

# PANCONSTITUCIONALISMO, DEMOCRACIA E JURISTOCRACIA

## PANCONSTITUCIONALISM, DEMOCRACY AND JURISTOCRACY

Ricardo Peake Braga<sup>1</sup>

**Resumo:** O abuso no uso dos princípios para a interpretação constitucional levou a uma constitucionalização de todos os aspectos da vida e, por consequência, num aumento de poder das cortes constitucionais e perda de poder dos Poderes Legislativos e Executivos, com grave ameaça à democracia e à liberdade.

**Palavras-chave:** Constituição. Democracia. Ativismo Judicial. Liberdade. Separação de Poderes. Sistema Político.

**Summary:** *The abuse in the use of principles for constitutional interpretation has led to a “constitutionalization” of all aspects of life and, by consequence, to an increase in the power of constitutional courts and decrease in the Legislatives and Executives powers, with serious threat to democracy and freedom.*

**Key words:** *Constitution. Democracy. Judicial Activism. Freedom. Separation of Powers. Political System.*

---

1- Advogado. Conselheiro do IASP (Instituto dos Advogados de São Paulo). Conselheiro do Conselho de Relações de Trabalho da FIESP. Membro do Conselho Jurídico do Sinduscon/SP.

# 1 PANCONSTITUCIONALISMO - A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DA VIDA

## 1.1 CONSTITUCIONALISMO

Em 1215 o rei inglês João Sem Terra edita a Magna Carta, limitando seus próprios poderes para garantir direitos e liberdades a seus súditos. Quando, em 1767, o Parlamento inglês afirmou o princípio da soberania parlamentar ilimitada e ilimitável, habitantes das colônias americanas reagiram com horror<sup>2</sup> ao que consideraram uma traição à Magna Carta e à liberdade anglo-saxônica. Estava lançada a semente do constitucionalismo americano, que Hayek chamou de “a contribuição americana”<sup>3</sup> à defesa da liberdade.

A Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 previu, em seu artigo 16: “Toda a sociedade na qual a garantia dos direitos não está assegurada, nem determinada a separação dos poderes, não tem Constituição”.

Nesse mesmo ano entrou em vigor a Constituição dos Estados Unidos, que inspirou inúmeras constituições por todo o mundo e moldou o conceito de constitucionalismo, assim entendido como uma forma de organização política e jurídica dos Estados centrada nas seguintes características, dentre outras:

- Soberania popular, isto é, o povo como titular do poder político<sup>4</sup>;
- Limitação e divisão de poderes estatais;
- Igualdade jurídica entre os indivíduos;
- Liberdades individuais.

Indissociável do constitucionalismo é a separação de poderes, já mencionada por Montesquieu<sup>5</sup> em 1748 como necessária à liberdade.

E o grande instrumento que incorporou alguns dos conceitos básicos do constitucionalismo clássico, como soberania popular, limitação de poderes estatais e liberdade individual, é o chamado Princípio da Legalidade. Esse princípio será objeto do Capítulo II abaixo. Não obstante, convém, desde logo, dizer que, na Constituição brasileira de 1988, está ele consagrado no artigo 5º, inciso II, “*verbis*”:

Art. 5º, II – Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei.

## 1.2 NEOCONSTITUCIONALISMO E PANCONSTITUCIONALISMO

A partir de meados do século XX, avançou uma corrente doutrinária denominada neoconstitucionalismo<sup>6</sup>, cujo conteúdo é um “ideário difuso”, mas que claramente foca na prevalência dos princípios sobre as regras, na busca da efetivação de uma “sociedade justa”<sup>7</sup> e vê a Constituição como um “programa

2- HAYEK, Friedrich A. Os Fundamentos da Liberdade. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1983, p. 205.

3- HAYEK, *ibidem*.

4- TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. Curso de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 446.

5- MONTESQUIEU. The Spirit of Laws, Chicago: William Benton, Publisher - Encyclopaedia Britannica, Inc., 1952, p.69.

6- Para uma análise do conteúdo e fragilidade conceitual do “neoconstitucionalismo”, FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Notas sobre o Direito Constitucional Moderno, em particular sobre certo neoconstitucionalismo à brasileira. In: Revista de Direito Administrativo n. 250, jan./abr. 2009.

7- CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. Reimp. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p.22. Canotilho, em 2001, no famoso Prefácio à 2. Ed. da obra acima citada, reviu parcialmente suas posições, afirmando que “as constituições dirigentes, entendidas como constituições programático-estatais não padecem apenas de um pecado original – o da má utopia do sujeito projectante. Como dissemos, elas ergueram o estado a ‘homem de direção’ exclusiva ou quase exclusiva da sociedade e converteram o direito em instrumento funcional dessa direção”.

constitucional<sup>8</sup> obrigatório, a ser cumprido pelo governo de plantão, radicalizando a ideia de supremacia da Constituição e esvaziando o campo de discricionariedade e decisão dos poderes legislativos e executivo. Essa visão de mundo, de característica racionalista-utópica<sup>9</sup>, torna-se então, para muitos juristas, “a utopia que nos restou. Uma fé racional que ajuda a acreditar no bem e na justiça, ainda que não estejam ao alcance dos olhos”<sup>10</sup>.

