



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA – UNICEUB
INSTITUTO CEUB DE PESQUISA E DESENVOLVIMENTO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRITO SENSU* EM DIREITO

ALINE SEABRA TOSCHI

A (DES) LEGITIMAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

Brasília - DF

2022

ALINE SEABRA TOSCHI

A (DES) LEGITIMAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito do Centro Universitário de Brasília-UniCEUB, como requisito para a obtenção do título de Doutora em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Jefferson Carús Guedes

Brasília - DF

2022

Página destinada aos Dados Internacionais de catalogação a ser incluída pela instituição

ALINE SEABRA TOSCHI

A (DES) LEGITIMAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

Tese de Doutorado do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito e Políticas Públicas, do Instituto CEUB de Pesquisa e Desenvolvimento – ICPD, do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB. Aprovada em _____ de _____ de 2022.

BANCA EXAMINADORA

Professor Doutor Jefferson Carús Guedes- orientador (UniCEUB)

Professor Doutor Enrique Ricardo Lewandowski- membro interno (USP e UniCEUB)

Professor Doutor Bruno Tadeu Buonicore- membro interno (UniCEUB)

Professor Doutor Georges Abboud- membro externo (PUC-SP e IDP)

Professor Doutor Thiago Aguiar de Pádua- membro externo (UDF)

DEDICATÓRIA

À minha filha Marina Vitória, prova de que o amor é maior do que os laços de sangue.

AGRADECIMENTOS

À minha família, especialmente, à minha filha Marina Vitória, à minha mãe Mirza e ao meu pai José Pedro, *in memoriam*, que ao final dessa trajetória do doutoramento nos deixou.

Também agradeço aos meus irmãos Marcello, Larissa e Mylena, à minha cunhada Flávia e aos meus sobrinhos Pedro, Lucca, Ana Clara, Sofia, Heitor e Lara pela rede de apoio e pela compreensão neste período de reduzida convivência familiar.

À Mônica Escobar e à Maria Rosa pelo apoio de cuidar de Marina quando a minha permanência em Brasília se fazia necessária.

À Universidade Evangélica de Goiás, nas pessoas de Dr. Ernei de Pina e de Dr. Augusto Ventura, pelo apoio financeiro na condução do doutoramento.

Ao professor Daniel Gonçalves da Costa, diretor do Curso de Direito da Universidade Evangélica de Goiás, pelo apoio na conclusão deste ciclo e à sua esposa, Mariana Maranhão da Costa, pelo apoio e companhia nas idas à Brasília.

Aos meus amigos e colegas de docência pelas palavras de apoio. Aos amigos que o doutorado me proporcionou, especialmente à Adriana, pelos momentos divertidos realizados à distância, quando da tensão dos prazos para a qualificação.

Ao professor Inocência Mártires Coelho, um dos responsáveis pelos círculos hermenêuticos em minha percepção jurídica.

Ao professor Frederico Augusto Barbosa pelos encontros nas disciplinas “Democracia” e “Políticas Públicas: epistemologia, métodos qualitativos e direito” e pela grande contribuição para a minha escolha metodológica.

Aos professores Enrique Ricardo Lewandowski, Georges Abboud e Thiago Aguiar de Pádua pelas orientações na banca de qualificação.

Por fim, mas não de menor importância, ao meu orientador, professor Jefferson Carús Guedes, “o” professor, que acreditou na minha ideia de fazer um “sufflê de tijolos”, de Luhmann a Schmitt, na análise da degeneração do Direito e, conseqüentemente, no processo de (des)legitimação do Poder Judiciário. A ele, minha grande admiração.

RESUMO

A pesquisa tem como objetivo a verificação da deslegitimação do Poder Judiciário causada pela degeneração do Direito, tendo como base a teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann, numa possível resposta ao problema apresentado, que era a deslegitimação do Poder Judiciário causada pela Operação Lava Jato. A metodologia adotada foi a luhmanniana, ante análise da relação entre degeneração do Direito e da deslegitimação do Poder Judiciário se desenvolver a partir da análise dos subsistemas jurídico e político, levando em consideração suas funcionalidades e o acoplamento estrutural, momento que se analisa a influência da “voz das ruas” no subsistema jurídico. A partir do entendimento da teoria dos sistemas sociais de Luhmann, especificamente, sobre o acoplamento estrutural entre os subsistemas político e jurídico, a deslegitimação do Poder Judiciário é analisada tendo como base o conceito de degeneração do Direito; entendida como a perda da autonomia do subsistema jurídico em relação ao subsistema político. A deslegitimação do Poder Judiciário se apresenta sob duas linhas: pela degeneração do Direito em razão do Poder Judiciário e pela degeneração do Direito em razão da política. Na degeneração do Direito em razão do Poder Judiciário, verifica-se que as funcionalidades dos subsistemas jurídico e político, a condicional e a finalística, coadunam com a tripartição de poderes e servem para demonstrar que a manutenção de um sistema social, de um Estado de Direito e democrático somente ocorrerá se as limitações constitucionais forem respeitadas. A Operação Lava Jato, com os *neo* conceitos que a acompanham degeneram o Direito pela ausência da tradição, coerência e integridade na atividade jurisdicional. A degeneração do Direito em razão da política ocorre pela incorporação da “voz das ruas” pelo Poder Judiciário na atividade jurisdicional. Essa incorporação gera uma representatividade política deturpada, de forma quantitativa e funcional, eis que apesar de não poder ser mensurada, é considerada e prevalece sobre a legalidade estrita, desconsiderando, portanto, a funcionalidade condicional do subsistema jurídico. A prevalência da “voz das ruas” em detrimento da legalidade estrita faz erodir a democracia e, pela forma que se estabelece, retórica e dissimuladamente, faz surgir uma crise de representatividade e de legitimidade política do Poder Judiciário. Verifica-se que, desde a Operação Lava Jato e com a ascensão de uma extrema direita ao poder, o Judiciário vem sendo alvo de ataques, de um verdadeiro *contempt of court* antidemocrático, que tem por fim, a sua supressão. Além da incorporação da “voz das ruas” pelo Judiciário, a análise da degeneração do Direito em razão da política passa pela judicialização degenerada da política e a conseqüente judicialização da razão decisória, que seguem uma linha de atuação schmittiana. Com base em Carl Schmitt, pode-se estabelecer quatro premissas autoritárias que fundamentam um ciclo de atuação schmittiana, denominado de ciclo schmittiano. Neste ciclo, uma situação de crise permanente, engendrada pela degeneração do Direito desde a Lava Jato é condição necessária e suficiente para a instituição de um soberano e, conseqüentemente, para o fim da democracia.

Palavras-chave: Teoria dos sistemas sociais. Degeneração do Direito. Deslegitimação do Poder Judiciário. *Contempt of court*. Democracia.

ABSTRACT

The research focuses on questions about the delegitimization of the Judiciary caused by the degeneration of Law. It was based on Niklas Luhmann's theory of social systems, as a possible answer to the problem presented, which is the delegitimization of the Judiciary caused by Car Wash operation. The research used Luhmannian methodology, before the analysis of the relationship between the degeneration of Law and the delegitimation of the Judiciary Power is developed from the analysis of the legal and political subsystems, taking into account their functionalities and the structural coupling, in a certain point, it analyses the influence of the "voice of the streets" in the legal subsystem. From the understanding of Luhmann's theory of social systems, specifically, on the structural coupling between the political and legal subsystems, the delegitimization of the Judiciary is analyzed based on the concept of degeneration of Law; understood as the loss of autonomy of the legal subsystem about the political subsystem. The delegitimization of the Judiciary has demonstrated along two points: Point one is by the degeneration of Law due to the Judiciary and points two is by the degeneration of Law due to politics. In the degeneration of Law due to the Judiciary, it appears that the functionalities of the legal and political subsystems, the conditional and the final, are in line with the tripartition of powers and serve to demonstrate that the maintenance of a social system, a State of Law and democracy will only occur if constitutional limitations are respected. With the new concepts accompanying it as Car Wash Operation degenerates the Law due to the absence of tradition, coherence, and integrity in the jurisdictional activity. The degeneration of Law due to politics occurs through the incorporation of the "voice of the streets" by the Judiciary in the judicial activity. This incorporation generates a distorted political representation, quantitatively, although it cannot be measured, it is considered and prevails over strict legality, thus disregarding the conditional functionality of the legal subsystem. The prevalence of the "voice of the streets" on the detriment of strict legality erodes democracy and, by the way, it is established, rhetorically and covertly, gives rise to a representative crisis and political legitimacy of the Judiciary. It appears that, since Car Wash Operation and with the rise of an extreme right to the government, the Judiciary has been the target of attacks, a true anti-democratic contempt of court, which aims to suppress it. In addition to the incorporation of the "voice of the streets" by the Judiciary, the analysis of the degeneration of Law due to politics involves the degenerate judicialization of politics and the consequent judicialization of decision-making reason, which follow a Schmittian line of action. Based on Carl Schmitt, four authoritarian premises can be established that underlie a Schmittian action cycle, called the Schmittian cycle. In this cycle, a situation of permanent crisis, engendered by the degeneration of Law since the Car Wash Operation, is a necessary and sufficient condition for the institution of a sovereign and, consequently, for the end of democracy.

Keywords: Social systems theory. Degeneration of Law. Delegitimation of the Judiciary. Contempt of court. Democracy.

LISTA DAS PRINCIPAIS SIGLAS

ADC	Ação declaratória de constitucionalidade
ADI	Ação direta de inconstitucionalidade
ADPF	Ação de descumprimento de preceito fundamental
ADO	Ação direta de inconstitucionalidade por omissão
AI-5	Ato Institucional n. 5
AMB	Associação dos Magistrados Brasileiros
CNI	Confederação Nacional da Indústria
CNN BRASIL	Rede de notícias a cabo Brasil
CPC	Código de Processo Civil.
CPP	Código de Processo Penal
FFAA	Forças armadas brasileira
FGV	Fundação Getúlio Vargas
HC	Habeas Corpus
ICJ	Índice de confiança no Judiciário
IPESPE	Instituto de Pesquisas Sociais, Políticas e
Econômicas	
LGBTQI+	Lésbicas, gays, Bissexuais, transgêneros, queer,
intersexuais e+	
MBL	Movimento Brasil livre
MI	Mandado de injunção
MP	Medida Provisória
MP	Ministério Público
MPF	Ministério Público Federal
PA	Procedimento administrativo
PDT	Partido democrático trabalhista
PEC	Proposta de Emenda Constitucional
PL	Projeto de lei
PPS	Partido popular socialista
OAB	Ordem dos advogados do Brasil
ONU	Organização das Nações Unidas
Rcl	Reclamação

RE	Recurso extraordinário
Resp	Recurso especial
RISTF	Regimento interno do Supremo Tribunal Federal
Seopi	Secretaria de Operações Sigilosas
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
TRF	Tribunal Regional Federal
TRF4	Tribunal Regional Federal da 4ª região
TSE	Tribunal Superior Eleitoral
UOL	Universo online

LISTA DE FIGURAS

Figura 1: Demonstração do sistema social de acordo com Niklas Luhmann. .	25
Figura 2: Demonstração do acoplamento estrutural de acordo com a teoria do sistema social, de Niklas Luhmann	29
Figura 3: Representação do melhor filtro constitucional.....	131
Figura 4: Publicidade MBL em junho de 2013.....	137
Figura 5: “Voz das ruas” no <i>impeachment</i> de Dilma Rousseff.	142
Figura 6: Demonstração da localização da “voz das ruas” no sistema social de Luhmann.	164
Figura 7: Demonstração concreta da degeneração do Direito pela “voz das ruas”	169
Figura 8: Tela de Ulisses e as sereias de Willian Etty.....	185
Figura 9: Ciclo schmittiano.	246

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	15
CAPÍTULO 1 - UMA ESCOLHA METODOLÓGICA A PARTIR DA TEORIA DOS SISTEMAS SOCIAIS	21
1.1 A EXPLICAÇÃO DA TEORIA LUHMANNIANA	22
1.1.1 A comunicação como base da teoria dos sistemas	26
1.1.2 O acoplamento estrutural e a retroalimentação entre os subsistemas político e jurídico.....	28
1.2 A AUTOPOIESE DO SUBSISTEMA JURÍDICO.....	35
1.3 A RELAÇÃO ENTRE A TEORIA LUHMANNIANA E OS CAPÍTULOS DA TESE.....	37
PARTE I- A DEGENERAÇÃO DO DIREITO PELO PODER JUDICIÁRIO	41
CAPÍTULO 2 - A (DES) LEGITIMAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO PELA DEGENERAÇÃO DA CIÊNCIA E DA DOGMÁTICA JURÍDICAS EM RAZÃO DO PROCEDER DO PODER JUDICIÁRIO	42
2.1 A LEGITIMIDADE DO PODER JUDICIÁRIO	50
2.1.1 A separação de poderes na diferenciação funcional de Luhmann... ..	55
2.1.2 A programação condicional do subsistema jurídico e a distribuição de funções garantidoras de Ferrajoli.....	64
2.2 O <i>NEO</i> NO <i>JUS</i> : A AUTOPOIESE DO SUBSISTEMA JURÍDICO E A AUTOFAGIA DO PODER JUDICIÁRIO	69
2.2.1 Dworkin e o paradoxo de Alice	69
2.2.2 O neoconstitucionalismo como gatilho para a degeneração do Direito.....	77
2.3 A <i>KONSTRUKTION</i> LAVAJATISTA: A EXPERIÊNCIA <i>ALEXYANA SUI GENERIS</i> QUE NÃO DEU CERTO.....	82
2.3.1 Lawfare e dogmática	82
2.3.2 Lawfare e estado de exceção	84
2.3.3 A corrupção normativa da Lava Jato.....	86

2.3.4 O arrivismo no combate à corrupção e a vulgarização da dogmática jurídica.....	88
2.3.5 A dekonstruktion lavajatista: “Inês, ainda, não está morta”	96
2.3.6 A garantia do juiz natural.....	97
2.4 SISTEMAS DE JUSTIÇA E A IMPARCIALIDADE DE UM JUIZ.....	100
2.5 A PARCIALIDADE, O PROCESSO FREESTYLE, E O OVERRULING ATÍPICO OPERADO PELA LAVA JATO	103
2.6 O OVERRULING ATÍPICO NA PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA	106
2.7 INÊS E A DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL: A INSISTÊNCIA NA DEGENERAÇÃO DO DIREITO.....	116
2.8 AS BOAS INTENÇÕES DO INFERNO DE DANTE: A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA	120
2.8.1 O inferno de Dante	121
2.8.2 A integridade como dogma, a legalidade como mandamento	122
2.8.3 O enredo de Dante.....	123
2.8.4 A degeneração do Direito na criminalização da homofobia.....	124
2.8.5 O respeito à reserva legal.....	126
2.8.6 A proibição de se estabelecer novos significados aos elementos normativos.....	129
PARTE II- A DEGENERAÇÃO DO DIREITO PELA POLÍTICA	132
CAPÍTULO 3 - A (DES) LEGITIMAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO PELA DEGENERAÇÃO DO DIREITO EM RAZÃO DA “VOZ DAS RUAS”	133
3.1 JUNHO E A FORMAÇÃO DA “VOZ DAS RUAS”	133
3.2 ACCOUNTABILITY POPULARIZADA.....	144
3.3 O CONTEMPT OF COURT E A VONTADE DE UMA DEMOCRACIA DISTÓPICA.....	150
3.4 O LUGAR DE FALA E A REPRESENTATIVIDADE DA “VOZ DAS RUAS”.....	162
2	
3.5 A REPRESENTATIVIDADE POPULARIZADA E A DEMOCRACIA PLEBISCITÁRIA.....	170
3.6 A REPRESENTATIVIDADE POPULARIZADA E O CONTRAMAJORITARISMO DO JUDICIÁRIO.....	176
CAPÍTULO 4 - A (DES) LEGITIMAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO PELA DEGENERAÇÃO DO DIREITO EM RAZÃO DO POLÍTICO	186
4.1 SCHMITT, A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E A POLITIZAÇÃO DA RAZÃO DECISÓRIA JUDICIAL	188

4.2 A DITADURA SCHMITTIANA, O ARTIGO 48 DA CONSTITUIÇÃO DE WEIMAR E O FUNDAMENTO PARA O ESTADO DE EXCEÇÃO.....	194
4.2.1 A concretização schmittiana na degeneração do Direito	198
4.2.2 As premissas autoritárias schmittianas.....	207
4.3 ESPELHO, ESPELHO MEU: O PROTÓTIPO DE UM NARCISO SCHMITTIANO.....	208
4.4 A JUDICIALIZAÇÃO DEGENERADA DA POLÍTICA E A POLITIZAÇÃO DA RAZÃO DECISÓRIA COMO FUNDAMENTOS DE APLICAÇÃO DAS PREMISSAS AUTORITÁRIAS SCHMITTIANAS	210
4.5 A PARTIDARIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO NA ADPF 701	219
4.6 A POLITIZAÇÃO DA RAZÃO DECISÓRIA NA ADI 6457 E NA ADPF 722.....	230
30	
4.6.1 O terraplanismo constitucional.....	230
4.6.2 O dossiê antifascista.....	236
4.7 O CICLO SCHMITTIANO E A DESLEGITIMAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO: DO LAVAJATISMO AO BOLSONARISMO	245
CONCLUSÃO	254
REFERÊNCIAS.....	259

INTRODUÇÃO

Dentre os vários efeitos deletérios causados pela Operação Lava Jato, a pesquisa trata sobre o que considera mais grave: a deslegitimação do Poder Judiciário, porque configura-se um ataque direto à democracia. Engana-se quem, pela leitura do título, conclui que a tese funciona como um fomento à deslegitimação do Poder Judiciário. Ao contrário. A tese tem como objetivo demonstrar se o Poder Judiciário se deslegitimou a partir de sua atuação na Operação Lava Jato e trabalha com duas hipóteses.

A pesquisa tem como hipótese principal a ocorrência da deslegitimação do Poder Judiciário a partir da sua atuação na Operação Lava Jato, que foi definida como o marco temporal inicial. Por esta hipótese, desde a Operação Lava Jato o Poder Judiciário já se encontra deslegitimado. Como hipótese secundária, considera-se que, apesar de não se encontrar deslegitimado, o Poder Judiciário, desde a Operação Lava Jato, já se encontra num processo de crise institucional, como resultado de um processo de evolução em sua funcionalidade e do sistema social que pertence; uma evolução democrática.

A utilização do prefixo ‘des’ na palavra ‘legitimação’ no título e no corpo do trabalho é proposital e provocativo. Explico. Em razão do objeto da pesquisa ser contemporâneo e em razão das hipóteses apresentadas, não se poderia afirmar, de antemão, que o Poder Judiciário havia sido deslegitimado com a Lava Jato, nem mesmo, poder-se-ia afirmar que o Poder Judiciário se encontrava em crise, fato comum a um processo de evolução social. Por isso, a forma como a expressão deslegitimação é apresentada durante o trabalho, (des) legitimação, serve para demonstrar, ao final, que o Judiciário está deslegitimado ou está legitimado, eis que, uma instituição que sobrevive a uma crise, legitima-se.

Explicada a utilização do prefixo é importante verificar que todo o trabalho se fundamenta, metodologicamente, na teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann. A teoria, explicada no primeiro capítulo, trata da funcionalidade dos sistemas sociais e da necessária limitação quando da comunicação entre eles para a manutenção do sistema social como um todo. Saliente-se que no trabalho, a fim de facilitar a compreensão da teoria e sua aplicabilidade sobre o tema, os sistemas específicos, político e jurídico, são denominados de subsistemas. A

teoria dos sistemas de Luhmann dispõe que um sistema social complexo é formado por vários subsistemas autônomos que atuam, cada um, nos limites de suas funcionalidades e estruturas, mesmo quando se comunicam. Para ele, quando os subsistemas se determinam de acordo com essas limitações, o sistema social do qual eles fazem parte, sobrevive.

Como a tese trabalha, especificamente, com os subsistemas jurídico e político, considera-se que, como subsistemas autônomos, eles devem ser analisados de forma isolada na tese. Dessa forma, o subsistema jurídico é analisado quando da degeneração do Direito em razão do proceder do Poder Judiciário e o subsistema político é analisado quando da degeneração do Direito pela incorporação da “voz das ruas” pelo Poder Judiciário e pela atuação do político.

Para além da explicação da teoria dos sistemas como escolha metodológica, a pesquisa se apresenta dividida em duas partes, com quatro capítulos, a contar com o primeiro que trata da explicação metodológica.

A primeira parte, a degeneração do Direito pelo Poder Judiciário, é epigrafada com um trecho de um conto, “O ovo e a galinha”, de Clarice Lispector e conta com o segundo capítulo que trata da (des)legitimação do Poder Judiciário pela degeneração da Ciência e da dogmática jurídicas em razão do proceder do Poder Judiciário, tendo como base de início de análise, a Operação Lava Jato. A segunda parte é epigrafada com trecho da música “Conceição”, aquela cantada por Cauby Peixoto e trata da degeneração do Direito pela política. A segunda parte conta com o terceiro e quarto capítulos, que tratam, respectivamente, da (des)legitimação do Poder Judiciário pela degeneração do Direito em razão da “voz das ruas” e da (des)legitimação do Poder Judiciário pela degeneração do Direito em razão do político.

Interessante aqui justificar a utilização do conto e da música para caracterizar a divisão da tese nas partes acima mencionadas. A consideração de que a divisão da tese em partes seja uma escolha estética, não desnaturaliza a sua seriedade. A arte pode e é utilizada como uma forma de demonstração do assunto a ser tratado, além do que funciona como uma crítica artística ao assunto trabalhado, assim, como a fotografia, a poesia, os romances, os poemas e as peças teatrais. A estética não precisa ser dispensada somente pelo fato de

estar-se diante de uma pesquisa científica. Aliás, Maria Bethânia disse certa vez, que “a arte existe porque a vida não basta”.

O conto “O ovo e a galinha”, enunciando a Parte I da tese, é utilizado como uma crítica aos novos significados atribuídos aos enunciados normativos na atividade jurisdicional. Atividade que não considerou a tradição, a coerência e a integridade constitucional existente. Afinal, a inverossimilidade do ovo retangular é a mesma de significados normativos não condizentes com a ordem constitucional estabelecida desde 1988.

A degeneração da Ciência e da dogmática jurídicas em razão do proceder do Poder Judiciário, tratada no Capítulo 2, é colocada como causa para a (des)legitimação do Poder Judiciário em razão de um movimento autofágico de desrespeito à normatividade constitucional, que desconsidera a legitimidade política, normativa e funcional do Poder Judiciário e que, por isso, degenera o Direito. Esse movimento de autofagia se faz presente nos *neo* conceitos trazidos pelo *neo*constitucionalismo, pelo *neopro*cessualismo e pelo iluminismo constitucional, durante e após a Operação Lava Jato, eis que o proceder degenerado na Operação, denominado de lavajatismo, persiste mesmo após o seu enfraquecimento.

A princípio, o termo ‘degeneração do Direito’ causa desconforto. Entretanto, percebe-se que esse desconforto persiste enquanto não compreendido o seu significado. Verifica-se que a degeneração é utilizada como narrativa da perda de autonomia do Direito na experiência nazista. Pelo nacional socialismo, o afastamento da legalidade e o estabelecimento da vontade do *Führer* submeteram o Judiciário e a Administração à liderança política, portanto, do soberano (ABBOUD, 2021, p. 120, a). A perda da autonomia do Direito e, conseqüentemente, a sujeição do Estado à lei, se deu pela relativização da legalidade com a preponderância da ideologia. Junto ao afastamento da legalidade, o estado nacional socialista empreendeu outras fontes de direito, que demonstram a prevalência do aspecto moral e político na condução do Estado: a liderança do *Führer*, o caráter nacional da comunidade racial do povo, o programa do partido, o espírito do nacional socialismo e o sentimento popular como fontes do direito (RÜTHERS, 1988, p. 59-60).

Entretanto, apesar do trabalho se referir à degeneração do Direito como causa da (des)legitimação do Poder Judiciário, é claro que a experiência nazista

que fundamenta a ideia de degeneração não ocorre no Brasil. Aqui, desde a Lava Jato, o que se verifica são medidas degenerativas do Direito que devem ser corrigidas e evitadas para que não se chegue à degeneração propriamente dita. Neste sentido, a degeneração do Direito no corpo do texto deve ser entendida como a existência de medidas degenerativas que retiram a autonomia científica do Direito. Saliente-se que ausência de uma degeneração do Direito propriamente dita, não exclui a possibilidade de perda de legitimidade do Poder Judiciário, porquanto as medidas degenerativas podem ser suficientes para a deslegitimação do Poder Judiciário.

A Parte II da tese, composta pelos capítulos 3 e 4, se apresenta com um trecho da música ‘Conceição’, cantada por Cauby Peixoto. O trecho utilizado retrata uma crítica à incorporação da “voz das ruas” no proceder do Poder Judiciário, em razão de considerar o sentimento popular como fonte de Direito e uma crítica à judicialização degenerada da política, que se apresenta como consequência de uma fonte de direito, também, degenerada.

O assunto abordado no Capítulo 3, a (des)legitimação do Poder Judiciário pela degeneração do Direito em razão da “voz das ruas”, aborda sobre os levantes de junho de 2013 e a apropriação política de suas pautas, sob o argumento da necessidade de se combater a corrupção. Em razão desta apropriação e da incorporação das “vozes das ruas” como fonte de Direito, a fundamentação política toma espaço no proceder do Poder Judiciário, principalmente com prática finalística adotada pela Operação Lava Jato que, em razão de uma finalidade política relativizou garantias constitucionais e a legalidade estrita, numa prática degenerativa da Ciência e da dogmática jurídicas, denominada de lavajatismo.

