

A BUSCA DE UM MODELO DE JUDICIÁRIO PARA AFRONTAR A CRISE DEMOCRÁTICA NO BRASIL¹

THE SEARCH FOR A JUDICIAL MODEL TO FACE THE DEMOCRATIC CRISIS IN BRAZIL

Gabrielle Tabares Fagundez²

Luana Renostro Heinen³

Andrey José Taffner Fraga⁴

Resumo: Diante dos ataques às instituições democráticas no Brasil contemporâneo, objetiva-se com esse artigo identificar qual o modelo de Poder Judiciário é mais adequado para que esse Poder faça frente a defesa da democracia. Para tanto, o trabalho se inicia com a discussão do que caracteriza o formalismo e o antiformalismo jurídico e faz a

¹ Artigo submetido em 09-04-2021 e aprovado em 09-03-2022.

² Doutoranda no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC. Bolsista CNPq. Mestre em Direito pela UFSC. Pesquisadora do Observatório de Justiça Ecológica - grupo de pesquisa cadastrado no CNPq. Desenvolve pesquisa nas áreas de Direito Ambiental, Direitos Humanos e Direito Animal.

³ Doutora em Direito na Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) e Professora Adjunto na UFSC.

⁴ Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Pós-graduado em Direito Público Constitucional e Administrativo pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI) e em Direito Empresarial e Tributário pela Faculdade INPG São José dos Campos. Atua como advogado tributarista.



análise da obra de dois autores com visões antagônicas sobre o modelo de Poder Judiciário. Conclui-se que um Poder Judiciário apegado ao cumprimento das regras é mais adequado para a defesa da democracia. O trabalho é desenvolvido pelo método de abordagem dedutivo, o procedimento monográfico e a técnica de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: 1. Judiciário; 2. Antiformalismo; 3. Formalismo.

Abstract: In view of the attacks on democratic institutions in contemporary Brazil, the objective of this article is to identify which model of Judiciary is most suitable for this Power to face the defense of democracy. To this end, the work begins with the discussion of what characterizes legal formalism and anti-formalism and analyze the work of two authors with antagonistic views on the model of Judiciary. It is concluded that a Judiciary attached to compliance with the rules is more suitable for the defense of democracy. The article is developed by the deductive approach method, the monographic procedure method and the bibliographic research technique.

Keywords: 1. Judiciary; 2. Antiformalism; 3. Formalism.

1. INTRODUÇÃO

O Brasil, como é de conhecimento público, tem enfrentado uma forte crise democrática nos tempos atuais, crise essa que se fundamenta principalmente no desgaste e no ataque às principais instituições republicanas. Nesse contexto, torna-se urgente analisar o papel exercido por um dos pilares da democracia, o Poder Judiciário, especialmente por conta do grande protagonismo que ele tem obtido nas disputas políticas.

O papel do Judiciário e os limites à ação dos juízes é objeto de análise na obra de muitos constitucionalistas. Buscando compreender os diferentes pontos de vista que o assunto comporta, o artigo focará em dois autores contemporâneos que possuem visões antagônicas quanto ao papel a ser exercido pelo Judiciário: Gustavo Zagrebelsky e Lênio Streck. O objetivo é verificar qual modelo seria mais adequado para que o Poder Judiciário pudesse fazer frente ao atual cenário de ataque aos institutos democráticos. A pergunta a ser respondida é: tendo em vista o atual cenário brasileiro de forte contestação e ataque aos institutos democráticos, qual modelo de Judiciário seria o mais adequado para fazer frente a tal situação, o de Streck ou o de Zagrebelsky? A hipótese é a de que, em um momento de crise institucional aguda, com sérios riscos para todo o sistema democrático, a visão de um Judiciário mais formalista e fiel aos preceitos da Carta Magna seja mais adequada para garantir a continuidade do sistema democrático. Tal hipótese se aplica à experiência brasileira e leva em consideração o fato de o país contar com uma



carta constitucional republicana e democrática, que tem como fundamento a justiça social e a interdependência entre os poderes.

Para se desenvolver a pesquisa e análise proposta, será utilizado o método de abordagem dedutivo, o procedimento monográfico e a técnica de pesquisa bibliográfica. Serão estudados, inicialmente, alguns doutrinadores relevantes no campo dos estudos constitucionais contemporâneos para, na sequência, analisar especificamente as obras de Streck e Zagrebelsky, tendo em vista a posição que cada um ocupa nesse campo teórico. Por fim, com base em tais estudos, e levando em conta as vicissitudes brasileiras, será analisado qual modelo seria o mais adequado para o atual cenário de incertezas e ataques a instituições republicanas.

2. O FORMALISMO JURÍDICO E O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA APLICAÇÃO DAS LEIS

Um dos grandes antagonismos que se observam nas discussões constitucionais contemporâneas diz respeito aos embates entre “formalistas” e “antiformalistas”, entre a aplicação de regras ou de princípios.

O formalismo no Judiciário normalmente é visto como uma atuação atrelada aos preceitos estabelecidos. Frederick Schauer (2011, p. 66) menciona que no cerne da palavra formalismo, dentre os seus diversos usos, está o conceito da tomada de decisão conforme as regras. Retirar-se-ia, dessa forma, o alcance de certos elementos na tomada de decisão, os quais se não fosse pela filtragem ocorrida para que as regras adquiram sua "regridade", poderiam ser levados em consideração por um tomador de decisão mais sensível. De todo modo, para Schauer (2011, p. 66), quando se verifica todo o entrelaço entre formalismo, regras e linguagem, percebe-se que haveria muito a se dizer em sua defesa.

