



O PODER JUDICIÁRIO E O LEGADO DE SCHMITT, KELSEN E HELLER PARA AS DEMOCRACIAS CONTEMPORÂNEAS

Marco Augusto Ghisi Machado¹

Leandro Katscharowski Aguiar²

RESUMO

Este artigo investiga o legado e a persistência das contribuições de Carl Schmitt, Hans Kelsen e Hermann Heller acerca do poder político, da jurisdição constitucional e da legitimidade democrática em cenários de crise. Utilizando a República de Weimar como pano de fundo histórico, analisa-se como essas três perspectivas, embora antagônicas, continuam a iluminar os dilemas enfrentados por democracias contemporâneas em face do populismo autoritário, da polarização e do enfraquecimento institucional. Argumenta-se que o modelo normativista de Kelsen, apesar de suas limitações formais, oferece uma salvaguarda mais robusta contra a regressão da democracia do que a lógica decisionista de Schmitt. A análise empírica em países como Estados Unidos, Brasil, Hungria e El Salvador ilustra como a normalização do estado de exceção compromete o constitucionalismo. A teoria social da Constituição de Heller é apresentada como uma abordagem complementar valiosa, embora sua efetividade dependa de uma cultura cívica e maturidade institucional. A metodologia empregada combina a interpretação hermenêutica de fontes teóricas primárias com o estudo comparativo de decisões judiciais, visando propor estratégias institucionais alinhadas à proteção do pacto constitucional.

Palavras-chave: Judiciário; Schmitt; Kelsen; Heller; Democracia; Crise Institucional.

Artigo submetido em: 25 de junho. 2025

Aceito em: 21 de agosto. 2025

DOI: <https://doi.org/10.37497/revistacejur.v13i-TJSC-.467>

¹ Juiz de Direito de Entrância Especial do Tribunal de Justiça de Santa Catarina; Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali); Especialização em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas); Especialização em Direito Bancário e do Mercado Financeiro pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas), Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali) e Doutorando em Direito Constitucional pelo Instituto Brasileiro de Desenvolvimento, Ensino e Pesquisa (IDP), Brasília, DF. **Email:** magmachado73@gmail.com **Orcid:** <https://orcid.org/0000-0002-0315-7535>

² Juiz de Direito de Entrância Especial do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC); Especialização em Direito e Gestão Judiciária pela Academia Judicial do Poder Judiciário de Santa Catarina; Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali); Mestre em Território, Urbanismo e Meio Ambiente no marco da Economia Circular pela Universidade de Alicante (UA), Espanha; Doutorando em Ciência Jurídica pela Univali e Doutorando em Água e Desenvolvimento Sustentável pela Universidade de Alicante (UA). **Email:** leandroaguiar@tjsc.jus.br **Orcid:** <https://orcid.org/0009-0007-2575-3905>

THE JUDICIARY AND THE LEGACY OF SCHMITT, KELSEN, AND HELLER FOR CONTEMPORARY DEMOCRACIES

ABSTRACT

This article examines the enduring relevance of Carl Schmitt, Hans Kelsen, and Hermann Heller's contributions on political power, constitutional adjudication, and democratic legitimacy during institutional crises. Using the Weimar Republic as a historical laboratory, it explores how these three theoretical perspectives, despite being rivals, continue to inform contemporary dilemmas faced by democracies under threat from authoritarian populisms, intense polarization, and institutional weakening. It argues that Kelsen's normativist model, even with its formal insufficiencies, constitutes a more solid barrier against the regression of democracy than Schmitt's decisionist conception, whose rhetorical allure continues to influence authoritarian models disguised as legality. Empirical analysis of experiences in the United States, Brazil, Hungary, and El Salvador reveals that the exception, when converted into ordinary government practice, compromises the foundations of constitutionalism. Heller's alternative, based on a social theory of the Constitution, although conceptually promising, encounters concrete obstacles in contexts with reduced civic culture and low institutional density. The methodology combines hermeneutic interpretation of primary theoretical sources with a comparative study of relevant jurisprudence, aiming to identify parameters capable of guiding institutional responses compatible with the protection of the constitutional pact.

Keywords: Judiciary; Schmitt; Kelsen; Heller; Democracy; Institutional Crisis.

1 INTRODUÇÃO

As rupturas institucionais do século XX redesenham geografias e regimes, mas também expuseram os limites do constitucionalismo tradicional diante da fragilidade democrática em tempos de crise. A experiência da República de Weimar, caracterizada por instabilidade, paralisia parlamentar e fragmentação social, tornou-se um campo fértil para um dos debates mais intensos na história do pensamento jurídico-político moderno.

Nesse contexto, Carl Schmitt, Hans Kelsen e Hermann Heller, figuras centrais da teoria constitucional contemporânea, confrontaram-se em um debate que transcendia as fronteiras do direito, da filosofia e da ciência política. Cada um deles formulou uma resposta particular para a questão crucial que inquietava a teoria e a prática constitucional desde a queda dos impérios e a ascensão das democracias de massa.

O problema central era como conter o poder político em tempos de emergência sem comprometer os fundamentos normativos da ordem constitucional. A discussão sobre a exceção, a legitimidade e a interpretação constitucional surgiu, portanto, não como um tema abstrato, mas

como uma condição para a sobrevivência institucional em um cenário de ataques cada vez mais sofisticados à democracia.

Em suas obras, Schmitt propôs uma abordagem decisionista, focada na soberania pessoal do chefe do Executivo; Kelsen, por sua vez, defendeu a primazia da norma como base da legitimidade e a institucionalização do controle de constitucionalidade. Heller articulou uma alternativa integrada, fundamentada em uma teoria social da Constituição e na exigência de efetivação dos valores democráticos.

Essas três perspectivas, longe de estarem restritas ao seu tempo, permanecem profundamente relevantes no debate atual. Nas democracias contemporâneas, como na Hungria, Polônia, Israel, Estados Unidos, Brasil e El Salvador, observa-se uma nova forma de erosão institucional: mais sutil, mais legalista e sofisticada. Não se trata, como no passado, de rupturas explícitas, mas de práticas de exceção disfarçadas sob roupagens normativas. A Constituição, em vez de ser anulada ou suspensa, é reinterpretada, instrumentalizada e esvaziada por dentro, transformando-se, conforme alertou Mark Tushnet (2015, p. 13-15), em uma plataforma de legitimidade para práticas autoritárias formalmente legais.

Sob essa ótica, os legados de Schmitt, Kelsen e Heller se mostram paradoxalmente atuais, apesar do tempo em que viveram. A teoria schmittiana do estado de exceção inspira, direta ou indiretamente, modelos de liderança personalista que reivindicam autoridade soberana para decidir fora ou contra os marcos institucionais ordinários. O formalismo normativo de Kelsen, antes criticado por sua aparente neutralidade excessiva, ressurgiu como uma barreira contra a erosão progressiva do constitucionalismo, especialmente em sistemas jurídicos com tradição de legalismo técnico. A proposta helleriana, por sua vez, estabelece parâmetros normativos densos, embora de aplicação contingente, para reconectar a Constituição à vida social concreta e à justiça material, algo cada vez mais exigido em sociedades marcadas por desigualdades históricas e segmentarismos identitários.

Este trabalho está dividido em sete seções interligadas. A primeira, atualmente em desenvolvimento, delimita o problema teórico e empírico da exceção como técnica de erosão constitucional, resgatando o debate de Weimar como chave hermenêutica para o presente. Na segunda seção, analisa-se o modelo decisionista de Carl Schmitt, com base em suas obras principais e na crítica contemporânea de autores como Lars Vinx (2015) e William Scheuerman (2020).

A terceira seção examina a proposta normativista de Hans Kelsen, focando-se no controle de constitucionalidade e no papel dos tribunais constitucionais como guardiões técnicos da ordem

normativa (KELSEN, 2013, p. 178). Em seguida, explora-se a alternativa helleriana, identificando sua concepção integradora do Estado e sua ênfase na justiça social como critério de legitimidade constitucional (HELLER, 1942, p. 56-58; HELLER, 2020, p. 209-214).

A quinta seção investiga os mecanismos contemporâneos de erosão democrática por meio do uso estratégico da legalidade, articulando o conceito de “autocratização legalista” proposto por Levitsky e Ziblatt (2018, p. 7-10) com o padrão de degradação institucional documentado por relatórios empíricos como o *Democracy Report* do V-Dem Institute (2022, p. 5-7). A sexta seção examina a atuação de tribunais internacionais e transnacionais, notadamente a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH), o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) e a Corte Interamericana, como instâncias de contenção institucional, apesar das resistências soberanistas e da politização do judiciário.