Paralelamente, o advento de textos constitucionais extensos, analíticos e povoados por inúmeros princípios, de maior ou menor densidade normativa<sup>11</sup>, resultaram numa “panconstitucionalização da vida da comunidade”<sup>12</sup>, em que todos os aspectos da vida estariam, de algum modo, abrangidos pela Constituição<sup>13</sup>.

Exemplo dessa panconstitucionalização é a expressão, já utilizada pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro, de “estado de coisas inconstitucional”<sup>14</sup>, a justificar a intervenção da corte constitucional sobre situações que não sejam aquelas idealizadas na utopia sonhada pela Constituição.

Nesse cenário, os tribunais constitucionais rapidamente assumiram posição de supremacia, pois, se a Constituição é suprema, supremo será quem tem o poder de dizer seu alcance e significado<sup>15</sup>. Na prática, em muitos países, entre eles o Brasil, deixou de haver “limitações extrajurídicas à atuação dos magistrados, que somente estariam atrelados aos seus fins de concretização da ordem jurídica, sem qualquer tipo de pressão externa”<sup>16</sup>.

Como alerta Abboud<sup>17</sup>,

O estado de coisas inconstitucional pode, de fato, proporcionar uma carta em branco para o Judiciário [...]. [...] Do mesmo modo, o estado de coisas inconstitucional confere subterfúgio decisório para que o STF adentre em qualquer matéria, ainda que não haja previsão no texto constitucional para tanto. Nesse contexto, caminharíamos para uma aniquilação do princípio da separação de poderes [...].

Note-se que esse panconstitucionalismo prescinde até de referências ao texto constitucional, na medida em que o tribunal constitucional pode basear-se em “fundamentos constitucionais anteriores à Constituição” e até contrários a dispositivos constitucionais expressos. É, pasme-se, o que decidiu o Tribunal Federal Constitucional alemão, ao afirmar que

8- Id., ibidem, p. 463.

9- Como ensina PRADO, Ney. Utopismo Constitucional. In *Justiça & Cidadania*, ed. 67, disponível em: <<https://www.editorajc.com.br/utopismo-constitucional/>>. “a utopia resulta, assim, da teimosa postura racionalista que sempre tem insistido em tentar mudar a realidade através da norma”.

10- Frase com que Luiz Roberto Barroso encerra seu Curso de Direito Constitucional Contemporâneo, apud SARMENTO, Daniel, “O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades”, in *Revista de Estudos Constitucionais*. Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 95-133, jan./mar. 2009. Editora Fórum, nota de rodapé 55.

11- Expressão de PUOLI, José Carlos Baptista. Processo e Constituição: Alcance amplo, mas não ilimitado, dos princípios constitucionais do processo. In PUOLI, José Carlos Baptista et al. *Direito Processual Constitucional*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016, p. 120.

12- CANOTILHO, cit., pág. 467.

13- Vale recordar a célebre frase de Roberto Campos sobre a Constituição brasileira de 1988: “Uma mistura de dicionário de utopias e regulamentação minuciosa do efêmero”.

14- ADPF 347-DF, relator ministro Marco Aurélio, apud ABBOUD, Georges *Processo Constitucional Brasileiro*, 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 1216.

15- LAUTENSCHLAGER, Milton Flávio de A.C. *Ativismo Judicial Disfuncional nos Contratos*. São Paulo: Editora IASP, 2018, p. 91-92.

16- SANTAROSA, Humberto. *Jurisdição Criativa e a Motivação das Decisões Judiciais como seu Aspecto Legitimador*. In: FUX, Luiz (Coord.). *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

17- ABBOUD, Georges. *Processo Constitucional Brasileiro*. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 1217.

Não é de se excluir que uma determinação constitucional seja nula, pelo fato mesmo de ela ser parte da Constituição. Existem fundamentos constitucionais que são basilares e como tais expressão de um direito anterior à Constituição, de modo que vinculam o próprio legislador constitucional, podendo tornar nulos outros dispositivos constitucionais que contra si atentem e não participem da mesma hierarquia”.<sup>18</sup>

Ou seja, o Tribunal Federal Constitucional alemão submete todas as outras instâncias políticas à Constituição por ele interpretada e aos princípios suprapositivos por ele afirmados, enquanto se libera ele próprio de qualquer vinculação às regras constitucionais, podendo recorrer a princípios suprapositivos que só ele pode saber e dizer quais são.