Em relação à conotação negativa do termo formalismo, José Rodrigo Rodriguez (2013, p. 101) menciona o seguinte:

Assim, para o senso comum dos juristas críticos, um formalista seria alguém que se propõe a resolver problemas complexos a partir de abstrações vazias, procedimento que oculta as peculiaridades dos casos concretos, resultando em decisões insensíveis à singularidade dos mesmos. Consequentemente, ainda de acordo com a caricatura, são formalistas aqueles que colocam a coerência e a completude do sistema jurídico acima de qualquer valor, deixando em segundo plano as consequências sociais das decisões que se deve tomar.

Conforme explica Brian Tamanaha (2011, p. 53), o formalismo sofreu duras críticas dos defensores do movimento do realismo jurídico. Tais críticas se dividem em duas linhas. Uma delas é a negação de que as normas jurídicas determinam as decisões judiciais. Assim, conforme os defensores dessa versão, os juízes chegam a decisões que subjetivamente preferem e depois trabalham para manipular as normas jurídicas para apoiar sua vontade. Já os realistas moderados afirmam que não são completamente céticos em relação às normas jurídicas, mas apenas em relação a determinadas alegações



irrealistas a respeito delas. Esses, ao contrário dos anteriores (céticos radicais), não negam que os juízes decidem os casos de acordo com as regras e não mencionam que as decisões sejam sempre moldadas pela preferência pessoal dos juízes.

Segundo Tamanaha (2011, p. 50), desde que a visão formalista de julgamento foi depreciada pelos Realistas Jurídicos, dúvidas permaneceram acerca da exatidão deste quadro, dúvidas exacerbadas pela disseminação de pontos de vista pós-modernos segundo os quais a formação e a subjetividade teriam um inevitável impacto sobre a percepção. Assim, as crenças, preconceitos, filosofias, valores, posicionamentos políticos e ideológicos dos magistrados afetariam o modo como eles se posicionam durante os julgamentos. O âmbito da vida privada dos magistrados, neste aspecto, teria forte impacto na sua função pública.

Herbert Hart (2009), nome constantemente associado ao formalismo jurídico, apresenta ainda outra visão nesse sentido: o direito seria um grande sistema de regras, algo como um hábito social. A discricionariedade do juiz apareceria somente quando não há regra a ser aplicada ao caso concreto.

Ronald Dworkin (2002), nome mais associado ao antiformalismo jurídico, alegou que seria uma visão extremamente pobre do Direito a concepção de que as decisões se dão apenas com base em regras. Ele se questiona justamente em quais momentos poderia o juiz decidir em desconformidade com as regras e em conformidade com “princípios”. Para o renomado constitucionalista, os princípios se fariam perceber nos casos difíceis (*hard cases*), casos esses que não se resolvem pela simples aplicação de regra. Ali, prevaleceria a aplicação de princípios. Apesar de existirem seríssimas advertências a essa linha, Dworkin pondera que esse caminho é muito mais promissor do que o positivismo, que conduz a um sistema de regras e de poder discricionário do juiz em caso de lacuna. O embate entre Hart e Dworkin é tido como um dos mais importantes do campo de estudos constitucionais contemporâneo.

Ainda sobre princípios e regras, outro renomado constitucionalista, Robert Alexy (2008, p. 98-99), menciona que haveria um diferente caráter *prima facie* de regras e princípios. Os princípios ordenariam que algo deve ser realizado em sua maior medida possível, tendo em conta as possibilidades jurídicas e fáticas. Deste modo, não possuiriam mandatos definitivos, mas somente *prima facie*. Um princípio não determinaria como deve resolver-se a relação entre uma razão e sua oposta. Os princípios não possuiriam conteúdo de determinação com respeito aos princípios contrapostos e as possibilidades fáticas. O caso das regras, por sua vez, seria completamente distinto, uma vez que essas exigiriam que se tenha exatamente aquilo que elas ordenam. Elas conteriam uma determinação no âmbito das possibilidades fáticas e jurídicas.

É perceptível, tomando por base algum dos mais renomados autores de Teoria do Direito da atualidade, que o debate quanto à aplicação de regras e/ou princípios, que muitas vezes se traduz no debate entre o formalismo e o antiformalismo jurídico, é um dos mais importantes debates da atualidade jurídica. Rodriguez (2012, p. 133) pondera que a identificação do conceito de segurança jurídica, conceito amplo que abrange a certeza do direito e a proteção contra mudanças retroativas, com a subsunção da norma



através de uma operação lógico-formal está associada à determinada visão da separação dos poderes, sendo esse veículo de certo conceito de Estado de Direito. Todavia, a Carta Magna abordou uma diversidade de temas (firmando princípios gerais inclusive), seguida pela legislação infraconstitucional igualmente aberta, o que torna irrazoável a ideia de se aplicar a interpretação lógico-formal para sua operação (RODRIGUEZ, 2012, p. 134-135). Ante este quadro, o autor faz uma provocação (2012, p. 136): dependendo do objeto regulado, um texto normativo aberto pode gerar mais segurança jurídica do que um texto normativo fechado. Isso porque em textos legislativos muito ricos em detalhes, nos quais constam regras específicas para uma enorme gama de situações, é quase sempre possível achar uma justificativa para todo tipo de atitude com fundamento em um texto normativo fechado qualquer.