Por fim, apresenta-se uma conclusão crítica que busca sintetizar as contribuições de cada autor, apontando caminhos possíveis para a reconstrução teórica e prática da jurisdição constitucional em tempos de exceção normalizada. A hipótese central que orienta a análise é que, em democracias contemporâneas sob pressão, a adoção de um modelo exclusivamente decisionista, mesmo quando disfarçado de constitucionalismo majoritário, tende a agravar a fragilidade institucional e acelerar a regressão da democracia.

O modelo formal de Kelsen, embora insuficiente para abordar as dimensões materiais da justiça, oferece parâmetros claros e replicáveis de controle institucional, desde que a integridade das instituições judiciais seja preservada. A proposta helleriana, teoricamente superior em densidade normativa, exige condições políticas e culturais raras, especialmente em países marcados por desconfiança institucional crônica, personalismos políticos e fragmentação federativa.

Em todos os casos, o papel do Judiciário, seja como guardião normativo, seja como intérprete integrador, permanece central, embora cada vez mais tensionado entre os riscos da omissão e os riscos do excesso. O objetivo do texto, portanto, não é apenas revisitar as obras de Kelsen, Schmitt e Heller sob uma perspectiva histórica, mas propor uma releitura crítica que permita aplicá-las, com prudência teórica e sensibilidade empírica, aos dilemas constitucionais contemporâneos.

Longe de pretender uma neutralidade impossível, adota-se um ponto de vista comprometido com a preservação do constitucionalismo democrático, compreendido, segundo Barroso (2023, p. 7), como uma forma de organização política fundada na conjugação entre o respeito aos direitos fundamentais e o autogoverno popular, além de uma estrutura social orientada

pela cooperação entre cidadãos livres e iguais. Não se trata, porém, de uma construção idealizada, mas de um arranjo institucional imperfeito e permanentemente ameaçado por forças de regressão democrática.

Como advertiu Hermann Heller, o valor intrínseco da democracia reside menos na rigidez de suas formas jurídicas do que em sua capacidade de resistir a impulsos autoritários e de renovar, por meio do direito, os fundamentos do pacto social.

2 CARL SCHMITT E A SEDUÇÃO CONCEITUAL DA EXCEÇÃO

A teoria constitucional de Carl Schmitt surge de uma crítica direta ao modelo liberal normativo, ao qual atribui a incapacidade de preservar a unidade política diante de situações de crise. Seu ponto de partida é teológico e político: a ordem jurídica não se sustenta apenas na legalidade, mas requer uma decisão originária que transcende o sistema de normas e se manifesta, sobretudo, na exceção.

Em *Teologia Política*, publicada originalmente em 1922, Schmitt (2006, p. 13) apresenta a proposição central de seu pensamento, afirmando que o soberano é aquele que decide sobre o estado de exceção. Essa definição, mais do que uma tese descritiva, representa uma ruptura metodológica com o normativismo, ao transferir o fundamento do direito da regra para a decisão política.

Na formulação de Schmitt, a exceção é o momento em que a norma se mostra incapaz de reger a vida social, revelando que o direito depende de uma decisão que antecede e sustenta sua validade. O estado de exceção, portanto, não é uma anomalia a ser evitada, mas o ponto de origem e a prova da autoridade soberana. O próprio autor (SCHMITT, 2006, p. 15) destaca que a exceção pode ser mais relevante para a criação do direito do que o caso normal.

Trata-se de uma crítica contundente ao positivismo jurídico, acusado por Schmitt de desconhecer o problema da soberania ao tentar enquadrar toda a experiência política na moldura normativa. Em *Teoria da Constituição*, publicada em 1928, Schmitt (2008, p. 75-76) aprofunda essa crítica no campo do direito constitucional, defendendo que a Constituição não pode ser reduzida a uma mera norma jurídica. Pelo contrário, ela representa a expressão de uma decisão política fundamental que define a forma e a substância da unidade política. Essa decisão, por exemplo, entre monarquia e república ou entre parlamentarismo e presidencialismo, não deriva de uma norma anterior, mas funda o ordenamento como tal. A Constituição, nessa perspectiva, possui

um caráter pré-normativo, ou seja, sua validade não resulta da legalidade, mas da vontade do povo politicamente constituído.

Essa concepção é reforçada em *O Conceito do Político*, texto publicado em 1932, no qual Schmitt (1992, p. 27) define a política como uma esfera autônoma baseada na distinção entre amigo e inimigo. Segundo ele, o critério do político reside na capacidade de diferenciar amigo de inimigo, e o conflito é inerente à condição humana. A política, sob essa ótica, não se limita a negociações, deliberações ou mediações institucionais, mas envolve o risco extremo da guerra e da eliminação do inimigo, que pode ser identificado tanto fora quanto dentro da comunidade política. Para existir, o Estado precisa ser capaz de identificar e neutralizar esse inimigo, mesmo que isso exija a suspensão temporária da ordem jurídica vigente.

Esse arcabouço teórico culmina, no plano institucional, na defesa de um guardião da Constituição que não seja o Judiciário, mas o chefe do Executivo. Em *O guardião da Constituição*, publicada originalmente em 1931, Schmitt (2015, p. 97-99) sustenta que, em tempos de crise, a autoridade legítima para interpretar e proteger a Constituição deve ser uma figura politicamente soberana, como o presidente do Reich. Essa escolha não é meramente institucional, mas decorre da convicção de que a unidade política não pode ser preservada por decisões judiciais tecnicamente neutras, mas por uma decisão concreta que assegure a continuidade do Estado. A proposta de Schmitt provocou forte reação de Hans Kelsen, que identificou no decisionismo uma ameaça à ordem constitucional e à independência dos tribunais.

De fato, a concentração da função de interpretação constitucional nas mãos do Executivo gera o risco de legitimar práticas autoritárias sob o manto da legalidade, transformando o guardião da Constituição em seu potencial destruidor. Conforme Lars Vinx (2015, p. 133-134) observa, ao transferir a autoridade final de interpretação constitucional para o chefe do Executivo, Schmitt subordina a legalidade à decisão política e mina os mecanismos institucionais de controle e contenção do poder.

Historicamente, essa concepção encontrou terreno fértil na República de Weimar. O artigo 48 da Constituição de 1919 permitia ao presidente decretar medidas de exceção em caso de perturbação da ordem pública, incluindo o uso das Forças Armadas e a suspensão de direitos fundamentais. Esse dispositivo, que visava oferecer estabilidade em situações extraordinárias, foi reiteradamente invocado, sobretudo por Friedrich Ebert e, posteriormente, por Paul von Hindenburg, até se tornar um instrumento banalizado de governo.

A historiografia constitucional demonstra que a normalização dessa exceção contribuiu decisivamente para a transição do regime democrático para o autoritário, abrindo caminho para a

ascensão de Adolf Hitler em 1933. A atualidade da crítica a esse modelo torna-se evidente ao se observar a recorrência, em regimes iliberais contemporâneos, da retórica da exceção e da centralização do poder decisório.

A Turquia de Erdoğan, após a tentativa de golpe de 2016, utilizou os mecanismos constitucionais de emergência para implementar reformas estruturais que expandiram o poder presidencial, eliminaram adversários políticos e enfraqueceram o Judiciário, tudo sob a aparência de legalidade. Esse caso exemplifica o que William Scheuerman (2020, p. 90-92) denominou de “legalismo autoritário”: uma forma de governo que preserva a aparência institucional do Estado de Direito, mas esvazia seu conteúdo ao instrumentalizar normas para fins de dominação política.

Situação análoga ocorreu em El Salvador, onde o presidente Nayib Bukele destituiu juízes da Suprema Corte e promoveu mudanças legislativas que permitiram sua reeleição, anteriormente vedada pela Constituição. A justificativa formal foi a estabilidade institucional e a vontade popular, argumentos que ecoam diretamente a concepção schmittiana de soberania. O mesmo padrão pode ser observado em episódios de erosão da democracia nos Estados Unidos, Polônia, Hungria e, parcialmente, no Brasil entre 2019 e 2022, quando o discurso da defesa da pátria, da ordem e da moralidade foi mobilizado para tensionar e desacreditar as instituições de controle e seus integrantes.

É importante reconhecer, contudo, que Schmitt não elaborou sua teoria como uma defesa vulgar do autoritarismo. Sua crítica à democracia liberal e ao parlamentarismo de Weimar partia da constatação de que a paralisia decisória, a fragmentação partidária e a ausência de vontade política coesa comprometiam a governabilidade. Ele próprio afirmou que o parlamentarismo do século XX havia se tornado uma instituição de estagnação e irresponsabilidade (SCHMITT, 2008, p. 36). Sua proposta de reforço à soberania visava, em alguma medida, restaurar a capacidade de decisão estatal diante da ineficácia das estruturas representativas. O problema central, conforme já diagnosticado por Heller (1942, p. 171), reside na ausência de freios internos à figura soberana idealizada por Schmitt.

