

**O PODER JUDICIÁRIO DIANTE  
DA SOBERANIA POPULAR:  
O IMPASSE ENTRE A  
DEMOCRACIA E A  
ARISTOCRACIA**

*Eduardo José da Fonseca Costa*<sup>55</sup>

Ao Eminente Professor RONALDO BRÊTAS DE CARVALHO DIAS, cuja palestra magna proferida no 3º Encontro Nacional da ABDPro (Curitiba, 09/11/2018) me inspirou a escrever este pequeno artigo.

I

O *équilibre des pouvoirs* marca a tradição textual constitucional a partir de MONTESQUIEU [1689-1755]. No entanto, no plano prático-político, esse equilíbrio jamais foi satisfatório. De ordinário, por força de diversos fatores, houve 1) um protagonismo do poder legislativo no século XIX, 2) um protagonismo do poder executivo no século XX e 3) um

protagonismo do poder judiciário no século XXI. Em contraposição, no plano jurídico-dogmático, não houve o esperado primado 1) das garantias individuais contrajurislativas no século XIX, 2) das garantias individuais contra-administrativas no século XX e 3) das garantias individuais contrajurisdicionais no século XXI. Onde o poder se agigantou pelas mãos dos seus titulares, ali as respectivas garantias não se agigantaram na mesma medida pelas mãos dos juristas. Decididamente, no Brasil, o polo primaz da ciência jurídica constitucional sempre foi o *poder estatal*, não as garantias individuais dos cidadãos, que o limitam. Mesmo após a promulgação da Constituição Federal de 1988 (a «Constituição Cidadã»). Isso tem feito do constitucionalismo brasileiro menos um «constr-*i*-tor» e muito mais um «constr-*u*-tor» do domínio estatal. Trata-se, contudo, de um enorme paradoxo. Afinal de contas, a essência do fenômeno constitucional é juridicamente limitar e refrear - não

<sup>55</sup> Juiz Federal em Ribeirão Preto/SP. Bacharel pela USP. Especialista, Mestre e Doutor pela PUC-SP. Presidente da

ABDPro. Diretor da RBDPro. Membro do IBDP, do IPDP e do IIDP.

alargar e propulsar - o poder do Estado. Esse é o dado estrutural invariável da historicidade positiva constitucional universal. Mesmo assim, a historiografia do pensamento jurídico-constitucional registra correntes dogmáticas pró-executivas e pró-judiciárias. Em cada uma delas, desfilam vários juristas com longa ficha de «relevantes» serviços prestados ao rendimento do despotismo. São os «juristas do poder epocal». Quanto ao jurismo autoritário pró-executivo, valem menção: a) no Brasil, FRANCISCO LUÍS DA SILVA CAMPOS ou simplesmente FRANCISCO CAMPOS [1891-1968], o «Chico Ciência», redator de tantos diplomas normativos antiliberais como a Constituição de 1937 (a «Polaca») e o AI-1 do Golpe Militar de 1964; b) no exterior, o alemão CARL SCHMITT [1888-1985], o grande jurista do Terceiro Reich, para quem um ditador forte poderia encarnar a vontade popular mais efetivamente do que um corpo legislativo (*Die Diktatur*, 1921). Quanto ao jurismo autoritário pró-judiciário ou judiciocrata, não se podem especificar nomes no Brasil e

no exterior: um verdadeiro exército de constitucionalistas e «processualistas» [*rectius*: jurisdicionalistas-procedimentalistas] adula os tribunais superiores (mal apelidados de «cortes de vértice»), defende-lhes a hegemonia institucional e receita a patuscada dos «precedentes obrigatórios».

Em tempos de ativismo judicial e de instrumentalismo processual, esses juristas têm ensinado o juiz a capturar para si o processo como se fosse seu instrumento de poder, a usurpar as atribuições dos outros poderes constituídos e, portanto, a atuar indevidamente como legislador e como administrador público, quando não, como justiceiro. Por isso, é preciso que a constitucionalística do restante do século XXI - em nome dos ditames da República e da Democracia - devolva o Poder Judiciário ao seu chão de origem. Mais: é inadiável que se edifique, em lugar de uma teoria constitucional estatista pró-jurisdição, uma “teoria constitucional cidadã pró-jurisdicionada”. Para tanto, a estrutura e a função do Poder

Judiciário devem radicar-se na cidadania e, conseqüentemente, na noção «santa e firme» de Soberania Popular. Uma ciência constitucional do Poder Judiciário deve pensar o poder jurisdicional como emanado do povo, devotado para o povo e exercido pelo povo. Eis por que as questões fundamentais primeiras de uma ciência constitucional com essa nova feição devem gravitar ao redor das seguintes perguntas: i) O Poder Judiciário tem representatividade popular?; ii) Qual o fundamento positivo-constitucional dessa representatividade?; iii) Em que medida a representatividade popular de juízes e tribunais difere da representatividade popular de parlamentares e governantes?; iv) Qual a estrutura e o conteúdo de uma relação jurídica de representação desse tipo? v) «Representatividade popular» e «legitimidade democrática» são expressões sinônimas ou equivalentes?; vi) Como o Poder Judiciário se torna democraticamente legítimo?; vii) Essa democraticidade a jusante é capaz de contrabalançar a aristocraticidade a montante do Poder

Judiciário? viii) Afinal, o que é democracia?

