023.

Lei Orçamentária Anual: Judiciário gaúcho promove contingenciamento superior a R\$33 milhões. **Portal de Notícias do TJ/RS**, Porto Alegre, 14 set. 2022. Disponível em: tjrs.jus.br/novo/noticia/lei-orcamentaria-anual-judiciario-gaicho-promove-contingenciamento-superior-a-r33-milhoes/. Acesso em: 10 nov. 2022.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **O direito na história**. 7. ed. Barueri: Atlas, 2023.

LOPES, Léo. Grupos fazem atos antidemocráticos e pedem intervenção militar diante de quartéis. **CNN Brasil**, 2 nov. 2022. Disponível em: cnnbrasil.com.br/politica/grupos-fazem-atos-antidemocraticos-e-pedem-intervencao-militar-diante-de-quarteis/

atos-antidemocraticos-e-pedem-intervencao-militar-diante-de-quarteis/. Acesso em: 23 nov. 2022.

MACHADO, Leandro. “Posso continuar preso para jantar?”: o pedido que acendeu debate sobre Justiça para pobres. **BBC News Brasil**, São Paulo, 14 jun. 2022. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-61726555>. Acesso em: 16 nov. 2022.

MAGALHÃES, Breno Baía. O Estado de Coisas Inconstitucional na ADPF 347 e a sedução do Direito: o impacto da medida cautelar e a resposta dos poderes políticos. **Revista Direito GV**, v. 15, n. 2, 2019, e1916.

MAIS de 33 milhões de brasileiros não têm acesso à internet, diz pesquisa. **Portal G1**, Rio de Janeiro, 21 mar. 2022. Disponível: g1.globo.com/tecnologia/noticia/2022/03/21/mais-de-33-milhoes-de-brasileiros-nao-tem-acesso-a-internet-diz-pesquisa.ghtml. Acesso: 22 nov. 2022.

MARINONI, Luiz Guilherme. Cultura e previsibilidade do direito. **Revista de Processo**, v. 239, p. 431-450, jan. 2015.

MARTINS, Jomar. Identificação errada de arquivos eletrônicos leva à rejeição de recurso. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 11 mar. 2017. Disponível: <https://www.conjur.com.br/2017-mar-11/identificacao-errada-arquivos-leva-rejeicao-recurso>. Acesso em: 14 jan. 2023.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. **Novos Estudos CEBRAP**, São Paulo, n. 58, p. 183-202, nov. 2000.

MAZZA, Luigi; GUIMARÃES, Hellen; BUONO, Renata. Puxando o IDH para baixo. **Revista Piauí**, São Paulo, 04 jan. 2021. Disponível em: piaui.folha.uol.com.br/puxando-o-idh-para-baixo. Acesso em: 24 jan. 2022.

MENDONÇA, Daniel de. Teorizando o agonismo: crítica a um modelo incompleto. **Revista Sociedade e Estado**, v. 25, n. 3, set./dez. 2010.

MICELI, Sergio. *In*: BOURDIEU, Pierre. **Sobre o Estado**. São Paulo: Companhia das Letras, 2014. p. 19-26.

MIGUEL, Luis Felipe. Autonomia, paternalismo e dominação na formação das preferências. **Opinião Pública**, Campinas, vol. 21, n. 3, p. 601-625, dez. 2015.

MIGUEL, Luis Felipe. **Consenso e conflito na democracia contemporânea**. São Paulo: Unesp, 2017.

MOISÉS, José Álvaro. Cultura política, instituições e democracia: lições da experiência brasileira. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 23, n. 66, p. 11-43, fev. 2008.

MOTA, Camilla. Por que donos de empresas geralmente pagam menos impostos do que seus funcionários no Brasil. **BBC News Brasil**, São Paulo, 8 nov. 2022. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-63559616>. Acesso em: 11 nov. 2022.

MOUFFE, Chantal. Democracia, cidadania e a questão do pluralismo. **Revista Política e Sociedade**, v. 2, n. 3, p. 11–26, 2003.

MOUFFE, Chantal. Por um modelo agonístico de democracia. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, n. 25, p. 165-175, jun. 2006.