Sua teoria exige um líder prudente, moralmente virtuoso e comprometido com o bem comum, um Primeiro Magistrado da Nação, mas oferece poucos mecanismos institucionais para conter desvios quando esse perfil não se concretiza. Nas palavras de Vinx (2015, p. 135), o presidente idealizado por Schmitt é um soberano iluminado cuja fidelidade à ordem constitucional deve ser presumida, não garantida. Essa premissa revela-se frágil em contextos de baixa institucionalidade, onde a exceção tende a se converter em prática ordinária de governo. Ao elevar

a decisão acima da norma, Schmitt oferece um modelo atraente para lideranças autoritárias que buscam legitimar a concentração de poder sob o discurso da proteção nacional.

Sua teoria permanece, assim, uma advertência eloquente, tanto pelas possibilidades que oferece quanto pelos riscos que acarreta. O decisionismo, quando desprovido de limites materiais e controles institucionais, transforma a exceção em método e mina os fundamentos do constitucionalismo.

3 HANS KELSEN E AS MURALHAS NORMATIVAS: ENTRE FORMA E RESISTÊNCIA

Em contraste com a concepção decisionista de Carl Schmitt, Hans Kelsen propôs uma teoria jurídica ancorada na separação entre direito e política, entre validade normativa e conteúdo valorativo. Para Kelsen, o direito só pode ser compreendido cientificamente se for abstraído de qualquer conteúdo ideológico ou político.

Sua *Teoria Pura do Direito* é o resultado dessa empreitada metodológica: um esforço para construir uma ciência do direito que trate apenas das normas, da estrutura formal do ordenamento jurídico e de sua lógica interna (KELSEN, 2003, p. 1-3). A pureza kelseniana não busca eliminar a política da vida social, mas delimitar o campo de validade de uma ciência jurídica autônoma e sistemática.

No plano teórico, isso significa conceber o direito como uma ordem escalonada de normas, na qual cada norma inferior retira sua validade de uma norma superior, culminando na *Grundnorm* (norma fundamental), que opera como pressuposto lógico e epistemológico do sistema jurídico. A Constituição ocupa, logo abaixo dessa norma hipotética, teórica e pressuposta, a posição de norma suprema do ordenamento positivo, fonte de validade das demais normas estatais.

O próprio Kelsen (2003, p. 209) afirma que o conteúdo das normas jurídicas depende da Constituição, de forma limitada, à qual todas as normas inferiores devem conformar-se. Essa concepção normativista do direito não está desvinculada das preocupações políticas de seu tempo. Pelo contrário: Kelsen viveu e escreveu em meio ao colapso da República de Weimar, ao crescimento do nacional-socialismo e à ascensão de ideologias antidemocráticas. Sua defesa da estrutura normativa do direito e da impessoalidade das instituições jurídicas foi, em certa medida, também uma forma de resistência intelectual à personalização do poder e à destruição do constitucionalismo liberal. Em sua visão, a validade das normas não pode depender da vontade subjetiva de uma autoridade política, pois isso comprometeria a segurança jurídica e tornaria o direito refém da arbitrariedade.

É nesse contexto que sua proposta de controle jurisdicional da constitucionalidade das leis ganha relevo. Em *Quem deve ser o guardião da Constituição?*, publicado em 1931, Kelsen (2013, p. 178) defende que esse papel deve ser atribuído a um tribunal constitucional especializado, dotado de competência exclusiva para anular normas contrárias à Constituição. Para ele, não cabe ao chefe do Executivo, como queria Schmitt, proteger a Constituição mediante decisões políticas discricionárias, mas a um órgão judicial que opere segundo critérios técnico-jurídicos. Trata-se de uma ruptura com o modelo liberal clássico, que atribuía esse papel difusamente a todos os juízes, e uma antecipação do modelo concentrado de jurisdição constitucional que Kelsen ajudaria a institucionalizar na Áustria em 1920.

Essa concepção implica compreender a Constituição como uma estrutura normativa de organização do poder e de limitação da autoridade política. O controle de constitucionalidade, nessa ótica, não é um instrumento de governo, mas uma garantia contra a transgressão dos limites institucionais por parte de qualquer autoridade. O tribunal constitucional age, segundo Kelsen (2013, p. 180), como “legislador negativo”, pois sua atuação consiste em invalidar normas inconstitucionais, sem propor alternativas legislativas ou substituir o Parlamento em suas escolhas políticas. A legitimidade desse modelo repousa sobre a concepção formalista de democracia que Kelsen desenvolve em *Essência e valor da democracia*. Nela, ele sustenta que a democracia não se justifica por produzir decisões substantivamente corretas, mas por oferecer um processo de deliberação e decisão que reconhece a pluralidade de valores e opiniões existentes na sociedade.

Conforme o autor (KELSEN, 2000, p. 33), a democracia é, em sua essência, uma forma de governo fundada no relativismo. O Estado democrático não busca uma verdade política, mas a convivência pacífica entre divergências. Por isso, a função do direito é estruturar processos normativos previsíveis, imparciais e abertos ao dissenso, sem aderir a qualquer conteúdo ético ou político específico.

Esse relativismo, frequentemente mal interpretado como neutralidade ingênua, é, na verdade, uma condição de possibilidade para a tolerância institucional. Ao recusar a ideia de valores absolutos no campo político, Kelsen oferece um modelo de contenção das paixões ideológicas, capaz de sustentar uma ordem jurídica funcional mesmo em contextos de elevada dissensão. A Constituição, nessa perspectiva, não é uma carta de valores substanciais, mas um conjunto de regras procedimentais que regulam a produção, aplicação e controle das normas jurídicas.

Tal modelo foi implementado de maneira pioneira na Constituição austríaca de 1920, cujo desenho institucional, elaborado sob a liderança de Kelsen, previa um Tribunal Constitucional com

competência exclusiva para anular leis inconstitucionais e dirimir conflitos entre órgãos estatais. Essa inovação foi posteriormente replicada em diversas constituições europeias do pós-guerra, consolidando o modelo de jurisdição constitucional concentrada como alternativa viável ao controle difuso e incidental adotado em países como os Estados Unidos.

Ainda assim, o modelo kelseniano não está isento de tensões. Sua ênfase na forma pode produzir decisões formalmente impecáveis, mas insensíveis a desigualdades materiais e injustiças concretas. A crítica helleriana a esse formalismo é pertinente: um direito que ignora sua função social corre o risco de legitimar estruturas excludentes sob a aparência de legalidade. Kelsen, contudo, reconhece esse risco ao enfatizar que a estabilidade da ordem jurídica depende de sua aceitação por parte da sociedade. A *Grundnorm*, embora logicamente pressuposta, requer uma adesão fática mínima ao sistema jurídico por parte de seus destinatários (KELSEN, 2003, p. 224-225).

A experiência recente das democracias em crise confirma que o modelo kelseniano oferece instrumentos jurídicos importantes para a contenção da autocratização institucional. Quando preservado em sua integridade, o controle de constitucionalidade técnico e impessoal pode impedir o avanço de legislações autoritárias, sustentar a independência dos tribunais e proteger o núcleo duro das garantias fundamentais.

No entanto, quando os tribunais são capturados ou quando se tornam politicamente alinhados, o modelo entra em colapso, e a aparência de legalidade passa a legitimar a exceção. Esse é o limite da abordagem puramente formalista: sua eficácia é diretamente proporcional à independência e integridade daqueles que a aplicam. Nos Estados Unidos, por exemplo, a Suprema Corte manteve o *travel ban* imposto pelo então presidente Donald Trump com base em argumentos de deferência ao Executivo em matéria de segurança nacional. No caso *Trump v. Hawaii*, a maioria da Corte reconheceu que a ordem executiva tinha motivações políticas questionáveis, mas se absteve de invalidá-la por considerar que o julgamento de sua conveniência caberia ao presidente (SCOTUS, 2018).

Embora formalmente coerente com o modelo procedimentalista kelseniano, essa decisão gerou fortes críticas sobre a fragilidade da Corte diante de narrativas autoritárias disfarçadas de medidas técnicas. Isso demonstra como a ênfase kelseniana na autoabstenção judicial, embora relevante para a imparcialidade, pode se tornar uma insuficiência quando confrontada com manobras políticas que, formalmente, respeitam a legalidade, mas substancialmente a esvaziam. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal tem operado como instância de contenção relevante, especialmente em face de ataques à integridade do processo eleitoral e ao funcionamento das

instituições republicanas. Decisões como as proferidas nas ADPFs 572 e 881 (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL) demonstram a capacidade do Judiciário de agir em defesa da ordem constitucional mesmo em ambiente de pressão política, ainda que fortemente criticado pelos meios jurídicos ao questionar a legalidade das medidas tomadas pelo Tribunal.

As críticas a essas decisões do STF frequentemente se fundamentam na visão de que o tribunal excedeu seu papel de guardião técnico da Constituição, atuando como um ator político em vez de um mero intérprete normativo. Essa tensão ilustra a dialética entre a abordagem kelseniana da autocontenção e a eventual necessidade de uma postura mais substantiva do Judiciário, em linha com a visão helleriana, para proteger a democracia de ameaças que utilizam a própria legalidade como subterfúgio.

