

# **O SISTEMA JURÍDICO-DEMOCRÁTICO ESTÁ EM RISCO COM A PANDEMIA DO “CORONAVÍRUS”?**

Thulio Caminhoto Nassa

Advogado. Especialista, Mestre, Doutorando e Professor de Direito Administrativo na Pós Graduação *Latu Sensu* da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Membro Titular da Comissão de Direito Administrativo da OAB/SP.

## **I – O sistema-jurídico democrático.**

Antes de propor uma reposta ao tema deste artigo faz-se necessário conceituar e bem compreender aquilo que estamos a tratar, isto é: o **sistema jurídico-democrático**.

Numa visão mais alinhada ao *positivismo-normativo* ou *positivismo-ético*<sup>1</sup>, o Direito deve assegurar a existência de um *sistema jurídico-democrático*, isto é, deve assegurar um **conjunto organizado de normas jurídicas que regulam o comportamento humano por meio de um processo democrático de positivação de regras e princípios, os quais devem ser observados pelos aplicadores do Direito (em especial o Poder Executivo e o Judiciário), em detrimento de princípios não positivados democraticamente, tais como meras convicções pessoais, interesses institucionais ou político-partidários fora daqueles escolhidos democraticamente.**

Esta visão de Direito, por obvio, se alicerça fortemente no valor da **democracia** e por isso melhor se opõe às formas de *absolutismo*, de *tiranía*, de *ditadura* ou de *ativismo judicial*. Compreende que os valores ideológicos mais amplos (como *progressismo* ou *conservadorismo*) ou até mesmo os valores morais mais concretos (como *direito ao aborto*, *pena de morte*, *liberação do consumo de drogas* etc.) são **relativos** numa sociedade ampla e plural, razão pela qual geram os mais diversos desacordos e pontos de vista. Sustenta, por tudo isso, que a melhor fórmula de resolução destes desacordos é aquela que propicie uma discussão abrangente e legítima com toda a sociedade, capaz de capturar o mais próximo possível do substrato da vontade popular. Com efeito, dentre os mecanismos democráticos que conhecemos hoje, podemos concluir que este processo melhor se perfaz por meio de debates no Poder Legislativo, pois somente neste local os desacordos serão dirimidos entre os representantes diretos do povo, oriundos das mais diversas regiões, das mais diversas correntes de pensamento e também das minorias ali

---

<sup>1</sup> A corrente de pensamento denominada *positivismo normativo* ou *positivismo ético* tem como seus principais expoentes Neil MACCORMICK (Institutions of Law, 2007), Tom CAMPBELL (Prescriptive Legal Positivism, 2004), e Jeremy WALDRON (Law and Disagreement, 1999).

representadas por um ou outro parlamentar, sendo todos legitimados ou reprovados por meio de eleições gerais.<sup>2</sup>

Não se desconsidera, aqui, todos os defeitos da democracia, mas como disse Winston CHURCHIL, em sua irônica frase: “*a democracia é o pior dos regimes, mas não há nenhum sistema melhor do que ela*”.

Outrossim, importante salientar, desde logo, que este artigo não se propõe a fazer uma defesa político-partidária de ninguém, nem tampouco uma defesa ou ataque político-institucional do Executivo, do Legislativo ou do Judiciário. Há, aqui, apenas um propósito simples, claro e direto: preocupar-se com a manutenção e a sobrevivência do *sistema jurídico-democrático* durante e após a grave crise causada pela pandemia do “coronavírus”.

Pois bem, após delimitar o objeto de estudo e conceituar o que se entende por *sistema jurídico-democrático*, passamos ao segundo esforço metodológico que se faz necessário para responder à “pergunta-tema” deste artigo. Com efeito, para responder se uma grave crise sanitária pode colocar em risco um *sistema jurídico-democrático*, teremos que ultrapassar um desafio empírico, ou seja, teremos que analisar se esta situação de crise produz, na prática, o potencial de comprometer a existência de um *sistema jurídico-democrático*. Por isso mesmo, torna-se muito importante fazer uma longa viagem ao passado, pois assim poderemos procurar situações análogas que já demonstraram, na prática, seu potencial destrutivo contra o *sistema jurídico-democrático*. Ao final da reflexão histórica, destarte, poderemos compreender melhor a realidade presente e assim traçar alguma resposta ao tema central deste artigo.

Iniciemos nossa viagem.

---

<sup>2</sup> Reconhecemos diferentes visões filosóficas de Direito que se contrapõe ao *positivismo normativo*, tais como o *interpretativismo jurídico* de DWORKIN apoiado nos ideais do liberalismo americano (Levando os Direitos à Sério, 1977), a “teoria crítica” oriunda da Escola de Frankfurt, de Theodor ADORNO e Max HORKHEIMER (Dialética do Esclarecimento), ou de Eugen ERLICH (Fundamentos da Sociologia do Direito, 1986), apoiada nos ideais sociológicos do Direito, ou até mesmo de outras correntes do positivismo moderno pós HART, como o *positivismo exclusivo* de Joseph RAZ (The Authority of Law, 1979), apoiado na ideia de autoridade do Direito e numa separação radical entre Direito e Moral. Entretanto, diante das mais diversas correntes *jusfilosóficas*, entendo que o *positivismo normativo* é certamente aquela que melhor defende o ideal da democracia, razão pela qual bem se encaixa aos propósitos deste artigo, no sentido de alertar sobre os perigos do absolutismo, do totalitarismo, das ditaduras e do ativismo judicial. Ainda convém destacar a crítica mais comum que se faz ao *positivismo normativo*, isto é, a de que a democracia, como “governo das maiorias”, pode esmagar os interesses das minorias. Contudo, esta corrente positivista esclarece que a defesa das minorias também pode ser melhor realizada com o processo legislativo, uma vez que neste campo de atuação todos os grupos e correntes tem poder de fala e de debate para advogar, numa relação de horizontalidade, em prol dos interesses de seus representados. Nesse sentido, a positividade dos direitos e princípios acolhidos no processo legislativo representaria um substrato muito mais amplo do aquele que seria produzido no processo judicial, pois nesta última esfera de Poder um pequeno grupo de tecnocratas decidiria criar o Direito sem amplo debate horizontal, livre de prestar contas eleitoralmente e sempre de forma autônoma, ou seja, desvinculado do papel político de representar os interesses de determinada corrente, como a minoritária.

## II. Uma viagem ao passado medieval.

As tensões políticas, institucionais e jurídicas que estamos vivendo hodiernamente não são novidade alguma na História Ocidental. De certo modo e até o dia em que este artigo foi escrito, elas são até muito modestas em relação àquilo que a sociedade já experimentou no passado. Em momentos históricos de guerra ou entre-guerras, de invasões bárbaras, de colapsos sociais ou econômicos e também diante de graves crises sanitárias, percebemos que o **sistema jurídico-democrático** sempre foi colocado em cheque, em grande teste ou provação hercúlea.

Fatos históricos nos revelam que a supressão de direitos e garantidas individuais, a perda dos ideais democráticos, ou até mesmo o desrespeito aos mais básicos direitos humanos foram recorrentes nestes momentos de crise e cíclicos ao longo dos tempos, de modo que a reflexão sobre o nosso passado poderá nos fornecer a capacidade de entender, antever e evitar o mesmo processo que, em certa medida, se repete no presente.

Evidentemente que não temos a pretensão de fazer nenhum tipo de tratado histórico. Nosso propósito é muito modesto, limitando-se a selecionar da riquíssima história do Direito algumas passagens que nos servem ao propósito jurídico de analisar o *sistema jurídico-democrático* em tempos de crise.

Ademais disso, para esta viagem ao passado utilizaremos de algumas figuras de linguagem, convidando o leitor, desde já, a ingressar numa espécie de embarcação naval, a qual chamaremos *sistema jurídico-democrático* ou simplesmente **s J-D**.

Ao embarcamos em *s J-D*, sobretudo numa viagem longa, a um tempo remoto e perigoso, poderemos ouvir de seu comandante que o equilíbrio e a integridade desta embarcação dependerão muito das condições do meio aquático que encontraremos pelo caminho. Se encontrarmos, por exemplo, grandes furacões, maremotos, ou icebergs durante o trajeto, o equilíbrio e a estrutura de *s J-D* poderão ser abalados. Com efeito, a força estrutural desta embarcação e a habilidade de seus condutores, conjugadas com a intensidade das adversidades encontradas no oceano, obviamente serão decisivos e proporcionais para o sucesso ou naufrágio da viagem pretendida.

Por meio desta analogia, podemos dizer figurativamente que o *sistema jurídico-democrático*, tal como uma embarcação naval, “navega” pela História do Direito, isto é, atravessa seu percurso navegando sobre um dado local geográfico e num dado momento histórico, aqui chamado de **tecido social do espaço-tempo** ou simplesmente **ts do E-T**. Esse *tecido*, portanto, é o local de navegação do Direito. Ele está para o *sistema jurídico-democrático* tal como o mar estaria para a embarcação naval. Por isso mesmo, os movimentos e a instabilidade do *tecido social do*

*espaço-tempo* também farão balançar e desestabilizar o equilíbrio do *sistema jurídico-democrático*, da mesma forma que o meio aquático provocaria essas instabilidades e desequilíbrios numa embarcação naval típica.<sup>3</sup>

Pois bem, ao embarcamos nessa viagem pela História do Direito, lembremos da seguinte lição: a estabilidade do *sistema jurídico democrático* será sempre **relativa** à intensidade das *perturbações* histórico-geográficas exercidas sobre ele. Por meio desta regra, conseguiremos perceber que o *tecido social do espaço-tempo* já influenciou e alterou o curso do Direito profundamente, sendo possível, destarte, colher os dados fornecidos no passado e projetar aqueles efeitos para uma situação presente - *e ainda que tenhamos que ressaltar todas as diferenças entre os contextos históricos aqui comparados*.

De qualquer modo, alerta que as semelhanças entre o passado e o presente irão impressionar o leitor.

Naveguemos, finalmente.

Na Alta Idade Média (séculos IV-X), iniciada após a queda do colossal Império Romano, a ideia de democracia, surgida na Grécia, já era um conceito muito distante e pouco conhecido pela população ocidental naquele momento, fato este que permaneceu inalterado durante séculos. Observamos que as invasões bárbaras se intensificaram junto aos territórios remanescentes e ocupados pelas comunidades nativas, as quais se encontravam de certo modo desagregadas. A população local, eminentemente rural e que dependia da ocupação da terra para produzir alimentos e para subsistir, ficou completamente aterrorizada e desprotegida, quando não era muitas vezes exterminada pelos povos invasores. A instabilidade era constante e terrível para os habitantes daquela época, os quais detinham muito pouca estrutura para enfrentar tamanho problema. Assim é que as invasões bárbaras criaram as condições perfeitas para o surgimento do chamado “sistema feudal”, um modelo organizado de vida na qual as pessoas abriam mão de seus ideais de liberdade e democracia em favor daqueles que conseguissem manter uma propriedade de terra segura e estruturada, quais sejam: os chamados *senhores feudais* e num nível ainda maior, os *monarcas*.

