

IX ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA II

JOSÉ ROBERTO ANSELMO

EDINILSON DONISETTE MACHADO

CAIO HENRIQUE LOPES RAMIRO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Educação Jurídica

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - PR

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - SP

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - MS

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Comissão Especial

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UFRJ - RJ

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - PB

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - MG

Prof. Dr. Rogério Borba - UNIFACVEST - SC

C755

Constituição, teoria constitucional e democracia II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: José Roberto Anselmo; Edinilson Donisete Machado; Caio Henrique Lopes Ramiro – Florianópolis: CONPEDI, 2026.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5274-624-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constituição, Processo e Justiça Social: o papel da jurisdição constitucional na efetivação de direitos

2. Constituição. 3. Teoria constitucional. IX Encontro Virtual do CONPEDI (2: 2026: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

IX ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA II

Apresentação

A presente obra coletiva reúne os trabalhos apresentados no Grupo de Trabalho “Constituição, Teoria Constitucional e Democracia II”, realizado no âmbito do IX Encontro Virtual do CONPEDI, espaço acadêmico destinado ao debate qualificado, plural e crítico sobre os desafios contemporâneos do constitucionalismo, da teoria constitucional e da democracia.

A realização do encontro em formato virtual reafirma a capacidade do CONPEDI de promover a circulação nacional do conhecimento jurídico, aproximando pesquisadores de diferentes regiões do país e ampliando o acesso ao debate científico. Ainda que mediado por ferramentas digitais, o ambiente virtual preserva a densidade acadêmica, a cooperação institucional e o compromisso com a construção coletiva de reflexões voltadas ao aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito.

Os artigos que compõem esta coletânea revelam a diversidade e a atualidade dos temas enfrentados pela teoria constitucional contemporânea. As pesquisas percorrem questões centrais como a teoria discursiva do Direito, a força normativa e irradiadora da Constituição, a participação cidadã na tutela dos direitos fundamentais, o poder constituinte, o constitucionalismo digital, a soberania em contexto pós-moderno, o papel do Supremo Tribunal Federal, a legitimidade democrática das decisões estruturais, a cidadania, a accountability judicial e as tensões entre jurisdição constitucional e democracia.

Um primeiro eixo de reflexão concentra-se nos fundamentos teóricos da Constituição e da democracia. Os trabalhos dedicados à teoria discursiva de Habermas, à força irradiante da Constituição sobre os demais ramos do Direito e à teoria do poder constituinte demonstram a permanência de problemas estruturais da teoria constitucional, especialmente quanto à legitimação do poder, à centralidade dos direitos fundamentais e à relação entre Constituição, deliberação pública e democracia.

Outro núcleo relevante da obra volta-se à participação política, à cidadania e aos limites da democracia representativa. As pesquisas sobre a participação do cidadão na construção e tutela dos direitos fundamentais, os graus de cidadania na Constituição de 1891 e a

democracia brasileira como limitada poliarquia evidenciam que a democracia não pode ser compreendida apenas como procedimento eleitoral, mas como processo permanente de inclusão, participação, controle social e efetivação de direitos.

A coletânea também enfrenta, com especial densidade crítica, o papel das instituições judiciais no Estado Democrático de Direito. Os estudos sobre a rejeição de indicado ao Supremo Tribunal Federal, as propostas de emenda constitucional relacionadas ao papel do STF, as decisões estruturais, o experimentalismo constitucional, o regimento interno da Suprema Corte, a atuação do Conselho Nacional de Justiça e a crise de confiança no Poder Judiciário revelam a centralidade do debate sobre legitimidade democrática, separação de poderes, autocontenção, accountability e governança constitucional.

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal aparece como instituição decisiva para a compreensão das disputas constitucionais brasileiras contemporâneas. A análise de casos relevantes, de arranjos jurídico-institucionais, de reações legislativas e de possíveis mutações constitucionais demonstra que a jurisdição constitucional se encontra permanentemente tensionada entre o dever de proteção dos direitos fundamentais e a necessidade de preservação da legitimidade democrática de suas decisões.

Outro eixo de grande atualidade diz respeito ao constitucionalismo digital e aos novos desafios impostos pelas tecnologias às garantias fundamentais. A pesquisa sobre dever de cuidado e restrições de segurança em plataformas digitais, a partir da experiência da plataforma Roblox, evidencia que a transformação tecnológica exige novas categorias de proteção constitucional, especialmente em ambientes digitais frequentados por crianças, adolescentes e outros grupos vulneráveis. A digitalização das relações sociais impõe ao Direito Constitucional o dever de repensar responsabilidade, proteção, liberdade, segurança e regulação democrática dos espaços virtuais.

A obra ainda contempla importantes reflexões sobre soberania, preferências coletivas e reconfigurações pós-modernas do poder político. Em um cenário marcado por fragmentação institucional, pluralização de atores sociais e deslocamento de centros decisórios, a soberania deixa de ser examinada apenas como autoridade estatal vertical e passa a ser problematizada em suas dimensões democráticas, sociais e comunicativas.

Também se destaca a análise do efeito backlash e da reação legislativa em matéria constitucional, especialmente a partir do caso da vaquejada. O tema revela a complexidade

das interações entre decisões judiciais, deliberação parlamentar, valores sociais, proteção de direitos e disputa política, demonstrando que a Constituição é permanentemente interpretada, tensionada e reconstruída no espaço público.