Cumprido esclarecer que o lavajatismo difere da Lava Jato. A Lava Jato, em seu aspecto conceitual, foi uma Operação que tinha por fim o combate à corrupção. Partindo do pressuposto de que numa sociedade civilizada e baseada num Estado de Direito e democrático, o combate a uma prática criminosa não ocorre por meio do desrespeito à legalidade. Quando isso ocorre, mesmo que diante de uma justificativa finalística, verifica-se a degeneração do Direito, eis que um fundamento político, baseado na funcionalidade própria do subsistema político, prevalece sobre a legalidade.

Essa deturpação judicial na Operação Lava Jato é denominada de lavajatismo. De acordo com o Ministro Fachin, uma doença infantil da Lava Jato (TEIXEIRA, *online*). Em razão de negativa de membros da força tarefa da Operação em compartilhar documentos com a Procuradoria Geral da República, o Ministro Gilmar Mendes afirmou se tratar de um “lavajatismo desnudado” e que se tratava de um caso muito sério, pois “a instituição obviamente ficou doente e isso precisa de remédio” (CONJUR, 2020, *online*).

O fomento à incorporação da “voz das ruas” pelo Judiciário causada pelo lavajatismo, o *impeachment* de Dilma Roussef e a ascensão de uma extrema direita em 2018, traz à tona a abordagem realizada no Capítulo 4, último da tese. Neste capítulo, a (des)legitimação do Poder Judiciário é analisada por meio da degeneração do Direito em razão do político.

A consideração de que houve uma ascensão da extrema direita ao Poder baseia-se pelas pautas radicais sobre política partidária, sobre o jogo democrático, principalmente no que se refere às eleições e sobre os costumes.

No que se refere às pautas políticas, a extrema direita se apresenta como contrária ao pluripartidarismo, em especial, aos partidos de esquerda, a defesa da autoridade de um líder, e a estratégia de considerar seus adversários políticos como inimigos da Nação, sempre pela acusação de corrupção. Quanto às pautas que recaem sobre os costumes, a extrema direita se caracteriza por um discurso contrário à diversidade social, cultural, de gênero e de raça (MUDDE, 2007, p.65-69).

Todas estas características de uma extrema direita se fizeram e ainda se fazem presentes nos discursos do presidente eleito em 2018, Jair Bolsonaro. De acordo com Paxton (2007, p.336) pode-se afirmar que há um mínimo fascista, que deve ser entendido como uma rede de relações (não somente econômica e psicossocial), combináveis “do conservadorismo, do nacionalismo e da direita radical, unidos por inimigos em comum e pela mesma paixão pela regeneração, energização e purificação da Nação, qualquer que seja o preço a ser pago em termos das instituições livres e do estado de direito”. O *Tea Party*, um movimento de extrema direita americano, tinha uma agenda que possibilita a identificação da extrema direita e, no mínimo, sua aproximação com o governo Bolsonaro: além do estado mínimo, rechaçava políticas públicas de apoio aos mais pobres e de saúde universal, garantia da liberdade de portar e usar armas de fogo, a

defesa de valores da família tradicional, como a defesa 'pró-vida', o enfraquecimento dos sindicatos e o aumento de restrições às políticas públicas migratórias (NOBRE, 2022, p. 211-212).

Uma prática característica da extrema direita e que se assemelha ao autoritarismo é a judicialização da política, aqui denominada de judicialização degenerada da política e que leva à politização da razão decisória. Fala-se em judicialização degenerativa da política em razão do seu objeto e intuito.

A judicialização degenerada da política difere da judicialização da política propriamente dita, em razão desta última ocorrer para o fim da concretização constitucional nos casos de omissão estatal para com as políticas públicas.

A judicialização degenerada é degenerada porque possui o objetivo de reafirmar a normatividade constitucional, em razão da prática de atos claramente opostos ao disposto na Constituição Federal e nas leis. Em razão da obviedade normativa atacada, o Judiciário ao decidir, se afasta de fundamentos estritamente jurídicos e se politiza, se aproxima dos argumentos que recaem na escolha política da Nação, daí falar-se em politização da razão decisória.

A judicialização degenerada da política e a consequente politização da razão decisória são explicadas por meio de Carl Schmitt, teórico imanente ao autoritarismo e que fundamentou a criação de um ciclo de atuação schmittiana, denominado de ciclo schmittiano.

Por este ciclo, tenta-se demonstrar que o bolsonarismo, tido como uma derivação de extrema direita do lavajatismo, no mínimo, aproveita-se da judicialização degenerada da política para descredibilizar o Poder Judiciário e, seguindo as premissas autoritárias schmittianas, institucionalizar um soberano, por meio da deslegitimação do Poder Judiciário.

Por fim, neste último capítulo são analisados, com base no ciclo schmittiano, alguns atos políticos praticados pelo Executivo Federal que lesionam a normatividade constitucional e que foram objeto de judicialização e de consequente, politização da razão decisória.

CAPÍTULO 1 - UMA ESCOLHA METODOLÓGICA A PARTIR DA TEORIA DOS SISTEMAS SOCIAIS

A escolha do caminho a ser seguido na tese perpassou por uma trajetória que demonstrasse a caracterização da ocorrência da deslegitimação do Poder Judiciário.

A deslegitimação do Poder Judiciário, como hipótese principal da tese, parte do pressuposto que o tratamento dispensado ao Direito pelo Poder Judiciário quando da Operação Lava Jato é a sua causa inicial. Saliente-se que o desrespeito ao Direito não é tratado como único fator para a ocorrência da deslegitimação do Poder Judiciário, pois, além dele, a degeneração em razão da “voz das ruas” e em razão do político é tomada como causas para a confirmação da hipótese principal.

A escolha metodológica, com base na teoria de Niklas Luhmann, é no sentido de demonstrar que ocorre desde a Lava Jato é causa de deslegitimação do Poder Judiciário. Ao mesmo tempo, a investigação demonstra que uma atuação, no sentido de preservar a teoria dos sistemas, possibilita a sua legitimação. Segundo Luhmann (1984, p. 291):

A teoria dos sistemas começa com a diferença entre sistema e ambiente. O meio ambiente, como momento constitutivo dessa diferença, não é menos importante do que o próprio sistema. Não se poderia falar de um sistema sem ambiente. A teoria dos sistemas sociais considera os seres humanos como parte do ambiente dos sistemas sociais. Essa forma de vê-los permite que sejam concebidos de uma forma mais complexa e livre do que poderiam ser entendidos se fossem vistos como parte integrante do sistema social¹.

Todos esses elementos que levam à deslegitimação do Poder Judiciário estão ligados diretamente ao acoplamento estrutural, conceituado na teoria luhmanniana como o encontro de dois subsistemas sociais que, na presente tese, é verificada pela análise dos subsistemas político e jurídico em conjunto. A teoria dos sistemas de Luhmann (2011) é uma forma utilizada para analisar o processo de (des) legitimação do Poder Judiciário por meio de uma teoria social e não, especificamente, jurídica.

¹ Todas as traduções de línguas estrangeiras para o português são de responsabilidade da pesquisadora, salvo aviso contrário.

É uma forma de utilizar a sociologia no direito e não a sociologia do direito. Quando se diz 'sociologia do direito' não se considera a teoria dos sistemas como condição de possibilidade de existência de um sistema social do qual o Poder Judiciário é parte. Se a teoria luhmanniana fosse aqui analisada como uma teoria sociológica do direito, somente seria uma forma de explicar a legitimidade da Ciência Jurídica e do Poder Judiciário, utilizando-a como argumento e não como fundamento; o que explica a expressão 'sociologia no direito'.

Os limites e consequências do acoplamento estrutural desses dois subsistemas são apreendidos a partir do entendimento sobre o sistema social, sua autopoiese e a especificação funcional de cada subsistema, que serão explicados abaixo, considerando os tópicos especificados no sumário da tese.

1.1 A EXPLICAÇÃO DA TEORIA LUHMANNIANA

Por meio da teoria dos sistemas de Luhmann (2011), pode-se falar nos dois subsistemas sociais que interessam para essa tese a fim de demonstrar o processo de deslegitimação do Poder Judiciário: o político e o jurídico.

Para entender a teoria dos sistemas luhmanniana, é necessário entender que para Luhmann (2011) não era crível que outras ciências, outras áreas do conhecimento determinassem para a sociologia a fundamentação de um método a ser utilizado por ela quando do estudo e análise de uma sociedade.

O que ele procurou com a teoria dos sistemas sociais foi a utilização de um método próprio sociológico, capaz de explicar uma sociedade contemporânea e complexa², pois teorias científicas de outras áreas do conhecimento não conseguiriam explicar a complexidade social sem a criação de amarras sociais e, também, sem a aproximação com a metafísica, já que uma sociedade pode ser explicada cientificamente (LUHMANN, 2011). Para ele, o sistema social é formado por uma ordem policêntrica³ horizontal de sistemas

² Para Luhmann (2011), uma sociedade complexa é aquela que possui relações entre os elementos que compõem um determinado sistema social e que não podem ser previsíveis, como ocorre em sistemas biológicos.

³ Apesar dessa visão colocada por Luhmann há uma visão defendida por Mascareño (2012) que dispõe que na América Latina, o sistema social não é policêntrico, mas sim concêntrico, com preponderância do subsistema político nas operações dos demais subsistemas. Essa visão de Mascareño será tratada nos capítulos posteriores desta pesquisa. Guerra Filho (2014, p.166),

autônomos, ou seja, de subsistemas que são diferenciados por suas próprias funcionalidades.

A teoria dos sistemas é uma forma encontrada de explicar a sociedade sem a determinação de uma verdade social, haja vista partir do pressuposto de que uma sociedade é contingencial, e por ser contingencial, procura analisar a sociedade e a sua forma num eterno gerúndio social, como se fosse uma paródia da sociedade na própria sociedade (LUHMANN, 2011).

Esse eterno gerúndio social não se baseia nas suas estruturas, mas nas funcionalidades dos subsistemas, das instâncias reflexivas de um determinado sistema social⁴, o que, de certa forma, impossibilita a manutenção do *status quo*, ou seja, possibilita a constante complexidade de uma sociedade.

O que a teoria dos sistemas afirma é que um sistema social possui instâncias formadoras de unidade de um sistema social por meio da comunicação entre elas: a comunicação entre o próprio sistema, como um todo, com um sistema específico, o subsistema, que é o meio ambiente. O sistema social se fundamenta pela diferença entre o sistema e o meio. Essa diferença é o que determina a unidade do sistema social, como um todo. A unidade desse é que determina a sua organização e, portanto, a sua existência como tal.

A diferenciação sistêmica entre “sistema” e “meio ambiente”, então, é o artifício básico empregado pela teoria para se desenvolver em simetria com aquilo que estuda, como seu “equivalente funcional”. Essa diferenciação é dita sistêmica por ser trazida “para dentro” do próprio sistema, de modo que o sistema total, a sociedade, aparece como meio ambiente dos próprios sistemas parciais, que dele (e entre

explica que “uma sociedade funcionalmente policêntrica é formada por subsistemas sociais diferenciados (interdependentes) que se estruturam não de forma hierárquica, mas ‘heterárquica’, pois nenhum subsistema goza, a priori, de primazia em relação aos demais- nem o subsistema de economia, como é ainda hoje bastante divulgado e como foi dito pelo próprio Luhmann, em uma versão mais antiga de sua teoria. Na última versão dessa teoria, não se fala mais em primazia da função de nenhum subsistema, a não ser em relação a si mesmo”.

⁴ Esse posicionamento de Luhmann (2011) difere do posicionamento da teoria dos sistemas de Parsons. De acordo com Rocha e Costa (2018, p. 24), a teoria parsoniana prioriza as estruturas de um sistema e quais seriam as funcionalidades do sistema a fim de manter essas estruturas, ou seja, a funcionalidade de um sistema é determinada por sua estrutura. Para Luhmann, o importante é o inverso: o importante é analisar as funcionalidades do sistema a fim de determinar suas estruturas; o que determina a estrutura de um sistema é a funcionalidade, ou seja, a funcionalidade precede a estrutura: “Luhmann, muito influenciado pelo pensamento de Parsons, é herdeiro de uma tradição sociológica sistêmica. Todavia, estudando a teoria parsoniana e apontando algumas divergências teóricas em relação a esse autor, o autor define sua postura teórica como funcional-estruturalismo. Isso diferenciação do estrutural-funcionalismo de Parsons, teoria que privilegia o momento estrutural, de conservação dos sistemas. A partir dessa distinção, Luhmann procura dar ênfase na dinâmica da mudança estrutural, voltada para a realização de uma determinada função”.

si) se diferenciam por reunirem certos elementos, ligados por relações, nas operações do sistema, formando uma unidade. Uma “unidade”, além de diferenciada no sistema do meio ambiente, também pode aparecer como meio ambiente para outras unidades, permitindo, assim, que por ela se aplique, recorrentemente, um número mais ou menos considerável de vezes, a diferença sistema/meio ambiente, sem como isso perder sua organização (GUERRA FILHO, 2014, p.161).

O sistema social é o que possibilita explicar uma sociedade complexa. Nesse sentido, quanto mais complexa for uma sociedade, mais complexo será o sistema⁵, pois um sistema social acaba criando instâncias de reflexão que fazem parte do mesmo sistema, da unidade de determinado sistema social. Conforme menciona Alexander (1987, p. 65):

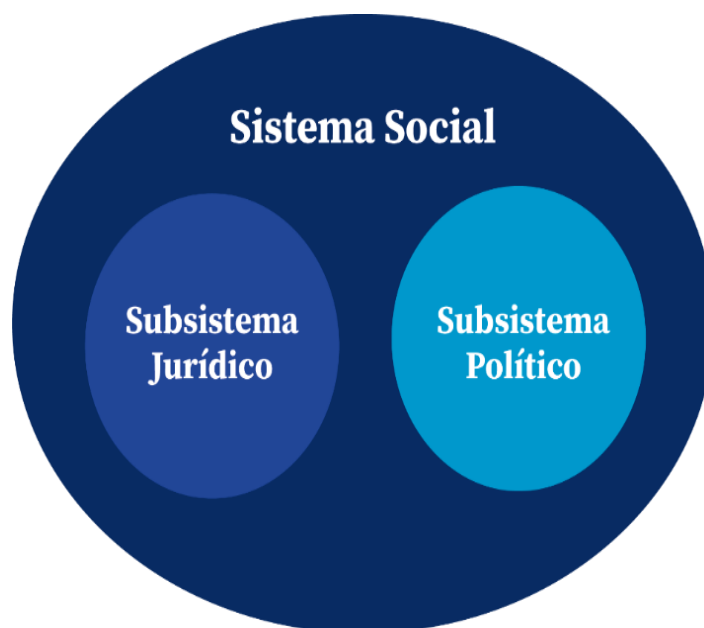
embora Luhmann tenha elevado o macroconceito radical de “sistema” a novas alturas, não se deve esquecer que ele explica a própria existência de sistemas por referência a microprocessos fundamentais, que ele identifica como a necessidade existencial do indivíduo de reduzir a complexidade.

No meio ambiente estão as unidades de reflexão, que podem ser consignadas como subsistemas e possuem uma capacidade de reflexão maior que o próprio sistema social, porquanto nesses subsistemas é que serão analisadas as suas funcionalidades e estruturas que o diferenciam dos demais e do próprio sistema social. Enfim, um sistema social “é a diferença resultante da diferença entre sistema e meio” (LUHMANN, 2011, p. 81), em que o sistema é o todo e o meio é um de seus elementos⁶, conforme se verifica na imagem a seguir.

⁵ Apesar de se apresentar como paradoxal, a expressão de que a complexidade gera complexidade para a teoria dos sistemas, um sistema social tem a finalidade de diminuir as complexidades e as expectativas sociais, mas, para atingir esse fim, acaba por criar mais complexidade.

⁶ Como forma tautológica de demonstrar o sistema e o meio tem-se o sistema social brasileiro como todo. Como elemento do todo, tem-se o sistema jurídico, o sistema político- em que a relação entre os dois é analisada nesta pesquisa-, o sistema econômico, entre outros, que podem surgir na medida em que a sociedade se torna mais complexa.

Figura 1: Demonstração do sistema social de acordo com Niklas Luhmann.



Fonte: Elaborado pela autora com base nas pesquisas realizadas

Todos os sistemas sociais para a teoria luhmanniana são formas de resolução da complexidade de uma sociedade. Para Luhmann, os sistemas sociais são a forma de uma sociedade complexa resolver suas complexidades sociais por meio da delimitação da função de cada sistema, por isso, “[...] tentando reduzir complexidade, os sistemas sociais utilizam-se da dupla seletividade, ou seja, seleciona as possibilidades do mundo a partir de critérios internos ao sistema”⁷ tenta diminuir as expectativas sociais presentes em um sistema a partir de possibilidades e soluções apresentadas pelos subsistemas.

A relação entre o sistema e o meio sempre está presente na teoria dos sistemas sociais de Luhmann e é forma de entender os problemas relacionados pela comunicação entre a política e o direito, entre o subsistema político e o sistema jurídico e entre eles, o debate sobre a quem compete a guarda da Constituição.

⁷ MADEIRA, Lígia Mori. O Direito nas teorias sociológicas de Pierre Bourdieu e Niklas Luhmann. *Direito & Justiça*, Porto Alegre, v. 33, n. 1, p. 19-39, junho de 2007. Disponível em: https://sites.ufpe.br/moinhojuridico/wp-content/uploads/sites/49/2020/08/08-Direito_em_Bourdieu_e_Luhmann-Ligia-Madeira.pdf . Acesso em: jul. 2021, p.29.

1.1.1 A comunicação como base da teoria dos sistemas

Numa sociedade, os subsistemas⁸ não vivem de forma isolada, todos fazem parte de uma unidade social, o sistema, que é macro. À medida que a complexidade social aumenta, as expectativas sociais também se fazem presentes e, com isso, pode-se exigir que os subsistemas comuniquem entre si.

Essa comunicação entre os subsistemas é a base da teoria dos sistemas⁹. Porém, essa comunicação entre os subsistemas não pode se distanciar de suas funcionalidades e codificações, sob pena de a comunicação não ser mais efetiva na teoria social¹⁰, o que ocasionaria uma desordem social. Por isso, é salutar entender que a comunicação entre os subsistemas deve respeitar algumas regras, tendo em vista a unicidade de um sistema, que é a ordem de um determinado sistema social.

A principal característica da teoria social é a diferenciação funcional entre os vários subsistemas. Essa diferenciação de cada subsistema é que determina a sua codificação e, portanto, as suas estruturas e a relação do subsistema com o sistema social, ou seja, a diferenciação é que permite diferenciar o meio de seu sistema. A diferenciação funcional é primordial para o entendimento e a efetividade da teoria dos sistemas de Luhmann (2011), porque ela é que possibilita a organização do sistema social.

Para Luhmann (2011), a função do subsistema precede a análise de sua codificação e de sua estrutura. Aliás, a estrutura de um subsistema é determinada pela sua funcionalidade e, a sua codificação é determinada pela sua estrutura, o que demonstra a importância da diferenciação funcional entre os vários subsistemas componentes de um determinado sistema social.

⁸ Como instâncias de um determinado sistema social.

⁹ Para Luhmann (2011), a importância da comunicação para a teoria dos sistemas está na própria base e que fundamenta a afirmação da existência de uma teoria dos sistemas sociais. A comunicação é que possibilita interações, organizações numa sociedade. Para ele, “um sistema social surge quando a comunicação desenvolve mais comunicação, a partir da própria comunicação” (LUHMANN, 2011, p. 90), pois é a partir da relação entre os vários subsistemas sociais que uma sociedade se fundamenta e se sustenta, porque é assim que se mantém a unidade social.

¹⁰ Se a base da teoria social dos sistemas é a comunicação entre os sistemas, quando a comunicação entre eles não trazer efetividade, é porque os sistemas perderam a sua essência e funcionalidade. Portanto, havendo a improbabilidade de comunicação entre os sistemas sociais é porque a ordem social deixou de existir. Para Luhmann (2011), uma sociedade moderna é aquela que consegue distinguir as diferentes formas de comunicação entre os diferentes sistemas sociais; respeitando as suas funcionalidades.

No que se refere à codificação, é importante que o subsistema a demonstre por meio de um sistema de programação finalista ou condicional. Uma programação finalista estabelece suas funções para buscar os meios necessários para atingir um determinado fim; uma programação condicional, utilizada pelo subsistema jurídico, estabelece de forma prévia e binária, as condições para considerar se um fato é legal ou ilegal, lícito ou ilícito, direito e não direito.

A identificação das funcionalidades dos subsistemas é importante para a complexidade da sociedade contemporânea, pois as expectativas sociais podem ultrapassar a funcionalidade dos subsistemas e exigir um acoplamento estrutural entre eles a fim de que essas expectativas sejam dirimidas.

Entretanto, o acoplamento estrutural é limitado com objetivo de que as estruturas de um e outro subsistema não se contraponham, fazendo que as suas funcionalidades não sejam desvirtuadas e suas estruturas não sejam abaladas.

Assim, a comunicação entre subsistemas deve levar em consideração a funcionalidade de cada subsistema social. Esse ponto é de crucial importância para entender o acoplamento estrutural conceituado pela teoria luhmanniana, utilizado como uma causa na presente pesquisa para a deslegitimação do Poder Judiciário; pela comunicação entre os subsistemas jurídico e político.

Numa análise macro (sistema social) e micro (subsistemas sociais) da teoria dos sistemas de Luhmann (2011), a funcionalidade do subsistema jurídico, por exemplo, é o dizer direito ou não direito para que haja diminuição das expectativas sociais criadas pela complexidade da sociedade e a sua funcionalidade é que determina a sua codificação e estruturação. Já o subsistema político, por sua vez, possui a funcionalidade do exercício e manutenção do poder, sendo essa que determina, também, a sua codificação¹¹ e estrutura.

Se é verdade que a funcionalidade de um subsistema determina a sua codificação e estrutura, também, pode-se afirmar que a codificação de um subsistema determina a sua estruturação, porque a codificação é a base da estrutura de um subsistema.

¹¹ A codificação do subsistema jurídico pode ser colocada como a consideração de algo ser considerado lícito ou ilícito e a codificação do subsistema político pode ser colocada como governo x oposição.

Por exemplo, a codificação no sistema jurídico, lícito e ilícito¹², fundamenta a dogmática e essa fundamenta a estrutura interna do sistema. Falando de forma clara, a funcionalidade do subsistema jurídico determinada pelo julgamento de dizer que algo é lícito ou ilícito, direito ou não direito, baseia toda a normativa na qual ele se fundamenta. Toda essa normativa é que determina a estruturação do subsistema jurídico, como o procedimento, competência e as instâncias para o julgamento. No campo da ciência e da dogmática jurídicas, no “sistema jurídico luhmanniano, a codificação é imprescindível para que haja uma separação entre o direito e os aspectos morais ou políticos” (MADEIRA, 2007, p. 32), e isso irá determinar as suas estruturas.

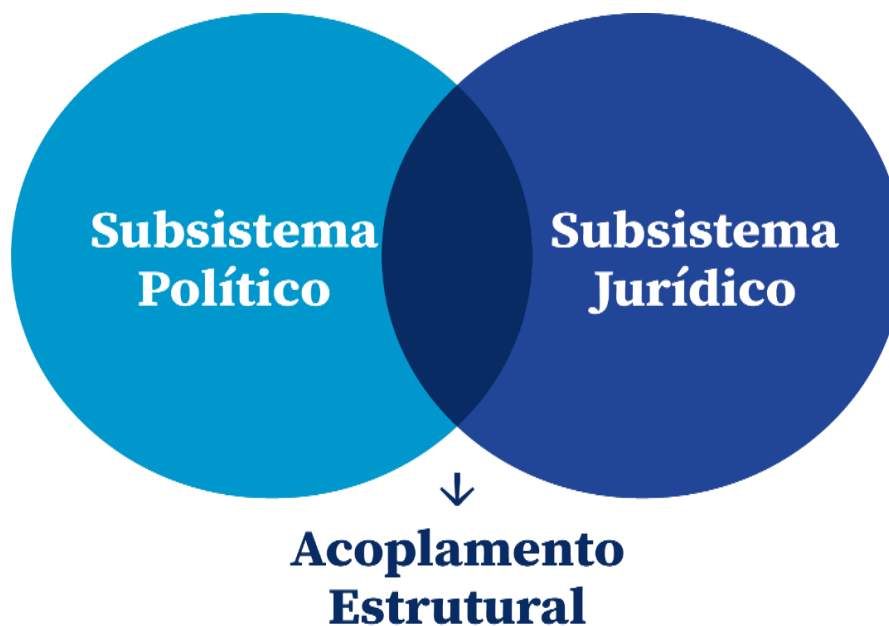
1.1.2 O acoplamento estrutural e a retroalimentação entre os subsistemas político e jurídico

Quando dois subsistemas distintos se comunicam em um determinado sistema social, tem-se o acoplamento estrutural, que é uma comunicação necessária mediante a complexidade social de uma sociedade civilizada¹³.

¹² Para Luhmann (2011), a codificação entre lícito e ilícito é que determina uma comunicação que pertence ao subsistema jurídico; somente uma comunicação com essa codificação é que pode ser atribuída ao subsistema jurídico.

¹³ “É evidente que dependem da própria forma de diferenciação os acoplamentos estruturais que a sociedade vai instituir para atrelar entre si seus subsistemas e, ao mesmo tempo, para limitar esse atrelamento. Os acoplamentos estruturais que vinculam o sistema do direito com outros sistemas funcionais da sociedade surgirão somente quando a diferenciação funcional do sistema da sociedade tiver alcançado um grau de desenvolvimento em que a separação e conexão dos sistemas funcionais constituam um problema, e no qual o paradoxo da unidade do todo, que se compõe de partes, possa ser transferido aos acoplamentos estruturais, adquirindo forma” (LUHMANN, 2016, 353). Para Luhmann, quando o direito lida com a economia, mesmo que de forma secundária, em suas decisões, significa que ele está lidando com a economia. Da mesma forma, pode-se dizer quando o direito lida com a política.