Rodriguez (2012, p. 146) afirma, assim, que no lugar de um texto legal construído para suprimir o poder do juiz de modo a transformá-lo em um burocrata, pode-se fazer o uso refletido (a depender de cada problema regulado) de textos normativos abertos.

Tendo em vista essas premissas sobre o estado da arte dos estudos de direito constitucional (especificamente no que diz respeito ao formalismo x o anti-formalismo), passa-se para a análise dos dois constitucionalistas que, no entender dos autores, refletem esses dois posicionamentos distintos.

3. ANÁLISE QUANTO AO PAPEL DO JUDICIÁRIO

3.1 GUSTAVO ZAGREBELSKY

O renomado jurista e ex-magistrado da Corte Constitucional italiana, Gustavo Zagrebelsky, popularizou sua visão sobre o Direito na obra "*Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*" (mais conhecido no Brasil em sua tradução espanhola, "*El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*"). No referido livro, Zagrebelsky demonstra ser um crítico veemente do positivismo jurídico. Tal posicionamento encontra-se retratado já na primeira frase da obra "O que é verdadeiramente fundamental, pelo mero fato de sê-lo, nunca pode ser posto, mas sim pressuposto" (2011, p. 9). Com essa afirmação, o autor pretende asseverar que o conceito de Constituição de uma determinada sociedade possui mais relevância do que a Constituição positivada.

Conforme José Eduardo de Resende Chaves Júnior (2001, p. 92), Zagrebelsky apresenta uma posição construtivista, na qual o conceito de soberania estatal, característica do século XIX, dá espaço, na esfera jurídica, para a soberania da Constituição.

Nesse contexto, o que se busca é efetivar as condições de vida em comum em uma sociedade pluralista e multicultural, e tal efetivação somente poderia ocorrer se os princípios constitucionais se distanciarem de modelos rígidos. Dessa forma, Zagrebelsky introduz a imagem de "ductilidade constitucional" (2011, p. 14), uma concepção de uma dogmática fluída e pluralista.



O Estado Constitucional descrito pelo autor tem como pressuposto um esvaziamento da função liberal da lei, sendo o princípio da constitucionalidade que assume o papel de sistematizar e ajustar o conflito entre liberdade e autoridade (CHAVES JÚNIOR, 2001, p. 93).

A Constituição deve estar baseada em um conjunto variado de princípios e valores, para que não renuncie ao seu objetivo de unificação e integração e, ao mesmo tempo, não seja incompatível com sua base material pluralista. Essa coexistência exige que cada um dos valores e princípios não se apresente como valor absoluto, mas como valor compatível com aqueles outros com os quais deve conviver. O único valor absoluto, neste contexto, seria o dúplice valor do pluralismo e da lealdade em enfrentá-lo (ZAGREBELSKY, 2011, p. 14).

Partindo do pluralismo, Zagrebelsky (2011) pondera que não seria mais cabível a velha aversão à contradição entre princípios. Para ele, essa contradição seria uma constante da sociedade, e seria até mesmo desejável, frente aos muitos princípios que continuamente se chocam.

Interessante notar que a questão do pluralismo jurídico muitas vezes é associada aos territórios que vivenciaram o pós-colonialismo (América Latina, por exemplo), e que buscam maneiras de conciliar o seu direito ancestral com o direito constitucional herança do modelo europeu. Em artigo de Antônio Carlos Wolkmer, esse conceito é assim trabalhado (2013, p. 21):

O pluralismo no direito tende a demonstrar que o poder estatal não é a fonte única e exclusiva de todo o direito, abrindo escopo para uma produção e aplicação normativa centrada na força e na legitimidade de um complexo e difuso sistema de poderes, emanados dialeticamente da sociedade, de seus diversos sujeitos, grupos sociais, coletividades ou corpos intermediários.

Complementarmente, como explica António Manuel Hespanha (2003, p. 359), não se pode perder de vista que o pluralismo não é “um fenômeno exclusivo das sociedades pós-coloniais ou etnicamente plurais, encontrando-se antes em qualquer sociedade. Daí que o Direito e o seu saber seja, sempre e em qualquer caso, um <saber local>, dependente das estruturas mentais próprias de cada contexto da prática”.

Nesse contexto deve ser entendido o pluralismo trabalhado por Zagrebelsky. Na sociedade contemporânea, não seria mais possível encarar o direito como mero mediador de arbítrios, ou como acordo entre arbítrios. Ele seria uma salvaguarda de interesses materiais não disponíveis. Existiria uma exigência de justiça geral que estaria acima das vontades individuais. Justamente essa precisaria ser salvaguardada. Afinal, regras normalmente são tidas por normas legislativas em geral, enquanto os princípios decorreriam da Constituição. Como o direito não é algo que se aplica sozinho, como não existe apenas uma resposta correta para cada caso, é necessária a atividade jurisdicional para melhor aplicar os princípios.