E, embriagados pelo poder de criar normas constitucionais, os tribunais constitucionais tampouco exi-tam em alterar a Constituição, a pretexto de “atualizá-la”, conferindo a si próprios um verdadeiro Poder Constituinte Reformador. Em voto proferido em importante julgamento no Supremo Tribunal Federal Brasileiro, o ministro Celso de Mello afirmou textualmente que “nos tribunais incumbidos da guarda da Constituição, funciona, igualmente, o poder constituinte”<sup>19</sup>. É a comprovação prática da crítica refe-rida por Daniel Sarmento<sup>20</sup>, de que o “viés justicialista subjacente ao neoconstitucionalismo acaba por conferir aos juízes uma espécie de poder constituinte permanente”.

Os adeptos dessa visão panconstitucionalista acreditam que a adoção de métodos “democráticos” na tomada das decisões poderia legitimá-las. A convocação de audiências públicas, a participação de “amici curiae”, tudo contribuiria para um “diálogo jurídico”<sup>21</sup>, a permitir decisões ponderadas e adequadas. Contudo, a não eletividade pelo povo e, em alguns países, a vitaliciedade de seus integrantes, tendem a distanciar os magistrados da vontade popular, sendo duvidoso se esse “diálogo jurídico” aberto é suficiente para que julgadores resistam à tendência de fazer prevalecer suas opiniões e “pré-compreensões” pessoais. Na verdade, no caso brasileiro, “a presença de organizações da sociedade civil, expressando a polaridade de opiniões difusas entre os diversos segmentos da sociedade brasileira definitivamente politizou o debate jurídico levado a cabo na Corte”.<sup>22</sup>

O problema mais evidente dessa linha de pensamento é que, por mais “aberta” que seja a discussão, ela ocorrerá no seio de um tribunal - e não do parlamento -, por pessoas não eleitas, que definirão, em última análise, sobre todos os aspectos da vida individual e social. O sistema de freios e contrapesos decorrente da separação de poderes fica desmontado, os outros Poderes, especialmente o Poder Legislativo, ficam bastante esvaziados e o Poder Judiciário, que é por definição um poder não-democrático, transforma-se num superpoder.

18- Citação de decisão do Repósito Oficial de Jurisprudência do Tribunal Federal Constitucional, apud MAUS, Ingeborg. Judiciário como Suprego da Sociedade: O papel da atividade jurisprudencial na 'sociedade órfã'. Novos Estudos CEBRAP n. 58, nov. 2000, p. 191.

19- MS 26.603/DF, apud VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. Revista Direito GV n. 4, São Paulo, jul./dez. 2008, p. 441. Na Reclamação 4335, o STF entendeu que o artigo 52, X, da Constituição, que dá ao Senado a competência privativa de retirar o ordenamento jurídico dispositivo considerado inconstitucional pelo STF - e que, portanto, era cláusula pêtrea, pois trata da separação de poderes -foi suprimido da Constituição por uma “autêntica reforma sem expressa modificação do texto”.

20- SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: Revista de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte, Editora Fórum, v. 3, n. 9, p. 95-133, jan./mar. 2009.

21- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p.142.

22- VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. In Revista Direito GV n. 4, São Paulo, jul./dez. 2008, p. 441.

## 2 DEMOCRACIA E O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Segundo Capitant<sup>23</sup>, fiel à etimologia da palavra, democracia é “régimen político em el cual el poder proviene del pueblo e es ejercido por éste, directa o indirectamente”.

Mais concretamente, a evolução histórica consagrou a democracia como “um sistema de governo, caracterizado por determinadas instituições, que dão ao povo participação efetiva na governança”<sup>24</sup>. Na democracia moderna constitucional, prevalece a separação de poderes, pela qual ao Poder Legislativo (normalmente composto pelos representantes eleitos pelo povo) incumbe fazer as leis, ao Poder Judiciário (normalmente composto por juristas não eleitos pelo povo, mas sim com base em provas de conhecimentos ou indicações políticas) julgar as violações a elas e ao Poder Executivo (normalmente eleito pelo povo ou pelo Poder Legislativo) as medidas para sua implementação.

Desnecessário enfatizar a importância da segurança jurídica para a vida social. As pessoas não podem viver sem saber o que podem e o que não podem fazer, à mercê de alterações de regras por órgãos governamentais e autoridades administrativas e judiciárias. Há que haver estabilidade nas regras. E há que se restringir a capacidade de produzir regras válidas, de forma que haja publicidade na discussão de novas normas, garantia de sua publicidade e restrição do número de órgãos e fontes aptos a produzi-las. Como bem aponta Humberto Ávila<sup>25</sup>, não há dignidade humana sem que o indivíduo possa tomar decisões sobre os rumos de sua vida e, para que tais decisões possam ser tomadas, é necessário que as regras do jogo, isto é, o Direito seja conhecido, compreendido e efetivamente aplicado, de forma uniforme para todos.