## II

A republicanização da vida política - por influência contundente do pensamento de JEAN-JACQUES ROUSSEAU (*Contrat social*, 1762) - passou a divisar no povo *a fonte emanante, a razão de ser e o desempenho do poder* (obs.: emanar = *e/ex + manare* = «de, desde, a partir de um interior para um exterior» + «brotar, fluir» = fluir de dentro para fora). O poder é emanado do povo, devotado para o povo e exercido pelo povo. Fórmula triádica equivalente consta do artigo 2º da *Constitution de la République française du 4 octobre 1958*: «*gouvernement du peuple, par le peuple et pour le peuple*» (<<http://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/constitution.n.asp>>). A propósito, a fórmula reproduz o famoso trecho do *Discurso de Gettysburg*, proferido pelo Presidente dos Estados Unidos ABRAHAM LINCOLN durante a Guerra Civil Americana, em 19 de novembro de 1863, no Cemitério Nacional dos Soldados em

Gettysburg, no Estado da Pensilvânia: «[...] *that these dead shall not have died in vain - that this nation, under God, shall have a new birth of freedom - and that government of the people, by the people, for the people, shall not perish from the earth*» (<<https://www.britannica.com/event/Gettysburg-Address>>) (d. n.). Trata-se do princípio da soberania popular, que conferiu legitimidade democrática ao Estado contemporâneo, fazendo do povo o ponto arquimediano que determina «a» condição quase-transcendente de realidade do próprio Estado. Nesse sentido, o povo assume no constitucionalismo atual um papel similar ao de Deus no Gnosticismo e ao d'«O Uno» [τὸ Ἕν] no Emanacionismo de PLOTINO. Entretanto, posto que invariavelmente o poder seja emanado do povo e devotado a ele, limitações incontornáveis de praticabilidade e de organização impedem que o próprio povo exercite o poder de maneira direta, constante e estável. O povo é - como diz o publicista alemão JOSEF ISENSEE - uma «deidade muda» [*stumme Gottheit*] (*Das Volk als*

*Grund der Verfassung: Mythos und Relevanz der Lehre von der verfassunggebenden Gewalt*. Opladen: Westd. Verl., 1995, p. 71). Eis por que são necessários representantes, isto é, um grupo reduzido de pessoas que faça as vezes do povo, que fale por ele, agindo reunidamente em seu nome e exclusivamente pelo seu interesse. Sob a égide do princípio da soberania do príncipe, os poderes administrativo, jurislativo e jurisdicional emanavam igualmente do príncipe e cada um deles era exercido por delegados; ou seja, administradores, legisladores e juízes eram subordinados hierárquicos ao príncipe e por ele autorizados a - respectivamente - administrar, legislar e judicar; não raro esses poderes eram avocados pelo monarca. Por sua vez, sob a égide do princípio da soberania do povo, os poderes administrativo, jurislativo e jurisdicional emanam igualmente do povo e cada um deles se exerce por representantes, salvo quando o próprio povo pode e consegue exercê-los *sponte propria* nas situações previstas na Constituição; ou seja,

administradores, legisladores e juízes são escolhidos a - respectivamente - administrar, legislar e judicar em nome e no interesse do povo. Uma enunciação clara e acurada do princípio da soberania popular poderia ser esta: «Todo poder é emanado do povo, devotado para o povo e exercido pelo povo diretamente [= democracia direta ou participativa], nos termos da Constituição, ou mediante representantes [= democracia indireta ou representativa]». Algo semelhante é pronunciado pela *Constitución Política de Colombia* de 1991 («Artículo 3. *La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece*») (<<http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>>). De forma bastante parecida se pronuncia a *Constitución de la República Dominicana* de 2015: «Artículo 2.- *Soberanía popular. La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, de quien emanan todos los poderes,*

*los cuales ejerce por medio de sus representantes o en forma directa, en los términos que establecen esta Constitución y las leyes*» (<<https://www.one.gob.do/Multimedia/Download?ObjId=7082>>).