Nesse aspecto, Zagrebelsky (2011, p. 123) menciona que é oportuna a contraposição entre *scientia juris* e *juris prudentia*. Segundo o autor, a primeira se caracteriza pela racionalidade formal, a segunda pela racionalidade material. Enquanto o



critério que preside a primeira é a oposição qualitativa verdadeiro-falso, tudo-nada, o que preside a segunda é uma progressão quantitativa que vai desde o menos ao mais apropriado, desde o menos ao mais oportuno. São duas mentalidades contrapostas. Na linguagem atual, essa atenção ao possível na realização dos princípios se denomina razoabilidade, uma expressão empregada para se referir ao que originalmente se conhecia como prudência.

Ainda conforme Zagrebelsky, a *scientia e prudentia* expressam também uma sucessão de grandes épocas do direito. A ciência seria a contribuição do racionalismo que caracteriza o mundo moderno, enquanto a prudência é a expressão de uma racionalidade material orientada a valores que entrou em decadência por ser incompatível com o processo de progressiva formalização do direito moderno (ZAGREBELSKY, 2011, p. 123).

De mais a mais, sendo a dimensão do direito por princípios a mais factível para a sobrevivência de uma sociedade pluralista, cuja principal característica é o constante reequilíbrio através de transações de valores, conforme assevera Zagrebelsky (2011), é certo que a importância da atividade jurisdicional irá se sobrepôr de maneira bastante evidente.

Com efeito, caberá ao juiz fazer constantemente a leitura da sociedade para aplicar o melhor princípio a cada caso (eis que o único princípio absoluto é a pluralidade).

Dada a imensa complexidade dos conflitos correntes, a certeza não é mais desejada. O arbítrio dos juízes é somente consequência de uma certa concepção do fenômeno jurídico. Nas palavras de Chaves Júnior (2001, p. 95), a razoabilidade passa de requisito subjetivo do jurista para ser objetivada no próprio ordenamento jurídico.

Zagrebelsky defende a necessidade de uma dogmática jurídica que seja "fluída" ou líquida", na qual os elementos do direito constitucional da atual época estejam agrupados em uma construção não rígida e que dê espaço às combinações que derivam da política constitucional. A metáfora utilizada por Zagrebelsky (2011, p. 17) é a de que a dogmática constitucional deve ser como o líquido em que as substâncias (os conceitos) são derramadas. Esses conceitos, apesar de dispostos juntos no mesmo líquido, mantêm a sua individualidade e coexistem sem haver choques destrutivos.

Para Zagrebelsky (2011, p. 17), o único conteúdo sólido de uma Constituição pluralista que deve ser defendido fortemente pela ciência jurídica é a pluralidade de valores e princípios. Nesse sentido, os homens e os juristas de caráter inflexível iriam de encontro aos valores vigentes. Tais indivíduos representariam um potencial risco de autoritarismo e inconstitucionalidade (ZAGREBELSKY, 2011, p. 18).

Percebe-se que, para o referido autor, os juízes têm um grande papel a desempenhar em uma sociedade plural "regida" por princípios conflitantes, onde apenas um seria supremo: o do pluralismo.

3.2 LÊNIO STRECK



A obra de Lenio Streck ganhou relevo no plano nacional e, muitas vezes, é associada ao mais ferrenho formalismo jurídico.

É justamente por conta dessa posição adotada por Streck que se entende pertinente uma comparação com a posição de Zagrebelsky. Tratam-se, com efeito, de juristas/constitucionalistas de renome com visões diferentes quanto ao papel do juiz e do Poder Judiciário como um todo.

Lênio Streck defende, há muito tempo, um controle forte da discricionariedade do juiz. São famosas e conhecidas as suas colunas (vide, por exemplo, a coluna semanal “Senso Incomum”, no site conjur.com.br) e o seus muitos artigos que militam em prol do respeito às leis promulgadas pelo Parlamento e de um controle a ser exercido sobre o Judiciário. Para o referido jurista, as limitações e o controle sobre a decisão judicial são questões centrais para as democracias constitucionais, pois seria na decisão que a lei passaria a ser aplicada no cotidiano da população.

Lênio pondera que a impossibilidade de se criar um método que imponha a “correção” às decisões judiciais não pode servir como salvo-conduto para a discricionariedade judicial. Ainda nesse sentido, o poder conferido aos magistrados para agir nas “zonas de incertezas” (ou nos *hard cases*) não pode ser confundido com arbitrariedade. Com efeito, a liberdade de escolha do intérprete (do juiz) muitas vezes acaba se convertendo em um poder de escolha que não lhe é dado pelo sistema jurídico.

Conforme pontua Streck (2013, p. 82):

Um dos argumentos pragmatistas (visto que seu ceticismo rejeita pretensões não estratégicas), nas suas diversas vertentes, é o de que o direito deve ser visto essencialmente como indefinido, no que – e essa questão assume relevância no contexto da inefetividade da Constituição Brasileira – tais posturas se aproximam, perigosamente, das diversas matrizes positivistas (teorias semânticas em geral), que continuam a apostar em elevados graus de discricionariedade na interpretação do direito. (...) se a grande conquista do século XX foi o alcance de um direito transformador das relações sociais, a esta altura da história é um retrocesso reforçar/acentrar formas de exercício de poder fundados na possibilidade de atribuição de sentidos de forma discricionária, circunstância que conduz, inexoravelmente, às arbitrariedades, soçobrando, com isso, a própria Constituição.