Historicamente, na tradição político-constitucional ocidental, a prerrogativa de estabelecer leis foi dada ao Poder Legislativo. Só o Poder Legislativo pode editar leis. O Poder Executivo pode editar regras que regulamentem pormenores necessários à aplicação da lei, mas sem contrariá-las e sem criar novas obrigações e proibições. Ao Poder Judiciário cabe resolver os conflitos que lhe sejam apresentados, segundo as regras definidas no ordenamento jurídico, segundo as várias técnicas hermenêuticas aceitas, mas sendo-lhe vedado deixar simplesmente de aplicar uma lei válida ou impondo obrigações ou proibições não previstas em lei.

Trata-se da conhecida estrutura estatal de separação de poderes, característica do Constitucionalismo clássico fruto das Revoluções Americana e Francesa. E essa estrutura tem uma lógica clara, de freios e contrapesos entre os poderes, de forma a evitar o domínio de um poder sobre o outro.

Numa democracia, a consequência dessa estrutura de tripartição de poderes é muito clara: em regra, apenas os representantes do povo, através do Poder Legislativo, detêm a legitimidade constitucional para impor aos cidadãos obrigações e proibições.

É esse o cerne do princípio da legalidade, insculpido no artigo 5º, II, da Constituição de 1988: nas palavras de Ferreira Filho<sup>26</sup>, “o princípio da legalidade, onde só é lei o ato aprovado pelo Parlamento, representante do povo, exprime a democracia, na medida em que subordina o comportamento individual apenas e tão-somente à vontade manifestada pelos órgãos de representação popular”.

23- CAPITANT, HENRI. Vocabulário Jurídico, Reimpresión, Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1986, p. 200. Em tradução livre: regime político no qual o poder provém do povo e é exercido por este, direta ou indiretamente.

24- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Justiça Constitucional e Democracia. In Revista da Escola da Magistratura do TRF da 4. Região, n. 10, 1995, p. 22.

25- ÁVILA, Humberto. Constituição, Liberdade e Interpretação. São Paulo: Malheiros, 2019, p.14.

26- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de Direito Constitucional. 22. Ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

## No mesmo diapasão, Carraza, que conclui que

O inciso II do artigo 5º da Constituição Federal encerra, pois, um dogma fundamental, que impede que o Estado aja com arbítrio em suas relações com o indivíduo, que, afinal, tem o direito de fazer tudo quanto a lei não lhe proíbe, nos termos do clássico brocardo: *cuique facere licet nisi quid iure prohibetur*<sup>27</sup>.

A criação de obrigações e proibições por tribunais, com base em princípios não positivados, subverte totalmente o sistema constitucional e fere de morte a democracia. Os juizes não são eleitos pelo povo. Sua legitimidade advém de seu conhecimento técnico, para corretamente aplicar as leis que os representantes decidiram adotar. Não têm eles legitimidade para legislar, para criar direitos, obrigações e proibições não previstas em leis, isto é, não adotadas pelo povo, através de seus representantes eleitos.

Não se desconhece que no Direito contemporâneo há uma tendência de reconhecimento de uma pluralidade de fontes<sup>28</sup> não estatais ou paraestatais, o que pouco a pouco coloca em xeque até mesmo o conceito de Estado soberano<sup>29</sup> e, por consequência, o princípio da legalidade, que, nas palavras de José Eduardo Faria, é sua espinha dorsal<sup>30</sup>. Contudo, isso não se confunde com reconhecer a outro Poder do próprio Estado (o Poder Judiciário) uma competência (criar obrigações e proibições) que a Constituição não lhe dá, nem tampouco com permitir o desprezo, pelo juiz, das diferentes “densidades regulatórias”<sup>31</sup> que existem entre as fontes.

Há que se resistir à tentação de se acreditar que uma elite de juristas, de professores, de estudiosos, reunidos em um tribunal, em uma universidade, em uma organização internacional, possa saber melhor que o povo o que é melhor para o próprio povo, qual a melhor norma a ser adotada, e tenha poder para impor suas próprias opiniões, à revelia ou sem a participação da vontade popular (por seus órgãos representativos ou diretamente). Essa república de sábios, que lembra a República idealizada por Platão, essa “juristocracia” (ou “judiciocracia”, nas palavras de Lenio Luiz Streck<sup>32</sup>), claramente despreza a democracia e a vontade popular, substituindo-a pela vontade dos sábios de plantão, por um elitismo intelectual que se acredita civilizatório, mas nada mais é que uma forma refinada de tirania<sup>33</sup>. Segundo José Eduardo Faria<sup>34</sup>, “reconhecer que o STF assume algum protagonismo quando enfrenta problemas de antinomias jurídicas é aceitável. Mas enfatizar que interpretações contramajoritárias e contrarrepresentativas dão ‘potencialidades civilizatórias’ aos juizes é temerário”.