MOUFFE, Chantal. **Sobre o político**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2015.

NASCIMENTO, Valéria Ribas do. A filosofia hermenêutica para uma jurisdição constitucional democrática. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 5, n. 1, p. 147-168, 2009.

NÚMERO de presos no Brasil ultrapassa 900 mil: a quem serve o encarceramento em massa? **Pastoral Carcerária**, São Paulo, 8 jun. 2022. Disponível em: carceraria.org.br/combate-e-prevencao-a-tortura/numero-de-presos-no-brasil-ultrapassa-900-mil-a-quem-serve-o-encarceramento-em-massa. Acesso em: 24 nov. 2022.

O'DONNELL, Guillermo. Accountability horizontal e novas poliarquias. **Lua Nova**, n. 44, p. 27-54, 1998.

O'DONNELL, Guillermo. Democracia delegativa? **Novos Estudos Cebrap**, São Paulo, n. 31, p. 25-40, 1991.

PERLINGEIRO, Ricardo. Desafios contemporâneos da justiça administrativa na América Latina. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 1, p. 167-205, jan./abr. 2017. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v4i1.50155>>. Acesso em: 10 mar. 2022.

PERLINGEIRO, Ricardo. Desafios contemporâneos da justiça administrativa na América Latina. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 1, p. 167-205, jan./abr. 2017.

PERLINGEIRO, Ricardo. Uma perspectiva histórica da jurisdição administrativa na América Latina: tradição europeia-continental versus influência norte-americana. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 2, n. 1, p. 89-136, jan./abr. 2015.

PETERSON, Jordan B. **Mapas do Significado: a arquitetura da crença**. São Paulo, Realizações Editora, 2021.

PETERSON, Jordan B. **Mapas do Significado: a arquitetura da crença**. São Paulo, Realizações Editora, 2021.

PIKETTY, Thomas. **O Capital no Século XXI**. 1. ed. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

PILATTI, Adriano. A perspectiva institucionalista e a análise da dinâmica das decisões legislativas. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, v. 9, n. 29, p. 28-48, jul./dez. 2006. Disponível em: < <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/286>>. Acesso em: 10 mar. 2022.

PILATTI, Adriano. A perspectiva institucionalista e a análise da dinâmica das decisões legislativas. **Revista Direito, Estado e Sociedade**, v. 9, n. 29, p. 28-48, jul./dez. 2006.

PINHONI, Marina. Barbosa, o Batman brasileiro, é o novo presidente do STF. **Exame**, 10 out. 2012. Disponível: exame.com/brasil/barbosa-o-batman-brasileiro-e-o-novo-presidente-do-stf. Acesso: 23 nov. 2022.

PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO (PNUD). **Relatório de Desenvolvimento Humano 2020**. Nova York: PNUD, 2020. Disponível em: <http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr2020.pdf>. Acesso em: 24 jan. 2022.

PRZEWORSKI, Adam et al. O que mantém as democracias? **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, n. 40-41, p. 113-135, 1997. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/S0102-64451997000200006>>. Acesso em: 20 abr. 2022.

RADBRUCH, Gustav. **Cinco minutos de Filosofia do Direito**. In: RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Coimbra: Armênio Amado, 1974.

ROCHA, Leonel Severo. Epistemologia do Direito: revisitando as três matrizes jurídicas. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, v. 5, n. 2, p. 141-149, 2013.

RODAS, Sérgio. Em 200 anos, Direito promoveu desenvolvimento, mas manteve privilégios da elite. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 7 jan. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jan-07/direito-promoveu-desenvolvimento-manteve-privilegios-elite>. Acesso em: 07 nov. 2022.

ROSENBERG, Marshall B. **Comunicação não violenta: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais**. 5. ed. São Paulo: Ágora, 2021.

SAGRERA, Renato de Oliveira. Judiciário repassará mais R\$ 36,3 milhões para o combate aos efeitos causados pela pandemia na saúde pública. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**, 29 mar. 2021. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/noticia/judiciario-repassara-mais-r-363-milhoes-para-o-combate-aos-efeitos-causados-pela-pandemia-na-saude-publica/>. Acesso em: 11 nov. 2022.

