



**UEPB**  
**UNIVERSIDADE ESTADUAL DA PARAÍBA**  
**CAMPUS III**  
**CENTRO DE HUMANIDADES**  
**DEPARTAMENTO DE DIREITO**  
**CURSO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**

**YOSEPH EMANUEL DOS SANTOS VAZ**

**JURISDICTIO: POPULISMO JUDICIAL E JUÍZO DE TORCIDA**

**GUARABIRA**

**2021**

YOSEPH EMANUEL DOS SANTOS VAZ

**JURISDICTIO: Populismo Judicial e Juízo de Torcida**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Ciências Jurídicas da Universidade Estadual da Paraíba em junho de 2021, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

**Área de concentração:** Filosofia Jurídica

**Orientador:** Prof. Dr. Vinícius Barros Soares de Campos Barros

**GUARABIRA**

**2021**

É expressamente proibido a comercialização deste documento, tanto na forma impressa como eletrônica. Sua reprodução total ou parcial é permitida exclusivamente para fins acadêmicos e científicos, desde que na reprodução figure a identificação do autor, título, instituição e ano do trabalho.

V393j Vaz, Yoseph Emanuel dos Santos.  
Jurisdictio [manuscrito] : populismo judicial e juízo de torcida / Yoseph Emanuel dos Santos Vaz. - 2021.  
88 p.  
  
Digitado.  
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) -  
Universidade Estadual da Paraíba, Centro de Humanidades ,  
2021.  
"Orientação : Prof. Dr. Vinícius Soares de Campos Barros ,  
Coordenação do Curso de Direito - CH."  
  
1. Teoria da Decisão. 2. Racionalidades Jurídicas. 3.  
Filosofia jurídica. 4. Direito Constitucional. I. Título  
  
21. ed. CDD 343.04

YOSEPH EMANUEL DOS SANTOS VAZ

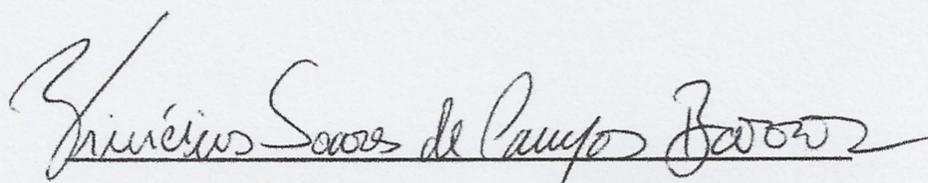
JURISDICTIO: POPULISMO JUDICIAL E JUÍZO DE TORCIDA

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Ciências Jurídicas da Universidade Estadual da Paraíba em junho de 2021, como requisito parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Filosofia Jurídica

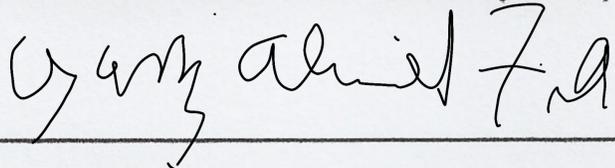
Aprovada em: 01/06/2021.

**BANCA EXAMINADORA**



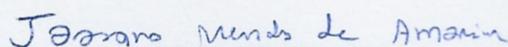
Prof. Vinicius Soares de Campos Barros (Orientador)

Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Prof. Agassiz Almeida Filho

Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)



Prof. Jossano Mendes de Amorim

Universidade Estadual da Paraíba (UEPB)

Às professoras Suzana Tavares da Silva e  
Joana Neto, DEDICO.

## SUMÁRIO

.....	1
<b>1. Introdução e <i>mapping</i> discursivo.....</b>	<b>12</b>
<b>2. Populismo político .....</b>	<b>19</b>
2.1 O conceito de Populismo.....	20
2.2 Populismo e circunscrição histórica.....	23
2.3 Populismo no Brasil: sintomas particulares .....	25
2.3.1 O jeitinho brasileiro e a lógica do favor .....	27
<b>3. Populismo e poder judiciário: contramajoritariedade ou “guardião da vontade popular”?... 34</b>	<b>34</b>
3.1 Apreensão do conceito populista: os olhos também veem.....	34
3.2 Supremocracia e a popularidade do plenário “mais visto do Brasil” .....	36
3.2.1 Julgamento sobre o primeiro processo de Impeachment.....	38
3.2.2 Ampliação do rol de legitimados nas ações constitucionais .....	41
3.2.3 Reformas processuais.....	42
3.2.4 Julgamento do “Mensalão” .....	44
3.3 O constituinte negativo e o populismo epistêmico.....	45
3.4 Seria o populismo um fado nacional? .....	46
<b>4. Modelos de Juiz, jurisdição ou racionalidades condicionantes .....</b>	<b>50</b>
4.1 Os Modelos de Juiz .....	52
4.2 Modelos de racionalidade jurídico-metodológica .....	58
4.3 Racionalidade predominante no Brasil.....	68
4.4 Juízo de torcida.....	69
4.4.1 Ausência de hierarquia argumentativa .....	71
4.4.2 Pessoaalidade <i>versus</i> Comportamento Institucional .....	73
4.4.3 Inclinação heróica .....	75
4.5 Juízo de torcida ou ativismos? .....	77
<b>5. À modo de conclusão: aportes para a Teoria (Democrática) da Decisão e o caminho que se segue.....</b>	<b>80</b>
<b>6. Referências.....</b>	<b>84</b>

## AGRADECIMENTOS

Sempre achei agradecimentos de TCCs meio caricatos. Alguns colegas começavam pelo divino e terminavam em bichos de estimação. Entretanto, resolvi não inovar muito. Não consegui me sentir injusto com a gratidão, tão belo sentimento. Pretendi, todavia, em alguns limites, ser mais conciso.

Agradeço a Deus, princípio de amor, imanência e fonte de graça, por todas as oportunidades.

Agradeço ao meu núcleo familiar, meus pais, Cícero Damião e Maria de Fátima, e meu irmão Yesus Lucas, pelo amor, cuidado e carinho, e aqui em particular, pela compreensão, paciência, e apoio perene e irrestrito a todos os meus objetivos de vida.

Agradeço às minhas famílias, em extensão, referindo às filiações, pelo lado de meu pai, Martins Vaz, e de minha mãe, Amâncio dos Santos, que me fazem sentir acolhido. A tantos familiares queridos, registro minha gratidão em nome de meus tios, Manoel e Flávia Amâncio, Antônio Pinto e Janine Vaz, e Ozélio e Conceição Carvalho, em nome de todos.

Agradeço aos meus queridos amigos, primeiro os parceiros de empreitada, que tive o prazer de conviver desde quando decidimos enfrentar, neste curso, o desafio de representar o nosso corpo de alunos. Refiro aos do peito, Leonardo Barbosa, Joanne Góis, Hallyne Bandeira, Joalysen Saraiva, Rhaissa Élide, João Izidro, Karla Barreto e Jarbelle Bezerra. Agradeço também especialmente à amizade e companheirismo de Otávio Neto, Ana Paula Costa e Bianca Guerra.

Agradeço aos amigos “d’além mar”, primeiro aos portugueses, Andreia Melo e Ricardo Gomes, com quem compartilhei moradia, e a todos da minha “tertúlia” dos Tritões, do curso de Direito da Universidade de Coimbra, uma muito querida fraternidade que guarda espaço cativo nas minhas afetivas lembranças.

Agradeço aos amigos brasileiros que fiz graças ao intercâmbio, que me proporcionou conhecer não apenas a querida terra que nos colonizou, mas muito mais da nossa grande nação e da nossa gente querida. Portanto, registro a gratidão muito especial à Idayane Soares, Gabrielle Teixeira, Gabriela Borba, Felipe Cabral, Diogo Asenjo, Diogo Sinatti, Nathália Santos, Gabriela Massolini, Lucas Stathacos, Roberta Sousa e Maria Fernandes.

Quase por fim, mas de modo algum em menor importância, faço um agradecimento bastante especial, ao meu Professor e Orientador, Vinícius Soares de Campos Barros, com quem tive a honra não apenas de tomar conselhos próximos e fundamentalmente assertivos neste processo de confecção do trabalho conclusivo, mas de conviver por muitos anos no Centro de Humanidades ao lado de uma mente brilhante, e de um coração afetuoso e amigo.

Agradeço às minhas Universidades, a Universidade Estadual da Paraíba, que abrigou e proporcionou anos que ficarão tão saudosamente guardados nas melhores lembranças, tantas experiências marcantes em minha vida, inclusive a de ter realizado intercâmbio na minha segunda *alma mater*, a Universidade de Coimbra, lugar das melhores práticas estudantis em pesquisa jurídica levada a sério no plano ocidental.

Agradeço, e encerro, aos mestres que influenciaram meu modo de pensar, minha visão, a partir de agora, enquanto profissional do Direito, e deram abrigo paciente a muitos dos meus inquietos (e por vezes impertinentes) questionamentos. Menciono com gratidão especial, Agassiz Almeida Filho, Antônio Cavalcante da Costa Neto, Jossano Mendes Amorim, José Baptista de Mello Neto, Larissa Cristine Daniel Gondim, Luciana Maria Moreira Souto de Oliveira e Vinícius Soares de Campos Barros, em nome de outros também. Na Faculdade de Direito de Coimbra, especialmente, em nome de todos, Suzana Maria Calvo Loureiro Tavares da Silva e Joana Neto Anjos.

Agradeço à Coordenadoria de Relações Internacionais da UEPB, que propiciou minha ida à Coimbra, oportunizada com uma bolsa de estudos. Especialmente, em nome de Maria Cezilene Araújo de Moraes e Christiano Cordeiro Soares.

Guarabira, 23 de maio de 2021.

Quando nos dizem que as convicções que batalhamos para formar não podem de jeito nenhum ser verdadeiras ou falsas, nem objetivas, nem fazer parte do nosso conhecimento; ou que elas são meras jogadas num jogo de linguagem, ou simples vapor que escapa das turbinas de nossas emoções, ou nada mais que projetos experimentais que devemos testar para ver se funcionam, ou meros convites a pensamentos que consideramos divertidos, ou engraçados, ou menos tediosos que nossas maneiras anteriores de pensar – quando nos dizem isso, devemos responder que todas essas observações nos distraem inutilmente dos verdadeiros desafios que temos diante de nós.

*Ronald Dworkin, em A raposa e o porco espinho.*

## RESUMO

Este trabalho se propõe a realizar um estudo que aproxime o conceito de "populismo" à atividade jurisdicional já de índole funcionalista no caso brasileiro, identificando nesta uma faceta ativista que tem se mostrado enquanto "juízo de torcida" (para além daquele *entraîneur* da formulação de François Ost), que, deslocando a motivação de meros fins, já iria decidir condicionado de acordo com movimentos eventuais/"vozes em voga/moda" percebidas na comunidade sem nenhum aparente aspecto de perenidade. Assim, percebido evidentemente em contrariedade à Constituição e seus postulados (mais acentuadamente, sua característica de conformação democrática). Através de pesquisa bibliográfica, levantou-se três níveis de diálogo, um científico-político e filosófico político, a respeito da ideologia populista; e outros dois nomeadamente filosófico-jurídicos, a refletir acerca da problemática da racionalidade jurídica identificada como modalidade de racionalidade funcionalista. Conclui-se pela sugestão hipotética de identificação de um comportamento populista judiciário e pela reconstrução mais ou menos lograda de um juízo de torcida enquanto metódica decisória própria. Intentou-se defender o direito constitucional à prestação jurisdicional adequada.

Palavras-chave: Teoria da Decisão. Racionalidades jurídicas. Filosofia jurídica. Direito Constitucional.

## ABSTRACT

This work proposes to carry out a study that brings the concept of "populism" closer to the jurisdictional activity already of a functionalist nature in the Brazilian case, identifying in this an activist facet that has shown itself as "twisted judgment" (in addition to that entrepreneur of the formulation of François Ost), who, shifting the motivation from mere ends, would already decide to be conditioned according to eventual movements / "fashionable voices / fashion" perceived in the community without any apparent aspect of longevity. Thus, evidently perceived in opposition to the Constitution and its postulates (more accentuated, its characteristic of democratic conformation). Through bibliographic research, three levels of dialogue were raised, one scientific-political and one political philosophical, regarding populist ideology; and two others, namely philosophical-legal, reflecting on the problem of legal rationality identified as a type of functionalist rationality. It concludes by the hypothetical suggestion of identifying a populist judicial behavior and by the more or less successful reconstruction of a court judgment as its own methodical decision-making. An attempt was made to defend the constitutional right to adequate judicial provision.

Keywords: Judicial decision theory. Juridical rationalities. Philosophical law. Constitutional law.

## 1. Introdução e *mapping* discursivo

A incerteza é um fardo terrível. Gera ansiedade e inquietude. O Direito trabalha com a certeza – ao menos, probabilística. Faz isto por meio de juízos racionalizados convincentes. O melhor discurso. Deve ser, para encarado como melhor, dotado de legitimidade.

O poder, por outro lado, assenta-se nos limites do jurídico. Por isso, pretende seguro e assegurado. Limitado, e assim, expandido, como nos lega em produto histórico e pressuposto moral a própria Teoria da Constituição<sup>1</sup>.

Poder, legitimidade, democracia, certeza são conceitos circulares, requeridos e obsessionados nas constituições contemporâneas. São seu fundamento, conformação e objetivos perenes. Mantém-nas a salvo dos fatores de auto-eclosão, e das mudanças de circunstâncias que podem tender a modificar-lhe sentido (contra estrutural), causando-lhe rachaduras ou rupturas.

A proposta deste estudo é analisar as características, basilares, circunstanciais e periféricas de um fenômeno que vem ressurgindo no campo da (ciência) política: o populismo. A seu turno, a apresentar consequências de caráter praxístico na conformação da atuação de outros poderes instituídos, nas democracias do lado oeste do globo.

A jurisdição constitucional, parte da atuação judiciária ordinária, especificamente, convoca para si um campo próprio de temas a si apreciados, um terreno de investigação cognitiva que convocará a atenção de muitos, pois dele resultarão decisões apropriadas a um sistema de precedentes. Assim, estas decisões comumente são tanto objeto de investigação teórica, pela reconstrução racional de seus fundamentos, quanto objeto de atenção pública, devido ao relevo prático que carregam, popularizando, por conseguinte, os discursos que as configuram e seus autores.

Há um segundo campo jurisdicional – se é que pode assim ser considerado – em que decisões de alto relevo prático estão presentes, embora não necessariamente conformadas como matéria de jurisdição constitucional, mas por possuírem um caráter de significação política. Aqui serão chamadas de decisões de *imbricação política acentuada*. Territórios decisórios nos

---

<sup>1</sup> Cf. HOLMES, Stephen. Constitutions and constitutionalism. In **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**, 2012, “The paradox of limited power”, p. 198. E pela lente do realismo constitucional de Hume, cf. HARDIN, Russel. Why a Constitution? In GALLIGAN, Denis J.; VERSTEG, Milla (Orgs.), **Social and Political Foundations of Constitutions**. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 51-72, 2013.

quais o julgador se vê perante um caso prático de forte conotação política, através do qual se refletem diferentes opiniões, que já se emancipam leviana e ligeiramente do *sentido do corpus iuris* e adentram na sedutora temática partidarizada, seja pela atividade dos personagens em jogo na construção do argumento jurídico, seja pelo enviesamento da opinião pública.

Neste ínterim, as decisões a ser chamadas “de torcida”, ou seja, todas aquelas que visam um fim estratégico de acolher opiniões de massa ou jogar-de-acordo com elas, numa matriz funcionalista de padrão decisório, podem ser reconhecidas, com as devidas correlações, aos movimentos de vanguarda populista, ou, ainda mesmo, menos ajuntadamente, à uma atuação judiciária dissociada de movimentos populistas plenamente partidários; quer isto dizer, numa atuação menos contida, ou, numa linguagem de voga, mais “midiática”, por vezes a defender interesses corporativos, por vezes a resguardar querelas próprias, proposições que guardam respaldo coletivo, dentro de contextos circunstanciais de opinião pública. Assim, já nesta perspectiva, a decisão pode confrontar sua razão-de-ser, seu farol estrutural, o interesse democrático contra majoritário, e a justeza sistemática do ordenamento.

Com isto em mente, este intento se assentará em 3 caminhos distintos, mas não menos importantes entre si, e colaborativos, na medida em que servem de igual modo para a formação de uma grelha-base da linha argumentativa proposta.

Um primeiro seguimento descreverá os contornos próprios do fenômeno populista atualmente, através do manejo dos conceitos sugeridos pela ciência e pela filosofia política, assim identificando quais elementos servem principalmente para desenhar este campo como estrutura ideológica, a fim de servirem devidamente à confrontação seguinte.

O segundo passo, portanto, não limitará ao trabalho do conceito político de populismo enquanto ideologia de massa perpetrada por agentes políticos partidários, mas procurará vincular, nesta quadra histórica, às manifestações de utilização excessiva do poder no âmbito do judiciário, especificamente. O que será feito, portanto, mediante a confrontação particularizada de uma série de marcos jurídico-legais, levantados nesta pesquisa como fundamentais a esta viragem de comportamento institucional apresentada no seio da atuação judiciária brasileira.

Um terceiro caminho estará inscrito naquilo que a dogmática jurídica chama de “teoria da decisão judicial”, um terreno no qual se movem tipologias mais afeitas ao estudo reflexivo da filosofia jurídica. Se levar isto em conta, já será necessário trabalhar a questão da decisão jurídica, enxergando-a como problema de realização concreta do direito. Assim, dois arranjos

especiais de conteúdo teórico servirão para este discurso: um que trata da racionalidade da decisão enquanto *modelo de juiz*, e um outro como *racionalidade metodológica*.

É possível acentuar, ainda que de início e em caráter introdutório, que este texto pretende tão somente inscrever o tema enquanto hipótese científica. Entretanto, tentará não se limitar às notas ensaísticas muito próprias da doutrina jurista, levantando pontualmente, a confrontação, ainda que por referência indireta, de análise empírica do fenômeno da decisão, quer dizer, pela remissão jurisprudencial.

Portanto, nestes moldes se insere esta proposta particularmente nova. O título, é bom que se diga, traz uma expressão que não é original<sup>2</sup>. Entretanto, nestes limites, a terminologia ganhará uma pretensa ampliação, a defender *os interesses* de uma proposta de constitucionalismo democrático apresentada em comprometimento com a ideia de igualdade enquanto razão de justiça. Quer de outro modo, com um dever fundamental desde *Ulpiano*, a dizer *suum cuique tribuere*, privilegiando o tratamento igualitário (substancial) que encontra amparo nas contemporâneas propostas teorias “da justiça”. Neste aspecto, o posicionamento crítico rejeitará o delineado juízo populista, intimamente dirigido às pretensões particulares de maiorias eventuais, e acolherá as teses de juízo democrático, plenamente exigível enquanto dever fundamental institucional elevado pela Constituição à categoria constitutiva que lhe dá sentido, e oponível a qualquer cidadão, pelo direito à resposta adequada. Assim, o texto se adequa às propostas que serão explicitadas como *jurisprudencialistas*, dispensando as correlações consequencialistas que têm sido sugeridas como razão de sentido do direito.

Neste aspecto, defender uma decisão jurídica comprometida com os *valores* democráticos, e os *princípios*<sup>3</sup> já normativos estabelecidos pela Constituição brasileira em vigência, mas soberanamente, com um desenho filosófico-político que se estabelece a partir do

---

<sup>2</sup>“Populismo judicial” já tem sido aventado num aparente estágio inicial de produção de trabalhos com este sentido, Cf. SALGADO, Eneida Desiree. Populismo judicial, moralismo e o desprezo à Constituição: a democracia entre velhos e novos inimigos. In **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, 2018. Entretanto, parecem mais relacionar-se com perspectivas de ensaios críticos-sociológicos através da avocação de uma determinada prerrogativa no âmbito particularmente das Supremas Cortes, no que funcionariam como espécie de “defensor da voz das ruas”, e assim em especial, no caso Brasileiro. Numa sustentação em palestra no Parlamento Italiano, o jurista Luigi Ferrajoli, também daquele país, utilizou o termo aproximado “populismo jurídico” para desenhar com elementos conceitualmente mais semelhantes com o que se pretende aqui. Já numa entrevista mais recente, reafirmou sua posição, agora como “populismo judicial”. Cf. CONJUR. Populismo Judicial é a mais perversa forma de populismo, diz Ferrajoli. In **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-abr-24/entrevista-luigi-ferrajoli-professor-teorico-garantismo-penal>>. Acesso em 23 de maio de 2021.

<sup>3</sup> Valores e princípios aqui não são o da estrutura habermasiana, de uma diferença ontológica ou estruturante entre tais conceitos. Simplesmente serviu-se o termo “valores” para expressar o conteúdo ideário circunscrito nas cartas constitucionais. Cf. LINHARES, José Manuel Aroso Linhares. **O binómio casos fáceis/casos difíceis e a categoria de inteligibilidade. Sistema jurídico: um contraponto indispensável no mapa do discurso jurídico contemporâneo?** Coimbra: Coimbra University Press, 2017.

século XX no globo ocidental é particularmente defender uma proposta de convivência mais pacífica e cooperativa, que privilegia – ou ao menos intenta – uma condição de vida tranquila às maiorias, e uma condição mais oportuna à minorias (não cingindo-se a uma razão estritamente *numérica*), conformando os recursos para uma vida digna na maior amplitude e extensão possíveis<sup>4</sup> - para encerrar com as abstrações que sustentadas consensualmente e perseguidas enquanto comunidade no arranjo civilizatório desta quadra histórica.

A razão de ser deste trabalho está ligada a um produto de três constatações que, *prima facie*, se apresentam relativamente independentes, mas que, neste ambiente, convergem e conformam todo o esboço proposto como hipótese crítica de um estudo de racionalidade decisória mais ou menos acessível a todas as camadas de estudo jurídico nos ambientes acadêmico e prático-operativo.

Isto porquê, primeiro, identificou-se uma necessidade de linguagens de meio. Explica-se.

Diuturnamente, se percebem críticas duras quanto ao modo de julgar, ou mais, ao modo de portar-se praticamente do operador jurídico nacional. Este se vê confrontado com três lados, que representam três sujeitos-comportamentais distintos constrangidos pelo ambiente complexo da prática jurídica de um país de modernidade periférica<sup>5</sup> como o Brasil, paradoxalmente abrigados na mesma pessoa. São eles: um sujeito que precisa lidar com a linguagem jurídica, e não apenas sintaticamente – o controvertido “juridiquês”-, mas com o nível semântico-técnico exigido por uma ciência complexa e fundamentalmente filosófica que é a ciência (social aplicada) jurídica; um segundo sujeito que precisa “traduzir” este nível de linguagem para a dura realidade do choque de sentido com o jurisdicionado, por vezes de baixa escolaridade, inoportunizada pelos problemas maiores quanto ao mínimo de educação ofertado pelo Estado brasileiro; terceiro, e não menos importante, um “personagem” pessoal que lida com o constrangimento de ter que associar tudo isso à exigência de “melhora” da prática judiciária, quer dizer, que seja mais integrativa, democrática e levada a sério no nível de complexidade que lhe é exigível.

---

<sup>4</sup> Particularmente, é a proposta que mais tem oportunizado equilíbrio no quadro brasileiro; caso se convoque – como raramente se fará – ao longo do texto, as experiências constitucionais anteriores, poderá ser percebido que uma certa estabilidade constitucional e o privilégio de dignidade (ainda muito distante do quase utópico imperativo intentado, inscrito no texto da república de 88) foram melhores alinhados, ao menos como linha de busca constante, nesta última formação do constitucionalismo, a centrar-se neste nosso *melting pot*, para uma expressão do constitucionalismo norteamericano, em que se convergem e interagem tantas forças de diferentes miscigenações.

<sup>5</sup> A expressão é adotada por NEVES, Marcelo. **Constituição e Direito na Modernidade Periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro**. São Paulo: Martins Fontes, 2018.

Neste meio, estão dois patamares distintos que raras vezes se conciliam: a academia, influenciada pelas melhores práticas internalizadas enquanto objetos de estudo ou por vezes diretamente importadas das fórmulas jurídicas de países de “centro”, com níveis democráticos mais logrados, e embebida, assim, por compreensões juristas sofisticadas, que se cruzam e duelam espaço no imaginário coletivo erudito, apresentando-se uma ou outra como melhor proposta de sentido para o jurídico.

E de outro lado, por vezes nas mesmas pessoas, está a prática que diz que “aqui se aprende o que a teoria não ensina”, com seus modos próprios de relacionar, seus jeitos e trejeitos, suas formas de tratamento e interlocução, que por vezes não chegam sequer a conversar com a pretensa resolutive doutrina acadêmica do outro lado do muro, como acima referido.

No fim, o que o direito brasileiro precisa é de linguagens de meio<sup>6</sup>, que representem consensos. Assim, que não batam impiedosamente na “prática toda equivocada”, nem que a prática, esta última, mais útil para quem precisa de justiça, e centro das atenções, pois é onde *se realiza* o direito, não se sinta constrangida de maneira injuriosa, e responda criando seu próprio *modus operandi* incontrolável, e assim, por vezes, simbólica ou ativamente antidemocrático.

Segundo, há a necessidade de uma investigação mais ou menos uniformizante sobre o que representam as racionalidades jurídicas. Quer dizer, o tema da razão do direito, que se liga, *et pour case*, às razões das decisões, apreciadas, aplaudidas ou criticadas, diariamente no centro do panorama jurídico prático-acadêmico brasileiro, têm uma metódica de acontecimento. Em outras palavras, existe algo debaixo delas que lhes dá sentido, e antes também, lhes dá guia de sentido. O que são estas razões prévias é que interessa neste plano, pois a partir daí, o questionamento sobre a função e importância que elas desempenham no *acontecer* do jurídico é que oportunizam a crítica edificante de uma jurisdição (mais) democrática.