27- CARRAZA, Roque Antonio. Curso de Direito Constitucional Tributário. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 217.

28- CAMPILONGO, Celso Fernandes. Desafios do Judiciário. In: Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça, org. FARIA, José Eduardo. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 36.

29- FARIA, José Eduardo. O Direito na Economia Globalizada. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 322.

30- Ob. Cit., p.324.

31- MAUS, cit., p. 193.

32- STRECK, Lenio Luiz. O Ativismo Judicial existe ou é invenção de alguns?. artigo publicado no Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>>. Acesso em: 13 jun. 2013.

33- Nas palavras de ABOUD, Georges (Submissão e Juristocracia. In Revista do Processo v. 258, 2016, p. 519-527, RT, 2016), “em outros termos, a juristocracia é uma forma de degradação da democracia constitucional em que a autonomia e a separação de poderes é golpeada por um ativismo judicial que atinge a esfera dos demais Poderes, sem respaldo constitucional. Além da usurpação em relação aos demais poderes, é traço distintivo da juristocracia a crescente invasão do Poder Judiciário em face da esfera de liberdade do cidadão. Há uma espécie de colonização do mundo da vida. Ou seja, há uma substituição do agir livre do cidadão pela atuação do Estado, por meio de decisões judiciais”.

34- FARIA, José Eduardo. O Protagonismo do STF e as fronteiras do aceitável, artigo publicado no jornal O Estado de São Paulo. Disponível em: <<http://opiniao.estadao.com.br/noticias/geral,o-protagonismo-do-stf-e-as-fronteiras-do-aceitavel,10000069706>>. Acesso em: 16 ago. 2016.

## Nas lições diretas de Ferreira Filho<sup>35</sup>, o tribunal constitucional

Não é agente de reforma. Isso pertence ao soberano, o povo, pelo caminho e pelos ritos adequados, pelo processo constituinte derivado. Não lhe cabe ir além da Constituição, mesmo a pretexto de sua 'atualização', pela singela razão de que ela não lhe dá tal competência. Se o faz, usurpa um poder que não tem, porque a democracia não lhe deu. E ao fazê-lo, age sem legitimação. [...] O 'governo dos juizes' – que são o elemento aristocrático em um sistema misto – repele a democracia.

Nem se alegue que a introdução na Constituição Federal do instituto da súmula vinculante (artigo 103-A), regulamentada pela Lei n. 11.417/2006, teria alterado esse quadro e autorizaria uma atividade quase egípcia pelo Supremo Tribunal Federal.

Esse instituto, por expressa autorização constitucional, permite a edição de enunciados com caráter geral e abstrato, e vincula a Administração e os demais órgãos do Poder Judiciário. Contudo, não se trata de permissão ao Poder Judiciário para legislar. Seu escopo limita-se a fixar a validade, interpretação e eficácia de normas determinadas, sobre as quais haja controvérsia, nos termos do artigo 103-A, parágrafo primeiro, da Constituição Federal brasileira<sup>36</sup>.

A constitucionalidade do instituto da súmula vinculante tem como pressuposto que seus limites são o de interpretar normas existentes, sem jamais criar novas proibições ou obrigações não previstas em lei. Seus limites são aqueles da jurisdição, isto é, julgar conforme o Direito vigente, e não legislar. Fora disso, haveria invasão de competência legislativa.

Mesmo defensores do ativismo judicial, como o ministro Luís Roberto Barroso<sup>37</sup>, alertam que ele jamais pode ser exercido "contra legem", isto é, não poderia contrariar as escolhas feitas pelo legislador. Mas, ainda segundo Barroso, na hipótese de lacuna legislativa, "o poder criativo do intérprete judicial" poderia expandir-se "a um nível quase normativo".

Contudo, tampouco a inexistência de lei (lacuna legislativa) deve autorizar a atuação criativa do Judiciário. Se, como corolário da segurança jurídica, da separação de poderes e da democracia, somente a lei em sentido formal pode impor obrigações (artigo 5º, II, da CF), o que não for proibido por lei (em sentido formal) é permitido.

Ou seja, salvo hipóteses excepcionálíssimas, em que não haja colidência relevante entre princípios constitucionais e que estes sejam suficientemente densos a permitirem uma decisão judicial solidamente fundamentada em um princípio constitucional, a ausência de lei deve ser interpretada como um silêncio eloquente do legislador, isto é, como uma decisão implícita do legislador de que não deve proibir aquela conduta. "Permittitur quod non prohibetur" (Permitido o que não proibido). Nas palavras de Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes<sup>38</sup>, "a mensagem constitucional foi clara: os comandos de proibição (deixar de fazer) e de obrigação (fazer) só podem ser veiculados por meio de uma lei. À falta desta, o comportamento está permitido".

35- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Justiça Constitucional*, cit., p. 26-

36- Parágrafo Primeiro - A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica.

37- BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. OAB. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2019.

38- ARAUJO, Luiz Fernando David; NUNES JR, Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 18. ed. São Paulo: Verbatim, 2014, p. 184.

### 3 JURISTOCRACIA, A OLIGARQUIA CONTEMPORÂNEA

A doutrina da separação de poderes deriva da clássica proposição de Aristóteles de uma combinação das três formas puras de governo<sup>39</sup>: monarquia (Poder Executivo), democracia (Poder Legislativo) e aristocracia (Poder Judiciário). O Judiciário, portanto, é a aristocracia, pois via de regra é composto por elementos não eleitos pelo povo, mas sim escolhidos entre juristas de grande saber jurídico (seja por provas, seja por indicação política).

Platão<sup>40</sup> já apontava a tendência dessas formas a subverterem-se: a monarquia em tirania, a democracia em demagogia e a aristocracia em oligarquia. Por isso a preocupação do constitucionalismo clássico em delimitar com clareza as atribuições de cada um dos Poderes, num sistema de freios e contrapesos voltado a impedir o predomínio de um sobre o outro.

Se Rui Barbosa<sup>41</sup> já observava no constitucionalismo norte-americano um “governo de juristas, uma aristocracia de toga”, no panconstitucionalismo juízes, promotores, advogados e operadores do Direito transformam-se em uma casta dominante, uma oligarquia encarregada de decifrar as verdades reveladas e ocultas da Constituição. Nas palavras de Ferreira Filho<sup>42</sup>, “o estamento judicial é grupo social de elite. Tem ele um status, uma formação intelectual, recursos financeiros muito acima da grande maioria da população. [...] É uma aristocracia e obviamente se porta como tal”.

Evidentemente que os integrantes desta casta têm pouco estímulo a resistir a esse “empoderamento” decorrente do panconstitucionalismo. Ao contrário, sentem-se reconhecidos em sua sabedoria e cultura, que os coloca acima das pessoas comuns e vêem com simpatia estarem no topo de uma aristocracia moderna, um governo de sábios na linha preconizada na República de Platão<sup>43</sup>, para corrigir os erros perigosos do populismo democrático.

De um ponto de vista antropológico, essa casta jurídica ocupa vários papéis. O mais óbvio é o lugar simbólico da religião<sup>44</sup>, numa volta às origens do Direito, na Antiguidade, quando lei e religião, e sacerdotes e magistrados, ainda se confundiam e misturavam. Fustel De Coulanges já ensinava que, na cidade antiga, “sacerdócio, justiça e comando confundem-sena mesma pessoa. O magistrado representa a cidade, uma associação tão religiosa quanto política”<sup>45</sup>. “Entre gregos e romanos, assim como entre hindus, desde o princípio, a lei surgiu naturalmente como parte da religião”. “Eis o motivo por que os mesmos homens eram, ao mesmo tempo, pontífices e jurisconsultos: o direito e a religião se confundiam numa só coisa”<sup>46</sup>.

Esse simbolismo religioso nunca foi de todo abandonado, como revelam a suntuosidade e solenidade dos tribunais, as vestes talares, os ritos, formalidades e linguagem que remetem a rituais antigos e esotéricos para as pessoas comuns. Antoine Garapon<sup>47</sup> observa que

39- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Justiça Constitucional e Democracia*. 1995, cit. p. 24.

40- PLATÃO, *A República*. 5. Ed. Lisboa: Ed. Fundação Calouste Gulbekian. V.8.

41- BARBOSA, Rui. *Discurso de Posse do Lugar de sócio do Instituto dos Advogados*. Proferido em 1911. In *Escritos e Discursos Seletos*. Rio de Janeiro: Nova Aguilar S.A., 1995, p. 536.

42- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *O Ativismo Constitucional*. (Palestra proferida em 23/04/2019, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa).

43- PLATÃO. *A República*. 5. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, v.8.

44- MAUS, Ingeborg. *Judiciário como Superego da Sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”*, in *Novos Estudos CEBRAP* n. 58, nov. 2000, p. 185.

45- COULANGES, Fustel De. *A Cidade Antiga*, São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 198-

46- Id., ib., p. 206-207.

47- GARAPON, Antoine. *Bem Julgar: Ensaio sobre o Ritual Judiciário*. Lisboa: Instituto Piaget, 1997, p. 42.



O espaço judiciário parece justificar uma verdadeira explosão de símbolos e de grandeza. As divisões são grandes, os textos altos e a sala dos passos perdidos imponente. A arquitetura judiciária oferece o espetáculo de um fastoso dispêndio de espaço. É um local que não hesita em marcar as suas distâncias, com o único inconveniente de usar microfones para se comunicar. Os dourados e todo esse dispêndio simbólico assinalam uma permuta com a força, a marca do sagrado.