O poder da Igreja também crescia paralelamente em proporções gigantescas, pois, à época, era a instituição que se ocupava em explicar o mal que aterrorizava a população e a fornecer os caminhos da conduta humana para alcançar a salvação ou a condenação.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> Insistimos que essa comparação simbólica é importante, pois, ao revelar com bastante clareza a **relatividade** entre a integridade do *sistema jurídico-democrático* e a intensidade das perturbações histórico-geográficas no *tecido do espaço-tempo*, poderemos compreender melhor a realidade que nos cerca hodiernamente. Segundo WITTGENSTEIN, filósofo analítico e precursor do movimento conhecido como *virada linguística*, “as fronteiras das minha linguagem são as fronteiras do meu universo” (Tratado Lógico-Filosófico, Editora Fundação Calouse Gulbenkian).

<sup>4</sup> FRANCO, Hilário assevera, em “O Feudalismo” (1983), que no Século V a Igreja Católica já era a maior proprietária de terra após o Estado. Registra que a Igreja “recomendava mesmo que todo cristão ao fazer testamento deixasse à Igreja ‘a

Evidente notar que, diante dessas “condições climáticas” do *tecido social do espaço tempo*, a embarcação do *sistema jurídico-democrático* sequer conseguiu sair de seu cais. No lugar dele quem “zarpou” foi o *direito natural teológico*, o qual regulava o comportamento humano com base em regras e princípios decorrentes da vontade de Deus e não da vontade dos homens. SANTO AGOSTINHO (354-430 DC) emerge como o grande teórico deste período. Em sua obra “O Livre Arbítrio”, o famoso Bispo de Hipona procura trazer explicações à origem do mal que afligia aquela sociedade e a relação deste mal com a responsabilidade humana. Tirando a culpa dos ombros de Deus pelo mal, AGOSTINHO advoga a tese de que o problema está exatamente no “livre arbítrio” dos homens, ou seja, em suas livres escolhas e não na vontade divina. Somente as normas de Deus eram perenes e poderiam trazer “o bem” como contraponto ao mal. Portanto, baseado claramente numa espécie de psicologia do medo, o Direito passa a prescrever as *regras de Deus* como hegemônicas e não as *regras dos homens*.<sup>5</sup>

Muitos historiadores registram, como Arnold TOYNBEE, que as civilizações e os organismos estatais se desenvolvem e adquirem poder a partir das respostas frente ao **medo**, elemento fundamental de formação do poder estatal na Idade Média.<sup>6</sup>

Ainda neste período, mais precisamente no século VI, surgiu um fato muito emblemático para os tempos atuais, qual seja: a primeira grande pandemia europeia, chamada de “A Praga de Justiniano”. Segundo relatos históricos, acredita-se ser a primeira grande infestação da Peste Bubônica, a qual, entre os anos de 541 e 544 DC, teria dizimado entre 20 e 50 milhões de pessoas em toda a Europa.<sup>7</sup>

Vivia-se, assim, o medo e o terror em suas piores faces. Esse período da História costuma ser chamado, não injustamente, como “A Idade das Trevas”.

Com efeito, este *tecido social do espaço-tempo*, aterrorizado pelas invasões bárbaras, inseguro pela falta de terra e dizimado pela “Peste de Justiniano”, criou por óbvio um cenário perfeito para justificar a seguinte troca: **democracia e liberdade por concentração de poder e proteção**. Era o mar perfeito para a embarcação do *Direito Natural Teológico* navegar e para o *sistema jurídico-democrático* encalhar.

Para se alcançar uma certa sensação de segurança ao povo, eram precisos senhores feudais poderosos e salvadores milagrosos, de modo que as regras jurídicas eram moldadas de

---

*parte de um filho’. Por outro lado, o celibato clerical, que aos poucos ia se impondo como norma, impedia a divisão ou a alienação do patrimônio eclesiástico, que assim aumentava constantemente.”*

<sup>5</sup> AGOSTINHO, Santo. O Livre Arbítrio. Traduzido. Editora Paulus. 2014

<sup>6</sup> TOYNBEE, Arnold. Estudio de La Historia, Buenos Aires, Emecé Editores.

<sup>7</sup> MCCORMICK, Michael (2007). «Toward a Molecular History of the Justinian Pandemic». In: Little, Lester K. *Plague and the End of Antiquity: The Pandemic of 541–750*. [S.l.]: Cambridge University Press. pp. 290–312. [ISBN 978-0-521-84639-4](https://doi.org/10.1017/9780521846394)

cima para baixo, num sistema certamente bem distante daqueles ideais de democracia e liberdade que conhecemos atualmente.

Assim o mundo ocidental e o mundo jurídico viveram, amedrontados, por quase mil anos até que esse tormentoso oceano se acalmasse um pouco. Com efeito, apenas no início do século XIII, na chamada Baixa Idade Média, a sociedade feudal inglesa se fortalece diante da fraqueza política e institucional do monarca João Sem Terra, especialmente após “*As Cruzadas*”, e força-o a assinar, em 1215, a primeira grande ideia de Constituição, qual seja: a célebre *Magna Charta Libertatum*, ou também chamada simplesmente de Carta Magna. Por meio dela replantou-se o ideal jurídico de que os detentores de poder deveriam respeitar e obedecer o legítimo **juízo de seus iguais** e segundo a **lei da terra** (*the law of the land*). Pela importância do icônico diploma legal, convém transcrever seu artigo 39:

*39 – Nenhum homem livre será detido ou aprisionado, ou privado de seus direitos ou bens, ou declarado fora da lei, ou exilado, ou despojado, de algum modo, de sua condição; nem procederemos com força contra ele, ou mandaremos outros fazê-lo, a não ser mediante o legítimo juízo de seus iguais e de acordo com a lei da terra.*

A lei da terra é portanto uma clara semente de replantação democrática, fundante dos ideais do futuro Parlamento Inglês e geradora das ideias do constitucionalismo atual. Por meio deste importante resgate o Estado deveria respeitar a lei produzida pela terra dos homens livres, fruto de seus costumes e tradições e não meramente fruto de uma vontade divina ou de um monarca. A Inglaterra, por tudo isso é chamada até hoje, como “*The Mother of Parliaments*”.<sup>8</sup>

O mar, finalmente, parecia propício para que o sistema jurídico-democrático zarpasse mundo afora.

Contudo, a situação do sistema jurídico-democrático sofreu novamente grande abalo a partir do século XIV, mais precisamente no ano de 1348. E isto se deveu a outro fato gritantemente coincidente com os dias atuais, qual seja: a famosa *Peste Negra* ou *Peste Bubônica*, a qual infestou a Europa e dizimou aproximadamente um terço de sua população (entre 75 a 200 milhões de mortes).

Tal evento ainda é, sem sombras de dúvidas, o maior desastre epidemiológico e sanitário de toda a História. Aliás, em número e proporção é o maior desastre contra a vida humana (maior do que qualquer guerra ou desastre natural).

O horror tomou conta da população em proporções inimagináveis e com ele o **medo** ressurgia mais forte do que nunca. Em nome de proteção, o medo era novamente o mecanismo

---

<sup>8</sup> JONES, Dan. *Magna Carta, the birth of liberty*. Penguin Books.

perfeito da troca da democracia pela concentração de poder. Os Senhores Feudais não mais eram capazes de responder com proteção face aos horrores da Peste Negra.

Hendrik van Nievelt PATTILO, em primoroso trabalho histórico relacionando o fim da sociedade medieval em decorrência da Peste Negra, conclui que *“el feudalismo y la Iglesia Medieval habían logrado, en el período turbulento que sucedió al Imperio Romano, entregar protección, sentido de trascendencia, desarrollo económico e importantes avances en la educación y el arte. Mi tesis es que la Peste Negra terminó con este “encantamiento”. Provocó un impacto tan grande, no sólo en lo demográfico y económico, sino sobre todo, en la visión misma del sentido de la vida. No deja de tener razón el historiador austríaco Frieddel cuando plantea ‘El año del nacimiento del hombre moderno es el año 1348, el año de la Peste Negra’.*<sup>9</sup>

Por estas razões historiadores conectam a incidência da Peste Negra como o marco da divisão entre duas eras históricas, decretando com ela o fim da Idade Média e o início da Idade Moderna (séculos XV-XVIII).

Assim terminamos o primeiro trecho da nossa viagem. Já podemos tirar importantes lições, e dentre elas é que a sobrevivência do *sistema jurídico-democrático* depende muito das condições do *tecido social* do *espaço-tempo*. Observamos que o medo provocado logo após estas turbulências, especialmente quando acompanhadas de crises sanitárias, permitiu a troca de liberdade e democracia por concentração de poder, sempre em busca de uma sensação de proteção e segurança.

### **III. Uma viagem à Idade Moderna.**

O *tecido social* do *espaço-tempo* do início da Idade Moderna (século XV), ainda bastante abalado com aos horrores da Idade Média, obviamente não permitiu de início o avanço do *sistema jurídico-democrático*. Ao contrário, a concentração de poder em torno do monarca passou a se intensificar de maneira nunca vista, criando assim, como verdadeira consequência destes eventos, os chamados “Estados Monárquicos Absolutistas”.

O Direito, sensível e relativo a esse *tecido social* que está a navegar, abandona os ideais democráticos em nome de um “direito natural absolutista”. Jacques BOSSUET afirmava a existência de um “direito divino dos reis”, cabendo aos homens aceitar todas as decisões reais, pois questioná-las iriam fazer deles não apenas inimigos da ordem pública, mas também em inimigos de Deus.<sup>10</sup> Thomas HOBBS, por sua vez, prescrevia que a vida humana era miserável e breve, trazendo a ideia de que os homens, para fugir dos horrores da Idade Média, deveriam

---

<sup>9</sup> PATTILO, Hendrik van Nievelt. El Fin de La Sociedad Medieval y la Peste Negra. Disponível pelo eBooks Kindle.

<sup>10</sup> BOSSUET, Jacques-Benigne. Discurso sobre la Historia Universal. Edição Espanhola, disponível na plataforma digital e-Kindle.

formar um contrato que legasse a um soberano todos os direitos para protegê-los. Assim, ou por inspiração divina ou por convencionalidade, o fato é que o medo pós Peste Negra medo justificou que o Direito não proviesse democraticamente (da vontade dos homens livres), mas sim de princípios e valores ditados de maneira absoluta pelo monarca.<sup>11</sup>

Expressões como “*the king can do no wrong*” bem demonstrava que o Estado Democrático de Direito era algo inconcebível naqueles tempos. Na mesma era histórica outras teorias jus-filosóficas que justificavam a necessidade de grande concentração de poder também são encontradas. Para MAQUIAVEL o Estado consistia num fim em si mesmo, devendo se estruturar pela lógica do poder pelo poder. Medo, força e poder eram instrumentos necessários a serem utilizados pelo *príncipe florentino*.