Terceiro, só com estes dois delineamentos topográficos em mente, que funcionem já como sentidos exigíveis em nosso senso jurídico, é que se torna possível realizar uma crítica sobre a prática judiciária brasileira. Deixe-se bastante claro, sobre a *prática como um todo*. Este trabalho não submete ao crivo analítico acadêmico o “modelo de juízo”, representado pela

---

<sup>6</sup> É evidente que a metáfora *linguagens de meio* não representa a sugestão de criação de uma instância mediadora entre academia e prática, muito menos, apenas uma inclinação menos íngreme de nível de discurso entre uma e outro, buscando elementos de encontro, conciliatórios.

classe da magistratura. Isso pelo fato tão óbvio quanto desapercibido pelas críticas doutrinárias, de que a análise do problema da decisão, tomada em conta de um ambiente democrático, responde a um sintagma coparticipativo fundamental. Quer dizer, da decisão, participam, ou pelo menos deveriam participar, as partes – primeiros interessados na resolução problemática de insegurança que se faz *lide*<sup>7</sup> -, o aparato de administração da justiça – que se incluem todos os auxiliares do *problema da prova*<sup>8</sup> factual, auxiliares de expediente jurídico-burocrático, ou/e Ministério Público, quando convocado -, e o julgador, quer nas funções de mediador ou de decidente, exprimindo a compreensão do ordenamento democrático, na sua da pluralidade interpretativa, e tendo em conta um farol autopoietico<sup>9</sup>, pretensamente coerente através da decisão proferida, que somada ao *corpus* de sentidos jurídico (o ordenamento), faz a prática jurídica integrativa<sup>10</sup>.

Em outras palavras, com o auxílio sempre proveitoso da arte para o direito:

Una percepción similar puede encontrarse en la propuesta de Jack M. Balkin y Sanford Levinson, cuando comparan al derecho con las denominadas performing arts, o artes performativas. En ese registro ubican, por ejemplo, a los guiones cinematográficos, a las obras teatrales, a las partituras musicales y a las Constituciones. Para actualizar cualquiera de estas estructuras de sentido se necesita, claro está, de los creadores (guionistas, autores teatrales, músicos y legisladores); también de los intérpretes (directores de cine o teatro, actores, ejecutantes musicales, operadores jurídicos, en especial jueces) y por último y quizás de manera principal, de una audiencia, que interactivamente disciplina a los intérpretes mediante aplausos, abucheos, críticas, reprobaciones, etc. Los autores que cito, piensan la “audiencia” como constituida no sólo por individuos, sino también por redes sociales que producen y reproducen retóricas de persuasión, en la tarea social de generar sentido.<sup>11</sup>

Enquanto objeto de pesquisa científica, a metodologia utilizada neste intento foi a de pesquisa bibliográfica, pela qual se levantou três níveis de material jurídico, enquanto expedientes metodológicos de áreas distintas, mas que aqui se interseccionam para a formação

<sup>7</sup> Cf. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. 4. ed. rev. e amp. São Paulo: Atlas, 2003. p. 309.

<sup>8</sup> Cf. FRANÇA, Mariana. A prova. In **Themis**, 2008, p.331-341.

<sup>9</sup> A noção de autopoiese é devida à leitura sistemática de Teubner, sobre a proposta de Luhmann. Significa dizer que o direito se autoproduz, em complexidade, e cresce, quando recebe influxos próprios de melhoria de sentido. Cf. TEUBNER, Gunther. **El derecho como sistema autopoietico de la sociedad global**. Géminis: ARA Editores, 2005; LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Editora, 2017.

<sup>10</sup> Esta última noção reflete, sumariamente, a proposta de integridade e coerência (*integrity thesis*) de Ronald Dworkin. Cf. DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

<sup>11</sup> CÁRCOVA, Carlos María. ¿ Hay una traducción correcta de las normas? In **Revista Electrónica Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales AL Gioja**, 2016, n. 4. p. 22.

deste escrito monográfico enquanto produto-resultado final. Fala-se de trabalhos de “Filosofia Jurídica”, de “Ciência e Filosofia Política”, e de “Direito Constitucional”. O segundo serve mais diretamente ao tópico que circunscreve o tema do populismo enquanto fenômeno ideológico político. Já o primeiro e terceiro tipos de escritos dão ensejo à compreensão dos extratos que se relacionam ao problema da decisão judicativa enquanto questão dogmática, trabalhada ora no primeiro plano do desenvolvimento, ora no segundo.

A natureza da pesquisa é dita “básica”, já que não se serve à aplicação imediata a um caso específico (pesquisa aplicada). Sua abordagem é qualitativa, visto que se utiliza do levantamento de hipóteses e o trabalho dedutivo dos significantes conceituais delas derivados. Seu propósito pode se dizer predominantemente descritivo, embora contenha elementos explicativos, por exemplo, como é possível observar.

## 2. Populismo político

Alguns autores tem apontado para o ressurgimento de um certo “mal” que parecia adormecido - para não utilizar a terminologia biológica que parece exagerada, “erradicado”: o sintomático *populismo*<sup>12</sup>. Há um adágio *popular* que diz que a “voz do povo é a voz de Deus”. O efeito de “deusificar” as coisas, a todo proposito, é o tipo de empreitada que costuma favorecer quem pretende chamar a atenção, estar no centro dos holofotes<sup>13</sup>.

Significa dizer que o populismo é um fenômeno intrinsecamente relacionado à qualidade-ambiente do auditório interlocutório, não à sua materialidade. Não importaria prioritariamente um interesse por quem ouve, mas pelo modo no qual a mensagem é transportada<sup>14</sup>. Assim, tudo que é popular parece ser, de certa maneira, mais facilmente apreendido pelas pessoas.

Ao tomar isto como premissa, a razão lógica aponta para a investigação do *modus operandi* da mensagem que se propala tão facilmente, ou talvez, porque determinado tipo de informação opera com maior “solubilidade” no líquido social do que outras de igual “essência”, mas que ficam apenas por boiar.

Embora o questionamento seja pertinente, antes é preciso impor um filtro crítico que permita compreender porque exatamente atribui-se ao termo populismo uma conotação pejorativa. Por que esta escolha ideológica não pode ser vislumbrada como razoavelmente útil a serviço do bem-estar comum, se, afinal de contas, todo o jogo do bem-estar está disposto a uma utilidade?<sup>15</sup>

<sup>12</sup> Cf. especialmente MUDDE, Cas. Populismo a ocidente. In **Ter Opinião**, Lisboa, n.2, 2016.

<sup>13</sup> Esta é a noção à proposito que incorpora o populismo islâmico, “por lo que el modelo se adapta muy bien a la tradicional división que hacen los islamistas entre impuros (kafir) y virtuosos (anbiyaa). Entre los últimos, solo los mensajeros de Dios (rasul) alcanzan el máximo grado de perfección, por estar dotados de una serie de cualidades como la inocencia (ismat), la confianza de Dios (imanat), la inteligencia (fitamat), la sinceridad (sidiq) o el cumplimiento de los precep-tos divinos (tablig)”, cf. PRIEGO, Alberto. El populismo islámico: una respuesta no occidental a la globalización, In **Revista CIDOB d’Afers Internacionals** n.119, p. 161-184.

<sup>14</sup> A mensagem está ligada à “vontade do povo”. Cf. MUDDE, Cas. The Populist Zeitgeist, In **Government and Opposition**, n.º 39, 2004, p. 541-563.

<sup>15</sup> O próprio ordenamento jurídico obedece a uma lógica funcional de nível abstrativo maior, quer dizer que os planos de bem comum coletivo costumam estar insertos nas cartas políticas, especialmente neste ambiente de constitucionalismo democrático. Cf. neste sentido CASTANHEIRA NEVES, Antônio. **Metodologia Jurídica: problemas fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

## 2.1 O conceito de Populismo

O *populismo* é uma ideologia política. E neste aspecto, alguns elementos o caracterizam enquanto tal. Ao tempo que lhe conferem forma, o distanciam de outras tipologias encontradas na arena de proposições do jogo político. Ou seja, para sê-lo (populismo), haverá notas próprias que o diferenciarão do liberalismo, socialismo, autoritarismo, totalitarismo, comunismo, facismo... entre outros “ismos”. Entretanto, isto não exclui a assimilação do primeiro conceito com os demais. Embora haja contornos próprios, referidos a seguir, a ideologia populista encontra-se em atuação, geralmente, com outras modalidades de exercício do poder, que de tudo conformam a caracterização já dos ditos tipos desformes das formas de governo, conforme lembra Bobbio, num conhecido trabalho<sup>16</sup>. Assim, tem-se em conta que sua efetividade política depende de uma camada envolvente de pressupostos sócio organizados.

O conceito de populismo é bastante fluido, sendo difícil obter consensos metodológicos entre os autores. Uma parte centra-se na escolha das identidades populistas, ou seja, nos elementos que compõem, como se disse, a índole ideológica<sup>17</sup>. Outra prefere um diálogo de segundo nível, e distingue os tipos de populismo, buscando categorizações didáticas<sup>18</sup>.

Mas, em meio a estes significados cruzados, é possível tomar duas ou três notas que se servem para clarear a imagem, e formar um panorama razoável, com características comuns entre as investigações científico-políticas.

Um primeiro ponto, que se apresenta fundamental, é o momento de crise. O populismo “soa” (os argumentos *ad populum*<sup>19</sup>) melhor entre as pessoas quando há instabilidade governamental ou estatal. É bem possível haver uma explicação biológica de melhor

<sup>16</sup> Cf. BOBBIO, Norberto. **A teoria das formas de governo**. 10 ed. Brasília: Editora UnB, 1998.

<sup>17</sup> Cf. especialmente TAGGART, Paul. **Populism**. Buckingham: Open University Press, 2000; MUDDE, Cas. **Populismo – Uma Brevíssima Introdução**. Lisboa: Gradiva Publicações, 2017; CASSAGNE, Juan Carlos. **Estado Populista y Populismo Constitucional**. *Santiago Del Chile*: Ediciones Olejnik, 2019; MÜLLER, Jan-Werner. **Cos'è il Populismo?** Milão: Università Bocconi Editore, 2017; ROBERTS, Kenneth, Neoliberalism and the Transformation of Populism in Latin America: The Peruvian Case. In **World Politics**, n.º 1, 1995, p. 82-116.

<sup>18</sup> Cf. GUERGHINA, Sergiu; MIȘCOIU, Sergiu; SOARE, Sorina, **Contemporary Populism: A Controversial Concept and Its Diverse Forms**. Cambridge: Cambridge Scholars Publishing, 2013; OCIEPKA, Beata, Populism and National Identity. In **Polish Political Science**, n.º 35, 2006, p. 97-107; FONTANA, David, Unbundling Populism. In **U.C.L.A. Law Review**, n.º 65, 2018, p. 1482-1505.

<sup>19</sup> Argumentos *ad populum* são modalidades de argumentos *ad hominem*, conforme lembram Perelman e Olbrechts-Tyteca. Ocorre que os argumentos *ad hominem* são simplesmente qualquer tipo de argumentação, já que “[a]s possibilidades de argumentação dependem do que cada qual está disposto a conceder, dos valores que reconhece, dos fatos sobre os quais expressa seu acordo; por isso, toda argumentação é uma argumentação *ad hominem* ou *ex concessis*”, PERELMAN, Chaïm. OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação: a nova retórica**. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p.125.

fundamentação, mas importa consignar, nos limites deste estudo, que há mais identificadores grupais a aproximar os indivíduos de uma determinada circunscrição comum<sup>20</sup> quando se está em estado de escassez. Com Laclau, “the emergence of populism is historically linked to a crisis of the dominant ideological discourse which is in turn part of a more general social crisis”<sup>21</sup>, ou ainda, mais especificamente, a refratar numa falta de fé com o próprio discurso público e com a classe representativa - elite política (Moffit)<sup>22</sup>.

É exatamente esta a segunda característica que pode ser identificada nas veias discursivas populistas: a presença de um terceiro elemento avesso ao jogo, um “culpado pela crise”, o inimigo. Os discursos *ad populum* ao apelarem para as massas, precisariam de um elemento de identificação para causar a aglutinação desejada<sup>23</sup>. Este bode expiatório costuma estar identificado no *establishment*, a “elite política corrupta” ou outros elementos responsáveis por depreciar a função do Estado, o que Cas Mudde, embora direcionando às correntes de direita, relaciona como “não-nativos”<sup>24</sup>, quer dizer, por evocações xenofóbicas nativistas ou mesmo um certo nacionalismo econômico (fechamento à “exploração” pelo capital externo, mais numa perspectiva de esquerda). A crise justifica-se em alegações irresponsabilizantes.

Por último, e talvez a nota mais marcante, é uma priorização excessiva de contato com as massas. Ocorre que, realizando esta ligação direta, o discurso populista despreza qualquer mediação interlocutória, seja do meio, seja da forma, seja do respeito a coerência com o próprio campo semântico em que trabalha (o populismo rechaça caminhar diante de argumentos políticos ditos “clássicos”, geralmente vem embalado na forma de “algo diferente”, uma “política mais acessível”).

Não raro há alguém catapultado pelas ideias do populismo. Tanto o líder pode carregá-las, como ela – a mensagem – conduzir o *predestinado*<sup>25</sup>. O tema é melhor desenvolvido nos tópicos seguintes.

---

<sup>20</sup> Ou seja, que compartilham identidades.

<sup>21</sup> Em tradução livre, “a emergência do populismo está historicamente ligada a uma crise do discurso ideológico dominante, do qual é parte de uma crise social mais geral”. LACLAU, Ernesto. **Politics and Ideology in Marxist Theory: Capitalism, Fascism, Populism**. Londres: Verso, 2012. p. 175.

<sup>22</sup> MOFFIT, Benjamin. How to Perform Crisis: A Model for Understanding the Key Role of Crisis in Contemporary Populism In **Government and Opposition**, Vol. 50, No. 2, pp. 189–217, 2015

<sup>23</sup> Preferiu-se não desenvolver a temática própria da argumentação. No fundo, o argumento *ad populum* é uma falácia argumentativa. Para a argumentação jurídica, com Perelman, o tema se resolve num argumento ad hominem (diálogo com o auditório-comunidade em crise), a que se incluem as ditas falácias. Cf. PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, 2005, p. 125.

<sup>24</sup> MUDDE, 2017, op. cit.

<sup>25</sup> Ibidem.

Neste ponto há a rejeição aos postulados modernistas, mesmo que não explicitamente. Prescinde-se da legalidade, da liberdade (*life, liberty or property*<sup>26</sup>), e da separação dos poderes, portanto. O Estado de Direito é subvertido pela presença totalizante do Estado. Não pela noção clássica, ao extremo, de “total” enquanto mediação econômica pelo social<sup>27</sup>, mas a presença do Estado, ou do líder que o corporifica no imaginário-consciente coletivo. Se as instituições perdem importância, seu múnus pode ser substituído, readaptado para atender as vontades da ideologia, ou simplesmente descartado.

E o que tem a ver tudo isso com a democracia?

Ora, se a democracia é uma escolha antecipada<sup>28</sup>, e é baseada, segundo o constitucionalismo moderno em dois grandes primados, a saber organização e limitação do poder político e declaração de direitos fundamentais<sup>29</sup>, defender qualquer coisa que vilipendie estes interesses, supostamente dispostos a “equilibrar o poder político”, com Kelsen<sup>30</sup>, é, antes, fazer uma escolha fora das regras do jogo. Para o resumo antecipado que nos interessa, em palavras bastante breves: imagine um baralho. Portanto. Agora o coringa. Imagine, então, utilizar uma coisa qualquer diferente como coringa. E depois, na sua ausência, uma outra coisa como coringa. Daí em pouco, o coringa, que já é uma artimanha atalhista, se transforma em qualquer coisa que funcione para ganhar o jogo. Já deixam de importar o conjunto de cartas, as regras de combinação, a ordem das jogadas, e passam a valer mais as artimanhas que subvertem as regras.

No final, têm-se nesta anedota simplista – e que a brincadeira acima seja encarada simplesmente como recurso didático -, a esquematização de três troças atuais que concorrem contra o Estado de Direito, e importam neste discurso, e fundamentalmente nesta quadra histórica: os discricionarismos<sup>31</sup>, a ideologização política, captada em alguma medida pelo pretensamente inflexível (ideológico-politicamente) poder judiciário, que será vista um pouco

<sup>26</sup> São os paradigmáticos dizeres da quinta emenda à Constituição norte-americana.

<sup>27</sup> Cf. MOREIRA, Vital. Economia e Constituição: para o conceito de Constituição Econômica. In **Boletim de Ciências Econômicas**. v. XIX, Coimbra, 1976.

<sup>28</sup> Cf. DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

<sup>29</sup> Neste sentido, o conceito material de Constituição em BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 80-81; Cf. também a acepção que parece pioneira enquanto “conceito ocidental” de Constituição de SOARES, Rogério. O conceito ocidental de constituição, In **Revista de Legislação e Jurisprudência**, Ano 119, n.ºs 3743 (pp. 36-39) e 3744 (pp. 69-73).

<sup>30</sup> KELSEN, Hans. A Garantia Jurisdicional da Constituição (A Justiça Constitucional) In **Direito Público**, [S.l.], v. 1, n. 1, jan. 2010.

<sup>31</sup> Discricionarismo é um termo amplo adotado para referir discricionariedade judicial, ativismos, decisionismos etc. Também fazem uso Clarissa Tassinari e Lênio Streck. Cf. especialmente o prefácio deste à obra, e propriamente esta, de TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.

mais detidamente agora, e, por fim, uma esquematização própria, decorrente desta, a ser reconhecida como *populismo judicial*. Um mal que não partiu de dentro, mas que insiste em fazer morada na casa da jurisdição.

## 2.2 Populismo e circunscrição histórica

Não faria sentido para este estudo delongar-se nas experiências tachadas como populistas ao longo da história. Importa, antes, observar os resultados sócio-característicos atribuídos pelos pesquisadores e investigar alguns motivos pelos quais o fazem. Isto pelo fato de que, dissociando-se de apegos cronológicos, parece que uma parte da doutrina política tem ido em busca de flexibilizar os critérios, e apontar para experiências populistas de maneira menos restrita. Isso oportuniza para o presente estudo um leque mais amplo de testes históricos que poderão ser citados, e, então, relacioná-los à constatação principal sobre os motivos de insurgência populista no Brasil. Posteriormente, a “vocação” (obviamente com reducionismo sem má-f <sup>32</sup>) que o país carrega para atrair-se pelas propostas simplificadoras de ideologias com respostas prontas.

Foi dito que o populismo se estabelece, ganha impulso, em momentos de crise. Pois bem. Um autor romeno propõe uma reclassifica o interessante. Para Sergiu Mi coiu existem dois modelos dissociados de populismo, um clássico, e outro avançado<sup>33</sup>. O primeiro é caracterizado por reivindica es políticas, e tem uma correla o muito próxima de momentos “fundacionais”, aproveitando-se de “momentos constitucionais” para apoiar outras ideias, que, inflamadas pela evoca o da “vontade do povo”, num momento particularmente emotivo, seriam mais facilmente assimiladas. Tem estes um caráter “constituvista”, com o neologismo que autor sugere<sup>34</sup>.

O segundo tipo é relacionado com momentos de crises diversas, mas não com postula es de profundidade fundacional; quer dizer, apoiam-se em políticas de governo, embora com adventos supostamente revolucionários. Por isso, escorados pela como o de

---

<sup>32</sup> Evidente que nenhuma sociedade possui “voca es” para mazelas sociais. Assim, seria condenar os históricos conflituosos do povo do oriente médio, ou a miséria africana, e simplesmente esquecê-los como comunidade humana, e com olhar solidário.

<sup>33</sup> MI COIU, Sergiu. From populism to neo-populism? Empirical guidelines for a conceptual delineation. In GUERGHINA, Sergiu; MI COIU, Sergiu; SOARE, Sorina. **Contemporary Populism: A Controversial Concept and Its Diverse Forms**. Cambridge: Cambridge Scholars Publishing, 2013. p. 17.

<sup>34</sup> *Ibidem*, p. 18.

instabilidade econômica ou social (quando não mescladas para ganhar força argumentativa, na prática ocorrendo apenas uma delas), os populismos avançados tomam o poder, por via democrática, e se estabelecem numa plataforma caracterizadamente segregacionista (discurso de tipo *nós e eles* – a elite corrupta, como dito).

David Fontana, cientista político alemão, propõe os modelos de *unblinded populism* (populismo desagregado) e *bunded populism* (populismo agregado)<sup>35</sup> que parecem se assemelhar bastante às proposições de Mişcoiu, já que a primeira tipologia se refere a uma espécie de reivindicação por reconhecimento de direitos políticos, enquanto o segundo já relaciona a luta popular contra a elite corrupta, com aspectos de xenofobia e autoritarismo. De modo ainda bastante parecido, faz Beta Ociepka, distinguindo populismos cívicos de étnico-nacionalistas<sup>36</sup>.

Os exemplos colocados pelos autores são, nomeadamente, no primeiro caso, o *bonapartismo*, o *nasserismo*, no Egito, e o *bolivarianismo*, na América Latina. Na segunda tipologia, ficam os exemplos recentes relacionados às ditas “crises de democracia”, como o Brexit, no Reino Unido, o governo republicano de Trump, nos Estados Unidos, ou os populismos de esquerda e direita no Brasil.

Mişcoiu oferece um quadro comparativo com as características distintivas do populismo dito “clássico” do “avançado” (ou “neopopulismo”, na terminologia que propõe)<sup>37</sup>:

Critérios de Comparação	Características do “populismo clássico”	Características do “populismo avançado”
Identidade Popular	Formação do Povo	Mistura de identidades
A perspectiva populista no passado	A sacralização do passado glorioso	A orientação futura sobre a recuperação do passado
Missão	A redenção do povo, transcendentalismo	Acomodação, banalidade reformista
Coerência	Essencialismo, doutrina de entricheiramento	Heterogeneidade, “intertematismo”
Relação do povo com o líder	Admiração, fidelidade	Camaradagem, lealdade condicional

<sup>35</sup> FONTANA, 2018.

<sup>36</sup> OCIEPKA, 2006.

<sup>37</sup> MIŞCOIU, 2013, p. 17.

Comunicação dominante	Direta, mas em relações unidirecionais	Indireta, mas com relações bidirecionais
Lógica do populismo no poder	Consensualismo	“Polemismo”
Força de duração dos seus efeitos	Persistência temporal	Precariedade temporal

### 2.3 Populismo no Brasil: sintomas particulares

Os autores que referiram esta diferenciação também deixam perceber, com outros, que há, apesar da distinção clássico/avançado, desagregado/agregado, ou cívico/étnico-nacionalista, uma circunstância comum a todos os populismos, já adiantada no início deste capítulo: o manejo com/das massas para seu propósito, um que se diga de qualquer interesse-ideal comum.

Além da evocação do *páthos* enquanto elemento identitário (fórmula do “povo”, a se reconhecer da melhor maneira escolhida para agregar o “auditório”-comunidade interlocutora<sup>38</sup>), há que se constatar um mecanismo próprio para alcançar esse objetivo de identificação povo-proposta. Fala-se, então, com Werner Muller, de um “clientelismo de massa”. Significa realizar trocas de favores entre o povo, através de argumentos *ad hominen* e *ad personam*, que, ao contrapor a ideia política, mesmo julgando o mecanismo estabelecido, trabalha dentro dele, como se desse a impressão de ser distinto, coisa nova, quando, em verdade, é o mesmo, só que feito sob a carapuça da novidade “purificada”<sup>39</sup>.

Para Cas Mudde, esta mistura resulta em duas interpretações do populismo: uma primeira centrada no discurso dito *Stammtisch*<sup>40</sup>, que apela ao emotivo, como referido. Uma segunda, se apresenta em forma de políticas oportunistas para agradar as massas (estratégia

<sup>38</sup> PERELMAN, Chaïm; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. 2005, p. 112.

<sup>39</sup> Veja um exemplo de argumento *ad hominen* mesclado com *ad personam* convocado por Perelman e , citando Stevenson: “a) O senhor é duro demais com seus empregados. b) Mas certamente não compete ao Senhor falar assim. Sua fábrica suportaria uma sondagem com muito menos facilidade que a minha. STEVENSON, CH. L. Ethics and Language, p. 127 apud PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, p. 126.

Ou, se quiser, especialmente *ad personam*: “o político A fala de redução de impostos sobre a importação de agrotóxicos” e em resposta, “é fácil quando se tira fotos com latifundiários”; ou “o candidato B não pode falar de combate à corrupção, já que sua irmã está sendo investigada pelo Ministério Público”.

<sup>40</sup> A tradição da “mesa cativa” em tradução livre se refere a uma mesa redonda, em que as pessoas se reúnem para conversar e beber em bares, inclusive sendo utilizada como plataforma de discussão política.

política empregada por um tipo específico de líder que procura governar recorrendo ao apoio direto e não mediado das bases).

Ao fim e ao cabo, isto se transforma num “antielitismo”, que desacredita por princípio qualquer proposta contraposta ao novo *establishment* populista, mesmo que carregue uma eventual razoabilidade dialógica dentro dos mesmos pressupostos.

Aqui, há um problema país de centro/país de periferia<sup>41</sup>: é que este tipo de estratégia se dá melhor em Estados de Direito melhor estabelecidos. Veja, embora a democracia passe por crise, o papel do Direito continua fortalecido enquanto elemento de respeitabilidade e exigibilidade no centro do tecido social<sup>42</sup>.

É diferente do que ocorre no Brasil. Nesta sina própria, a mediação do favor ganha muito mais importância, pois funciona como estratégia atalhista para “simplificar” os processos travados pelo *establishment*. Talvez isto explique porquê políticas populistas soem tão bem no nosso ambiente, e até quando não estão em voga, produzem ecos apoiados no passado.

Antes, é imperioso consignar uma premissa fundamental neste trabalho, e que merece repetição: toda a análise crítica do direito brasileiro precisa, antes de tudo, socorrer-se a critérios próprios. Quer dizer, há uma insuspeita percepção de que os primados do Estado de Direito clássicos (direitos individuais, separação e limitação do poder) são obra das nações hoje ditas “de centro”. Nesta esteira, é evidente que o transplante ocasionado para o globo ocidental deste modelo civilizatório por uma exigência valorativa coagente (justiça social, pluralismo de interesses, solidariedade, autodeterminação etc) presente particularmente após as guerras mundiais, ocasionou uma mudança de eixo brusca na realidade de países com dificuldades práticas profundas em relação ao pretendido *establishment* burocratizante. Esta “mudança de eixo” significa o aparecimento de lógicas práticas que favorecem a adaptação do próprio sistema “real” da sociedade ao sistema-arquétipo virtualizado como premissa pretendida.

Neste sentido, só há propósito em todo debate científico social sobre as realidades vivenciadas, quando o ponto de partida se baseia em investigações particularizadas, num filtro crítico doméstico, referido desde a introdução. Não significa não se valer da convocação de

---

<sup>41</sup> NEVES, Marcelo. **Constituição e Direito na Modernidade Periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro**. São Paulo: Martins Fontes, 2018.