Em conjunto, os trabalhos reunidos nesta obra evidenciam que Constituição, teoria constitucional e democracia formam um campo de investigação indissociável. A pluralidade temática da coletânea não compromete sua unidade; ao contrário, revela que os grandes desafios constitucionais contemporâneos exigem abordagens múltiplas, críticas e interdisciplinares, capazes de compreender as relações entre direitos fundamentais, instituições, cidadania, jurisdição, tecnologia e participação democrática.

Esta publicação representa, portanto, contribuição relevante para o fortalecimento da pesquisa jurídica brasileira. Ao reunir estudos apresentados no IX Encontro Virtual do CONPEDI, a obra reafirma o compromisso dos Programas de Pós-Graduação em Direito com a produção científica qualificada, com o debate democrático e com a construção de respostas jurídicas adequadas aos dilemas do constitucionalismo contemporâneo.

Ao apresentar esta coletânea, registra-se o reconhecimento aos autores e autoras pelos estudos desenvolvidos e pela qualidade das reflexões submetidas ao debate acadêmico. Espera-se que a obra contribua para o aprofundamento das discussões sobre Constituição, teoria constitucional e democracia, estimulando novas pesquisas e fortalecendo o compromisso comum com a efetividade dos direitos fundamentais e a preservação do Estado Democrático de Direito.

Coordenadores do Grupo de Trabalho Constituição, Teoria Constitucional e Democracia II

José Roberto Anselmo

Centro Universitário de Bauru — Instituição Toledo

Edinilson Donisete Machado

Universidade Estadual do Norte do Paraná — UENP

Caio Henrique Lopes Ramiro

Instituição Toledo de Ensino

**O EXPERIMENTALISMO CONSTITUCIONAL E O PODER JUDICIÁRIO: UMA
ANÁLISE A PARTIR DO PARADIGMA DA DEGENERAÇÃO DO DIREITO**
**CONSTITUTIONAL EXPERIMENTALISM AND THE JUDICIARY: AN ANALYSIS
BASED ON THE PARADIGM OF THE DEGENERATION OF LAW**

Thiago França Sousa
José Guimarães Mendes Neto ¹

Resumo

O presente trabalho dedica-se ao tema “Experimentalismo Constitucional Brasileiro e o Poder Judiciário”, com foco no exame a partir do paradigma da degeneração do Direito. Com a adoção de uma abordagem dedutiva, no decorrer da exposição, no primeiro momento, será demonstrado o conceito do paradigma da degeneração, sua relação com os centros de controle democrático e a visão do Estado Dual, a partir da experiência alemã após a Constituição de 1919 e a ascensão do nazismo. Em seguida, discorre-se sobre a perspectiva da dicotomia entre a discricionariedade e arbitrariedade na prolação de decisões judiciais, considerando o pensamento de Dworkin, Kelsen e Hart. Posteriormente, o artigo cuidará de evidenciar os riscos (ou não) da utilização do experimentalismo constitucional pelo poder judiciário nos conflitos democráticos. Ao final conclui-se que não se evidencia prudente a utilização do experimentalismo constitucional por parte do aplicador do direito, sob a justificativa de cessar “o vácuo imaginativo ocasionado pela apatia democrática”, considerando que o evidente ativismo judicial é fato que pode proporcionar às Cortes Constitucionais passivos e problemas que, institucionalmente, não deveriam carregar.

Palavras-chave: Paradigma da degeneração, Jurisdição constitucional, Democracia constitucional, Discricionariedade e arbitrariedade, Poder judiciário

Abstract/Resumen/Résumé

This paper is dedicated to the theme 'Brazilian Constitutional Experimentalism and the Judiciary', focusing on its examination through the paradigm of the degeneration of law. By adopting a deductive approach, the exposition first demonstrates the concept of the

evident judicial activism may generate burdens and institutional problems for Constitutional Courts that they should not be expected to bear.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Degeneration paradigm, Constitutional jurisdiction, Constitutional democracy, Judicial discretion and arbitrariness, Judiciary

INTRODUÇÃO

O debate acerca do experimentalismo constitucional e de sua aplicação pelo Poder Judiciário brasileiro suscita relevantes questionamentos sobre os limites da atuação jurisdicional em um Estado Democrático de Direito. Em tempos de crescente judicialização da política, compreender como a criatividade judicial pode contribuir, ou até mesmo ameaçar a estabilidade institucional torna-se tarefa indispensável para a teoria constitucional.

A experiência histórica da Constituição de Weimar, frequentemente apontada como marco pioneiro do constitucionalismo social, demonstra que mecanismos jurídicos concebidos para fortalecer a democracia podem, paradoxalmente, ser convertidos em instrumentos de degeneração do Direito quando dissociados de barreiras institucionais sólidas.

Partindo desse pano de fundo, o presente estudo examina o paradigma da degeneração do Direito como lente para compreender os riscos da utilização do experimentalismo constitucional.