Note-se, pois, que a **relatividade** entre o *tecido social do espaço-tempo* e a manutenção do *sistema jurídico-democrático* é inevitável. **Quanto mais medo, crise e abalo em *ts do E-T*, menor a probabilidade de existência de *s J-D*. Quanto menos medo, crise e abalo em *ts do E-T*, maior a probabilidade de existência de *s J-D*.**

Agora avancemos um pouco no tempo sem nos esquecer desta constatação relativista entre *s J-D* x *ts do E-T*.

Após séculos de superação da Peste Negra e com a estabilização do poder institucional em torno das monarquias absolutistas, o *tecido social do espaço-tempo* torna a ficar mais calmo, diminuindo o medo, muito embora ainda existam grandes problemas sociais e econômicos com o crescimento populacional e demográfico nas cidades. Grupos e classes sociais emergem e se fortalecem nesse período entre os séculos XVI e XVIII e a burguesia é um exemplo disto. Surge neste contexto o *Iluminismo*, pautado numa série de ideias centradas na razão como a principal fonte de autoridade e legitimidade. Ideais como liberdade, progresso, tolerância, fraternidade, governo constitucional e separação Igreja-Estado eram pilares fundamentais desta corrente de pensamento. Na França, as doutrinas centrais dos filósofos do Iluminismo eram a liberdade individual e a tolerância religiosa em oposição a uma monarquia absoluta e aos dogmas fixos da Igreja Católica Romana. O Iluminismo foi marcado por uma ênfase no método científico e no reducionismo, juntamente com o crescente questionamento da ortodoxia religiosa. As principais figuras do *Iluminismo* incluíram Cesare BECCARIA, VOLTAIRE, Denis DIDEROT, Jean-Jacques ROUSSEAU, David HUME, Adam SMITH, Immanuel KANT e destacadamente MONTESQUIEU, com sua clássica teoria da separação dos poderes.<sup>12</sup>

Com os ideais iluministas, o *sistema jurídico-democrático* rascunhado na Magna Carta de 1215 ressurge de maneira muito forte na Revolução Francesa de 1789. Pela primeira vez na

---

<sup>11</sup> HOBBS, Thomas. *Leviatã*.

<sup>12</sup> O Espírito das Leis (*L'Esprit des lois*, 1748).



história, há uma clara e bem definida divisão de poderes, que se baseia no método de contenção de Poder por outro Poder. Assim, o Poder Executivo passa a se colocar **abaixo da lei** e não acima, cabendo ao Legislativo Francês, como órgão representativo da vontade popular, criar o Direito e submeter os demais Poderes a ele. É a vitória e o império da lei, glorificada como a expressão máxima da democracia.

Expressões como o “juiz é a boca da lei” (*la bouche de la loi*) são cunhadas nesse momento histórico. Em “mares nunca antes navegados”, os ideais iluministas democráticos alcançam boa parte do Mundo Ocidental, fazendo cair muitas monarquias absolutistas, inspirando o surgimento das Modernas Constituições Europeias e influenciando até mesmo a independência das colônias americanas. É o surgimento daquilo que chamamos de Estado Democrático de Direito, ou seja, um modelo estatal baseado na separação e contenção de Poderes, favorecendo a existência de um *sistema jurídico-democrático*.

Por meio deste fatos tão marcantes, a Revolução Francesa encerra a Idade Moderna, emergindo a partir daí a chamada Idade Contemporânea, que vai de 1789 até os dias atuais.

A lição aprendida por este segundo trecho da nossa viagem é a mesma: a sobrevivência do *sistema jurídico-democrático* depende muito das condições do *tecido social* do *espaço-tempo*.

#### **IV. Uma viagem à Idade Contemporânea.**

O Mundo Ocidental experimenta e desenvolve durante os séculos XVIII e XIX a prática da democracia, fortalecendo o Poder Legislativo como forma principal de controle popular. A racionalidade democrática e a filosofia analítica (ou filosofia da linguagem) emergem como as principais correntes de pensamento. A positivação do Direito por meio do novo e fortalecido processo legislativo faz surgir o chamado *positivismo jurídico*, o qual, na sua primeira versão, assume forte viés formalista, pois nitidamente encantado com as descobertas do pensamento científico puro da filosofia analítica.

Este movimento, no Direito, é capitaneado por KELSEN, com sua famosa obra a “Teoria Pura do Direito”. O jurista austríaco propõe uma descrição neutra e objetiva do fenômeno jurídico, apartando-o de todos os elementos que lhe são estranhos e pertencentes a outras ciências, como a psicologia, a sociologia, a ética e a teoria política. Sua pureza derivaria, portanto, de seu postulado metodológico fundamental, qual seja, não fazer quaisquer considerações que não sejam estritamente jurídicas, nem tomar nada como objeto de estudo senão as normas

jurídicas. Kelsen pretendia construir uma ciência jurídica objetiva e clara, que se abstivesse de julgar segundo quaisquer critérios de justiça as normas que buscava descrever e explicar.<sup>13</sup>

O mar, assim, se manteve calmo e propício por considerável espaço de tempo, permitindo a navegação segura do *sistema jurídico-democrático*.

Contudo, entre o final do século XIX e o início do século XX se formavam graves tormentas em razão de disputas imperialistas por terras e colônias, em razão de nacionalismos, de alianças militares e da corrida armamentista.

FERREIRA, em trabalho divulgado no site Brasil Escola <sup>14</sup>, resume muito bem esse período, o qual veio a provocar, em 1914, a Primeira Guerra Mundial ou também chamada de a Primeira Grande Guerra:

*“Na questão imperialista, o enfoque pode ser dado ao temor que a ascensão da Alemanha gerou em nações como Rússia, França e Grã-Bretanha. Os alemães haviam passado pelo processo de unificação na segunda metade do século XIX e, após isso, lançaram-se à busca de colônias para seu país. Isso prontamente chamou a atenção da França, por exemplo, que via seus interesses serem prejudicados com o fortalecimento alemão.*

*A questão dos nacionalismos envolveu diferentes nações. A Alemanha encabeçava um movimento conhecido como pangermanismo. Esse movimento nacionalista servia como suporte ideológico para o Império Alemão defender os seus interesses de expansão territorial no começo do século XX. O pangermanismo ainda se expressava nas questões econômicas, pois os alemães pretendiam colocar-se como a força econômica e militar hegemônica da Europa.*

*Na questão nacionalista havia também o revanchismo francês. Essa questão envolvia os ressentimentos que existiam na França a respeito do desfecho da Guerra Franco-Prussiana, conflito travado entre Prússia e França em 1870 e 1871. A derrota francesa foi considerada humilhante, principalmente por dois fatores: a rendição ter sido assinada na Galeria dos Espelhos, no Palácio de Versalhes e pela perda da Alsácia-Lorena. Após o fim desse conflito a Prússia autoproclamou-se como Império Alemão.*

*A questão nacionalista mais complexa envolvia os Bálcãs, região no sudeste do continente europeu. No começo do século XX, os Bálcãs eram quase inteiramente dominados pelo Império Áustro-Húngaro, que estava em ruínas por causa da multiplicidade de nacionalidades e movimentos separatistas que existiam em seu território.*

*A grande tensão nos Bálcãs envolvia a Sérvia e a Áustria-Hungria na questão referente ao controle da Bósnia. Os sérvios lutavam pela formação da Grande Sérvia e, por isso, desejavam anexar a Bósnia ao seu território (a Bósnia era parte da Áustria-Hungria desde 1908 oficialmente). Esse movimento nacionalista de sérvios era apoiado pela Rússia por meio do pan-eslavismo, ideal em que todos os eslavos estariam unidos em uma nação liderada pelo czar russo.*

*Tendo em vista todo esse quadro de tensão e rivalidades, as nações europeias meteram-se em um labirinto de alianças militares, que acabou sendo definido da seguinte maneira:*

*Tríplice Entente: formada por Rússia, Grã-Bretanha e França.*

<sup>13</sup> Kelsen, Hans; em Teoria Pura do Direito, 9ª Edição, RT.

<sup>14</sup> FERREIRA, Daniel, em <https://brasilecola.uol.com.br/historiag/primeira-guerra.htm>.

*Tríplice Aliança: formada por Alemanha, Áustria-Hungria, Império Otomano e Itália. Esses acordos militares incluíam cláusulas secretas de cooperação militar caso uma nação fosse atacada por outra nação adversária. Por fim, toda essa hostilidade deu a garantia para todas as potências e chefes de Estado na Europa de que a guerra era apenas questão de tempo. Por essa razão, as nações europeias iniciaram uma corrida armamentista com o objetivo de se fortalecer para o conflito que ocorreria. O que faltava para que a guerra tivesse início era um estopim, que aconteceu em 28 de junho de 1914, durante a visita do arquiduque Francisco Ferdinando, herdeiro do trono austríaco, a Sarajevo, capital da Bósnia. A visita do arquiduque foi entendida como uma provocação e colocou em movimento os grupos nacionalistas que existiam na Sérvia e Bósnia.”*

Com a chegada da Primeira Guerra Mundial, o sistema jurídico-democrático uma vez mais iria passar por novas perturbações e provações, mudando de rumo e alterando o curso da História. Os povos europeus do início do século XX iriam, destarte, experimentar os horrores de uma grande guerra e o martírio dos problemas econômicos decorrentes deste evento.

Coincidentemente, durante a guerra, surge em 1918 a chamada “Gripe Espanhola”, isto é: uma pandemia viral surgida nos Estados Unidos e provocada pelo conhecido vírus H1N1. O problema sanitário foi tão grave que causou a morte de 50 milhões de pessoas ao redor do Mundo em curtíssimo espaço de tempo.<sup>15</sup>

Curiosamente, a pandemia foi chamada de “Gripe Espanhola” porque os povos europeus que estavam em guerra e que conheciam a “História da Peste Negra de 1348” não queriam amedrontar seus soldados, controlando fortemente a imprensa. Com efeito, a Espanha, aliada do conflito armado, foi o país europeu que melhor divulgou a epidemia de H1N1 que assolava sua população. Por esta razão, o mundo estrangeiro, já experimentando a contaminação pelo vírus, atribuiu à pandemia o nome de “gripe espanhola”, equivocando-se assim sobre sua real origem.

Também foi chamada de “A Gripe Esquecida” exatamente pela velocidade de seu contágio e das mortes provocadas, durante um período em que o Mundo se preocupava mais com a Primeira Guerra Mundial.

O medo, agora, retornava com muita força e passou a ter a seguinte feição: grande guerra, crise econômica, povos estrangeiros e o retorno, pela “Gripe Espanhola”, do assombro medieval causado pela Peste Negra.

É muito curioso observar como as doenças globais aparecem em diversos momentos históricos abalando profundamente o rumo do sistema jurídico-democrático.

---

<sup>15</sup> Fontes históricas: “Gripe Espanhola. A maior pandemia da História”, Editora o Curioso, e “1918: A Gripe Espanhola – Os Anos Malditos”, Excalibur 2017.

Na Alemanha, o colapso social e econômico decorrente da primeira guerra mundial, bem como o medo provocado pela Gripe Espanhola, criaram condições tormentosas e dramáticas no *tecido social do espaço-tempo* daquele País.