<sup>42</sup> Com Teubner: “La autonomía del Derecho moderno se refiere, en primer lugar, a sus operaciones normativas: éstas se vuelven independientes respecto de la normatividad moral o política. En segundo lugar, la autonomía se refiere a las operaciones cognitivas del Derecho: bajo la presión de las operaciones normativas, las operaciones cognitivas construyen imágenes propias de la realidad y las desplazan lejos de las construcciones del mundo de la vida cotidiana y de las del discurso científico”, TEUBNER, 2005, p. 78.

propostas teóricas dos países centrais, afinal, é costume que, neles, formas democráticas mais satisfatórias são encontradas. Cumpre, antes, estabelecer distancias diferenciadoras entre as razões e os limites dos requisitos funcionais destas teses, para, a partir daí, estabelecer, ou, pelo menos, compreender, os melhores mecanismos de consecução do modelo em localidades culturais distintas.

Em conta disso, também é bom referir que se preferiu uma análise de pressupostos, não de imputações. Quer dizer, no lugar de apontar qual político ou experiência foi populista ou não, faz mais sentido, neste âmbito de pesquisa jurídico-política, atentar-se para os liames que mantêm escoradas as investidas populistas. Mesmo que não as compreendendo em totalidade, afinal só um estudo particular chegaria próximo disso, mas dando pistas que podem ser úteis por agora.

### 2.3.1 O jeitinho brasileiro e a lógica do favor

O jeitinho brasileiro é um elemento básico da comédia nacional. Sua menção na literatura brasileira é recorrente<sup>43</sup>. Embora em caricatura figurativa, é problematizado como questão social séria, que, mesmo geralmente olhado de lado, e verbalizado pejorativamente, é apresentado como marca perene do comportamento social.

Talvez o mais completo estudo sobre “jeitinho” como objeto de pesquisa antropológica resultou no livro de Livia Barbosa, “Jeitinho brasileiro: a arte de ser mais igual que os outros”<sup>44</sup>. O título, já intrigante, provoca uma correlação direta com o ideal moderno da igualdade. Seria o jeitinho um próprio correspondente imperativo de igualdade material realizável nos limites possibilitantes das difíceis interações sociais entre os brasileiros? Não exatamente. Mas a provocação excita outras considerações de igual relevância.

Neste estudo, o “jeitinho” abandona um patamar “folclórico”, de apanágio popular, e é visualizado como instituição “paralegal”, a influir nas resoluções de problemas práticos da vida brasileira incompatíveis com os estratagemas burocráticos do sistema legal moderno<sup>45</sup>. É uma instituição que caminha junto às demais estatuídas pela lei, pois, no seu campo próprio, favorece

<sup>43</sup> Cf. MUNIZ, Larissa Casagrande Faller. **A Configuração Do Jeitinho Brasileiro Em Narrativas Literárias**. 2009. Dissertação (Mestrado em Letras) – Faculdade de Letras, Universidade de Santa Cruz do Sul. 2009.

<sup>44</sup> Segundo Roberto DaMatta, que prefacia a obra. In BARBOSA, Livia. **Jeitinho brasileiro: a arte de ser mais igual que os outros**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2005.

<sup>45</sup> A autora chega a esta conclusão manejando outros escritos referenciais sobre o jeitinho. *Ibidem.*, p. 1-37.

a interação entre racionalidade impessoal do normativo, e as “variáveis exógenas a esses domínios, baseadas em critérios diversos”<sup>46</sup>, que não necessariamente o subdesenvolvimento econômico, como se poderia à primeira vista supor, mas outras, como, por exemplo, a tonicidade personalista do sistema de relações sociais brasileiro.

Ou seja, para além de um fator supostamente dramático dos enfrentamentos problemáticos diários, traduzido na “capacidade de adaptação a situações inesperadas ou difíceis”<sup>47</sup>, o jeitinho torna-se um valor moral próprio, característica identitária social<sup>48</sup>, um mecanismo desenvolvido e atuante no que, aqui com Luhmann, funcionaria na nossa metódica particular de diferenciação sistemática, e simplificação<sup>49</sup>. Quer dizer, a complexidade evocada pela disparidade da fórmula legal do sistema de Estado de Direito moderno, incompreendida efetivamente no sistema real das relações institucionais brasileiras, encontra, pelo jeitinho, um consenso mobilizante e desobstruente. “Ele nasce, justamente, do encontro da regra impessoal com a personalidade do sistema”<sup>50</sup>.

Nesta esteira, é curioso que o “jeitinho” pareça ter se desenvolvido, de início, como uma contraposição ao formalismo, e case tão bem no campo jurídico. Ora, imputar alguém de formalista ou dizer que “o que se aprende na prática nenhum livro ensina” não são os lugares comuns mais populistas da nossa *práxis* jurídica?

A investigação sociológica, apoiada na linguagem cotidiana, por outro lado, tanto aponta para uma presente firma do “jeitinho” quanto do “favor”. O favor, enquanto “meio de relacionar pessoas sem ameaçar a descontinuidade social, já que “num sistema econômico e político de profundas desigualdades”, “os benefícios estão orientados para manter os privilégios”<sup>51</sup>, é construção inicial do antropólogo Roberto Schwarz<sup>52</sup>, que o faz tomando em conta a mesma constatação referida por Roberto da Matta.

---

<sup>46</sup> BARBOSA, 2005, p. 15.

<sup>47</sup> Ibidem, p. 23.

<sup>48</sup> Ibidem, p. 35.

<sup>49</sup> Para Luhmann, de maneira resumida, em sua teoria dos sistemas, estes diferenciam-se de outros por mecanismos específicos. Entre “subsistemas”, é comum haver fenômenos de simplificação, quando um determinado “suprasistema” está demasiadamente complexo. Isso ocorre pela necessidade de especificidade particular de cada novo sistema. “A sociedade torna-se sobrecomplexa porque ela constitui mais possibilidades do que pode atualizar. E ela precisa, correspondentemente, de mecanismos seletivos mais eficazes”, LUHMANN, Niklas. *Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft*. In: *Ausdifferenzierung des Rechts*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1981, p. 130 apud NEVES, 2018, ob. cit., p. 33, nota 142.

<sup>50</sup> BARBOSA, Livia. Idem. p. 16

<sup>51</sup> DAMATTA, Roberto. *A casa e a rua*. p. 83. apud BARBOSA, ob. cit. P. 59.

<sup>52</sup> Cf. SCHWARZ, Roberto. *Ao vencedor as batatas*: forma literária e processo social nos inícios do romance brasileiro. São Paulo: Duas Cidades; Ed. 34, 2000.

Afinal de contas, a disparidade das interações legais no iniciático ambiente social brasileiro não é novidade<sup>53</sup>. Crer o contrário, aliás, é viajar apenas abstrata e utopicamente numa realidade bibliotecária tão distantes quantos os registros dos pensamentos que provocam a respectiva crença. Os ideários modernistas clássicos, como se viu, sequer se adaptam com êxito às realidades dos países centrais, pudera àquelas (estas) outras tão mais distantes.

Quanto ao “jeitinho” e ao “favor”, Livia Barbosa apresenta uma rápida distinção, que também os associa à corrupção, basicamente como se fossem distintos apenas por uma relação de grau.

Uma forma melhor de entender e distinguir essas categorias é pensa-las com um *continuum* que se estende de um polo, caracterizado como positivo pela sociedade e no qual estaria a categoria favor, até um outro, visto como negativo, em que se encontraria a corrupção.<sup>54</sup>(grifo da autora)

Sugere, para facilitação de sua hipótese o seguinte gráfico<sup>55</sup>:

(+)	(+)/(-)	(-)
favor	jeito	corrupção

Nesta incursão particular, entretanto, mais jurídico-social do que sócio-anropológica, as diferenças categoriais serão desprezadas, por dois motivos: o primeiro é o de que só parece haver algum interesse classificatório para a pesquisa antropológica mais acurada, servindo-se nesta correlação com os mobilizáveis da decisão jurídica mais os significantes que parecem pertencer simultaneamente tanto ao favor quanto ao “jeitinho”; em segundo lugar, no ambiente jurídico próprio, as diferenças de tratamento são relativizadas por uma aproximação não de equivalência hierárquica, mas de diferenciação hierárquica. Parece que, neste ambiente que aqui se compartilha (a teoria e a prática do jurídico), o “efeito de equivalência” que o jeitinho opera para aproximar moralmente as pessoas ressoa através de valorizações qualificatórias no

<sup>53</sup> Chamar de iniciático não é criticar a tradição cultural e aliar-se às análises quase distópicas que o direito tem sofrido diuturnamente. É consignar a condição introdutória do arranjo social brasileiro frente aos modelos clássicos pensados na Europa e Estados Unidos. Se a comparação direta for feita a estes, como exigências-arquétipo, certamente a distância nacional será imensa. Cumpre, ao contrário, reverter a diferença com filtros críticos – novamente – que levem a sério a identidade particular do ambiente em análise.

<sup>54</sup> BARBOSA, Livia. 2005, op. cit. 42

<sup>55</sup> Ibidem, loc. cit.

discurso jurídico (Vossa Excelência, insigne magistrado, Senhor Doutor Advogado, o “festejado doutrinador” etc), como se verá em seguida.

De tudo, e já utilizando como enfeixo “jeitinho e a lógica do favor” para esta anotação, Livia Barbosa oferece um sintagma geral sobre o “jeitinho”, dimensionando sua identificação, idioma (linguagem) e domínios próprios. Pode-se dizer em três pontos, a seguir.

*Primeiro*, o que é o jeitinho? Talvez este ponto seja o mais importante da discussão, não pela obviedade do significado. Mas porquê esta noção implica necessariamente um juízo. Explica-se.

O jeitinho precisa de um “acontecimento imprevisto e adverso”<sup>56</sup> para revelar-se no horizonte de possibilidades decisórias como essa “maneira especial” de resolução, manifestada como “burla a alguma regra ou norma preestabelecida” ou sob “a forma de conciliação, esperteza ou habilidade”. Assim, o jeitinho é dependente da situação, de uma “ocasião” problemática<sup>57</sup>.

*Segundo*, o domínio-ambiente no qual o “jeitinho” ou a lógica do “favor” trabalha(m). O nível ontológico pelo qual é revelada sua esquematização “atalhada”.

Esta constatação se justifica, à primeira vista, pela presença engendrada das ferramentas de mediação estatal na vida do indivíduo. Quer dizer, a companhia burocrática do público é conhecida entre os brasileiros. Não apenas pelo legado desenvolvimentista sob a forma de economia social<sup>58</sup>, mas especialmente por uma configuração relativamente paternalista<sup>59</sup> que faz o Estado avocar muitos serviços básicos, seja pela herança ou pelo estímulo à realização de direitos sociais, encarregando a pessoa de uma recorrência logístico-dialógica diária com os ditos “serviços públicos”, por vezes prestados morosa e insuficientemente. “(...) o Estado deveria atuar apenas como mediador dos conflitos de interesse, mas ele se torna a encarnação dos princípios hierárquicos e holistas, separando-se inteiramente da sociedade”<sup>60</sup>.

Neste sentido, o jeito aparece como recurso desburocratizante. O jeitinho é um desvio alternativo, criado pelo próprio sujeito no *terreno* do problema, ele antecipa as soluções e

---

<sup>56</sup> BARBOSA, 2005, p. 45.

<sup>57</sup> Ibidem, loc. cit.

<sup>58</sup> BERCOVICI, Gilberto. O ainda indispensável direito econômico. In **Direitos humanos, democracia e república: homenagem a Fábio Konder Comparato**, 2009.

<sup>59</sup> BARBOSA, Livia. Idem. p. 29.

<sup>60</sup> Ibidem. p. 46.

resolve o conflito burocrata de maneira breve e, aparentemente, com a mesma funcionalidade da via estatal preestabelecida.

Enquanto a máquina burocrática é teoricamente racional, impessoal, anônima, e faz uso de categorias intelectuais, o *jeito* lança mão de categorias emocionais. Com os sentimentos, estabelece um espaço pessoal no domínio do impessoal. E sua estratégia depende de fatos opostos ao da burocracia como: simpatia, maneira de falar etc.<sup>61</sup> (grifo da autora)

Entretanto, posteriormente a autora acaba por verificar situações não necessariamente burocráticas nas quais o jeitinho é utilizado de expediente para “adiantar o processo”, como filas, por exemplo. Todavia, remanescem, mesmo nestas ocasiões, uma característica própria: o apelo a recursos de fala emotivos, e a linguagem contextual utilizada.

Então, em *terceiro*, são significativas a linguagem simbólica e a técnica linguística com a qual o jeitinho acontece.

Na pesquisa que a autora realizou, alguns símbolos estiveram muito presentes, especialmente a maneira de falar e a posição social, representada por elementos igualmente simbólicos como *status* e modo de se vestir ou – acrescenta-se - a presença de algum item denotativo de poder financeiro (um carro mais luxuoso ou um celular caro, se quiser).

No primeiro caso, existe um liame simples a aproximar as pessoas, tornando-as mais equivalentes e compassivas para o sentimento alheio, e, portanto, dispostas a conceder o “jeitinho”: a locução de tratamento. Ocasionalmente, “meu querido(a)”, “meu/minha amigo(a)”, e daí por diante. No ambiente jurídico, entretanto, é mais comum um apelo elogioso a quem se dirige a fala. É comum perceber saudações exageradas dirigidas a magistrados ou a palestrantes conhecidos, por exemplo. No tribunal do júri, os advogados apelam para o conselho de sentença utilizando locuções de sobrevalência da sua função, chamam os jurados de “senhores juízes do povo”, ou “Doutor fulano”, ao dirigir-se a alguém do júri. Sem falar nas saudações iniciais, em sustentações orais, que por vezes custam mais tempo do que a própria informação postulatória a ser informada.

Assim, a exigência hierárquica é quebrada através da pessoalidade do discurso. Ou, no ambiente “prático” do direito (incluindo ambientes de debate teórico, mas quando a fala é dirigida a alguém em específico), a demonstração hierárquica é que aproxima um sujeito do

---

<sup>61</sup> BARBOSA, 2005, p. 46.

outro em aparente “sujeição”, isto porque o ambiente próprio já é excessivamente hierarquizado.

Os sistemas de aparente formalidade/burocracia cedem à equivalência personalista que cativa as pessoas, aproximando-as e comovendo suas zonas de decisão. Fica mais fácil tratar com mais compaixão aqueles a quem se conhece. É o que a autora denomina de “individualismo seletivo”<sup>62</sup>.

Em segundo, a posição de poder no Brasil é vista em conotação negativa. Ao fazer um paralelo com o sistema meritocrático norteamericano, influenciado pela ideologia da reforma protestante (assim como na Inglaterra), “os bens materiais não são vistos como culpa, mas como recompensa pelo trabalho duro e bom desempenho da pessoa”<sup>63</sup>. Portanto, “não é motivo de escusa ou justificativas”. Já no Brasil, este êxito material evoca sintomas negativos, o que a autora sugere estarem relacionados a uma influencia da educação-tradição católica de, mais do que rejeitar, atribuir características morais negativas ao sucesso material. “O rico foi bem-sucedido do ponto de vista material, portanto, não deve sê-lo moral e espiritualmente”<sup>64</sup>. Desta maneira,

Um rico que se comporta de acordo com a imagem do que seja uma pessoa rica é caracterizado negativamente, embora seja visto de forma positiva caso se comporte como se “não fosse rico”. Admitir o sucesso de forma clara e agressiva, seja de que tipo for, não é bem-visto.<sup>65</sup>

“Isso permite que as pessoas se compensem, acionando diferentes sistemas de valores”<sup>66</sup>. Assim, a compensação se dá entre posições diferentes entre sistemas: “quem está numa posição inferior num sistema estará no outro numa posição superior”<sup>67</sup>, numa entonação depreciativa muito marcada por valores preconceituosos que ainda são carregados na tradição, “pobre, mas honesto”, “rico, mas antipático”, “vota no candidato Cicrano, mas é boa pessoa” etc.

A maneira de falar tem a força que nenhum outro fator possui. Essa não vem necessariamente da solidez do argumento, da beleza do discurso, mas do conjunto de valores que deixa entrever.<sup>68</sup>

---

<sup>62</sup> BARBOSA, Livia. 2005, op. cit., p. 152.

<sup>63</sup> Ibidem, p. 51.

<sup>64</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>65</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>66</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>67</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>68</sup> Ibidem, p. 59.

Assim, o jeitinho funciona antes como um expediente de pretensão universalizante para driblar o sistema formalista, realizado sobre condições de equivalência aparente.

Logo, a “técnica” é produzir um contato direto entre quem necessita do jeitinho e quem pode conceder, isto acontece por um marcado apelo ao *páthos* do interlocutor, envolvendo-o no problema do outro, como se dele fosse ou pudesse fazer parte. A autora chega a ilustrar com a dificuldade do brasileiro em dizer “não”<sup>69</sup>. Assim, em outras sociedades, o que seria caracterizado como “frieza” ou “ausência de empatia/calor humano” são só maneiras de se comportar conforme regras sociais mais racionalizadas<sup>70</sup>.

De tudo, surge para o presente trabalho uma alegação conclusiva bastante importante, a servir posteriormente na delimitação-escolha do que configuraria um modelo de “juízo” – ou, se quiser, “justiça” – populista. Refere-se à característica de antecipar resoluções problemáticas compelidas por uma qualquer pressão argumentativa de grupo, com interesses que envolvem mais do que uma parte individualizada, a soar como maiorias, ou, como exigência equivalente indispensável. Além disso, dois caracteres muito peculiares resultam, no Brasil, numa reconfiguração da prática jurídica: a tentativa de igualizar personagens, provocando a atenção do julgador para emoções próprias sofridas, desconsiderando os elementos sistemáticos coerentes, o que acaba por resultar num manejo argumentativo sem hierarquia criterial; e a quebra – ou tentativa insistente – da impessoalidade do sistema, seja conduzindo o julgador a “sentir” a dor de quem postula (note-se como a afirmação pode ser condenada de pronto como “formalista”), ou, por quem julga, a preterir o comportamento institucional, bradando compreensões cognoscitivas personalistas, conforme a “própria consciência”.

Por ora, deixar-se-ão suspensas estas informações. Serão recolhidas adiante, durante um diálogo caracterizador do “juízo populista”.

---

<sup>69</sup> BARBOSA, Livia. 2005, p. 53 e 54.

<sup>70</sup> Ibidem, p. 155.

### 3. Populismo e poder judiciário: contramajoritariedade ou “guardião da vontade popular”?

#### 3.1 Apreensão do conceito populista: os olhos também veem

Talvez o momento mais expressivo do populismo judicial brasileiro tenha sido a adoção da terminologia “inimigo do povo”, em um comentário inconformado do Ministro Edson Fachin, do STF, sobre a decisão da Segunda Turma da Corte em não manter as medidas de prisão de dois réus da operação Lava Jato. Nesta ocasião, o Ministro, relator da operação no STF, foi voto vencido quanto a revogações de prisões provisórias perpetradas no âmbito da primeira instância da operação.

No dia seguinte, ao comentar com jornalistas as decisões tomadas pela Segunda Turma no dia anterior<sup>71</sup>, Fachin disse que havia saído de lá com vontade de reler o livro de Henrik Ibsen, “O inimigo do povo”<sup>72</sup>.

Nesta obra, um médico norueguês se vê constrangido em denunciar um descaso de contaminação das águas medicinais de um balneário da cidade, possibilitadas por engenhos corruptivos das autoridades locais. O médico fica indignado quando começa a perceber que os meios de comunicação também sofrem de um enviesamento corrompido, e fazem bastante para obscurecer a divulgação da denúncia, além de ser utilizados contra ele, provocando nas pessoas sentimentos de repulsa, fazendo com que lhes dirijam intimidações a si e à sua família, além da alcunha de “inimigo do povo”. Isto culmina com a revolta do protagonista à própria democracia, indignado com a falta de esclarecimento das pessoas em deixar-se levar pela “mentira” manipulada pelos órgãos de poder e pela mídia.

O curioso nesta famosa peça é a identificação de um posicionamento autoritário já subjacente, a partir das destemidas insurgências do protagonista. Quer dizer, a democracia não pode prescindir de asserções que se pretendam verdadeiras, mas cabe à deliberação coletiva tomar a decisão sobre o bem coletivo<sup>73</sup>. Assim, o médico, nesta obra literária, acaba representando uma maneira antidemocrática de lidar com o problema da verdade, que é então uma das provocações centrais do texto.

<sup>71</sup>EL PAÍS. Fachin e Um inimigo do povo. In **El País**. Abril de 2017. Disponível em: <[https://brasil.elpais.com/brasil/2017/04/29/actualidad/1493484225\\_800335.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2017/04/29/actualidad/1493484225_800335.html)>. Acesso em 23 de maio de 2021; GLOBO. Fachin cita 'Inimigo do Povo' ao comentar derrota na tentativa de manter prisões. In **Globo**. Disponível em: < <https://g1.globo.com/politica/noticia/fachin-cita-inimigo-do-povo-ao-comentar-decisoes-da-lava-jato-em-que-foi-derrotado-ao-tentar-manter-prisoas.ghtml>>. Acesso em 23 de maio de 2021.

<sup>72</sup> IBSEN, Henrik. **Um inimigo do povo**. Porto Alegre: L&PM, 2001.

<sup>73</sup> DALAQUA, Gustavo Hessmann. Democracia e verdade: uma defesa contingente da democracia epistêmica. In **Rev. Bras. Ciênc. Polít.**, Brasília, n. 22, p. 191-232, Apr. 2017. p. 225-226.

Neste sentido, a utilização da acepção e a correspondente internalização aparente que fez o Ministro - não exatamente voltando-se contra, mas inconformado com o posicionamento não populista do plenário - não representa, por isso mesmo, um marco histórico, mas somente a constatação da metodologia – ou racionalidade – já vivenciada pelo judiciário brasileiro.

Para a presente investigação, outros acontecimentos significativos é que podem revelar uma suposta “viragem” do posicionamento da Corte máxima ao que se caracteriza aqui como “juízo populista”. Mas não só há juízo de torcida no STF, claro. Entretanto, a ênfase quanto a sua posição topográfica dá-se exatamente em virtude da parametricidade que lhe reveste. Explica-se.

Desde os marcos a ser confrontados a seguir, o Supremo Tribunal Federal não só alçou ainda mais uma posição de supremacia no judiciário brasileiro – quer dizer, no Brasil, além dos poderes federativos (Legislativo, Executivo e Judiciário das três esferas de poder, da União, Estaduais, e Municipais), há uma superconcentração de atenções aos poderes da união, certamente devido a escolhas constitucionais – ponto que será desenvolvido especialmente quanto a posição primacial do STF no novo arranjo político de 88 -, que ofuscam a realização governativa das outras “instâncias” (são tidas mesmo como níveis), modificando o sentido de federalismo cunhado na Constituição norteamericana, de onde o modelo surgiu.

Isto resultou, hoje especialmente, numa federação governada por três poderes federativos, que ocupam a maior parte dos noticiários, quer federais, Estaduais ou Municipais. Assim, tudo que ocorre “em cima” tem reflexos, se não práticos, ao menos simbólicos nas esferas “de baixo”.

Nesta esteira, o Supremo Tribunal Federal, especialmente depois da EC 45/2004 - a “Reforma do Judiciário” -, que reuniu uma série de funções sobre si, inclusive cumulando ao Presidente da Corte a função de Presidente do CNJ, órgão responsável pela função atípica do judiciário – “administração da justiça” e dos tribunais -, além da controvertida adoção de um sistema vinculante de súmulas, procurando-se assemelhar ao “*stare decisis*” do common law<sup>74</sup>, proporcionou, sem dúvidas, a completa centralização das atenções, que se já não eram relativamente grandes, já que o programa da Constituição de 1988 concentra um Tribunal Constitucional em abstrato com Corte máxima de recursos, aumentaram mais, para um órgão agora definitivamente essencial à operação da justiça brasileira.

---

<sup>74</sup> Cf. STRECK, Lênio. **Jurisdição Constitucional**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

Assim, embora seja possível vislumbrar decisões de torcida em outras instâncias do judiciário, especialmente em casos ditos de *imbricação política acentuada*, como é o caso da operação Lava Jato, será no Supremo Tribunal que a maior parte de extratos decisórios nomeadamente significativos para a reconstrução dos fundamentos racionais e seu impacto na vida das pessoas estará concentrado<sup>75</sup>.

### 3.2 Supremocracia e a popularidade do plenário “mais visto do Brasil”

O primeiro termo é cunhado por Oscar Vilhena Vieira, num conhecido artigo que o carrega como título. Ao contrário da primeira conotação pejorativa que virá em mente, *supremocracia* é um dizer crítico muito menos dissertativo do que descritivo.

É que, com isto, se reflete a escolha constitucional realizada em 1988 com a concentração de mais poderes no Supremo Tribunal Federal, como já iniciou-se referindo acima. Conforme Leda Boechat Rodrigues, citada por Vieira, desde Dom Pedro II, havia um interesse em transferir as funções de resolução de conflitos institucionais atribuídas ao Poder Moderador à uma Corte Suprema<sup>76</sup>. Rui Barbosa, saudado jurista e mente influente na feitura da primeira Constituição republicana, teria clamado “O Supremo Tribunal Federal está de vela, na cúpula, do Estado”, internalizando aquela pretensão imperial.

Entretanto, o curso democrático do rio institucional brasileiro desaguado no arranjo político de 1988 percorreu pontos acidentados. Nesta corrente, até o Exército cumpriu a função de moderação institucional, refere Vieira, citando Alfred Stepan.

Apenas com a “Constituição Cidadã”, centrada em um processo amplo, concorrente e variado de interesses influentes que, desde movimentos sociais de base até lobbys corporativos, estabeleceu-se, na forma final de texto, um plano ambicioso que visava a própria transformação da sociedade, é que acontece esta centralização de incumbências de realização nas mãos de um Tribunal.

Este tipo de estratégia político-organizacional, na verdade, foi bastante comum se vislumbrado a partir do ambiente pós-guerras. As constituições forjadas dali então tomavam

---

<sup>75</sup> Tanto é, que, assim como na citada EC 45, repetido legalmente pelo CPC 2015, instituiu-se o requisito de admissibilidade de recursos extraordinários denominado “repercussão geral”, que condiciona a aceitação do caso ao nível de significância coletiva do julgado.