SANCHES, Mariana. Brasil é 4º país que mais se afastou da democracia em 2020, diz relatório. In: **BBC News Brasil**. Washington, 12 abr. 2021. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-56724695>. Acesso em: 07 nov. 2022.

SANDEL, Michael J. **O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado**. 15. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2021.

SANTOS, Rafa. Dupla da 'lava jato' dá demonstração de força com votação no Paraná. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 2 out. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-out-02/dupla-lava-jato-demonstracao-forca-votacao-parana>. Acesso em: 7 nov. 2022.

SASSE, Cintia. Recordista em desigualdade, país estuda alternativas para ajudar os mais pobres. **Agência Senado**, Brasília, 12 mar. 2021. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2021/03/recordista-em-desigualdade-pais-estuda-alternativas-para-ajudar-os-mais-pobres>. Acesso em: 24 jan. 2022.

SCAFF, Fernando Facury. Independência do Judiciário e sua autonomia financeira no Brasil. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 24 maio 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-mai-24/contas-vista-independencia-judiciario-autonomia-financeira-brasil>. Acesso em: 11 nov. 2022.

SEIBEL, Erni J.; OLIVEIRA, Heloísa M. J. de. Clientelismo e seletividade: desafios às políticas sociais. **Revista de Ciências Humanas**, Florianópolis, EDUFSC, n. 39, p. 135-145, abr. 2006.

SIMÕES, Flávia. Comissão da AL-RS aprova Orçamento de 2023 com déficit de 3,8 bilhões. **Correio do Povo**, Porto Alegre, 24 nov. 2022. Disponível em: correiodopovo.com.br/noticias/politica/comissao-da-al-rs-aprova-orcamento-de-2023-com-deficit-de-3-8-bilhoes-1.928033. Acesso em: 24 nov. 2022.

SOUTO, Lígia. Um em cada cinco brasileiros não tem acesso à internet. **Repórter da Rádio Nacional**, Rio de Janeiro, 14 abr. 2021. Disponível em: agenciabrasil.ebc.com.br/radioagencia-nacional/geral/audio/2021-04/um-em-cada-cinco-brasileiros-nao-tem-acesso-internet-segundo-ibge. Acesso em: 24 nov. 2022.

SOUZA, Janine. Justiça em Números 2022: TJRS é destaque em transparência e produtividade. **Portal de Notícias do TJ/RS**, Porto Alegre, 1 set. 2022. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/novo/noticia/justica-em-numeros-2022-tjrs-se-destaca-em-transparencia-e-productividade/>. Acesso em: 22 nov. 2022.

SOUZA, Jessé. **A construção social da subcidadania**: para uma sociologia política da modernidade periférica. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2003. p. 41-61.

STEIN, Ernildo. **Pensar é pensar a diferença**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

STF exige roupa social para os visitantes em geral. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 3 dez. 2011. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2011-dez-03/stf-amplia-regra-vestimentas-aos-visitantes-geral-cria-constrangimento>. Acesso em: 09 nov. 2022.

STRECK, Lenio Luiz. Indefiro, indefiro, eu mando...vai estudar, advogado, para sentar aqui. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 24 jun. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-jun-24/lenio-streck-indefiro-indefiro-eu-mandovai-estudar-advogado>. Acesso em: 10 nov. 2022.

STRECK, Lenio Luiz. A efetividade dos Direitos fundamentais no Brasil: entre judicialização da política e ativismo judicial. In: TEIXEIRA, Anderson V.; FILHO, Gilberto G.; SIMÕES, Sandro A. de S. (Org.). **Supremacia constitucional e políticas públicas**: discutindo a discricionariedade administrativa na efetivação de Direitos fundamentais. Porto Alegre: Editora Fi, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**. 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020. p. 249-256.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica**: 50 verbetes da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 2. ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2020. p. 165-182.