O *tecido social do espaço-tempo* estava, nessas condições, deformado e sofrendo terríveis ondulações. Com efeito, Hannah Arendt, filósofa alemã de origem judia e que viveu aqueles momentos trágicos, em sua magistral obra “As Origens do Totalitarismo”<sup>16</sup>, descreve que, movido pelo desespero e medo, a sociedade apoiou a ideia totalitarista de concentração de poder estatal e supressão de direitos individuais em favor do Partido Social-Nacionalista Alemão, em nome de um suposto “bem maior”, caracterizando as bases jurídicas de um regime totalitário. Diante deste cenário, em março de 1933, uma emenda à Constituição de Weimar foi aprovada no *Reichstag* por 444 votos contra 94. Esta alteração permitiu que se aprovassem leis mesmo contrárias às regras e princípios fundamentais previstos na Constituição Alemã, ou ainda permitia a Hitler que editasse leis sem a necessidade de submetê-las ao Parlamento. A partir desta clara fenda aberta no “sistema jurídico-democrático”, que seria impensável em tempos de mares tranquilos é que foram editadas, dois anos depois, em 15 de setembro de 1935, as famigeradas e antissemitas Leis de Nuremberg (também chamadas de “Leis para a Proteção do Sangue Alemão e da Honra Alemã”).

Pois bem, o *tecido social do espaço-tempo* alemão chegou a tal ponto que rompeu o casco de proteção do direito positivo constitucional alemão, naufragando-se, por consequência, todo o *sistema jurídico-democrático* naquele período. Essa foi a causa de mais uma história que precisamos lembrar para evitar, pois o final dela, com todos os seus horrores, genocídios e até um segunda guerra mundial, todos nós já sabemos.

Também é digno de nota o *totalitarismo socialista* ocorrido na Ex-União Soviética em 1917 e o *fascismo italiano*, pois em ambos os casos não houve condições de manutenção de um *regime jurídico-democrático*. ARENDT estuda e correlaciona todos estes fenômenos totalitaristas, apontando como causas comuns àquelas que levaram ao regime nazista na Alemanha.<sup>17</sup>

Uma vez mais, instabilidades no *tecido social do espaço-tempo*, provocadas pela disputa de terra, pela pandemia da Gripe Espanhola, pelas crises econômicas e por duas guerras

---

<sup>16</sup> As Origens do Totalitarismo, de Hannah Arendt. Desde a sua publicação, o livro foi reconhecido como uma das primeiras obras de referência sobre o tema e um clássico da filosofia política. É frequentemente referido como a principal obra de Arendt e continua a ser, até hoje, uma das análises filosóficas definitivas sobre o totalitarismo, ao menos na forma que assumiu durante o século XX. O jornal francês Le Monde incluiu As Origens do Totalitarismo entre os 100 melhores livros do século XX, enquanto a National Review classificou-o como o 15º de sua lista dos 100 melhores livros de não ficção do século. O Intercollegiate Studies Institute listou a obra entre os 50 melhores livros de não ficção do século. Norman Podhoretz comparou o prazer da leitura de As Origens do Totalitarismo à satisfação de ler um grande romance ou poema. O estoque do livro esgotou-se no site da Amazon, em janeiro de 2017

<sup>17</sup> Idem nota 15.

mundiais, levam a um duro processo de concentração de poder (totalitarismo), fazendo com que o sistema jurídico-democrático viesse a sucumbir.

## V. Uma viagem à segunda metade do século XX e ao início do século XXI.

Com o término da segunda guerra mundial, em 1945, o medo da concentração de poder totalitarista, realizada com apoio em leis formais injustas, nos fez demandar mais poder ao Judiciário, pois víamos nele a melhor instituição para controlar o Executivo e até mesmo o Legislativo, na defesa dos valores humanitários contra os atos formais e leis injustas.

O medo contemporâneo do segundo pós-guerra era o medo da aplicação de uma lei injusta. Era o receio de que um governante totalitarista pudesse praticar atrocidades contra os direitos humanos e a liberdades individuais. Teóricos jurídicos não positivistas, como o liberalista americano DWORKIN, com suas teorias sobre a *interpretatividade* ou o *moralismo jurídico*<sup>18</sup>, ganharam fama mundial e abundantemente são citados pelas Supremas Cortes.

Cabe ainda destaque para a teoria denominada “neoconstitucionalismo” (final do século XX e início do século XXI), a qual tem muito assento em juristas de países europeus da *civil law*<sup>19</sup> e até mesmo do Brasil<sup>21</sup>. Segundo estes, em razão do formato denso e principiológico adotado pelas novas Constituições, houve um necessário aumento do protagonismo do Judiciário e com ele uma consequente **relativização** do procedimento democrático.

POZZOLO resume bem esse movimento jurídico da seguinte forma: “*As Constituições extensas e densas do segundo pós guerra, conjuntamente com a afirmação do processo democrático, mudaram, porém, de qualquer forma, os termos desse eventual conflito. (...) A tradução jurídica da ideia de proteção dos direitos fundamentais não podia ser desvinculada da ideia de rigidez constitucional, determinando a sua superioridade em relação à lei e tornando indisponível ou difícil a intervenção do legislador ordinário sobre os direitos. Com isso, o constitucionalismo veicula um sistema de valores protegidos da maioria e ao contrário do ideal procedimental de democracia.*”<sup>22</sup>

Esse processo histórico-jurídico delegou um notável aumento de poder ao Judiciário, pois era preciso aplicar princípios e valores para além da letra fria da lei. Ações diretas de inconstitucionalidade de leis pela Suprema Corte, controle incidental de constitucionalidade de lei por qualquer juiz de primeiro grau, edição judicial de súmulas vinculantes, mandado de injunção para criar norma geral em casos de lacuna legislativa e ainda a aplicação judicial de

<sup>18</sup> Ronald DWORKIN escreveu “Levando Direitos a Sério, em 1977, e por meio desta obra encabeçou o chamado *moralismo* ou *interpretativismo* jurídico, no qual se opôs visceralmente ao positivismo jurídico de HART.

<sup>19</sup> BARBERIS, Mauro - Neoconstitucionalismo. Revista Brasileira de Direito Constitucional.

<sup>20</sup> POZZOLO, Suzana - Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico.

<sup>21</sup> BARROSO, Luis Roberto - O Novo Direito Constitucional Brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. 1. ed. Belo Horizonte: Editora Forum, 2012.

<sup>22</sup> Idem nota 18. Página 80/81.

princípios contra a letra da lei são exemplos muito crescentes do segundo pós-guerra, os quais mostram claramente o incremento de poder ao Judiciário.

No Brasil, podemos citar um exemplo claro desta ampla atuação judicial com a edição da Súmula Vinculante nº 13, de 2008, editada pelo Supremo Tribunal Federal. Com base nos princípios da moralidade e da impessoalidade, o STF criou, num giro retórico da inconstitucionalidade, uma regra geral não prevista em lei, no sentido de proibir de forma absoluta a nomeação de parente até terceiro grau em qualquer dos Poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios<sup>23</sup>. Com efeito, não se discute aqui, o conceito moral que proibiria a nomeação de parente, mas apenas questionar: esta regra geral deveria seja criada pelas mãos do Judiciário ou do Legislativo?

Aliás, observamos em outros casos que o resultado da ampla atuação judicial não necessariamente coincidiu com uma espécie de consenso sobre o mérito da regra judicial criada. Ao contrário, deu ensejo às mais profundas divergências e partir daí surgiram muitas críticas dentro da comunidade jurídica, especialmente contra uma espécie de *ativismo judicial*. Nesse particular, relembro o julgamento de 2016 pelo Supremo Tribunal Federal, do *habeas corpus* 124.306/RJ. Nele, a Alta Corte do Judiciário decidiu, por meio de princípios ligados à autonomia da mulher, ideologia de gêneros e proporcionalidade, que a criminalização legal da prática do aborto seria inconstitucional.

Em outras palavras: proibiu o Legislativo de criminalizar o aborto, alijando a discussão deste tema tão polêmico pela forma democrática que envolveria a sociedade.

Outro caso emblemático e que merece destaque foi a decisão judicial do STF no mandado de injunção 4733. Neste caso, a Corte Suprema, diante da inexistência de lei penal específica a respeito do tema, criou norma geral criminalizando a homofobia com base na lei do racismo. Ou seja: sensível a uma causa que entendeu justa, criou norma legal.

Insistimos que não se discute aqui os argumentos ideológicos, religiosos e sociológicos para defender uma posição ou outra. Este artigo definitivamente não tem essa pretensão e nem sabemos se o resultado desta discussão traria alguma certeza pacificadora. Certamente não traria.

Contudo, a preocupação é, desde sempre, com a manutenção do *sistema jurídico-democrático*, especialmente como forma de resolução dos grandes problemas. Ora, é evidente que, numa sociedade ampla e plural, as discussões de temas tão impactantes e que geram muitos desacordos deveriam ser dirimidas por meio de um processo democrático representativo. Por

---

<sup>23</sup> Súmula 13: “A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.”

isso mesmo, elas somente se fariam legítimas no Legislativo, pois ali se reúnem os representantes do povo, oriundos das mais variadas correntes de pensamento, eleitos pela população para representá-los.

Num esforço de comparação entre a opção adotada por um pequeno grupo de juristas nomeados na Suprema Corte sem escolha popular, e aquela que representa o resultado dialético dos representantes das mais diversas correntes e classes sociais, legitimadas pelo voto universal, é evidente que a decisão do segundo grupo, sobretudo em temas polêmicos, seria muito mais virtuosa ao ideal democrático.

Insistimos ainda sobre o caso do aborto. Ora, é evidente que os terríveis desacordos sobre o assunto deveriam ser discutidos com toda a sociedade e para além dos aspectos estritamente jurídicos a que se limita o escrutínio judicial. Da mesma forma é razoável supor que a forma de criminalização da homofobia, com seus contornos e penas, seriam fixados com maior precisão do que um mero empréstimo da lei do racismo, a qual, quando produzida pelo Legislativo no longínquo ano de 1989, não teve preocupação alguma em discutir o problema que assola atualmente a comunidade LGBT.

Destarte, esta concentração de Poder ao Judiciário vem sendo observada com cautela pela comunidade jurídica internacional, fazendo ressurgir uma remodelada teoria positivista, produzida com a proposta de corrigir os erros do formalismo exagerado kelseniano.