Em suma, percebe-se que para Streck, é importante a construção de uma hermenêutica e de uma teoria da decisão que possibilitem o controle do ato de decidir dos magistrados. Sem isso, toda a autonomia do Direito (duramente conquistada) ficaria à mercê de considerações morais, econômicas, dentre outras, a serem arguidas pelos magistrados.

Para defender a sua visão no sentido de que a decisão judicial deve estar fortemente vinculada ao sistema preestabelecido (afastando discricionariedades individuais), Streck faz uma incursão pelas teorias da hermenêutica e da linguística, para chegar ao atual estado de arte: na metafísica clássica, buscava-se o sentido nas próprias coisas, entendia-se que existia uma essência nas coisas. Assim, a metafísica era entendida



como a doutrina que estuda os caracteres fundamentais do ser. Tratar-se-ia de um saber que precederia todos os demais, seria o fundamento de validade de todos os demais (2010, p. 13).

Essa linha de raciocínio foi quebrada principalmente a partir de Guilherme de Ockham, que desenvolveu o nominalismo. Para ele, não existiria uma essência nas coisas. É o trabalhar com os nomes e palavras que faria com que elas passassem a ter alguma relação com o objeto (2010, p. 13).

A quebra de paradigma ocorre definitivamente com o iluminismo: não se busca mais o essencialismo das coisas, é o homem quem determina as estruturas, ao invés de se sujeitar a elas. É a partir desse raciocínio que se propicia o surgimento do Estado moderno.

Essa nova fase de superação, Streck aponta, se denomina “giro linguístico” (2010, p. 14): é a invasão da filosofia pela linguística, liberando a filosofia do “*fundamentum da essencialidade*”.

Dentro desta nova perspectiva, “mesmo que o elemento lógico explicativo se apresente de modo como se apresenta nas teorias analíticas, isto é, de modo único, determinante e autônomo, portanto, dispensando o mundo vivido, *ele já sempre está operando com uma estrutura de sentido que se antecipa ao discurso e representa a sua própria condição de possibilidade*” (STRECK, 2010, p. 16). “Não há mais um sujeito solitário; agora há uma comunidade que antecipa qualquer constituição do sujeito” (STRECK, 2010, p. 17).

E é inserida neste grande contexto que surge a principal crítica de Streck: o juiz não pode se comportar como alguém que deve satisfação apenas à sua consciência, que pode agir de forma autônoma e independente das demais estrutura linguísticas sociais nas quais está inserido. Enfim, o juiz, ao realizar a árdua tarefa de decidir, tem o dever de colocar a sua sentença dentro da estrutura que lhe é prévia, não lhe sendo lícito agir como se tal estrutura não existisse.

Nesse aspecto, a “colocação de sentido” não pode ser toda deslocada para o juiz, pondera Streck (2010, p. 16), pois isso significaria o retorno ao indivíduo que constrói o seu próprio sentido, em plena era do “predomínio da linguagem”.

Streck aponta o que poderia ser tida como uma tendência contemporânea de enxergar nos juízes aqueles que irão efetivar os direitos e a justiça, em detrimento da simples “letra fria da lei”. Essa tendência, explica Streck (2010, p. 20), seria oriunda de uma má interpretação do sistema judiciário alemão. Naquele país, cuja lei fundamental foi outorgada pelos aliados pós segunda guerra, foi natural que os tribunais desenvolvessem mecanismos para reconhecer e efetivar direitos muitas vezes não contemplados pela lei escrita. No Brasil, e em outros países, todavia, essa interpretação não faz qualquer sentido.

Streck arremata: “em regimes e sistemas jurídicos democráticos não há (mais) espaço para que a ‘convicção pessoal do juiz’ seja ‘critério’ para resolver indeterminações da lei, enfim, os ‘casos difíceis’” (2010, p. 54)



Dito tudo isso, necessário analisar, por fim, quando, e se, na teoria de Streck, poderia um juiz tomar uma decisão não necessariamente respaldada em lei. Em caso mais extremo, se ele poderia mesmo afastar a aplicação de determinada lei.

Lenio Streck desenvolve esse assunto ao longo de muitos de seus artigos e colunas em sites, e especialmente no livro “Jurisdição Constitucional e decisão jurídica” (2015). Em artigo publicado no site CONJUR – Revista Consultor Jurídico (2013), essa questão vem assim resumida:

[...] uma lei votada pelo Parlamento só pode deixar de ser aplicada em seis hipóteses: a) se for inconstitucional, b) se for possível uma interpretação conforme a Constituição, c) se for o caso de nulidade parcial sem redução de texto, d) no caso de uma inconstitucionalidade parcial com redução de texto, e) se se estiver em face de resolução de antinomias e f) no caso do confronto entre regra e princípio (com as ressalvas hermenêuticas no que tange ao pamprincipiologismo). Fora disso, estar-se-á em face de ativismos, decisionismos ou coisa do gênero.

A alínea “f”, acima, é caso mais delicado dentro da teoria da decisão elaborada por Lenio Streck. Ali, o autor tem o cuidado de estabelecer vários quesitos a serem atendidos (2017, p. 258-259). A começar, exige-se da comunidade jurídica a observância e aplicação dos mesmos princípios para os mesmos casos, de modo a manter uma coesão nas decisões. Ademais, não é qualquer princípio vago e descolado do texto constitucional que pode afastar a aplicação de uma norma. Apenas os princípios extraídos de forma clara e coesa da Constituição. Esses princípios devidamente extraídos da Constituição dão conteúdo às normas, e justamente por isso devem prevalecer em caso de conflito.