STRECK, Lenio Luiz. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. **Espaço Jurídico Journal of Law**, v. 17, n. 3, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. Fundamentamos ou ornamentamos? Um velho/novo problema! **Consultor Jurídico**, São Paulo, 13 out. 2022. Disponível: conjur.com.br/2022-out-13/senso-incomum-fundamentamos-ou-ornamentamos-velhonovo-problema. Acesso: 14 jan. 2023.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. Legal Design explica sentença judicial e "facilita" tudo...! **Consultor Jurídico**, São Paulo, 20 maio 2021. Disponível em: conjur.com.br/2021-mai-20/senso-incomum-dr-legal-design-explica-sentenca-judicial-facilita-tudo. Acesso em: 22 nov. 2022.

STRECK, Lenio Luiz. O canibalismo da lei e Constituição: quando Nebraska vira Caneca. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 10 mar. 2016. Disponível: conjur.com.br/2016-mar-10/senso-incomum-canibalismo-lei-constituicao-quando-nebraska-vira-caneca. Acesso: 14 jan. 2023.

STRECK, Lenio Luiz. O STJ e o depoimento do réu delator: não há nulidade sem prejuízo? **Consultor Jurídico**, São Paulo, 21 set. 2020. Disponível em: conjur.com.br/2020-set-21/streck-eterno-retorno-questao-nao-nulidade-prejuizo. Acesso em: 3 jan. 2023.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso**. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, Jose Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria do estado**. 8. ed. rev. e atual. 3. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2019.

STRECK, Lenio Luiz; TASSINARI, Clarissa; OBACH LEPPER, Adriano, O problema do ativismo judicial: uma análise do caso MS3326, **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 5, n. 2, p. 51–61, 2015.

STRECK, Wolfgang. As crises do capitalismo democrático. **Novos estudos CEBRAP**, n. 92, p. 35-56, 2012.

STRECK, Wolfgang. **Tempo comprado**: a crise adiada do capitalismo democrático. São Paulo: Boitempo, 2018.

SUZUKI, Shin. Eleições 2022: bolsonarismo atrai 'Brasil profundo' que está cada vez mais distante da esquerda, dizem pesquisadores. **BBC News Brasil**, São Paulo, 4 out. 2022. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-63126644>. Acesso em: 7 nov. 2022.

TASSINARI, Clarissa. A autoridade simbólica do Supremo Tribunal Federal: elementos para compreender a supremacia judicial no Brasil. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 14, n. 2, p. 95-112, 2018.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial**: limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TASSINARI, Clarissa; Giancarlo Montagner Copelli. **Pensando o Populismo**: a partir de ensaios e perspectivas distintas. Blumenau: Editora Dom Modesto, 2021.

TASSINARI, Clarissa; Giancarlo Montagner Copelli. Populismo e ativismo judicial são rupturas institucionais de mesmo tipo. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 14 mar. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-14/diario-classe-populismo-ativismo-judicial-sao-rupturas-institucionais-mesmo-tipo>. Acesso em: 24 jan. 2023.

- TASSINARI, Clarissa. **Ativismo judicial**: uma análise da atuação do Judiciário nas experiências brasileira e norte-americana. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Unisinos, São Leopoldo, 2012.
- TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo Judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 37-58, jan./jun. 2012. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1808-24322012000100002>. Acesso: 10 mar. 2022.
- TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo Judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 37-58, jan./jun. 2012.
- TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO (1. REGIÃO). **Vivendo o trabalho subalterno**: as experiências de doze magistrados. 1. ed. Rio de Janeiro: TRT-1ª Região, 2018.
- VERISSIMO, Erico. **O continente**, vol. 1 e 2. 36ª ed. São Paulo: Globo, 2001.
- VESTING, Thomas. **Teoria do Direito**: Uma Introdução. São Paulo: Saraiva, 2015.
- WANG, Daniel *et al.* Os impactos da judicialização da saúde no município de São Paulo. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, n. 48, v. 5, p. 1191-1206, set./out. 2014.
- WANG, Daniel Wei Liang (Org.). **Constituição e política na democracia**: aproximações entre direito e ciência política. São Paulo: Marcial Pons, 2013.
- WANG, Daniel Wei Liang. Direitos sociais e a falácia do nirvana. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 21, n. 125, p. 482-513, out. 2019/jan. 2020.
- WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custo dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF. **Revista Direito GV**, São Paulo, n. 4, v. 2, p. 539-568, jul./dez. 2008.