### III

No Brasil, ao princípio da soberania popular é reservado o parágrafo único do artigo 1º da CF/1988: «Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou, diretamente, pelo povo, nos termos desta Constituição». O dispositivo está em conjugação funcional com o artigo 14 da CF/1988: «A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante: I - plebiscito; II - referendo; III - iniciativa popular». Como se vê, a enunciação brasileira da soberania popular é a) incompleta e b) restritiva. (a) Incompleta porque versa o povo como fonte emanante e exercente do poder, mas não como beneficiário exclusivo desse exercício, diferentemente do que faz, v. g., a *Constitución Política*

*de los Estados Unidos Mexicanos* no seu artigo 39 («*La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste*») (d.n.) (<<https://www.juridicas.unam.mx/legislacion/ordenamiento/constitucion-politica-de-los-estados-unidos-mexicanos>>); ora, de nada adiantaria ao povo ser a fonte e o exercente do poder se o poder não servisse ao próprio povo, se não que ao Estado ou a uma liderança carismática. (b) Restritiva, pois reduz os representantes do povo aos «representantes eleitos», escolhidos pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto; ou seja, limita-se a tratar dos representantes legislativos [= parlamentares] e executivos [= governantes], olvidando-se dos Representantes Judiciários [= juízes e tribunais], que, embora não eleitos, também exercem poder emanado do povo. A soberania popular não se cinge às emanações jurislativa e administrativa. A emanação é trina ou trinitária. Do povo igualmente emana jurisdicionalidade. Dentre as múltiplas atribuições do Estado

[realidade secundária ou derivada], nada há que não se determine pela unidade indivisível do povo [realidade primária ou originária], ou que o povo não contenha como *primum principium*. Findo o Estado, ao povo tudo retorna em procissão (inclusive - a propósito - a ação de direito material, cuja realização substitutiva pelo Estado-juiz, entrevista por PONTES DE MIRANDA, a doutrina brasileira nega toscamente). Com base nessa premissa, VEZIO CRISAFULLI sustentava que o Estado como um todo («*lo Stato-soggetto*») era «*rappresentante del popolo*» (v., p. ex., SILVESTRI, Gaetano. *Sovranità popolare e magistratura*. <<http://www.costituzionalismo.it/pdf/?pdfId=107>>). Daí o acerto da *Constitución de la República del Ecuador*: «Art. 167.- *La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la Función Judicial y por los demás órganos y funciones establecidos en la Constitución*» (<<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2008/6716.pdf>>). Vale menção, outrossim, o artigo 178

(I) da *Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia*: «La potestad de impartir justicia emana del pueblo boliviano y se sustenta en los principios de independencia, imparcialidad, seguridad jurídica, publicidad, probidad, celeridad, gratuidad, pluralismo jurídico, interculturalidad, equidad, servicio a la sociedad, participación ciudadana, armonía social y respeto a los derechos»

([https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion\\_Bolivia.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf)) (d. n.). Nesse sentido, mais bem sucedida é a enunciação do princípio da soberania popular [*Volkssouveränitätprinzip*] constante do artigo 20 (2) da Lei Fundamental da República Federal Alemã: «*Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus. Sie wird vom Volke in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt.*»

(<https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>) (tradução: «Todo poder também por meio de órgãos especiais dos poderes legislativo, executivo e judiciário»). Nessa mesma linha a *Constitución*

*Política de la República del Panamá*: «Artículo 2- El Poder Público sólo emana del pueblo. Lo ejerce el Estado conforme esta Constitución lo establece, por medio de los Órganos Legislativo, Ejecutivo y Judicial, los cuales actúan limitada y separadamente, pero en armónica colaboración.»)

([https://www.oas.org/juridico/spanish/pan\\_res2.doc](https://www.oas.org/juridico/spanish/pan_res2.doc)). Da mesma forma o artigo 6º (1) da *Constitution of Ireland [Bunreacht na Héireann]*: «*All powers of government, legislative, executive and judicial, derive, under God, from the people, whose right it is to designate the rulers of the State and, in final appeal, to decide all questions of national policy, according to the requirements of the common good*» ([https://www.taoiseach.gov.ie/eng/Historical\\_Information/The\\_Constitution/Constitution\\_of\\_Ireland\\_Aug\\_2012\\_.pdf](https://www.taoiseach.gov.ie/eng/Historical_Information/The_Constitution/Constitution_of_Ireland_Aug_2012_.pdf)).