<sup>76</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-463, Dec. 2008. p. 445.

uma tônica reativa a tudo que pudesse receber influxo de política de massa, rompiam com a “tradição rousсенiana de soberania popular”<sup>77</sup>. Aliado a isto, outras Constituições, muito simbolicamente, adotaram a forma de “plano societário” na qual serviriam para anunciar uma nova aurora no comportamento não só das instituições, mas de modo intrusivo na vida da comunidade. Isto porquê, além de adotarem rols robustos de direitos humanos-fundamentais de várias dimensões, bem como mecanismos para exigi-los ao Poder Público, incluíram fórmulas particulares de normas constitucionais dispostas a definir expectativas a ser realizadas pelo Estado. Espécies de metas a serem alcançadas pelas instituições que refletiriam uma sociedade idealizada, recheada por valores reconhecíveis como importantes para o bem-comum. É o que a doutrina chama de “normas programáticas”. Ou seja, seriam estas cartas, “pactos de transição” da sociedade, nas palavras de Vieira. Assim, não raro, estas constituições contemplavam “potentes tribunais constitucionais”<sup>78</sup>, tanto a servir para dar resposta à concretização daqueles direitos estabelecidos, quanto a tomar muito precisamente para si a incumbência de também realizar os planos, agora em formato de normas, programáticos<sup>79</sup>.

O fato é que, se a diferença de condições societárias para a realização tanto das escolhas de direitos (riqueza axiológica da Constituição) quanto às metas programáticas fosse muito distante destas mesmas exigências normativas, embaladas pelo argumento já impreterível da *força normativa da Constituição* (Hesse)<sup>80</sup>, ocorreria um evidente problema de concretização a resultar numa crise constitucional, já anunciada por Bonavides pelo neologismo “inconstitucionalidade”. Quer dizer, a impossibilidade de a Constituição refletir o plano social que engendrara (“inconstitucionalidade fática”<sup>81</sup>).

Neste sentido, para uma determinada corrente, esta expansão nominada por Vieira de *supremocracia* é “uma decorrência da retração do sistema representativo e de sua incapacidade de cumprir as promessas de justiça e igualdade inerentes ao ideal democrático”<sup>82</sup> fomentados por estas “constituições contemporâneas”.

Uma outra corrente, reconhece a expansão (im)pertinente dos domínios decisórios dos tribunais constitucionais quanto aos fins do Estado estabelecidos pela Constituição (não só brasileira, mas com experiencias paralelas em planos comparados) é resultado de uma exigência

---

<sup>77</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. 2008, ob. cit., 444

<sup>78</sup> Ibidem, loc. cit.

<sup>79</sup> Cf. ATIENZA, Manuel. **Curso de Argumentacion Jurídica**. Madrid: Trotta, 2013.

<sup>80</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. *A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional*. 1 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 164.

<sup>81</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 391.

<sup>82</sup> VIEIRA, ob. cit., p. 443.

de “sistema de mercado em plano global”<sup>83</sup>. Para esta doutrina, ligada a uma compreensão econômica do constitucionalismo, a demanda de investidores externos por segurança jurídica e previsibilidade de ambiente econômico convocaria para o judiciário às atenções da manutenção de marcos normativos mais estáveis, em verdade induzidos por uma noção clássica da concretização normativa (judiciário como poder que “aplica a norma” ao caso, dentro da lógica formalista subsuntiva).

É desta última que deriva o termo “juristocracia”, por Hirschl<sup>84</sup>, e que inspira a terminologia adotada por Vieira, lembra o autor<sup>85</sup>.

Para este trabalho, é especialmente paradoxal notar que os mecanismos “anti-populismos” acabaram por gerar exatamente a concentração de temas “de massas” no Poder que serviria de blindagem, o judiciário.

Nesta presente abordagem, é possível elencar quatro marcos históricos, decisórios e legais, que confirmam prognóstico acima referido. Mais que isso, apontam diretamente para o fortalecimento deste quadro localizado em comportamento institucional *ad populum*, e por vezes, mais adiante, em decisões de torcida.

### 3.2.1 Julgamento sobre o primeiro processo de Impeachment

Ao contrário de outras cortes constitucionais, o Supremo parece não ter adotado de imediato (próximo a 1988) o posicionamento programado a si dirigido pela Constituição. Isto também tem uma razão em específico, para além da simbologia cautelosa da magistratura e da reserva dos operadores jurídicos quanto às exposições midiáticas.

É que o Supremo Tribunal Federal é um órgão pré e pós Constituição de 1988. Quer dizer, o Tribunal Constitucional brasileiro não foi feito a partir de 1988, mas sim, lhe foram ampliadas tarefas desde 1988. Antes disso, o Supremo, que cumulava funções hoje competidas ao STJ – julgamento recursal de casos com arguição de violação de norma federal -, era um tribunal constitucional pouco visitado, seja por duas razões: uma legal, que condicionada às arguições de constitucionalidade à competência postulatória do Procurador Geral da República;

---

<sup>83</sup> VIEIRA, 2018, op. cit., p. 163.

<sup>84</sup> Cf. HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

<sup>85</sup> *Ibidem*.

uma segunda, prática, pois o período militar havia suprimido de tal maneira o conteúdo material de direitos constitucionais, que as matérias tratadas eram exíguas, e apenas raramente levantavam dúvidas a ser levadas ao STF.

Neste aspecto, é que, na esteira de uma orientação constitucionalista desconfiada do legislador<sup>86</sup>, como referido, a Constituição de 1988 concentra algumas funções no âmbito institucional do próprio STF, demandando deste uma função precípua de equilíbrio pactual. Assim, pode-se dizer que a Constituição de 1988 confia bastante no Supremo.

Com isto, há três âmbitos de decisão que o Supremo exerce pós-1988, nomeadamente, a de Corte máxima de recursos (*judicial review*), Corte Constitucional de jurisdição Concentrada (Tribunal *ad hoc*<sup>87</sup>), e foro originário de altas autoridades da República<sup>88</sup>.

Para uma Corte que não respondia a demandas políticas, contidas na estratégia autoritária do período militar nos campos do Executivo e do Legislativo, menos deste que daquele, quando não apenas daquele, a inauguração da sua “multifuncionalidade” com o resolvimento de dúvidas quanto ao processo de impeachment no primeiro mandato executivo da jovem democracia brasileira foi, sem dúvidas, um desafio inaugural não muito confortável.

Naquela oportunidade, havia uma dificuldade procedimental para o andamento do processo de impedimento. É que a Lei do processo de impeachment resultava da vigência da Constituição de 1946 (Lei n 1079/1950), e dispunha sobre especificidades procedimentais incompatíveis com a organização parlamentar de 1988<sup>89</sup>.

Diante destas dificuldades, o presidente da Câmara dos Deputados à época, Ibsen Pinheiro, resolveu propor um novo procedimento, desde um somatório de regras de textos normativos distintos, como a Constituição, a lei de 1950, e os regimentos internos das casas do Congresso Nacional, o que chegou a ser chamado de “Lei Ibsen”. É claro que isto abriu a oportunidade da contestação judicial já no âmbito do Supremo Tribunal, levando a uma enxurrada de ações originárias na Corte referentes às dificuldades do parlamento de julgar o impeachment por inadequações procedimentais<sup>90</sup>.

Assim, o Tribunal caracterizadamente deferente ao campo de demandas políticas, passou a ter que manejar vetores decisórios não antes confrontados. Para conjugar a atipicidade

---

<sup>86</sup> VIEIRA, 2008, p. 446.

<sup>87</sup> Cf. STRECK, 2019.

<sup>88</sup> Cf. VIEIRA, 2018, p. 167-170.

<sup>89</sup> Ibidem, p. 183.

<sup>90</sup> Ibidem, p. 184.

desta experiência, o julgamento do impeachment ocorreu na primeira oportunidade televisada de audiência do Supremo<sup>91</sup>. É certo que todas as atenções estavam voltadas ao Tribunal naquele dia.

Para alguns estudiosos, por todos, Canotilho, a coabitação de um sistema televisivo para a Justiça Constitucional não seria a melhor escolha<sup>92</sup>. A desconfiança “conservadora” do professor português, nas suas palavras, se dá por aparentes duas razões, uma de perturbação da “espontaneidade do argumento e do contra-argumento”<sup>93</sup>; segundo, de se estar exposto a um “sistema de publicidade crítica”<sup>94</sup>. Ou seja, mais do que uma crítica técnica, se recebe uma crítica política, submetida à opinião pública. Quer dizer Canotilho, de maneira direta e um pouco mais coloquial, que nesta biqueira da exposição midiática não dá para não se molhar.

Evidentemente, o crivo decisório que deixa o escrutínio da crítica especializada, pois as pessoas realmente não se interessam na leitura de páginas e páginas de um julgado - quer pelo desinteressante conteúdo específico e técnico para quem não é do meio jurídico, quer, por isto mesmo, pela truncada linguagem empregada -, passa então para a opinião pública. Com isto, gradativamente (apenas é uma hipótese levantada, que precisa ser aprofundada): a) o discurso jurídico parece precisar aderir a, pelo menos uma aproximação lexical mais popular (no sentido mesmo de assertivas mais coloquiais), o que pode ser confrontado quando se compara empiricamente trechos jurisprudenciais ou doutrinários de 30 anos com os de hoje; b) o ambiente de reserva do labor processual, de excepcionar argumentos para o âmbito dos autos, inevitavelmente não consegue ficar incontido, porquê confronta com a própria missão informativa da mídia, e com uma exigência, para este estudo, exagerada sobre a “publicidade das decisões”. Explica-se.

É que, se fossem acolhidas as propostas de Vieira<sup>95</sup> e de Rodriguez<sup>96</sup>, as decisões acordadas em tribunais exaradas pela Cortes, inclusas num só documento, conciso e racionalizado, certamente conferiria à análise técnico jurídica maior precisão (a reconstrução

---

<sup>91</sup> VIEIRA, 2018, p. 185.

<sup>92</sup> Cf. a entrevista com o professor português, CONJUR. Canotilho defende segundo julgamento em causas penais. In **Revista Consultor Jurídico**, 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-nov-24/canotilho-reus-mensalao-razao-pedir-segundo-julgamento>>. Acesso em 03 de maio de 2021.

<sup>93</sup> Idem.

<sup>94</sup> Idem.

<sup>95</sup> Cf. as conclusões em VIEIRA, Oscar, 2008.

<sup>96</sup> Cf. a obra irreverente de RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes? : Para uma crítica do Direito (brasileiro)**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. Livro vencedor do “prêmio Jabuti” edição 2014.

racional dos argumentos – ponto a ser enfatizado adiante), bem como proporcionaria maior reserva da Corte a opiniões populares ocasionais e intranquilas.

Esse receio quanto à exposição de Cortes Supremas vem, não menos, de dentro mesmo. Os ex-presidentes do STF e da US Supreme Court, Moreira Alves e Anton Scalia, já se posicionaram a este respeito<sup>97</sup>.

Além deste episódio, um outro, não muito tempo depois, convidou o STF para, ainda mais, responder demandas de entrincheiramento político.

### 3.2.2 Ampliação do rol de legitimados nas ações constitucionais

As leis 9.868/99 e 9.882/99, e a Emenda Constitucional 03/93, ampliaram significativamente o rol de legitimados a propor ação abstrata de inconstitucionalidade, instituindo a ação declaratória de constitucionalidade (no caso da Emenda) e disciplinando, nas referidas leis, as demais ações abstratas<sup>98</sup>. Assim, além, os legitimados para as demais ações de constitucionalidade passaram a ser os mesmos da Ação Direta de Inconstitucionalidade, no total de 9 hipotéticos arguentes em abstrato. Mas, afinal, não representaria isto um ganho democrático importante? Quer dizer, maior espaço postulatório, a favorecer demandantes importantes antes excluídos do campo de decisões político-constitucional que lhes interessava? Sim, exatamente. Mas veja-se.

É que esta ampliação acabou por colocar o STF no centro das disputas partidárias, mesmo que de modo indireto. Ressalta Vieira que, não por acaso, os partidos políticos que mais levantaram questionamentos de inconstitucionalidade normativa no STF a partir de destas alterações legais foram os partidos oposicionistas principais durante os governos do Executivo sucedidos desde 1998<sup>99</sup>.

---

<sup>97</sup> Cf. a entrevista do ex-Ministro Moreira Alves, CONJUR. Julgamentos do STF eram mais técnicos na minha época. In **Revista Consultor Jurídico**, 2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-ago-05/entrevista-jose-carlos-moreira-alves-ministro-aposentado-stf>>. Acesso em 04 de maio de 2021.

<sup>98</sup> Excepciona-se aqui apenas a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão, regulamentada pela Lei 12.063/09 que alterou a Lei 9.868/99.

<sup>99</sup> VIEIRA, 2018, p. 170-171.

Além disso, os governadores de Estado têm se utilizado da mesma oportunidade para barrar medidas de antecessores ou das Assembleias Legislativas de seus Estados, e vice-versa, ou mesmo de legislação federal ou de outro Estado que lhes contraponha interesses políticos.

Talvez o primeiro olhar crítico dissesse: “bem, mas isto é excelente para a democracia!”. Bom, ótimo não é. Não pois a democracia não pode significar exercício paternalista da revisão judiciária sobre atos dos principais atores políticos. A democracia, antes, tem de exigir embate argumentativo político no campo da política típica, ou seja, dentro da esfera embativo-dialógica dos poderes Executivo e Legislativo, ou entre eles, sem a necessidade da resolução em prontidão de problemas políticos quase-internos.

Além disso, não foram/são raras as vezes em que o STF, pela escolha constitucional topográfica de resguardar foro originário de determinadas autoridades, serve para a resolução de disputas internas, tendo adotado, nesta medida, na ADI, a explícita postura “*self-restraint*” sobre questões consideradas *interna corporis* levadas por parlamentares inconformados por escolhas políticas.

Nestas ocasiões, inclusive, o Supremo é chamado a resolver alterações em caráter de emergência, por vezes em forma de decisão monocrática, o que também vulnera a imagem do Ministro convidado a quase “opinar” politicamente. Com Vieira, a constatação crítica é de que é possível não existir outra Corte Suprema no contexto ocidental “que faça plantão judiciário para solucionar quizílias que os parlamentares não são capazes de resolver por si mesmos”<sup>100</sup>.

Neste sentido, a exposição política da Corte deriva já de consequências imprevistas das concentradas e prevenidas escolhas constitucionais.

### 3.2.3 Reformas processuais

Em 2004, vem ao ordenamento a Emenda Constitucional 45, já mencionada antes. Esta alteração constitucional tentou, no fundo, ocasionar mudanças que ajudam a consertar dois problemas enfrentados pela Corte Máxima até então: a ênfase da força de suas decisões, por meio de um sistema de precedentes muito inspirado no *stare decisis* do *common law*, e a redução no número de processos chegados até o plenário por meio dos institutos requisitos de

---

<sup>100</sup> VIEIRA, 2018, p. 168.

admissibilidade (repercussão geral – importância coletiva da demanda -, e prequestionamento – matéria debatida pelo recurso já ventilada em instâncias anteriores).

Isto, no fundo, propiciaria um caminho mais tranquilo para a formação de um sistema brasileiro de precedentes, ao tempo que sedimentaria a jurisprudência da Corte máxima, compelindo mais forçadamente a obediência “interna” (vinculação decisória) e “externa” (vinculação administrativa) com os entendimentos da Corte.

Entretanto, só com o Código de Processo Civil de 2015 é que haverá um empenho conformativo mais adequado para pôr em prática – e reorganizar os atropelos – desta empreitada por um sistema de precedentes.

O Código de 2015 traz uma série de inovações, que, nesta pequena incursão, cumpre relatar apenas aquelas de maior interesse: 1) ratificação infraconstitucional dos sistemas de *certiorary* adotados em 2004 (repercussão geral e pré-questionamento), que se propunham a reduzir o número de demandas levadas ao Supremo pela via recursal; 2) exigência de aumento de qualidade no proferimento de sentenças, através do conhecido artigo 489, que pretende elevar a noção de coerência de ordenamento a um patamar axiomático – embora isto não signifique diretamente a sua efetivação; 3) afora outras medidas que, embora fora do campo político específico, servissem para “desjudicializar” a vida, em referência àquela expressão doutrinária sobre a convocação dos tribunais sobre mais assuntos refletidos por garantias constitucionais<sup>101</sup> (primazia de mecanismos extrajudiciais de resolução de conflitos, ações mais céleres para demandas mais diretas, como a ação monitória, além da adoção da unicidade temporal da audiência, em alusão a alemã *früher erster Termin*<sup>102</sup>).

No fundo, o Código condensa uma série de influências que variam do processualismo democrático alemão à celeridade decisional e desembaraçada dos sistemas de *common law*, além de uma presença influente das práticas jurídicas portuguesas, sejam por razões históricas ou de produção científica, como é possível extrair de uma leitura do detalhista Código de Processo Civil Português de 2013<sup>103</sup>.

---

<sup>101</sup> É como faz BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. (Syn) thesis, 2012, 5.1: 23-32.

<sup>102</sup> Cf. MARINONI, Luiz Guilherme. Novo Código de Processo Civil. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. p. 468.

<sup>103</sup> MESQUITA, Miguel (org.). Código de Processo Civil (Códigos universitários). 18 ed. Coimbra: Almedina, 2018.

### 3.2.4 Julgamento do “Mensalão”

O julgamento da Ação Penal 470<sup>104</sup>, conhecida pelo processo do “Mensalão” empurrou o Supremo Tribunal, de fato, para o foco dos holofotes políticos naquele ano de 2012, quando julgados em plenário os autos do processo criminal em foro originário, nos quais figuravam como réus conhecidos atores do cenário político brasileiro, em sua maioria (ao menos em importância) vinculados ao partido do governo federal, à época. Não eram raras as alusões aos Ministros como “heróis nacionais” em comparações até a personagens ficcionais com superpoderes<sup>105</sup>, numa retórica um tanto maniqueísta, de “devolver ao povo” a dignidade levada pelo “mal”, a elite corrupta.

Estas notas já dão o tom adequado para uma canção populista, frustrando as expectativas dos constituintes de 1988 que creditaram na sólida magistratura a garantia do cumprimento de suas propostas civilizatórias. Só faltava quem desse a letra daquela canção.

Entretanto, neste meio melódico tão apurado, os instrumentos “falam por si”. Todas as atenções estavam definitivamente voltadas para a Corte Suprema, que, na supremacia de sua existência, serviria antes para declarar a derrota das mazelas remanescentes, e anunciar a nova aurora de prosperidade que viria enfrentar o povo brasileiro.

Na toada que se seguiu, de ser “a voz das ruas”<sup>106</sup>, o Supremo já teria embalado, ou melhor, estaria em pleno ritmo dançante lado-a-lado com a opinião pública, exercendo para lá da sua função constitucional de “contramajoritariedade”, a pretendida “espécie de seguro contra as incertezas trazidas pelo (...) contexto constitucional”<sup>107</sup>.

---

<sup>104</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão da AP 470/MG**. Relator: Joaquim Barbosa, 17 de dezembro de 2012. Disponível em: <ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor\_AP470.pdf>. Acesso em: 04 de maio de 2021.

<sup>105</sup> Cf. a matéria da conhecida revista “Exame”, PINHONI, Mariana. Barbosa, o Batman brasileiro, é o novo presidente do STF. **Exame**. 10 de dezembro de 2012. Disponível em: <https://exame.com/brasil/barbosa-o-batman-brasileiro-e-o-novo-presidente-do-stf/>. Acesso em 04 de maio de 2021. Ou ainda, a matéria de MADDER, Helena. Barbosa, herói das redes sociais. **Correio Braziliense**. 08 de setembro de 2012. Política, p. 5. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/56118/noticia.htm?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 04 de maio de 2021.

<sup>106</sup> Num evento público, um próprio Ministro da Suprema Corte chega a utilizar a expressão “sentimentos da sociedade”, revelando a necessidade de o STF estar submetido ao crivo da opinião popular, além da função típica de contramajoritariedade. Cf. CONJUR. Barroso afirma que STF deve corresponder aos sentimentos da sociedade. In **Revista Consultor Jurídico**, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-abr-02/barroso-stf-responder-aos-sentimentos-sociedade>. Acesso em 04 de maio de 2021.

<sup>107</sup> VIEIRA, Oscar. 2018, op. cit. p. 165.

Não se pretende aqui, é bom dizer, rejeitar as decisões tomadas nos processos dos casos de “corrupção” política levados ao STF, seja por sede recursal, seja por foro originário, não. Este trabalho tem, antes de tudo, um lado: o lado da democracia.

Quer apenas constatar, antes, que as escolhas constitucionais, cabreiras como foram, e a série de reformas que rechearam o processo constitucional brasileiro só resultaram num ambiente fértil para a evocação de dizeres populistas. Quer dizer, neste ambiente, só restava uma crise ou outra para que, uma hora ou outra, o populismo, ou os “sintagmas populistas” – o nível de discurso e a estratégia retórica – fizessem abrigo também no poder judiciário.

Assim, a crítica não é irresponsabilizante, a pretender retirar dos operadores a parcela contributiva de “tempero nesse caldo”, mas alerta antecipadamente para o ambiente forjado pelo próprio legislador que hoje se vê retraído - quando não invadido - em suas funções.

### 3.3 O constituinte negativo e o populismo epistêmico

Conforme a proposta concluída por Kelsen de um “legislador negativo”<sup>108</sup>, os Tribunais Constitucionais teriam a missão de expurgar para fora do ordenamento as normas infraconstitucionais contrárias a Constituição, como também fizera Marshal em 1805, num sistema diverso, embora sem formar escola por muito tempo naquele contexto norteamericano<sup>109</sup>.

No Brasil, é sabido que além da competência de invalidar as normas inconstitucionais, a Jurisdição Constitucional concentrada no STF pode, por meio de análise em abstrato, indeferir Emendas Constitucionais de exercerem suas funções. Assim, contra o rígido mecanismo constitucional de alteração do texto da Constituição através da votação majoritária qualificada em três quintos, em dois turnos cada um, onze magistrados podem, sem estar respaldados pelo crivo representativo, exercerem a mesma função, em negativa.

Quer dizer, para longe de querer com isso enfraquecer a fundamental tarefa da Jurisdição Constitucional. Na verdade, o argumento é de defesa e preservação. Com este patamar de competências, é que o Supremo fica mais exposto, e toma a dura responsabilidade de mediar os rumos políticos do país sempre que questionado sobre a eventual inconstitucionalidade de uma

---

<sup>108</sup> KELSEN, 2010.

<sup>109</sup> Cf. STRECK, 2019, p. 27.

Emenda. Assim, de maneira ainda mais direta, exercendo, apenas para ilustração, com a clássica nomenclatura, um “poder constituinte reformador”, a que dirá certa doutrina, “difuso”<sup>110</sup>.

O que é um mecanismo, no mínimo, contrassensual. Um único legitimado (ainda que sob a forma colegiada de entidade de classe nacional, Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil ou Assembleia Legislativa Estadual) pode requisitar o escrutínio de uma norma votada por não menos que três quintos dos parlamentares de ambas as casas do Congresso Nacional, realizadas duas vezes em cada delas. A lógica não é meramente numérica, é representativa, pois ataca toda uma legislatura eleita para exercer interesses indiretos do povo quanto Estaduais daqueles mesmos Estados que podem, por exemplo, questionar a legitimidade-validade da Emenda. Isso sem contar os procedimentos de arguição prévia de inconstitucionalidade.

No fim, as escolhas constitucionais parecem deixar crer que o legislador constituinte tem, a cada dia mais, não só transferido a responsabilidade política final para um outro poder, mas, ainda antes, concentrá-la de dúvidas frente à opinião pública, submetendo-a diariamente a críticas não jurídicas, mas políticas.

### 3.4 Seria o populismo um fado nacional?

Bem entendido, o populismo, enquanto ideologia política constituída sobre um discurso *ad populum* de apelos emotivos, e o *jeitinho*, um engenho prático para superar os entraves do racionalismo formalista, através de fórmulas apelativas emocionais, parecem ir num mesmo sentido, a formar um desenho que pode acabar provocando a juntada de várias promessas ideais num só programa. É dizer, com isso, que o ambiente brasileiro, ao adotar uma fórmula própria de lidar com o mito político edificado pelos revolucionários franceses e americanos, através do seu apego sintomático às relações de intimidade social, que recorre às raízes escravagistas conforme acentua Livia Barbosa<sup>111</sup>, acaba por conformar as condições ambientais adequadas para o florescimento de personagens centralizadores, heróis da pátria, que não raramente

---

<sup>110</sup> Cf. especialmente, BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. São Paulo: SaraivaJur, 2019, p. 138 e NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 11 ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 71. Em sentido crítico, STRECK, Lenio Luiz; LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. A Nova Perspectiva Do Supremo Tribunal Federal Sobre O Controle Difuso: Mutaçao Constitucional E Limites Da Legitimidade Da Jurisdicçao Constitucional. In **Argumenta Journal Law**, n. 7, p. 45-68, fev. 2013.

<sup>111</sup> BARBOSA, 2005, p. 91-110.

compartilham da arena pública do jogo político e/ou midiático, dispostos a resolver os problemas, e (re)fundar uma nova era.

De Dom Pedro I, aos revolucionários republicanos, passando por Vargas, Juscelino, Jânio Quadros, João Goulart e até os militares, ou ainda no mito Collor, hoje sabidamente resultado em parte de uma construção midiática, encontrando nestes dias uma polarização entre direita e esquerda talvez nunca antes vista na história política do Brasil, soma-se a um sentido que varia com o Rei do Futebol, ou até com o Rei da música popular brasileira. No Brasil, há sempre espaço para grandes heróis, ícones representativos do sentir do povo, do gosto popular, e das características que nos distinguem das demais nações. Este nacionalismo, enfatizado ainda mais no século XX para ter confluído para uma maneira “meio-caminho” do nosso aparente processo racionalizatório.

Se compreendida a Constituição Brasileira, conforme acentua Rodriguez<sup>112</sup>, como o marco inicial de um momento institucional pretensamente evoluído, mais “modernista”, aproximando-se do sentido clássico, fruto de um processo que, se não democrático, pelo menos, mais aberto a interesses difusos inseridos no texto final da carta de direitos<sup>113</sup>, tem-se, a partir dela dois sentidos que não deixam desaparecer as mudanças de rumo tomadas: I) o estabelecimento de direitos sociais importantes, “racionalizando”, inclusive, um espaço que talvez só antes o jeitinho tomava na vida das pessoas. Quer dizer, não é preciso mais recorrer ao jeitinho para diversas situações abarcadas como direitos sociais, já que há a institucionalização de direito fundamental resultante nesta escala de prioridade fática. O que representa um ganho importante em termos de garantia de direitos.