A análise percorre, primeiramente, a trajetória degenerativa do direito com a jornada do nazismo na Alemanha, marcada pela manutenção de estruturas autoritárias, herdadas da era imperial, no interior de uma constituição republicana, e evidencia como a ausência de controles efetivos permitiu que a legalidade fosse corrompida por projetos políticos totalitários.

Em seguida, ganha relevo a discussão sobre a tênue fronteira entre discricionariedade e arbitrariedade judicial. A liberdade interpretativa reconhecida a magistrados é elemento necessário para a adaptação do Direito a novas demandas sociais; contudo, quando desprovida de critérios normativos e de fundamentos dogmáticos consistentes, pode se converter em arbitrariedade, comprometendo a segurança jurídica e a separação de poderes.

A proposta de um experimentalismo constitucional, entendido como prática voltada à “aceleração democrática” e à imaginação de futuros institucionais, desafia precisamente esse equilíbrio, ao sugerir que juízes assumam papel ativo em momentos de crise ou apatia política.

Diante disso, este trabalho adota uma abordagem indutiva, através do método sociojurídico crítico não propositivo, com o fito de investigar se a utilização do experimentalismo constitucional pelo Poder Judiciário encontra respaldo no ordenamento brasileiro e se tal prática representa um risco concreto à democracia.

Ao longo da exposição, serão apresentados o conceito e as implicações do paradigma da degeneração do Direito, a relação entre discricionariedade e arbitrariedade interpretativa e, por fim, as possíveis consequências institucionais da aplicação de um experimentalismo não previsto normativamente. Busca-se, assim, oferecer uma reflexão crítica que permita compreender como a preservação da autonomia do Direito é condição indispensável para que a inovação democrática não se converta em mais uma forma de degeneração constitucional.

1 O PARADIGMA DA DEGENERAÇÃO DO DIREITO SOB À LUZ ATUAL DA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

Para fins didáticos, o destaque sobre o paradigma da degeneração prescinde da observância de cinco principais pontos, quais sejam: a) sua conceituação; b) sua relação para com os centros de controle democrático; c) os principais alvos; d) suas ferramentas; e) o argumento do Estado Dual.

Por sua vez, a conceituação revive um legado dúbio histórico advindo da Alemanha no século XX. Dúbio pelo surgimento da República de Weimar, a partir da Constituição de 1919, instruída pela necessidade de modernização do Estado e reestruturação econômica, que conduziu a Alemanha a uma previsão de novos direitos sociais, mas manteve a presença de dispositivos constitucionais que preservaram a supremacia do Executivo perante os demais poderes.

O surgimento da nova ordem constitucional alemã decorreu da derrota na Primeira Guerra Mundial, a qual culminou em sanções econômicas internacionais através do Tratado de Versalhes e colapso social, diante do empobrecimento da população.

Após a queda do Império Alemão, o novo Estado manteve a estrutura jurídica e institucional herdada do regime imperial, incluindo leis, órgãos administrativos, organizações comunitárias e algumas políticas de proteção social aos trabalhadores. Contudo, embora essas garantias permanecessem formalmente existentes, sua efetividade estava comprometida em razão da fragilidade financeira do período, o que dificultava sua aplicação prática (D'avila, 2025).

Nesse cenário, a transição de império para república com a instauração de uma nova ordem jurídica não decorreu de uma revolução movida pelo espírito democrático, mas sim de

uma necessidade de solução imposta por circunstâncias militares e internacionais, sendo um sistema híbrido que preservou elementos autoritários significativos.

De acordo com Friede (2019) a referência histórica estabelecida pela Constituição de Weimar deriva do estabelecimento de diversos direitos sociais com viés democrático, como o direito à liberdade de manifestação do pensamento, liberdade de reunião, liberdade de associação e voto secreto (artigos 118, 123, 124, 125, respectivamente).

Entretanto, apesar do esforço empreendido voltado à modernização da fase republicana, a Constituição de Weimar conferiu ao líder do Poder Executivo o poder de governar através de decretos de emergência sem qualquer consulta ao Legislativo, previstos no art. 48. Além disso, a constituição ainda previa a possibilidade de dissolução do Parlamento e convocação de novas eleições pelo presidente – art. 25. Esses mecanismos constitucionais foram utilizados dentro de um cenário de instabilidade econômica e da fraqueza político-partidária para soluções autoritárias (Maia, 2007).

O crescimento da doutrina nazista e a chegada de Adolf Hitler ao poder não resultaram de um golpe de estado, mas sim de uma medida constitucionalmente instituída. Assim, o que permitiu a instauração de um regime autoritário foram os mecanismos presentes na própria “constituição democrática” estabelecida (Abboud, 2021).

Depois do incêndio no parlamento orquestrado secretamente pelo Partido Nazista, com a justificativa de proteger “o povo e o estado”, o então presidente, von Hindenburg assinou o primeiro decreto emergencial, com fundamento no art. 48 da Constituição de Weimar. Em seguida, aprova-se a “Lei de Habilitação” com a previsão de que as leis do Executivo poderiam ser aprovadas em procedimento adverso ao constitucionalmente previsto. Dessa forma, a tomada de poder por Hitler deu-se dentro da legalidade alemã, “transformando qualquer questão constitucional em uma questão de poder”, de acordo com Maia (2007).