#### IV

A CF/1988 fala de a) vereadores, deputados estaduais, deputados federais e senadores como representantes *legislativos* do povo,

de b) prefeitos, governadores de Estado e presidente da República como representantes *executivos* do povo, e de c) juízes e tribunais como representantes *judiciários* do povo (logo, magistrados não são propriamente «servidores públicos», mas Agentes Políticos, que ocupam cargos em *órgãos de soberania popular*). Aliás, tão apenas juízes e tribunais. Nada se diz sobre o árbitro. Não é ele emanção jurisdicional do povo. O poder jurisdicional é emanado do povo, devotado para o povo e exercido pelo povo diretamente, nos termos da Constituição, ou mediante 1) juízes e 2) tribunais. Não há um *tertium*. No texto constitucional brasileiro, nada há que se assemelhe, *e. g.*, ao artigo 209º (2) da Constituição da República Portuguesa («Podem existir tribunais marítimos, *tribunais arbitrais* e julgados de paz») (d. n.) e ao artigo 190 da *Constitución de la República del Ecuador* («*Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las*

*que por su naturaleza se pueda transigir*»). Enfim, no Brasil, infelizmente, nenhuma erosão ainda foi infligida à estatalidade da jurisdição. Por isso, é inconstitucional a interpretação da arbitragem como jurisdição. Nada impede que se lhe admita residualmente uma natureza contratual. Nesse caso, a sentença arbitral será um título executivo judicial *ex vi legis*, não *ex vi suaessentiae* [CPC, art. 515, VII]. Situação diversa é a do tribunal do júri, cuja jurisdicionalidade é reconhecida no inciso XXXVIII do artigo 5º da CF/1988. É importante registrar que o corpo de jurados forma um colegiado leigo de *representantes jurisdicionais não-judiciais do povo*, de «agentes jurisdicionantes» que não são juízes de carreira; assim sendo, estão mais próximos do povo que dos juízes e tribunais, mais próximos da fonte emanante que do resultado emanado, mais próximos do uno que do múltiplo. Daí a soberania de seus veredictos [CF/1988, art. 5º, XXXVIII, c], corolário da soberania do povo, de cujo seio os jurados são pinçados *per saltum*.

Como já dito, a representatividade popular de juízes e tribunais não é eletiva ou imediata. O sistema brasileiro de recrutamento judicial é um misto de seleção técnica e nomeação política [CF/1988, art. 93, I; art. 94, *caput* e parágrafo único; art. 98, II; art. 101, *caput* e parágrafo único; art. 104, parágrafo único, incisos I e II]. Por outro lado, a Constituição do Estado da Geórgia, nos EUA, prevê sistema eleitoral de recrutamento judicial (Artigo VI, Seção VII, Parágrafo I: «*All superior court and state court judges shall be elected on a nonpartisan basis for a term of four years. All Justices of the Supreme Court and the Judges of the Court of Appeals shall be elected on a nonpartisan basis for a term of six years. The terms of all judges thus elected shall begin the next January 1 after their election. All other judges shall continue to be selected in the manner and for the term they were selected on June 30, 1983, until otherwise provided by local law.*» (<[http://sos.ga.gov/admin/files/Constitution\\_2013\\_Final\\_Printed.pdf](http://sos.ga.gov/admin/files/Constitution_2013_Final_Printed.pdf)>). De todo modo, a representação popular não-eletiva ou mediata é

autêntica representação. Não sem motivo, diversas constituições prescrevem que juízes e tribunais (os representantes) devem administrar a justiça *em nome do povo* (o representado). Assim estabelece o artigo 202º (1) da Constituição da República Portuguesa («Os tribunais são os órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo» (<<http://www.parlamento.pt/Legislacao/paginas/constituicaorepublikaportuguesa.aspx>>). Também o faz o artigo 20 da *Constitution Libanaise*: «*Les arrêts et jugements de tous les tribunaux sont rendus et exécutés au nom du Peuple libanais*» (<<http://www.cc.gov.lb/sites/default/files/La%20Constitution%20Libanaise.pdf>>). Do mesmo modo o artigo 26 (3) da Constituição da Grécia de 1975 («*Σύνταγμα της Ελλάδας*»): «*Η δικαστική λειτουργία ασκείται από τα δικαστήρια· οι αποφάσεις τους εκτελούνται στο όνομα του Ελληνικού Λαού*» (<<https://www.hellenicparliament.gr/Vouli-ton-Ellinon/To-Politevma/Syntagma/article-26/>>) (tradução: «Os poderes judiciários

devem ser exercidos por tribunais de justiça, as decisões devem ser executadas em nome do povo grego»).