Mas, para além disso (II), há uma canalização da resolução dos problemas práticos da vida (e da vida política) para o judiciário, o que uma parte da doutrina denomina de “judicialização da vida”<sup>114</sup>. Este processo, embora inevitável e frutífero, do ponto de vista da realização de justiça social, abriu as portas para um novo problema institucional, que é propriamente uma questão de conformação ontológica dos sistemas prático das relações da vida, e do patamar ideário representado pelo abrangente texto de 1988.

No fundo, o estrangulamento das portas de acesso ao poder judiciário pela mudança de intensidade de demanda provocado pela Constituição formou um problema secundário: o da

---

<sup>112</sup> RODRIGUEZ, 2014, p. 53-58.

<sup>113</sup> VIEIRA, 2018, p. 132-160.

<sup>114</sup> BARROSO, 2012.

operacionalidade sadia. Na era da informação, o que parecia uma saída, virou apenas um *retorno*. A utilização dos mecanismos digitais de produção de sentença, ao menos por hora, não pode apresentar uma solução adequada para o multifacetado “mundo da vida” brasileiro, com a feliz expressão habermasiana. Acontece que, produzir decisões se tornou um problema de gestão. A métrica de justiça estabelecida através de premiações de “produção decisional” no fim, acabam por gerar um problema de qualidade decisória, afinal, *juízes são humanos*.

Parece, então, que três eixos problemáticos se cruzam no consciente judiciário brasileiro: prestação jurisdicional adequada, quer dizer, tanto rápida (acesso à justiça) quanto eficiente (direito à resposta adequada); padronização constitucional de resposta aos direitos, ou seja, realização última de justiça amparada em metas constitucionais; e uma exigência de resolução de casos complexos, que cada dia mais interpelam o sistema de justiça (conhecido classicamente como problema de *integração* já no plano da decisão jurisdicional).

No meio desta panaceia, está o operador jurídico. Ao enfrentar a complexidade sistemática que lhe envolve, e na qual se insere, precisa oferecer respostas, tanto antes quanto possível, afinal, *a vida não para*. Numa mesma pessoa, figura alguém que lida com a dogmática material-processual diuturna, outro que precisa estabelecer uma linguagem de compreensão com o jurisdicionado (problema da especificidade do discurso jurídico), e além disso, mas neste mesmo sentido, não pode resolvê-la senão no nível exigido pelo simbolismo da linguagem jurídica, intencionada a levar sua complexidade a sério.

É por esta razão, mais uma vez, que *linguagens de meio* são necessárias. A crítica jurídica é adequada, mas não pode ser desumana. A academia precisa estabelecer mais filtros de acesso à *práxis* que permitam levá-la como fonte de consulta que desempenha o papel fundamental de condicionar a realização do direito levado a sério em terras brasileiras, não a servir como mero aporte referencial em signo de autoridade.

Esses *consensos* a que compõem afinal a epopeia da ciência do direito desde sempre e para sempre – ou pelo menos, até inventarem algo melhor do que o sistema de justiça, como questionaria *Castanheira Neves*<sup>115</sup> – e que se dispõem a dar respostas a problemas, sejam fáticos ou abstratos, precisam ser encarados efetivamente, e levados a sério enquanto *questão social*. Nestes limites, fixam-se os problemas enfrentados quando se pretende compreender o decidir jurídico, a expressão final do ato engenhoso da filosofia do justo. Através dela, da decisão, - e

---

<sup>115</sup> NEVES, A. Castanheira. *O Direito hoje e com que sentido? O problema atual da autonomia do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 2013.

com ela – estão expressas um *pensar o direito* direcionado a objetivos claros, compatíveis a princípio com o ambiente que se vive e com o que se pretende vivenciar.

#### 4. Modelos de Juiz, jurisdição ou racionalidades condicionantes

Estes três termos correspondem a três níveis de diálogo. Mas esta dialeticidade, embora apresentada diferentemente, redundando num só apanágio: o problema da racionalidade do juízo jurídico. A racionalidade do juízo é a racionalidade própria do sintagma jurista que faz o carreamento dos significantes metodológicos a servirem a uma particular compreensão de fenômeno jurídico baseado na norma positiva.

Chame-se de “modelos de juiz”, de “jurisdição” ou de “racionalidades decisórias”, no fundo, quer isto dizer uma só coisa: como o intérprete/aplicador<sup>116</sup>, ou melhor, como a concretização jurídica<sup>117</sup> deve ocorrer na sociedade pluralista já reconhecida neste momento histórico? Como tornar prática uma pretensão normativa apresentada a um caso concreto, considerando os muitos fatores problemáticos que exigem do juízo concretizador tantas tarefas de responsabilidade democrática?

Para apresentar um contributo minimamente logrado a esta perniciososa pergunta, fez-se a seleção destes níveis mesmos, apresentados no título como três coisas distintas, mas que na verdade, como dito, querem referir apenas uma.

A escolha é devida a uma constatação: não há tipos ideais genéricos. Quer dizer, com independência de ambiente funcional. Uma ambiciosa proposta totalizante operável num país de economia estável e rica, com níveis de educação e de desenvolvimento humano satisfatórios, provavelmente não terá muito êxito em países ditos de “modernidade periférica”<sup>118</sup>, como nas experiências constitucionais de democracia mais recentes na América Latina, por exemplo.

Neste sentido, não haver tipos ideais não significa também não se poder fazer uso de propostas metodológicas justamente abstratas. Não significa desprezar de um conhecimento responsável e bem construído, com os quais, apesar dos temperamentos particularizantes, pode-se obter bons pontos de partidas para as respostas pretendidas.

---

<sup>116</sup> Cf. GRAU, Eros. Ensaio e estudo sobre a interpretação/aplicação do Direito. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

<sup>117</sup> Cf. MÜLLER, Friedrich. Teoria moderna e interpretação dos direitos fundamentais: especialmente com base na teoria estruturante do direito. In **Anuário iberoamericano de justicia constitucional**, 2003, 7: 315-327.

<sup>118</sup> Cf. NEVES, 2018.

Assim, faz-se a utilização dos conhecidos três modelos de juiz propostos por François Ost<sup>119</sup> para reconhecer os desenhos principais das propostas metodológicas da ciência jurídica contemporânea.

Poder-se-ia propor um esquema interessante para compreensão desse estratagema: como o autor Belga faz uma planificação de modelos ideais de juiz, seria possível até ir um pouco à frente, e escolher-se alguns julgados que clareiem as ideias de maneira individualizada, quer dizer, “domesticada”, dos tipos aproximados de juiz partindo da proposta do autor, com exemplos concretizados em decisões, aproximando o tipo ideal de alguma verificação presente mais ou menos parecida.

Além disso, é possível trazer à lume algo particularmente significativo para este diálogo. Refere-se ao empréstimo de alguns dos pressupostos sugeridos por Castanheira Neves como “racionalidades jurídicas” reconhecidas em seus estudos<sup>120</sup>, e identificadas de maneira semelhante a que fala Ost nos “modelos de juiz”.

Faça-se, então, o seguinte trabalho, a responder tais perguntas: o que são e quais são estes modelos de juízes propostos por Ost? Como o direito consegue demonstrar esses “estados psicológicos”<sup>121</sup> que levam a maneiras diversas pelas quais pessoas tomam decisões? É possível exemplificá-los, ao menos em algum grau de aproximação, na prática jurídica nacional? E, *last but not least*, a que tipo de racionalidades estes modelos correspondem na prática dos tribunais?

Todas estas perguntas levarão à conformação de uma base sólida, que, junto a tudo visto até aqui, proporcionará o delineamento proposto do que se resolveu chamar, é claro, de “juízo de torcida”.

Antes de iniciar, mais uma nota, por bem da cautela, precisa ser registrada: os tipos ideais que forma Ost no conhecido trabalho que servirá de referência apresenta, certamente, além da natureza idealística (que já se referiu), algumas insuficiências contemporâneas, já apontadas por Streck<sup>122</sup>, por exemplo. Mas preferiu-se não se ater a elas. Primeiro, porquê essas faltas não se devem a qualquer despreparo ou desatenção do renomado professor belga. É

<sup>119</sup> OST, François. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. In **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**. núm. 14, 1993, pp. 169-194.

<sup>120</sup> Cf. por todos, CASTANHEIRA NEVES, 1993.

<sup>121</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. 4. ed. rev. e amp. São Paulo: Atlas, 2003. p. 307.

<sup>122</sup> STRECK, Lenio Luiz. O (Pós-) positivismo e os propalados modelos de juiz (Hércules, Júpiter e Hermes) - dois decálogos necessários. In **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, 2010, n. 7: p. 13-44.

possível que estejam relacionadas, aliás, ao ambiente próprio, ao horizonte de sentido acadêmico histórico confrontado pela experiência teórico-ambiental própria do autor.

Neste sentido, ademais, os tais modelos propostos servirão mais como referenciais topográficos, a receber incrementos particularizantes de agora, do que representarão tipos completos tomados como premissas absolutas.

#### 4.1 Os Modelos de Juiz

São três os modelos propostos de juiz por François Ost, Júpiter, Hércules e Hermes. Este último representa sua proposta jurista. Também são três os modelos de racionalidade referidas por Castanheira Neves, que embora densifique substancialmente estes planos, em outras subcategorias, representam também uma ligação conhecida. Refere-se à ligação/correlação terciária muito propalada na ciência jurídica destes dias.

É que, se observar-se bem, esperam os autores e as propostas, que nosso período vivenciado represente um tal *tercium genus*, seja revelado pela tríade Estado Liberal/Estado Social/Estado Democrático; seja pela compreensão formalista (“positivista”)/funcionalista (dos interesses), e valorativo-democrática; seja pelos próprios direitos fundamentais que identificam as cartas constitucionais do ponto de partida modernista de todas estas análises, Direitos de Liberdade/Igualdade/Fraternidade. Assim, boa parte das propostas parte, quando não deste nível, a partir dele.

Assim, por mais que seja frustrante, não é possível, ao menos nos limites de agora, fazer algo diverso disso. É claro que a sede reflexiva instiga bastante uma inovação fantástica e problematizante. Mas é mais lúcido e razoável ter-se em conta que, apesar das revoluções tecnológicas e do período de modernidade líquida (com a mais citada do que conhecida expressão de Baumann) apresentado pelo século XXI e a revolução da era da informatização “nas nuvens”, o constitucionalismo continua assente num mesmo paradigma duplamente problemático: o conhecido democrático, representado pela ampla inclusão quer textual diretamente, quer interpretativamente (no espaço *common law*) de fórmulas de direitos mais solidários, fraternos, e cooperativos, que refletem planificadamente em toda compreensão do fenômeno jurídico, e por isso mesmo gera o dito efeito “constitucionalizador”, quer dizer, tem-se a Constituição, com esses pressupostos, no centro do sistema, com força compreensiva (ou

normativa, com Hesse<sup>123</sup>) irradiante. E, também, um constitucionalismo democrático mais recente, que ao internalizar mais diretamente estes pressupostos, hipertrofiou a problemática da decisão judicial, tombando para este campo de estudo todas as atenções decorrentes dos exageros e insuficiências do judiciário como centro/paradigma deste terciário Estado de Direito. A correspondência, é, então, caricata num mesmo trinômio correlativo: Estado parlamentarista, Estado do executivo, Estado do judiciário. Talvez o que todos esperem é como sair dessas sinas egoístas e estabelecer-se um modelo de democracia coparticipativa<sup>124</sup>.

Comece-se pelo primeiro esquema.

Ost busca uma inspiração mitológica para tratar de seus tipos ideais. Chama-os de Júpiter, Hércules e Hermes. Ou seja, dois deuses e um herói. Respectivamente, Júpiter de Roma, que para a tradição grega é Zeus; e Hermes, na Grécia, que para a tradição romana é Mercúrio. O herói neste meio é um filho de Zeus, Hércules. A que Dworkin também faz metáfora e apoia uma outra concepção diferente de juízo a ele relacionado<sup>125</sup>.

Entenda-se primeiro a proposta de Ost. A ideia aqui foi vincular Júpiter, Hércules e Hermes, nesta ordem, a tipos de racionalidade jurídica. A primeira, jupiteriana, é marcadamente formalista. É a conhecida bravata pejorativa “boca da lei”. O juiz Júpiter, embora represente o pai dos deuses do Olimpo, Zeus, para Ost significaria um tipo embrionário, na formação do Estado moderno, em que os juízes, a quem só se desconfiava (especialmente na França)<sup>126</sup>, cumpriam uma função literalmente “aplicativa” do direito. Quer dizer, conquanto a verdade normativa (vontade geral do povo expressa na lei) estivesse contida nos axiomas jurídicos engendrados pelo representativo e democrático parlamento, competia ao judiciário simplesmente “tornar posta”, num caso concreto, a direção resolutiva implicada no âmbito abstrato. Não é à toa que o movimento da codificação fez tradição na França<sup>127</sup>. Neste modelo paradigmático, é garantida a liberdade e resguardada a propriedade. A lei é o pacto soberano que garante a dignidade dessa geração nesta forma de Estado de Direito.

<sup>123</sup> Cf. HESSE, Konrad; MENDES, Gilmar Ferreira. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Fabris, 1991.

<sup>124</sup> A expressão é de Dworkin, assim como a proposta conceitual, que, pelo termo mesmo já mostra a que se intenciona. A densificação será preterida em virtude do espaço competido aqui. Cf. DWORKIN, 2014.

<sup>125</sup> DWORKIN, Ronald. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

<sup>126</sup> LUNARDI, Soraya Gasparetto. Controle de constitucionalidade na França: vantagens e inovações In **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, n. 103, Belo Horizonte: 2011, p. 285-306.

<sup>127</sup> Cf. especialmente CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

O segundo modelo, Hércules, é o “juiz intrusivo”. Mais do que comprometido com a realização jurídica justa, seguindo a necessidade identificada na viragem ontológica da Escola Histórica, do Movimento do Direito Livre, e da Jurisprudência dos Interesses, Hércules se arvora do seu poderio heróico, e como que bradando em nome da justiça, comete tantos mais excessos injustos do que poderia imaginar. Pois justiça/injustiça não é só interesse de causa, pessoal, e ausente de equilíbrio. Através das críticas posteriores a essas escolas jurídicas referidas, “justiça”, ou justeza, se ligará às fórmulas de comparação prática reveladas por um esquema de “igualdade equivalente”. Quer dizer, com a dita “igualdade de substância”, representadas pelo didático terceiro princípio jurídico de Ulpiano, “*suum cuique tribuere*”, a *atribuir* a cada um o que é seu. Veja, “atribuir”. Não significa dar ou entregar, mas além disso, atribuir.

No paradigma do que se convencionou chamar de “Estado Democrático de Direito”, da axiologia normativa, dos tipos “princípios” elevados a categoria de norma legal, ou do que a prática alemã consubstanciou num modelo de decidir chamado de “jurisprudência dos valores”<sup>128</sup>, haverá a necessidade de um outro tipo de juiz. Não o contido soldado do ordenamento, que só cumpria as ordens dos parlamentares superiores, e “aplicava” a norma ao caso, nem o afoito capitão aventureiro, que vez ou outra, acabava por fazer “causa própria” uma que só lhe competia atribuir uma resposta imparcial, não. Este paradigma democrático merece alguém mais qualificado, cheio de virtudes, maleável, mas ao mesmo tempo obstinado, seguro de seus deveres enquanto praticante da justiça, e sobretudo comprometido com uma série de valores alçados, pela experiência histórica, enquanto responsabilidades de justiça.

Quer dizer, após as atrocidades vivenciadas nas grandes guerras, e diante de novas cartas constitucionais, ou novas interpretações daquelas de normatividade não estanque<sup>129</sup>, seja não escrita (Inglaterra), ou de disposições mais abrangentes (Estados Unidos), precisava-se recorrer ao judiciário enquanto encarregado da função de poder de *dizer o direito* para que se fizesse “mais justiça”, ou melhor, para que menos injustiças acontecessem nestes novos tempos.

<sup>128</sup> Cf. LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 163.

<sup>129</sup> Chame-se de constituições de “normatividade não estanque” as constituições da experiência do *common law*. Isto porquê ou apresentam fórmulas flexíveis de alteração do texto constitucional, ou suas disposições são tão abrangentes que comportam novos tipos de normatividade, não vincadas a modelos específicos, como ocorre na Constituição norteamericana. Usa-se, para esta designação, a diferença texto/norma a que se refere Müller. Cf. MULLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Trad. Peter Naumann. Apresent. Paulo Bonavides. Porto Alegre: Síntese, 1999.

Os Estados agora estavam integrados por organismos internacionais que, ao menos intencionalmente, proporcionariam uma série de benefícios ao ideário convencional da democracia. Através da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), uma série de normas-princípio foram elevadas à condição de direito naturalístico, portanto *ius cogens*, e compelindo as nações àquela convenção subordinadas, a cumprir, ou buscar ao menos, uma nova maneira de tratar seus cidadãos, e destes tratarem uns aos outros, com o que redundava no paradigma da “fraternidade”, em alusão à conhecida fórmula da revolução francesa<sup>130</sup>. Parece que a tríade, então, estaria fechada. Um tempo de completude no esquema modernista.

Ocorre que a insuficiência do judiciário em oportunizar respostas leva a doutrina a constantemente perquirir caminhos a servirem de solução à chegada democrática, seja isentando-se dos ativismos de comportamento intrusivo, seja ofertando mais responsabilidade institucional do que o mero aprisionamento funcional do judiciário às disposições do legislativo.

É neste meio que se inclui a proposta hermenêutica de François Ost. Hermes é um deus irreverente, dado ao comércio e às maleabilidades de ser um mercador. Hermes é, assim, um contraponto entre deuses e homens, que, portanto, lhe remete a qualidade de tradutor (hermeneuta). É claro que Hermes trabalha dentro da razão prática – a ser melhor referida à frente -, no sentido em que transforma as disposições legais, duras ou irredutíveis, ao amoldamento melhor desempenhado num caso concreto, visando um fim justo.

O juiz Hermes, neste sentido, representa a topografia de um conceito de direito flexível, acessível, “jogável”. Esta perspectiva de “jogo” do direito é, em verdade, uma característica da teoria do direito posta por Ost, a se dizer uma “teoria lúdica”<sup>131</sup>. Justifica o autor, dizendo que,

Antes de ser regla e institución, el Derecho es *logos*, discurso, significado em suspenso. Se articula *entre* las cosas: entre la regla (que no es nunca enteramente normativa) y el hecho (que no es nunca enteramente fáctico), entre el orden y el desorden, entre la letra y el espíritu, entre la fuerza y la justicia. Dialéctico, es el uno *por* el otro; paradójico, es el uno y el otro. Sólo una teoría lúdica del Derecho está en condiciones, en nuestra opinión, de dar cuenta de las vueltas y rodeos de tal racionalidad paradójica. (grifos do autor)<sup>132</sup>

<sup>130</sup> Esse tipo de analogia é devido à engenhosa formulação de Karel Vasak. Cf. neste aspecto o estudo de DA SILVA, Virgílio Afonso. A evolução dos direitos fundamentais. In **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, 2005, 6: 541-558. Cf. ainda LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. A formação da doutrina dos direitos fundamentais. In **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, 2003, 98: 411-422.

<sup>131</sup> OST, 1993, p. 187.

<sup>132</sup> *Ibidem*, p. 187.

Seus três tipos de juízes, bem como a contraposição marcante entre eles, estão explicados da seguinte maneira:

Si Júpiter insiste en el polo “convención” y Hércules en el polo “invención”, Hermes, en cambio, respeta el carácter hermenéutico o “reflectante” del juicio jurídico que no se reduce ni a la improvisación ni a la simple determinación de una regla superior.<sup>133</sup>

Num outro ensaio<sup>134</sup>, tendo em conta a ludicidade característica para o direito que propõe, concebido como “jogo”, o autor chegará à conclusão de que o juiz deste terceiro momento-paradigma do Estado de Direito é “um juiz-treinador” (*juge entraîneur*). A razão para isso é a de que,

em uma sociedade pós-industrial, as relações sociais são tão integradas que os desempenhos desejados são necessariamente coletivos. Sem dúvida que as regras de conduta de natureza jurídica continuam a ser tidas em consideração, mas apenas parcialmente contêm um processo social inteiramente concretizado pela procura de desempenhos pautados por estratégias e regras de carácter técnico.<sup>135</sup>

Assim, para si, o “jogo social” será um jogo “performativo”<sup>136</sup> ou de “desempenho”<sup>137</sup>, pelo que o juiz será “chamado a abandonar seu papel passivo de árbitro para adotar o papel ativo de treinador que, ora por seu conselho, ora por suas decisões, se empenha em contribuir para a vitória coletiva”.<sup>138</sup>

É bastante claro que esta proposta se liga à noção da realização do direito como esquema de engenharia social, que de fato, numa primeira leitura, entrega diversos benefícios “práticos” para a resolução das questões jurisdicionais, já que apela para o pragmatismo próprio de uma teoria instrumental. Assim,

Espera-se agora do juiz-treinador, no modelo normativo-tecnocrático, participar na implementação de políticas específicas e zelar, para isso, pela melhor resolução dos interesses em causa. Se ainda assim vier a resolver os litígios pela aplicação da lei, pode dizer-se que a sua intervenção também pode ter lugar noutra local que não antes e depois da decisão, no sentido do pronunciamento por “lei e sentença”. Antes de se formar uma disputa, o juiz é investido com a missão de prevenir, aconselhar, orientar. Depois de sugeridas ou ordenadas medidas, o juiz permanece responsável pelos

<sup>133</sup> OST, 1993, p. 189.

<sup>134</sup> Ost, François. Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur. Trois modèles de justice. In: GÉRARD, Philippe; OST, François; VAN DE KERCHOVE, Michel. **Fonction de juger et pouvoir judiciaire: Transformations et déplacements**. Bruxelles: Presses de l’Université Saint-Louis, 1983. Tradução livre. Disponível em: <<http://books.openedition.org/pu/sl/7532>>. Acesso em: 14 de maio de 2021.

<sup>135</sup> OST, 1983.

<sup>136</sup> Ibidem.

<sup>137</sup> Ibidem.

<sup>138</sup> Ibid.

interesses em questão e pode, “*rebus sic stantibus*”. Por fim, a nova missão delegada ao juiz o leva para além do campo fechado dos direitos subjetivos determinados pelas leis; é responsável pela conservação e promoção dos interesses finalizados por objetivos socioeconômicos e regulados pelos sistemas de normas técnicas correspondentes.<sup>139</sup>

Entretanto, este nível de diálogo abrirá claramente um espaço para a crítica de que a teoria do direito enquanto “jogo social”, na qual o juiz se compromete com a “vitória” do coletivo<sup>140</sup>, precisa respeitar alguns objetivos estabelecidos enquanto diretriz conformativa do jogo. O ponto crítico é perceber que, se o juiz se compromete aos “objetivos socioeconômicos”, a realização do jurídico pode acabar sendo puxada a respeitar a política econômica do Estado em que está inserido, o que redundará numa política de governo. O direito, assim, no fim, restaria partidarizado, e retomar-se-ia uma problemática decisionista.

É possível, entretanto, ter-se em conta que um modelo *entraineur* representa uma invenção jurista bastante operativa, e que carrega sua complexidade característica. Embora tomado, especialmente aqui, com um viés crítico, o juiz estrategista-treinador, na verdade, é um realizador do jurídico de acordo com o melhor modo que o direito se apresente para a sociedade, trazida ao decidente pelo feixe do caso concreto. Sua meta não é ser desleal ou parecer injusto, muito pelo contrário. Ao contrapor Hermes aos outros dois modelos, Ost estabelece que o treinador se vincula tanto aos “padrões existentes, quanto aos objetivos sociopolíticos, devidamente atualizados”<sup>141</sup>.

Isso leva o juiz estrategista a ser um “agente de transformação social”<sup>142</sup>, nada além, como ponto de partida, das exigências que o Estado Democrático coloca ao poder judiciário.

Em todos os casos, o juiz se empenhará em antecipar os resultados práticos de sua decisão; ora organiza procedimentos de automonitoramento das medidas que recomenda, ora prevê medidas de adaptação, ora até a possibilidade de sua revisão. Por fim, é garantida a ampla participação do litigante em todos os níveis deste procedimento, de modo que, em última instância, eles apareçam co-tomadores de decisão.<sup>143</sup>

O que mais democrático e coparticipativo do que um tipo de juízo deste?

É claro que as preocupações próprias deste modelo são adiantadas por Ost, tomando em conta a hipótese de os objetivos centralizáveis na racionalidade instrumental proposta serem

---

<sup>139</sup> OST, 1983.

<sup>140</sup> Ibidem.

<sup>141</sup> Ibidem.

<sup>142</sup> Ibidem.

<sup>143</sup> Ibidem.

capturados por outros fatores exteriores, como o partidarismo político ou a moral pessoal do julgador.

Sobre o primeiro ponto, são então atraídas as críticas quanto ao “ecletismo” ou “oportunismo” neste engenho. Quer dizer, “ao perder-se a preocupação de perseguir objetivos generalizáveis, o método teleológico degenera passo a passo na técnica do julgamento”<sup>144</sup>.

Já sobre o caráter de interesse casuístico do julgador, “existem também os riscos a que pode levar a associação muito próxima dos litigantes na tomada de decisões”<sup>145</sup>, já que, “se esta associação se dá apenas sob a pressão dos poderosos grupos que hoje contribuem para a corporativização do Estado já criado”<sup>146</sup>, então, “o trabalho da justiça (...) será injusto”<sup>147</sup>, mas “quando opera sob pressões demasiadamente unilaterais, ora bloqueado, as forças que agem sobre ele são equilibradas”<sup>148</sup>.

É possível perceber, após estas deduções, que este esquema dos modelos de juiz é menos operativo e conglobante do que se imagina. Sua planilha de ação lida com tipos contrapostos geracionais, quer dizer, parecem estar fadados ao tempo e, especialmente os primeiros dois, já superados. O terceiro tipo de Ost é um juiz mais semelhante ao segundo do que se poderia supor, tendo em vista que sua concepção de direito lúdico enquanto um “jogo” que demanda/depende das façanhas de um técnico-estrategista, na verdade, esbarra no mesmo enquadramento de racionalidade presente naquele segundo modelo. Quer dizer, ambas são racionalidades funcionalistas ou instrumentais, dirigidas a realizar interesses quer sociais, quer de demanda.