De 1977 para cá, sobretudo após as críticas impactantes em “Levando os Direitos à Sério”, de DWORKIN, já são mais de 40 anos de evolução do pensamento positivista que infelizmente é ignorado no Brasil, pensamento este que traz um importante arcabouço jurídico de proteção dos ideais democráticos e um freio importante à essa nova onda de ampliação de um poder sobre o outro.<sup>24</sup>

Citamos, por exemplo, a linha de pensamento jus-filosófica chamada de “positivismo inclusivo”, por meio da qual se reconhece a inclusão de princípios, bem como se admite que a validade do Direito pode depender de um critério moral, mas desde que este critério seja fruto da escolha do Direito democraticamente positivado.<sup>25</sup>

Teóricos do chamado “positivismo normativo” ou “positivismo ético” vão ainda mais além e defendem que a própria validade do Direito exige a observância do valor da democracia, admitindo a positivação de determinado projeto valorativo ou principiológico desde que seja escolhido pelo legislador.<sup>26</sup>

---

<sup>24</sup> Entre os poucos estudiosos do positivismo jurídico pós hartiano, no Brasil, destaco Dimitri Dimoulis, Bruno Torrano e Andre Luiz Souza Coelho.

<sup>25</sup> HART, Herbert Adolphus Leonel – Pós Escrito em “O Conceito de Direito”, 1994. COLEMAN, Jules – Law and Morality. WALUCHOW, Will – Inclusive Legal Positivism – Oxford.

<sup>26</sup> MACCORMICK, Neil - Institutions of Law, 2007. CAMPBELL, Neil - Prescriptive Legal Positivism, 2004. WALDRON, Jeremy - Law and Disagreement, 1999.

WALDRON, filiado a esta corrente “positivista normativa”, dedica um livro inteiro para alertar sobre os riscos do chamado “Governo dos Juízes” (também chamado de “ativismo judicial”). O renomado jurista neozelandês, através da reflexão sobre os descordos e a democracia, pontua de forma muito clarividente que estes problemas não deveriam ser solucionados por mera interpretação judicial, mas sim no seio de uma ampla discussão política, que deveria envolver a sociedade.

*“Mi supuesto final y crucial es que el consenso existente sobre los derechos no está exento de la incidencia del desacuerdo general sobre las cuestiones políticas más relevantes en las sociedades liberales modernas. De modo que presupongo que existe un disenso sustancial acerca de los derechos existentes y sus alcances. Algunos de estos desacuerdos son evidentes en un nivel filosófico (por ejemplo, si los derechos socioeconómicos deberían o no incluirse en la carta de derechos), algunos salen a la luz cuando buscamos relacionar principios abstractos acerca de lo que es correcto con propuestas legislativas particulares (por ejemplo, si el libre ejercicio de la religión demanda excepciones a lo que en otras circunstancias serían leyes generalmente aplicables), y algunos surgen sólo en el contexto de casos individuales difíciles (por ejemplo, cuánta tolerancia debería haber ante un discurso disidente en tiempos de emergencia nacional). Presupongo que los desacuerdos sobre derechos en gran medida no son problemas de interpretación en un sentido legalista estrecho.*

*Uno puede sentirse tentado de asociar las razones relacionadas con el resultado con la defensa del control judicial (y del mismo modo, las razones relacionadas con el proceso con su crítica). Es un error. Es cierto que varias razones más importantes relacionadas con el proceso son de tipo participativo y, por lo tanto, favorecen a las instituciones electivas o representativas.*

*Presupongo que los desacuerdos sobre derechos en gran medida no son problemas de interpretación en un sentido legalista estrecho. Pueden presentarse como problemas de interpretación en primera instancia, pero de ellos emergen cuestiones de considerable importancia práctica para la comunidad política. En otro espacio me he referido a estos como problemas “cruciales” [“watershed”] de los derechos (véase Waldron, 2002b: 198). Son problemas relevantes de la filosofía política, que tienen consecuencias significativas para la vida de muchas personas. Además, presupongo que no son idiosincrásicos de la sociedad en que surgen. Definen las elecciones más relevantes que debe afrontar toda sociedad moderna; elecciones razonablemente bien entendidas en el contexto de la moral existente y los debates políticos, y que son puntos focales del desacuerdo moral y político en muchas sociedades. Los ejemplos vienen rápidamente a la mente: el aborto, la discriminación positiva, la legitimidad del gobierno para redistribuir la riqueza o intervenir en el mercado, los derechos de las personas sospechosas de haber cometido un crimen, el significado preciso de la tolerancia religiosa, los derechos culturales de las minorías, la regulación del discurso y el gasto en las campañas electorales, etc. Como sugieren estos ejemplos, los desacuerdos sobre los derechos suelen referir a sus aplicaciones centrales, no sólo a las marginales. Puesto que ya estoy presuponiendo un compromiso general con los derechos, es tentador inferir que ese compromiso general cubre el núcleo de*



*cada derecho y que por ende el derecho se vuelve controvertido sólo en los márgenes de su aplicación. Eso es un error. Un compromiso con los derechos puede ser noble y sincero aunque los casos “cruciales” continúen siendo controvertidos. Por ejemplo, dos personas que discrepan acerca de si las restricciones a los discursos racistas son aceptables pueden concordar en que el derecho a la libertad de expresión es clave al razonar sobre el problema; ambas también pueden concordar en que su discrepancia concierne a una cuestión que es central, y no marginal, respecto de ese derecho. Lo que esto muestra, posiblemente, es que ambas personas tienen diferentes concepciones sobre el derecho, pero ello no es razón para dudar sobre la sinceridad de su adhesión a él. En líneas generales, el hecho de que la gente discrepe sobre los derechos no significa que necesariamente exista una parte que no tome en serio los derechos. No cabe duda de que algunas posturas son sustentadas y defendidas con falsedad o ignorancia por canallas (a quienes no les importan los derechos) o iletrados morales (quienes malentienden la fuerza e importancia de los derechos). Pero presumo que en la mayoría de los casos el desacuerdo se tramita de manera razonable y de buena fe. Las cuestiones involucradas son problemas serios, sobre los cuales no es razonable esperar que exista consenso. En otras palabras, presupongo algo similar a las “cargas del juicio” de John Rawls, pero aplicadas tanto a cuestiones sobre el bien como a cuestiones sobre lo correcto.* <sup>27</sup>

Com efeito resta forçoso concluir que a discussão de questões relevantes, de desacordos, e até mesmo da defesa dos direitos das minorias será prevalentemente mais profícua por meio de um processo dialético mais amplo e participativo que o escrutínio judicial.

Ainda como forma de precaução na defesa democrática, o tema também é abordado entre os constitucionalistas. TUSHNET alerta para o risco do chamado “**jogo duro constitucional**” <sup>28</sup>. Este esquema ocorreria, segundo o consagrado constitucionalista de Harvard, sempre que um poder pretender “*jogar segundo as regras, mas levando-as aos seus limites, jogando para valer*”. Em outras palavras: é a técnica de supressão do diálogo democrático pelo uso abusivo do poder institucional na sua forma mais esticada, alargada e repetida possível, com intuito de atropelar qualquer tipo de divergência ou de oposição.

LEVITSKY e ZIBLATT <sup>29</sup>, na interessantíssima e recente tese que tenta explicar *como as democracias morrem*, demonstram claramente como o Judiciário, Legislativo e Executivo fazem realmente esse *jogo duro* de TUSHNET, como forma de destruir os ideais democráticos, trazendo à lume importantes exemplos concretos de suas ocorrências em tempos recentes. Vejamos tais casos, tanto no Executivo como no Judiciário:

*“Os presidentes argentinos há muito são mestres do jogo duro constitucional. Nos anos 1940, o Presidente Juan Peron usou sua maioria no Congresso para promover o*

---

<sup>27</sup> WALDRON, Jeremy - “*Contra el Gobierno de los Jueces*”, Edição Espanhola.

<sup>28</sup> TUSHNET, Mark; “Constitutional Hardball”; The John Marshall Law Review 37 (2004).

<sup>29</sup> LEVITSKY, Steven e ZIBLATT, Daniel; “Como as Democracias Morrem”; Zahar (2017).

*impedimento de três dos cinco juízes da Suprema Corte, tirando vantagem máxima de uma cláusula constitucional vagamente definida que listava ‘conduta ilegal’ como base para impeachment. Quase meio século depois, o presidente Carlos Menem mostrou um talento semelhante para ampliar os limites da lei. A Constituição argentina de 1853 era ambígua ao definir a autoridade do presidente para emitir decretos. Historicamente, presidentes eleitos vinham usando essa autoridade de maneira parcimoniosa, emitindo apenas 25 decretos entre 1853 e 1989. Menem não mostrou o mesmo comedimento, publicando 336 decretos em menos de um único mandato presidencial.*

*O Judiciário também pode ser convocado para fazer jogo duro. Depois que conquistaram o controle da assembleia nacional venezuelana por maioria esmagadora numa eleição em dezembro de 2015, os partidos de oposição tiveram esperanças de frear o poder autocrático do presidente Nicolas Maduro. Assim, o novo Congresso aprovou uma lei de anistia que libertaria 120 presos políticos e votou contra a declaração de estado de emergência econômica de Maduro (que lhe dava amplos poderes para governar por decreto). Para repelir essa objeção, Maduro se voltou para a Suprema Corte, agora controlada por seus partidários. A corte chavista efetivamente retirou poderes do Legislativo, julgando quase todos os seus projetos de lei – inclusive a lei da anistia, os esforços para revisar o orçamento nacional e a rejeição do estado de emergência – eram inconstitucionais. Segundo o jornal colombiano El Tiempo, a corte decidiu contra o Congresso 24 vezes em seis meses, derrubando todas as leis que ele havia aprovado.”<sup>30</sup>*

No Brasil, destaco o *jogo duro* do Executivo na edição abusiva e sucessiva de medidas provisórias após a Constituição de 1988, em nítida artimanha de tomar para si o poder de legislar, quando a medida deveria ser usada com muita moderação, em casos de excepcionalíssima urgência e relevância.

Com efeito, o *jogo duro* é uma armadilha muito perigosa porque é uma supressão dissimulada da democracia. Não é um golpe declarado de fechamento dos outros Poderes, tais como foram, por exemplo, as ditaduras militares na América Latina no século XX. O *jogo duro* envenena a democracia aos poucos, escondido pela falsa sensação de que um dos Poderes estaria apenas atuando no exercício de suas funções constitucionais.

Por isso mesmo, a forma de combate ao *jogo duro* também é muito mais complicada. LEVITSKY e ZIBLATT sugerem os frágeis remédios da *tolerância mútua* (ideia de que, enquanto nossos rivais jogarem pelas regras institucionais, nós aceitaremos que eles tenham direito igual de existir, competir pelo poder e governar) e da *reserva institucional* (autocontrole paciente, comedimento e a tolerância no uso das competências pelos Poderes instituídos).<sup>31</sup>

Com todo respeito a LEVITSKY e ZIBLATT, entendo que o melhor combate ao *jogo duro* pode vir da própria sociedade, através do fortalecimento do seu “sistema imunológico”. Deveras, faz-se necessário que as instituições da sociedade, como a classe de advogados, a imprensa livre,

---

<sup>30</sup> LEVITSKY, Steven e ZIBLATT, Daniel; “Como as Democracias Morrem”; Zahar (2017).