Figura 2: Demonstração do acoplamento estrutural de acordo com a teoria do sistema social, de Niklas Luhmann



Fonte: Elaborado pela autora com base nas pesquisas realizadas

A necessária comunicação entre os subsistemas para a redução de complexidades e expectativas sociais ocorre numa ótica micro (na relação entre os sistemas específicos, aqui denominados de subsistemas) da teoria dos sistemas, mas, em todo o momento, as relações vivenciadas entre os subsistemas se inter-relacionam com a visão macro de um sistema social, pois a comunicação entre os subsistemas, se ilimitada, pode ocasionar uma desordem na unidade de um determinado sistema social, em razão dos subsistemas não respeitarem suas respectivas funcionalidades e, portanto, ocasionar a desorganização nas suas estruturas e as respectivas codificações¹⁴.

A ocorrência do acoplamento estrutural dos subsistemas político e jurídico não se apresenta como um problema desde que haja uma limitação na comunicação entre eles a fim de que as suas estruturas, codificações e programas de atuação, não desvirtuem a sua funcionalidade e a do outro subsistema acoplado.

¹⁴ Pode-se definir uma ordem de assimilação das óticas apresentadas sobre a teoria dos sistemas: a estrutura interna do subsistema, que aqui é denominada de ótica micro, baseia-se na sua codificação. Por sua vez, a codificação baseia-se na funcionalidade. Quando se fala em acoplamento estrutural, além das suas codificações e de suas estruturas se comunicarem, a funcionalidade de cada subsistema funciona como limite.

Ao tratar de acoplamento estrutural, Luhmann (2011) explica que a relação de interdependência, uma espécie de retroalimentação entre os subsistemas político e jurídico- que ele chama de “relação parasitária entre política e direito”¹⁵- funciona como uma forma de um subsistema crescer por meio da diferença entre o parasita e seu hospedeiro. No caso, como os subsistemas político e jurídico se retroalimentam, eles assumem, concomitante e respectivamente, tanto os papéis de parasitas, quanto de hospedeiros em suas relações.

Certo é que sem o acoplamento estrutural e essa relação de retroalimentação, nenhum dos subsistemas, político e jurídico, existiriam na forma pela qual se apresentam¹⁶, haja vista que até mesmo nessa relação parasitária, a diferenciação funcional, as suas respectivas autonomias devem se fazer, necessariamente, presentes. Mesmo quando do acoplamento estrutural e na relação de interdependência, é necessário que os subsistemas político e jurídico consigam de diferenciar.

Essa relação de interdependência, parasitária, entre esses subsistemas possui um mecanismo próprio do acoplamento, que trabalha com as estruturas desses dois subsistemas. Ressalte-se, entretanto, que a análise do acoplamento estrutural entre esses dois subsistemas pode partir da necessária limitação, baseada na funcionalidade de cada subsistema, como também, do próprio mecanismo de retroalimentação.

Nesse mecanismo de retroalimentação, Luhmann (2016) explica que no acoplamento estrutural há relações causais entre os subsistemas político e jurídico que podem determinar uma limitação jurídica do e no poder político e, ao mesmo tempo, uma instrumentalização política do direito.

No que se refere a essa relação entre a limitação jurídica do e no poder político com a instrumentalização política do direito, verifica-se que ela ocorre por meio do controle jurídico de atos políticos e pela necessária sujeição do subsistema político ao subsistema jurídico; o que significa que, ao mesmo tempo que o subsistema político busca tomar decisões com base no “politicamente possível, isto é, de acordo com critérios políticos com os quais a política resolve

¹⁵ O direito da sociedade, 2016, p. 337.

¹⁶ Por isso, Luhmann afirma que “é possível afirmar que os sistemas político e jurídico não seriam o que são sem o outro correspondente”¹⁶, (2016, p. 336-337).

seus problemas, ou seja, desfazendo-se deles”(LUHMANN, 2016, p. 335), o subsistema jurídico

[...] proporciona uma possibilidade para a fixação de formas legais e para a despolitização de problemas. Ele garante que os assuntos continuarão sendo tratados sob critérios especificamente jurídicos, ainda que a política, nesse ínterim, passe a tratar de outros problemas¹⁷.

A relação entre a limitação jurídica do e no poder político com a instrumentalização política do direito que ultrapasse as hipóteses apresentadas por Luhmann pode significar o caos no sistema social, pois toda a harmonia necessária para a sua manutenção é descartada quando as funcionalidades não são respeitadas.

A limitação que o subsistema jurídico causa no subsistema político pode ser explicada pelo fato de que o agir político é baseado na decisão de qual direito deve ser considerado vigente. Ao mesmo tempo, quando uma decisão política é tomada, o subsistema jurídico pode limitar a atuação política por meio de uma análise jurídica do ato político já praticado, forma pela qual a política se instrumentaliza no direito¹⁸.

De acordo com Rocha (2018), a Constituição Federal limita o acoplamento entre os subsistemas jurídico e político e por meio dessa limitação constitucional ocorre a permissão que a codificação do subsistema jurídico se converta em um meio de conformação política e, ainda que o subsistema jurídico se torne um instrumento jurídico para a regulação política.

Essa é a grande dificuldade do acoplamento estrutural. Quando os subsistemas político e jurídico deixam de atuar conforme as suas funcionalidades, o Judiciário passa a decidir:

“com base em critérios exclusivamente políticos (politização da magistratura como a somatória dos três erros aqui referidos: parcialidade, ilegalidade e protagonismo de substituição de papéis) e de uma política judicializada ou que incorpora o ritmo, a lógica e a prática da decisão judiciária em detrimento da decisão política” (CAMPILONGO, 2011, p. 60),

¹⁷ Luhmann, 2016, p. 335.

¹⁸ Por meio, por exemplo, de uma legislação politicamente induzida, em que o Judiciário apresenta as diretrizes da legalidade.

O problema do acoplamento está, justamente, na falta de seguir a funcionalidade de cada subsistema acoplado.

Apesar do acoplamento possibilitar a comunicação entre os subsistemas político e jurídico, no sentido de regulação política por meio do subsistema jurídico e regulação judicial por meio do subsistema político, as suas funcionalidades e, conseqüentemente, a diferenciação funcional, impede que o acoplamento modifique o seu funcionamento interno, as estruturas e codificações de cada subsistema (GUERRA FILHO, 2014, p.165).

De outro lado, o subsistema jurídico ao limitar o agir político demonstra que suas decisões possuem legitimidade e força, pois num sistema social, a existência de um subsistema jurídico é que possibilita a realização de fins políticos¹⁹.

Todavia, essa legitimidade e força das decisões oriundas do subsistema jurídico somente existirão se as funcionalidades e as respectivas autonomias entre os subsistemas político e jurídico forem respeitadas. A relação parasitária entre eles não autoriza a subentender que a autonomia e, conseqüentemente, a diferenciação funcional são relativizadas. Nenhum desses subsistemas pode ser considerado como um *longa manus* do outro, pois o que o acoplamento estrutural possibilita é uma comunicação entre subsistemas operacionalmente fechados²⁰, não uma mudança em sua estrutura, programação e funcionalidade. O fechamento está em, justamente, na manutenção da estrutura, programação e funcionalidade de cada subsistema acoplado.

Na comunicação entre subsistemas, a diferenciação deve ser o norte, sob pena do próprio sistema social, em que os subsistemas estão inseridos, entrar numa desordem, a ponto de não mais poder considerá-lo como tal.

Se essa capacidade de distinguir e fazer referência a sistemas desse modo não existisse, o resultado seria o caos e a extrema simplificação. Toda decisão jurídica, toda celebração de um contrato seria uma ação política, assim como, inversamente, um político poderia interpretar ou modificar as condições do direito valendo-se somente de suas comunicações e, de modo

¹⁹ Essa retroalimentação é que funciona como um conector para o Estado de Direito: ao mesmo tempo que possibilita a suspensão jurídica do poder político, faz que o Direito se instrumentalize politicamente.

²⁰ "Fechamento operativo significa tão somente que a autopoiese do sistema pode ser executada unicamente com suas próprias operações e que a unidade do sistema pode ser reproduzida somente com as operações do próprio sistema". (LUHMANN, 2016, p. 348).

correspondente, teria de se conduzir de maneira cautelosa (LUHMANN, 2016, p. 345).

Por isso, o acoplamento estrutural, partindo da análise da funcionalidade de cada subsistema, exige a manutenção da diferenciação funcional entre os subsistemas acoplados. A limitação do acoplamento estrutural está na funcionalidade de cada subsistema.

Interessante que apesar de os subsistemas político e jurídico serem operacionalmente fechados, no acoplamento há a criação de uma abertura (pela comunicação) necessária entre eles para a diminuição das expectativas sociais. Essa abertura de comunicação entre os subsistemas acoplados, possibilita a evolução de uma sociedade complexa, só que limitada. A abertura ocasionada pelo acoplamento estrutural possui um limite e esse limite é constitucional; na funcionalidade constitucional de cada subsistema.

De acordo com a teoria luhmanniana, a Constituição Federal regula e limita o acoplamento estrutural entre os subsistemas jurídico e político e que operações dos subsistemas contrárias ao determinado pela ordem constitucional ocasionam o fracasso político, considerando a existência do sistema social no qual os subsistemas estão inseridos. Para Guerra Filho (2014, p.163),

[...] o meio principal de acoplamento entre o sistema do direito e o sistema da política, por exemplo, segundo Luhmann são as constituições. Para entendermos isso, é necessário ter em mente que o Judiciário é a organização que ocupa o centro do sistema jurídico, pois é quem determina em última instância o que é e o que não é direito.

O acoplamento estrutural quando efetivado dentro dos limites funcionais e, portanto, constitucionais de cada subsistema, aqui chamado de acoplamento estrutural funcional, ainda carrega consigo um fechamento operativo, o que significa que cada subsistema mantém a sua estrutura, a delimitação de sua função e a codificação próprias, ou seja, não perde suas características estruturais, a sua autonomia.

Deve-se ter em mente que, no acoplamento estrutural entre os subsistemas, as respectivas funcionalidades não podem ser dispensadas para a redução de expectativas sociais. No caso, o subsistema jurídico somente pode sofrer modificações dentro de seus próprios limites estabelecidos pela Constituição Federal. Isso não significa afirmar que um subsistema não possa

ser influenciado por outro. Por exemplo, considerar que o subsistema jurídico é totalmente independente de elementos estranhos a ele para o seu funcionamento é a mesma coisa que considerar que o subsistema jurídico não seja importante para a manutenção do sistema social. Da mesma forma que, considerar que o seu funcionamento dependa de elementos estranhos a ele é a mesma coisa de considerar que ele é imprevisível (Teubner, 1993, p. 4); o que na prática seria insustentável ao sistema social.

O que Luhmann ensina é que esse fechamento operativo deve sempre ser limitado pela diferenciação funcional entre os subsistemas comunicantes, acoplados. Por isso, que a ideia de autopoiese, de autorregulação do subsistema jurídico se baseia na comunicação e na diferenciação funcional. Em suma, é por meio da diferenciação funcional que se mantém a autonomia do subsistema jurídico quando do acoplamento estrutural.

Luhmann, (2016, p. 335), explica que é comum que o subsistema político, em razão de sua programação, pratique um ato político contra o direito de forma involuntária. A conclusão de estar contrário ao direito dá-se pelo fato de se colocar algo em risco. Por isso, para ele, “o risco é um bom indicador de que se está ultrapassando os limites do sistema”.

Essa relação entre os subsistemas, o acoplamento estrutural, é complexa e pode criar um paradoxo: ao mesmo tempo que procura reduzir as complexidades e expectativas sociais, acaba criando outras complexidades e expectativas sociais, porquanto, nesse intuito de reduzi-las, acaba criando ruídos nessa comunicação, que somente se resolverão se as respectivas funcionalidades e autonomia forem respeitadas.

Por isso, é que na teoria dos sistemas sociais de Luhmann (2011), afirma-se que a complexidade gera complexidade. Rocha (2018, p. 19) explica que um subsistema “age aumentando o número de estados possíveis em sua dinâmica interna- o que faz contraditoriamente, afinal, reduz a complexidade, aumentando-a-, delineando as possibilidades de entrada do que está no entorno”.

1.2 A AUTOPOIESE DO SUBSISTEMA JURÍDICO

O conceito de autopoiese surgiu como uma tentativa dos biólogos definirem um ser vivo e explicar o seu sistema de funcionamento. Pelo conceito é possível identificar os seus elementos que constitui o ser vivo e entender a sua existência e reprodução. De acordo com Antunes (1993), Maturana e Varela conceituaram a autopoiese como

a autonomia e constância de uma determinada organização das relações entre os elementos constitutivos desse mesmo sistema, organização essa que é auto-referencial no sentido de que a sua ordem interna é gerada a partir da interação dos seus próprios elementos e auto-reprodutiva no sentido de que tais elementos são produzidos a partir dessa mesma rede de interação circular e recursiva (ANTUNES, 1993, III).

Portanto, o sistema de um ser vivo, para ser considerado como tal, deve ter a capacidade de se organizar autonomamente. Quando ocorre o acoplamento estrutural entre subsistemas, cria-se uma abertura na estrutura acoplada. Como afirmado anteriormente, essa abertura é limitada pela própria funcionalidade de cada subsistema, o que diferencia um subsistema do outro. Além da funcionalidade, um subsistema se diferencia do outro pela sua operacionalidade interna, que é fechada pela própria estrutura e codificação. É esse mecanismo de acoplamento que possibilita e ao mesmo tempo demonstra a autonomia dos subsistemas e a manutenção do sistema social do qual eles pertencem.

Como consequência do acoplamento e da sua limitação, os subsistemas se autorreproduzem a fim de manter a sua individualização dentro da unidade de um determinado sistema social. Por isso, Luhmann (2011) afirma que um subsistema social é fechado operacionalmente, autorreferente e *autopoietico*. A *autopoiese*, para ele, possui o mesmo significado de autorreferência e autoprodução, com intuito de manutenção de um subsistema²¹. Um subsistema somente pode se considerar como tal se for autônomo e, essa autonomia,

²¹ Para Luhmann, os sistemas autopoieticos são autorreferenciais, e todos os sistemas autorreferenciais operam autopoieticamente. O conceito de autorreferência será, portanto, entendido por Luhmann completamente no sentido do conceito de *autopoiesis*. A autorreferência não é somente auto remissão, mas também autoprodução e automanutenção do sistema, mediante a permanente reprodução de seus componentes (LUHMANN, 2011, p. 123).

segundo a conceituação de Maturana e Varela, somente existe se o subsistema puder se auto organizar e se auto reproduzir.

Um subsistema autopoietico é aquele que produz as operações no limite de sua funcionalidade para que possam ser produzidas mais operações, tendo como base, numa prática de autorreferência, as suas próprias operações. “Nesse modo de agir, o sistema é autorreferencial, capaz de distinguir o que lhe pertence do que é alheio, a partir da diferença sistema/entorno” (ROCHA, COSTA, 2018, p. 36), sistema/subsistema.

Um sistema é considerado autopoietico porque é, obrigatoriamente, autônomo. Essa autonomia, que recai na autopoiese, está na escolha de ‘ruídos’ externos a ele pelo subsistema, a fim de reduzir a complexidade social e suas expectativas, desde que esses ‘ruídos’ não desnaturem sua funcionalidade.

A autonomia, caracterizadora da autopoiese do subsistema, caracteriza-se pelo fato de que suas operações funcionais, sua organização, não são determinadas por outro subsistema, no sentido de que nenhum subsistema pode ser considerado extensão do outro. Por exemplo, o subsistema jurídico na sua atividade de autorreferência e de autorreprodução seleciona o que se encaixa como comunicação jurídica no âmbito de um sistema social²². A autorreferência e a autorreprodução é que faz que um subsistema “apareça como um sistema independente em face do seu meio envolvente e imune à respectiva influência directa” ao seu funcionamento e existência (TEUBNER, 1993, p. 33).

Reprodução autopoietica do sistema jurídico é simplesmente produção do direito mediante o próprio direito. Kelsen também dizia que o fundamento de validade de uma norma é sempre uma norma e não um fato: “o ordenamento jurídico é um sistema de normas gerais e individuais conectadas entre si com base no princípio de que o direito regula sua própria criação. Quem pode dizer o que é o direito? Só o

²² De acordo com Rocha (2018, 19) “a comunicação jurídica, partindo de operações do sistema, possui uma dupla função: produção e reprodução das estruturas do Sistema do Direito, representando atualizações de possibilidades dotadas de sentido, mesmo que desapareçam após a sua realização e, assim, pressupondo condições associativas para as operações seguintes”, podendo ser citada como exemplo de produção e reprodução ínsita ao subsistema jurídico os precedentes. De acordo com Didier Jr (2016, 455), o precedente “é uma decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo elemento normativo pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos”. Entretanto, deve-se salientar que o que determina a vinculação de uma decisão não é o precedente em si, mas, sim, a *ratio decidendi*, que pode ser considerada como a essência da tese jurídica utilizada para decidir determinado caso. Além desse exemplo e, mais concretamente, tem-se a decisão tomada em sede da criminalização da homofobia e o aborto de fetos anencefálicos.

próprio direito. É o direito que exerce o controle do direito por meio do direito (CAMPILONGO, 2011, p. 77).

Entretanto, um ‘ruído’ (sempre externo) adotado pelo subsistema jurídico pode ensejar novas decisões. Após recursos e decisões, por exemplo, tomados em sede de repetitivos, gera-se um precedente que deve ser adotado por todo o Judiciário e que passa a nortear o subsistema jurídico. Uma novidade, advinda por um ‘ruído’, pode se tornar precedente, modelo, orientação para as próximas tomadas de decisão, ou seja, autorreferenciação, autoprodução e autorreprodução; a autopoiese do subsistema jurídico²³.

O entendimento sobre a autopoiese do subsistema jurídico é importante, pois dependendo da leitura do que se entende por autoprodução e autorreprodução na autopoiese do subsistema jurídico, poderá haver um posicionamento autorizador de criação fora dos limites de sua funcionalidade luhmanniana, como os exemplos do ‘neo’ no ‘jus’.

Os *neo* entendimentos advindos de um acoplamento, de um ‘ruído’ podem se apresentar como equivocados, quando, por exemplo, ocorre a assunção por parte do subsistema jurídico do programa e da funcionalidade inerente ao subsistema político, porque assim o fazendo, o subsistema jurídico perde sua autonomia²⁴.

1.3 A RELAÇÃO ENTRE A TEORIA LUHMANNIANA E OS CAPÍTULO DA TESE

A escolha metodológica recaiu sobre a teoria dos sistemas luhmanniana, em razão da relação existente entre sistema e subsistema e em razão da relação

²³ “Uma ressalva há de ser feita em relação ao fato de que uma decisão judicial tomada em um processo pode ser reformada em grau de jurisdição diverso, ou ainda, nas hipóteses de modificação das decisões previstas da legislação. Todavia essas alterações- ou até mesmo o que foi decidido no âmbito inferior da organização-, fazendo-se uma análise a partir da teoria dos sistemas e sociologia das organizações, não fogem- geralmente- à lógica da teoria organizacional, partindo da premissa de que, em uma organização, a tomada de decisões é dividida de modo que os níveis mais elevados, por meio de suas decisões, vinculam as decisões dos membros que atuam nos níveis inferiores” (ROCHA, 2018, p. 22).

²⁴ Foi o que ocorreu sob o argumento do combate à corrupção. Isso não quer dizer que as funcionalidades do subsistema jurídico não possam evoluir. Ao contrário. A teoria dos sistemas luhmanniana trata, justamente, dessas possibilidades em uma sociedade contemporânea, que é complexa. Para a teoria luhmanniana, o subsistema jurídico “opera de maneira normativamente fechada e ao mesmo tempo, cognitivamente aberta” (LUHMANN, 2016, p. 63); o acoplamento estrutural possibilita essa evolução. Nada impede que o subsistema jurídico considere algo do programa finalista, desde que respeitadas a sua autonomia e a limitação na norma não contingencial.

entre os elementos de subsistemas sociais acoplados. Essas relações servem como base e fundamento da elaboração desta pesquisa e tem o objetivo de demonstrar a (des) legitimação do Poder Judiciário sob dois aspectos: por meio da degeneração do Direito pela atuação do Poder Judiciário e por meio da degeneração do Direito em razão da política.

A primeira questão metodológica a ser esclarecida é o lugar do Poder Judiciário, enquanto poder de uma República, na teoria dos sistemas luhmanniana.

Como verificado na explicação sobre a teoria, numa visão micro dos sistemas sociais, que aqui foram designados de subsistemas, verificou-se que a funcionalidade de um subsistema determina a sua codificação e, por sua vez, a codificação determina a sua estrutura.

Tendo por base essa correlação entre funcionalidade, codificação e estrutura, tem-se que o Poder Judiciário, enquanto representação da jurisdição, encontra-se em todo o subsistema jurídico, analisado sob a visão micro de um sistema social. A ideia é que, em um acoplamento estrutural entre o subsistema jurídico e o subsistema político, se a funcionalidade constitucional do subsistema não for verificada, a sua estrutura deixa de existir e a unidade do sistema social se desorganiza.

O subsistema jurídico que não segue a sua funcionalidade constitucional causa a desordem no sistema social como um todo e, dessa forma, perde a sua legitimidade, considerando a unidade de um sistema social. O mesmo pode ser afirmado quanto ao subsistema político, subsistema que abarca a “voz das ruas” e o Poder Executivo Federal.

Uma ressalva necessária que precisa ser feita para o entendimento da presente pesquisa é que, apesar da teoria dos sistemas de Luhmann tratar do acoplamento estrutural dos subsistemas político e jurídico sob a vertente do mecanismo (do que ele chama de relação parasitária, da retroalimentação entre os dois subsistemas e sob a vertente da limitação funcional no acoplamento estrutural), somente os capítulos 03 e 04 trabalharão a relação parasitária, a retroalimentação entre os dois subsistemas.

De todo modo, em todos os capítulos, a ênfase será na limitação funcional entre os subsistemas acoplados. Essa ressalva é de extrema importância, pois, apesar da retroalimentação não afastar a necessidade de

manutenção da diferenciação funcional entre os subsistemas e de sua autonomia, a proposta da tese, de tratar da (des)legitimação do Poder Judiciário, pode parecer anacrônica e contraditória, tendo por base a teoria de Luhmann. Por isso, a análise da funcionalidade dos subsistemas jurídico e político é feita em capítulos separados, como na teoria dos sistemas sociais. A análise conjunta dos subsistemas jurídico e político somente é realizada quando o acoplamento transparece, ou seja, quando da análise da “voz das ruas” como fonte de Direito e da análise da judicialização degenerada da política e a politização da razão decisória.

No capítulo 02, é trabalhada a degeneração da Ciência e da dogmática jurídicas como meio para a deslegitimação do Poder Judiciário. A degeneração da Ciência e da dogmática jurídicas é colocada como pressuposto para a deslegitimação do Poder Judiciário. Como o Poder Judiciário é localizado no subsistema jurídico, a sua legitimidade é trabalhada por meio de sua funcionalidade afeta ao subsistema jurídico, sem levar em consideração a existência de uma relação interdependente entre os subsistemas político e jurídico, tendo em vista que o foco é o limite da funcionalidade do subsistema jurídico dentro de um sistema social.

Após a análise da legitimidade do Poder Judiciário, em razão de sua funcionalidade dentro do sistema social, passa-se para a verificação da autopoiese do subsistema judiciário, porquanto pela teoria luhmanniana, o subsistema jurídico é autorreferencial, autoprodutor e autopoietico. Nesse sentido, o principiologismo, o *neoconstitucionalismo* e o iluminismo constitucional podem ser uma forma de enxergar a autopoiese de forma deturpada, que autoriza uma autoprodução ilimitada.

No capítulo 03, a degeneração do Direito pela “voz das ruas” é tratada como uma causa de deslegitimação do Poder Judiciário. Metodologicamente, essa análise é realizada considerando o acoplamento estrutural da teoria dos sistemas, a ponto de analisar se a abertura estrutural causada pelo acoplamento estrutural de Luhmann (2011), entre os subsistemas político e jurídico, autoriza a utilização da “voz das ruas” como fonte do Direito.

A judicialização degenerada da política como forma de deslegitimação do Poder Judiciário é tratada no capítulo 04, cuja teoria luhmanniana serve como modelo metodológico ao tratar do acoplamento estrutural limitado entre os

subsistemas político e jurídico e a relação de interdependência entre eles no funcionamento do sistema. Demonstra-se neste capítulo, por meio da análise da relação parasitária, de retroalimentação entre os subsistemas político e jurídico, que alguns atos políticos praticados pelo Governo brasileiro extrapolam os limites dessa relação de retroalimentação, como também, dos limites do acoplamento estrutural. Nesse sentido, a judicialização degenerada da política e a consequente politização da razão decisória no subsistema jurídico servem como meio para que o subsistema político trabalhe por uma deslegitimação política do Poder Judiciário.

Assim, toda a construção desta pesquisa é baseada na teoria dos sistemas sociais como modelo ideal, com a ressalva na relação entre o *neoconstitucionalismo* e a *autopoiese* do subsistema jurídico. Tendo por base os elementos dos sistemas sociais de Luhmann (2011) (sistema, subsistema, autonomia, autopoiese, programas funcionais e condicionais, acoplamento estrutural, bem como, a diferenciação funcional) é que a análise da (des)legitimação do Poder Judiciário, justamente pela ausência de diferenciação funcional dos subsistemas jurídico e político, ocorre.

PARTE I- A DEGENERAÇÃO DO DIREITO PELO PODER JUDICIÁRIO

Com o tempo, o ovo se tornou um ovo de galinha. Não o é. Mas, adotado, usa-lhe o sobrenome. – Deve-se dizer “o ovo da galinha”. Se eu disser apenas “o ovo”, esgota-se o assunto, e o mundo fica nu. – Em relação ao ovo, o perigo é que se descubra o que se poderia chamar de beleza, isto é, sua veracidade. A veracidade do ovo não é verossímil. Se descobrirem, podem querer obrigá-lo a se tornar retangular. O perigo não é para o ovo, ele não se tornaria retangular. (Nossa garantia é que ele não pode: não poder é a grande força do ovo: sua grandiosidade vem da grandeza de não poder, que se irradia como um não querer.) Mas quem lutasse por torná-lo retangular estaria perdendo a própria vida. O ovo nos expõe, portanto, em perigo. Nossa vantagem é que o ovo é invisível. E quanto aos iniciados, os iniciados disfarçam o ovo. (O ovo e a galinha, Clarice Lispector).