A Constituição “deixa de ser compreendida – tal qual nos tempos da fundamentação racional-jusnaturalista da democracia – como documento da institucionalização das garantias fundamentais das esferas de liberdade nos processos políticos e sociais, tornando um texto fundamental a partir do qual, a exemplo da Bíblia e do Corão, os sábios deduziriam diretamente todos os valores e comportamentos corretos”. Uma verdadeira “teologia constitucional”<sup>48</sup>, na qual “o juiz torna-se juiz não mais da conformidade de atos à lei, mas juízes da própria lei – a qual é reduzida a produto e meio técnico de um compromisso de interesses – investindo-se como sacerdote-mor de uma nova ‘divindade’: a do direito supra-positivo e não-escrito”<sup>49</sup>.

Outro é o arquétipo psicanalítico da figura paterna. É lugar comum apelidar as cortes constitucionais de “guardiãs da Constituição”. Ingeborg Maus aponta que a hipertrofia do Poder Judiciário e o abandono da lei como referência de suas decisões – em decorrência, como exposto acima, do panconstitucionalismo, levou a Justiça à condição de “administradora da moral pública”<sup>50</sup>, que passa a definir os espaços de liberdade dos indivíduos através de decisões judiciais caso a caso.

Em outras palavras, o Judiciário (e não a lei) assume o papel de pai, de superego, por ter a prerrogativa absoluta dizer o que é moral e certo, esvaziando os demais poderes. Em termos simbólicos, “a libido da sociedade ter-se-ia deslocado da chefia do aparato do Executivo para a cúpula do Poder Judiciário”<sup>51</sup>.

A oligarquia jurídica, certa de sua capacidade na promoção da “emancipação pelo uso da razão, através dos instrumentos do Direito Constitucional”<sup>52</sup>, vem pouco a pouco neutralizando o poder popular – em outras palavras, acabando com a democracia – e assumindo ela própria o controle das decisões estatais, amparada no poder de dizer a última palavra das cortes constitucionais. A pretexto de exercer um papel contramajoritário em defesa de minorias e de direitos fundamentais, as cortes constitucionais passaram a reduzir o espaço de atuação da maioria (eliminação da discricionariedade administrativa<sup>53</sup>) e do próprio Judiciário não constitucional (eliminação da discricioniedade judicial<sup>54</sup>), de forma a que toda e qualquer política estatal torne-se uma política constitucional, a ser ditada pela corte constitucional, esta, ao contrário, livre, na prática, de quaisquer amarras a suas próprias interpretações, desde que retoricamente fundamentadas em princípios constitucionais ou até mesmo supraconstitucionais, que adquirem natureza cada mais discursiva.

Alia-se ao panconstitucionalismo – na medida em que condiciona a visão de mundo (Weltanschauung) dos juristocratas –, uma concepção sócio-cultural elitista, que se propaga através da imprensa e da academia. Essa concepção sócio-cultural elitista despreza valores populares como família, religião, pátria, dignidade individual, liberdade individual, honra, adotando outros valores, imprecisos e até contraditórios, como diversidade e igualdade, relativismo cultural e universalismo, relativização das liberdades individuais clássicas, prevalência do coletivo sobre o individual (mas não da maioria sobre a elite), que comporiam um certo “patamar civilizatório da humanidade”, que deve sobrepujar a vontade popular.

48- MAUS, Ingeborg, cit., p. 192.

49- Id. ibidem., p. 196.

50- Id., ib., p. 189 e seguintes.

51- Id., ibidem., p. 199.

52- SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In Revista de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte, Editora Fórum, v. 3, n. 9, p. 95-133, jan./mar. 2009.

53- ABBOUD, Georges. Processo Constitucional Brasileiro. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 2762. O nome do capítulo é ilustrativo: A necessária superação da discricionariedade: a releitura da legalidade à luz da constitucionalidade.

54- ABBOUD, Georges. Processo Constitucional Brasileiro. 2.ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, p. 292.

Não é difícil vislumbrar os riscos de que essa juristocracia, consequência natural do panconstitucionalismo, resulte num sistema totalitário. Abboud diz que

Poderíamos, talvez, apelidar o Pretório Excelso de Príncipe. Como se sabe, das justificativas que davam ao Príncipe todos os poderes que lhe eram peculiares ao tempo do Estado Absolutista era exatamente o fato de que ele se apresentava como o guia supremo de todo o Estado, responsável pela garantia do bem comum. Em alguns momentos, creio que depositamos no Supremo Tribunal as expectativas de que ele nos guie, também, em direção ao bem comum. Na realidade, quando o STF utiliza sua própria jurisprudência para aumentar seus poderes, contribui para debilidade democrática, instituindo, assim, uma juristocracia [...] <sup>55</sup>.