<sup>31</sup> LEVITSKY, Steven e ZIBLATT, Daniel; “Como as Democracias Morrem”; Zahar (2017).

o mundo acadêmico, os sindicatos de trabalhadores, as associações comerciais e empresariais, a classe artística etc. sejam **livres, independentes e atuantes** na defesa dos valores democráticos e das liberdades individuais. O medo, a repressão e com eles a inércia dos diversos setores da sociedade sempre foram na História a porta de entrada do “vírus totalitário”, do “vírus absolutista”, do “vírus ditatorial” e de todos os outros que atentam contra o *sistema jurídico-democrático*.

Enfim, de forma resumida, este é o cenário que atravessamos em nossa viagem entre a segunda metade do século XX e o início do século XXI. Desta vez, o *tecido social do espaço-tempo* atormentou a embarcação do *sistema jurídico-democrático* com ondulações mais suaves e dissimuladas, mas sempre constantes e muito repetidas ao longo dos últimos setenta anos. O aumento constante de poder ao Judiciário e o *jogo duro entre os Poderes* eram as maiores ameaças que pairavam em 2019 contra o *sistema jurídico-democrático*.

Ao lado de todos esses riscos e sem menosprezá-los, observamos contudo que a embarcação *s-JD* de hoje é muito mais sólida e aperfeiçoada do aquela que navegou na Idade Média e Idade Moderna. Desde a Revolução Francesa, foram séculos de fortalecimento das instituições democráticas e dos mecanismos de *separação dos poderes*. A sociedade também cultivou o valor da liberdade como nunca na História, e o Direito passou a incorporar valores e garantias individuais em seus regimes constitucionais. Por isso mesmo, o *sistema jurídico-democrático* foi capaz de suportar esta travessia entre 1945-2019, ainda que movimentos de desequilíbrios democráticos houvesse aqui e acolá.

## VI. A viagem ao passado foi concluída e suas possíveis lições.

Pronto. Chegamos ao porto. A viagem ao passado foi concluída e o processo de aprendizado assim nos revela claramente:

- (i) a existência e a sobrevivência de um *sistema jurídico-democrático* são sempre **relativas** à instabilidade do *tecido social do espaço-tempo* em que se encontra;
- (ii) fenômenos como epidemias ou pandemias, guerras, crises sociais e econômicas são **os fatores** que trazem a **instabilidade** do *tecido social do espaço-tempo*;
- (iii) o **medo** é um ingrediente perigoso e que levou à troca dos ideais democráticos pela concentração de poder;
- (iv) em razão destas instabilidades **já perdemos e custamos a recuperar**, por diversas vezes, o *sistema jurídico-democrático*;

(v) os fatores que levam ao fortalecimento da **imunidade** do *sistema jurídico-democrático*, necessários para suportar estas instabilidades, podem assim ser resumidos: instituições democráticas consolidadas, desconcentração de Poder, separação de Poderes, sociedade livre e sociedade atuante;

(vi) o último ciclo histórico (1945-2019) revela uma **clara tendência de concentração de poder ao Judiciário**, como forma de combater o medo provocado pelo *positivismo jurídico formalista* combinado com o regime nazista.

Em termos filosófico-analíticos estas lições podem ser sintetizadas numa fórmula segundo a qual a existência do *sistema jurídico-democrático* depende da correlação entre seus fatores de imunidade e as perturbações do *tecido social do espaço-tempo*. Vejamos:

$$\text{existência de sJD} = \frac{\text{fatores de imunidade de sJD}}{\text{perturbações do tecido social do espaço/tempo}}$$

- *sJD* = sistema jurídico-democrático
- *fatores de imunidade de sJD* = Instituições Democráticas consolidadas (*ID*), desconcentração de Poder (*dP*), separação de Poder (*sP*), sociedade livre (*sl*), e sociedade atuante (*sa*).
- *perturbações do tecido social do espaço tempo* = guerra (*g*), epidemias ou pandemias (*ep*); problemas sociais (*ps*), problemas econômicos (*pe*), e medo (*m*).

Descrevendo ainda melhor podemos utilizar diretamente os sub-elementos e atribuir a eles pesos (*x*), o que resultaria na seguinte equação:

$$sJD = \frac{ID(x) + dP(x) + sP(x) + sl(x) + sa(x)}{g(x) + ep(x) + ps(x) + pe(x) + m(x)}$$

Assim, quanto maior o resultado da soma dos pesos e fatores da linha superior, em relação à soma dos pesos e fatores da linha inferior, maiores serão o funcionamento e a estabilidade do *sistema jurídico-democrático*. *Mutatis mutandis*, quanto menor o resultado da soma dos pesos e fatores da linha superior em relação à soma dos pesos e fatores da linha inferior, menores serão o funcionamento e a estabilidade do *sistema jurídico-democrático*.

Podemos observar, ao longo da História, que o peso dos fatores de perturbação do tecido social do espaço-tempo variou bastante, assim como variou o peso dos fatores de imunidade do sistema *jurídico-democrático*. E podemos concluir que essa correlação foi determinante para a existência, funcionamento ou manutenção de um *sistema jurídico-democrático*. Quanto mais

perturbado o *tecido social do espaço-tempo*, mais teremos que nos preocupar em fortalecer a imunidade de *sJD*, e assim sucessivamente.

Pois bem, dotados de todas estas lições, embarcamos ao presente compreendendo os fenômenos que estamos a atravessar, pois assim podemos nos preparar melhor e, quem sabe, evitar as possíveis e indesejáveis consequências.

## VII. Chegamos ao presente (2020).

Após pouco mais de um mês das primeiras notícias vindas da China, em 11 de março de 2020 a Organização Mundial de Saúde decreta a **pandemia** do vírus COVID-19, comumente denominado “coronavírus”. Logo em seguida, em 20 de março de 2020 o Congresso Nacional aprova o Decreto Legislativo Federal nº 06, decretando no Brasil estado de calamidade pública.

Ou seja, este maremoto chegou mais rápido do que se esperava, pegando todo mundo de surpresa. Como visto, ele surge num *tecido social do espaço-tempo* que já permitia a concentração de poder ao Judiciário e que já estava permeado no cenário brasileiro de indesejados movimentos de setores da população clamando pelo retorno da Ditadura, pelo fechamento do Congresso e/ou do Supremo Tribunal Federal.

Soma-se a esse maremoto um fenômeno dele decorrente e de tamanho ainda incalculável, mas certamente devastador, qual seja: a crise econômica, que virá como um terrível tsunami, afogando milhares de empregos, causando mortes e podendo trazer ainda mais tragédia do que o próprio vírus. Neste momento, em maio de 2020, o mar está apenas recuando, preparando-se ainda para a chegada do já anunciado monstro d’água.

A História do Direito nos mostra, pelas viagens ao passado, que juntamos em 2020 perigosos ingredientes que atentam contra a subsistência do *sistema jurídico-democrático*. São eles: pandemia de grandes proporções, medo do futuro, instabilidade social e a iminência de grande crise econômica. O mar não está mais para brincadeira. O *tecido social do espaço-tempo* começa a balançar bastante. Os sinais de abalo ao casco do *sistema jurídico-democrático* começam a ser sentidos. O “Governo dos Juízes” se intensifica. O *jogo duro* de TUSHNET está cada vez mais sendo jogado, na medida em que cada Poder Estatal concentra poder no afã de ser o salvador de uma solução milagrosa, cujo problema ainda não tem solução conhecida. Se não bastasse, como revolta ao *jogo duro*, aquela ameaça, antes tímida e velada, pelo emprego das Forças Armadas com intuito de fechar o Supremo Tribunal Federal ou o Congresso Nacional, agora aumenta em coro, verso e prosa pelas ruas e cantos do país. Ou seja: estamos sacudindo de todos os lados e os alertas já foram acionados.

Tomemos como exemplo o caso judicial dos municípios da região metropolitana de São Luis do Maranhão, com população somada de um milhão e seiscentos mil habitantes. Naquela localidade o Poder Judiciário, por meio da ACP 0813507-41.2020.8.10.0001, determinou a realização de uma política pública sanitária em substituição ao Poder Executivo, qual seja: o chamado *lockdown*, que se caracteriza pelo enfrentamento à contaminação do vírus através de um radical processo de limitação do direito de ir e vir e do fechamento de atividades econômicas exercidas pelos particulares. Os fundamentos da decisão deixam claro a captura judicial de uma competência que seria do Executivo:

*“As medidas de isolamento social e de proibição temporária de atividades que possibilitem aglomeração de pessoas, conforme autoridades sanitárias, órgãos e entidades representativas de técnicos da área da saúde, são as mais adequadas para o momento e têm a finalidade de retardar o crescimento da curva de disseminação do vírus.*

*Ocorre, no entanto, que para o presente momento as medidas de distanciamento social estão se mostrando ineficazes para contenção da propagação do vírus causador da COVID-19, demandando do Poder Público a adoção de medidas mais intensas para evitar um colapso do sistema público de saúde, que, na Capital, já se evidencia, com a lotação máxima dos leitos de UTI destinados a pacientes com COVID-19.*

*E o estrangulamento não se resume à rede pública.*

*Hospitais privados já noticiam que a capacidade máxima de seus leitos para pacientes com COVID-19 foi atingida, a exemplo do Hospital São Domingos, e requerem do Poder Público a adoção de medidas de isolamento mais enérgicas.*

*Para esse estágio, segundo Boletim Epidemiológico do Ministério da Saúde, a medida preconizada pela OMS para conter a proliferação descontrolada da doença e possibilitar a recuperação do sistema de saúde, caso o distanciamento social não se mostre mais eficaz, é o lockdown (bloqueio total de atividades).*

*No caso presente, é necessária adoção do bloqueio total, ainda que por curto período, pois essa é a única medida possível e eficaz no cenário para contenção da proliferação da doença e para possibilitar que o sistema de saúde público e privado se reorganize, a fim de que se consiga destinar tratamento adequado aos doentes.*

*Ante o exposto, com fundamento no artigo 300 do CPC, DEFIRO o pedido de concessão de tutela de urgência e, por conseguinte, DETERMINO:*

*(i) ao Estado do Maranhão:*

*a. que aplique, nos Decretos que tratam do distanciamento social como medidas não farmacológicas contra a disseminação do vírus causador da COVID-19, o lockdown, inicialmente pelo prazo de 10 dias, a iniciar dia 05/05/2020, compreendendo:*

*(a.1) a suspensão expressa de todas as atividades não essenciais à manutenção da vida e da saúde, trazendo rol exaustivo das atividades essenciais que ficariam excepcionadas dessa suspensão, tais como alimentação, medicamentos e serviços obrigatoriamente ininterruptos (portos e indústrias que trabalhem em turnos de 24h);*

*(a.2) limitação adequada das reuniões de pessoas em espaços públicos ou abertos ao público;*

*(a.3) regulamentação do funcionamento dos serviços públicos e atividades essenciais, tais como bancos e lotéricas exclusivamente para pagamento de renda básica emergencial, salários e benefícios sociais, prescrevendo-se lotação máxima excepcional nesses ambientes e organização de filas;*

*(a.4) vedação de circulação de veículos particulares, salvo para compra de alimentos ou medicamentos, para transporte de pessoas para atendimento de saúde ou desempenho de atividades de segurança ou no itinerário de serviços considerados como essenciais por Decreto Estadual;*

*(a.5) vedação de entrada/saída de veículos da Ilha, por 10 dias, salvo caminhões, ambulâncias, veículos transportando pessoas para atendimento de saúde, veículos no desempenho de atividades de segurança ou no itinerário de serviços considerados essenciais por Decreto Estadual;*

*(a.6) a adoção de medidas de orientação e de sanção administrativa quando houver infração às medidas de restrição social, como o não uso de máscaras em locais de acesso ao público, conduta análoga aos crimes de infração de medida sanitária preventiva (art. 268 do CP);*

*(a.7) a extensão da suspensão das aulas da rede privada nos municípios de São Luís, Paço do Lumiar, São José de Ribamar e Raposa, segundo os parâmetros adotados para a rede estadual;”*

No Estado de São Paulo, o Ministério Público ajuizou as ações civis públicas nº 1001480-11.2020.8.26.0126 (1a Vara Cível de Caraguatatuba), nº 1000012-43.2020.8.26.0633 (Vara do Plantão de Itanhaém) e nº 1000880-91.2020.8.26.0642 (3a Vara de Ubatuba). Por meio delas, requereu que o Judiciário determinasse, como estratégia sanitária no sentido de evitar aglomeração em feriado prolongado, o bloqueio de determinados trechos de rodovias, para evitar o acesso de pessoas nos municípios balneários de Ubatuba, São Sebastião, Ilhabela, Bertioxa, Caraguatatuba, Itanhaém, Peruíbe, Itariri e Pedro de Toledo.