CAPÍTULO 2 - A (DES) LEGITIMAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO PELA DEGENERACÃO DA CIÊNCIA E DA DOGMÁTICA JURÍDICAS EM RAZÃO DO PROCEDER DO PODER JUDICIÁRIO

De início, deve-se salientar que a expressão 'degeneração' é emprestada de Abboud (2021, a), justamente no sentido como é utilizada na pesquisa. Aqui, a expressão é usada no contexto de desrespeito à Ciência e à dogmática jurídicas, como forma de deslegitimar o Poder Judiciário e é considerada como precedente obrigatório para a ocorrência da deslegitimação do Poder judiciário.

No sentido utilizado pelo autor²⁵, a degeneração do direito e da Ciência jurídica, a degeneração do Direito possui o significado de perda de sua autonomia perante um determinado governo, o que acarreta diversas consequências para a democracia e para o Estado. O desrespeito à lei e à Constituição, quando impregnados de justificativas finalistas, escancara a degeneração, até porque, justificativas finalistas são produtos de uma ideologia de quem faz uso delas, do político.

Nessa perda de autonomia, o Direito se degenera quando é utilizado como instrumento para um fim político. Rüthers (1988, p. 63) explica a degeneração do Direito, como a determinação de novos significados a elementos normativos, que deveriam seguir o estatuído pela ideologia do governo instituído pelo nacional socialismo: *“durante la época nazi la aplicación del derecho estuvo completamente al servicio de la nueva idea del derecho em el nacionalsocialismo”*²⁶. O autor ainda explica que o nacional socialismo trouxe uma nova ideia de direito, que se afastava das interpretações e aplicações ligadas à lei e à jurisprudência anterior. Nesse sentido, ele explica que a base da interpretação do Direito no nacional socialismo, pautou-se numa ideia de que a

²⁵ A perda da autonomia está diretamente ligada à ideologia de um determinado governo. Por meio de uma interpretação do texto da lei e esvaziada de valores humanos, a degeneração corrompe a ciência e, conseqüentemente, o direito. Em sua obra, Abboud (2021,a) exemplifica a degeneração com o direito nazista, expressão repudiada por Gustav Radbruch, em razão de quando as leis são ilegais e injustas não podem ser denominadas de direito, muito menos de Ciência. Nesse sentido, quando um direito é ilegal e injusto, ele nada mais é do que a representação do caos e da ilegalidade. A degeneração está presente quando, sem qualquer objeção ou debate, a lei é descumprida para se fazer a coisa certa, pois o que é certo ou não, depende de subjetividades, ideologias (ABBOUD, 2021,a).

²⁶ Durante a época nazista, a aplicação do direito estava completamente à serviço da nova ideia do direito, oriundo do nacional socialismo.

justiça é a verdadeira finalidade do Direito e, por isso, é anterior à lei escrita e hierarquicamente superior a ela. Com esse posicionamento, “*cualquier norma y mediante esa idea puede también cualquier norma ser corregida, em caso de conflito*” (1988, p. 56), demonstrando que o caráter supra positivista, pós-positivista, lançado pelo nacional socialismo poderia considerar obsoletas e inaplicáveis quaisquer leis anteriores que fossem política e ideologicamente indesejadas pelo governo.

A degeneração experimentada pela Alemanha nazista, que serve de base para Rùthers (1988) e Abboud (2021,a), ainda não foi vivenciada no Brasil. A perda de autonomia do Direito e sua utilização para o fim político não se estabeleceu, apesar de já ter florescido. Por enquanto, pode-se afirmar que o Brasil experimenta medidas degenerativas do Direito que, se não forem freadas, podem levar o Brasil a experimentar a degeneração, propriamente dita, e seus efeitos para a democracia, apesar de o simples florescer já causar danos para a democracia.

Saliente-se que, a degeneração do Direito, como medida degenerativa, é analisada neste capítulo como a degeneração que ocorre em razão do proceder do Poder Judiciário, em razão de medidas degenerativas judiciais. Neste sentido, afirma-se que o Brasil, ainda, experimenta medidas degenerativas de um Direito ainda não degenerado. Conforme afirmado na Introdução, a degeneração do Direito, enquanto medidas degenerativas causadas pelo subsistema político, será tratada em capítulos à frente.

Desta forma, a ideologia que fundamenta uma decisão judicial pode estar calcada em critérios metafísicos, metajurídicos e, ao mesmo tempo, por um pragmatismo exacerbado, em que os valores humanos e da dignidade são relativizados, a depender do grau de ‘justiça’ desejada por quem decide e que degenera o Direito.

Nesse ponto, é forçoso distinguir Ciência jurídica do direito, pois para afirmar que a degeneração dos dois acarreta a deslegitimação do Poder Judiciário, é preciso distinguir o criador de seu produto, ou seja, distinguir Ciência jurídica e direito, para demonstrar como ocorre a degeneração e, conseqüentemente, a deslegitimação do Poder Judiciário.

Diferenciar Ciência jurídica e direito, obrigatoriamente, remonta ao positivismo de Kelsen. Na explicação de Streck (2020, a), quando Kelsen

escreveu a obra 'Teoria Pura do Direito', o que se pretendeu foi separar a Ciência jurídica do próprio direito, em que a primeira é descritiva e se caracteriza como ato de conhecimento, baseado na neutralidade e o segundo é descritivo e baseia-se em ato de vontade, assentado na moral, política e ideologia²⁷.

²⁷ O princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade, por exemplo, pode ser tomado como forma de tentar explicar a Ciência jurídica e sua diferenciação com o direito, respectivamente, Direito como descrição e direito como decidido. Pelo aspecto da Ciência jurídica, tem-se a origem do princípio da presunção de inocência, o que condiciona o posicionamento de um acusado perante o estado, inclusive sob o aspecto dogmático. A Ciência jurídica, portanto, para ser compreendida deve ter como ponto de partida o processo evolutivo do próprio Direito. No sentido do princípio da presunção de inocência, a Ciência jurídica é verificada na sua evolução histórica. Nessa evolução histórica, o princípio da presunção de inocência, que remonta à Magna Carta de 1215, dispunha que ninguém poderia ser preso ou privado de seus direitos, sem que houvesse um julgamento justo por seus pares. "Na transição dos modelos históricos de processo penal, do inquisitório ao acusatório, a presunção de inocência assumiu relevante função em sua modificação estrutural, principalmente no que diz respeito à liberdade e à prova" (GIACOMOLLI, 2018, p. 471). Sob o aspecto científico, a presunção de inocência possui o fundamento de que ele surgiu "em face das práticas do *ancien regime* contra a liberdade das pessoas, em razão das prisões arbitrárias e da consideração da pessoa como sendo culpada, mesmo antes de ser provada a sua culpabilidade" (GIACOMOLLI, 2018, p. 472). Uma explicação interessante sobre o princípio em voga, sob o viés da Ciência jurídica, tem-se o voto do Ministro Lewandowski, quando do julgamento das Ações Diretas de Constitucionalidade (ADCs) 43, 44 e 54, em que o Ministro explica o fundamento da presunção de inocência: "Não se ignora que, com o triunfo das revoluções liberais no já longínquo 'século das luzes', acabou-se com a obrigatoriedade do cumprimento dos caprichos régios sob a justificativa de que *le roi le veut*, ou seja, 'o rei o quer'. Como consequência, atualmente, ninguém mais pode ser compelido - ao menos nos países civilizados - a cumprir uma determinação judicial ou, pior, a recolher-se a uma prisão simplesmente porque *le juge le veut*, quer dizer, simplesmente porque 'o juiz o quer'". Ferrajoli (2002), num outro posicionamento científico sobre o princípio da não culpabilidade, afirma que o princípio adveio da Revolução Francesa com a inserção na Declaração dos Direitos do Homem em 1789, como fruto de uma luta contra o arbítrio estatal na persecução penal, trouxe o posicionamento garantista de que é preferível um culpado solto a um inocente preso, e isso é o que legitima a jurisdição penal. O inverso, presumir como culpados todos os acusados, é quebrar a função própria da jurisdição penal, que é de trazer segurança jurídica aos jurisdicionados. Um outro aspecto, não menos importante, ao contrário, refere-se à análise constitucional do referido princípio pelo aspecto da Ciência Jurídica, porquanto pela dogmática, a Lei n. 9868/1999, sem aprofundar na análise, cumpre o seu papel. O que determina que uma Constituição Federal prevaleça sobre as demais normas de um ordenamento jurídico é definida pela sua origem e pelo seu conceito material. Sob o aspecto material, pode-se afirmar que não há um sistema social, enquanto Estado, sem uma Constituição. A Constituição é uma forma de organização de um Estado. É por ela que se organiza uma sociedade. Como um sistema social, enquanto tal, precisa ser organizado, é por meio de uma norma fundante desse sistema é que se organiza uma determinada sociedade. Essa norma é a Constituição. A Constituição Federal é o estatuto de uma determinada sociedade. Na teoria dos sistemas luhmanniano, a Constituição pode ser entendida como a norma limitadora dos acoplamentos estruturais. Nesse sentido, sob o aspecto constitucional da análise da ADCs n. 43, 44 e 54, sob a vertente da Ciência jurídica, todas as demais normas existentes em um sistema devem se coadunar com a Constituição, com a norma limitadora dos subsistemas. O disposto no inciso LVII, do artigo 5º da Constituição Federal é que deve determinar a interpretação das demais normas infraconstitucionais. Assim, se se entende que o disposto no artigo 283 do atual Código de Processo Penal (CPP) é inconstitucional ou que, modificando-se a sua redação, a prisão poderá ser efetuada, em caráter de provisoriedade, fora dos casos de cautela, é porque, nega-se a existência da norma limitadora, que é a Constituição Federal. A modificação do artigo 283 do CPP, como desejado por alguns projetos de lei apresentados, não se fundamenta e desvirtua a ordem do sistema social. Nesse sentido, da dogmática, verifica-se que a Constituição Federal prevê o aludido princípio de forma diferente do

O Direito, enquanto ciência jurídica:

[...] é um conceito interpretativo e é aquilo que é emanado pelas instituições jurídicas, sendo que as questões a ele relativas encontram, necessariamente, resposta nas Leis, nos princípios constitucionais, nos regulamentos e nos precedentes que tenham DNA constitucional, e não na verdade individual do aplicador. Ou seja, ele possui sim elementos (fortes) decorrentes de análises sociológicas, morais etc. Só que estas, depois que o Direito está posto- nesta nova perspectiva (paradigma do Estado Democrático de Direito) - não podem vir a corrigi-lo (STRECK, 2018, p. 178).

Atribuindo, analogicamente, a teoria dos sistemas de Luhmann para a diferenciação entre Ciência jurídica, dogmática e direito (esse último, como ato de vontade), tem-se que a Ciência jurídica equivale ao subsistema jurídico pelo aspecto macro, e a dogmática e o direito equivalem ao subsistema jurídico pelo aspecto micro, ou seja, pela codificação, diferenciação funcional e estrutura, sob pena de não manter a ordem do sistema social de que faz parte.

Da mesma forma, se a decisão pode ser tomada de forma a degenerar a Ciência e a dogmática jurídicas, é porque não se considera existente uma Ciência; se tudo pode é porque não é científico²⁸. Aplicando a teoria luhmanniana, se uma decisão é tomada de forma a desconsiderar a dogmática jurídica, pertencente ao subsistema jurídico, sequer pode-se falar em um sistema social, pois um subsistema não existe sem o sistema, que é o principal, o direito não existe sem a Ciência jurídica. Uma dogmática e um direito contrários à Ciência jurídica é qualquer coisa, porque nega a sua cientificidade. Uma decisão nesse sentido é vazia em tradição, coerência e integridade.

A tradição está para Gadamer (1999), assim como a coerência e a integridade está para Dworkin (2000). Visto que a teoria luhmanniana é utilizada como uma teoria sociológica no Direito, a interpretação, como forma de exercício

que a pretendida pelos projetos de lei apresentados, o que, inclusive, numa possível e indesejada aplicação do 'novo' artigo 283 do Código de Processo Penal, ter-se-ia uma (re)discussão sobre a constitucionalidade do determinado dispositivo, ante o fundamento jurídico desse princípio. Dessa forma, a dogmática se configura como uma instrumentalização da Ciência jurídica e auxilia na redução das expectativas sociais. Ainda, sob o aspecto da dogmática jurídica- dogmática processual- o princípio da presunção de inocência diferencia a prisão como cautela e a prisão como pena, em que seus fundamentos são diferentes. No campo do direito, como ato de vontade, tem-se a prisão determinada em sede de prisão preventiva ou qualquer outra prisão cautelar e, ainda, a prisão que se ultima no trânsito em julgado a fim de suportar a execução da pena. Sob nenhum aspecto, o direito pode violar, trabalhar de forma contrária ao que é fundamentado pela Ciência jurídica. O direito é parte do todo e o todo é a Ciência jurídica.

²⁸ Sob o aspecto matemático, é como tratar que $2+2=5$. Se esse resultado for tido como aceito e verdadeiro, pode-se dizer que a matemática não é parte das ciências exatas.

da finalidade do subsistema jurídico, também deve ser analisada de modo a se verificar no contexto prático do subsistema, fazendo parte da engrenagem de seu funcionamento e, não de forma a ser observada como um objeto a ser aplicado. A interpretação é o meio pelo qual se faz o direito e mantém-se o subsistema jurídico, bem como todo o sistema social do qual faz parte.

A tradição é a forma pela qual a interpretação se apresenta em um sistema social, especificamente, por meio do exercício de sua finalidade. Pode ser considerada como o passado sempre presente que precisa ser sempre cultivado. A tradição é a lembrança de um desenrolar histórico e, ao mesmo tempo, o fundamento de sua validade. Por isso, ela assume uma característica absoluta. Diante de uma análise gadameriana, é por meio da tradição que se conservam direitos.

Para Gadamer (1999), a tradição, como forma de interpretação pela qual se faz o direito, apresenta-se pela linguagem e, por isso,

não é livre para eleger ou rejeitar previamente. Tampouco está em condições de afirmar uma liberdade absoluta nesse 'deixar as coisas como estão', que parece o específico do compreender o compreendido. O acontecido que ela é, não pode fazer que as coisas não tenham acontecido (GADAMER, 1999, p. 671).

Por isso, a tradição não autoriza deixar as coisas como estão, mas também não autoriza a negar o que já existiu.

Para Dworkin (2000), a interpretação é parte da condição humana e isso não significa que a interpretação é uma parte do subsistema jurídico. O sentido de interpretação para ele é que ela é integrante da vida cotidiana na qual o Direito é concebido como uma prática social. A interpretação está inserida no exercício da funcionalidade do subsistema jurídico, como parte integrante do sistema social e não como forma de explicá-lo. É uma diferença que se apresenta de modo sutil, mas que faz diferença na manutenção de um determinado sistema social.

Como forma de manter um sistema social, a interpretação, enquanto prática social, deve ser entendida e praticada de maneira a manter a coerência e integridade de todo o sistema.

Sob o aspecto de manutenção do sistema social, a coerência se apresenta como a necessidade de ajustar-se ao caso com os elementos

normativos que o Direito apresenta em seus significados²⁹. Nesse sentido, esses elementos normativos não correspondem, somente, à dogmática jurídica, mas à Ciência Jurídica, pois é por intermédio dela que um sistema social se fundamenta e se mantém. Por isso, de acordo com Streck (2020, a), a coerência é o *modus operandi* de funcionamento do subsistema jurídico. Já a integridade, configura-se como um freio aos dois pesos e duas medidas e refere-se mais ao ajuste substancial.

Por fim, a integridade e a coerência, na verdade, possuem o objetivo de evitar, por parte do exercício da função do subsistema jurídico o drible da vaca³⁰, e vão de encontro ao argumento do livre convencimento dos juízes. Inclusive, pelo artigo 926 do Código de Processo Civil, a coerência e integridade são exigidas do juiz.

Este reconhecimento é ainda mais necessário no contexto brasileiro, caracterizado pela intensa judicialização, que coloca o Judiciário no centro do debate político e pela dificuldade de se fazer cumprir a Constituição. Por isso, a exigência de coerência e integridade, pressupostos dworkianos que dão contorno a ideia de responsabilidade política do julgador, são imprescindíveis para que se compreenda o papel do juiz na efetivação da democracia. (STRECK, 2020, 46, a).

Streck (2020, p.46, a), arremata, ainda, em seu Dicionário de Hermenêutica que, se o “Judiciário julga por princípio, o corolário é a manutenção da coerência e, conseqüentemente, da integridade”. Desse modo,

²⁹ “Podemos, portanto, demonstrar a implicação recíproca entre ‘aplicação formal’ e ‘conformidade’ (T9.252), unidas pela natureza obrigatória das formas, e entre ‘respeito’ e ‘coerência’ (T9.253), unidas pela simples observância (ou permissão, ou não proibição) dos significados. A única diferença entre aplicação formal e respeito, por um lado, e conformidade e coerência, por outro, é de tipo sintático: enquanto os dois primeiros termos são predicativos de atos, os outros dois são previsíveis em sua forma e o outro do seu significado” (FERRAJOLI, 2011, p. 530); o significado da norma está na Ciência Jurídica.

³⁰ Drible da vaca é um termo utilizado no futebol quando o jogador toca a bola por um lado e vai pelo outro, confundindo o jogador adversário, que não sabe se presta atenção na bola ou no jogador. O drible da vaca jurídico ocorre quando a prática do subsistema jurídico, por exemplo, o julgador, na tomada de decisão, não decide conforme o disposto por todo o Direito. Como exemplo tem-se o citado por Streck (2016, *online*), que ilustra a ausência de tradição e coerência na prática do subsistema jurídico: trata-se da não admissão de recurso de apelação em procedimento especial do júri em que a negativa se fundamenta na súmula 713 do Supremo Tribunal Federal que dispõe que “o efeito devolutivo da apelação contra decisões do júri é adstrito aos fundamentos da sua interposição”. As decisões, que negam a admissão dos recursos de apelação com fundamento nessa súmula, fazem-nas pelo motivo de ausência de indicação de alguma das alíneas constantes do inciso III, do artigo 593 do Código de Processo Penal. Entretanto, ao observar os precedentes da referida súmula verifica-se que, em nenhum momento, os referidos julgados afirmam que o Recurso de Apelação não deve ser admitido pela ausência de indicação de alínea do inciso III, do artigo 593 do Código de Processo Penal. Aliás, a ausência de indicação é vista como mera irregularidade.

a escolha pela interpretação, baseada em argumentos morais, deve ser seguida em todos os demais casos, sob pena de a integridade e a coerência serem quebradas.

Poder-se-ia afirmar que o entendimento apresentado sobre degeneração em confronto com os conceitos de Ciência jurídica, dogmática e direito configura-se como contraditório. Essa visão 'contraditória' seria no sentido de que, como se pode afirmar uma degeneração do Direito pela perda de sua autonomia, eis que na própria explicação etimológica, afirma-se que o direito é um ato de vontade baseado na moral e na política, assim, por isso, justificaria a fundamentação ideológica?

A autonomia do direito significa que esse, como ato de vontade (pois, o Direito, enquanto ato de conhecimento, não há essa problemática), determina que o juiz, ao decidir sobre algo, produz normas pela aplicação da lei. Mas essa aplicação deve se basear e se sustentar no sistema que se autorreferencia (STRECK, 2020, a), o que significa que a discricionariedade³¹ das decisões judiciais deve ser determinada por uma racionalidade neutra, por uma Ciência jurídica que se personifica (caso assim possa-se dizer), na norma não contingencial, que é a Constituição Federal.

Mas essa explicação, sozinha, não basta. A tradição, coerência e integridade de Gadamer (1997) delimitam a discricionariedade no momento da decisão. Por isso, enquanto a Ciência é neutra e descreve preceitos, o direito é

³¹ Entretanto, o positivismo kelseniano não consegue explicar os *hard cases*. Para o positivismo jurídico, a letra da lei consegue resolver casos simples, em que há uma única resposta, em que a binariedade, direito e não direito, é clara. Casos em que não há uma resposta única, o positivismo não consegue responder e deixa a possibilidade de uma discricionariedade do juiz que 'deve' encontrar o sentido da norma, o que deixa a subjetividade às claras; ao procurar o sentido da lei, a sua compreensão sobre o fato já está carregada de uma pré-compreensão. De acordo com essa visão, o juiz é tido quase como um "alecrim dourado" para a redução das expectativas sociais. Esse modelo "é assentado na ideia de que o 'processo/procedimento interpretativo' possibilita que o sujeito (a partir da certeza-de-si-do-pensamento-pensante, enfim, da subjetividade instauradora do mundo) alcance o exato sentido da norma, o 'exclusivo conteúdo/sentido da norma', 'o verdadeiro significado do vocábulo', 'o real sentido da regra jurídica', etc." (STRECK, 2009, p. 67). Se pelo positivismo, o direito é subsunção e se a subsunção pertence a um universo jurídico, não se pode deixar de levar em consideração que de toda linguagem, retiram-se signos e significados, e o significado não pode ser subjetivamente ilimitado. Ferrajoli (2011, p. 463) afirma: "Graças ao paradigma constitucional, o direito já não regula apenas o seu 'ser', mas, também, o seu 'deveria ser'; não programa apenas os comportamentos humanos, mas também se projeta, vinculando-se a opções positivas (de fazer) e negativas (de não fazer) na garantia dos direitos fundamentais; já não se baseia mais apenas no princípio *auctoritas, non veritas, facit legem*, mas também no princípio da coerência e, portanto, da *veritas*, que, logicamente, deve caracterizar o julgamento de compatibilidade das normas de grau inferior com as de grau superior".

descrito em decisões. A autonomia está nessa relação. A relação entre tradição, coerência e integridade é determinada pela Constituição Federal, determinada pelo Direito democrático, porquanto o sistema de regras e princípios está comandado por ela. Essa relação não é subjetiva, política, como se o sentido da norma fosse atribuição pessoal do juiz, numa delegação subjetiva e assujeitadora (STRECK, 2009) à cargo do juiz, mas sim, na relação determinada pela Ciência jurídica que é regulamentada pela Constituição Federal. A relação determinada pela Ciência jurídica não é concêntrica, mas, sim, heterocêntrica.

A degeneração do Direito ocorre quando há o desvirtuamento da tradição, coerência e integridade, no sentido de que o Direito possui DNA, ou seja, autonomia frente aos demais campos em uma sociedade. Decisões que não seguem a tradição, coerência e integridade podem ser consideradas como decisões sindrômicas, que deturpam o DNA do Direito. São decisões utilitaristas, que não analisam o Direito e o seu papel na sociedade e que agem para servir às necessidades sociais contingenciais.

Apesar da teoria dos sistemas, de Luhmann, afirmar que os subsistemas possuem o fim de reduzir as complexidades sociais de uma determinada sociedade, isso não significa afirmar que a teoria simplifica as decisões judiciais num voluntarismo, a fim de considerar o Direito, somente como um meio para satisfazer as necessidades sociais. Não³².

É possível trabalhar a teoria luhmanniana de forma a respeitar a autonomia do subsistema jurídico, mesmo considerando-o como autopoiético, pois quando do acoplamento entre dois subsistemas, Luhmann (2011) defende que, apesar de o subsistema ser operacionalmente fechado, o acoplamento permite uma abertura limitada à norma não contingencial, que é a Constituição Federal. A abertura no acoplamento existe, justamente porque cada subsistema é fechado, e é fechado porque suas funcionalidades são distintas dentro de um

³² Até porque a abertura da teoria dos sistemas luhmanniana (quando do acoplamento estrutural) se apresenta, também, como uma abertura semântica de suas estruturas, o que possui relação com a coerência exigida com a ciência jurídica. A abertura semântica da Constituição Federal, também, pode ser considerada como forma de acompanhar o aumento da complexidade social. Por isso, a coerência não autoriza a criatividade fora da tradição e da integridade do próprio sistema. “Os textos constitucionais, pela sua estrutura normativo-material aberta e pelos seus objetivos macroinstitucionais, são mais afeitos a interpretações expansivas e criadoras, sem que isso signifique liberdade para que seus operadores possam usá-los, em vez de simplesmente interpretá-los, por mais amplo que seja o sentido que se empreste ao verbo ‘aplicar’” (COELHO, 2015, p. 173).

determinado sistema. Por causa disso, a teoria luhmanniana possibilita a discussão sobre a legitimidade do Poder Judiciário e a autonomia do Direito, porquanto, por meio dela, é possível afastar a metafísica, a moral e a discricionariedade judicial. A importância dada à funcionalidade pela teoria luhmanniana é porque ela passa a ser o ponto de partida para a análise da legitimidade do Poder Judiciário.

O Direito, enquanto Ciência jurídica, para ser autônomo, exige o respeito e a compatibilidade de todo o sistema à norma limitadora, e, ao mesmo tempo, programática e não contingencial, que é a Constituição Federal, para que se possa manter um Estado de Direito e democrático. A Constituição é

instância da autonomia do Direito para limitar a transformação das relações jurídico-institucionais em um constante estado de exceção. Disso tudo, é possível dizer que, tanto o velho discricionarismo positivista, quanto o pragmatismo fundado no declínio do direito tem algo em comum: o déficit democrático (STRECK, 2009, p. 75).

Dessa forma, a diferenciação funcional da teoria dos sistemas de Luhmann (2011) tem mais a ver com o respeito à autonomia do Direito, inclusive no que se refere à distribuição de poderes, do que a justificar um voluntarismo judicial em que a autonomia do Direito sequer é respeitada, pois, quando o subsistema jurídico assume uma funcionalidade que não é sua, numa programação finalista e não condicional, por isso, incoerente, ele deixa de lado a tradição, coerência e a própria integridade de lado.