Observa-se, portanto, que a degeneração do direito, na experiência alemã, ocorreu, segundo Abboud, através da “apropriação ideológica e funcional de diversas ferramentas tradicionais do direito” (Abboud, 2021), culminando no uso de mecanismos constitucionalmente instituídos como armas de destruição.

Percebe-se que a instauração do plano político nazista foi bem-sucedida pela própria previsão constitucional de mecanismos de exceção. Assim, a preservação e/ou degeneração

possui relação direta, mas não esgotada, com o respeito, ou não, à positividade, bem como a presença, dentro do texto constitucional, de ferramentas de preservação democrática (Luhman, 1985)¹. Isto pois, o direito decai se transformando em ferramenta para consolidar um(a) ou outro projeto de poder e/ou de ideologia quando a positividade não vem acompanhada de proteção democrática, com defesa das instituições (Abboud, 2021).

Logo, a autonomia do direito é relevante, pois faz com que o Estado de Direito, por necessitar de um Estado onipotente para cumprir seus fins, esteja regido por um Estado Constitucional com a capacidade de processar influências políticas através de códigos especificamente jurídicos (Abboud, 2021).

Ocorre que os nazistas, com respaldo intelectual para tanto, fomentaram cada vez mais a política no direito, para que a degeneração da Constituição de Weimar acontecesse e, assim, uma vez este último sendo contaminado pelo primeiro, o direito se transformasse em um legitimador de arbitrariedades políticas enquanto forma de praticar projetos políticos alheios aos ditames constitucionais (Abboud, 2021). Isto é, verdadeira nazificação do Estado Constitucional.

Mencionar, porém, que na Alemanha nazista não existia direito é negar, propositalmente, que os tribunais e as próprias leis possam servir letais e perigosas armas de instituições democráticas.

Assim, a degeneração pode ser conceituada como um “não direito no direito” (Stolleis, 1998), ou melhor, foi um desvirtuamento do direito alemão por um viés ideológico totalitário e assassino em que conceitos vagos e imprecisos eram utilizados para fomentar a dita ideologia. Portanto, a degeneração do direito é sentida pela apropriação da sua autonomia e de ferramentas próprias por interesse ideológico e funcional (Stolleis, 1998).

Desta forma, o Estado de Direito ou Estado Constitucional advindo da Constituição de Weimar foi degenerado pelos nazistas a partir de ferramentas de destruição, quais sejam as leis

¹ De acordo com Luhman, o sistema jurídico é operacionalmente fechado, mas cognitivamente aberto, processando influências externas através de seus próprios códigos. A autonomia não resulta do isolamento, mas da capacidade de auto-observação e autorreprodução através de operações internas. Portanto, haverá sempre interação entre direito e política, mas a limitação de inserção e manipulação de um pelo outro depende dos próprios mecanismos do sistema jurídico de preservação própria.

e as interpretações decorrentes destas. Para tanto, o respaldo se deu em três momentos: a) teórica/ideológica; b) institucional; e c) instrumentalizante.

O momento da degeneração teórica/ideológica, por sua vez, pode ser melhor e atualmente observado com a teoria contemporânea do neoconstitucionalismo, pois esta teoria repudia o formalismo legal, a positividade, em função de subjetividades (valores) a serem concretizados pelo intérprete, ou seja, repetindo equívocos próprios da degeneração do direito.

Neste ínterim, o neoconstitucionalismo tem servido para duas práticas no nosso sistema jurídico, quais sejam: a) legitimação de ativismos judiciais; b) disseminação de insegurança jurídica pelo extermínio da dogmática. Assim, ao se aplicar subjetividades, invocando valores, sob o argumento disfarçado de estar se utilizando de princípios constitucionais juntamente com conceitos vagos, faz com que a própria dogmática jurídica perca sua importância quando da devida aplicação no direito.

De forma similar, a intelectualidade nazista operou através da submissão das leis presentes na República de Weimar com sua reinterpretação, operando através de uma metodologia antiformalista. Isso demonstra que à época o direito nazista não se deu de forma aleatória e/ou impensada, pelo contrário, existia toda uma estrutura para legitimá-lo, implementá-lo e estruturá-lo, o que, portanto, reforça novamente a importância da defesa do estado constitucional através de mecanismos que sustentem a interação existente com a política sem que essa se sobreponha ao sistema jurídico (Abboud, 2021).

Na ocasião, a interpretação dos textos legais era limitada por diretrizes ideológicas precisas e pela supervisão constante do líder do Poder Executivo (Schmitt, 2008). Assim, a dogmática da época do nazismo foi tomada por conceitos vagos, gerais e que, aos poucos, foram dominando o direito pelos vieses da ideologia nazista, ou seja, substituição de fundamentos técnicos jurídicos por conceitos abstratos. Para tanto, foram atacados o liberalismo, o formalismo e o semitismo.

Nesse contexto, Luhmann, a autonomia jurídica resulta de fechamento operacional e abertura cognitiva. O sistema processa influências externas através de seus próprios códigos e programas. No caso, o direito nazista era funcionalmente diferenciado enquanto sistema comunicativo que operava através do código binário lícito/ilícito, ainda que com programas condicionais específicos.