Com efeito, os três juízes de primeira instância que oficiaram nas três ações judiciais mencionadas deferiram o pedido de bloqueio, o qual somente não foi realizado porque o Desembargador Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em decisão monocrática na suspensão de liminar nº 2054679-18.2020.8.26.0000, determinou que a política adotada pelo Poder Executivo Estadual, que não previa este bloqueio, deveria prevalecer diante do entendimento dos juízes de primeiro grau. Vejamos, pois, alguns trechos desta **rara** decisão que evitou a política pública do Judiciário:

*“O ESTADO DE SÃO PAULO formula pedido de suspensão dos efeitos das medidas liminares deferidas nos autos das Ações Civis Públicas no 1001480- 11.2020.8.26.0126 (1a Vara Cível de Caraguatatuba), no 1000012-43.2020.8.26.0633 (Vara do Plantão de Itanhaém) e no 1000880-91.2020.8.26.0642 (3a Vara de Ubatuba), sob alegação de grave lesão à ordem pública.*

*(...) Na espécie, justifica-se a suspensão, uma vez que decisão judicial específica acerca de alguns municípios da região litorânea do Estado afasta da Administração Estadual seu legítimo juízo discricionário de conveniência e oportunidade de organização dos serviços públicos tecnicamente adequados.*

*(...) Em tema de segurança e eficiência na prestação de serviços públicos na área da saúde, oportuno destacar o sentido discricionário técnico de decisão acerca de circulação de pessoas, veículos, transportes em geral.*

*Essas as razões pelas quais **decisão judicial não pode substituir o critério de conveniência e oportunidade da Administração**, especialmente em tempos de crise e calamidade, **porque o Poder Judiciário não dispõe de elementos técnicos suficientes para a tomada de decisão equilibrada e harmônica.***

*Ademais, negar ou conceder acesso a rodovia ou a determinado trecho de uma estrada constitui ato administrativo informado pelas características da região como um todo e não de apenas alguns municípios em contraposição a outros tantos. São elementos ligados ao mérito do ato administrativo, que não podem ser objeto de análise pelo Poder Judiciário, cuja apreciação se debruça sobre aspectos formais de validade e eficácia. A providência tomada pelos Juízos singulares acaba por invadir o próprio poder de polícia da Administração, excepcional e discricionário, capaz de restringir coativamente a atividade individual, na proteção da segurança coletiva e da boa ordem da coisa pública, este o mérito de eventual ato nesse sentido.*

Ora, não se trata, aqui, de defender ou criticar o mérito científico-sanitário na política do isolamento social, de bloqueios regionalizados ou do chamado *lockdown*, mas sim de criticar que a adoção desta medida de política de saúde pública seja tomada pelo Judiciário. Por certo, esta atuação judicial configura uma clara usurpação de poder, uma fenda aberta no regime democrático, na medida em que, por meio de eleições gerais, a população legitimou o Executivo (e não o Judiciário) a decidir qual a melhor política de saúde pública no interesse geral.

Os desacordos sobre estes temas de isolamento, bloqueios e *lockdown* são inúmeros. Não há consenso algum sequer entre os especialistas, de modo que a legitimidade democrática para a escolha da melhor medida pelo representante da vontade popular, no tempo e na forma adequada, seria de fundamental importância para manter navegando o *sistema jurídico-democrático*.

Com efeito, o *jogo duro* do Judiciário também pode ser visto nas sucessivas decisões do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, pois que vem impedindo praticamente todas as leis municipais e atos do Executivo que sejam contrários à política que ele, Judiciário, elegeu como a “melhor”; isto é: aquela que recomenda, de maneira mais rigorosa possível, o fechamento de comércio. Destaco as recentes decisões proferidas no Agr/SP 2074564-18.2020.8.26.0000, na ACP 1001984-59.2020.8.26.0597, na ADI 2080078-49.2020.8.26.0000, na ADI 20880041-11.2020.8.26.0000, na ADI 2095839-23.2020.8.26.0000, e na ADI 2092545-60.2020.8.26.0000. Dentre elas, destaco trechos da ADI 2080078-49.2020.8.26.0000 para bem compreendermos do que estamos tratando:



*“O Procurador-Geral de Justiça ajuizou a presente ação direta, objetivando a declaração de inconstitucionalidade do art. 3º do Decreto no 21.329, de 22-4-2020, do Município de Araçatuba, que “Altera disposições do Decreto no 21.272/2020 que Declara Emergência em Saúde Pública em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV) e dá outras providências”.*

*Segundo a inicial, o decreto dispõe de forma autônoma, originária e abstrata sobre direitos fundamentais relacionados à saúde, à vida e à locomoção, e seu art. 3º flexibiliza, no município, os limites do isolamento social fixados na quarentena decretada no Estado de São Paulo.*

*(...) Por não existir análises técnicas ou evidências científicas que permitam justificar a flexibilização de medidas de quarentena que atualmente vigoram por força normativa estadual, também seria incompatível com os princípios da prevenção e precaução e colocaria em risco a saúde e a vida da população, ao substituir uma estratégia aceita como razoável e adequada para preservar um maior número de vidas, por outra que arrefece o êxito no combate da epidemia.*

*(...)*

*O afrouxamento das regras de isolamento social permitirá maior contato entre pessoas, o que possivelmente elevará o número de transmissão e provocará a piora da situação sanitária, o oposto dos objetivos mais urgentes do momento atual: proteção à vida, à saúde e o combate ao novo coronavírus.”*

Decisões como estas, de alto grau ativista, incrivelmente foram previstos por WALDRON em casos de emergência nacional, advertindo que tais problemas não deveriam ser tratados como simples juízos de interpretação legal. Vejamos, pois, suas precisas palavras:

*“Algunos de estos desacuerdos son evidentes en un nivel filosófico (por ejemplo, si los derechos socioeconómicos deberían o no incluirse en la carta de derechos), algunos salen a la luz cuando buscamos relacionar principios abstractos acerca de lo que es correcto con propuestas legislativas particulares (por ejemplo, si el libre ejercicio de la religión demanda excepciones a lo que en otras circunstancias serían leyes generalmente aplicables), y algunos surgen sólo en el contexto de casos individuales difíciles (**por ejemplo, cuánta tolerancia debería haber ante un discurso disidente en tiempos de emergencia nacional**). Presupongo que los desacuerdos sobre derechos en gran medida no son problemas de interpretación en un sentido legalista estrecho.”<sup>32</sup>*

Não obstante a estes exemplos acima, reconhecemos de outro lado que o Judiciário deteria um poder de cautela no controle de legalidade e na preservação de direitos, quando violados, o que lhe permitiria atuar sem qualquer usurpação de poder. Mas são exatamente estes dois pilares (*controle de legalidade e preservação de direitos*) que limitariam a atuação judicial.

Tais situações, contudo, não se confundem com a atuação substitutiva ao Executivo, a qual ocorre sempre quando o Judiciário quer impor seu critério de política pública por entender

---

<sup>32</sup> WALDRON, Jeremy - “*Contra el Gobierno de los Jueces*”, Edição Espanhola, p. 2659

que representaria um “critério melhor” do que aquele adotado pelo Executivo. A diferença parece sutil, mas é relevante.

Otto Pfersmann, em importante trabalho sobre o “Positivismo Jurídico e a Justiça Constitucional no Século XII”<sup>33</sup>, destaca a enorme dificuldade de conter o poder do Judiciário e de descrever os limites de sua atuação. Isto porque, na prática jurídica, é o próprio Judiciário quem define quais são estes limites, pois sempre tem a última palavra ao dizer o Direito. Nesse contexto, o renomado jurista austríaco sustenta que o ideal democrático exigiria do Judiciário uma **autocontenção**, da mesma forma que a doutrina jurídica poderia – *e deveria* - funcionar como elemento de crítica, controle e defesa do ideal democrático.

Soma-se a isto tudo o fortalecimento dos diversos setores da sociedade, que também funcionariam como pressão popular em nome da separação de poderes.

De outro lado, reconhecemos que o risco de concentração de poder, nesses tempos obscuros, não pode ser atribuído unicamente ao Judiciário. Quanto ao Poder Executivo, em todos os níveis, presenciamos nítido abuso de poder quando, por meio das guardas municipais, vêm sistematicamente prendendo cidadãos que não estão em situação de flagrante propagação intencional de doença contagiosa, tal como ocorreu com surfistas ou pessoas se banhando no mar, com pessoas se exercitando na praia, ou até mesmo sozinhas sentadas em bancos de praças públicas. Tais fatos foram amplamente divulgados pela mídia brasileira.

No âmbito do Executivo Municipal de São Paulo, assistimos à edição do CDC nº 340, de 11-5-20, que instituiu por meio de Decreto um novo sistema de rodízio de veículo individual e automotor de passageiros, o qual, ainda mais rigoroso do que aquele anteriormente previsto em lei, proibiria as pessoas de usar veículos automotores em mais dias da semana. Tal medida tinha por objetivo evitar aglomeração e reduzir o contágio do COVID-19.

Nesses termos, sobreleva destacar, para fins deste artigo, a total despreocupação do Executivo em submeter este tipo de decisão tão radical ao crivo do Legislativo. Com efeito, estávamos diante de uma supressão despudorada de *cláusula pétrea constitucional*, qual seja: a chamada *reserva legal*, conforme previsto no art. 5º, II, da Constituição da República e segundo a qual *ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei*.