2.1 A LEGITIMIDADE DO PODER JUDICIÁRIO

Para trabalhar a (des)legitimação do Poder Judiciário, por meio da teoria dos sistemas de Luhmann (2011), é obrigatória a tratativa de sua legitimidade por esse mesmo viés; pela teoria luhmanniana.

Pela teoria, pode-se afirmar, pela ótica micro, que o Poder Judiciário se encontra no subsistema jurídico. O Poder Judiciário é parte da estrutura do subsistema jurídico³³. Esse subsistema possui elementos que são determinados

³³ Num sistema social, como um todo, os subsistemas são analisados por sua estrutura, codificação, capacidade autopoietica e acoplamento estrutural. A funcionalidade de cada subsistema é o que os define enquanto tal, em um determinado sistema social e o que o legitima. Para a teoria luhmanniana, a função do subsistema precede a análise de sua codificação e de sua estrutura. A estrutura, por sua vez, é determinada pela funcionalidade. A codificação (direito ou não direito, lícito ou ilícito) é determinada pela sua estrutura. Essa interrelação entre esses

pela funcionalidade do subsistema jurídico e a função do subsistema jurídico é a diminuição das expectativas sociais. Dessa forma, é pela sua funcionalidade que o subsistema jurídico se codifica, se estrutura, se auto-observa e se autoproduz, sendo o Poder Judiciário parte integrante da estrutura do subsistema jurídico.

Portanto, a legitimidade do Poder Judiciário, pela teoria luhmanniana, é determinada pela sua própria funcionalidade, ou seja, pela funcionalidade de diminuir as expectativas sociais de forma condicional e binária.

A funcionalidade do subsistema jurídico, apesar de estar pautada e delimitada na redução das expectativas sociais, deve seguir um programa próprio à sua funcionalidade, o que lhe possibilita diferenciar dos demais subsistemas. Por isso, para Luhmann, a funcionalidade do subsistema jurídico segue uma programação condicional e não finalista.

Essa programação condicional, de acordo com a teoria luhmanniana, característica do subsistema jurídico, é importante para analisar a legitimidade do Poder Judiciário, porquanto a legitimidade dele não pode ser pautada somente por sua funcionalidade, mas a partir dela.

Para analisar a legitimidade do Poder Judiciário, a partir da funcionalidade do subsistema jurídico, do qual pertence, pode-se afirmar que o Poder Judiciário deve ser analisado pela legitimidade política e pela legitimidade jurídica. Todas essas espécies de legitimidade podem ser analisadas a partir da funcionalidade do subsistema jurídico.

Se o Poder Judiciário pertence à estrutura do subsistema jurídico, a legitimidade aqui tratada, refere-se à estrutura deste subsistema. A análise da legitimidade da codificação do subsistema jurídico será objeto da legitimidade jurídica, que será tratada a seguir. Por isso, a legitimidade política está além da codificação pelo qual o subsistema jurídico se apoia e se fundamenta para cumprir a sua funcionalidade. Aliás, a legitimação política é anterior e externa à sua codificação. Por isso, deve ser tratada de forma precedente à análise da legitimidade jurídica.

É anterior, porque a legitimidade política do Poder Judiciário está no aceite, na concordância social de que o subsistema jurídico será o responsável pela redução das expectativas sociais, por meio de tomadas de decisão. É o

elementos demonstra a importância da diferenciação funcional entre os vários subsistemas que compõem um determinado sistema social, como é o caso do subsistema jurídico.

respeito público ao Poder Judiciário como demonstrativo de legitimidade política. Essa concordância, de acordo com Bobbio (1998), é verificada por meio de muitas variáveis.

As variáveis da legitimidade política são a comunidade política, que se baseia no aceite e identificação de uma determinada sociedade, com a divisão do trabalho político de um Estado; o regime, em que se verifica se as instituições que regulam o exercício do poder estão de acordo com os princípios adotados, por exemplo, se o Poder Judiciário está em consonância com os princípios democráticos e, o governo, pelo qual a legitimidade é analisada pela pessoa do chefe político³⁴.

Dessas variáveis, verifica-se que todas elas levam à confirmação do apoio da sociedade a quem está na regulação do exercício do poder. No caso, quando o exercício do poder, especificamente, do Poder Judiciário é percebido como compatível com o sistema de crenças sociais para a manutenção dos critérios básicos da vida política há uma conduta legitimadora (BOBBIO, 1998). Quando o agir do poder não é percebido como compatível para a vida política, o agir social é deslegitimador.

Ainda, de acordo com Bobbio (1998), a conduta deslegitimadora da sociedade pode assumir uma feição de reforma e de revolução. A primeira feição, não busca destituir a ordem constituída, mas busca uma mudança de gestão na ordem já estabelecida; uma deslegitimação civilizada. Já a feição revolucionária busca a derrubada das instituições existentes e a criação de novas instituições, que possibilitem novas formas de convivência política e social no exercício do poder.

A legitimidade política do subsistema jurídico, no que se refere à sua estrutura, será tratada posteriormente, por meio da análise da relação da “voz das ruas” e a degeneração do Direito. Nesse momento, a base da análise está na aceitação dos argumentos finalísticos da “voz das ruas” pelo Poder Judiciário, em detrimento da dogmática e da Ciência jurídica. Uma vez que o Poder

³⁴ Nesse primeiro tipo de legitimidade, a legitimidade pessoal. Bobbio (1998, p. 676) assenta que “no Estado moderno, isto acontece quando as instituições políticas se encontram em crise e os únicos fundamentos da legitimidade do poder são a superioridade, o prestígio e as qualidades pessoais de quem se encontra no vértice da hierarquia do Estado”.

Judiciário não infirma nos desejos da “voz das ruas”, pela filtragem constitucional, o exercício do poder não é mais percebido como legítimo.

A análise da legitimidade jurídica do Poder Judiciário, necessariamente, passa pela sua funcionalidade, a de reduzir as expectativas sociais por meio do julgamento de algo como lícito ou ilícito, direito ou não direito, conforme expõe a teoria luhmanniana.

Entretanto, não há como deixar de referenciar na análise de sua legitimidade jurídica, a funcionalidade do Poder Judiciário ante a teoria da distribuição³⁵ de poderes que, apesar de, também, possuir um lastro de legitimidade política, a funcionalidade dessa distribuição de poderes é tratada pela análise da legitimidade jurídica.

Nesse sentido, *a priori*, pode-se afirmar que a distribuição de poderes demonstra a finalidade do Poder Judiciário, mediante o exercício da jurisdição que se afasta de uma programação finalista, característica típica do subsistema político.

Antes de debruçar sobre a teoria da distribuição de poderes e suas respectivas funções, deve-se esclarecer que, para a teoria luhmanniana, todo o sistema social possui a finalidade de reduzir as expectativas e os seus subsistemas agem para esse fim, de acordo com as suas respectivas funcionalidades.

Por isso, para a teoria dos sistemas luhmanniana, a diferenciação funcional entre os subsistemas é importante, pois se ausente, desnatura toda a ordem do sistema social como um todo. Nesse sentido é que, a diferenciação de funcionalidades da teoria dos sistemas de Luhmann (2011), aproxima-se da teoria da distribuição de poderes.

³⁵ Conforme Sampar e Fachin (2021, p. 165), a nomenclatura correta não é divisão de poderes, eis que “o poder estatal é indivisível. Não há como dividi-lo”. Por isso, seguindo a utilização de Ferrajoli (2011), no lugar de divisão, utiliza-se a expressão distribuição, distribuição de poderes.

Partindo do mito do anel de Gíges³⁶, o questionamento³⁷ feito por Sampar e Fachin (2021, p. 156), demonstra a importância da diferenciação funcional da teoria dos sistemas luhmanniana para a teoria da distribuição de poderes, a fim de analisar a legitimidade jurídica do Poder Judiciário, ante a recorrente discussão do papel do Poder Judiciário frente às políticas públicas: pode o Poder Judiciário, a fim de efetivar as políticas públicas agir de forma finalista, de acordo com uma programação finalística? Se a resposta for afirmativa, as teorias principiológicas ganham relevo, e a função disposta ao Poder Judiciário passa a ser considerada para além da redução das expectativas, por meio da jurisdição de um programa condicional que, ainda, autoriza a discricionariedade na tomada de decisões, porque tudo passa a ser, finalística e criativamente, fundamentado.

Por outro lado, se negativa a resposta, ante a omissão de outro Poder, de outro subsistema, como reduzir as expectativas sociais, ante aos novos problemas que podem surgir em razão da complexidade social, tendo em vista, por exemplo, a ausência de efetividade das políticas públicas para a garantia dos direitos fundamentais colocados pela Constituição Federal?

Essa resposta, que pode se apresentar de forma por demais criativa e, de outro lado, por demais engessada, faz lembrar de uma estória sobre a “síndrome de Abdula”, um conto de Ítalo Calvino, contado por Streck (2005).

³⁶ No livro *A República*, de Platão 2005, numa conversa com Sócrates, Glauco afirma para ele que se conceder ao justo e ao injusto a possibilidade de fazerem o que querem, o justo será pego praticando o injusto, pelo fato de que o justo desejará prevalecer sobre o outro. Como exemplo, Glauco conta a estória do pastor de ovelhas, Gíges. Glauco conta para Sócrates que Gíges encontrou um anel dentro de um cavalo oco, numa fenda formada no solo após uma violenta tempestade. Dentro desse cavalo havia o corpo de uma pessoa que tinha esse anel de ouro. Gíges pegou o anel e foi para a Assembleia de pastores. Ao chegar nessa Assembleia mexeu com o anel e percebeu que se tornara invisível. Com esse poder, Gíges conseguiu chegar ao palácio, seduziu a rainha, matou o rei e tomou o poder para si. Com essa história, Glauco afirma para Sócrates que: “ Se existissem dois anéis desta natureza e o justo recebesse um, o injusto outro, é provável que nenhum fosse de caráter tão firme para perseverar na justiça e para ter a coragem de não se apoderar dos bens de outrem, sendo que poderia tirar sem receio o que quisesse da ágora, introduzir-se nas casas para se unir a quem lhe agradasse, matar uns, romper os grilhões a outros e fazer o que lhe aprouvesse, tornando-se igual a um deus entre os homens. Agindo assim, nada o diferenciaria do mau: ambos tenderiam para o mesmo fim. E citar-se-ia isso como uma grande prova de que ninguém é justo por vontade própria, mas por obrigação, não sendo a justiça um bem individual, visto que aquele que se julga capaz de cometer a injustiça comete-a. Com efeito, todo homem pensa que a injustiça é individualmente mais proveitosa que a justiça, e pensa isso com razão, segundo os partidários dessa doutrina” (PLATÃO, 2005, p. 50-51). Nesse sentido, se a legitimidade do Poder Judiciário está na sua funcionalidade e na diferenciação funcional com os demais subsistemas, é possível afirmar que em razão de uma ‘justiça’ o Poder Judiciário poderia atuar para além de sua funcionalidade?

³⁷ Será verdadeira a máxima de que o poder necessariamente corrompe as pessoas?

Conta ele que, quando Alá ditava o Corão para Maomé, este ditava para Abdula, seu escrivão. Num determinado momento,

Maomé deixou uma frase interrompida. Instintivamente, o escrivão *Abdula* sugeriu-lhe a conclusão. Distráido, Maomé aceitou como palavra divina o que dissera *Abdula*. Este fato escandalizou o escrivão, que abandonou o profeta e perdeu a fé. *Abdula* não era digno de falar em nome de Alá (STRECK, 2005, p. 236).

Da mesma forma que Abdula não era legítimo para falar em nome de Alá, decisões judiciais que se fundamentam fora da funcionalidade do subsistema jurídico podem ter sua legitimidade questionada, porque a usurpação ao subsistema político pode estar presente.

A teoria luhmanniana se junta na análise da legitimidade, em razão da exigência de se estabelecer e cumprir as diferenciações funcionais de cada subsistema para a manutenção de todo o sistema social.

2.1.1 A separação de poderes na diferenciação funcional de Luhmann

Falar sobre separação de poderes remonta à Montesquieu. Apesar de ele ser considerado o pai da separação de poderes há que se colocar em pauta a questão de que ele não foi o primeiro a tratar do assunto.

Porém, antes de trazer outras teorias anteriores à Montesquieu é preciso relacionar a separação de poderes com a teoria luhmanniana, para demonstrar se a funcionalidade de cada subsistema, portanto, se a funcionalidade do Poder Judiciário é fator para a (des)legitimação do Poder Judiciário.

Verifica-se na teoria dos sistemas luhmanniana que, na formação de um sistema social vários outros sistemas específicos, subsistemas, são responsáveis, cada um na sua área científica, pela redução da complexidade das expectativas sociais causadas na e pela sociedade em que a complexidade é inerente à sua condição de existência. Para que esse sistema funcione é necessário que cada subsistema tenha uma função. Por isso, a diferenciação funcional entre os vários subsistemas é condição de manutenção de um determinado sistema social.

Entretanto, a complexidade de uma sociedade impede que as expectativas, os problemas sociais sempre sejam resolvidos por cada subsistema isoladamente. Os subsistemas impulsionados pelas necessidades

sociais acabam por cingirem-se, que é o que a teoria luhmanniana chama de “acoplamento estrutural”. Mas, mesmo no acoplamento estrutural, cada subsistema não pode perder sua funcionalidade de vista, o que implica que a diferenciação funcional entre eles deve permanecer, apesar do acoplamento.

Os subsistemas acoplados continuam sendo um sistema operacionalmente fechado, apesar das aberturas limitadas causadas por esse acoplamento. Essa limitação é realizada pela Constituição Federal. Portanto, apesar do acoplamento, a diferenciação funcional ainda importa para a manutenção do sistema social. Nesse sentido, a teoria da distribuição dos poderes pode ser entendida na diferenciação funcional de Luhmann (2011).

A diferenciação funcional da teoria luhmanniana é importante e necessária para que se faça a leitura da teoria originariamente denominada de separação de poderes. Originariamente porque, aqui se considera que o poder em um sistema social é um só, portanto, não pode ser dividido ou separado. O que se divide ou que se distribui são as funções do Estado.

A relação entre a teoria da separação de poderes com a diferenciação funcional da teoria luhmanniana ³⁸ possui a ressalva de que, a teoria dos sistemas luhmanniana não se preocupa com o exercício do poder, no âmbito de demonstração da existência e manutenção de um sistema social. Essa preocupação é da teoria da separação de poderes. A preocupação da teoria luhmanniana é trabalhar a manutenção e harmonia de um sistema social por meio da diferenciação funcional.

³⁸ Apesar da teoria de Luhmann ser uma teoria sociológica. Mas como o objetivo dessa pesquisa é utilizar a teoria luhmanniana no Direito, a separação de poderes, enquanto distribuição de funções pode ser explicada pela diferenciação funcional.

Montesquieu³⁹ é tido como o precursor da separação dos poderes. Entretanto, antes dele, a separação de poderes já havia sido tratada por outros⁴⁰,

³⁹ Apesar dele carregar consigo e ser considerado como precursor da tripartição de poderes, algumas críticas são lançadas por Ackerman (2014) à sua teoria, que é comparada a um *status* canônico que já perdura por mais de 200 anos. Para o autor, a tripartição montesquiana deve ser abandonada em razão da necessidade criada pela complexidade social. Ele afirma que se faz necessária uma 'nova separação' de poderes que consigam responder e resolver as questões que se apresentam no século XXI. Utiliza como exemplo as Comissões Eleitorais e Bancos Centrais independentes que acabariam por determinar o aumento de poderes de um Estado, no sentido de distribuição de funções para o exercício do poder, considerando que alguns desempenhos ruins dos atuais poderes se devem à tripartição de poderes. Apesar da ausência de total concordância com o apresentado pelo autor em razão de desempenho ruim de alguns poderes em determinadas situações, esse pode estar relacionado mais com a deformação de quem exerce o poder, do que, diretamente, à tripartição montesquiana. Entretanto, seguindo essa proposta de abandono da tripartição montesquiana, haverá um aumento de funções relativas ao exercício do poder, considerada as suas especificidades. O próprio Ackerman (2014, p. 18), apresenta os riscos desse aumento de funções estatais, porquanto "quanto maior o número de centros-de-poder que isolamos das instituições políticas e jurídicas clássicas, maior o problema em coordenar o crescente número de poderes separados, de forma a gerar um todo coerente. Segundo, a questão da legitimidade democrática: se formos muito longe na tentativa de isolar poderes do controle político direto, poderemos privar o processo democrático de seu significado central-deixando os representantes eleitos pelo povo à mercê de banqueiros centrais independentes e outros atores que estejam isolados do seu controle direto", o que demonstra que o aumento de distribuições de funções estatais, apesar de despiciendo, exige uma consciência democrática e civilizatória, o que não é o caso de muitos sistemas sociais, como o que se apresenta no caso do Brasil.

Trazendo essa proposta para a teoria dos sistemas, de Luhmann, esse aumento das funções estatais se apresentaria dessa forma: quando Luhmann apresenta um sistema social formado por vários outros sistemas específicos, que aqui são denominados de subsistemas, as funções não foram sistematizadas, de forma a se criarem outros sistemas que lhe são afetos. Por exemplo, para Luhmann, a diferenciação funcional dos subsistemas se apresenta pelo programa exercido por eles. Dessa forma, de acordo com a teoria luhmanniana, cada subsistema possui funcionalidades distintas para a redução da complexidade social. Nesse sentido, o subsistema político teria a finalidade de reduzir a complexidade com a atuação para o exercício do poder (governos x oposição). Por meio da teoria luhmanniana, o subsistema político engloba os Poderes Executivo e Legislativo. Assim, mesmo que num mesmo subsistema existam funções mais específicas, essas funções não precisam ser, necessariamente, exercidas por um outro poder, pois o que se visa é o fim maior da existência dos subsistemas num sistema social, que é a redução da complexidade social.

Percebe-se que Luhmann se preocupa mais com a cientificidade da área do conhecimento do que com o exercício do poder. De outro lado, essa visão de aumento de funções estatais, sem que com isso haja o aumento dos Poderes que exercem as respectivas funções, remonta ao proposto por Abboud (2021,a), quando dispõe sobre a tomada da decisão, a proceduralização. A proceduralização se fundamenta na complexidade das demandas sociais e propõe uma abertura, limitada, no exercício da função jurisdicional, na tomada de decisões. Saliente-se que, a proceduralização, nas palavras de Abboud (2021,a), não é forma de substituição ao exercício da jurisdição, mas sim, um complemento a ela. Outro ponto referente da propositura de abandono da tripartição montesquiana realizada por Ackerman (2014), de forma a 'abrasileirar' a análise, refere-se ao presidencialismo de coalizão no sentido de que, a independência desses 'novos' poderes, em suas novas funções, podem estar em xeque, pelo fato de que o presidencialismo de coalizão pode assumir uma característica *sui generis*. Característica essa, em que o diálogo constante entre as diversas funções de um mesmo subsistema, o político, não ocorre tendo em vista a promoção de políticas públicas, mas sim, em razão de uma monetização nem sempre preocupada com os fins democráticos estabelecidos pela Constituição Federal.

⁴⁰ Ainda no estado moderno. Oliveira e Streck (2018, p. 145) explicam que em que pese Locke e Montesquieu serem colocados como precursores da teoria da separação de poderes, a "doutrina da separação de poderes, órgãos e funções, e sem embargo da primazia destes pensadores, paradigmas na formulação da ideia, a noção de divisão orgânico-funcional da

tais como John Locke e os Federalistas (que foram os congressistas que contribuíram para a consolidar a Constituição dos Estados Unidos, de 1787. Foram eles: George Washington, Alexander Hamilton, Thomas Jefferson, James Madison e John Jay)⁴¹. A origem da teoria da separação dos poderes se deu pelo cansaço da concentração e do excesso de poder nas mãos do monarca.

A distribuição de poderes tem por fundamento que o poder é considerado perigoso, pois onde há poder há abuso. A ideia de distribuir as funções estatais se dá pela razão de frear os abusos advindo da concentração do poder nas mãos do monarca, sedimentado quando do fim do estado medieval e o início do Estado Moderno.

Bonavides (2011) explica que, com o fim do estado medieval, a autoridade do monarca se engrandeceu, numa forma de que, o poder absoluto do monarca se unificou em termos políticos e o seu poder soberano acabou se extraviando

[...] dos fins requeridos pelas necessidades sociais, políticas e econômicas correntes, com os quais perdera toda a identificação legitimativa [...] Invalidado historicamente, serve tão somente aos abusos pessoais da autoridade monolítica do rei (BONAVIDES, 2011, p. 145-146).

estrutura e das atividades do Estado remonta, em especial, à Grã-Bretanha do século XVII, associada, umbilicalmente, a compreensão de *rule of law*. Conquanto seja possível observar traços em Aristóteles e em Cícero, v.g., o conceito é, a rigor, delineado no conceito inglês caracterizado pela disputa entre a monarquia e o parlamento, notadamente a partir do reinado de Jaime I (1603- 1625)". Como exemplos da noção da atual separação de poderes (até porque a ideia principal da separação de poderes é a retirada de todas as funções do Estado da mão de uma só pessoa, como o monarca), citados pelos autores acima tem-se: a *Petition of Rights* de 1628, a dissolução do parlamento por Oliver Cromwell (1649-1658), o *Habeas Corpus Act*, de 1679, uma nova dissolução do parlamento, agora efetivada por Carlos II, ocorrida em 1683 e a Revolução Gloriosa, de 1688, que ocasionou a deposição de Jaime II, levando ao poder Guilherme de *Orange* e a implementação do *Bill of Rights*, que foi o marco de uma monarquia constitucional, que se caracteriza pela divisão de funções. O que se verifica é que todos esses exemplos demonstram a intenção de descentralizar o exercício do poder das mãos de uma única pessoa. Aqui no Brasil, desde o ano de 2018, o que se vê é um movimento no caminho inverso do que ocorreu no século XVII.

⁴¹ Os federalistas surgiram como um movimento a fim de fortalecer a Confederação dos Estados Americanos. Diante das ameaças e fragilidades e ameaças advindas após a independência americana da Inglaterra. Ao invés de manterem uma confederação, estabeleceram várias federações em que essas federações estatuiram um poder central. Por meio do encontro dos Federalistas na Filadélfia foi criado um modelo de federação que se afastava do modelo europeu, em que o Legislativo tinha preponderância sobre o Executivo. Os Federalistas entendem que "a acumulação dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário nas mãos de um só indivíduo, onde uma só corporação, seja por efeito de conquista ou de eleição, constitui necessariamente a tirania" (SAMPAR; FACHIN, 2001, p. 168), que é a essência da teoria tripartida de Montesquieu que foi seguida pelos Federalistas.

A necessidade de distribuir poderes e funções e, portanto, de desconcentrá-lo das mãos do rei era uma necessidade premente.

A ideia sobre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, tal qual como nos apresenta, não era verificada na sua origem. Locke defendia a existência dos poderes Legislativo, Executivo e Federativo, não falava no Poder Judiciário. Aliás, o Poder que preponderava sobre todos os demais era o Legislativo. Para ele, todo o Estado deveria seguir as regras da lei, da *rule of law*; seja qual for a forma de governo; quem possuir o poder de mando deve fazê-lo mediante leis declaradas (SAMPAR; FACHIN, 2021, p. 161).

Como o Poder Legislativo, para Locke, tinha preponderância sobre os Poderes Executivo e Federativo, a independência e harmonia, conforme se verifica contemporaneamente, não existe, afinal o preponderante poderia delegar funções a outros poderes e quem delega pode voltar atrás.

Ainda em Locke, a função de julgar estava com o Poder Executivo, porque a esse foi incumbida a aplicação das leis, enquanto o Poder Federativo tinha a função de representar o estado no âmbito internacional. Esses dois poderes, Executivo e Federativo, eram exercidos pelo Rei, o que leva ao questionamento de qual a real importância da teoria lockeana, para a atual separação e distribuição de poderes.

Apesar de não prever a independência entre os poderes, foi ele quem apresentou uma estrutura em que o poder foi desvinculado, descentralizado da pessoa do monarca que, apesar de exercer as funções do Executivo e do Federativo, as funções do Legislativo foram descentralizadas para fora da figura do monarca.

Para além de Locke, a ideia de separação, de distribuição de poderes nos contornos atuais, partiu de Montesquieu. Cabe salientar que as ideias sobre as disposições de funções de um Estado, de Montesquieu, surgiram durante o Estado moderno, em momentos que antecederam o início do estado contemporâneo.

Isso explica a preocupação de garantir a liberdade da pessoa face ao monarca e a determinação dos direitos de primeira dimensão, estruturados após a Revolução Francesa.

Para garantir a liberdade da pessoa face ao estado, Montesquieu entendeu que era necessária a desconcentração de poderes das mãos dele.

Para ele, a fim de que não houvesse abuso de poder era necessário frear o poder. Desse modo, somente o poder poderia frear o poder.

Quando dispôs sobre a distribuição de funções estatais, Montesquieu os distribuiu em: Poder Legislativo, Poder Executivo, como direito das gentes e Poder Executivo, como direito civil. O atual Poder Judiciário estava afeto ao Poder Executivo, como direito civil.

Importante observação que deve ser feita é que o poder estatal não poderia ser concentrado nas mãos da mesma pessoa, justificando-se pelo fato de que, se a pessoa criasse as leis para depois executá-las ou, a pessoa que criasse as leis para depois julgar pessoas pelas leis que criou, transformaria o poder em um poder arbitrário, pois ao mesmo tempo, o juiz seria legislador, o que tornaria o Estado em um Estado opressor⁴².