O que efetivamente constituía a diferenciação da experiência na Alemanha nazista não foi a ausência de diferenciação funcional, mas a colonização dos códigos jurídicos por critérios políticos através de mecanismos constitucionais pervertidos (Luhman, 1985).

Um modelo de antidegeneração no direito é a ideia do paradigma da decisão. O argumento do “Estado Dual”, modelo de Ernst Fraenkel. O argumento da estrutura de raciocínio do estado duplo é assaz.

Quando se analisa a destruição de Weimar e a ascensão do nacional-socialismo, que é a degeneração por excelência, na teoria de Fraenkel é como se o Estado se duplicasse, dividindo-se em: Estado como unidade política e o Estado como aparato técnico (Abboud, 2021).

O Estado como unidade política era o chamado Estado de prerrogativas e o Estado como aparato técnico, que incluía o judiciário, a jurisdição administrativa, era o chamado Estado Normativo. O poder exercia-se por meio do Estado Normativo e estava mantida a estrutura da noção de positividade, procedimentos legais, inúmeras regras colocadas e a decisão operando com ar de normalidade (Abboud, 2021).

O Estado de emergência, que dá origem ao Estado de Prerrogativas (raciocínio da exceção), dá-se pela negação da negação do Estado de Direito, ou seja, para não haver a subjugação do Estado de Direito, instaura-se o regime de exceção. Desta feita, opera-se por três elementos cumulativos: a) apresentar um conceito de ameaça constante, a qual pode ser apontada como ideia de inimigo ou comunismo, por exemplo. Ou seja, ameaça a infringência da ordem; b) ideia de provisoriedade, enquanto durar a ameaça; c) a terceira ideia é a restauração do Estado de Direito o mais rápido possível. Transmite a ideia de que só existe por uma necessidade e não por um projeto político, tem apenas o intuito de preservar a ideia de Estado de Direito (Abboud, 2021).

De tal modo, não se olvida que, o “Estado Dual” remata mais potencialidades teóricas que muito nos amparariam a encarar os desafios contemporâneos do direito (Abboud, 2021).

2 DISCRICIONARIEDADE E ARBITRARIEDADE INTERPRETATIVA DA CONSTITUIÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO

Uma outra face do paradigma da degeneração do Direito é a linha tênue entre a discricionariedade e arbitrariedade no exercício interpretativo realizado na construção das decisões judiciais.

A discricionariedade interpretativa refere-se à liberdade que um intérprete (especialmente juízes) tem para atribuir sentido a um texto jurídico, resultando na possibilidade de múltiplas respostas para um mesmo caso.

A partir da teoria positivista de Kelsen (1998), introduziu-se a ideia da “moldura da lei”. Para ele, a norma jurídica não é equivalente ao texto da lei, mas é criada a partir da moldura semântica constituída pelo texto legal. Dessa forma, dentro da margem definida pela norma, o intérprete autêntico teria então a discricionariedade de interpretação.

A decisão judicial, nessa concepção, é vista como um ato de criação jurídica, e não apenas uma declaração do direito posto, o que implica que o juiz é um criador do Direito e é relativamente livre nessa função.

Isto pois, para o autor, entre a Constituição e a norma inferior, há uma relação de determinação e vinculação, em que a norma de maior escalão regula a forma de execução da norma de escalão inferior. Entretanto, essa vinculação não consegue se estabelecer em todas as direções, sempre deixando uma margem de livre apreciação (Kelsen, 1998).

Assim, a atividade interpretativa é conceituada como “fixação por via cognoscitiva do sentido do objeto a interpretar, o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o Direito”(Kelsen, 1998). Nesse cenário, apesar de Kelsen ter pensado em "limites" para a atividade interpretativa do julgador, a "moldura" não escapa ao subjetivismo do intérprete, pois é ele mesmo quem a constrói.

Em uma perspectiva similar, Hart constrói a ideia de uma “textura aberta” do Direito, referindo-se a uma margem de imprecisão e incerteza inerente à linguagem das regras. Nesse espaço de "textura aberta", onde a subsunção e o silogismo não resolvem as questões, Hart admite a função criadora dos tribunais, que devem ocupar esses espaços vagos com poder discricionário, construindo padrões precisos. Entretanto, o próprio autor aponta pela necessidade de limitação do poder de discricionariedade, o qual navega próximo da irracionalidade e arbitrariedade (Hart, 2009).

Em ambos os casos, a posição dos autores se refere ao trabalho do judiciário em interpretar e ponderar a norma em caso de lacuna (seja ela semântica ou gramatical).

De outro modo, Dworkin distingue a discricionariedade em sentido fraco (aplicação de critérios estabelecidos por autoridade superior ou ausência de revisão por autoridade superior) da discricionariedade em sentido forte (ausência de vinculação legal a padrões previamente determinados) (Dworkin, 1997).

Enquanto o “sentido fraco” se enquadra nos mesmos parâmetros tratados por Hart e Kelsen, o “sentido forte” se relaciona às discussões acerca da completude ou incompletude do ordenamento jurídico, da natureza jurídica ou exclusivamente moral dos princípios, bem como da competência ou incompetência do magistrado para legislar.

É dentro desse panorama que se diferencia o poder discricionário do judiciário e a arbitrariedade interpretativa. Para Hart, a discricionariedade é um modo de decisão raciocinado e limitado, que ocupa um meio-termo entre a escolha arbitrária e a aplicação literal da lei (*determinate rules*).