Percebe-se que essa última hipótese é que a mais aproxima Streck de outros constitucionalistas que, como Zagrebelsky, entendem que cabe um papel mais proativo ao juiz.

Todavia, as semelhanças são apenas superficiais. Quando se analisa a doutrina de Zagrebelsky, e aquela de Streck, percebe-se nesta última um rígido controle de como deve agir o juiz ao aplicar um princípio em detrimento de regra.

4. JUDICIÁRIO EM TEMPOS DE CRISE

Os muitos debates sobre o modelo mais adequado para o Judiciário de cada país, além da necessária consideração quanto a questões culturais e históricas, devem também levar em conta os desafios contemporâneos de cada nação.

O sistema democrático brasileiro já vivenciou muitas crises e percalços graves em sua história e, lamentavelmente, o momento atual é de nova crise. Com efeito, o poder executivo, com todas as prerrogativas típicas do modelo presidencialista, tem prestigiado atos que atentam violentamente contra os demais poderes. Em matéria de 03 de maio de 2020, o jornal “Folha de São Paulo” (FERNANDES, 2020) noticia o apoio do presidente a manifestação que pedia o fechamento do Congresso Nacional e do Supremo Tribunal Federal. De outro lado, verifica-se um contentamento baixíssimo da população em



relação ao Parlamento: apenas 18% estariam satisfeitos, segundo pesquisa noticiada pela revista Carta Capital (2020).

Com um dos poderes eleitos prestigiando atos que atentam contra a democracia, e outro contando com baixo respaldo popular, cabe voltar o olhar para o único dos três poderes que não se submete à sistemática do voto popular para verificar qual o papel que ele poderia (deveria) exercer frente a esta crise.

Para empreender tal análise, partiu-se de dois teóricos que representam visões diferentes quanto ao papel do Judiciário em uma democracia: enquanto Streck vê o Judiciário como um poder estritamente vinculado ao sistema jurídico do qual faz parte (o que, conseqüentemente, o obriga a observar a coerência, dentre outras regras), Zagrebelsky enxerga no Judiciário um poder para a realização de direitos, o que lhe confere maior liberdade para decidir o caso concreto sem as amarras institucionais e mesmo políticas.

A visão de um Judiciário mais proativo conta com adeptos nas mais altas cortes. O Ministro Ricardo Lewandowski, do STF, por exemplo, publicou um artigo (2009) no qual defende, em suma, o seguinte: o século XIX teria sido o século do Poder Legislativo: naquela ocasião, onde o ritmo da vida seria mais lento, as decisões poderiam ser tomadas dentro dos grandes colegiados, nos quais a burguesia triunfante faria valer os seus pontos de vista após longas deliberações. O século XX, por sua vez, teria sido o século do Poder Executivo, pois teria sido um século que exigia respostas rápidas, que teria visto acontecer muitos conflitos e revoluções, o que teria feito o poder se concentrar em seu dirigente máximo. Por fim, o século XXI seria o século do Poder Judiciário. Nesse século, em que tanto o Poder Legislativo, quanto o Executivo, encontrar-se-iam enredados em problemas, seria o Poder Judiciário a se sobressair, cuja principal atribuição “muito mais do que resolver problemas intersubjetivos, conflitos interindividuais, é ter o papel fundamental de dar concreção, dar efetividade aos direitos fundamentais, direitos estes compreendidos evidentemente, em suas várias gerações, como patrimônio da humanidade”. (2009, p. 78)

Na conclusão do referido artigo, Lewandowski vai além, e sugere que o próprio sistema de pesos e contrapesos poderia estar superado, o que daria abertura a “um novo sistema político institucional” (o qual, pode-se deduzir, teria o Judiciário na dianteira):

Encerrando, quero dizer que é possível que estejamos diante de uma crise, uma crise institucional, em que talvez o tradicional sistema de *checks and balances*, de freios e contrapesos, idealizado por Montesquieu, no século XVIII, e pelos constituintes americanos em 1787, esteja superado. Mas me permitam trazer uma velha imagem. A palavra crise, quando escrita em chinês, traduz-se em dois ideogramas: um deles é o perigo; o outro é a oportunidade. Talvez mais por uma situação de perigo, estejamos diante de uma oportunidade para repensarmos o sistema político institucional brasileiro. (2009, p. 85)

Ou seja, o modo de atuação do poder Judiciário, seja por uma via formalista, ou antiformalista, é motivo de constantes querelas, e cumpre aos juristas uma tomada de posição quanto ao assunto.



Como já mencionado, o Brasil vivencia um momento de forte contestação e ataques ao sistema democrático, sendo que tais ataques partem não apenas de parte da população, mas do próprio núcleo do poder. Naturalmente, não se chegou a esse “estado da arte” por acidente. Há algum tempo se observa uma constante e incessante corrosão do tecido democrático, inclusive com clara atuação do Judiciário em prol de agendas políticas. Caso emblemático e recente envolveu as ADCs 43 e 44, que tratam da possibilidade de executar pena privativa de liberdade antes do trânsito em julgado. Apesar de o Ministro relator das referidas ações ter concluído seu voto e solicitado a inclusão do processo em pauta para julgamento em dezembro de 2017, a presidência do Supremo Tribunal Federal recusou-se a incluir tal processo em pauta por entender que o possível resultado desse julgamento poderia favorecer determinada corrente política (RECONDO e WEBER, 2019, p. 320). Trata-se apenas de um caso, a exemplo de tantos outros, onde o órgão máximo do Judiciário agiu pautado por interesses políticos, tentando atender ao “clamor das ruas”.