## V

A representatividade popular da magistratura é corroborada, ademais, por diversas leis infraconstitucionais de países estrangeiros: i) artigo 132 do *Codice di Procedura Civile* italiano: «*La sentenza, è pronunciata in nome del popolo italiano e reca l'intestazione: Repubblica Italiana*» (<<https://www.google.com.br/amp/s/exscripta.it/amp/codici/codice-procedura-civile/articolo-132>>); ii) artigo 125 (2) do *Codice di Procedura Penale* italiano: «*La sentenza è pronunciata in nome del popolo italiano*» (<<https://www.brocardi.it/codice-di-procedura-penale/libro-secondo/titolo-ii/art125.html>>); iii) artigo 88 (1) do *Codice del processo amministrativo* italiano: «*La sentenza, è pronunciata in nome del popolo italiano e reca l'intestazione: Repubblica Italiana*» (<[\[a/area\\\_amministrativa/2010/settembre/News\\\_2010\\\_1/Dlgs\\\_104\\\_2010\\\_Codice\\\_Amministrativo.pdf\]\(https://www.brocardi.it/codice-del-processo-tributario/titolo-ii/capo-i/sezione-iv/art36.html\)>\); iv\) artigo 36 \(1\) do \*Codice del processo tributario\* italiano: «\*La sentenza è pronunciata in nome del popolo italiano ed è intestata alla Repubblica italiana\*» \(<<https://www.brocardi.it/codice-del-processo-tributario/titolo-ii/capo-i/sezione-iv/art36.html>>\); v\) artigo 454 do \*Code de Procédure Civile\* francês: «\*Le jugement est rendu au nom du peuple français\*» \(<<https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?cidTexte=LEGITEX000006070716&idArticle=LEGIARTI000006410700>>\); vi\) § 25 \(4\) da Lei do Tribunal Constitucional Federal alemão \(\*Bundesverfassungsgerichtsgesetz - BVerfGG\*\): «\*Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts ergehen "im Namen des Volkes"\*» \(tradução: «As decisões do Tribunal Constitucional Federal são proferidas "em nome do povo"»\) \(<\[https://www.gesetze-im-internet.de/bverfogg/\\\_\\\_\\\_25.html\]\(https://www.gesetze-im-internet.de/bverfogg/\_\_\_25.html\)>\); vii\) § 268 \(1\) do Código processual penal alemão \(\*Strafprozeßordnung - StPO\*\):](http://ww2.gazzettaamministrativa.it/opencms/export/sites/default/_gazzetta_amministrativa/gazzetta_inform</a></p></div><div data-bbox=)

«Das Urteil ergeht im Namen des Volkes» (tradução: «O julgamento é proferido em nome do povo») (<[https://www.gesetze-im-internet.de/stpo/\\_\\_268.html](https://www.gesetze-im-internet.de/stpo/__268.html)>); viii) § 311 (1) do Código processual civil alemão (*Zivilprozeßordnung - ZPO*): «Das Urteil ergeht im Namen des Volkes» (tradução: «O julgamento é proferido em nome do povo») (<[https://www.gesetze-im-internet.de/zpo/\\_\\_311.html](https://www.gesetze-im-internet.de/zpo/__311.html)>); ix) § 117 (1) do Código de jurisdição administrativa alemão (*Verwaltungsgerichtsordnung - VwGO*): «Das Urteil ergeht im Namen des Volkes» (tradução: «O julgamento é proferido em nome do povo») (<[https://www.gesetze-im-internet.de/vwgo/\\_\\_117.html](https://www.gesetze-im-internet.de/vwgo/__117.html)>); x) § 117 (1) do Código de jurisdição fiscal alemão (*Finanzgerichtsordnung - FGO*): «Das Urteil ergeht im Namen des Volkes» (tradução: «O julgamento é proferido em nome do povo») (<[https://www.gesetze-im-internet.de/fgo/\\_\\_105.html](https://www.gesetze-im-internet.de/fgo/__105.html)>); xi) § 132 (1) da Lei de jurisdição social alemã (*Sozialgerichtsgesetz - SGG*): «Das Urteil ergeht im Namen des Volkes» (tradução: «O julgamento é

proferido em nome do povo») (<[https://www.gesetze-im-internet.de/ssg/\\_\\_132.html](https://www.gesetze-im-internet.de/ssg/__132.html)>); xii) artigo 1º da Lei Portuguesa de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais (Lei nº 3/99, de 13 de janeiro): «Os tribunais judiciais são órgãos de soberania com competência para administrar a justiça em nome do povo» (<[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=1&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1&tabela=leis)>). Não se trata de sub-, proto-, quase- ou pseudo-representação. Tampouco de representação «de baixo grau», «de segunda mão» ou de «ordem inferior». Na representação eletiva, a soberania do povo é situação jurídica originária; a representatividade popular dos agentes políticos (no caso, parlamentares e governantes), situação jurídica derivada: o exercício da soberania pelo povo, mediante voto direto e secreto [*prius*], faz nascer a representatividade popular do agente político [*posterius*]. Já na representação não-eletiva, a soberania do povo e a representatividade popular do agente