Mas o que significam estas “racionalidades instrumentais” é que não ficou bem compreendido. Elucide-se então esta questão.

#### 4.2 Modelos de racionalidade jurídico-metodológica

Ao deixar em suspenso, por ora, os “modelos de juiz” como propõe Ost, mas entendendo-os como uma proposta de tematização das racionalidades que dirigem o

---

<sup>144</sup> OST, 1983.

<sup>145</sup> Ibid.

<sup>146</sup> Ibid.

<sup>147</sup> Ibid.

<sup>148</sup> Ibid.

juízo, o estudo acerca das racionalidades jurídicas já fica um pouco mais simples de ser entendido, neste nível.

Racionalidade é, especialmente, o que dirige a decisão jurídica. Veja, não são as normas processuais que procedimentalizam o rito próprio do ambiente de trabalho, somente; nem são os influentes psicológicos-emocionais que afetam a disposição de quem julga um problema; a racionalidade é o processo de realização jurídico da decisão tomando em conta seus pressupostos *metodológicos* e de *legitimidade*.

O segundo ponto (legitimidade) exige um diálogo tangente, que retiraria o foco deste emprego<sup>149</sup>. Os pressupostos de metodologia decisória é o que mais ocupam espaço neste tipo de avaliação, e são agora, o ponto que mais chama a atenção.

O estudo sobre racionalidade decisória pode iniciar com a seguinte constatação: o direito é um objetivo, se não uma meta social, que é disposta a apresentar respostas para problemas de *justiça*, quer dizer, problemas sociais entre *direitos* em confronto, lides, como dito lá no início.

Neste sentido, se o objetivo social é fazer justiça com o direito (*law*), significa corresponder embutida aí uma concepção, um sentido. É o que os juristas chamam de “conceito de direito”, ou seja, o pensamento sobre o Direito que rege as pesquisas sobre a melhor maneira de praticá-lo na comunidade.

Este conceito, por sua vez, estará alimentado pelas influências da sociedade a que se dirige, e na época situada. O conceito de direito só faz sentido numa sociedade, se há, nela, o que Hart chamou de regra de reconhecimento dos participantes daquela prática jurídico-linguística<sup>150</sup>.

Com isto em mente, este Direito, expresso como razão/racionalidade (*logos*) é que comporá junto ao objetivo de se fazer justiça (*meta*), e a um não menos importante caminho (*odos*) que oportunizará essas feitura<sup>151</sup>, um método jurídico próprio e operável (“no princípio de qualquer ciência está o método”<sup>152</sup>)

<sup>149</sup> Cf. as contribuições de FERRAZ JR., 2003.

<sup>150</sup> HART, Herbert.L.A. **O conceito de Direito**. Com um pós-escrito editado por Penelope A Bulloch e Joseph Raz. Trad. de A. Ribeiro Mendes. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

<sup>151</sup> “a coisa não caminha o seu caminho nem segue o seu curso sem que a pensemos, mas pensar quer dizer exatamente desimplicar uma coisa na sua própria consequência” GADAMER, Hans Georg. *Wahrheit und Methode*, 2 ed., 1960, p. 439 apud CASTANHEIRA NEVES, 1993, p. 11.

<sup>152</sup> SAUER, W. *Juristische Methodenlehre*, 1972, p.1 apud CASTANHEIRA NEVES, loc. cit.

Tem-se assim, a *metodologia* que regerá a ciência e a prática jurídica de determinada comunidade. Significa com isso, e com Castanheira Neves, especialmente, dizer que a realização do direito se dá através de esquemas de sentido próprios<sup>153</sup>.

Assim, o exame inicia com o estabelecimento de três racionalidades circundantes ao pensamento filosófico, que refletirão no pensar sobre o método já jurídico. São eles, um lógico, um teórico, e outro prático. É possível de já adiantar os correlativos pensamentos jurídicos (metodologias respectivas), representadas por tipos de racionalidade formalista, funcionalista e outra jurisprudencialista, de acordo com a proposta do fundador da escola que dá nome a esta última.

É de bem perceber que o jurisprudencialismo tanto significa um modo de enxergar a racionalidade prática jurista, ou seja, abrange ele tanto o jurisprudencialismo *estricto* da construção teórica de Castanheira Neves, quanto os empenhos da tópica e retórica<sup>154</sup> e da hermenêutica filosófica<sup>155</sup>. Assim, além destas, há uma proposta específica de compreensão da metodologia decisória, que em verdade é o resultado da somatória de várias propostas interpretativas do fenômeno jurídico. Durante esta explicação, será possível compreendê-la.

Para o início, resta uma outra constatação interessante. Dividir nestes blocos assim (lógica, teórica e prática) as racionalidades representa se não uma forte alusão ao esforço categórico empregado por Aristóteles em *Ética à Nicôcamo*, quando o fez em seus modelos de virtudes.

As virtudes intelectuais propostas pelo filósofo grego são as da sofia, episteme e nomos, num primeiro grupo que refletem aquelas da contemplação. Nesta perspectiva, o objeto está dado. O sujeito está em observação perante coisas, qualidades, especificações, que não mudam (são inalteráveis, necessárias), e assim marcadas por uma certa indisponibilidade. É o paradigma da chamada “filosofia da consciência”. Neste campo, o objeto já existente é contemplado. Sobre ele, podem ser feitas deduções ou reflexões (lógica), ou especulações e explicações de base empírica (teorética). Tem-se o esquema sujeito-objeto. As interações de conhecimento são feitas da pessoa para o objeto contemplado.

---

<sup>153</sup> CASTANHEIRA NEVES, p. 17.

<sup>154</sup> Cf. VIEHWEG, Theodor. **Tópica e Jurisprudência**. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

<sup>155</sup> Cf. o contributo de STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5 ed. re., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

Já as outras duas virtudes, *poiesis* e *phronesis* têm a ver com as coisas que são mutáveis (marcadas pela contingência, transformação).

Na primeira, existe a necessidade de estabelecer um tipo de discurso desenvolvido na estruturação de algumas regras (na concepção clássica, como *technique*, técnica). É que se esse objeto é algo, é necessário dominar algum conjunto de regras para conhecê-lo (*poiesis*).

Na segunda, o objeto não é “dado”. O outro “polo” – pelo qual se observa para se conhecer - refere uma certa autonomização da prática, já com Kant<sup>156</sup>. Ao invés de contemplar, o primeiro sujeito busca interagir com o outro polo, através de uma dialética. Ele usa a sua *linguagem* para acessá-lo. O que culmina na identificação de um esquema sujeito-sujeito. Argumentos, assim, que se cruzam, e produzem uma teia (dialética), apresentando argumentos e contra-argumentos, que já não serão marcados por um tipo de estrutura cognitiva, mas especialmente argumentativa. No campo da filosofia, isto ocorre na conformação do que se convencionou denominar de *ontological linguistic-turn*<sup>157</sup>. Esta “virada ontológica pela linguística” representa a chamada “filosofia da linguagem”<sup>158</sup>.

Com isto em mente, é possível distinguir os tipos de racionalidade jurídicas propostos por Castanheira Neves, embora, para os limites de agora, contente-se em apenas delinear-los superficialmente.

O primeiro tipo, *normativismo*, apresenta duas subestruturas, uma primeira que pode ser chamada de “lógico-dedutiva”, correspondente ao método de trabalho das escolas formalistas<sup>159</sup>, especialmente. Aqui, a verdade expressa na norma de decisão é obtida por um esquemático sistema de desimplicação lógica. Compartilharam deste esquema pensamentos jurídicos distintos como *jusnaturalismo* e *positivismo*. Este método redundará no dito “paradigma da aplicação”<sup>160</sup>.

(...) eram expressão do mesmo tipo de pensamento e racionalidade metodológicos, não obstante as profundas diferenças quanto às respectivas

<sup>156</sup> Cf. neste aspecto, HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989. p. 17-35.

<sup>157</sup> Cf. CASTANHEIRA NEVES, 1993, p. 88.

<sup>158</sup> A obra paradigmática é GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Trad. Flávio Paulo Meurer. 3 ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

<sup>159</sup> Cf. o completo trabalho de LARENZ, 1997.

<sup>160</sup> (...) do mesmo modo que viam nessas suas dogmáticas sistemas fechados de uma auto-subsistência racional (lógico-racional) para uma aplicação racionalmente dedutiva ou lógico-subsuntiva – o “paradigma da aplicação”. CASTANHEIRA NEVES, 1993, p. 52.

concepções do direito, dos seus fundamentos (fundamento essencialmente material vs. Fundamento volitivo-político) e do seu sentido último.<sup>161</sup>

A segunda subestrutura, curiosamente, se pretende contra-normativista. É a estrutura de reflexão lógica associada muito especialmente às propostas realistas. Cada sentença (enunciado) que é produzida passa a ser controlada, na sua validade, através de um confronto com uma realidade exterior. Ou seja, é um discurso de referência objetiva. Vai depender da fórmula verdade-correspondência com o mundo exterior. A enunciação legal (normativa abstrata ou sentencial-concreta da decisão) só oferecerá uma correspondência válida (é verdadeira) se implicar equivalência com a realidade de mundo vivenciada.

Enquanto que o realismo jurídico, nos seus vários tipos, abandona a perspectiva normativista numa tentativa de reduzir a normatividade à factualidade (*Law as fact* – Olivecrona) (...), concebia o direito enquanto tal, como “fato social” (manifestado em particulares atividades ou fatores sociais, com que afinal se identificaria) e a determinar “como fato” e “nos fatos” (...); do mesmo modo que as decisões jurídicas em particular se haviam de compreender já como fatos psicológicos, já como fatos sociais (psico-socialmente determinadas, empiricamente explicáveis e previsíveis). (grifos do autor)<sup>162</sup>

O segundo tipo, *funcionalismo*, apresenta variadas propostas, pelo que, nestes limites de agora, apenas irá se referir às denominações e uma ou duas características comuns a elas. Mais do que isso, tornaria não só enfadonho o discurso, mas perceptivamente tangente.

Aqui, o direito é entendido como “meio”, um instrumento ou função disposto a servir aos fins “socialmente mais convenientes”<sup>163</sup>, não das “soluções axiológico-normativamente válidas e normativamente fundadas e sim soluções finalístico-programaticamente mais oportunas ou úteis e instrumentalmente adequadas ou eficazes”.

Quer dizer que o direito deixa de ser fundamento de validade sistemática, para ser submetido à validade consubstanciada numa prática qualquer. A semelhança com o realismo é imensa. Mas não se confundem. Naquele, a validade é do direito, mas o direito deve ser correspondente à realidade para que seja verdadeiro. O paradigma de logicidade é flagrante. Neste segundo, há uma construção teórica sobre o objeto de análise (o fato e a norma confrontados pelo intérprete), mas elas só serão razoáveis para a decisão se *úteis* aos fins que se pretende obter. Quer dizer que a fundamentação, em vez de *a priori* o caso, vem *a posteriori*, apegando-se ao ordenamento apenas para tornar-se sistematicamente válida. É assim uma:

<sup>161</sup> CASTANHEIRA NEVES, 1993, p. 52.

<sup>162</sup> Ibidem, p. 50-51.

<sup>163</sup> Ibidem, p. 55.

Opção segundo a qual os *valores substituem pelos fins* (subjetivos) e os *fundamentos (normativos) pelos efeitos* (empíricos) e em que a *legitimação axiológica ou a “legitimação por normas”* cede o seu lugar à *“legitimação pelos efeitos”* – a própria problemática da judicativa valorização prática se converteria numa problemática de efeitos ou de tipo consequencial. (grifos do autor)<sup>164</sup>

Daí que se dizer, com Pound, de um modelo de *social engeneering* ou de juiz tecnocrata, aquele que se confrontou “*entraineur*” com Ost no ponto anterior.

As críticas a esse modelo compreensivo podem surgir de um plano contra-sistemático, a que se insurgem especialmente Luhmann e Teubner. O primeiro denunciando o contingenciamento das decisões jurídicas e quebra de certeza jurisprudencial, o atentado ao princípio da igualdade, já que a oportunidade concreta variaria demasiadamente as atribuições de equivalência, e incapacidade de reduzir a complexidade social, que é a principal função do jurídico, para o autor<sup>165</sup>. No segundo, a “sobrejuridicização do direito”<sup>166</sup> seria acentuada. Quer dizer que, o aparente perigo de deslocamento excessivo de competências democráticas – e que se confrontou característico a dar ensejo ao comportamento populista do judiciário (no capítulo anterior) seria ainda mais estimulado, e do direito estaria concentrado no judiciário. Daí a dita “crise do Estado-providência”, e os movimentos de destotalização do sistema jurídico por “reprocessualização”<sup>167</sup>, inserção de mecanismos simplificadores de resolução de demandas, e políticas administrativas internas de “desafogamento processual”.

Além disso, Castanheira Neves ainda aponta para a total subversão do sentido judicial e da função judiciária no panorama do Estado de Direito.

Pois o que a esta função aí lhe compete, e a diferencia no elenco das funções capitais do sistema político-jurídico desse tipo de Estado, é, no princípio de um estatuto de independência e como “terceiro imparcial”, o assumir e o atuar (fazendo cumprir) a “reserva de direito” que dá a dimensão “de direito” ao Estado (ao sistema político-social) e à comunidade em geral (...). Sendo que essa reserva e essa dimensão se traduzem, simultaneamente, *nas garantias* que formalmente o princípio da legalidade é chamado a oferecer nos vários domínios jurídicos em que se afirme e na axiologia específica que materialmente postula e que encontra uma sua expressão nos “direitos fundamentais”, embora decerto neles se não esgote. (grifos do autor)<sup>168</sup>

O último tipo, o *jurisprudencialismo*, é caracterizado primariamente enquanto uma racionalidade prática, o que quer dizer estar ligado àquele esquema de base dialógica sujeito-

<sup>164</sup> CASTANHEIRA NEVES, 1993, p. 56.

<sup>165</sup> Ibidem, p. 60.

<sup>166</sup> Ibidem, p. 61.

<sup>167</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>168</sup> Ibidem, p. 62.

sujeito, dando mais azo ao fluir da linguagem e da argumentação do que o mecanismo lógico ou a técnica consequencialista de meios/fins. É, portanto,

[a]quela posição que compreende o direito como *validade* (axiológico-normativa) de realização problemática e em que o pensamento jurídico é chamado a resolver *problemas* práticos numa atitude *prático-jurisprudencial*. (grifos do autor)<sup>169</sup>

Entretanto, mesmo neste nível, é possível reconhecer dois modelos distintos de racionalidades práticas. Uma dita material, e uma outra procedimental<sup>170</sup>. Assim, é possível falar do jurisprudencialismo específico de Castanheira Neves e da tese interpretativista de Ronald Dworkin no primeiro caso. Já na índole processual, fala-se das propostas de resgate tópico-retórico e argumentativa.

No primeiro caso, deve-se ao professor Teodor Viehweg, mestre do respeitado conterrâneo professor Tércio Sampaio, a inventiva de resgate dos ditos *topoi* (lugares comuns)<sup>171</sup>. Os problemas práticos (controvérsias práticas) aqui são resolvidos buscando-se um consenso dialético (*ars inveniendi*). Para isso, os participantes do diálogo mobilizam os *topoi*, que significam referentes prático-culturais compartilhados entre eles, e “tidas também por eles como critérios relevantes e adequados para problemas concretos desse tipo”<sup>172</sup>. Assim, a solução sempre vai expressar, ainda que num grau de abstração mais difícil e prolongado de alcance, um consenso.

Já na perspectiva argumentativa, pode-se falar primeiro da recuperação pioneira de Perelman, na obra já aqui citada (Tratado da Argumentação)<sup>173</sup>, como por Habermas<sup>174</sup> e Wittgenstein<sup>175</sup>.

Neste patamar, já não se insiste em afirmar que o juízo jurídico é derivado de um processo prático-argumentativo tópico-retórico, mas de um “discurso argumentativo ou um ‘caso específico’ (*Sonderfall*) da ‘razão prática’, enquanto razão discursivo-argumentativa

<sup>169</sup> CASTANHEIRA NEVES, 1993, p. 71.

<sup>170</sup> *Ibidem*, loc. cit.

<sup>171</sup> Cf. VIEHWEG, 1979.

<sup>172</sup> CASTANHEIRA NEVES, ob. cit., p. 72.

<sup>173</sup> PERELMAN; OLBRECHTS-TYTECA, 2005.

<sup>174</sup> Cf. HABERMAS, Jürgen. **Teoria do agir comunicativo: sobre a crítica da razão funcionalista**. v.2. São Paulo: Martins Fontes, 2012; HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

<sup>175</sup> Cf. WITTSGENSTEIN, Ludwig. **Investigações Filosóficas**. Trad. Marcos G. Montangoli. 2 ed. Petrópolis: Vozes, 1996.

orientada por um ‘sistema de regras’<sup>176</sup>. Quer melhor dizer, agora com Alexy, que se está perante uma racionalidade processual.

Um enunciado normativo é válido (*richtig*) ou verdadeiro, se puder ser o resultado de um determinado proceder, o proceder do discurso racional; esta relação entre validade e procedimento é característica para todas as teorias procedimentais.<sup>177</sup>

Parece que a tessitura desta rede de sentido prático parece, cada vez mais, incorporar linhas refazem para melhor os nós colocados sobre as questões jurídicas. Se é verdade que o discurso argumentativo (a compreensão do sentido de direito na razão prática enquanto argumentação) se somou à válida restauração tópica-problemática operada por Viehweg, também não é menos verdade que uma terceira via vai operar um reconhecimento fundamental para a discussão que se apresenta. Veja-se.

Se os *topoi* são entre si equivalentes, mas na ordem normativa objetiva do jurídico, guardam preferência os produtos do ordenamento (material jurídico – princípios, regras, precedentes) a qualquer outro argumento externo, com Alexy<sup>178</sup>; e a “discussão é a única instância de controle”, com Viehweg<sup>179</sup>; o campo discussivo tópico-retórico e argumentativo guardará fundamento no consenso, como dito. Este consenso, já é perceptível, ficará resultante *a posteriori*. Assim e sempre, a validade estará constatada após a argumentação, como é óbvio.

O que leva a confrontação e o questionamento se o jurídico não seria um problema materialmente prévio, quer dizer, *a priori* vinculado ao esquema levantado em abstrato. É dizer com isso que, se em vez de o consenso ser a esfera de controle da argumentação, um técnico julgador terceiro imparcial for o controlador do debate, convocando o dizer normativo sobre o caso em apreço.

É então importante reconhecer a problematicidade jurídica no plano hermenêutico? Sem dúvidas. Mas não somente. Quer dizer, é primeiro partir com Dworkin, e observar a racionalidade jurídica como *Wertrationalität*, uma integridade jurídica de sentido (*integrity thesis*), a refletir um “model of principles”<sup>180</sup>, em contraposição ao modelo de regras, a que se

<sup>176</sup> CASTANHEIRA NEVES, 1993, p. 73.

<sup>177</sup> ALEXY, Robert. Die Idee einer prozeduralen Theorie der juristischen Argumentation. In *Rechtstheorie*, caderno 2, 1981 apud CASTANHEIRA NEVES, loc. cit.

<sup>178</sup> Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

<sup>179</sup> Cf. o referido trabalho de VIEHWEG, 1979.

<sup>180</sup> DWORKIN, Ronald. Model of Rules. In **The University of Chicago Law Review**, v. 35, nº 1, pp. 14-46. Também é possível ler o artigo na coletânea “Levando os Direitos a sério”, sob o referido título com adição do epíteto “I”, em DWORKIN, 2002.

insurgiu no conhecido trabalho mencionado<sup>181</sup>, representando, portanto, sempre, a possibilidade de existir uma resposta correta e válida, e expurgando a possibilidade de se admitir discricionariedade sobre a zona de penumbra característica dos casos difíceis, reproduzindo, assim, decisões-construções coerentes.

Mas é, em segundo, admitir que o jurídico é de “natureza praxístico-decisória e não simplesmente significativo-compreensiva”<sup>182</sup>, o que quer dizer que não a “validade como coerência narrativa, mas a justeza decisória ou a validade-justiça são aqui os valores polares”<sup>183</sup>.

É, em terceiro, assumir que a compreensão do material criterial do jurídico (campo normativo) não é suficiente para a decisão de nível prático, “pois entre os fundamentos ou os critérios e a decisão concreta intervém a *mediação judicativa*”, a revelar uma “particular autonomia constitutiva”<sup>184</sup>.

Finalmente, resta considerar que o problema jurídico-decisório se trata não de uma compreensão dada aprioristicamente sobre o sentido normativo em “reintegrar o caso decidindo surgido dessa situação no sistema global da validade significativa”, mas de atentar-se para a justeza prático-material requerida pelo problema jurídico.

A proposta do fundador da escola jurisprudencialista não é uma contraposição à elaborada tese integrativa e coerente de Dworkin<sup>185</sup>, mas parece, com ela, considerar um alerta para a especificidade do caso. É por isso que Castanheira Neves coloca a racionalidade como um problema dialético entre o sistema normativo e o problema judicativo. Vai dizer assim que há “uma validade pressuposta a objetivar-se numa *dogmática*”, e “uma *concreta problematização* praxística a exigir uma *mediação judicativa*, por outro lado”<sup>186</sup>. É, com Esser, o controle da justeza material (*Richtigkeitskontrolle*), e a concordância dogmática (*Stimmigkeitskontrolle*)<sup>187</sup>. É por isso que a o reconhecido aglutinado de escritos de Pinto

---

<sup>181</sup> Cf. especialmente as análises críticas de STRECK, Lenio Luiz; MOTTA, Francisco José Borges. Relendo o debate entre Hart e Dworkin: uma crítica aos positivismos interpretativos. In **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 14, n. 1, p. 54-87, abr. 2018; KOZICKI, Katya; DE CHUEIRI SANCHES, Fernanda Karam. O Sentido de Discricionariedade Judicial Visto a Partir de Hart e o Necessário Diálogo com Dworkin. In **Revista da AJURIS**, 2012, 39.126: 89-112; ou ainda mais amplamente, MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **O direito em desacordo: o debate entre o interpretativismo e o convencionalismo jurídico**. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

<sup>182</sup> CASTANHEIRA NEVES, 1993, p. 76.

<sup>183</sup> Ibidem, loc. cit.

<sup>184</sup> Ibidem, loc. cit.

<sup>185</sup> Cf. entre toda sua obra, especialmente, DWORKIN, 2002.

<sup>186</sup> CASTANHEIRA NEVES, 1993, ob. cit., p. 79.

<sup>187</sup> Ibidem, loc. cit.

Bronze, expoente da escola jurisprudencialista, recebe o nome de “Analogias”<sup>188</sup>. É atentar-se para uma racionalidade analógica, que iguala a importância do sistema legal (axiologia, normativa e força de julgados) à relevância sempre recriante do caso concreto. Na base, há uma constante e alerta consideração do problema jurídico a convocar uma prática de justiça no caso (“prática de comparação *tribuere*”<sup>189</sup> com as palavras de Aroso Linhares).

Em resumo, no campo da racionalidade prática, do esquema dialético sujeito-sujeito, a metodologia jurídica pode ser dirigida ao caso como foco do problema decisório (como *prius*). Isto favorecerá que a cadeia de tessitura narrativa proposta por Dworkin esteja atenta ao elemento constitutivo que a prática favorece à integridade e coerência jurídicas ambicionadas<sup>190</sup>.

Um esquema, por tudo, pode proporcionar o seguinte entendimento: uma racionalidade normativa, que refletiria uma construção argumentativa contida, a revelar o apego do caso à norma, que guardaria o ideal de verdade no processo de “aplicação” do direito, parece não ter mais lugar neste momento paradigmático do Estado de Direito. Aqui, existi(ri)a uma relação de “exterioridade construtiva”<sup>191</sup>.

Uma outra racionalidade, funcionalista, já característica do modelo de Estado Social de Direito, representaria um forte apego ao interesse de momento, ou simplesmente ao interesse da demanda. Ainda, se estaria num esquema sujeito-objeto, pois a relação de construção argumentativa é eminentemente teórica, quer dizer, especulativa, *reflete* as percepções do observador sobre o objeto, ainda que enviesadas por um qualquer estímulo não sistemático. Existiria uma relação de “imanência constitutiva”<sup>192</sup>.

Uma última, identificada pela doutrina como mais adequada para este Estado de Democracia e de presença axiológica na tomada de decisões jurídicas, rotacionaria a lente de pensamento e trabalho para uma esquematização sujeito-sujeito, argumentativo e dialética. Aqui, haveria uma relação de “reconstrução crítico-reflexiva”<sup>193</sup> entre o *logos* (a racionalidade jurídica) e o método de decisão. Neste plano, mais do que o eixo procedimental, para as considerações deste trabalho, o enfoque material é que receberá - especialmente no próximo

<sup>188</sup> BRONZE, Fernando José. **Analogias**. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

<sup>189</sup> LINHARES, José Manuel Aroso. O Projectar do Mundo Prático do Direito enquanto Prática de "Comparação-Tribuere". In **Revista Portuguesa de Filosofia**, 2014, 309-326.

<sup>190</sup> CASTANHEIRA NEVES, 1993, p. 81.

<sup>191</sup> *Ibidem*, p. 10.

<sup>192</sup> *Ibidem*, p. 11.

<sup>193</sup> *Ibidem*, loc. cit.

capítulo - maior atenção, pelas razões expostas, derivadas das reflexões somatizadas pela proposta jurisprudencialista.

#### 4.3 Racionalidade predominante no Brasil

Por bem de um compromisso não só situado historicamente, quer dizer, não anacrônico, e por um outro, direcionado à própria prática jurídica levada a sério, dever-se-ia, no Brasil, especialmente, sequer ter em conta propostas metodologistas aparentemente ultrapassadas, e mesmo inoperativas. É dizer com isto, que a constatação (empírica) demonstra estar-se apegado à paradigmas compreensivos na prática jurisdicional doméstica tão mais anacrônicos do que as propostas teórico-dogmáticas que as influenciam.