Afinal, o protagonismo judicial excessivo também gera desconfiança, especialmente quando decisões judiciais assumem funções normativas não previstas constitucionalmente, ampliando o alcance da jurisdição sob o pretexto da proteção democrática. Nesses contextos, a autocontenção judicial, princípio caro à tradição kelseniana, revela-se como virtude institucional imprescindível. A legitimidade do controle de constitucionalidade não reside apenas na correção técnica da decisão, mas na coerência de sua atuação com os limites institucionais que a Constituição atribui ao Judiciário. Quando esse equilíbrio se rompe, seja por omissão ou por excesso, o tribunal arrisca sua autoridade normativa e até mesmo a simbólica que ostenta, abrindo caminho para a deslegitimação pública e comprometendo sua capacidade futura de atuação.

O modelo kelseniano, portanto, não deve ser lido como uma panaceia normativa, mas como um arcabouço institucional de racionalidade jurídica que oferece barreiras mínimas contra o arbítrio. Sua aposta na forma e na imparcialidade permanece relevante justamente porque permite construir zonas de previsibilidade jurídica mesmo em meio a crises políticas. Em tempos de radicalização e populismo, essa previsibilidade, por mais limitada que seja, constitui um dos últimos bastiões da democracia constitucional.

4 HERMANN HELLER E A VITALIZAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO: ENTRE INTEGRAÇÃO E JUSTIÇA

Entre os extremos teóricos representados por Carl Schmitt e Hans Kelsen, a obra de Hermann Heller se apresenta como uma tentativa de superação dialética. Longe de aderir ao decisionismo autoritário de Schmitt ou ao normativismo formalista de Kelsen, Heller propõe uma

concepção substancial e dinâmica do direito constitucional, fundamentada na indissociabilidade entre forma jurídica e realidade social.

Para ele, a Constituição não é apenas um texto normativo, nem tampouco apenas uma decisão fundante: é a expressão normativa de um processo contínuo de integração política, que deve promover coesão social, justiça material e inclusão democrática. Em sua principal obra, *Teoría del Estado*, publicada postumamente em 1942, Heller (1942, p. 46) sustenta que a Constituição não pode ser compreendida de forma puramente formal. Ela deve ser concebida como um “processo de ordenação político-social que se objetiva juridicamente”, ou seja, como o resultado de um esforço coletivo para institucionalizar a convivência política sob condições de justiça. Nessa perspectiva, a validade constitucional depende não só de sua conformidade com normas superiores, mas da efetiva correspondência com os valores e expectativas da sociedade.

Esse ponto de partida o afasta tanto da teoria kelseniana, que reduz a Constituição a uma norma de grau superior, quanto da doutrina schmittiana, que a identifica a uma decisão política unívoca e impositiva. Heller recusa ambas as posições porque, segundo ele, incorrem no mesmo erro metodológico: o formalismo, entendido como separação rígida entre direito e sociedade. Para Heller, o direito faz parte da realidade social e não pode se preservar como uma instância autônoma diante de desigualdades estruturais, exclusões políticas ou crises institucionais. Uma Constituição que ignora os conflitos reais da sociedade está fadada à obsolescência ou à instrumentalização por forças antidemocráticas.

A teoria helleriana parte, assim, de uma concepção integradora da soberania, do Estado e da ordem jurídica. Conforme afirma em *La soberanía*, publicado com base em manuscritos e conferências de 1931 a 1933, “o Estado não é uma coisa, nem uma ideia, mas um processo de constante criação de unidade dentro da diversidade” (HELLER, 2020, p. 75). Essa criação permanente de unidade, ou integração, deve ser orientada por valores substanciais, sobretudo a justiça social. A Constituição, portanto, é legítima na medida em que proporciona inclusão, representa os interesses reais da coletividade e incorpora mecanismos de correção das desigualdades. Ela busca construir um consenso ativo e dinâmico, enraizado na realidade social, diferente do consenso meramente formal do normativismo ou da imposição decisionista.

Heller, desse modo, transcende as limitações de Kelsen e Schmitt ao propor uma síntese. Ele reconhece a necessidade da forma jurídica e da estrutura normativa defendida por Kelsen para garantir a segurança e a previsibilidade, mas insiste que essa forma deve ser preenchida por um conteúdo substancial de justiça social. Ele absorve de Schmitt a percepção da centralidade da decisão política na fundação e na manutenção da ordem, mas rejeita a ideia de uma decisão

ilimitada e pessoalista, defendendo que essa decisão deve estar a serviço de um projeto democrático e socialmente integrador. Sua proposta é de uma superação dialética porque não se limita a um mero ponto médio ou um ecletismo. Heller entende que a forma sem substância (Kelsen) se torna vazia e vulnerável, enquanto a decisão sem limites ou propósito (Schmitt) se torna arbitrária e destrutiva. Ele propõe um direito constitucional que seja, ao mesmo tempo, formalmente coerente e materialmente justo, um sistema onde a validade das normas está intrinsecamente ligada à sua capacidade de promover a coesão social e a concretização dos valores democráticos.

Esse ponto é central em sua crítica ao positivismo normativista. Heller reconhece os méritos da teoria de Kelsen, mas aponta que o direito, se desconectado da realidade histórica e social, se converte em “casca vazia”, incapaz de resistir à manipulação política (HELLER, 1942, p. 171). O formalismo extremo, segundo ele, pode legitimar estruturas de opressão ao conferir aparência de legalidade a normas substantivamente injustas. Daí sua insistência na necessidade de uma leitura crítica da Constituição, que leve em conta não só sua letra, mas sua função social e seu impacto efetivo sobre os grupos historicamente marginalizados.

A concepção helleriana da jurisdição constitucional deriva diretamente desse compromisso com a justiça material. O juiz constitucional, em sua visão, não é um mero aplicador técnico de normas abstratas, mas um intérprete da vontade normativa da comunidade política, responsável por assegurar que a ordem jurídica seja um instrumento de integração, e não de exclusão. A neutralidade judicial, quando invocada para justificar omissão diante de violações de direitos ou de regressão institucional, torna-se cumplicidade com a desconstrução do pacto democrático. Como Heller (1942, p. 176-177) alerta, a democracia formal pode coexistir com profundas injustiças, e cabe ao direito romper essa compatibilidade espúria.

Essa concepção de jurisdição constitucional exige, evidentemente, um grau elevado de institucionalização, independência judicial e cultura cívica. Heller estava ciente disso. Em sua crítica à República de Weimar, destacou que a ausência de uma base social coesa e a fragmentação dos partidos políticos haviam tornado a Constituição de 1919 vulnerável a ataques internos, muitos deles perpetrados com o uso formal das instituições democráticas.

Ao defender uma Constituição viva e materialmente democrática, Heller não ignorava as dificuldades práticas de sua proposta. Mas, para ele, esse era precisamente o desafio: dotar o constitucionalismo de substância sem abrir mão de sua forma jurídica. Na realidade contemporânea, a teoria helleriana oferece importantes chaves interpretativas para compreender a erosão da democracia em contextos marcados por desigualdade e populismo autoritário. Regimes

não liberais têm utilizado instrumentos legais para concentrar poder e silenciar dissensos, ao mesmo tempo em que proclamam fidelidade à legalidade e ao texto constitucional. A Hungria sob Viktor Orbán é um exemplo paradigmático: reformas constitucionais sucessivas esvaziaram os mecanismos de controle e consolidaram o domínio do Executivo, tudo por meio de processos legislativos formalmente regulares.

O mesmo, aliás, ocorreu na vizinha Venezuela de Chávez e Maduro. Como demonstrado pelo *Democracy Report 2022* (V-DEM, 2022, p. 12-15), o país passou de uma democracia eleitoral para um regime autocrático elitista em poucos anos, com queda expressiva nos indicadores de liberdade civil e independência judicial. Nesse contexto, a distinção helleriana entre legalidade formal e legitimidade material torna-se relevante. O direito, para ser instrumento de preservação democrática, deve conter critérios normativos que permitam resistir à sua própria manipulação. A Constituição não pode ser entendida como um simples regramento da organização dos poderes, mas como um documento político-jurídico que expressa compromissos substantivos com a liberdade, a igualdade e a dignidade da pessoa humana. A atuação judicial que se limita à literalidade do texto ignora o papel integrador e emancipatório do direito constitucional.