Essas distribuições de funções estatais sistematizadas por Montesquieu não previam a igualdade entre os poderes. Para ele, o Poder Executivo relativo aos direitos civis (atual Poder Judiciário) somente deveria aplicar o que dispusesse a lei⁴³: “deve-se ter em mente o que é a independência e o que é a liberdade. A liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem; e se um cidadão pudesse fazer o que elas proíbem, ele já não teria liberdade, porque os outros também teriam este poder” (MONTESQUIEU, 2000, p. 166).

Após a publicação do Espírito das Leis, em 1750, a teorização sobre a distribuição de funções estatais teve uma grande contribuição dos federalistas, porquanto por meio deles se instituiu um federalismo com entes independentes de um sistema central. Dos federalistas, Alexander Hamilton foi o que sistematizou, de forma mais pragmática os poderes, no modelo que se apresenta: Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário. Especialmente para Hamilton, o poder de um Estado será mais bem exercido se suas funções forem separadas. Também coube aos Federalistas, a instituição dos freios e contrapesos, chamada de concepção negativa da separação dos poderes⁴⁴.

⁴² Caminha-se para um Estado despótico em que “o único homem que o exerce faça-o da mesma forma ser exercido por um só. Um homem para o qual seus cinco sentidos dizem incessantemente que ele é tudo o que os outros não são” (MONTESQUIEU, 2000, p. 28). “Tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares” (MONTESQUIEU, 2000, p. 168).

⁴³ Por isso, os juízes, na teoria montesquiana, são conhecidos por juízes boca da lei.

⁴⁴ O acoplamento estrutural da teoria de Luhmann pode explicar os freios e contrapesos pelo fato de que, a abertura limitada gerada por ele, ao mesmo tempo que implica na manutenção da

No Brasil, consoante expõe Lewandowski⁴⁵, o federalismo somente foi implantado após mais de um século de sua cogitação nos Estados Unidos, entretanto, os seus ideais estavam ligados à ideia de uma República e fundamentavam o argumento oposto à manutenção da monarquia então vigente.

O federalismo possui relação com a teoria da separação de poderes⁴⁶ (distribuição de poderes), porquanto a determinação de competências entre os diversos entes da federação passa pelas funções exercidas por cada Poder. Se as competências entre os entes federados não são respeitadas, como consequência, pode haver o desrespeito na separação de funções, o que pode acarretar uma desordem no entendimento do sistema federativo, no sistema social luhmanniano. Conforme Dallari (2011, p. 215), de fato

diferenciação funcional (distribuição das funções do poder do estado), também possibilita o controle e contenção de cada subsistema num determinado sistema. Para Luhmann (2011, p. 81-83), cada subsistema emite algumas informações. Como cada subsistema possui uma função específica, a informação de um difere da emitida por outra, no sentido de que é o que o define: o sistema é a “diferença resultante da diferença entre sistema e meio”, em que o meio é o sistema em específico, ou o subsistema. Nesse sentido, Bateson (apud LUHMANN, 2011, p. 83), afirma que “*a difference that makes a difference*”, que é o que se pode falar em independência e harmonia entre os poderes e na teoria dos freios e contrapesos, nada mais além disso. Uma análise luhmanniana dos freios e contrapesos, desconsiderando a ausência de discussão do poder por Luhmann, ocorre na abertura limitada quando do acoplamento estrutural, em que um subsistema acoplado a outro, possui limites de atuação na redução de expectativas, não podendo adentrar no subsistema operacional do outro, que é operacionalmente fechado, nem mesmo exceder as suas funcionalidades. Como a abertura é limitada por uma norma não contingencial, que é a Constituição Federal, é ela quem determina os limites de atuação de cada subsistema. Nesse sentido, a afirmação de Lewandowski (2018, p. 518), que a independência e harmonia entre os Poderes, traz como consequência a proibição de que um Poder se expanda sobre as funções do outro, como também, a fuga de uma ortodoxia constitucional que traduzem as funções de cada um: “os três poderes, como se vê, são autônomos e interdependentes, embora, não lhes seja lícito, de acordo com o magistério do Supremo Tribunal Federal, veiculado pela pena do Ministro Celso de Mello, relator da Adin 975-3”, em que ficou decidido que é ilícito aos Poderes “exercer, com expansão desordenada, atribuições que não lhe sejam próprias, ou então, afetar- quando não virtualmente impedir- por atos que refogem à ortodoxia constitucional, o normal desempenho, pelos demais poderes de Estado, de funções que lhe são inerentes, como a prática, em plenitude, do ofício jurisdicional por magistrado e Tribunais”; essa ilicitude de expansão desordenada é um dos fundamentos dos freios e contrapesos. Como exemplo, tem-se, numa análise limitada ao acoplamento estrutural dos subsistemas político e jurídico (objeto de estudo), tem-se a possibilidade de o subsistema jurídico declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, conforme previsão do artigo 102, I, a da Constituição Federal.

⁴⁵ Pressupostos materiais e formais da intervenção federal no Brasil, 1994.

⁴⁶ Esse tema será tratado, no capítulo 4, quando da análise da judicialização degenerada da política e da politização da razão decisória, no que se refere a *ratio decidendi* nas ações de controle (ADI 6341 e ADPF 701), em que se afirmou ser de competência de todos os entes federados ações para evitar a propagação do Coronavírus. A análise se funda na tentativa de se burlar a *ratio decidendi* na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 6341 com a propositura de uma nova ADPF, a ADPF 701, que tinha por fim rediscutir os limites da federação, já especificados na ADI 6341, para a defesa e manutenção do sistema de saúde. Nessa nova discussão iniciada pela ADPF 701, houve quem afirmasse que o Poder Judiciário estava ultrapassando suas funcionalidades.

quando se pretende desconcentrar o poder, atribuindo o seu exercício a vários órgãos, a preocupação maior é a defesa da liberdade dos indivíduos, pois, quanto maior for a concentração de poder, maior será o risco de um governo ditatorial. Diferentemente, quando se ignora o aspecto do poder para se cuidar das funções, o que se procura é aumentar a eficiência do Estado, organizando-a da maneira mais adequada para o desempenho de suas atribuições. E pode muito bem ocorrer se conclua ser mais conveniente, em certo momento e num Estado determinado, concentrar as funções em menor número de órgãos, o que iria entrar em choque com o princípio da separação de poderes.

Interessante salientar que, as formas pelas quais a teoria da separação de poderes foi apresentada não lhe garantia efetividade, somente sistematicidade para a proteção da liberdade individual. Tanto que, a ideia de liberdade individual aparece na Declaração de Direitos da Virgínia, de 1776, em que se prevê que os Poderes Executivo e Legislativo, devem ser separados e serem distintos do Judiciário. Na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, é afirmado que uma sociedade que não assegure a garantia dos direitos, nem mesmo determine a separação de poderes não tem Constituição (DALLARI, 2011).

Não se pode afirmar que as teorias que tratam sobre a distribuição de poderes contrariam a teoria luhmanniana, pois, o que sustenta um sistema social e as respectivas aberturas criadas pelos acoplamentos estruturais é a limitação realizada pela norma não contingencial, que é a Constituição Federal. Um sistema social somente contraria a teoria luhmanniana, se as distribuições das funções estatais entre os subsistemas não seguem o disposto na norma limitadora de cada um.

Por isso, seguindo a teoria secular montesquiana, não se pode afirmar na primazia de um Poder sobre o outro. O que determina a independência e equilíbrio é a possibilidade de cada um, em caso de excesso do outro, poder contê-lo. Esse posicionamento também é afirmado por Loewenstein (1979, p. 394), que afirma que na teoria tripartida de Montesquieu, “a liberdade só é assegurada quando os vários detentores de poder aos quais as funções do Estado são atribuídas separadamente limitam, mutuamente e reciprocamente restringem uns aos outros”.

Ressalte-se que, a teoria luhmanniana não exige que cada subsistema abrigue uma única função. Pelo que se apresenta na teoria luhmanniana, um

único subsistema pode abarcar mais de um Poder. Isso é o que ocorre com o subsistema político, que engloba os Poderes Executivo e Judiciário.

A par disso, dá para elencar três características da teoria montesquiana que podem ser fundamentadas na teoria luhmanniana, em que o limite está determinado pela lei: a) que o Poder estatal seja distribuído por funções distintas, quais sejam, a de elaborar as leis, a de governança e a de julgar os litígios em geral; b) que essas funções estejam distribuídas em, pelo menos, três Poderes distintos; c) que esses Poderes sejam independentes.

Os subsistemas jurídico e político são formados pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário em que, cada um possui funções distintas. Todos os subsistemas possuem a função de reduzir a complexidade da sociedade por meio de suas funções. Essas funções são efetivadas pelo que contempla o programa de cada subsistema. Por exemplo, o subsistema político, que é formado pelos Poderes Legislativo e Executivo, possui um programa finalístico e, por isso, busca criar meios de efetivar as políticas públicas por meio da criação de leis e por meio da execução dessas leis. Neste sentido, o subsistema político age de acordo com as demandas do governo *versus* oposição.

Por sua vez, o subsistema jurídico, formado pelo Poder Judiciário, possui a função de reduzir a complexidade social por meio de um programa condicional, baseado na binariedade luhmanniana de julgamento entre direito ou não direito/lícito ou ilícito. Por isso, a funcionalidade do subsistema jurídico é condicional.

Em razão da complexidade social, Luhmann (2011) previu e explicou o acoplamento estrutural. Nessa definição de acoplamento estrutural, ele não definiu quais os limites das funcionalidades de cada subsistema. Afirmou, somente, que a abertura causada pelo acoplamento estrutural era uma abertura limitada, em razão de uma norma não contingencial que sustenta o sistema social, que é a Constituição Federal.

Portanto, dependendo de como a Constituição de um determinado sistema social limita as funcionalidades de cada subsistema e, conseqüentemente, de cada Poder, o fundamento da manutenção do sistema social persiste.

2.1.2 A programação condicional do subsistema jurídico e a distribuição de funções garantidoras de Ferrajoli

Para aprofundar na análise sobre a expansão da condicionalidade da programação do subsistema jurídico, deve-se perquirir se na omissão da funcionalidade do subsistema político, no que se refere à efetivação de políticas públicas, pode o subsistema jurídico decidir para dar efetividade às políticas públicas, considerando a sua funcionalidade e programação condicional.

Deve-se, ainda, verificar se a programação do subsistema jurídico pode ser interpretada no sentido de julgar a ausência de políticas públicas, como algo lícito ou ilícito/direito ou não direito, como uma forma de expansão de sua condicionalidade, tendo em vista a Constituição brasileira ser programática e finalista para a efetivação de direitos fundamentais, relativos à pessoa humana⁴⁷.

Ao que se apresenta, a teoria luhmanniana não determina a condicionalidade binária, como programa a ser efetivado pelo subsistema jurídico para a redução das complexidades e expectativas sociais à prática de algum ato civil ou criminal, que importe em prejuízo a outrem.

Partindo da teoria luhmanniana, a condicionalidade na binariedade direito ou não direito/lícito ou ilícito na programação do subsistema jurídico pode ser entendida como algo em acordo ou em desacordo com o programa estabelecido pela Constituição Federal e pela Ciência Jurídica, e isso dependerá do limite que se autoriza a expansão da sua programação condicional.

Esclareça-se, entretanto, que mesmo diante desse posicionamento de expansão do entendimento da programação condicional do subsistema jurídico, a condicionalidade não transmuda numa programação funcional finalística.

Isso é importante ser esclarecido, pois, a limitação dessa expansão na programação do subsistema jurídico influi na sua autoprodução, autopoiese, que também deve ser limitada à norma não contingencial, que é a Constituição Federal.

⁴⁷ Utilizando a explicação de Ferreira Filho (2015, p. 77) sobre a distribuição de poderes, “quando o legislativo fenece, o Judiciário se expande”. Isso ocorre, também, quando o Executivo não exerce a governança. Isso gera outra consequência: quando o Executivo e o Legislativo fenecem, a força normativa da Constituição é reduzida a uma folha de papel, como afirma Lassale. Para garantir a força normativa da Constituição é que se autoriza a expansão do programa estabelecido ao subsistema jurídico, a fim de que ele assuma uma programação finalista.

Essa expansão da programação condicional, própria do subsistema jurídico, é uma forma de expansão limitada à Constituição Federal e pode ser explicada pela concepção da distribuição de poderes, uma distribuição garantidora, defendida por Ferrajoli (2011). Para ele, a distribuição de funções se pauta por meio do Estado de Direito. No que se refere ao sentido da função de garantia, o Estado, que o toma como base, deve estabelecer que todos os seus atos devem seguir a legalidade estrita, o que significa que

no primeiro sentido, a fórmula significa simplesmente “estado legal”, ou seja, um modelo de ordenamento em que a lei, qualquer que seja o seu conteúdo, é condição de validade e eficácia dos atos que prevê. No segundo sentido, indica também um modelo de ordenamento em que todos os poderes, inclusive o legislativo, estão sujeitos à lei, que, portanto, está ela própria condicionada, na predeterminação dos efeitos dos atos, a limites e vínculos não apenas de caráter formal, mas também substancial⁴⁸.

E os vínculos substanciais estão determinados pela Constituição Federal. Em razão da submissão dos atos a uma norma superior que é a Constituição Federal, o princípio inglês do *rule of law*, deve ser considerado, e, inclusive denominado de Estado Constitucional de Direito.

Ferrajoli (2011) explica que, o entendimento do *rule of law*, como Estado Constitucional de Direito, muda substancialmente o sentido de todos os atos praticados, decisões, pois a preocupação ultrapassa os limites formais e de positividade para condicionar a validade e legitimidade dos atos praticados pelo Estado. Assim, além da forma, verifica-se o conteúdo e sentido de suas normas.

Em outras palavras, se ‘direito positivo’ é qualquer sistema de normas ‘definidas’ ou produzidas nas formas normativamente previstas, ‘estado (constitucional) de direito’ é um sistema em que a produção de normas é normativamente regulada não apenas no que se refere às formas de produção, mas também em relação aos significados produzidos. Se trata, evidentemente, de um sistema dotado de uma complexidade maior que o primeiro, pelos requisitos que impõe não só à forma dos atos de produção do direito como condições de sua existência ou positividade, mas também ao seu conteúdo, isto é, aos seus efeitos ou significados - sejam essas normas, situações ou status - condições de sua validade e legitimidade (FERRAJOLI, 2011, p. 462).

Em razão do princípio do Estado Constitucional de Direito, os poderes que exercem as funções do Estado são baseados e limitados pelas normas, pois o Estado de Direito possui como característica, a admissão de uma nova função,

⁴⁸ Idem, p. 461.

somente se estiver em acordo com a disposição normativa. Por isso, se a atuação de um Poder extrapolar as normativas do Estado Constitucional de Direito, por causa dele e em razão dele, a presunção de sua legitimidade fica afastada (FERRAJOLI, 2011). O que determina o limite legitimador de um Poder, e o exercício de suas funções é a Constituição Federal.

Esse posicionamento sobre o Estado de Direito possui relação com a expansão da programação do subsistema jurídico, da teoria dos sistemas de Luhmann (2011), porque para que sua função não seja modificada em sua essência, mesmo que expandida, o conteúdo constitucional deve ser respeitado, a fim de que o subsistema jurídico possa ser legítimo e válido, o que se aplica para o Poder Judiciário.

Quando a teoria luhmanniana trata da programação do subsistema jurídico e quando essa programação é colocada frente à complexidade social⁴⁹, passa a ser necessária a análise da expansão sobre o entendimento da programação condicional, sem perder de vista a sua essência, que não é finalista. Esse entendimento sobre a expansão da programação condicional, pode ser bem entendido e fundamentado, quando se verifica a proposta de Ferrajoli (2011) à distribuição de funções.

Ao invés de distribuir as funções estatais, conforme a tripartição montesquiana, que estabelece uma função para cada Poder, Ferrajoli (2011) entende ser necessária a existência de duas funções: a função de governo e a função de garantia⁵⁰.

⁴⁹ Correlacionando a teoria dos sistemas sociais com a função de garantia, de Ferrajoli (2011), o aumento da complexidade social exige uma expansão das funcionalidades dos Poderes estatais sem que haja a perda ou a transformação de sua essência funcional para a manutenção do sistema social, ou seja, sem que se perca a sua essência constitucional. “A evolução da sociedade criou exigências novas, que atingiram profundamente o Estado. Este passou a ser cada vez mais solicitado a agir, ampliando sua esfera de ação e intensificando sua participação nas áreas tradicionais. Tudo isso impôs a necessidade de uma legislação muito mais numerosa e mais técnica, incompatível com a separação de poderes. O legislativo não tem condições para fixar regras gerais sem ter conhecimento do que já foi ou está sendo feito pelo executivo e sem saber de que meios este dispõe para atuar. O executivo, por seu lado, não pode ficar à mercê de um lento processo de elaboração legislativa, nem sempre adequadamente concluído, para só então responder às exigências sociais, muitas vezes graves e urgentes” (DALLARI, 2011, p. 219). Todas as dificuldades encontradas pelo Legislativo e pelo Executivo são enfrentadas pelo Judiciário. Essas novas demandas sociais não conseguem ser resolvidas, senão pela expansão de suas funções, sem que, contudo, perca as suas essências, tais como apresentadas por Ferrajoli (2011).

⁵⁰ Nisso, a teoria bipartida de Ferrajoli (2011), apresenta-se mais condizente com a exigência que recai ao Poder Judiciário, ante a necessidade dele efetivar os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal, já que não concretizados pela ausência de políticas públicas por parte dos Poderes Executivo e Legislativo. Já em 1979, Loewenstein (1979) afirmava que a teoria

Enquanto a primeira, função de governo, possui o papel de mediação política para assuntos de interesses gerais e, tem como fonte de legitimidade, a vontade popular, a segunda, função de garantia, possui o papel contramajoritário de garantir os direitos fundamentais de todos⁵¹; o que fundamenta a aceitação da expansão do programa condicional da teoria luhmanniana, a fim de que o Poder Judiciário, pela tripartição montesquiana, se veja autorizado a atuar nos casos de omissão de efetivação dos direitos fundamentais, quando da ausência de políticas públicas para esse fim, que é a característica finalista do programa do subsistema político, que abarca os Poderes Executivo e Legislativo, típicos da tripartição secular.

Entretanto, cabe chamar atenção para o fato de como a bipartição de Ferrajoli (2011) trata a perda da essência do programa condicional quando assume feições finalistas, ou, de outro modo, como a bipartição de Ferrajoli (2011) encara a perda da essência do poder de garantia, quando assume feições de governo, pois, de pronto, a perda de essência de uma função também significa a perda de sua legitimidade originária. Se a função de garantia assume feições de função de governo, a sua base legitimadora passa a ser a vontade popular, o que é incompatível com a sua característica contramajoritária. Por um

tripartida montesquiana estava ultrapassada se fosse analisada em países, inclusive, autocráticos. Loewenstein afirma que em países com governos ditatoriais, a tripartição de poderes pode existir, mas de forma esvaziada, pois na realidade o poder político prepondera perante o Poder Executivo: O complexo teórico da separação de poderes, tão profundamente enraizado no coração do constitucionalismo clássico, está completamente sobrecarregado pela dinâmica política atual. Isso é especialmente verdadeiro para os Estados autoritários, com ou sem constituição. Se uma autocracia se consolidou tão firmemente, pode correr o risco de ocultar o seu ponto fraco de seu exercício do poder, com uma Constituição semântica, como acontece da Coreia do Sul (1962) e nas ditaduras latino-americanas. Nesses lugares, presta-se homenagem à divisão de poderes, à qual é inerente a ideia de distribuição de poder; “no entanto, permanece vazio de conteúdo, uma vez que todo o poder político está concentrado nas mãos de um executivo forte, qualquer que seja o nome que adote” (LOEWENSTEIN, 1979, p. 475). Por isso, a teoria bipartida, principalmente no que atine à função relativa ao Poder Judiciário é que melhor se apresenta para poder resolver os atuais problemas que o Poder Judiciário enfrenta, por exemplo, o ativismo judicial, que é o exercício da jurisdição fora dos limites da integridade do Direito.

⁵¹ “Mas, da mesma forma, é evidente que as funções e instituições de garantia são anti-maioritárias: porque devem também garantir os direitos fundamentais de todos; porque devem verificar e sancionar os atos inválidos ou ilícitos dos titulares dos poderes públicos, que equivalem aos espaços ilegítimos da política; porque, enfim, sua fonte de legitimação não é a vontade popular contingente, mas a vontade popular que se expressa na lei e, portanto, a “verdade jurídica” dos pressupostos das decisões que constituem o seu exercício” (FERRAJOLI, 2011, p. 828).

simples raciocínio lógico, verifica-se que algo contramajoritário não pode ter como fonte de sua existência a vontade popular⁵².

A principal característica que fundamenta a distribuição de função, como sendo de função de garantia, está no dever, enquanto jurisdição⁵³, de decidir sobre o descumprimento de uma norma primária, como, por exemplo, os casos de não efetivação das políticas públicas, que tratam sobre direitos fundamentais e o de julgar, aplicando as regras secundárias (processuais e materiais), que visam a efetivar as normas primárias.

A essência que diferencia as funções de governo e de garantia, ou, pela teoria luhmanniana, a essência que diferencia a programação de um subsistema político para outro jurídico está em considerar que no tratamento dos direitos fundamentais, num Estado de Direito e democrático, constitucional, a oportunidade e conveniência não são fundamentos jurisdicionais para fundamentar uma decisão, que visa garantir a efetividade de uma norma primária.

Para evitar uma jurisdição constitucional ativista, no sentido de evitar o fundamento de que a jurisdição constitucional tudo pode quando se tem a função de garantia, não se deve esquecer que a função de garantia, num Estado de Direito e democrático, a lei deve ser seguida, o que demonstra grande importância na jurisdição criminal, porquanto a criminalização de condutas, pela ordem constitucional brasileira, somente pode ser feita por lei.

Neste sentido, vale uma regra: a jurisdição constitucional, enquanto função de garantia, deve ser coerente e se manter coerente ao que se apresenta como um Estado de Direito e constitucional, considerando o seu grau de democraticidade⁵⁴, ou seja, a sua coerência deve ser analisada de acordo com

⁵² Esse raciocínio é o que estabelece e que mantém uma democracia constitucional, o constitucionalismo democrático.

⁵³ A jurisdição sob a ótica de uma democracia constitucional (de um estado constitucional de direito) está em decidir sobre o julgamento de descumprimento de normas primárias, seja condenando ou anulando os atos descumpridores das normas violadas.

⁵⁴ "O mesmo se pode dizer da natureza cognitiva das funções de garantia em que se baseia a sua separação e independência das funções governamentais. E menos ainda se pode falar em garantias claras e efetivas de todos os direitos fundamentais considerados vitais. Isso significa que se assumirmos nossa definição como um parâmetro, devemos sempre falar, no que diz respeito aos arranjos específicos, ao invés de 'democraticidade', do grau de democratização, em referência ao grau de separação, divisão e representatividade das funções públicas, bem como a quantidade, qualidade e grau de efetividade dos direitos vitais constitucionalmente instituídos" (FERRAJOLI, 2011, p. 845).

o tratamento dispensado a distribuição de poderes e à efetividade dos direitos fundamentais pela Constituição Federal.

O entendimento de Ferrajoli (2011) sobre a distribuição de poderes, mais precisamente, sobre distribuição de funções, coaduna-se com o entendimento aqui esposado de que a expansão sobre o conceito de sua programação, ou seja, a etimologia da programação do subsistema jurídico aceita o julgamento de algo como direito/não direito, lícito/ilícito no alcance da efetividade da programação constitucional, mais precisamente, da efetividade dos direitos fundamentais, sem perder a sua essência, pois as características da função de garantia da bipartição de Ferrajoli (2011) analisadas pela ótica da programação condicional de Luhmann (2011), em que a decisão deve pautar-se pelo julgamento de algo como lícito/ilícito, direito/não direito estão para além do julgamento sobre atos ilícitos e dos critérios de oportunidade, este último característico da função de governo.

A essência é que determina o problema da expansão do programa condicional do subsistema jurídico, eis que pode haver certa confusão pela complexidade da sociedade e a sua aplicação no exercício de seu programa funcional que, muitas vezes, a essência condicional assume feições finalísticas.

É importante não esquecer que a essência de algo não pode ser modificada pela interpretação da norma. No caso de a interpretação do programa condicional assumir feições finalísticas, o subsistema jurídico transforma-se em outro, porque a essência finalista é do subsistema político.

Isso é um problema de interpretação a ser resolvido, por meio da análise do positivismo e do principiologismo, aqui denominado como referência ao *neoconstitucionalismo* e seus derivados; como a interpretação defendida por Alexy e Dworkin.

2.2 O *NEO* NO *JUS*: A AUTOPOIESE DO SUBSISTEMA JURÍDICO E A AUTOFAGIA DO PODER JUDICIÁRIO

2.2.1 Dworkin e o paradoxo de Alice

A integridade e a coerência do subsistema jurídico transparecem nas suas decisões. Dependendo da forma pela qual a integridade e a coerência são

encaradas, a discricionariedade toma corpo. Por isso, a autoprodução do subsistema jurídico, a autopoiese é analisada pela discricionariedade, tendo em vista o *neoconstitucionalismo* e o *iluminismo constitucional*.

Pode-se afirmar que o termômetro de uma democracia constitucional, de um Estado de Direito e democrático é o grau de aceitação da discricionariedade judicial.

Considerando o filme “Alice no país das maravilhas”⁵⁵ é possível traçar um espectro do que seja a discricionariedade e o seu papel na autoprodução, na autopoiese do subsistema jurídico. A pergunta que pode ser feita para explicitar a discricionariedade e integridade, portanto, a autopoiese é a seguinte: se a estória de Alice fosse sobre o “Alice no país da discricionariedade” quem seria Dworkin?

A comparação entre o agir de Alice e a teoria de Dworkin (2000) demonstra que a integridade necessária para a manutenção de um subsistema jurídico não admite a discricionariedade, porquanto a abertura ocasionada pelo acoplamento estrutural é sempre limitada pela integridade e esta para ser alcançada, além de evitar os “dois pesos e duas medidas” deve se justificar, substancialmente, na e pela Ciência Jurídica.