No vigilante trabalho “O que é isto – decido conforme a minha consciência?”<sup>194</sup>, Lênio Streck apresenta boas pesquisas jurisprudenciais e doutrinárias que somente comprovam como “práticas judiciárias” e “manifestações doutrinárias” “desnudam um paradigma”<sup>195</sup>, referindo-se ao apego praxístico do jurídico brasileiro a sintagmas bastante atrasados, como por exemplo a linguagem “subsuntiva”, que de todo modo continua a ser ensinada nas faculdades de Direito como uma espécie paradigmaticamente possível e realizável, como se fosse cognoscível, hoje, o juiz ser “boca da lei” diante do Código de Processo Civil de 2015 (ora, nem no de 1973 poderia), inclusive especialmente de maneira mais assaz em alguns ramos do conhecimento. E a referência não é, portanto, à possibilidade de “subsunção” em casos fáceis, como quer Alexy, por exemplo, mas à subsunção como uma espécie de técnica (fórmula) decisória que faz simplesmente elevar fatos à norma abstrata, igualando-os e resolvendo os problemas, sem mediação argumentativa ou espaço de construção qualquer de direito no caso, como se estivéssemos na França pós-revolucionária<sup>196</sup>. Bem, se este fosse mesmo o papel de um juiz, para quê se organizariam concursos de admissão à magistratura tão exigentes, com várias fases de testagem diversas e níveis compromissórios tão altos?

<sup>194</sup> STRECK, Lênio Luiz. **O que é isso – decido conforme a minha consciência?** 5 ed. rev. e atual. de acordo com as alterações hermenêutico-processuais dos Códigos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015

<sup>195</sup> Ibidem, p. 20.

<sup>196</sup> E é curioso, se não paradoxal, até que alguma doutrina venha falar em “volta ao iluminismo” nestes dias de hoje. Cf. BARROSO, Luís Roberto. Countermajoritarian, Representative, and Enlightened: The roles of constitutional tribunals in contemporary democracies. In **Rev. Direito Práx.**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, p. 2171-2228, out. 2018.

Este confrontamento decepcionante com o *decire* jurisdicional tão arraigado de concepções metodológicas cruzadas e que parecem um pouco perdidas dentro do campo teórico representa uma das motivações deste escrito. Mas uma razão mais forte é a constatação de que esses usos terminológicos não servem para embasar a prática decisória. Na verdade, curiosamente são utilizados como referência comparativa, como se fosse necessário acentuar que o positivismo jurídico precisa ser superado, e substituído por um tipo de justiça mais humanitária, construtiva e flexível<sup>197</sup>. É paradoxal perceber isso ao mesmo tempo em que se nota que em outros lugares o positivismo já não é apenas uma lembrança distante, embora permaneçam vigentes – como também aqui - muitos dos elementos teóricos que dão sustento à noção da juridicidade voltada à busca de segurança e à coerência sistemática do ordenamento<sup>198</sup>.

As teses pós-positivistas já existem há tanto tempo que parece até caricato recebê-las como novidade. Como se viu, em verdade, importa neste momento compreender e debater o sentido decisório com base no contraponto funcionalismo/jurisprudencialismo, reconhecendo os positivismos como ponto histórico importante e como tese introdutória para noções dogmáticas como existência/validade/eficácia, hierarquia normativa, ou os característicos binômios que funcionam como bom recurso propedêutico (fato/direito, caso/norma, princípio/regra etc).

#### 4.4 Juízo de torcida

A hipótese aqui levantada é a de que o juízo de torcida, aludindo, com o devido empréstimo, à noção ilustrativa de um ambiente de “jogo” que faz Ost, apenas nestes limites, corresponde não a um tipo decisório estratégico, mediado pelo consequencialismo que obtém no texto legal as hipóteses melhor logradas para um qualquer intento prático. O juízo-torcedor vai além. Interessa antes “aparecer bem na fita” da opinião pública, jogando de acordo com as massas, com argumentos que apelam ao *páthos*, e por isso se diz intencionalmente populista. Embora compartilhem uma mesma matriz funcionalista que ambiciona fins específicos e casuísticos, moduláveis por interesses, e não por valores comunitários – quer dizer, por valores político-partidários ou pessoais -, o juízo de torcida é mais volúvel do que o juízo estratega.

---

<sup>197</sup> STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “Letra da Lei” é uma atitude positivista?. In **Novos estudos jurídicos**, 2010, 15.1: 158-173.

<sup>198</sup> BOBBIO, Norberto. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 6 ed., 1995. p. 71-114.

Este ambiciona a melhor resolução da causa, tendo em conta o panorama completo do jurídico, através da interpretação (ligeiramente enviesada) de interesses comunitários mais estáveis naquele momento, como os rumos que pretende tomar a economia que favoreça o crescimento do país, ou os valores que entende identificáveis como conjunto moral da comunidade, ou mesmo, mais um exemplo, interesses de política judiciária *latu sensu*, quer dizer, a redução do número de processos, a simplificação das causas por meio de mecanismos ditos extrajudiciais de resolução de conflitos, etc.

Aquele, por outro lado, costuma buscar decidir de acordo com o que está acontecendo na opinião pública no momento. O torcedor faz apostas. Ele põe as fichas no que parece que vai vingar dali então. Espera que, se seu intento der certo, obterá boas benesses num novo ambiente de porvir que terá, nele, um baluarte representativo do esquema de valores. É dado ao heroísmo, neste sentido. Apela para as capas das revistas, manchetes de jornais, e críticas positivas nas colunas especializadas, mais em política, do que em direito.

Para identificar o juízo de torcida, a hipótese aqui proposta aventa ser possível lançar mão de três expedientes conformativos, baseados na pesquisa empírica realizada. São eles, a ausência de hierarquia argumentativa; a pessoalidade mais presente do que o comportamento institucional; e uma característica mania heróica. Passe-se, doravante, a análise de cada um destes.

Que se diga antes, preferiu-se sempre falar em “juízo” e não em “modelo de juiz”. O juízo de torcida é protagonista, quer o centro das atenções. Mais de um participante, ou apenas um deles pode tornar o juízo populista, quer um procurador da causa, quer o julgador. Muitas vezes, o julgador pode consubstanciar uma decisão de torcida mesmo que indisposto a isso, já que a mediação da causa o leva a tanto. É claro, sempre terá a si o constrangimento institucional caracterizado pelo segundo atributo aqui proposto compelindo-o a tomar uma atitude contramajoritária. Mas não é, enfim, adequado à uma teoria procedimental-democrática, fazer qualquer investigação teórico-judicial tendo em conta apenas a figura do juiz, por mais que nele esteja concentrado o momento mais importante do processo de realização do direito.

#### 4.4.1 Ausência de hierarquia argumentativa

Em um importante estudo sobre comportamento das cortes nacionais<sup>199</sup>, e em busca de algum tipo de racionalidade nelas (ou em alguma), Rodriguez acaba por concluir, na tentativa de reconstrução do intento argumentativo, o que sugere denominar um tipo de justiça de opinião, fala de “justiça opinativa”. Esta resposta surge da constatação, após uma pesquisa<sup>200</sup> do Centro Brasileiro de Análises e Planejamento (CEBRAP) para o Projeto “Pensando o Direito”<sup>201</sup>, do Ministério da Justiça, que tem por objetivo promover a democratização do processo legiferante no país. No estudo referido, buscou-se verificar o método de trabalho e compreensão do controle de constitucionalidade, exercido previamente, (quer pela Comissão de Constituição e Justiça CCJ no âmbito parlamentar, no âmbito executivo, do veto presidencial) e mesmo posteriormente, pelo Supremo Tribunal nas funções de Corte Constitucional.

Com isso foi visto que,

As cortes brasileiras citam, com muita frequência, doutrinadores e teóricos do direito (além de “jurisprudências”) sem reconstruí-los em uma linha de argumentação racional, ou seja, sem explicar o porquê de cada autor (ou caso) ser relevante para a solução final, de acordo com sua reconstrução sistemática das fontes do direito.<sup>202</sup>

Assim, a função da jurisdição nacional (especialmente em órgãos colegiados) tem se mostrado no sentido de “dar uma opinião fundamentada diante dos casos, debatidos a portas abertas, às vezes diante de uma plateia, e não encontrar a melhor resposta para eles a partir de um raciocínio sistemático”<sup>203</sup>.

Na obra referida, a análise de três julgados diversos, de cortes superiores distintas, e em lapsos históricos diferentes, embora todos pós-1988, importa o reconhecimento de um padrão estratégico de trabalho, ainda que não se possa reconhecer como um tipo predominante de racionalidade dentro daquelas que se levantou no tópico anterior (normativista, funcionalista ou jurisprudencialista). No caso prático brasileiro, mais predominante é a constante invocação

<sup>199</sup> RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?: para uma crítica do direito (brasileiro)**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. A obra foi vencedora do prêmio Jabuti, categoria “Direito”, em 2014.

<sup>200</sup> CEBRAP. Processo Legislativo e Controle de Constitucionalidade. **Série Pensando o Direito**. São Paulo/Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL), 2010. Disponível em: <[http://pensando.mj.gov.br/publicacoes/?pub\\_id=6820](http://pensando.mj.gov.br/publicacoes/?pub_id=6820)>. Acesso em 21 de maio de 2021.

<sup>201</sup> MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Projeto Pensando o Direito**. Disponível em: <<http://pensando.mj.gov.br/>>. Acesso em 21 de maio de 2021.

<sup>202</sup> RODRIGUEZ, op. cit., p. 81.

<sup>203</sup> Ibidem, p. 63.

de argumentos de autoridade para robustecer a força argumentativa do discurso decisório (quer seja, do voto do juiz em colegiado). Assim, faz-se perceber dois sintomas.

Um, é que diferentes julgadores, ainda que esboçando diferentes entendimentos sobre o caso, usam os mesmos referenciais para justificar sua posição. Quando se trata de doutrina, ocorre de citar-se até os mesmos estudiosos, e mesmo algumas vezes, os mesmos trechos convocados, para expor pontos de vista diversos. O que mostra que o valor da autoridade se torna maior que o valor material e significante daquela construção teórica.

Dois, é que por vezes, o argumento teórico é convocado em apartado do seu contexto avultado pelo autor. Assim, ocorre uma espécie de vilipêndio do discurso original, para servir de “encaixe argumentativo” no discurso que o utiliza com o interesse de obter conformação racional. Mas a racionalidade do segundo percurso argumentativo, na verdade, pode ser um pouco diferente ou mesmo oposta ao sentido empregado pelo primeiro autor. O segundo – o julgador – apenas serve da citação para conferir mais força à sua construção argumentativa, demonstrando que sua posição tem algum respaldo.

Isto mostra, na verdade, que provavelmente se está dentro de um tipo de racionalidade funcionalista, ainda que ligeiramente deformada. Diz-se isto pois a convocação, ainda que arbitrária, como mostra a pesquisa, de argumentos referentes, leva a constatação de um tipo de racionalidade que se quer fundamentar *a posteriori* suas decisões. Não é possível crer que se esteja frente a um tipo de racionalidade jurisprudencialista tópico-retórica, pois falta ainda alguma coerência no levantamento dos argumentos, ou seja, muitas vezes não se está de frente a *loci comuni* amplamente aceitos em vias de viabilizar consensos. Não, se está em frente a um tipo de racionalidade funcionalista, que vê o direito como *meio* para objetivar um *fim*.

Entretanto, parece faltar, quando analisadas as decisões caso a caso, uma finalidade comum, mesmo em julgados dos mesmos decidentes, como aponta a pesquisa. Quer dizer que os fins invocados podem modular diante do caso concreto de maneira mais brusca do que seria suficiente para identificar o tipo de racionalidade consequencialista própria de movimentos como *Law & Economics*<sup>204</sup>, por exemplo.

---

<sup>204</sup> Esta linha teórica defende que os juízes devem atentar-se para necessidades de mercado que beneficiem a economia nacional através das consequenciais dos julgados. Cf. POSNER, Richard A. **The economics of justice**. Cambridge: Harvard University Press, 1983; POSNER, Richard A. **How judges think**. Cambridge: Harvard University Press, 2010.

Embora não seja fácil entender porque isso acontece, é possível levantar uma hipótese, o que leva ao segundo ponto.

Antes, resta acentuar que o que se viu aqui foi a ausência de valor criterial no material convocado pela argumentação decisória. Quando o julgador ou o sugestor-parte invoca aspectos argumentativos tão distantes<sup>205</sup> para uma mesma argumentação, mostra com isso o desprezo pelo peso dos elementos conhecidos. Assim, acaba importando menos a diferenciação axiológica regra/princípio, se quisesse buscar uma argumentação procedimental, ou a diferenciação integrativa analógica ou simplesmente de levantamento de teses acadêmicas, num intento material. O que vale, já no jogo prático, é simplesmente a força numérico-persuasiva daquele posicionamento, não o seu valor de convencimento.

#### 4.4.2 Pessoaalidade *versus* Comportamento Institucional

Quando se trabalhou o jeitinho brasileiro, percebeu-se que estava não diante de um termo pejorativo a indicar simplesmente a “malícia” casuística da pessoa brasileira em driblar dificuldades diante de uma situação prática caracterizada por entraves “burocráticos”. Estava, ali, frente a um importante método de operação prático de equivalência ontológica. Quer dizer, uma espécie de fórmula para realização de igualdades materiais, mesmo que em situações pontuais e que não dependam de grandes esforços dos sujeitos envolvidos. Assim, jeitinho é antes uma funcional ferramenta social desenvolvida ao longo do tempo, através da confrontação com a dificuldade de incorporar métodos sistemáticos do paradigma modernista, do que um tipo de trapaça, como a vulgarização linguística comum já chegou a intuir.

Neste aspecto, o jeitinho opera facilitando a comunicação entre operadores jurídicos, reduzindo a diferença entre suas funções para o empenho argumentativo consubstanciado em decisão. Entretanto, confere um resultado negativo, a saber a quebra do significado institucional da função judiciária, elevando a autoridade a uma caracterização difusa de poder moderador. Quer dizer, cada microssistema abriga uma autoridade-juiz que “dita as regras do jogo” e possui, geralmente, não apenas uma maneira própria de decidir, mas de portar-se perante o ambiente de sentido funcional do jurídico.

---

<sup>205</sup> Sejam jurisprudenciais ou teses doutrinárias, já que enunciados legais são geralmente mais sucintos e a codificação cria uma barreira para o lançamento de expediente esparso de convocação das leis com sentido diverso para uma finalidade argumentativa.

Em outras palavras, quando os advogados, promotores, procuradores etc se dirigem ao juízo, o fazem pela aproximação pessoal entre a parte que postula e o julgador que “concede” o direito. Isto costuma acontecer desde o tratamento pessoal de endereçamento das pessoas, e dos termos interlocutórios, por exemplo, “Ínclito julgador”, “Excelentíssimo(a) Senhor(a) Doutor(a)”, “Egrégia Corte” etc. Mesmo que o CPC de 2015 tenha tentando uniformizar a prática, “despessoalizando” o caractere interlocutório, o costume prático demorará para se desvencilhar deste tipo de paradigma ainda da sociedade patronal.

Além disso, as estratégias de convencimento na prática brasileira costumam ser mais de persuasão, e os elementos simbólicos a que os argumentadores lançam mão são os mesmos a que se referiu acima pela ausência de hierarquia criterial entre os elementos de fala. Assim, a convocação torrencial de teses jurídicas distintas não serve propriamente para oferecer a melhor resposta para aquela questão, mesmo que estrategicamente favorável à sua parte, mas para causar boa impressão e constranger por maioria numérica, demonstrando uma vitória numérica. O postulante, assim, não busca diretamente o convencimento pela força argumentativa.

O jogo em curso é outro: ele está tentando impressioná-lo [o juiz] e aos cidadãos por sua erudição e pela suposta extensão de seu domínio sobre a doutrina. Além disso, tratando-se de argumentação por autoridade, quanto maior o número de autoridades, maior a força do argumento. De acordo com esta forma de pensar, uma posição é tanto mais correta quanto mais pessoas concordarem com ela.<sup>206</sup>

Este padrão procedimental consuetudinário observado na prática jurídica no Brasil acaba por insuflar o caractere personalista do exercício do poder judiciário, antes como o dizer da vara/seção judiciária tal, do que o dizer do Tribunal respectivo sobre aquela perspectiva demanda casuística levada à apreciação jurisdicional.

Mesmo instrumentos de ampliação do debate público incluídos pelo movimento de “democratização” do processo, como o *amici curiae* no CPC 2015, são na prática minimizados, pois não importa o oferecimento de argumentos exteriores (mais técnicos a outros campos do conhecimento, por exemplo) por terceiros interessados na demanda, mas sim o tratamento empregado através de “jeitinho” a um terceiro (julgador) que precisa ser convencido contrariamente ao seu padrão de entendimento, em vez de esboçar o mito da neutralidade pretendido pelo ideal da jurisdição, buscando melhores respostas fundamentadas para os conflitos resistidos a si interpelados. Neste sentido, “a decisão será proferida principalmente

---

<sup>206</sup> RODRIGUEZ, 2014, p. 71.

em seu nome não em função de um padrão argumentativo considerado adequado ao caso”<sup>207</sup>. Assim, noticia-se nas manchetes jornalísticas que “Ministro fulano votou...”, “o voto do Ministro tal no sentido de...”, acentuando a compreensão pessoal de mundo do julgador, não os argumentos que levaram a decidir daquela determinada maneira<sup>208</sup>.

#### 4.4.3 Inclinação heróica

Que a vida imita a arte não é nenhuma novidade. Aliás, a arte retrata a vida, às vezes com exageros nada despropositados. É pela arte que se clareiam as ideias na mente. Com seus sutis temperamentos sugestivos, a pessoa é levada ao experimento de vislumbre epifânico só conseguido com o auxílio do elemento analógico de beleza artística significado por essa virtude.

Num famoso *Western* norteamericano, *O homem que matou o facínora*, um jovem advogado recebe os louros por ter matado um fora da lei. No final da trama, é revelada a verdade da história, que intenta provocar surpresa no espectador, mostrando que o jurista se gloriou de um feito que não fora seu. Embora não tenha sido ele o homem que matou o facínora, a lenda impulsionou-o em sua carreira política favorecendo sua popularidade.

Não são poucas as abordagens jurídicas deste clássico, entretanto a leitura de Vinícius Soares de Campos Barros traz a atenção para um elemento bastante importante nesta conclusão de agora.

O mito político é um tipo categórico trabalhado na zona integrada da ciência política, da sociologia política, e do direito. A elas interessa o poder fundante que o mito exerce nas comunidades, idealizado soberanamente como promessa de futuro<sup>209</sup>. No mito, sempre esteve um recurso retórico vantajoso para as teses inovadoras: a inquestionabilidade do metafísico. Quer dizer, no nível do mito, não há a necessidade de maiores explicações, é através dele (e com ele) que são feitas as projeções de interesse comum, e por isso mesmo, também entregues elementos de identificação que conformam seu carisma a quem se dirige (ou para quem

<sup>207</sup> Ibidem, loc. cit.

<sup>208</sup> “O objetivo da autoridade não é (...) argumentar em nome da melhor solução possível para o caso, mas sim apresentar as razões pelas quais formou sua *opinião pessoal* sobre qual deva ser a melhor solução”. Assim, RODRIGUEZ, 2014, p. 74.

<sup>209</sup> MIGUEL, Luis Felipe. Em Torno do Conceito de Mito Político. **Dados**, Rio de Janeiro, v. 41, n. 3, p. ,1998. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0011-52581998000300005&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52581998000300005&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 06 de maio de 2021.

“funciona”), recepcionado facilmente com agradabilidade<sup>210</sup>. O mito é uma materialização de necessidade.

Nele, concentram-se tipologias simbólicas essenciais para o ponto-de-partida de um novo plano, seja um engenho casuístico, ou um projeto civilizatório. Foi através do Estado-Leviatã, então, que Hobbes justificou a necessidade do contrato social. Foi no mito da vontade do povo que Rousseau baseou sua tese que serviu para a dominação burguesa revolucionária.

(...) há uma imensa resistência, da parte do homem médio de qualquer latitude, a compreender a real natureza do orbe político. Ao contrário, o cidadão comum tem uma propensão natural a transformar homens em lendas. Essa atitude, na maioria das vezes, anda de braços dados com as tragédias humanitárias, pois sempre que líderes carismáticos são transmudados em deuses, por meio da ignorância dos homens, verdadeiros demônios reinam sobre a Terra.<sup>211</sup>

A face mi(s)ticista do herói está sempre perceptível a quem se candidata a esta empreitada. E é claro que a importância dada ao herói causa fascínio. Esta característica atrativa que recebe as atenções parece estar de mãos dadas com o exercício arbitrário do poder. O elemento de carisma do líder herói é tão grande, que o controle social sobre suas atitudes é relativizado pela opinião pública, passando as pessoas a conceder mais maleabilidade sobre as posturas que se ocorridas em outra oportunidade, ou em outra figura, seriam consideradas equívoco.

No panorama de agora, não pode fugir-se a constatação de que qualquer face deformada do exercício de poder não está disponível apenas, no plano democrático destes dias, ao poder executivo ou ao legislativo, mas também ao judiciário, numa fase em que as funções políticas se concentram sobretudo na última palavra de verdade política que se espera da jurisdição - o que leva Rùthers a acusar um Estado Judiciário (*Richterstaat*)<sup>212</sup>. O populismo, agora, se apresenta como um risco a desfavorecer o funcionamento seguro e adequado das funções judiciárias quando abriga nele esta forma enviesada de enxergar o mundo agradando as massas.

<sup>210</sup> Cf. sobre o poder simbólico do mito nas teses jurídicas, FERRAZ JR., Tércio Sampaio. **Estudos de Filosofia do Direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

<sup>211</sup> BARROS, Vinícius Soares de Campos. A civilização chutou as portas do *Saloon*: mito, política e direito em “O homem que matou o facinora”. In FRANCA FILHO, Marcílio; LEITE, Geilson Salomão; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Coordenadores). **Antimanual de Direito e Arte**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 203.

<sup>212</sup> Cf. RÜTHERS, Bernd. *La revolución secreta: del estado de derecho al estado judicial : un ensayo sobre Constitución y método*. Madrid: Marcial Pons, 2020. Hart lembra a frase atribuída ao juiz Hughes, ex-presidente (Chief Justice) da Suprema Corte norteamericana, “a constituição é aquilo que os juizes dizem que é” em HENDEL, Samuel. *Charles Evans Hughes and the Supreme Court*. Nova Iorque: New York, King's Crown Press, Columbia University, 1951 apud HART, 2001, p. 283.

Centrado em acolher a vontade de maiorias eventuais, barganha com elas o poder da jurisdição, como se o judiciário fosse um alto falante da opinião pública. Contra o “boca da lei”, sempre repudiado e pejorativizado, como se estivesse num ambiente discursivo do século passado, a que o esquema formalista, que precisa ser superado, fosse a “elite corrupta” que tensiona para baixo o sentido do direito na comunidade, abrindo-se espaço, na verdade, para todo tipo de decisionismo, sob alcunhas como “sopesamento de princípios”, “ponderação razoável”, e qualquer outro evento decisório que pareça encobrir o subjetivismo que fundamenta a decisão. Vira o judiciário a “boca do povo”.

O populismo *no* judiciário é talvez a modalidade mais perigosa de exercício arbitrário do poder se considerar o paradigma hodierno de Estado democrático. Isto se deve ao fato de que a função a si historicamente atribuída, e conformada nesta quadra histórica, é a de exercer a contramajoritariedade dos interesses de ocasião. Quer dizer, “concretizar o direito”<sup>213</sup>, através da mediação judicativa<sup>214</sup>, significa conceber compreensivamente um estágio axiológico que favoreça a estabilidade e a coerência das decisões com os fatores ideais de bem comum planejados no texto constitucional, ou conformados dentro da (e pela) compreensão pluralista do arranjo de sentido da Constituição<sup>215</sup>.

#### 4.5 Juízo de torcida ou ativismos?

Uma última questão se faz importante. Diz respeito a responder porquê preferiu-se adotar todo este percurso sugerindo uma nova terminologia, a não ceder a outras já conhecidas. *Ad argumentandum*, é bom referir a sua razão, antes de parecer que se fez tudo por capricho categórico.

Quando se pensa no âmbito do juízo discricionário, de imediato têm-se em mente as concepções denominadas “ativistas”. Alguns autores chegam mesmo a identificar várias, do

<sup>213</sup> MÜLLER, Friedrich. Legitimidade como conflito concreto do direito positivo. In **Revista TST**, Brasília, v. 68, n. 3, jul/dez 2002.

<sup>214</sup> ESSER, Josef. **Principio y norma en la elaboracion jurisprudencial del derecho privado**. Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1961.

<sup>215</sup> Cf. HÄBERLE, PETER. Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. In **Direito Público**, [S.l.], v. 11, n. 60, p. 25-50, abr. 2015.

que se pode chamar, “modalidades” do comportamento ativista de um tribunal<sup>216</sup>. Mais que um esforço categorial, este tipo de classificação intenciona refletir a visão crítica das influências dirigidas pelo processo de julgamento se e quando destoam das exigências jurídicas como – ainda que o autor não assuma – um conjunto integral, imune, ao menos tendencialmente, a influxos ditos “externos” (discricionários) de qualquer natureza, ou seja, quando falta motivação suficiente.

Por outro lado, este tipo de designação metódica, que circunscreve as intenções por blocos de casos similares, acaba por se blindar à constatação precedente do que se pode chamar de “racionalidade” do juízo. Quer dizer, se o julgamento apresenta um conteúdo *moral* estrito, descaradamente *político* partidário, ou de qualquer outra ideologia que avenge incoerências flagrantes com o ordenamento e os precedentes decisórios, esta identificação será só de superfície. Ou melhor, o nível, que não é inverídico, no qual trabalha, está abaixo da intenção do *decire*, embora consigne a intenção do *judgar*.

A diferença decisão-julgamento que é proposta serve apenas, e tão-somente, para ilustrar a seguinte circunstância, que com o exemplo ficará mais simples de se perceber: um determinado julgador, num caso que aborda direitos educacionais, e se confrontam o poder público que admite a pretensão de uma família solicitando a colocação de seu filho numa sala apartada, pois os demais estudantes não poderiam acompanhar/influenciariam negativamente o desenvolvimento excepcional da criança, comete um tipo de “ativismo” (seja o veredito favorável ou desfavoravelmente excludente a depender da qualidade desta excepcionalidade). E, diante de um mesmo outro caso, em que admite a pretensão do porte de armas de um produtor de açúcar fundamentada na necessidade de fiscalização do alto índice de crimes de furto nas suas plantações, pelo qual junta provas, só poder acontecer pelos trabalhadores (“boias-fria”), comete, de um modo e de outro, juízos ativistas. Entretanto, não há qualquer nexos em bom critério que possa ligar os dois fatos, a não ser que se parta pra suposições psicológicas ou investigações da vida pessoal.