Exemplos positivos dessa sensibilidade podem ser encontrados em decisões recentes do Supremo Tribunal Federal brasileiro. A ADPF 635, que restringiu operações policiais em comunidades do Rio de Janeiro durante a pandemia, não só aplicou normas constitucionais, mas considerou o impacto desproporcional da violência estatal sobre populações negras e periféricas. Essa decisão, juridicamente embasada, embora fortemente criticada pelos meios políticos e parte da imprensa, revela uma compreensão helleriana da função constitucional: proteção das minorias, correção de desigualdades estruturais e preservação do espaço democrático. Do mesmo modo, decisões sobre a inconstitucionalidade da “revisão da vida toda” do INSS, ou sobre o alcance da proteção de dados pessoais, evidenciam o esforço de articular interpretação jurídica e justiça social, mesmo sob críticas de ativismo.

Entretanto, a aplicação prática da teoria de Heller não é isenta de riscos. Em contextos de polarização intensa e fragilidade institucional, decisões judiciais de forte carga valorativa podem ser percebidas como ingerência política. O desafio, então, é construir uma legitimidade interpretativa que conjugue prudência institucional e compromisso com os valores constitucionais. O juiz helleriano deve ser, ao mesmo tempo, firme na defesa da democracia e consciente dos limites de sua função. Sua autoridade deriva não só do texto da Constituição, mas da coerência, da constância e da responsabilidade com que exerce seu papel.

Como Heller (1942, p. 184) conclui, a democracia não se mantém por normas, mas por instituições vivas e por homens que se sentem responsáveis por sua preservação. Essa responsabilidade não pode ser reduzida a tecnicidade jurídica, nem pode ser exercida com base em critérios puramente subjetivos. Requer uma ética pública, uma cultura institucional e um compromisso com a integração política que são, ao mesmo tempo, exigentes e indispensáveis e, por isso mesmo, dificilmente alcançáveis.

De fato, as “condições políticas e culturais raras” exigidas pela proposta helleriana se traduzem em desafios concretos, especialmente em países marcados por uma história de desconfiança institucional crônica, personalismos políticos arraigados e fragmentação federativa. Nessas realidades, a ausência de uma cultura cívica robusta, que valorize o pluralismo e o respeito às minorias, dificulta a construção do consenso material que Heller vislumbra. A densidade institucional, que envolve a capacidade das instituições de resistir a pressões e operar com autonomia, é frequentemente baixa, tornando o Judiciário vulnerável à captura ou à deslegitimação quando tenta assumir um papel mais ativo. Assim, embora a visão de Heller seja teoricamente mais completa e promissora para o constitucionalismo democrático, sua implementação exige um amadurecimento social e político que muitas nações em transição ou sob regimes democráticos frágeis ainda não alcançaram, o que representa um obstáculo significativo à concretização de sua proposta. Para fomentar essas condições, estratégias como o fortalecimento da educação cívica, o incentivo à participação cidadã em processos deliberativos e a promoção de uma imprensa livre e responsável são essenciais. Além disso, a construção de redes de apoio mútuo entre instituições democráticas e o intercâmbio de boas práticas podem pavimentar o caminho para a vitalização constitucional.

5 A ANATOMIA DA EXCEÇÃO E OS DESAFIOS DA EROSÃO CONSTITUCIONAL

A experiência histórica dos regimes totalitários do século XX revelou que a exceção jurídica, antes concebida como um mecanismo pontual de proteção do Estado em situações extraordinárias, pode converter-se em um método permanente de governo. A novidade das democracias não liberais contemporâneas reside justamente no fato de que não é mais necessário suspender formalmente a Constituição para subvertê-la. Basta reinterpretá-la sistematicamente à luz de uma lógica de concentração de poder. A exceção, assim, se desloca da ruptura para a erosão normativa silenciosa, convertendo-se em um processo contínuo e aparentemente legal de desconstrução do Estado de Direito.

Esse fenômeno tem sido descrito na literatura recente como autocratização gradual (*gradual autocratization*) ou retrocesso da democracia (*democratic backsliding*). Segundo o *Democracy Report 2022* (V-DEM, 2022, p. 4-6), elaborado pelo V-Dem Institute, vivemos uma era de regressão global, com 70% da população mundial vivendo sob regimes autocráticos, o maior número desde 1989. Os autores identificam um padrão recorrente: governos eleitos democraticamente empregam instrumentos legais para enfraquecer instituições de controle, intimidar a imprensa, reduzir a independência do Judiciário e alterar regras eleitorais, tudo sem violar formalmente o texto constitucional.

Levitsky e Ziblatt (2018, p. 7-10) sustentam que as democracias contemporâneas tendem a colapsar não por intervenções militares, mas por meio de líderes eleitos que, paulatinamente, corroem suas bases institucionais de dentro para fora, preservando uma aparência de normalidade democrática enquanto desconstruem seus fundamentos. Essa nova forma de exceção opera dentro da legalidade formal, valendo-se de reformas constitucionais, manipulação legislativa e decisões judiciais alinhadas ao Executivo. Trata-se de um uso estratégico do direito para fins de autoconservação do poder, o que William Scheuerman (2020, p. 91) descreve como legalismo autoritário: uma prática que utiliza os próprios instrumentos jurídicos do constitucionalismo para esvaziá-lo por dentro.

No caso da Hungria, desde 2010, o governo de Viktor Orbán implementou uma série de reformas constitucionais que alteraram a estrutura do Judiciário, ampliaram os poderes do Executivo e reduziram o espaço de atuação da oposição. A nova Constituição de 2011, embora aprovada pelo Parlamento, foi criticada por organismos internacionais por concentrar competências nas mãos do partido majoritário e enfraquecer os mecanismos de fiscalização (COMISSÃO DE VENEZA, 2012, p. 43-49). A Corte Constitucional húngara perdeu parte de suas competências, e seus membros passaram a ser indicados exclusivamente pelo governo, comprometendo sua independência. Tudo isso foi feito por meio de emendas regulares, aprovadas conforme os trâmites legais, sem ruptura, sem tanques e baionetas, sem censura explícita.

Situação semelhante ocorreu na Polônia, onde reformas sucessivas, iniciadas em 2015, subordinaram o Judiciário ao Executivo. Instrumentos como a criação de câmaras disciplinares controladas pelo governo e a redefinição de critérios de aposentadoria para juízes foram utilizados para remover magistrados críticos e cooptar o Poder Judiciário. O caso *Comissão Europeia v. Polónia* (TJUE, 2021, p. 153-160), julgado pelo TJUE, reconheceu que a “reforma” do Conselho Nacional da Magistratura violava os princípios de independência judicial e separação de poderes,

determinando medidas corretivas. A exceção, aqui, foi institucionalizada por via legislativa, com aparência de legalidade e sob a invocação da soberania nacional.

Na América Latina, o caso de El Salvador ilustra com nitidez a morfologia contemporânea da exceção. Em 2021, a Assembleia Legislativa, controlada pelo partido do presidente Nayib Bukele, destituiu os ministros da Sala Constitucional da Suprema Corte e nomeou novos magistrados alinhados ao Executivo. Pouco depois, a Corte reinterpreto o artigo 152 da Constituição salvadorenha para permitir a reeleição imediata do presidente, até então vedada. Essa decisão, que contrariou interpretação consolidada por décadas, foi tomada com base na “vontade soberana do povo” e na necessidade de “atualização da jurisprudência” (CIDH, 2021, p. 3-5). Mais uma vez, a exceção não se manifestou como suspensão da ordem, mas como seu uso seletivo para legitimar a concentração de poder.

No Brasil, a partir de 2019, e com particular intensidade no período subsequente a 2021, registraram-se episódios preocupantes de acentuado tensionamento institucional. A retórica constante de deslegitimação do Supremo Tribunal Federal, os ataques ao sistema eleitoral, as tentativas de interferência na Polícia Federal e as sucessivas intimidações a jornalistas e opositores políticos compuseram um ambiente de forte instabilidade institucional e de, por vezes, difusão do papel do Judiciário. Os instrumentos legais específicos utilizados pelo Executivo para tensionar as instituições incluíram a edição de decretos que flexibilizavam o porte e posse de armas, a nomeação de dirigentes sem o perfil adequado para órgãos de controle, e a utilização de redes sociais para disseminar desinformação e ataques coordenados. Embora o STF tenha reagido de forma incisiva, ainda que discutível do ponto de vista jurídico, notadamente por meio de procedimentos como a ADPF 572 e da proteção à integridade do processo eleitoral na ADI 6991, o tensionamento entre Poderes atingiu níveis inéditos desde a redemocratização e tem reverberado até os dias atuais. Essa atuação do STF, por vezes percebida como ativismo, pode ser interpretada sob a lente helleriana como uma tentativa de preencher lacunas de uma legalidade formalmente respeitada, mas substancialmente esvaziada, visando preservar o pacto social democrático em face de ameaças internas.

A exceção, nesse contexto, assumiu feições ambivalentes: de um lado, a utilização de prerrogativas constitucionais por parte do Executivo com fins políticos; de outro, o ativismo judicial como resposta corretiva, nem sempre isento de críticas quanto à separação de funções.