A discricionariedade, para Hart, implica a capacidade de justificar a decisão com base em razões gerais e princípios, atuando de forma semelhante a um legislador consciente, decidindo de acordo com convicções e valores. É uma “virtude intelectual” que permite o discernimento entre múltiplas soluções possíveis. Enquanto a arbitrariedade, por outro lado, é uma escolha ou capricho que satisfaz um desejo pessoal, sem justificativa racional ou sem seguir padrões previamente estabelecidos (standards) (Hart, 2009).

Para Streck (2010), tanto a discricionariedade quanto a arbitrariedade carregam consigo a questão da ausência de controle conteudístico, com desconformidade com um padrão prévio, ou simplesmente, representando um desvio no manejo histórico-institucional. Como já mencionado, foi trajado de “liberdade do intérprete” que justificou e legitimou as práticas empreendidas pelo Estado nazista.

Dessa forma, as reticências e preocupações relativas à arbitrariedade da interpretação esbarra na legitimidade e justificação das decisões judiciais quando estas se estendem de maneira a comprometer a separação de poderes, e, por consequência, a lógica democrática.

Por óbvio, a atividade jurisdicional engloba a capacidade criativa do juiz frente às lacunas existentes no ordenamento jurídico, bem como as antinomias entre leis e/ou princípios.

Entretanto, a extensão da criatividade limita-se à margem estipulada pelo legislador, o qual ocupa a posição democraticamente legítima para edição de normas.

Assim, a análise da tênue fronteira entre discricionariedade e arbitrariedade revela que, embora a primeira se constitua como espaço legítimo de criação e adaptação do Direito frente a lacunas normativas, amparada por razões gerais, princípios e parâmetros previamente estabelecidos, a segunda representa um desvio que rompe com a racionalidade jurídica, transformando o ato interpretativo em exercício de vontade pessoal.

A partir das contribuições de Kelsen, Hart, Dworkin e Streck, observa-se que a discricionariedade, quando devidamente fundamentada, cumpre função essencial para a concretização da justiça e para a efetividade do ordenamento, ao passo que sua degeneração em arbitrariedade compromete a segurança jurídica e fragiliza os pilares democráticos, abrindo espaço para abusos e práticas autoritárias legitimadas sob o manto da interpretação.

3 DOS RISCOS (OU NÃO) DA UTILIZAÇÃO DO EXPERIMENTALISMO CONSTITUCIONAL PELO PODER JUDICIÁRIO NOS CONFLITOS DEMOCRÁTICOS

A partir da leitura do direito degenerado, importa-se questionar sobre o experimentalismo constitucional enquanto instrumento a ser utilizado pelo poder judiciário, nos momentos de crise, de conflitos democráticos.

Quanto à democracia, Mangabeira Unger destaca que esta deve ser encarada para além do pluralismo partidário e da responsabilidade entre o governo e seu respectivo eleitorado, seria, portanto, a libertação das amarras da divisão e hierarquia social e para permitir que as inspirações individuais tenham possibilidade de prospecção, sobretudo, de forma coletiva (Unger, 2004).

Partindo desse pressuposto, o experimentalismo constitucional prático coincidirá com as “condições de progresso material e as condições de independência individual”. Logo tem por foco o futuro e, conseqüentemente, tem aversão às demasias das políticas congeladas (Mudrovitsch, 2014).

Contudo, a sua aplicação para o Direito prescinde de dois postulados: *tudo é política* e *sociedade é artefato humano*. De tal modo, a análise jurídica seria reimaginada para que sirva

como instrumento de imaginação de futuros alternativos e não de reprodução de medidas políticas já congeladas (Abboud, 2021).

O postulado “*tudo é política*” pressupõe a indispensável energização da atividade política para que saia do estágio de apatia e passe a tomar as rédeas protagonistas que são próprias de sua atividade. Para tanto, a elaboração de novos níveis de engajamento político ou mesmo de organização da sociedade civil é necessária (Unger, 2004).

Essa apatia política, por exemplo, é perceptível no Brasil, a partir da interpretação de membros do próprio Congresso Nacional de que este tem sido um poder menor dentro da democracia brasileira. Isso, por sua vez, teria por fundamentos: a) a crescente influência das Medidas Provisórias por parte do Chefe do Poder Executivo e a submissão do Parlamento que estariam aprovando em assuntos que não justificam o ato normativo e sem deliberação; b) judicialização da política a partir da intervenção do Poder Judiciário em questões que são afeitas aos demais poderes e que mais se fortalece ainda com a possibilidade de “sentenças normativas” pelos mesmos; c) comportamento apático das Casas Legislativas quer seja para não perder capital político ou para burlar o sistema democrático de aprovação de leis a partir da tendência mais garantista, ou não, de eventual composição de Suprema Corte (Mudrovitsch, 2014).

Já o postulado da “*sociedade como artefato humano*” pressupõe que a construção da história do homem não se sujeita a mandamentos divinos, mas sim ao livre arbítrio próprio das pessoas que, por sua vontade, podem criar e imaginar a sociedade que julgarem necessária e digna conforme as suas particularidades e coletividades (Unger, 2004).