Essas modalidades criteriosas, portanto, embora muito úteis, tanto para identificação prévia dos juízos ditos, de modo amplo, se se quiser, “ativistas”, ou melhor, “discricionários”, quanto para a admissão da crítica de que “há algo de errado” (ou não há nada de absolutamente adequado) nestes tipos de decisão, só permitem reconhecer as dificuldades do juízo neste nível,

---

<sup>216</sup> TRINDADE, André Karam; DE OLIVEIRA, Rafael Tomaz. O Ativismo Judicial na débâcle do sistema político: sobre uma hermenêutica da crise. In **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, 2016, 11.2: 751-772.

remanescendo outras dúvidas como, por exemplo, “se o juiz sempre decide desta determinada maneira, independente das influências de caracteres de sua vida pessoal, o que o faz pensar que pode ‘manejar’ o jurídico assim?”. Ou seja, transpor a referência discricionária num segundo nível crítico que identifique não o condicionamento da *motivação/vontade* que se passa pela cabeça de quem decide, mas, precipitadamente, o que o faz achar que este tipo de decisão é aceitável pela “comunidade jurídica”, é uma dificuldade que constrange a pesquisa a, pelo menos, começar a compreender.

5. À modo de conclusão: aportes para a Teoria (Democrática) da Decisão e o caminho que se segue

O direito é um fenômeno (exigentemente) complexo. Ao contrário do que pensavam os sociólogos positivistas no início da era moderna, seu contingenciamento só lhe atrai complexidade social. E essa complexidade exige reflexão e respostas igualmente complexas. A simplificação prejudica a ciência jurídica pois lhe reduz em significação estrutural. Toda construção, sem as bases adequadas, desmorona. O problema é mais de prática, do que de cognição e de vontade. Assim, o jurídico caminha para um dizer francamente popular, sem intermediações que lhe capturem o sentido acurado e as exigências reflexivas de sua complexidade. Para ser aceito no consciente de todos, e levado diretamente à compreensão das massas – ou seja, para dialogar com as massas – o direito é reduzido a enunciados jornalísticos, verbetes de novela, ou comparações esportivas. O direito deixa de ser direito, e vira uma parte hodierna do debate público.

O receio de Canotilho parece estar se concretizando. Enquanto as sessões de julgamento disputam espaço com as finais dos contos de novela, os cidadãos preferem o resultado inesperado do desfecho eletrizante daquele julgamento, que atenderá determinada demanda social, aceitará um argumento de minoria, privilegiando uma bandeira qualquer sob o enruste contramajoritário - ainda que esta função não seja exercida como pretende o texto constitucional, e este seja também vilipendiado em suas intenções -, condenará ou absolverá o político de sua preferência, ou irá de acordo com o imaginário coletivo de uma regionalidade qualquer em um foro difuso, na cabeça do julgador que já não se reconhece em sua *mínus*, mas intermedia um diálogo entre as partes inicialmente viciadas pela linguagem de torcidas.

Assim, o exercício populista do poder judiciário e o juízo de torcida realizado já neste exercício funcionalista do poder servem não para engendrar interesses de nível prático, como a melhoria econômica da nação, ou o deslocamento de interesse público para uma pauta levantada na Constituição, constringendo os demais poderes a atuar constitucionalmente, como querem as teses funcionalistas no primeiro caso, ou se dispõem as ações de injunção constitucional, no segundo.

O populismo judiciário e um prático juízo de torcida apelam diretamente para a opinião pública, através de argumentos como “a sociedade precisa disso”, “as pessoas clamam por aquilo”. Ao juiz não compete avaliar interesses numéricos, mas interesses materiais. Não cabe mediar uma partida de disputa entre torcidas, conferindo a vitória a quem mais vontades carrear.

Mas sim, mediar um interesse argumentativo-jurídico numa lide de interesses resistidos, que convoca a melhor resposta para uma determinada problemática, a mais acabada forma de um discurso *levado a sério*, que possibilite ser reconstruído como parte integrante de um todo de sentidos. E funcione coerentemente numa cadeia de decisões analogicamente semelhantes. Compete à jurisdição *dizer o direito* reconstutivo criticamente e reflexivamente, não *fazer direito* para maiorias eventuais.

Neste momento, o pensamento jurídico precisa se voltar para o problema da decisão. Compreender como as sentenças esboçam um sentido jurídico, e com o quê este sentido está comprometido, ou o que o condiciona. Trata-se, agora, de uma premente necessidade de reconstruir o percurso da tomada de decisão, por meio de um processo reflexivo que reconstrua criticamente seus fundamentos, e aponte se as noções democráticas ambicionadas neste ambiente pós-moderno estão de fato presentes. Se o problema de justiça é confrontado no âmbito da decisão que concretiza o direito em norma exigível entre partes.

Não significa, ao contrário, identificar um *relato psicológico*<sup>217</sup> do que se passa na cabeça do juiz. Aliás, embora alguma doutrina tenha se disposto a este respeito, pretendendo em verdade *levar a sério*, de algum modo, a compreensão do fenômeno da decisão, só parece, nestes termos de agora, um percurso de retroalimentação de subjetivismos. É que, o julgador, o advogado (privado ou público) ou o procurador dos interesses da sociedade (o *promotor de justiça*) não deve *jogar* com discurso jurídico da maneira que lhe aprouver, ainda que aja *estrategicamente*, no caso do advogado. Quer assim dizer, o “conteúdo de saber” do direito precisa ser encarado como um meio de realização das obrigações perfeitas em *justa equalização*. É realmente retomar o enunciado lógico de igualdade (aquele *suum cuique tribuere*), concorrendo evidentemente nesta fórmula todas as variações casuísticas que lhe mereçam escopo de preenchimento, e, num efeito *comparativo* fazer buscar a identificação *elementos jurídicos significantes razoáveis*<sup>218</sup> e *fórmulas materiais do corpo jurídico*<sup>219</sup> a impor significados que se adequem ao caso na decisão. No fim das contas, não interessa se o juiz foi mais ou menos severo pois estava com fome se comeu ou não seu café da manhã; se o promotor foi mais ou menos adequado se é filho único; ou se o advogado(a) percorreu a melhor estratégia

<sup>217</sup> O termo é de DWORKIN. 2014., p. 195.

<sup>218</sup> O que o caso tem a dizer enquanto primado decisório? O que se diz sobre, antes, a resolução de justiça que se requiere?

<sup>219</sup> Normas, jurisprudência, doutrina e princípios. O que tem a dizer um corpo em constante processo de *estratificação* sobre o caso trazido? Os fatos sempre serão antecedentes. Assim, a lógica subsuntiva é subvertida, e não importa cuidar de abstrações em textos de norma, mas antes encarar um problema jurídico *da vida* como uma escolha prévia de *alguém que precisa de um direito*. O caso não é levado à norma, mas a norma serve ao caso.

de convencimento por estar estressado por uma briga com a(o) cônjuge no dia anterior; o compromisso será sempre de *labor jurídico*, e os deveres a estes correlatos estarão indicados pelas razões respectivas: a subsistência pelo êxito da causa (no caso da advocacia), ou o compromisso institucional de *investidura*, que mant m a vincula o ao dever da fun o pública de exigir *decisões*.

Não quer dizer com isso que se ignoram a existência de outros os fatores que concorrem para a tomada de decisão, no *páthos* do julgador, e não são no *ethos*. Não significa rejeitar que, de fato, há muitos mais fatores a comportar o agir humano do que intenta supor “nossa filosofia”<sup>220</sup>. Mas importa, antes, compreender que a ciência jurídica de decisão não pode se perder no caminho de lidar com “teorias estratégicas”, afinal, isto é puro funcionalismo. O direito   funcional! Mas sua fun o   preconcebida no arranjo político fundante, não um “interesse *in game*” como já se fez na época da jurisprudência dos interesses (*Interetzjurisprudenz*). Não pode, e novamente, não interessa – prioritariamente -, saber o que se passa de *emo o* na cabeça de quem opera com o direito.

Assim, conceber, ao menos neste ambiente doméstico, como possível uma teoria decisória que tem no centro o juiz estratega, é saber que se corre um risco de obter resultados populistas. E parece, ao menos até agora, que a ciência política e filosofia jurídica possuem alguma razão em alertar que os populismos são agem perigosamente contra o plano democrático.

Querer democracia, nestes termos,   rejeitar propostas reducionistas, que centralizem, em qualquer dos poderes funcionais do Estado, a soberania de seus deveres. A defesa de um ambiente constitucional democrático requer, antes, a soma de fatores de poder em favor dos planos da comunidade, dirigidos a todos.   um paradigma, então, coparticipativo. E uma rejei o declarada contra autoritarismos, totalitarismos, decisionismos, populismos etc.

No Direito, por mais sedutora que seja a ideia e sua ambi o, não é (ao menos até agora parece) possível existir uma teoria ampla, altamente abrangente, a conferir modelo ideal de pensamento e de concretiza o do sentido de direito em qualquer sociedade histórica, seja com independência característico-territorial ou histórico-situacional. Neste sentido, este texto, não apenas por inten o possibilitante, mas por lucidez teórica, não pretendeu se apresentar em

---

<sup>220</sup> O trocadilho, com a devida permissão,   do clássico Hamlet, de William Shakespeare. Neste mesmo sentido, o personagem provoca o interlocutor – Horácio – sugerindo que, embora a importância da racionalidade para a compreensão de mundo, há algo mais passional nas rela es humanas do que o que pode estar significado nos limites do engenho filosófico.

modo de pensar o direito no Brasil totalmente, ainda que partindo do estudo das racionalidades decisórias. Estas, aliás, nem parecem suficientemente claras interpretadas no plano histórico-jurídico deste país. Parece que, ao contrário, a tarefa de identificá-las ainda é o encargo atribuído à academia jurídica nesta quadra temporal.

Parece, também, que as respostas são melhor encontradas a partir do desenvolvimento de contributos sobre contributos. Quer dizer, com Dworkin, numa *chain novel*<sup>221</sup>, o direito como teia tecida a cada dia, com uma costura após outra, com um refazimento aqui, outro ali, e rearranjo deste lado, um acabamento final naquele... mobilizando-se, como aqui se fez, tantos contributos significativos, ainda que vez ou outra reúnam-se distintas percepções. Não para tomá-los simplesmente como argumento de autoridade, não. Mas antes, para, por *coerência*, identificar o melhor caminho a seguir a partir de agora, estando convicto, e demonstrando argumentativamente, que este caminho merece ser encarado como o melhor que pode ser (*the best (...) can be*)<sup>222</sup>.

---

<sup>221</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 236.

<sup>222</sup> DWORKIN, 1999. p. XI.

## 6. Referências

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

ATIENZA, Manuel. **Curso de Argumentacion Jurídica**. Madrid: Trotta, 2013.

BARBOSA, Livia. **Jeitinho brasileiro: a arte de ser mais igual que os outros**. Rio de Janeiro: Editora Campus, 2005.

BARROS, Vinícius Soares de Campos. A civilização chutou as portas do *Saloon*: mito, política e direito em “O homem que matou o facínora”. In FRANCA FILHO, Marcílio; LEITE, Geilson Salomão; PAMPLONA FILHO, Rodolfo (Coordenadores). **Antimanual de Direito e Arte**. São Paulo: Saraiva, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. Countermajoritarian, Representative, and Enlightened: The roles of constitutional tribunals in contemporary democracies. In **Rev. Direito Práx.**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, p. 2171-2228, out. 2018.

\_\_\_\_\_. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. (**Syn thesis**, 2012, 5.1: 23-32.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional contemporâneo**. São Paulo: SaraivaJur, 2019, p. 138

BERCOVICI, Gilberto. O ainda indispensável direito econômico. In **Direitos humanos, democracia e república: homenagem a Fábio Konder Comparato**, 2009.

BOBBIO, Norberto. **A teoria das formas de governo**. 10 ed. Brasília: Editora UnB, 1998.

\_\_\_\_\_. **Teoria do Ordenamento Jurídico**. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 6 ed., 1995. p. 71-114.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão da AP 470/MG**. Relator: Joaquim Barbosa, 17 de dezembro de 2012. Disponível em: <ftp://ftp.stf.jus.br/ap470/InteiroTeor\_AP470.pdf>. Acesso em: 04 de maio de 2021.

BRONZE, Fernando José. **Analogias**. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CÁRCOVA, Carlos María. ¿ Hay una traducción correcta de las normas?. In **Revista Electrónica Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales AL Gioja**, 2016, n. 4. P. 22.

CASSAGNE, Juan Carlos. **Estado Populista y Populismo Constitucional**. *Santiago Del Chile*: Ediciones Olejnik, 2019

CASTANHEIRA NEVES, Antônio. **Metodologia Jurídica: problemas fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

\_\_\_\_\_. **O Direito hoje e com que sentido? O problema atual da autonomia do direito**. Lisboa: Instituto Piaget, 2013.

CEBRAP. Processo Legislativo e Controle de Constitucionalidade. **Série Pensando o Direito**. São Paulo/Brasília: Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça (SAL), 2010. Disponível em: <[http://pensando.mj.gov.br/publicacoes/?pub\\_id=6820](http://pensando.mj.gov.br/publicacoes/?pub_id=6820)>. Acesso em 21 de maio de 2021.

CONJUR. Barroso afirma que STF deve corresponder aos sentimentos da sociedade. In **Revista Consultor Jurídico**, 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-abr-02/barroso-stf-responder-aos-sentimentos-sociedade>>. Acesso em 04 de maio de 2021.

\_\_\_\_\_. Canotilho defende segundo julgamento em causas penais. In **Revista Consultor Jurídico**, 2013. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2013-nov-24/canotilho-reus-mensalao-razao-pedir-segundo-julgamento>>. Acesso em 03 de maio de 2021.

\_\_\_\_\_. Julgamentos do STF eram mais técnicos na minha época. In **Revista Consultor Jurídico**, 2012. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2012-ago-05/entrevista-jose-carlos-moreira-alves-ministro-aposentado-stf>>. Acesso em 04 de maio de 2021.

\_\_\_\_\_. Populismo Judicial é a mais perversa forma de populismo, diz Ferrajoli. In **Revista Consultor Jurídico**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-abr-24/entrevista-luigi-ferrajoli-professor-teorico-garantismo-penal>>. Acesso em 23 de maio de 2021.

DA SILVA, Virgílio Afonso. A evolução dos direitos fundamentais. In **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, 2005, 6: 541-558.

DALAQUA, Gustavo Hessmann. Democracia e verdade: uma defesa contingente da democracia epistêmica. In **Rev. Bras. Ciênc. Polít.**, Brasília, n. 22, p. 191-232, Apr. 2017. p. 225-226.

DWORKIN, Ronald. **A raposa e o porco-espinho: justiça e valor**. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

\_\_\_\_\_. **Levando os Direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. Model of Rules. In **The University of Chicago Law Review**, v. 35, nº 1, pp. 14-46.

\_\_\_\_\_. **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

\_\_\_\_\_. **Uma questão de princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. 2. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 236.

EL PAÍS. Fachin e Um inimigo do povo. In **El País**. Abril de 2017. Disponível em: <[https://brasil.elpais.com/brasil/2017/04/29/actualidad/1493484225\\_800335.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2017/04/29/actualidad/1493484225_800335.html)>. Acesso em 23 de maio de 2021

ESSER, Josef. **Principio y norma en la elaboracion jurisprudencial del derecho privado**. Barcelona: Casa Editorial Bosch, 1961.

FERRAZ JR. Tércio Sampaio. **Estudos de Filosofia do Direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

\_\_\_\_\_. Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. 4. ed. rev. e amp. São Paulo: Atlas, 2003.

FONTANA, David, Unbundling Populism. In **U.C.L.A. Law Review**, n.º 65, 2018, p. 1482-1505.

FRANÇA, Mariana. A prova. In **Themis**, 2008, p.331-341.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Trad. Flávio Paulo Meurer. 3 ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GLOBO. Fachin cita 'Inimigo do Povo' ao comentar derrota na tentativa de manter prisões. In **Globo**. Disponível em: < <https://g1.globo.com/politica/noticia/fachin-cita-inimigo-do-povo-ao-comentar-decisoes-da-lava-jato-em-que-foi-derrotado-ao-tentar-manter-prisoas.ghtml>>. Acesso em 23 de maio de 2021.

GRAU, Eros. **Ensaio e estudo sobre a interpretação/aplicação do Direito**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

GUERGHINA, Sergiu; MIȘCOIU, Sergiu; SOARE, Sorina, **Contemporary Populism: A Controversial Concept and Its Diverse Forms**. Cambridge: Cambridge Scholars Publishing, 2013.

HÄBERLE, PETER. Hermenêutica Constitucional – A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para Interpretação Pluralista e “Procedimental” da Constituição. In **Direito Público**, [S.l.], v. 11, n. 60, p. 25-50, abr. 2015.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência moral e agir comunicativo**. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

\_\_\_\_\_. **Teoria do agir comunicativo: sobre a crítica da razão funcionalista**. v.2. São Paulo: Martins Fontes, 2012

HARDIN, Russel. “Why a Constitution?”, In GALLIGAN, Denis J.; VERSTEG, Milla (Orgs.), **Social and Political Foundations of Constitutions**. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 51-72, 2013.

HART, Herbert.L.A. **O conceito de Direito**. Com um pós-escrito editado por Penelope A Bulloch e Joseph Raz. Trad. de A. Ribeiro Mendes. 3.ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HESSE, Konrad; MENDES, Gilmar Ferreira. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Fabris, 1991.

HIRSCHL, Ran. **Towards juristocracy: the origins and consequences of the new constitutionalism**. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

HOLMES, Stephen. Constitutions and constitutionalism. In **The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law**, 2012, “The paradox of limited power”, p. 198.

IBSEN, Henrik. **Um inimigo do povo**. Porto Alegre: L&PM, 2001.

KELSEN, Hans. A Garantia Jurisdicional da Constituição (A Justiça Constitucional) In **Direito Público**, [S.l.], v. 1, n. 1, jan. 2010.

KOZICKI, Katya; DE CHUEIRI SANCHES, Fernanda Karam. O Sentido de Discricionariedade Judicial Visto a Partir de Hart e o Necessário Diálogo com Dworkin. In **Revista da AJURIS**, 2012, 39.126: 89-112;

LACLAU, Ernesto. **Politics and Ideology in Marxist Theory: Capitalism, Fascism, Populism**. Londres: Verso, 2012.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Trad. José Lamago. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. A formação da doutrina dos direitos fundamentais. In **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, 2003, 98: 411-422.

LINHARES, José Manuel Aroso. **O binómio casos fáceis/casos difíceis e a categoria de inteligibilidade. Sistema jurídico: um contraponto indispensável no mapa do discurso jurídico contemporâneo?** Coimbra: Coimbra University Press, 2017.

\_\_\_\_\_. O Projectar do Mundo Prático do Direito enquanto Prática de "Comparação-Tribuere". In **Revista Portuguesa de Filosofia**, 2014, 309-326.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Editora, 2017.

LUNARDI, Soraya Gasparetto. Controle de constitucionalidade na França: vantagens e inovações In **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, n. 103, Belo Horizonte: 2011, p. 285-306.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **O direito em desacordo: o debate entre o interpretativismo e o convencionalismo jurídico**. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.

MADDER, Helena. Barbosa, herói das redes sociais. **Correio Braziliense**. 08 de setembro de 2012. Política, p. 5. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/56118/noticia.htm?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em 04 de maio de 2021.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novo Código de Processo Civil**. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

MESQUITA, Miguel (org.). **Código de Processo Civil (Códigos universitários)**. 18 ed. Coimbra: Almedina, 2018.

MIGUEL, Luis Felipe. Em Torno do Conceito de Mito Político. **Dados**, Rio de Janeiro, v. 41, n. 3, p. ,1998. Disponível em:

<[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0011-52581998000300005&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0011-52581998000300005&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 06 de maio de 2021.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Projeto Pensando o Direito**. Disponível em: <<http://pensando.mj.gov.br/>>.

MIȘCOIU, Sergiu. From populism to neo-populism? Empirical guidelines for a conceptual delineation. In GUERGHINA, Sergiu; MIȘCOIU, Sergiu; SOARE, Sorina. **Contemporary Populism: A Controversial Concept and Its Diverse Forms**. Cambridge: Cambridge Scholars Publishing, 2013.

MOFFIT, Benjamin. How to Perform Crisis: A Model for Understanding the Key Role of Crisis in Contemporary Populism In **Government and Opposition**, Vol. 50, No. 2, pp. 189–217, 2015.

MOREIRA, Vital. Economia e Constituição: para o conceito de Constituição Económica. In **Boletim de Ciências Económicas**. v. XIX, Coimbra, 1976.

MUDDE, Cas. **Populismo – Uma Brevíssima Introdução**. Lisboa: Gradiva Publicações, 2017

\_\_\_\_\_. Populismo a ocidente. In **Ter Opinião**, Lisboa, n.2, 2016.

\_\_\_\_\_. The Populist Zeitgeist, In **Government and Opposition**, n.º 39, 2004, p. 541-563.

MÜLLER, Friedrich. Legitimidade como conflito concreto do direito positivo. In **Revista TST**, Brasília, v. 68, n. 3, jul/dez 2002.

\_\_\_\_\_. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Trad. Peter Naumann. Apresent. Paulo Bonavides. Porto Alegre: Síntese, 1999.

\_\_\_\_\_. Teoria moderna e interpretação dos direitos fundamentais: especialmente com base na teoria estruturante do direito. In **Anuário iberoamericano de justiça constitucional**, 2003, 7: 315-327.

MÜLLER, Jan-Werner. **Cos'è il Populismo?** Milão: Università Bocconi Editore, 2017

MUNIZ, Larissa Casagrande Faller. **A Configuração Do Jeitinho Brasileiro Em Narrativas Literárias**. 2009. Dissertação (Mestrado em Letras) – Faculdade de Letras, Universidade de Santa Cruz do Sul. 2009.

NEVES, Marcelo. **Constituição e Direito na Modernidade Periférica: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro**. São Paulo: Martins Fontes, 2018.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 11 ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 71. Em sentido crítico,

OCIEPKA, Beata, Populism and National Identity. In **Polish Political Science**, n.º 35, 2006, p. 97-107

OST, François. Juge-pacificateur, juge-arbitre, juge-entraîneur. Trois modèles de justice. In: GÉRARD, Philippe; OST, François; VAN DE KERCHOVE, Michel. **Fonction de juger et**

**pouvoir judiciaire: Transformations et déplacements.** Bruxelles: Presses de l'Université Saint-Louis, 1983. Tradução livre. Disponível em: <<http://books.openedition.org/pusl/7532>>. Acesso em: 14 de maio de 2021.

\_\_\_\_\_. Júpiter, Hércules, Hermes: tres modelos de juez. In **Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho**. núm. 14, 1993, pp. 169-194.

PERELMAN, Chaïm. OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação: a nova retórica**, 2005.

PINHONI, Mariana. Barbosa, o Batman brasileiro, é o novo presidente do STF. **Exame**. 10 de dezembro de 2012. Disponível em: <<https://exame.com/brasil/barbosa-o-batman-brasileiro-e-o-novo-presidente-do-stf/>>. Acesso em 04 de maio de 2021.

POSNER, Richard A. **How judges think**. Cambridge: Harvard University Press, 2010.

\_\_\_\_\_. **The economics of justice**. Cambridge: Harvard University Press, 1983.

PRIEGO, Alberto. El populismo islámico: una respuesta no occidental a la globalización, In **Revista CIDOB d'Afers Internacionals** n.119, p. 161-184.

ROBERTS, Kenneth, Neoliberalism and the Transformation of Populism in Latin America: The Peruvian Case. In **World Politics**, n.º 1, 1995, p. 82-116.

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

RÜTHERS, Bernd. **La revolución secreta: del estado de derecho al estado judicial : un ensayo sobre Constitución y método**. Madrid: Marcial Pons, 2020.

SALGADO, Eneida Desiree. Populismo judicial, moralismo e o desprezo à Constituição: a democracia entre velhos e novos inimigos. In **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, 2018

SCHWARZ, Roberto. **Ao vencedor as batatas: forma literária e processo social nos inícios do romance brasileiro**. São Paulo: Duas Cidades; Ed. 34, 2000.

SOARES, Rogério. O conceito ocidental de constituição, In **Revista de Legislação e Jurisprudência**, Ano 119, n.ºs 3743 (pp. 36-39) e 3744 (pp. 69-73).

STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “Letra da Lei” é uma atitude positivista?. In **Novos estudos jurídicos**, 2010, 15.1: 158-173.

\_\_\_\_\_. O (Pós-) positivismo e os propalados modelos de juiz (Hércules, Júpiter e Hermes) - dois decálogos necessários. In **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, 2010, n. 7: p. 13-44.

\_\_\_\_\_. **O que é isso – decido conforme a minha consciência?** 5 ed. rev. e atual. de acordo com as alterações hermenêutico-processuais dos Códigos. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

\_\_\_\_\_. **Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 5 ed. re., mod. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_ ; LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. A Nova Perspectiva Do Supremo Tribunal Federal Sobre O Controle Difuso: Mutação Constitucional E Limites Da Legitimidade Da Jurisdição Constitucional. In **Argumenta Journal Law**, n. 7, p. 45-68, fev. 2013.

\_\_\_\_\_ ; MOTTA, Francisco José Borges. Relendo o debate entre Hart e Dworkin: uma crítica aos positivismos interpretativos. In **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 14, n. 1, p. 54-87, abr. 2018.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição Constitucional**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

TAGGART, Paul, **Populism**, Buckingham: Open University Press, 2000.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.

TEUBNER, Gunther. **El derecho como sistema autopoietico de la sociedad global**. G minis: ARA Editores, 2005; LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. São Paulo: Martins Editora, 2017.

TRINDADE, André Karam; DE OLIVEIRA, Rafael Tomaz. O Ativismo Judicial na débâcle do sistema político: sobre uma hermenêutica da crise. In **Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM**, 2016, 11.2: 751-772.

VIEHWEG, Theodor. **T pica e Jurisprudência**. Trad. Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.

VIEIRA, Oscar Vilhena. A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional. 1 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

\_\_\_\_\_. Supremocracia. **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-463, Dec. 2008. p. 445.

WITTSAGENTEIN, Ludwing. **Investigações Filosóficas**. Trad. Marcos G. Montagnoli. 2 ed. Petrópolis: Vozes, 1996.