No filme, Alice, ainda criança, sonha que está em um determinado lugar e que cai em um poço sem fim; pesadelo que sempre se repete. Alice cresce e na data de seu noivado vê o coelho branco que a leva para uma toca, perto de uma árvore. Quando ela entra, acaba caindo no poço e chega ao mundo subterrâneo.

No mundo subterrâneo todos a conheciam (menos Alice, que sequer sabia quem ela era e para onde ela iria) e esperavam por ela, pois na história prevista no oráculo, Alice seria responsável pela libertação do mundo subterrâneo de uma tirana, a Rainha Vermelha. Essa libertação ocorreria após Alice cortar a cabeça de um grande dragão, chamado Jaguadarte.

Pelo oráculo, que representava a verdadeira estória de Alice no mundo subterrâneo, assim que Alice matasse o dragão, a Rainha Branca assumiria o poder. Em toda a estória, Alice nega a realidade do mundo subterrâneo e às suas perguntas, de como voltar ao seu mundo e acordar desse sonho, ouve a

⁵⁵ O filme dos Estados Unidos, de 2010, foi baseado no livro clássico, de Lewis Carroll, sobre a Alice no país das maravilhas.

resposta de que a decisão dependia dela. Ao final, mesmo relutando, Alice segue o determinado pelo oráculo, que era garantir a tradição e a existência digna do mundo subterrâneo.

É possível perceber que mesmo com a tradicionalidade do oráculo, a discricionariedade sempre esteve presente: estava em Alice a decisão sobre seguir ou não a tradição descrita no oráculo. A discricionariedade, mesmo num mundo que deve ser baseado na tradição e, conseqüentemente, na coerência e na integridade, está presente. Em Dworkin (2000), a discricionariedade está presente quando da análise da integridade, tradição e coerência de um determinado subsistema a ser analisado, mesmo que de forma minimizada. Desta forma, Alice seria a representação de Dworkin.

Por isso, a autopoiese do subsistema jurídico deve ser analisada pela graduação da discricionariedade, no sentido de que, quanto maior o grau de discricionariedade na autopoiese do subsistema jurídico, maior a chance desse subsistema se deslegitimar.

O grau de discricionariedade utilizado e aceito no subsistema jurídico demonstra como a força normativa da Constituição é tratada. Neste sentido, quanto maior a força normativa constitucional, menor é o grau de discricionariedade, sendo que a inversão não altera a lógica conclusiva.

No sistema social luhmanniano, o subsistema jurídico é elemento do sistema social. Portanto, como toda regra lógica de um sistema, a parte não pode ser diferente, em sua essência, do todo, sob pena de perder a harmonia e o fundamento da sua existência.

O fundamento da existência lógica de um sistema está na harmonia que, como afirma Luhmann (2011), situa-se na diferença entre o 'meio' e o 'todo'. É nessa diferença que se afirma a existência de um sistema social; o subsistema jurídico deve guardar similitude com os escopos do sistema social como um todo.

Essa harmonia está na tradição, coerência e integridade. A tradição, como um passado que está sempre presente, é forma de se conservar direitos. É um agir protocolar substancial por quem respeita os aspectos históricos da evolução social.

A coerência, por sua vez, é o agir protocolar substancial analisado com os elementos normativos, de forma a manter a tradição na análise dos seus significados.

A integridade é um ajuste substancial (STRECK, 2013) que harmoniza a tradição e a coerência⁵⁶.

O que se verifica é que a tradição, a coerência e a integridade se complementam e afastam a discricionariedade, pois esta não respeita os aspectos históricos da evolução social, não respeita os significados tradicionais dos elementos normativos e, de consequência, não possui compromisso na harmonização entre os aspectos históricos e a tradição dos elementos normativos. Por isso, a discricionariedade pode aproximar-se da arbitrariedade.

A análise da discricionariedade em Dworkin (2000) exige conhecer como ela está presente na teoria que propõe a integridade. Aliás, falar em discricionariedade em Dworkin (2000), pode parecer contraditório⁵⁷, mas não é impossível. Como a impossibilidade não é absoluta, a discricionariedade pode tomar assento, apesar da integridade.

O principal argumento de antidiscricionariedade na teoria de Dworkin (2000) é a sua justificativa na integridade. Antidiscricionária é a decisão que deve

⁵⁶ Bobbio (1995), ao falar sobre a coerência entre normas, explica que a necessidade de coerência normativa sistemática é para o fim de evitar a antinomia entre normas, que é “a situação de normas incompatíveis entre si” (BOBBIO, 1995, p. 81). Utilizando a conceituação de antinomia normativa, pode-se falar em antinomia decisória, quando uma decisão é tomada de forma a não ser coerente e de não manter a integridade com o Direito.

⁵⁷ Ao contrário de Dworkin (2000), Alexy aceita a discricionariedade como algo normal nas decisões judiciais. Para ele, os casos podem ser resolvidos pela subsunção e, somente nos casos difíceis, pela ausência de norma, a ponderação pode ser utilizada. A ponderação para Alexy é forma de fundamentar as decisões (portanto, vem depois da compreensão do significado pelo intérprete), e baseia-se numa lei da ponderação, em que algumas regras devem ser seguidas a fim de que casos que envolvam valores que não conseguem ser resolvidos pelas regras de hermenêutica, por meio da ponderação de princípios. Nesses casos, o intérprete e aplicador do direito ao fato deve escolher princípios que representam os valores em conflito e resolver o caso posto por meio da ponderação, em que um princípio restringe a aplicação do outro. A ponderação, enquanto procedimento, preocupa-se com o agir formal e não o agir substancial, principalmente no que se refere à tradição, coerência e integridade; apesar da lei da colisão sustentar a existência da integridade: “a análise da primeira decisão servirá para a compreensão da estrutura das soluções de colisões, que será resumida em uma lei de colisão ; e a análise da segunda, para aprofundar essa compreensão e conduzir a uma concepção do resultado do sopesamento como norma de direito fundamental atribuída” (ALEXY, 2015, 94). Por meio da lei de colisão de Alexy, “a moral é empregada complementarmente para resolvê-los. Em outras palavras, para Alexy, os casos difíceis não podem ser decididos por razões consideradas, exclusivamente, a partir do direito. Ou seja, o intérprete deve pautar-se a partir de diferentes razões, que não propriamente aquela extraída do direito, especialmente as considerações de justiça. E como as considerações de justiça pertencem ao conjunto de razões morais, e tais considerações são consideradas prioritárias (entre todas as possíveis razões – jurídicas, morais e, inclusive, amorais), a moral prevaleceria para a tomada de tal decisão; o que faria emergir, segundo o autor, uma concepção não positivista do direito” (STRECK, 2013, p. 350). Toda a teoria é para o fim de se estabelecer justiça que, pela fórmula de Radbruch, essa lei de colisão somente se aplica para os casos de extrema injustiça que são os casos atentadores aos direitos fundamentais.

ser fundamentada com base no que está disposto no ordenamento jurídico, formado por regras e princípios⁵⁸. Rodriguez (1997) explica sobre a integridade de Dworkin (2000): “uma norma pertence ao ordenamento jurídico de uma comunidade se obedecer ao conjunto de princípios defendidos pela teoria que melhor explica e justifica as práticas jurídicas dessa comunidade” (RODRIGUEZ, 1997, p. 58).

Essa visão do todo serve para validar a decisão tida como íntegra a todo ordenamento jurídico, tendo em vista a tradição e coerência. Ainda, de acordo com Dworkin (2000), um juiz somente poderá aplicar um princípio ao caso se este princípio tiver relação, não conflitante, com as regras que está aplicando ou com qualquer parte considerável de outras regras existentes, porque a integridade pressupõe uma noção de comum-idade⁵⁹. Por isso, Dworkin (2000) exige uma postura política no ato decisório do juiz, porquanto os princípios possuem uma dimensão comunitária e, ao aplicá-los numa decisão, o juiz deve justificar a sua utilização, de modo a manter a integridade do Direito e a fugir da discricionariedade.

Na primeira crítica de Dworkin à Hart, mencionada na obra de Rodriguez (1997), ele afirma que as partes têm o direito de obter uma solução para o seu caso de acordo com o ordenamento jurídico preexistente⁶⁰.

Como a integridade coexiste com a coerência e a tradição, em razão de ser a aplicabilidade dos aspectos históricos da evolução social e da manutenção da tradição dos significados dos elementos normativos, a teoria da integridade acaba exigindo dos intérpretes e aplicadores do direito, uma justificativa⁶¹ da sua

⁵⁸ Dworkin (2000) afirma que quando um juiz diz buscar a intenção por detrás de alguma legislação, na verdade, é uma cortina de fumaça para que ele imponha sua própria visão de mundo sobre o fato.

⁵⁹ Idem, 2000.

⁶⁰ “Contra Hart, ele sustenta que nem todos os casos difíceis têm sua origem na imprecisão de um termo de uma norma jurídica e que é errado afirmar que neles os juízes têm poderes discricionários. As partes no processo têm o direito de obter uma solução de acordo com o ordenamento jurídico pré-existente; este direito opera em casos fáceis e difíceis e, portanto, os juízes não têm discricção ou poderes excepcionais para criar normas jurídicas” (RODRIGUEZ, 1997, p. 35).

⁶¹ “Dworkin exige uma responsabilidade política dos juízes. Os juízes têm a obrigatoriedade de justificar as suas decisões, porque, com elas, afetam os direitos fundamentais e sociais, além da relevante circunstância de que, no Estado Democrático de Direito, a adequada justificação da decisão constitui um direito fundamental. Daí a necessidade de ultrapassar o ‘modo positivista-de fundamentar’ as decisões (perceptível no cotidiano das práticas dos tribunais, do mais baixo ao mais alto); é necessário justificar- e isso ocorre no plano da aplicação-detalhadamente o que está sendo decidido” (STRECK, 2009, 70).

decisão que, na verdade, diferencia-se da simples fundamentação, que é um critério explicativo da subsunção.

A integridade é comparada ao exercício de um escritor. Dworkin (2000), nesse ponto, debruça-se sobre os significados dos elementos normativos, o que denota, mais uma vez, que a integridade não está sozinha. Junto a ela estão a coerência e a tradição, porquanto a análise dos significados respeita os aspectos históricos:

[...] as proposições de Direito não são meras descrições da história jurídica, de maneira inequívoca, nem são simplesmente valorativas, em algum sentido dissociado da história jurídica. São interpretativas da história jurídica, que combina elementos tanto da descrição quanto da valoração, sendo, porém, diferente de ambas (DWORKIN, 2000, p. 219).

Na comparação realizada por Dworkin (2000), entre direito e literatura, a tradição, a coerência e a integridade se fazem presentes. Para uma análise jurídica do ato de interpretar e aplicar, ele supõe que um grupo de escritores romancistas são contratados para escrever um livro. Para definir a regra de quem escreve primeiro, fica assentado que o que alcançou o número mais baixo do dado escreve o primeiro capítulo e os demais capítulos são escritos em ordem crescente do número alcançado pela jogada do dado. Todos os escritores devem ter uma regra para a escrita dos capítulos: manter a integridade do romance.

Cada romancista, a não ser o primeiro, tem a dupla responsabilidade de interpretar e criar, pois precisa ler tudo o que foi feito antes de estabelecer, no sentido interpretativista, o que é o romance criado até então. Deve decidir como os personagens são 'realmente', que motivos os orientam, qual é o tema ou o propósito do romance em desenvolvimento, até que ponto algum recurso ou figura literária, consciente ou inconscientemente usado, contribui para estes, e se deve ser ampliado, refinado, aparado ou rejeitado para impelir o romance em uma direção e não em outra. Isso deve ser interpretação em um estilo não subordinado à intenção porque, pelo menos para todos os romancistas após o segundo, **não há um único autor cujas intenções qualquer intérprete possa, pelas regras do projeto, considerar como decisivas** (grifo nosso).

Como um romance, a literatura e a arte, a interpretação não possui a liberdade de criar outra obra de arte a partir dela, pois senão, o intérprete passa dessa condição para a de autor da obra: "a interpretação de um texto tenta mostrá-lo como a melhor obra de arte que ele pode ser, e o pronome acentua a diferença entre explicar uma obra de arte e transformá-la em outra" (DWORKIN, 2000, p. 219).

Por isso, o paradoxo de Alice está na interpretação e no seu limite substancial. A integridade e a coerência exigem do intérprete e do aplicador o conhecimento substancial dos elementos que compõem a tradição, que nem sempre é o que se apresenta. Por exemplo, Alice não sabia e tomou a decisão ao final, sem saber.

No filme, percebe-se que Alice não sabia para onde ir. Quando ela pergunta ao gato qual caminho deve seguir, ele a responde perguntando a ela para onde ela quer ir. Como Alice responde que não sabe, o gato diz que “para quem não sabe para onde ir, qualquer caminho serve”. Alice, ao final, toma a decisão de matar o dragão apenas por intuição; uma decisão que, apesar de ter mantido a integridade, tem uma característica quase que metafísica.

O problema é que no momento da tomada de decisão, a harmonia entre a tradição e a coerência, integridade, nem sempre é alcançada e pode dar assento à arbitrariedade em razão do desconhecimento da tradição. A penumbra de Hart⁶² sobre um elemento normativo pode se materializar no desconhecimento da tradição. A teoria de Dworkin (2000), apesar de repelir a discricionariedade, trata a integridade das tomadas de decisão sob uma mesma medida, a de que os intérpretes não irão suplantar a tradição pelos valores.

A integridade, a coerência e a tradição podem ser analisadas na teoria dos sistemas luhmanniana por meio do acoplamento estrutural e pela autopoiese, já que o resultado desta comunicação entre subsistemas pode ser considerado precedente.

Deve-se ressaltar que a teoria dos sistemas sociais de Luhmann (2011) é uma teoria sociológica e não trabalha com uma teoria da decisão. Apesar disso, quando um subsistema é colocado como elemento integrante de um sistema social, que se caracteriza pela diferenciação funcional entre o todo e o meio, a tradição, a coerência e a integridade podem ser consideradas como base da estrutura de um sistema social, especialmente, na relação entre o sistema social e o subsistema jurídico. Isso porque, com o acoplamento estrutural novas situações são colocadas à decisão para que o subsistema jurídico reduza a expectativa social, criada pela complexidade social.

⁶² De que toda expressão linguística possui uma zona dura de significado e outra zona de penumbra, e que essa zona de penumbra autoriza o juiz a decidir por meio da discricionariedade (OLIVEIRA, 2008).

Ocorre que para a teoria dos sistemas sociais, cada subsistema é operacionalmente fechado, mas substancialmente aberto, a ponto de se permitir uma abertura pelo acoplamento estrutural. Essa abertura não é ilimitada, mas sim, limitada a uma norma superior, não contingencial, que é a Constituição Federal e que representa o ordenamento em sua integralidade.

A interpretação nas tomadas de decisões pelo subsistema jurídico não pode ser autorizada a criar o Direito, mesmo em casos de novas expectativas sociais, em razão da integridade exigida para a manutenção de um sistema social.

Seguindo a teoria da integridade de Dworkin (2011), a autopoiese do subsistema jurídico, na resposta às complexidades sociais, não pode ultrapassar o limite da norma não contingencial, no sentido de que, se ultrapassados os limites, o subsistema perde a sua autonomia, caracterizada pela sua funcionalidade e pela diferenciação funcional de um subsistema em comparação a outro. Se um subsistema perde a sua autonomia, o sistema social como um todo entra em desordem⁶³, pois a estrutura do sistema social está baseada, justamente, nas diferentes funcionalidades de cada subsistema.

Neste sentido, quando a valoração de um princípio da norma não contingencial, que é a limitadora nos acoplamentos estruturais e na autopoiese, prepondera sobre a integridade de todo um sistema social (considerando sistema e os subsistemas que o integram), as diferenciações funcionais deixam de existir e, desse modo, a estrutura de todo um determinado sistema pode ruir, pois o sistema social estrutura-se diante uma norma não contingencial que o constitui. Grau (2016) afirma que decidir em função da valoração em princípios encanta, fascina e pode até legitimar a decisão, entretanto, essa legitimidade somente existirá se não comprometer o funcionamento e a existência do sistema: “um sistema legal que construa os elementos básicos de suas normas com

⁶³ Bobbio (1995) explica que sistema é uma totalidade ordenada. Essa ordenação somente existirá se os elementos que compõem o sistema mantêm uma relação coerente com o todo e com si mesmo. Para ele, para que um ordenamento jurídico seja considerado um sistema é preciso responder se as normas que o compõem estão em coerência entre si. Nesse sentido, a coerência entre si, na análise desse trabalho (que não tem a pretensão de estudar o ordenamento, mas sim o todo e como que o Poder Judiciário se legitima ou se deslegitima por meio de sua funcionalidade), é o que a teoria luhmanniana denomina de diferenciação funcional. Como o sistema social existe e se fundamenta pela diferença entre as diferenças dos subsistemas (diferença da diferença entre o todo e o meio), havendo descumprimento nas funcionalidades dos sistemas, há que se falar em desordem, causada pela incoerência.

princípios gerais ou padrões jurídicos de conduta não é senão um disfarce que oculta medidas individuais” (NEUMANN, 1942, p. 441-442 *apud* GRAU, 2016, p. 140). Esse é o problema que deve ser trabalhado no *neoconstitucionalismo*.

2.2.2 O *neoconstitucionalismo* como gatilho para a degeneração do Direito

A motivação para considerar o *neoconstitucionalismo* como gatilho para a degeneração do Direito está no fato de que, por ele, se autoriza um ‘vale tudo’ no intento de suplantar o positivismo.

O *neoconstitucionalismo* como forma de encarar o constitucionalismo, o novo constitucionalismo, entende que os princípios constitucionais são valores que otimizam o Direito⁶⁴. Portanto, numa tomada de decisão, a discricionariedade é condição que precede a otimização dos princípios, o que traz como consequência, por meio da teoria luhmanniana, a modificação da programação do subsistema jurídico, que é condicional, para uma programação finalista, considerando aqui que, a decisão sobre algo lícito/ilícito, direito/não direito (demonstração da programação condicional na teoria luhmanniana), pode ser entendida como a função de garantia, apresentada por Ferrajoli (2011), porquanto para essa função, o fato de um ato não seguir o disposto pelo ordenamento, a fim de garantir os direitos fundamentais, pode ser considerado um ato ilícito/não direito, conforme a apresentação da condicionalidade luhmanniana.

O *neoconstitucionalismo* possui algumas derivações, em que todas recaem na consideração de que princípios são valores que servem como mandados de otimização pelo tomador de decisão.

Além do *neoprocessualismo*, o *neoconstitucionalismo* é denominado de iluminismo constitucional, como forma de demonstrar que o Poder Judiciário, por meio do Supremo Tribunal, tem a função de garantir a efetividade dos direitos fundamentais de acordo com as necessidades sociais, que não são mais

⁶⁴ Dworkin (2000) não é um representante do *neoconstitucionalismo*, pois para ele, os princípios não são mandados de otimização dos princípios, ao contrário. Pelo fato dele ser antidiscionário, regras e princípios são normas que devem ser aplicadas, tendo como parâmetro a integridade de todo o sistema; a comum-idade. A consideração de princípios como valores, pressupõe uma análise valorativa do tomador de decisão, que não é o defendido por ele.

alcançadas com a tripartição de poderes secular⁶⁵, tendo como elemento de interpretação, o sentimento social, que é o progresso social. Essa visão iluminista do *neoconstitucionalismo*, entende que a busca pelo progresso social, por meio de decisões judiciais, deve ser a exceção (BARROSO, 2017).

Esse posicionamento iluminista lembra a concepção de Ferrajoli (2011), sobre a função de garantia do Poder Judiciário no subsistema jurídico luhmanniano. Entretanto, em nenhum momento, a função de garantia apresentada por Ferrajoli determina que o progresso social deve estar alheio ao limite da integridade e da comum-idade, proposta por Dworkin (2000).

Fora da integridade do Direito, enquanto Ciência jurídica, o iluminismo é abertura para a arbitrariedade, pois a concepção do que seja ‘progresso social’, depende da subjetividade de quem interpreta. Quando se defende, em um Estado de Direito e democrático, que o Poder Judiciário pode utilizar um princípio como mandado otimizador a fim de garantir um progresso social⁶⁶, cria-se uma abertura perigosa, pois se legitima a possibilidade do próprio Judiciário a manter-se ou não dentro dos limites integradores do direito estabelecidos pela Constituição Federal, o que pode causar um desequilíbrio no subsistema jurídico e, conseqüentemente, no próprio sistema social.

Nessas hipóteses, o Poder Judiciário deixa de ser o fiel da balança (TRINDADE; OLIVEIRA, 2017) e passa a se sobrepor à representatividade e ao programa finalista, que são inerentes ao subsistema político. Nesse sentido,

de uma razão humanista que conduz o processo civilizatório e empurra a história na direção do progresso social e da liberação de mulheres e homens. Para espancar qualquer maledicência quanto a uma visão autoritária ou aristocrática da vida, Iluminismo, no presente contexto, não guarda qualquer semelhança com uma postura análoga ao despotismo esclarecido ou aos reis filósofos de Platão. A analogia mais próxima, eventualmente, seria com uma tradição filosófica que vem de Tomás de Aquino, Hegel e Kant de que a história é um fluxo contínuo

⁶⁵ “Cidadão é diferente de eleitor; governo do povo não é governo do eleitorado. No geral, o processo político majoritário se move por interesses, ao passo que a lógica democrática se inspira em valores. E, muitas vezes, só restará o Judiciário para preservá-los. O déficit democrático do Judiciário, decorrente da dificuldade contramajoritária, não é necessariamente maior que o do Legislativo, cuja composição pode estar afetada por disfunções diversas, dentre as quais o uso da máquina administrativa, o abuso do poder econômico, a manipulação dos meios de comunicação” (BARROSO, 2005, p. 01).

⁶⁶ Barroso (2017), entende que o Poder Judiciário não é a única fonte para reconhecer a vontade constitucional de cada tempo, pois o poder emana do povo e não dos juizes. Por isso, para ele, a jurisdição constitucional deve funcionar como representativa da “voz das ruas”, inclusive, no sentido de permitir aferir a representatividade popular por meio de fontes quantitativas a serem objeto de fundamentação de decisões judiciais iluministas.

na direção do bem e do aprimoramento da condição humana. A razão iluminista aqui propagada é a do pluralismo e da tolerância, a que se impõe apenas para derrotar as superstições e os preconceitos, de modo a assegurar a dignidade humana e a vida boa para todos. As intervenções humanitárias que o papel iluminista dos tribunais permite não é para impor valores, mas para assegurar que cada pessoa possa viver os seus, possa professar as suas convicções, tendo por limite o respeito às convicções dos demais (BARROSO, 2017, p. 38).

Apesar da argumentação de que o iluminismo constitucional não se aproxima ao despotismo esclarecido e de regimes autocráticos⁶⁷ há de se convir que ele se afasta da autonomia e da diferenciação funcional dos subsistemas que, enquanto elementos estruturais de um sistema social, são necessários para a manutenção do Estado de Direito e democrático.

Quando o Poder Judiciário substitui a forma democrática, prevista para a programação de políticas públicas e de atendimento aos anseios populares, e o faz fora dos limites da integridade, sob a roupagem de proporcionar um progresso social (mormente quando se criminaliza condutas, em detrimento do princípio da estrita legalidade⁶⁸), lesiona a própria autonomia do subsistema a que pertence e ataca toda a estrutura do sistema social, eis que a distribuição de funções estatais, por meio da diferenciação funcional, não foi seguida.

⁶⁷ Bodin foi um jurista do século XVI e defensor do absolutismo. Guardada as devidas proporções, utilizava o mesmo argumento que o iluminismo e o *neoconstitucionalismo* utilizam para atingir o bem comum e a harmonia da República, baseado em valores. Valores que se fundamentam não somente pelos preceitos jurídicos, mas, também, por uma sólida filosofia em que a justiça não se altera pela vontade dos homens, mas somente pela equidade das leis naturais, advindas da condição humana: “O mais alto grau de felicidade é poder o que se quer, e o de grandeza é querer o que se pode, no que ele mostra que o Príncipe nada pode que seja injusto” (BODIN, 2011, p. 231). Portanto, é um argumento em que a discricionariedade está presente. Por isso, Coelho (2017, p. 02) afirma que o *neoconstitucionalismo* não passa do jusnaturalismo envergonhado: “Os modernos cânones interpretativos, com destaque para o *instrumentarium* de que se utilizam os autodenominados *neoconstitucionalistas* ou pós-positivistas- melhor seria assumirem-se como ‘jusnaturalistas envergonhados’-, na sua particular leitura dos textos constitucionais, supostamente ancorada num indefinível *definiens*, que se convencionou chamar de giro hermenêutico ou giro linguístico e que tudo permite a esses ‘renovadores da interpretação constitucional. Isso tudo somado, forçoso é reconhecer-se que, apesar do seu propósito de racionalizar a tarefa interpretativa-pois ‘a hermenêutica é uma atividade racional, que se ocupa com processos total ou parcialmente irracionais, como o é o processo de realização do direito, embora procure fazê-lo da forma mais racional possível’-, apesar desse propósito, a escolha derradeira entre diferentes critérios, cânones ou regras de interpretação, dependerá sempre de valores que o aplicador do direito, guiado pela sua pré-compreensão, intente realizar através da interpretação”.

⁶⁸ Como foi o caso da Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão (ADO) n. 26, que criminalizou a conduta de homofobia. Apesar de necessária para o progresso social a proteção da população pertencente ao grupo LGBTQIA+, a criminalização de uma conduta por meio de uma decisão, não pode ser considerada um exemplo de decisão que respeita a integridade do Direito.

Cambi (2018), adepto ao *neoconstitucionalismo*, explica que a Constituição possui uma função que é de transformar a sociedade. Justifica o seu posicionamento na defesa da necessidade de não se encarar a Constituição como um limitador absoluto do poder, pois o “princípio da maioria não está assentado no absolutismo da maioria ou na opressão das minorias” (CAMBI, 2018, p. 22). Para ele, as Constituições modernas devem se assentar na garantia da realização dos direitos de todos e não, simplesmente, de exigir a plena observância da regra da maioria.