No México, em 2024, o presidente Andrés Manuel López Obrador (AMLO) aprovou, em parceria com sua supermaioria legislativa, uma emenda constitucional (“Plan C”) que extinguiu o sistema meritocrático de nomeação de juízes federais e submeteu todos os cargos, da Suprema

Corte aos tribunais regionais, a eleição popular imediata (HERRERA, 2024, p. 1186-1188). A medida, vendida como “democratização”, dissolveu mandatos em curso e colocou mais de 1600 magistrados em campanha partidária, minando a independência judicial (SÁNCHEZ; SALDAÑA, 2025, p. 6-7). Ao transformar o Judiciário em arena eleitoral, o governo mexicano reproduziu o mecanismo descrito por Ginsburg e Huq (2022, p. 92-93) como “*court-packing plebiscitário*”, uma forma extrema de exceção legalista que substitui controles técnicos por lealdade majoritária.

O episódio confirma o alerta de Scheppele (2013, p. 559-560) sobre a montagem gradual do *Frankenstate*, pois cada etapa (emenda, lei orgânica, eleição) parece regular, mas o resultado combinado dissolve freios e contrapesos. A jurisprudência comparada confirma que a contenção da exceção exige mais do que o texto constitucional: requer instituições com legitimidade, independência e disposição para resistir.

Como mostra o caso *Baka v. Hungary* (CEDH, 2016, p. 172-174), a Corte Europeia de Direitos Humanos entendeu que a destituição precoce de um juiz constitucional por razões políticas viola não só a independência judicial, mas o próprio Estado de Direito. A Corte ressaltou que a liberdade de expressão judicial é um elemento estrutural da democracia e que sua repressão compromete a integridade do sistema constitucional.

A anatomia da exceção, portanto, não é visível em seu início. Ela opera por infiltração: altera regras processuais, manipula nomeações, flexibiliza controles, fragmenta a confiança pública. O perigo não reside em atos espetaculares, mas na acumulação de medidas isoladas que, ao final, mudam o regime. A cientista política Kim Lane Scheppele (2013, p. 559) sustenta que regimes não democráticos podem preservar a aparência de legalidade ao construir, gradualmente, estruturas institucionais que, isoladamente, parecem legítimas, mas que, no conjunto, comprometem os fundamentos do Estado de Direito. Essa engenharia normativa fragmentada dá origem ao que ela denominou de *Frankenstate*, um arranjo institucional montado a partir de partes normativas compatíveis com a legalidade formal, mas que, juntas, produzem um sistema incompatível com a democracia constitucional.

Diante desse quadro, o papel do Judiciário é ambivalente. Se atua com omissão, torna-se cúmplice da degradação institucional; se atua com excesso, pode comprometer sua autoridade e se expor a acusações de judicialização indevida da política. A tensão entre autocontenção e intervenção torna-se dramática. A chave, como propõe Heller, está em reconhecer que o juiz constitucional não é apenas um técnico, mas um agente responsável pela preservação dos fundamentos democráticos. Essa responsabilidade, no entanto, deve ser exercida com prudência, coerência e consciência histórica.

O modelo kelseniano fornece os instrumentos normativos para o controle da exceção, desde que os tribunais mantenham sua integridade. Já a proposta helleriana acrescenta a dimensão substancial: a Constituição como processo de integração social. Ambas as concepções são necessárias para resistir à exceção silenciosa que mina a democracia de dentro. A normatividade pura já não basta; a substância sem forma também é insuficiente. A defesa da Constituição, em tempos de regressão, exige vigilância técnica e coragem cívica.

6 A REGRESSÃO DA DEMOCRACIA GLOBAL E O PAPEL DOS TRIBUNAIS TRANSNACIONAIS

O retrocesso da democracia, antes associado a golpes militares ou rupturas institucionais abruptas, passou a ocorrer por meio de estratégias legais e progressivas. A nova morfologia da autocratização, amplamente documentada por organismos internacionais e pela literatura especializada, opera com base em mecanismos juridicamente válidos – reformas constitucionais, alterações procedimentais, capturas institucionais – que, embora formais, resultam na degradação substancial da democracia.

Diante desse cenário, os tribunais transnacionais passaram a desempenhar um papel relevante como instâncias de resistência jurídica, capazes de oferecer parâmetros mínimos de legalidade e proteger os fundamentos do Estado de Direito para além dos limites estatais. Essa tendência é perceptível na atuação do Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), que tem se posicionado de forma enfática contra reformas judiciais que comprometem a independência do Judiciário em países-membros.

No caso *Comissão Europeia v. Polônia* (TJUE, 2021, p. 153-160), o TJUE reconheceu que a reestruturação da Câmara Disciplinar da Suprema Corte polonesa violava o artigo 19.º, §1.º do Tratado da União Europeia, ao minar os princípios da independência judicial e da tutela jurisdicional efetiva. A Corte determinou a suspensão imediata das atividades do órgão e reafirmou que a independência judicial é “indissociável do Estado de Direito e da proteção dos direitos fundamentais”. Essa decisão insere-se em uma jurisprudência consistente de contenção da autocratização por via judicial, em que o TJUE assume papel ativo na preservação do núcleo democrático da União.

De forma complementar, a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) tem reforçado a proteção da liberdade de expressão judicial e da independência funcional dos magistrados. No caso *Baka v. Hungary* (CEDH, 2016, p. 173-174), a Corte condenou o Estado húngaro pela

destituição precoce de Andrés Baka, presidente da Suprema Corte, sob o argumento de que suas manifestações críticas às reformas judiciais não justificavam sua remoção. A CEDH entendeu que a medida violava o artigo 10 da Convenção Europeia de Direitos Humanos e comprometia a autonomia institucional do Poder Judiciário, ao punir um magistrado por exercer função institucional de alerta. Essa jurisprudência evidencia a preocupação da Corte com os processos silenciosos de captura institucional e erosão democrática por meio da repressão interna de dissenso qualificado.

No plano americano, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) tem afirmado de forma inequívoca que a legalidade formal não é suficiente para legitimar práticas incompatíveis com os direitos humanos e com os princípios do constitucionalismo democrático. Em *Gelman v. Uruguai* (CIDH, 2011, p. 194), a Corte considerou inadmissível a invocação de leis de anistia para impedir a responsabilização por crimes de Estado cometidos durante a ditadura militar, afirmando que “a proteção dos direitos humanos não pode ser suprimida por normas internas, ainda que aprovadas por procedimentos democráticos”. Da mesma forma, em *Gomes Lund y otros v. Brasil* (CIDH, 2010, p. 179-182), entendeu que a Lei de Anistia brasileira não pode obstar o dever de investigar e punir violações sistemáticas de direitos humanos. Essas decisões consolidam um entendimento que se tornou central no constitucionalismo contemporâneo: a existência de limites materiais ao poder constituído, mesmo quando formalmente exercido por vias regulares.

O papel dos tribunais transnacionais, nesse contexto, é oferecer um padrão normativo mínimo que funcione como barreira externa à regressão institucional interna. Quando os tribunais domésticos se tornam inoperantes, cooptados ou paralisados, essas instâncias supranacionais podem atuar como redutos de defesa residual da democracia. Analistas apontam que a reforma mexicana compromete cláusulas de Estado de Direito previstas no Acordo México-EUA-Canadá (USMCA) e pode deflagrar disputas arbitrais (PUEBLITA, 2024, p. 4-5). Embora ainda não exista condenação do TJUE ou da Corte IDH, o padrão kelseniano de independência mínima, consagrado no caso *Comissão Europeia v. Polônia*, foi claramente violado, oferecendo base para futura contenciosa interamericana (HERRERA, 2024, p. 1189-1190).

A rápida desconstitucionalização mexicana reforça a tese de Levitsky e Ziblatt (2018, p. 10) de que líderes populares, amparados por supermaiorias, utilizam procedimentos formais para corroer a democracia “de dentro para fora”. Todavia, a eficácia desses mecanismos encontra obstáculos significativos. A retórica da soberania nacional, frequentemente mobilizada por governos autoritários, busca deslegitimar a atuação dos tribunais internacionais ao associá-los à

ingerência estrangeira. No caso polonês, por exemplo, o governo recusou-se a cumprir parte das decisões do TJUE e iniciou processo legislativo para limitar os efeitos internos de decisões de cortes estrangeiras, estratégia que foi replicada na Hungria, Turquia e, em menor escala, no Brasil.

Esse conflito entre legalidade interna e parâmetros internacionais cria um ambiente de tensão jurídica permanente, cuja resolução depende tanto da firmeza dos tribunais quanto da capacidade de articulação entre instâncias judiciais multilaterais. A literatura contemporânea descreve esse processo como autocratização legalista transnacional: uma nova forma de exceção que desafia a eficácia dos sistemas internacionais de proteção ao Estado de Direito (SADURSKI, 2019, p. 223-225). Os tribunais supranacionais, por mais tecnicamente consistentes que sejam, carecem de mecanismos diretos de imposição de suas decisões e dependem do comprometimento dos Estados-membros com o constitucionalismo democrático. Nessa chave, a legitimidade de sua atuação repousa sobre sua capacidade de manter coerência argumentativa, prudência institucional e sensibilidade política.