político (no caso, juízes e tribunais) são situações jurídicas simultâneas, cooriginárias e independentes entre si, que decorrem diretamente da Constituição. Elas têm, enfim, origem *uno actu*. Se se admitisse a inautenticidade da representação não-eletiva, ter-se-ia de dizer que: A) a jurisdição não é propriamente um poder, mas um «setor», uma «repartição»; logo, somente haveria dois poderes: «*juris-latio*» [= criação do direito] e «*juris-executio*» [= aplicação do direito] (o que atenta contra a CF/1988, que adotou um sistema de divisão de poderes tripartite, não bipartite) [= interpretação restritiva do âmbito de incidência]; ou B) a jurisdição é um poder que não emana do povo (o que atenta contra o artigo 1º, parágrafo único, da CF/1988: onde se lê «todo poder emana do povo», ter-se-ia de ler «*nem* todo poder emana do povo» ou «todo poder emana do povo, *exceto o poder jurisdicional*») [= interpretação restritiva do programa normativo]. Logo, a leitura correta do artigo 1º, parágrafo único, da CF/1988, é a seguinte: C) «todo poder emana do povo, que o exerce por meio de

representantes eleitos e não eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição» [= interpretação ampliativa].

## VI

Portanto, para se abarcar o ofício dos juízes e tribunais no conceito de democracia, é preciso redefini-la em termos mais realistas. Não é possível mais a definição tradicional de democracia como o sistema das normas gerais e abstratas, que são criadas pelo povo ou por representantes por ele eleitos. Na verdade, ela é «apenas» um sistema de poder - não circunscrito ao âmbito legislativo - exercido *em nome do povo*. Extraordinariamente, o poder é exercido de maneira direta pelo próprio povo; ordinariamente, o poder é exercido de maneira indireta por meio de representantes, dos quais só alguns são eleitos (cf. TROPER, Michel. *Le Pouvoir Judiciaire et la Démocratie*. <[https://ejls.eui.eu/wp-content/uploads/sites/32/pdfs/Autumn\\_Winter2007/Le\\_Pouvoir\\_Judiciaire\\_et\\_la\\_Démocratie\\_%20Michel\\_Troper\\_.pdf](https://ejls.eui.eu/wp-content/uploads/sites/32/pdfs/Autumn_Winter2007/Le_Pouvoir_Judiciaire_et_la_Démocratie_%20Michel_Troper_.pdf)>: «[...] *a démocratie* [...] *n'est plus ni un système d'autonomie,*

*ni le pouvoir exercé par le peuple à travers des représentants élus, mais seulement un pouvoir exercé au nom du peuple par des représentants dont certains seulement sont élus*). A democracia juridicamente positivada nada mais é do que isso. Em outros termos: a democracia é uma categoria jurídico-positiva definida pela Constituição, não uma fórmula política supranacional. Gostem ou não alguns juristas criativos de soluções mirabolantes, que têm no democratismo igualitário radical um superprincípio suprapositivo capaz de desautorizar o próprio texto constitucional, como se a democracia não fosse *da* Constituição, mas *apesar dela*. Ora, a um só tempo, o sistema brasileiro de direito constitucional positivo vigente introduz o princípio democrático e atenua-o a circunstâncias particulares do País (o que demonstra, dentre outras coisas, que o controle de constitucionalidade é menos um instrumento da democracia que um limite a ela). Nesse sentido, a democracia - tal como plasmada nas constituições em geral e na constituição brasileira em particular - não é «o» ideal político-

abstrato da democracia teórica. Afinal, o subsistema constitucional jurisdicional contém um *quid* ineliminável (quase um «mal necessário») de Aristocraticidade. Não obstante, esse *quid* impede a degradação do Judiciário por um «despotismo eleitoreiro». Evita que juízes e tribunais se desvistam da imparcialidade e da independência e, em lugar de aplicarem corretamente o direito positivo, se curvem à pressão e à opinião imponderada de seus eleitores. Nesse sentido, juízes e tribunais são representantes populares não eleitos, escolhidos não pela vontade popular, mas por aprovação em concurso ou nomeação política. Isso faz do sistema constitucional como um todo, se não propriamente um sistema misto, ao menos em sua gênese um «sistema democrático não-puro» ou um «sistema democrático com algum resquício aristocrático». Assim, o Poder Judiciário padece do «pecado original da aristocraticidade crônica». Uma vez instituído pela CF/1988, ele já nasce sob e em privação primordial de democraticidade. Daí a necessidade