Atitudes como essas, porém, não se legitimam pela Constituição ou pelo sistema jurídico no qual a Corte se insere.

O Poder Judiciário, dentre os três poderes, é o único não legitimado pelo voto. A legitimidade do Judiciário advém das prerrogativas constitucionais, no caso brasileiro, de uma Constituição elaborada em ambiente democrático (Constituição essa que deu à Corte Suprema a nobre função de “guarda da constituição” – art. 102). É muito sério o risco de ruptura quando o Judiciário se propõe a ouvir a voz das ruas, especialmente em momentos de grande radicalização e riscos institucionais. A tentativa de fazer a leitura da sociedade e proferir decisões que vão ao encontro dessa leitura, em situações como a vivenciada atualmente pelo Brasil, parece servir apenas para dar pretexto ao grupo “não agraciado” por tal leitura de buscar, com mais força, a ruptura institucional, rumo ao autoritarismo.

Ademais, a voz das ruas, do povo em geral, é algo a ser buscado, eminentemente, pelo Poder Legislativo, cuja pluralidade representada pelo voto popular tem como principal objetivo atender às demandas da população, aprovando leis que coloquem o aparato legal e administrativo brasileiro em sintonia com os anseios dessa população.

Nesse sentido, são também certas as colocações de Tamanaha. Segundo referido autor (TAMANHA, 2011, p. 63), a grande ameaça ao estado de direito não viria da visão de que os juízes não seriam capazes de tomar decisões objetivas; pelo contrário, a ameaça viria do fato de os juízes acreditarem que isso não possa ser feito. Tamanaha condescende com a visão de que os juízes de fato enxergam as regras jurídicas a partir de suas preferências pessoais (2011, p. 57). No entanto, eles também veem a lei através da tradição jurídica e das convenções segundo as quais foram doutrinados, de modo que, caso algum juiz aplicasse determinada norma de modo a desfigurá-la, ele ficaria sujeito a ser repreendido por seus pares. Enfim, a comunidade jurídica na qual ele está inserido se encarregaria de embará-lo por alguma eventual distorção por ele criada no sistema legal/jurídico (TAMANHA, 2011, p. 57).

Entende-se que, em situações como a vivenciada atualmente no Brasil, para evitar maior desgaste institucional, o caminho mais adequado seria o de uma atuação formalista



do Judiciário, cujas decisões devam necessariamente estar fortemente vinculadas a todo o esquema jurídico nacional. Como visto, o formalismo jurídico não afasta a aplicação de princípios, nem coaduna a atuação do Juiz a um script pronto, do qual ele não possa escapar. Trata-se, muito além disso, da imperiosa necessidade de o Juiz se atentar ao sistema jurídico no qual ele está inserido, para que as suas decisões não destruam o sistema de freios e contrapesos que regem as democracias, e para que sua atuação possa ser avaliada estritamente com base nas prerrogativas constitucionais que a Carta lhe concede. Do contrário, o Poder Judiciário, ao invés de ser o órgão isento e distante, responsável pela aplicação segura do texto constitucional mesmo ante o pior dos acirramentos, torna-se mais um ator político a tomar partido e inflar a crise.

Reitera-se: a análise em questão leva em consideração a atual situação vivenciada pelo Brasil, e certamente poderia ser diferente caso se atravessasse um momento de tranquilidade institucional.

5. REFLEXÕES FINAIS

Os constitucionalistas contemporâneos se debruçam constantemente sobre questões que envolvem o formalismo e ao anti-formalismo, e sobre qual o papel do Poder Judiciário ante esses diferentes cenários. Desses doutrinadores, foram pinçados dois que parecem representar os modelos antagônicos mais evidentes: Zagrebelsky e Streck.

Zagrebelsky entende, em brevíssima síntese, que os conceitos de Estado soberano estariam superados, e que deveriam ser, daqui em diante, levados em consideração os conceitos de Estado plural. Essa Estado admitiria como único dogma constitucional a pluralidade de direitos. Nessa sociedade, imersa no grande emaranhado de direitos conflitantes, de grupos conflitantes, seria o Judiciário o órgão apto a ler o fenômeno social e a aplicar o direito de acordo com os princípios da sociedade em questão. Nesse sistema, enxerga-se o juiz como alguém um tanto acima dos demais poderes, pois cabe a ele, em última instância, ponderar sobre o que está, ou não, de acordo com os princípios da sociedade.

Streck, por sua vez, até admite que o juiz pode deixar de aplicar uma norma caso ela entre em conflito com um princípio, porém, essa possibilidade é seguida de uma série de amarras, o que obriga o juiz a ter uma total coerência com aquilo que é desenvolvido pela comunidade jurídica, e também com aquilo que pode se denominar de sistema jurídico normativo do país. Para Streck, é impensável que em uma democracia se outorgue a um juiz a possibilidade de decidir livremente com base em princípios. É necessário que a decisão do juiz seja controlável, isto é, que esteja de acordo com os parâmetros jurídicos e normativos do país, para que a atividade jurisdicional não se torne arbitrária.