Apesar dos obstáculos, essa globalização judicial, como descreve Anne-Marie Slaughter (2000, p. 1104-1106), tem levado juízes nacionais a formar redes transnacionais de interação. Nesses fóruns, eles trocam decisões, argumentos e princípios jurídicos, criando uma forma de governança global baseada na comunicação judicial horizontal e na autoridade mútua. Essa interação é relevante para o desenvolvimento do direito internacional, permitindo que a jurisprudência evolua em resposta a desafios globais. No entanto, o processo não é isento de tensões, pois a adoção de padrões internacionais por tribunais nacionais pode colidir com interpretações e interesses domésticos, gerando debates sobre a primazia da soberania nacional ou da cooperação internacional. Ademais, a complexidade crescente do direito internacional e o surgimento de múltiplos regimes legais podem levar a uma “fragmentação do direito internacional”, onde decisões de uma corte podem não ser plenamente reconhecidas ou internalizadas em outros contextos. Essa “resistência normativa” não se limita à retórica política, mas se manifesta em intrincadas disputas jurídicas que buscam limitar o alcance das decisões supranacionais, criando um cenário de constante negociação e contestação.

O caso brasileiro fornece um contraponto relevante. Embora o Brasil tenha ratificado os tratados internacionais e reconheça a jurisdição da Corte IDH, sua jurisprudência não é automaticamente vinculante no plano interno. Ainda assim, decisões como *Gomes Lund e Vladimir Herzog v. Brasil* têm influenciado a interpretação constitucional e a atuação do Supremo Tribunal Federal, sobretudo no que tange ao controle de convencionalidade e à incorporação de padrões interamericanos de proteção aos direitos fundamentais.

Essa articulação entre esferas jurisdicionais, ainda que incipiente, demonstra que o diálogo transnacional pode produzir efeitos normativos e simbólicos mesmo na ausência de mecanismos coercitivos diretos. O desafio que se impõe, portanto, é o de construir uma rede multinível de proteção constitucional, baseada em princípios de cooperação, convergência argumentativa e reciprocidade institucional. O papel dos tribunais nacionais, nesse arranjo, é decisivo: cabe-lhes acionar as instâncias internacionais quando a integridade democrática interna se encontra ameaçada, mas também preservar sua própria autonomia frente a pressões políticas internas. O “juiz transnacional” não é uma figura abstrata, mas um agente concreto de defesa da ordem democrática, cujos limites de atuação precisam ser negociados constantemente entre o imperativo de resistência e a prudência institucional.

Esse compromisso institucional foi ilustrado de forma exemplar pelo Chief Justice John Roberts, presidente da Suprema Corte dos Estados Unidos, em 2018. Poucos meses após a decisão no caso *Trump v. Hawaii* (SCOTUS, 2018), o presidente Donald Trump criticou publicamente o juiz federal Jon Tigar, da Califórnia, por ter suspenso uma de suas ordens executivas sobre imigração, referindo-se a ele como um “juiz de Obama”. Em resposta, Roberts rompeu o habitual silêncio institucional do tribunal e publicou uma rara nota à imprensa, reafirmando a independência da magistratura frente à tentativa de partidarização do Judiciário, ao afirmar que não existem juízes de Obama, Trump, Bush ou Clinton, mas sim um grupo extraordinário de juízes dedicados que se esforçam para fazer justiça equitativamente a todos que se apresentam (LIPTAK, 2018).

A admoestação pública do presidente da Suprema Corte, embora não integrada à fundamentação jurídica do caso, teve importante repercussão simbólica. Em um ambiente de crescente pressão sobre os tribunais constitucionais, Roberts reafirmou o papel do Judiciário como poder moderador, não subordinado a dinâmicas eleitorais ou lógicas de facção. Sua resposta, breve e firme, tornou-se referência internacional na defesa da imparcialidade judicial e na resistência à captura institucional. A regressão da democracia global exige, portanto, um novo pacto jurídico entre os sistemas constitucionais e os sistemas supranacionais.

Esse pacto não depende apenas de normas, mas de uma cultura institucional comprometida com a integridade, a transparência e o pluralismo. Os tribunais, nesse contexto, devem ser não só guardiães da Constituição, mas sentinelas da legalidade comum, cuja legitimidade repousa na coragem de decidir, mas também na responsabilidade de preservar.

7 CONCLUSÃO CRÍTICA E PERSPECTIVAS COMPARADAS

A reconstrução das teorias de Carl Schmitt, Hans Kelsen e Hermann Heller, a partir da experiência constitucional de Weimar e sua projeção nas democracias contemporâneas, permite identificar padrões de tensão persistentes entre legalidade e legitimidade, forma e substância, exceção e normalidade. Cada autor, com sua gramática conceitual própria, oferece instrumentos analíticos distintos para compreender o papel do direito constitucional em contextos de instabilidade e, sobretudo, os limites e possibilidades da jurisdição como instância de resistência institucional.

A leitura de Schmitt revela a potência e o risco da exceção. Sua definição de soberania como poder de decidir sobre o estado de exceção (SCHMITT, 2006, p. 13) rompe com a tradição liberal ao colocar a decisão política acima da norma. A crítica ao parlamentarismo de Weimar, formulada em sua *Teoria da Constituição* (SCHMITT, 2008, p. 35-38), partia da constatação de que a fragmentação partidária e a paralisia institucional minavam a governabilidade. Todavia, a alternativa proposta — a concentração de autoridade no Executivo — desfez-se em autoritarismo quando aplicada sem limites materiais e freios institucionais. A crítica de Lars Vinx (2015, p. 134-134) à proposta schmittiana de conferir ao chefe do Executivo a função de guardião da Constituição mostra-se hoje especialmente pertinente. Ao transferir para uma autoridade política a definição última da constitucionalidade, o modelo schmittiano desarma os mecanismos de contenção e permite que a exceção se normalize, legitimando práticas de poder que corroem a estrutura democrática por dentro. Essa lógica permanece ativa em regimes não liberais, nos quais líderes populistas reivindicam para si a missão de proteger o “povo verdadeiro” contra as instituições, e o fazem reinterpretação, instrumentalizando ou relativizando o texto constitucional.

Hans Kelsen, por outro lado, buscou preservar o direito como esfera autônoma e racionalizada. Sua proposta de controle de constitucionalidade, estruturada na *Teoria Pura do Direito* e sistematizada em *Quem deve ser o guardião da Constituição?* (KELSEN, 2013, p. 174-180), concebe o tribunal constitucional como instância técnica de anulação normativa, guiada por critérios jurídicos, não políticos. A força de sua proposta reside na tentativa de construir barreiras procedimentais e impessoais à captura do sistema jurídico, o que continua sendo um antídoto eficaz contra práticas de exceção disfarçadas de legalidade. No entanto, como advertiu Heller, o formalismo normativo tem seus próprios limites.

Quando desconectado da realidade social, o direito pode legitimar estruturas excludentes sob o verniz da neutralidade. Para Heller, a Constituição não é apenas um arranjo institucional,

mas um compromisso substantivo com a integração e a justiça. Em *Teoría del Estado*, ele defende que a ordem jurídica deve corresponder às expectativas materiais da sociedade e atuar como instrumento de inclusão democrática (HELLER, 1942, p. 46-49). O juiz constitucional, em sua concepção, é também um agente político responsável pela concretização dos valores que estruturam a comunidade política. A síntese helleriana, que une forma e conteúdo, direito e política, norma e integração, oferece o horizonte mais ambicioso, mas também o mais exigente.

Em sociedades com tradição institucional frágil, fragmentação federativa e cultura cívica deficitária, a aplicação prática da proposta de Heller enfrenta obstáculos reais. A atuação substantiva do Judiciário, sem o respaldo de uma legitimidade institucional difusa e estável, pode ser lida como ativismo ou usurpação, minando sua própria autoridade. A tensão entre prudência institucional e defesa do pacto constitucional permanece, assim, irresolvida, e exige dos tribunais uma habilidade rara de calibrar intervenção e contenção. As evidências empíricas analisadas confirmam que a exceção contemporânea já não se manifesta em forma de ruptura aberta, mas como erosão incremental da legalidade. A autocratização constitucional documentada na Hungria, Polônia, Turquia, El Salvador e, mais recentemente, no México, demonstrou que o discurso da legalidade pode ser manipulado para legitimar reformas que, embora formais, são substancialmente destrutivas do Estado de Direito (V-DEM, 2022, p. 15-17). A manipulação institucional é gradual, mas cumulativa. A exceção se naturaliza, tornando a democracia irreconhecível antes mesmo de ser formalmente suprimida.