De qualquer modo, diante da péssima repercussão midiática e do efeito contrário que a medida provocou no seu mérito, na medida em que aumentou a aglomeração nos veículos de transporte coletivo, o Executivo Paulistano, em bom tom, voltou atrás anunciando em 17 de maio de 2020 o cancelamento deste rodízio de circulação de veículos.

Exemplo ainda melhor de supressão silenciosa e descarada da ordem democrática é a limitação da livre locomoção e liberdade de reunião em locais públicos por meio de Decretos

---

<sup>33</sup> Pfersmann, Otto. Positivismo Jurídico e Justiça Consitucional no Sáculo XII

Executivos editados às centenas por Prefeitos e Governadores, enquanto que a Constituição da República é muito clara ao determinar, nos seus art. 137 e 139, que tais limitações somente poderiam ocorrer com a decretação do “estado de sítio”, o qual exige aprovação do Legislativo Nacional e desde que solicitado pelo Presidente da República.

Uma vez mais, insistimos em explicar que não se questiona aqui a política de isolamento, ou de quarentena, ou até mesmo de eventual lockdown. Não se trata de advogar sobre qual seria a melhor política de saúde pública, até porque seria um despropósito diante da ausência de conhecimentos técnicos especializados, que seriam afetos à outra área científica, diversa do Direito. Qualquer posição tomada nesse artigo jurídico quanto a este mérito poderia resultar, por grave imperícia, em desinformação e temeridade. Contudo, insurgimos com grande indignação contra a **forma antidemocrática** em que estas políticas restritivas vem sendo realizadas, pois descaradamente em nenhum dos casos citados se observou o procedimento de aprovação legislativa, conforme exigido pela Constituição da República.

Por tudo isso, expõe-se aqui uma séria preocupação com o *sistema jurídico democrático* e não uma militância partidária. A única defesa que este trabalho se preordena é com o ideal e a forma democrática do Direito. Nada mais.

Com efeito, todos nós estamos ávidos e ansiosos por respostas e soluções pela ciência e pelos governantes. Compreendemos todas as tentativas de boa-fé no sentido de combater um mal tão grande e inesperado, que reclama medidas urgentes. No entanto, a defesa do ideal democrático, que exige respeito à separação de poderes, não pode ser perdida de vista, nunca. Não podemos abandonar esta embarcação. Medidas excepcionais devem ser adotadas em estrito cumprimento do postulado da proporcionalidade, por meio do qual a intervenção de um poder em outro, bem como a limitação dos direitos e garantias individuais somente poderiam ocorrer na mínima medida do possível, numa relação ponderada entre os meios escolhidos e os fins necessários. Mas não é o que estamos vendo.

Enfim, esse mar em tempos de COVID-19 está novamente revolto para a navegação do *sistema jurídico-democrático*. Aproxima-se ainda um *tsunami* econômico. Diante desta situação a preocupação com a salvaguarda da embarcação democrática deve ser redobrada. Contenção de poder e o acionamento do sistema de pesos e contrapesos podem ser decisivos para o equilíbrio da nau. O fortalecimento do sistema imunológico de seus navegantes – *liberdades e direitos individuais são suas vitaminas* - também será preponderante nesse momento. Precisamos de uma tripulação forte e decidida. Quanto mais frágeis, maior será o risco de naufrágio. A atenção de todos os marinheiros é requerida.

Concluída a viagem ao passado e feitas as reflexões sobre o presente finalmente podemos responder à “pergunta-tema” do artigo.

### VIII. Resposta à pergunta inicial. O sistema jurídico-democrático está em risco com a pandemia do COVID-19?

Olhando para a equação proposta ao final do item VI, podemos observar que os pesos dos fatores de instabilidade do *tecido social do espaço-tempo* começam a receber muita sobrecarga com a pandemia do COVID-19, fazendo soar todos os alertas possíveis.

De fato, observamos que a dialética democrática-legislativa está praticamente descartada neste processo decisório de enfrentamento do novo “coronavírus”. O Poder Judiciário, que já passava por um processo de concentração de poder desde a segunda metade do século XX, vem cada vez mais ampliando esse espectro, na medida em que ele próprio, num processo de captura do Poder Executivo, passa a determinar quais são as políticas públicas que a sociedade deve se submeter. O Executivo, por sua vez, vem editando normas sem qualquer preocupação com o princípio da reserva legal. A teoria da “Separação de Poderes” é cada vez mais desrespeitada. O “jogo duro” de um Poder sobre o outro <sup>34</sup> nunca foi tão bem jogado. Liberdades e direitos individuais são objeto de ablação sem muita preocupação com critérios de razoabilidade e proporcionalidade. A sociedade e suas diversas instituições representativas estão mais frágeis e com muito medo do presente e do futuro. Num cenário de medo profundo, liberdade e democracia parecem “artigo de luxo”, sendo trocadas facilmente por proteção estatal e concentração de poder.

Portanto, *s-JD* está diante de um processo perigoso de sobrecarga nos fatores de perturbações do *tecido social do espaço-tempo*, processo este que, se não paralisado em tempo hábil, poderá resultar num valor final negativo para esta equação. E um valor negativo significará o naufrágio do *sistema jurídico-democrático*.

Assim, por todo o exposto, podemos concluir que o *sistema jurídico-democrático* está **sim** em risco com a pandemia do “coronavírus”, situação esta que pode se agravar ainda mais com a colossal crise econômica que já se instala e que ainda tende a piorar.

No entanto, ao que tudo indica, as instabilidades de hoje não serão maiores e mais pesadas do que aquelas que já enfrentamos no passado. Ademais, a embarcação do *sistema jurídico-democrático* de 2020 é bem mais imune, forte e sólida para enfrentar o atual oceano revolto, sobretudo se compararmos com aquelas embarcações que navegaram pela Idade Média e até mesmo pelo turbulento Século XX. Os problemas desta atual embarcação podem ser solucionados com firmes ajustes, dentre os quais estão as medidas que afastem, na medida do possível, a ideia de que a resolução destes problemas dependeria de uma suposta concentração

---

<sup>34</sup> TUSHNET, Vide nota 27.

de poder, quer seja pelo Judiciário, quer seja pelo Executivo. São ideias falsas, pois este barco de 2020, muito mais moderno e tecnológico, tem mecanismos democráticos capazes de enfrentar a crise, com respostas rápidas e eficazes. Coloquemos mais peso no outro lado desta equação, fortalecendo – *e não enfraquecendo* - o sistema imunológico das instituições democráticas. Não podemos jamais, em razão dos nossos medos, abandonar o ideal democrático e nossas liberdades. Enfrentemos, pois, o “coronavírus” e a crise econômica **dentro do Estado Democrático de Direito**, ainda que tenhamos que balançar bastante para um lado e para o outro. Afinal de contas *“mares calmos não fazem bons marinheiros, e bons marinheiros não abandonam a nau”*. Confiemos no barco e mantemo-nos firmes e fortes, como bons marinheiros, até o final desta jornada, que a tormenta certamente passará.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADORNO, Theodor e HORKHEIMER, Max. A dialética do esclarecimento. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1995.

AGOSTINHO, Santo. O Livre Arbítrio. Traduzido. Editora Paulus, 2014

ARENDT, Hannah. Origens do Totalitarismo: Antissemitismo, Imperialismo e Totalitarismo. Tradução de Roberto Raposo. 8ª Edição. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

BARBERIS, Mauro. Neoconstitucionalismo. Teoria Constitucional do Direito. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC. V. 7, N. 1, 2006.

BARROSO, Luis Roberto - O Novo Direito Constitucional Brasileiro: Contribuições para a Construção Teórica e Prática da Jurisdição Constitucional no Brasil. 1ª edição. Belo Horizonte: Editora Forum, 2012.

BOSSUET, Jacques-Benigne; Discurso sobre la Historia Universal. Edição Espanhola, disponível na plataforma digital eBook Kindle.

CAMPBELL, Tom. Prescriptive Legal Positivism: Law, Rights and Democracy. 1ª Edição. Londres: UCL Press, 2004.

DUARTE, Écio; Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. Neoconstitucionalismo E Positivismo Jurídico: as Faces da Teoria do Direito em Tempos de Interpretação Moral da Constituição. São Paulo: Landy, 2006.

DWORKIN, Ronald. M. Levando os Direitos a Sério. Massachusetts: Harvard University Press, 1977. Edição Traduzida por Editora Martins Fontes, 2010.

EHRlich, Eugen. Fundamentos da Sociologia do Direito. Tradução de René Ernani Gertz. Brasília: Universidade de Brasília, 1986.

FRANCO JR., Hilário. O Feudalismo. 4ª Edição. São Paulo: Brasiliense S.A., 1986.

HART, Herbert Adolphus Leonel. O Conceito de Direito. Fundação Calouste Gulbenkian, Edição Traduzida, 2011.

HOBBS, Thomas. Leviatã. Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Coleção Os Pensadores. 3ª Edição. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

JONES, Dan. Magna Carta: The Birth of Liberty. 3ª Edição. Penguin Books: Nova Iorque, 2015. Disponível na plataforma digital eBook Kindle.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 9ª Edição, Revista Tribunais: São Paulo, 2013.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. Como as Democracias Morrem. Tradução de Renato Aguiar. Zahar, 2018.

MACCORMICK, Neil

- Institutions of Law, 2007. CAMPBELL, Neil - Prescriptive Legal Positivism, 2004.

- Institutions of Law: An Essay in Legal Theory. 1ª Edição. Nova Iorque: Oxford University Press, 2007. eBook Kindle.

MARTINO, João P. 1918: A Gripe Espanhola – Os dias Malditos. Excalibur Editora, 2017. Disponível na plataforma digital eBooks Kindle.

MCCORMICK, Michael. Toward a Molecular History of the Justinian Pandemic. In: Little, Lester K. Plague and the End of Antiquity: The Pandemic of 541–750. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

MONTESQUIEU. O Espírito das Leis. Tradução de Cristina Murachco. Martins Fontes: São Paulo, 2000.

NEVES, Daniel. Primeira Guerra Mundial. Disponível em <https://brasilecola.uol.com.br/historiag/primeira-guerra.htm>

PATTILO, Hendrik van Nievelt. El Fin de La Sociedad Medieval y la Peste Negra. Santiago de Chile: Origo Ediciones, 2020. Disponível na plataforma digital eBooks Kindle.

RAZ, Joseph. The Authority of Law. Oxford: Oxford University Press, 1979.

TOYNBEE, Arnold. Estudio de la Historia. Buenos Aires: Emecé Editores, 1952.

TUSHNET, Mark. Constitutional Hardball, 37 J. Marshall. Publicado em 2004.

WALDRON, Jeremy.

- Law and Disagreement. Oxford: Oxford University. Press, 1999.

- Contra el Gobierno de los Jueces. Cidade Autonoma de Buenos Aires. Siglo Veintiuno Editores. 2018

- Law and disagreement. Nova Iorque: Oxford University Press, 1999.

WALUCHOW, Will . Inclusive Legal Positivism . Oxford, 1994.

WITTGENSTEIN, Ludwig. Tratado lógico-filosófico. 3ª Edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.