A juristocracia é consequência do panconstitucionalismo, que por sua vez deriva do neoconstitucionalismo. Ainda que se costume invocar uma alegada crise de legitimidade e representatividade dos outros poderes para justificar o protagonismo crescente do Judiciário <sup>56</sup>, o fato é que também o Judiciário passa por uma crise de legitimidade, decorrente de sua paulatina percepção pelo povo não mais como uma casta de sábios justos, mas como uma casta de oligarcas sofistas e verborrágicos.

A destruição da democracia pela juristocracia somente será evitada com a desconstrução do panconstitucionalismo e a revalorização da lei, como fruto do processo legislativo democrático (discutida e aprovada no Poder Legislativo, sujeita aos vetos do Poder Executivo em certas situações e submetida ao controle de constitucionalidade por um Poder Judiciário autocontido), e com a instituição ou reforço de mecanismos de freios e contrapesos entre os poderes.

## REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. Submissão e Juristocracia. *Revista do Processo*. RT, V. 258, 2016, p.519-527.

ARAUJO, Luiz Fernando David; NUNES JR., Vidal Serrano. *Curso de Direito Constitucional*. 18. Ed. São Paulo: Ed. Verbatim, 2014.

ÁVILA, Humberto. *Constituição, Liberdade e Interpretação*. São Paulo: Malheiros, 2019.

BARBOSA, Rui. *Discurso de Posse do Lugar de sócio do Instituto dos Advogados*. Proferido em 1911. In: *Escritos e Discursos Seletos*. Rio de Janeiro: Nova Aguilar S.A., 1995.

BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. OAB. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2019.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Desafios do Judiciário*. In: *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. FARIA, José Eduardo (Org.) São Paulo: Malheiros, 2010.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

CAPITANT, Henri. *Vocabulário Jurídico*. Aires: Ediciones Depalma, 1986

CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 19. Ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

COULANGES, Fustel de. *A Cidade Antiga*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

FARIA, Jose Eduardo. *O Protagonismo do STF e as fronteiras do aceitável*. *Jornal O Estado de São Paulo*

55- Idem., p. 1219.

56- VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. *Revista Direito GV* n. 4, São Paulo, jul-dez 2008, p. 44-.

em 16 ago. 2016. Disponível em: <<http://opinio.estadao.com.br/noticias/geral,o-protagonismo-do-stf-e-as-fronteiras-do-aceitavel,10000069706>>. Acesso em: 16 ago. 2016.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. O Ativismo Constitucional. (Palestra proferida em 23/04/2019, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

\_\_\_\_\_. Curso de Direito Constitucional. 22. Ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

\_\_\_\_\_. Notas sobre o Direito Constitucional Moderno, em particular sobre certo neoconstitucionalismo à brasileira. Revista de Direito Administrativo. n. 250, jan./abr. 2009.

FUX, Luiz (Coord.). Processo Constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

GARAPON, Antoine. Bem Julgar: Ensaio sobre o Ritual Judiciário. Lisboa: Instituto Piaget, 1997.

HAYEK, Friedrich A. Os Fundamentos da Liberdade. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1983.

LAUTENSCHLAGER, Milton Flávio de A. C. Ativismo Judicial Disfuncional nos Contratos. São Paulo: Editora IASP, 2018.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como Superego da Sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na 'sociedade órfã'. Novos Estudos CEBRAP, n. 58, nov. 2000, p. 185.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MONTESQUIEU. The Spirit of Laws. Chicago: William Benton, Publisher - Encyclopaedia Britannica, Inc., 1952.

PUOLI, José Carlos Baptista. Processo e Constituição: Alcance amplo, mas não ilimitado, dos princípios constitucionais do processo. In PUOLI, José Carlos Baptista et al. Direito Processual Constitucional. Brasília: Gazeta Jurídica, 2016.

PLATÃO. A República. 5. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbekian, 1983.

PRADO, Ney. Utopismo Constitucional. Justiça & Cidadania, ed. 67, Disponível em: <<https://www.editorajc.com.br/utopismo-constitucional/>>. Acesso em: 13 out. 2019

SANTAROSA, Humberto. Jurisdição Criativa e a Motivação das Decisões Judiciais como seu Aspecto Legitimador. In: FUX, Luiz (coord.). Processo Constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

SARMENTO, Daniel. O Neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. Revista de Estudos Constitucionais. Belo Horizonte, v. 3, n. 9, p. 95-133, jan./mar. 2009.

STRECK, Lenio Luiz. O Ativismo Judicial existe ou é invenção de alguns?. Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns>>. Acesso em: 13 jun. 2013.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. Curso de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. Revista Direito GV n. 4, São Paulo, jul./dez. 2008, p. 441.