Desses modelos, considerando-se o cenário brasileiro de forte contestação do modelo democrático, entende-se que o Judiciário deveria adotar uma postura um tanto mais formalista, para que suas decisões estejam sempre ancoradas no sistema jurídico e encontrem respaldo dentro dos preceitos previamente estabelecidos, especialmente na



Constituição Federal. Dessa forma, o Judiciário terá a atuação sóbria e isenta, necessária para que o país atravesse a crise sem uma ruptura institucional. Do contrário, caso o Judiciário insista em agir com base em “clamores”, ou tomando algum partido, estará colaborando para o acirramento da crise e, em última instância, estará legitimando a ruptura por parte do grupo político não agraciado pela leitura e pelas decisões do momento.

Essa conclusão, como reiterado acima, deve ser considerada eminentemente em vista do atual cenário brasileiro: um país republicano, em cuja base está uma Constituição democrática e pluralista, que atravessa uma severa crise política. Entende-se que, neste cenário, um Judiciário isento, desinteressado, afastado de posicionamentos políticos e buscando amparo nas prerrogativas constitucionais poderá ser um importante bastião em prol da democracia e contra o autoritarismo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad: Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico: lições de Filosofia do Direito**. São Paulo: Ícone, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

CARTA CAPITAL. Popularidade de Bolsonaro cai e do Congresso aumenta, revela pesquisa. Revista Carta Capital. São Paulo/SP. Acesso em 24/05/2020. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/politica/popularidade-de-bolsonaro-cai-e-do-congresso-aumenta-revela-pesquisa/>.

DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político**. São Paulo: Método, 2006.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

HEINEN, L. R.; LAURINDO, M.M. A constitucionalização e a refundação da Teoria do Direito: novos dilemas. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, v. 42, n. 3, p. 11-34, 19 jan. 2019. Disponível em: <https://www.revistas.ufg.br/revfd/article/view/51239>.



CHAVES JÚNIOR, José Eduardo de Resende. O direito "dúctil" de Gustavo Zagrebelsky: flexibilidade exegética ou misticismo judiciário? **Revista do Tribunal Regional do Trabalho 3.^a Região**, Belo Horizonte, v. 33, n. 63, p. 91-99, jan./jun. 2001. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/73031/2001_junior_jose_direito_ductil.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 25 nov. 2019

FERNANDES, Talita. Bolsonaro volta a apoiar ato contra STF e Congresso e diz que Forças Armadas estão 'ao lado do povo'. Jornal "Folha de São Paulo". São Paulo/SP. Acesso em 24/05/2020, disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2020/05/ato-pro-bolsonaro-em-brasilia-tem-carreata-e-xingamentos-a-moro-stf-e-congresso.shtml>.

HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia**. Nem Martins: Europa América, 2003.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. **O protagonismo do Poder Judiciário na era dos direitos**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 251, p. 77-85, mai. 2009. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/7529>. Acesso em: 22 Nov. 2019.

RECONDO, Felipe; WEBER, Luiz. **Os onze: o STF, seus bastidores e suas crises**. São Paulo: Cia das Letras, 2019.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Zonas de Autarquia nas decisões jurisdicionais: Estado de Direito, indeterminação e democracia, In: VILHENA, Oscar Vieira; DIMOULIS, Dimitri. **O Estado de Direito e os Desafios do Desenvolvimento**, São Paulo: Saraiva, 2011, p. 287-314.

RODRIGUEZ, Jose Rodrigo. **Por um Novo Conceito de Segurança Jurídica: Racionalidade Jurisdicional e Estratégias Legislativas**. Análise e direito, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Sa o Paulo: Marcial Pons, p. 129-152, dez. 2012.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013.

SCHAUER, Frederick. Formalismo. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). **A justificação do formalismo jurídico: textos em debate**. São Paulo: Saraiva, 2011.



STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e princípios da interpretação constitucional. In. CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; ____ (Coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 75-90.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

STRECK, Lenio Luiz. **Por que tanto se descumpre a lei e ninguém faz nada?** Revista Consultor Jurídico, 14 nov. 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-nov-14/senso-incomum-tanto-descumpre-lei-ninguem-faz-nada>. Acesso em: 14/06/2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Resposta adequada à Constituição** (resposta correta). Dicionário de Hermenêutica: Quarenta temas fundamentais da teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2017.

TAMANAH, Brian. Como uma visão instrumental do direito corrói o Estado de Direito. In: RODRIGUEZ, José Rodrigo (Org.). **A justificação do formalismo jurídico**: textos em debate. São Paulo: Saraiva, 2011.

TROPER, Michel. Uma teoria realista da interpretação. **Revista Opinião Jurídica** (Fortaleza), v. 4, n. 8, 2006, p. 280-300, Disponível em: <https://periodicos.unichristus.edu.br/opiniaojuridica/article/view/2026>. Acesso em: 14/06/2020.

WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo crítico e perspectivas para um novo constitucionalismo na América Latina. In.: WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Petters (org.). **Constitucionalismo latino-americano**: tendências contemporâneas. Curitiba: Juruá, 2013.

ZAGREBELSKY, G. **El derecho ductil**. Ley, derechos y justicia. 10ª ed. Tradução para o espanhol: Marina Gascón. Madrid: Trotta, 2011.