A partir da consagração destes postulados haveria o abandono “da preguiça imaginativa” e a adoção “como rotina única da prática de exercícios contínuos de futurologia” (Mudrovitsch, 2014) e, assim, o experimentalismo, no âmbito da análise jurídica, passaria a impor a aceleração democrática no contexto dos direitos fundamentais e da jurisdição constitucional (Abboud, 2021).

Sendo assim, para Unger (2004), mantendo-se fiel ao pressuposto de que tudo é política, o direito deveria passar a ser instrumento de imaginação institucional para fins de criação de futuros alternativos nas democracias (Abboud, 2021). Para tanto, restava necessária a desconstrução da análise jurídica racionalizadora.

Isto é, a análise do direito não poderá se ater tão somente a fornecer as condições práticas para o gozo efetivo de direitos - mantendo as estruturas institucionais atuais e o estudo das consequências práticas destas -, mas sim se propor ao pensamento imaginativo das estruturas institucionais em possibilidade alternativas, a partir do experimentalismo constitucional (Unger, 2004). Nesse ponto em específico, Waldron (1998) ao fazer sua crítica, argumenta que a imaginação deveria ser feita a partir das experiências reais tidas em outros países para, assim, o jurista poder comprovar a resistência destas.

A questão passa a ser se isso, a partir da figura dos magistrados, não poderia ser uma atuação ativista, tendo por reforço argumentativo o experimentalismo constitucional.

Para Unger, a discussão sobre o ativismo não deve ser tratada de forma abstrata, mas sim nas condições específicas do caso concreto em que o juiz esteja inserido e as consequências que a intervenção do judiciário, especificamente, poderá provocar (Mudrovitsch, 2014).

Defende que seria melhor “um agente apropriado, contudo, do que absolutamente nenhum. Os juízes podem ser muitas vezes os melhores agentes disponíveis. Pelo menos, eles podem ser os únicos agentes dispostos” (Unger, 2004) a prática do experimentalismo constitucional e a implantação da necessária aceleração democrática.

Porém, esse posicionamento não necessariamente deveria induzir um pensamento de desprezo da análise jurídica para com a democracia, mas sim de que a ocupação do espaço político pelo magistrado é preferível à manutenção desse próprio vácuo (Mudrovitsch, 2014).

Fato é que para o experimentalismo constitucional o papel primordial da análise jurídica deve ser o de proporcionar à democracia os futuros alternativos sobre os quais ela detém. O foco é a aceleração democrática, mas não necessariamente a partir dos juízes, mas preferencialmente a partir da sociedade civil enquanto interlocutora do jurista. Acontece que, se o vácuo político persistisse, estaria o magistrado autorizado a preencher, uma vez considerados os pressupostos do experimentalismo constitucional e a aceleração democrática em detrimento da discussão em abstrato sobre o ativismo judicial.

Sendo assim, considerado o questionamento inicialmente pensado a este artigo, qual seja: existem riscos (ou não) à democracia na utilização do experimentalismo constitucional pelo poder judiciário quando dos momentos de crise e de conflitos democráticos? Ainda nas hipóteses em que não tenha respaldo normativo constitucional?

Ocorre que, considerando o contexto do não direito dentro do direito, observa-se que, na verdade, o experimentalismo constitucional sem respaldo normativo e enquanto conceito vago e impreciso pode, na verdade, vir a ser utilizado pelo poder judiciário como álibi para fomentar quaisquer ditas ideologias, degenerando, portanto, o direito e apropriando da autonomia e das ferramentas destes por interesses outros que não o do Estado Democrático.

Logo, para se evitar uma nova degeneração do direito nos termos do que precedeu pela época da Alemanha nazista, o experimentalismo constitucional, por sua vez, para ser utilizado como argumento para decidir, deve se ater ao respaldo normativo constitucional para tanto. Porém, esse respaldo normativo ainda inexistente, o que, consequentemente, impede que a aceleração democrática pensada venha a acontecer em momentos que não os de crises.

Por inexistir previsão normativa constitucional que minimamente permita que a aceleração democrática por parte do experimentalismo constitucional venha a acontecer, resta, portanto, mais que perigoso ainda a sua utilização por parte do aplicador do direito, uma vez que o notório ativismo judicial aqui (ainda que visto de forma abstrata, sem incorrer no caso concreto) é fato que pode proporcionar as Cortes Constitucionais passivos e problemas que a mesma, institucionalmente, não deveria carregar.

A utilização do experimentalismo constitucional por intermédio de juízes, sob a justificativa de não se “manter o vácuo imaginativo ocasionado pela apatia democrática”, é medida que não parece ter assento constitucional e que, portanto, precisa ser normatizada para que esse respaldo possa ser justificado em decisões judiciais.

E, ainda que passe a ter essa previsão normativa expressa, defende-se ainda assim que o espaço próprio para experimentalismos democráticos (com foco na aceleração democrática) não deva ser o Poder Judiciário, mas sim o Congresso Nacional, sob pena de todos os riscos institucionais que o primeiro sofrerá.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

À luz de todas essas considerações, percebe-se que a curvatura do presente artigo cuida em demonstrar como a compreensão das forças obscuras degenerativas da democracia constitucional de Weimar, paradoxalmente, careceria ilustrar as adequadas vias a serem trilhadas pela jurisdição constitucional (Abboud, 2021).