Nesse contexto, a atuação dos tribunais transnacionais tornou-se cada vez mais relevante. Casos como *Baka v. Hungary* (CEDH, 2016), *Comissão Europeia v. Polónia* (TJUE, 2021) e *Gelman v. Uruguai* (CIDH, 2011) mostraram que a proteção dos valores democráticos depende de um sistema de controle multinível, que articula o direito constitucional interno com parâmetros internacionais de legalidade. Como descreve Anne-Marie Slaughter (2000, p. 1104-1106), os juízes nacionais passaram a formar redes transnacionais de interação, nas quais trocam decisões, argumentos e princípios jurídicos, criando uma forma de governança global baseada na comunicação judicial horizontal e na autoridade mútua.

Todavia, essa atuação também enfrenta desafios: soberanismo político, resistência ao controle internacional e dificuldades de *enforcement* limitam sua eficácia. Por isso, a defesa da Constituição continua a depender, em primeiro lugar, da vitalidade dos próprios tribunais nacionais. Quando dotados de integridade, coerência argumentativa e moderação institucional, esses tribunais ainda são capazes de funcionar como barreiras contra a autocratização silenciosa.

Mas para isso, precisam assumir um papel duplo: sentinelas da legalidade e intérpretes comprometidos com os fundamentos democráticos.

A comparação entre os modelos de Schmitt, Kelsen e Heller permite, por fim, uma reflexão normativa sobre os rumos do constitucionalismo em tempos de exceção. O decisionismo, embora tecnicamente sofisticado, mostrou-se perigoso em mãos impróprias. O normativismo, embora eficaz como barreira formal, pode falhar quando se torna insensível ao contexto. A proposta helleriana oferece um caminho promissor, desde que combinada à prudência institucional e à consciência dos limites operacionais dos tribunais.

Nenhuma teoria, isoladamente, oferece solução plena. Mas o diálogo entre elas permite construir uma matriz crítica a partir da qual o direito pode resistir, ainda que precariamente, à erosão do que lhe é mais essencial: sua capacidade de organizar a convivência em liberdade sob o império da norma e não da vontade. Para futuras pesquisas, torna-se relevante investigar como essa “habilidade rara de calibrar intervenção e contenção” judicial pode ser desenvolvida e fortalecida em diferentes contextos institucionais. Isso implica estudar as estratégias bem-sucedidas de autocontenção e, ao mesmo tempo, as formas de atuação legítima que os tribunais podem adotar para proteger os direitos fundamentais e o pacto democrático, sem se transformar em atores políticos partidários.

A agenda de pesquisa pode incluir a análise de como a cultura cívica e a densidade institucional podem ser construídas ou reconstruídas, dado o desafio que a ausência dessas condições impõe à plena realização da proposta helleriana. Explorar mecanismos de fortalecimento da legitimidade judicial perante a opinião pública e as outras esferas de poder, bem como o papel das redes transnacionais de juízes e da sociedade civil organizada na contenção da erosão da democracia, são caminhos promissores para aprofundar essa reflexão normativa e prática da jurisdição constitucional em tempos de exceção normalizada.

Os próximos grandes debates no campo, portanto, orbitarão a resiliência das instituições democráticas diante de inovações autocráticas, a adaptabilidade dos *frameworks* teóricos clássicos a novas realidades de erosão, e a construção de um direito constitucional que seja, simultaneamente, formalmente robusto, materialmente justo e capaz de inspirar engajamento cívico.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR-AGUILAR, Azul A. et al. Is Mexico at the Gates of Authoritarianism? **Journal of Democracy**, v. 36, n. 1, p. 50-64, 2025. Disponível em: www.journalofdemocracy.org. Acesso em: 24 jun. 2025.
- BARROSO, Luís Roberto. O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto, 2023. Disponível em: www.luisrobertobarroso.com.br. Acesso em: 9 abr. 2025.
- COMISSÃO DE VENEZA. **Opinion on the New Constitution of Hungary**. Strasbourg: Council of Europe, 2012. Disponível em: www.venice.coe.int. Acesso em: 24 jun. 2025.
- CORTE EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS (CEDH). **Baka v. Hungary**. Application no. 20261/12. Sentença de 23 jun. 2016. Disponível em: hudoc.echr.coe.int. Acesso em: 24 jun. 2025.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (Corte IDH). **Caso Gelman v. Uruguai**. Sentença de 24 fev. 2011. Disponível em: www.corteidh.or.cr. Acesso em: 24 jun. 2025.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (Corte IDH). **Caso Gomes Lund y otros v. Brasil**. Sentença de 24 nov. 2010. Disponível em: www.corteidh.or.cr. Acesso em: 24 jun. 2025.
- GINSBURG, Tom; HUQ, Aziz. Comparative Court-Packing. **International Journal of Constitutional Law (I•CON)**, [s.l.], v. 21, n. 1, p. 80-110, 2022. Disponível em: academic.oup.com. Acesso em: 24 jun. 2025.
- HELLER, Hermann. **La soberanía: un estudio de la teoría del Estado**. Tradução de José Herrera. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2020.
- HELLER, Hermann. **Teoría del Estado**. México: Fondo de Cultura Económica, 1942.
- HERRERA, María L. Reforma judicial abusiva en México/Abusive Judicial Reform in Mexico. **International Journal of Constitutional Law (I•CON)**, [s.l.], v. 22, n. 5, p. 1184-1193, 2024. Disponível em: academic.oup.com. Acesso em: 24 jun. 2025.
- KELSEN, Hans. **Essência e valor da democracia**. Tradução de Sérgio Tellaroli. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- KELSEN, Hans. **Quem deve ser o guardião da Constituição?**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2013.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **How Democracies Die**. New York: Crown, 2018.
- LIPTAK, Adam. Chief Justice Roberts Defends Judicial Independence After Trump Attack. **The New York Times**, New York, 21 nov. 2018. Disponível em: www.nytimes.com. Acesso em: 24 jun. 2025.
- PUEBLITA, Arturo. **The Judicial Reform: Implications for the Rule of Law**. [s.l.]: Wilson Center Policy Brief, 2024. Disponível em: www.wilsoncenter.org. Acesso em: 24 jun. 2025.

SADURSKI, Wojciech. **Poland's Constitutional Breakdown**. Oxford: Oxford University Press, 2019.

SÁNCHEZ, José; SALDAÑA, Rodrigo M. Mexico's Chief-Justice in Periods of Constitutional Stress. **International Journal of Constitutional Law**, [s.l.], 2025. Disponível em: academic.oup.com. Acesso em: 24 jun. 2025.

SCHEPPELE, Kim Lane. The Rule of Law and the Frankenstate: Why Governance Checklists Do Not Work. **Governance**, [s.l.], v. 26, n. 4, p. 559–562, 2013. Disponível em: doi.org. Acesso em: 24 jun. 2025.

SCHUEERMAN, William. **The End of Law: Carl Schmitt in the Twenty-First Century**. Lanham: Rowman & Littlefield, 2020.

SCHMITT, Carl. **O conceito do político**. Tradução de Pedro Süsskind. Rio de Janeiro: Contraponto, 1992.

SCHMITT, Carl. **Teologia Política**. Tradução de George Sperber. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SCHMITT, Carl. **Teoria da Constituição**. Tradução de Élcio Fernandes. Brasília: UnB, 2008.

SLAUGHTER, Anne-Marie. Judicial Globalization. **Virginia Journal of International Law**, v. 40, n. 4, p. 1103–1124, 2000. Disponível em: jura.fu-berlin.de/fachbereich/einrichtungen/oeffentliches-recht/lehrende/bolewski/dokumente/3_Diplomacy_and_Law/Slaughter_judicial_globalization.pdf. Acesso em: 18 ago. 2025

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (Brasil). **ADPF 572 e ADI 6991**. Disponível em: portal.stf.jus.br. Acesso em: 24 jun. 2025.

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES (SCOTUS). **Trump v. Hawaii**, 585 U.S.(2018), 2018. Disponível em: www.supremecourt.gov. Acesso em: 24 jun. 2025.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA (TJUE). **Case C-791/19 – Comissão Europeia v. Polónia**. Disponível em: curia.europa.eu. Acesso em: 24 jun. 2025.

TUSHNET, Mark. **Weak Courts, Strong Rights: Judicial Review and Social Democracy in Comparative Perspective**. Princeton: Princeton University Press, 2015.

VINX, Lars. **The Guardian of the Constitution: Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law**. Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

V-DEM INSTITUTE. **Democracy Report 2022: Autocratization Changing Nature?**. Gotemburgo: Universidade de Gotemburgo, 2022. Disponível em: v-dem.net. Acesso em: 24 jun. 2025.

ZAMBRANO, Diego et al. How Latin America's Judges Are Defending Democracy. **Journal of Democracy**, v. 34, n. 4, p. 72-86, 2023. Disponível em: www.journalofdemocracy.org. Acesso em: 24 jun. 2025.