de uma «compensação», que se faz exigindo-se de juízes e tribunais - seja no julgar, seja no proceder - uma Fidelidade “Canina” a Constituição e às Leis. Para que o País se constitua num pleno Estado Democrático de Direito (CF/1988, art. 1º, *caput*), é preciso que os seus juízes e tribunais adotem uma ortodoxia constitucional e legal antidiscricionária (o que já seria bastante, por exemplo, para expulsar do sistema o «julgamento por equidade», que não passa de um resto inconstitucional de detrito medieval). Faltando-lhes democraticidade constitutiva, extraem-na apenas dos textos preexistentes de direito positivo aprovados pelos representantes eleitos democraticamente pelo povo (cf. DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Legitimidade dos atos jurisdicionais no Estado Democrático de Direito. *VirtuaJus*. Belo Horizonte. v. 13. n. 1. 1º sem.-2017, p. 17: «[...] a legitimidade democrática dos atos praticados pelos órgãos competentes ao exercício da função jurisdicional prestada pelo Estado exige assentamento rigoroso nas normas emanadas da vontade

popular, debatidas, votadas e aprovadas pelos representantes das pessoas do povo no parlamento, as quais devem fiscalizá-lo, normas tais que compõem o ordenamento jurídico vigente, após sancionadas pelos governantes eleitos». V., ainda, ATALIBA, Geraldo. *República e Constituição*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 112-114). Noutras palavras: o Poder Judiciário não ganha democraticidade diretamente de seu modo de composição [legitimidade estrutural], mas indiretamente de seu modo de atuação [legitimidade funcional]. Enfim, «compensa» a sua aristocraticidade organizativa com a democraticidade da Constituição e das leis, que aplica à risca. Frise-se: com a democraticidade da *lex populi* emitida pelo Poder Legislativo, não da *vox populi* emitida pelas ruas.

## VII

Segundo FÁBIO KONDER COMPARATO, «o fator que compatibiliza o Poder Judiciário com o espírito da democracia (no sentido que Montesquieu conferiu ao vocábulo) é um atributo eminente, o

único capaz de suprir a ausência do sufrágio eleitoral: é aquele prestígio público, fundado no amplo respeito moral, que na civilização romana denominava-se *auctoritas*: é a legitimidade pelo respeito e a confiança que os juízes inspiram no povo» (O Poder Judiciário no regime democrático. *Estudos Avançados*. 18 (51). 2004, p. 151). Todavia, essa posição esbarra em grave problema: embora desejável a *auctoritas* judicial, não há nexo necessário entre «respeito moral» e «democracia», o que faz com que o déficit estrutural de democraticidade do Judiciário [composição não-eletiva] não seja simetricamente «compensado» com um suplemento funcional de democraticidade [adstrição à Constituição e às leis], mas com uma performance ético-ocupacional [«prestígio público»], a qual - não se podendo objetivar - não pode ser seguida *ab intra* pelos juízes, nem controlada *ab extra* pelos jurisdicionados. Alguns dizem, conquanto não escrevam, que o concurso público de provas e títulos (CF, art. 93, I) confere por si só legitimidade democrática aos juízes.

Sem razão, porém. Quem diz isso não sabe o que significa «legitimidade» nem «democracia». Atendem mais ao *princípio republicano* que ao princípio democrático, tanto a escolha dos agentes públicos em geral, mediante seleção por critérios objetivos de mérito, quanto à escolha dos juízes em particular, mediante concurso público de provas e títulos. Da mesma forma, o elo entre os concursos públicos e as eleições populares é menos o princípio democrático e mais o *princípio republicano*. Na verdade, a expressão imediata do princípio democrático são as eleições populares, não o concurso público. A seiva democrática provém do voto secreto, imotivado e incontrolável feito pelo povo, não da seleção pública, motivada e controlável feita pela banca examinadora. Logo, não se pode divisar força democratizante equivalente entre uma coisa e outra. Ainda que assim não fosse, a suposta força democratizante do concurso de provas e títulos somente imantaria os juízes concursados, não aos nomeados. Por isso, não sem razão, diversas constituições nacionais,

proclamando a representatividade popular de seus juízes e tribunais, submete-os ao império exclusivo da Constituição e da lei, exortando-os a uma autolegitimação democrática e, por via reflexa, resguardando-lhes a indispensável independência funcional: i) *Costituzione della Repubblica Italiana*, art. 101: «*La giustizia è amministrata in nome del popolo. I giudici sono soggetti soltanto alla legge*» (<<https://www.senato.it/documenti/repository/istituzione/costituzione.pdf>>); ii) *Constitució del Principat d'Andorra*, artigo 85 (1): «*En nom del poble andorrà la justícia és administrada exclusivament per jutges independents, inamovibles i, en l'àmbit de les seves funcions jurisdiccionals, sotmesos només a la Constitució i a la llei*» (<<http://www.consellgeneral.ad/fitxers/documents/constitucio/const-cat>>); iii) *Constitución Española*, art. 117 (1): «*La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente*