Frise-se que a ascensão da degeneração na época citada não fora algo puramente bárbarico, desorganizado, mas havia uma grande organização, visivelmente existia a ideia de um corpo político, racional e organizado. Ao sopesar a destruição de Weimar e a ascensão do nacional-socialismo, consegue-se perceber com clareza tal organização. Os nazistas escolheram o Estado de Direito como sua principal vítima normativa.

O modelo de antidegeneração no direito, inspirado na obra de Ernst Fraenkel, qual seja, o modelo do “Estado Dual”, é defendido como a ideia do paradigma da decisão.

A exibição do paradigma da decisão, não tem o intento de fazer da Alemanha nazista um exemplo, entretanto há necessidade de enfatizar as especificidades dessa tragédia, posto que é depurando o que foi próprio ao nazismo que parece ser possível identificar os mecanismos por meio dos quais os juristas que cooperaram com este regime promoveram a degeneração do direito, despindo-o de sua autonomia e o oferecendo como presa fácil à política.

O ensinamento que se extrai é que a degeneração caminha também por meio de nobres ideais, com o intento de lançar o bem. Não se pode sabotar o Direito em nome de nobres ideais.

Uma das características de democracia não é só ter eleições, o que caracteriza a democracia é ter como centro o constitucionalismo, que é o controle dos atos. Assim, a atividade criativa do Judiciário encontra limites dentro da moldura delimitada pelo Direito, dentro de um controle conteudístico.

O direito tem urgência para se reinventar, contudo, jamais poderá negociar a autonomia que, a duras penas, conquistou frente à política, à economia e à moral.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Direito Constitucional Pós-Moderno**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de Exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004. Tradução de Iraci D. Poleti. p. 11.

D’AVILA, Gibran Miranda Rodrigues; ALMEIDA, Rafael Barros Emiliano de. A correlação entre a ascensão nazista e a parte econômica da Constituição de Weimar: um estudo pela ótica jurídica, histórica, econômica e política. **Revista DCS**, [S. l.], v. 22, n. 79, p. e119, 2025. DOI: 10.54899/dcs.v22i79.119. Disponível em: <https://ojs.revistadcs.com/index.php/revista/article/view/119>. Acesso em: 26 set. 2025.

- DWORKIN, Ronald. **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977.
- FRAENKEL, Ernst. **The Dual State: a Contribution to the Theory of Dictatorship**. Oxford: Oxford University Press, 2017.
- FRIEDE, Reis. Que não se culpe a Constituição de Weimar! **Revista de Direito**. VIÇOSA. ISSN 2527-0389. V.11 N.02 2019. p. 146-164. DOI: doi.org/10.32361/201911028812
- HART, H. L. A. **O conceito de direito**. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 323.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LIMA, Fernando Rister de Sousa; FILHO, Orlando Villas Bôas. **Separação dos Poderes na Modernidade: uma releitura sistêmica**. Curitiba: Juruá, 2018.
- LUHMAN, Niklas. **O Direito da Sociedade**. Tradução: Saulo Krieger. Tradução das citações em latim: Alexandre Agnolon, São Paulo: Martins Fontes, 2016.
- LUHMAN, Niklas. **Sociologia do Direito**. Vol. I. Tradução Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.
- MAIA, Paulo Sávio N. Peixoto. **O guardião da Constituição na polêmica Kelsen-Schmitt: Rechtsstaat como referência semântica na memória de Weimar**. 2007. 418 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2007.
- MUDROVITSCH, Rodrigo. **Desentrincheiramento da Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014.
- RODRIGUES JÚNIOR, José Gutemberg de Sousa. **Lavajatismo e a degeneração do direito: Ou, a criação de um não direito dentro do direito**. Migalhas, 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/344005/lavajatismo-e-a-degeneracao-do-direito>. Acesso em 10/11/2021.
- SCHMITT, Carl. **Constitutional theory**. Duke University Press, 2008.
- STOLLEIS, Michael. **The law under the Swastika: Studies on Legal History in Nazi Germany**. 1. Ed. Chicago: University of Chicago Press. 1998.
- STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Livraria do Advogado, 2014a, passim. STRECK, Lenio Luiz. Verdade e Consenso. Saraiva, 2014c, passim.
- UNGER, Roberto Mangabeira. **O Direito e o Futuro da Democracia**. Tradução de Caio Farah Rodrigues e Marcio Soares Grandchamp. São Paulo: Editora Boitempo, 2004.
- UNGER, Roberto Mangabeira. **Política: os textos centrais**. Rio de Janeiro: Boitempo, 2001. p. 17-25.

UNGER, Roberto Mangabeira. **False Necessity: Anti-Necessitarian Social Theory in the Service of Radical Democracy.** – Volume 1 of Politics. New Edition, New York: Verso, 2004.

VARGAS, Tuany Baron de. **Estado e capital nas intermediações do trabalho imaterial enquanto fator de desenvolvimento: a universidade pública brasileira e o trabalhador científico.** Curitiba, 2020.

WALDRON, Jeremy. **Dirty little secret.** Columbia Law Review. 1998. p. 527.