*al imperio de la ley*» (<<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1978-31229>>); iv) *Constitución Política del Peru* de 1993, artigo 138: «*La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes*» (<[https://www.oas.org/juridico/spanish/per\\_res17.pdf](https://www.oas.org/juridico/spanish/per_res17.pdf)>); v) *Constitución Política de la República de Honduras* de 1982: «*La potestad de impartir justicia emana del pueblo y se imparte gratuitamente en nombre del Estado, por magistrados y jueces independientes, únicamente sometidos a la Constitución y las leyes. El Poder Judicial se integra por una Corte Suprema de Justicia, por las Cortes de Apelaciones, los Juzgados, y demás dependencias que señale la Ley*» (<[https://www.oas.org/dil/esp/constitucion\\_de\\_honduras.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_de_honduras.pdf)>). Por sua vez, a Constituição da República de Angola divide a fórmula em dois dispositivos: no artigo 174º (I) prescreve que «os tribunais são o órgão de soberania com competência

de administrar a justiça em nome do povo»; no artigo 175, que, «no exercício da função jurisdicional, os Tribunais são independentes e imparciais, estando apenas sujeitos à Constituição e à lei» (<https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/pt/ao/ao001pt.pdf>). Aliás, esse é o substrato material do juramento de posse dos juízes no Brasil, que prometem «cumprir e fazer cumprir a Constituição e as leis do País». Na verdade, melhor seria se promettessem «cumprir e fazer cumprir, Em Nome Do Povo, a Constituição e as leis do País». De qualquer modo, a realização de valores como moralidade, religiosidade, justiça equitativa, justiça distributiva, justiça social, eficiência econômica e conveniência política não se incluem nesse juramento. Nem poderiam...

### VIII

Como se viu, 1) o povo é tornado soberano, 2) os juízes são tornados representantes do povo sem eleição e 3) esse aristocratismo judiciário congênito é contrabalançado pela submissão

tecnoburocrática dos juízes à Constituição e às leis. Nota-se, assim, que: a) sob o ponto de vista estrutural, representatividade popular e legitimidade democrática não são qualidades equivalentes; b) sob o ponto de vista funcional, são qualidades complementares. Para os poderes legislativo e executivo, a legitimidade democrática é *prius*; a representatividade popular, *posterius*: tendo sido eleitos, ou seja, tendo sido legitimados *ex ante* pelo voto popular, parlamentares e governantes tornam-se, por conseguinte, representantes do povo [= legitimidade democrática constatativa ou consecutiva]. Em contrapartida, para o poder judiciário, a representatividade popular é *prius*; a legitimidade democrática, *posterius*: tendo sido investidos na condição de representantes do povo, juízes legitimam-se *ex post* aplicando à risca a Constituição e as leis nas suas atividades de julgar e proceder [= legitimidade democrática performativa ou eventual]. No caso do poder judiciário, existe um *iter* de legitimação que vai da representatividade popular à legitimidade democrática; já no caso

dos poderes legislativo e executivo, não existe um *iter* que vá da legitimidade democrática à representatividade popular (obs.: a legitimidade é o resultado de uma legitimação bem-sucedida, i.e., o estado que ocorre após o *iter* haver sido concluído - cf., p. ex., JOSEF ISENSEE, Ob. cit., p. 75: «*Legitimität ist das Resultat einer (erfolgreichen) Legitimation, der Zustand, der eintritt, nachdem der Prozess vollendet worden ist*»). Daí se vê que, no Estado Democrático de Direito: i) sob o ponto de vista estático, os poderes judiciário e não-judiciário tendem ao mesmo grau de democraticidade; ii) sob o ponto de vista dinâmico, eles percorrem trajetórias de democratização distintos entre si. Por isso, quando juízes preterem o direito à política, moral, religião, economia ou ciência, eles se degradam em Déspotas Esclarecidos. Tornam-se *ditadores iluminados*, não mais a serviço da democracia e, portanto, da vontade *omni*-lateral do povo, mas a serviço de «verdades» *uni*-laterais, alcançadas por eles próprios mediante o exercício de poderes salvíficos. Infligem ao Poder

Judiciário um adensamento de aristocraticidade, deficitando a democracia. Pior: desnaturam-se de uma classe técnico-burocrática em uma casta político-messiânica. Isso faz com que o «direito constitucional vivo» se torne um sistema misto, *mezzo*-democrático e *mezzo*-aristocrático. E, assim, a soberania popular se enfraquece, cedendo inconstitucionalmente o passo a uma «soberania de presunçosos togados».