Quanto a isso, mesmo os não adeptos ao novo constitucionalismo concordam. O grande problema é como essa transformação desejada pelo *neo* no *jus* se dará: se a transformação social por meio da Constituição Federal respeitará a integridade do Direito e, no mínimo, os significados dos elementos normativos, por meio da tradição e da coerência.

Da forma com que se apresenta, o *neoconstitucionalismo* funciona como uma espécie de salvo-conduto para se fazer justiça. Os fins nobres em que se apoia, como a busca do progresso social e a efetividade dos direitos fundamentais, cria uma espécie de salvo-conduto para que o intérprete funcione com um ‘justiceiro’ às mazelas ocasionadas pelas omissões do Poder Legislativo e do Executivo. Essa forma de se fazer justiça, viola o Estado de Direito e democrático, porquanto os fins, por mais nobres que sejam, não podem desrespeitar a ordem democrática representada pela distribuição de poderes, mesmo que seja pela bipartição de Ferrajoli (2011), em que a função do Poder Judiciário é uma função de garantia, mas, vale lembrar, sempre limitada pela integridade, coerência e tradição do Direito.

Se o *neoconstitucionalismo* é uma forma de alcançar o progresso social por meio da otimização de princípios durante a tomada de decisão, o *neoprocessualismo* é uma forma de otimizar os princípios durante a fase precedente à tomada de decisão, em que fica mais patente a discricionariedade do juiz no exercício de sua função.

O *neoprocessualismo* é o *neoconstitucionalismo* aplicado às normas instrumentais, em que as regras e princípios processuais podem ser considerados como mero formalismos processuais e que atrapalham a efetivação dos ideais constitucionais, de acordo com a subjetividade de quem

julga as regras e princípios processuais, que os entendem como formalismos processuais que atrapalham o fim do julgador.

Morais (2016) critica a atuação transformadora e finalista do Poder Judiciário, no sentido de que essa função criadora e transformadora, fora dos limites constitucionais, afasta a força normativa da Constituição.

Ora, quando um Tribunal Constitucional decide inovar politicamente, afastando-se do programa político dos preceitos constitucionais e revelando normas “imanescentes” e não decididas, quando adita novos e inesperados critérios de decisão a partir de princípios neutros, quando desvitaliza a cogência das normas que foram decididas, ou quando retorce o seu sentido sem que haja amparo no texto, dificilmente exercerá uma função de controlo. O mesmo Tribunal não interpreta nem concretiza a Constituição quando, em vez de pretender revelar o significado da norma à luz da realidade inerente a uma situação problemática, soluciona essa situação problemática a partir de um parâmetro normativo ficcionado ou de uma norma que ele constrói e que lhe permite transformar no plano material a própria Constituição (MORAIS, 2016, p. 58).

Além do desrespeito à força normativa constitucional, posto que inova nos significados dos elementos normativos processuais, o *neoprocessualismo* age de forma a enfraquecer o Estado de Direito e democrático, sob dois aspectos: o primeiro, quando o intérprete se arvora de um poder, inexistente, de interpretar as necessidades sociais e decidir o que é ‘progresso social’, a ponto de afastar normas criadas por um procedimento legislativo democrático ou, ainda, de criar novos procedimentos extra *legem* (que aqui são chamados de *freestyle* - estilo livre-, porquanto são criados sem a atenção às normas processuais), para alcançar o seu desiderato de justiceiro. O segundo, quando o próprio Poder Judiciário autoriza essa prática inovadora por meio da chancela a ela; quando em sede recursal essas práticas são chanceladas com a denegação de um recurso que as impugna, por exemplo. Por isso, essas práticas podem ser consideradas, tanto no aspecto formal, quanto no material, não democráticas.

A esse segundo aspecto, a dogmática processual passa da condição de profanada à profanadora da Ciência Jurídica.

2.3 A *KONSTRUKTION*⁶⁹ LAVA JATO: A EXPERIÊNCIA ALEXYANA *SUI GENERIS* QUE NÃO DEU CERTO

A Operação Lava Jato apresentou-se como uma saída fantasiosa e alexyana no combate à corrupção. Para o fim de combater a corrupção, tendo o Poder Judiciário atuando em conformidade com a programação finalista do subsistema político, conforme a teoria luhmanniana, entre a estrita legalidade, o devido processo legal, a presunção de inocência, o acusatório e uma significação utilitarista da dignidade da pessoa humana, preponderou-se a significação de que a corrupção estrutural deveria ser combatida, mesmo com a relativização de princípios constitucionais que demonstram uma ponderação destituída de integridade constitucional.

Para além do aspecto jurídico e argumentativo que caracterizou a Operação foi por meio do *lawfare* que a Operação serviu como instrumento político, inclusive, para a eleição do ano de 2018, em que houve o afastamento do ex presidente Luiz Inácio Lula da Silva da corrida eleitoral para a presidência da República e no caso do ex governador do Estado do Rio de Janeiro, o senhor Witzel⁷⁰, após 2018.

2.3.1 *Lawfare* e dogmática

A utilização política do Judiciário, tendo-o como um instrumento para fins políticos, degenera a dogmática, porquanto a atuação finalística do Poder Judiciário afasta a sua autonomia e, com isso, utiliza de justificativas baseadas na vontade de quem julga, fora da integridade do Direito, em que os elementos normativos são ressignificados de acordo com a subjetividade do julgador.

⁶⁹ Konstruktion, de acordo com Campos (2016, p. 108), é um “método jurídico por meio do qual uma relação de direito era reconstruída pelos conceitos jurídicos abstratos que a norteava, contornando assim a decisão. Esse método era tido por Windscheid como gerador ou criador de direito, e não apenas como aplicação de algo já estabelecido”.

⁷⁰ Em maio de 2020, logo após uma mudança na superintendência da Polícia Federal, foi realizada uma Operação da Polícia Federal, denominada Placebo, que investigava desvio de recursos públicos. O ex-governador do Rio de Janeiro, Witzel, foi alvo da Operação, coincidentemente, quando a aliança entre ele e a Presidência da República foi interrompida, o que demonstra a utilização de instrumentos de persecução penal, como estratégia de política.

O *lawfare*, terminologia definida na década de 90 pelo militar estadunidense Charles Dunlap, é um método de guerra não convencional em que a lei é utilizada como um meio para atingir um objetivo militar (ROMANO, 2019).

O método *lawfariano*⁷¹ demonstra uma utilização negativa da norma e, conseqüentemente, do poder imbuído no exercício da jurisdição, que acaba por ser manipulado e desvirtuado. Não se trata de expandir o significado da função condicional, de Luhmann, ou da função de garantia, de Ferrajoli, mas sim, de alterar a sua função, como numa *Konstruktion*, em que o fator criador do Direito está na própria interpretação e aplicação da norma com uma significação solipsista.

O *Lawfare*, método utilizado na Lava Jato, tem como estratégias (ZANIN MARTINS; ZANIN MARTINS; VALIM, 2019): a) a manipulação da competência, em que juízes que seriam, a *priori*, territorialmente incompetentes, passam a ser competentes por manipulação na interpretação do dispositivo legal, por meio do *fórum shopping*; b) o *frivolous charges*, em que há o uso abusivo da ação penal, num direito penal abusivo, em que denúncias são apresentadas sem a presença da justa causa, baseadas em convicções e que tentam inverter o ônus da prova; c) *overcharging*, que também se caracteriza como forma do direito penal abusivo, em que prisões provisórias e conduções coercitivas são decretadas como forma de obter provas e em que delações premiadas são utilizadas como provas sem a devida confrontação de dados, numa espécie de presunção de veracidade, *in dubio pro societate* probatória; d) *carrots and sticks*, como uma espécie abrasileirada do “morde e assopra” e do *plea bargain* em que ocorre uma “negociação penal” sem a análise de propostas por parte do acusado, uma negociação sem negociata, quase um “acordo de adesão”, por meio de um sistema que as propostas do Ministério Público são as únicas apresentadas e funcionam como uma redenção do acusado.

⁷¹ O *lawfare* é uma prática que desvirtua os princípios do juiz natural e o devido processo legal e ocasiona uma mudança substancial nas funções típicas do Judiciário, relativas à atividade jurisdicional e de outros órgãos responsáveis pela persecução penal, caracterizando-se pelo uso da lei como instrumento de atingir objetivos pessoais e adversários políticos; como uma guerra sem armas em punho, (na definição de CARLSON e YEOMANS, 1975), mas que pode trazer conseqüências sérias futuras, pela abertura semântica dos elementos normativos que transforma um ato de exceção numa regra com características autoritárias, pois de acordo com Agamben (2004), não há estado de exceção permanente.

Essas estratégias próprias do *lawfare* explicam o motivo pelo qual a Operação Lava Jato é uma experiência alexyana *sui generis* que não deu certo. *Sui generis* porque não segue a lei de ponderação apresentada por Alexy, mas, a utiliza como argumento para justificar o combate à corrupção, numa justificativa que se aproxima a uma teoria argumentativa voluntarista: não interpreta, não pondera, somente argumenta como estratégia finalista de combater a corrupção. Essa teoria argumentativa voluntarista, de combate à corrupção, se retroalimenta num estado de exceção, de exceção à legalidade. A ausência de cumprimento das regras do jogo democrático possibilita o *lawfare* e ele é a demonstração prática de um estado de exceção.

2.3.2 Lawfare e estado de exceção

Quando um Poder da República, que representa o exercício da jurisdição pelo Estado, atua como instrumento de estratégias político-jurídicas, à margem da legalidade estrita, acaba por se afastar de sua programação funcional e, conseqüentemente, dos princípios relativos ao Estado de Direito e democrático, em razão do voluntarismo, solipsismo hermenêutico e da perda de sua autonomia.

Quando o Poder Judiciário não segue as regras⁷² estabelecidas pela democracia constitucional é porque está-se diante de um estado de exceção.

Um estado de exceção somente pode ser assim denominado num Estado que vivencia um momento de normalidade constitucional e social, justamente porque, a autonomia do Poder Judiciário numa normalidade democrática constitucional é que possibilita enxergar as estratégias voluntaristas do *lawfare*, em que os fins passam a justificar os meios.

Por isso mesmo, é interessante notar que o estado de exceção não provém do absolutismo e, sim, de um Estado com tradição democrática (AGAMBEN, 2004), considerando-se, ainda, que não há estado de exceção de forma contínua. Quando o que era estado de exceção se torna regra, tem-se um estado de matiz autoritária, ditatorial.

⁷² Em sentido geral, como regras do jogo democrático.

De acordo com Serrano e Bonfim (2020), o estado de exceção pode se caracterizar com a presença de mecanismos típicos autoritários na rotina democrática, que pode ser característica do processo de (des)legitimação do Poder Judiciário.

Quando instrumentos autoritários e estranhos à ordem constitucional vigente passam a ser aceitos pelas instituições representativas do Poder Judiciário, esse se perde, como numa espécie de autofagia suicida, em que, pode-se continuar a existir, mas sem a sua essência originária e que lhe sustenta, ou seja, passa a ser um nada perante a ordem constitucional que o fundou.

Pelo *lawfare*, verifica-se que o estado de exceção é a ausência do Direito, enquanto representação e significados de um Estado de Direito e democrático. Nessa ressignificação dos elementos normativos, o *lawfare* utiliza-se de significantes vazios⁷³, para que os fins desejados possam justificar os meios, com o afastamento da dogmática e da integridade à democracia constitucional. O combate à corrupção é um bom exemplo, pois os significantes vazios são expressões de aparência rígida, mas que, na verdade, se apresentam como expressões flexíveis, que podem ser ressignificadas de acordo com a finalidade de quem as usa.

Um efeito do estado de exceção, com o uso de significante vazio, foi o caso do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4)⁷⁴, que autorizou o

⁷³ No combate a corrupção, pela prática do *lawfare* justifica-se o afastamento das normas, inclusive constitucionais, relativas ao Estado democrático de direito. Caso interessante e que demonstra uma exceção em momento de normalidade social, não revolucionário, é o afastamento da legalidade e, conseqüentemente, a autorização da atuação de um juiz parcial.

⁷⁴ Num julgamento pelo Tribunal Regional Federal da 4ª região, houve reclamação da atuação do juiz federal responsável pela Operação Lava Jato à época, ante a utilização e divulgação áudio, produto de interceptação, de forma irregular (PA n. 0003021-32.2016.4.04.8000/RS). Como resposta, o Tribunal assim se manifestou: “Ora, é sabido que os processos e investigações criminais decorrentes da chamada “Operação Lava - Jato”, sob a direção do magistrado representado, constituem caso inédito (único, excepcional) ao direito brasileiro. Em tais condições, neles haverá situações inéditas, que escaparão ao regramento genérico, destinado aos casos comuns. Assim, tendo o levantamento do sigilo das comunicações telefônicas de investigados na referida operação servido para preservá-la das sucessivas e notórias tentativas de obstrução, por parte daqueles, garantindo-se assim, a futura aplicação da lei penal, **é correto entender que o sigilo das comunicações telefônicas (Constituição, art. 5º, XII) pode, em casos excepcionais, ser suplantado pelo interesse geral na administração da justiça e na aplicação da lei penal. A ameaça permanente à continuidade das investigações da Operação Lava Jato, inclusive mediante sugestões de alterações na legislação, constitui, sem dúvida, uma situação inédita, a merecer um tratamento excepcional**” (grifo nosso), ou seja, à margem da Lei. Um trecho da decisão, traz como fundamento, de forma equivocada, a explicação do Ministro Eros Grau sobre a exceção. De acordo com a decisão, a explicação

afastamento das normas em casos considerados excepcionais, em que o argumento de se combater a corrupção⁷⁵, pelo significado utilizado, autorizou o afastamento da estrita legalidade.

2.3.3 A corrupção normativa⁷⁶ da Lava Jato

trazida pelo Ministro afirmava que a norma se aplica numa situação de normalidade, no sentido de que “impõe-se advertir que essas regras só podem ser corretamente interpretadas à luz dos fatos a que se ligam e de todo modo verificado que incidiram dentro do âmbito de normalidade por elas abrangido. É que a norma jurídica incide no plano da normalidade, não se aplicando a situações excepcionais”. O problema está na utilização da teoria da exceção esposada pelo Ministro Eros Grau de forma equivocada. O ministro Eros Grau afirmava a exceção de aplicação das normas para o fim de efetivar garantias e direitos. Para o Ministro Eros Grau a exceção se autorizava para efetivar garantias e direitos previstos no ordenamento jurídico brasileiro. De acordo com Sarmiento e Souza Neto (2013), o Ministro Eros Grau justificava que a não aplicação das regras constitucionais, se dava pela presença de circunstâncias excepcionais. Isso apresentava-se como um risco de atribuir um poder soberano ao Supremo, pois essa teoria poderia ser manejada por pessoas que não possuíam o mesmo compromisso democrático que o Ministro. A grande diferença da decisão do TRF4 ao posicionamento do Ministro Eros Grau pode ser demonstrada em dois exemplos. O primeiro, refere-se ao caso do HC nº 94916 /RS, julgado em 2008, em que o Ministro afastou o antigo inciso II do artigo 2º da Lei nº 8072/90 (antes da modificação legal) para permitir que a acusada, pega com pequena quantidade de maconha, pudesse ser beneficiada com a liberdade provisória. O segundo, refere-se ao Agravo Interno na Reclamação de nº 3034/PB, julgado em 2006, que a partir de posicionamento de Eros Grau foi julgada improcedente a Reclamação para possibilitar o sequestro de mais de trezentos mil do Estado da Paraíba, em razão de quitação de precatório não alimentar (a despeito da ADI 1662) e sim por doença grave e incurável da pessoa beneficiada pelo sequestro.

⁷⁵ Além do caso no Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4), verifica-se o fomento à institucionalização de práticas que são excepcionais, pois normalizam a minimização e o afastamento de direitos e garantias constitucionais e que propiciam a prática do *lawfare*. Algumas propostas legislativas encabeçadas pelo Ministério Público Federal, nas “10 Medidas contra a corrupção”, demonstraram as exceções, nas ressignificações constitucionais para os casos relacionados ao combate à corrupção, como se as normas relacionadas às reformas legislativas existentes não pudessem suprir as necessidades sociais dentro da constitucionalidade brasileira. Como exemplo de fomento ao estado de exceção e da prática do *lawfare* pelas propostas legislativas acima estão a limitação de cabimento de habeas corpus, e limitação ao direito de recorrer; com a possibilidade do Tribunal declarar a ocorrência do trânsito em julgado se entender que o recurso é protelatório; limitação dos efeitos na declaração de nulidade de atos processuais; não declaração de nulidade de uma prova, se essa prova foi obtida por boa-fé do agente público, e aumento da possibilidade de decretação da preventiva, tudo numa interpretação que se supõe a prevalência de uma situação de permanente excepcionalidade e a prevalência do interesse social, numa espécie de *in dubio pro societate*. Por fim, verifica-se que o *lawfare* necessita da ordem constitucional já existente para poder se sustentar, pois senão, escancara a sua ilegitimidade democrática na atuação estatal. Valim (2017) destaca que essa é a sordidez do *lawfare*, que se aproveita da lei para dar a interpretação desejada pelo seu intérprete e que, por isso, sempre pertencerá ao Direito, porque precisa do Judiciário para legitimar-se, mesmo que numa prática de exceção.

⁷⁶ A corrupção, antes de ser considerada como um “dever” pode e deve ser analisada com um “ser”. Dessa forma, além do conceito criminal de corrupção e, previamente a ele, tem-se o sentido léxico da expressão corrupção. Pode-se afirmar que a corrupção não se limita a uma conduta, mas sim, em uma essência. De acordo com o Dicionário Houaiss: sinônimos e antônimos (2008, p. 220), corrupção pode ser entendido como “1. Adulteração: desvirtuação, desvirtuamento, deturpação <c. de um texto>; e é nesse sentido que a corrupção normativa é entendida. A deturpação e adulteração da moralidade administrativa- de acordo com Gasparini (2012, p. 64),

A corrupção do texto normativo pode ser tão nociva quanto a corrupção prevista no Código Penal, pois a interpretação e aplicação da norma constitucional não pode ser arbitrária.

A Constituição possui um mínimo a ser considerado, um compromisso constitucional, mesmo perante as evoluções hermenêuticas, aos círculos hermenêuticos, pois a verdade, que sempre está presente, somente precisa ser pré-compreendida no todo: não se compreende a parte sem conhecer o todo e nem se conhece o todo sem conhecer e compreender a parte. É a partir desse exercício operacional que a verdade, relação entre o texto jurídico e a norma jurídica, transparece (COELHO, 2015).

As justificativas decisórias utilizadas na Operação Lava Jato não se apresentaram como uma pré-compreensão equivocada do compromisso constitucional, mas sim, como um caso patente de subjetividade, eis que as ressignificações de elementos normativos para o fim de combater a corrupção não respeitaram o processo de tradição, que é necessária para uma correta compreensão do significado de elementos normativos, principalmente se verificados com o todo, que é a Constituição Federal. De acordo com Streck (2020, a), toda compreensão pressupõe a transmissão da tradição, no sentido de que a compreensão ocorre pela compreensão de onde viemos e para onde vamos; é a relação entre o ter-que-ser e o modo-de-ser pelo que já foi⁷⁷.

a moralidade administrativa é verificada no conjunto de regras de conduta que regulam o agir da Administração Pública- ocorre, por exemplo, no crime de corrupção ativa e/ou passiva. Além da corrupção da moralidade administrativa, a corrupção normativa pode ser exemplo de deturpação e adulteração do sentido do texto normativo constitucional ou infraconstitucional. A máxima que Coelho (2015) dispõe, que o texto constitucional tem que ser estável sem ser estático e ser dinâmico sem ser frenético, não significa que o intérprete da Lei possa ser arbitrário e discricionário na aplicação de normas, interpretando e aplicando as normas de acordo com seus pré-conceitos, pois o Direito é um sistema interligado de regras e princípios comandados pela Constituição e que possui um mínimo a ser considerado, mesmo perante às evoluções hermenêuticas, aos círculos hermenêuticos, pois a verdade, que sempre está presente, somente precisa ser pré-compreendida no todo: não se compreende a parte sem conhecer o todo e nem se conhece o todo, sem conhecer e compreender a parte. Entretanto, a pré-compreensão não pode depender de um significado como fruto da vontade do intérprete, até porque a verdade hermenêutica impossibilita interpretações arbitrárias e discricionariedades e/ou decisionismos por parte dos juízes, pois o Direito é um sistema de regra e princípios, comandados pela Constituição, até porque, Direito não é moral.

⁷⁷ A compreensão, de acordo com Coelho (2015, p. 89-93) é o resultado do caminho do entendimento de parte para o todo e do todo para a parte, portanto, a compreensão da integridade. “O processo de olhar para a frente e para trás pode ter que se repetir inúmeras vezes, mormente quando se tenha apenas contemplado uma parte do texto global- por exemplo, uma só frase ou parágrafo”. Por isso, “o processo de compreensão exige um esclarecimento recíproco de um mediante o outro”, no sentido de que a “interpretação como fruto dessa compreensão exige sua integração no conjunto de que participa”. Por ser uma ação integrativa,

Gadamer (1997, p. 355) explica que “toda interpretação correta tem que proteger-se da arbitrariedade de intuições repentinas e da estreiteza dos hábitos de pensar imperceptíveis, e voltar o seu olhar para ‘as coisas ela mesmas’”, pois quem quer interpretar sempre realiza um projetar, e aí é que mora o equívoco hermenêutico (o erro da razão), e que pode fugir da verdade hermenêutica. Quem se aproxima do texto com pré-conceitos arbitrários, alcança a desonestidade intelectual. Nesse sentido, a desonestidade intelectual é uma interpretação corrompida; corrupção interpretativa.

Nessa dogmática voluntarista, significantes vazios passaram a ser utilizados quase como mandados de otimização para a ressignificação de elementos normativos. Numa demonstração de deslealdade intelectual, elementos populistas passaram a integrar o devido processo legal, criado para o fim de combater a corrupção, numa clara demonstração de desvio hermenêutico, que pode causar a degeneração do Direito e, conseqüentemente, a (des)legitimação do Poder Judiciário.

Nesse aspecto, o argumento de que a Operação Lava Jato foi uma experiência alexyana *sui generis* que não deu certo se confirma, pois, além de não ter seguido a lei de ponderação de Alexy, acabou por utilizar o argumento da necessidade de ponderação por uma linha transversal.

Na ponderação de Alexy, quem funciona como mandados de otimização são os princípios constitucionais. Na Operação Lava Jato, os significantes vazios é que funcionaram como mandados de otimização para a fundamentar a escolha de um elemento normativo ressignificado de forma voluntarista.

2.3.4 O arrivismo no combate à corrupção e a vulgarização da dogmática jurídica

Na Lava Jato escancarou-se a utilização da ação penal, como um atalho para justificar uma decisão já tomada pelo julgador. Uma espécie de exacerbação da subjetividade na relação sujeito-objeto da causa, pois essa

a interpretação não pode ser considerada uma via de mão única, mas uma via de mão dupla entre as normas, num sistema complexo que possui uma ordenação unitária, “na qual elas se engrenam umas nas outras, limitando-se, complementando-se, reforçando-se e formando um todo coerente, uma regulamentação”, que é o círculo hermenêutico.

relação assujeitadora do Direito ao juiz já era (e ainda é) objeto de crítica no processo de tomada de decisão.

No caso da Lava Jato, essa relação assujeitadora, se antecipou para a instrução do feito, fazendo com que a ação passasse a ser um atalho formal para a decisão tomada pelo juiz, desde o início da ação.

O *neoconstitucionalismo* brasileiro, numa concepção alexyana *sui generis*, como foi praticado pela Operação Lava Jato, ao antecipar a relação assujeitadora do juiz ao objeto da causa, para antes da própria decisão, apostou todas as forças na atuação discricionária do juiz, que amparado pelo seu *background* e por leituras morais, tinha por função combater a corrupção.

A relação assujeitadora do juiz ao objeto da causa, se fundamenta num pragmatismo performativo, que pode ser denominado da teoria do espantalho, uma crítica à teoria da ponderação proposta por Alexy.

A teoria do espantalho, a “falácia do homem de palha”, refere-se à construção de um conceito que minimiza as considerações de seus oponentes como forma de superação dos argumentos contrários à sua teoria; o que de consequência, acaba por deturpar significados já estabelecidos pela tradição, a fim de uma suposta coerência de seu argumento.

Campos (2016) denomina a teoria do espantalho como uma deturpação conceitual que, querendo ou não, influi na teoria do direito⁷⁸, mais especificamente, na tomada de decisão.

Nessa batalha (sim, batalha! Ante ao fato de o juiz ser comparado a um super-herói para o combate à corrupção), transpareceu-se no procedimento instrutório, de forma a legitimar antecipadamente a sua decisão.

⁷⁸ “Do ponto de vista metodológico, a otimização enquanto método da ponderação entre princípios tende a ser um equivalente funcional para a tradicional separação entre a norma jurídica e aplicação legal no caso concreto. Isso acaba por transformar o modo de trabalho jurídico e acima de tudo a forma textual do direito ao fixar a semântica jurídica no desnudo caso concreto. Um dos seus pressupostos implícitos, ou melhor, a condição de possibilidade de funcionamento de um sujeito contrafactual dotado de capacidade-cognitiva acima de tudo, de filtrar, descentralizar, processar e decidir sobre desenvolvimentos e constelações complexas. Tais desenvolvimentos, imersos num contexto social complexo, comumente se mostram envolvidos em uma inextricável dispersão de conhecimento social, perante o qual o dito sujeito contrafactual é relegado a um campo completamente sobrecarregado de sentidos diversos. Esse sujeito idealizando da otimização, torna visível e obscuro, do ponto de vista da teoria do direito e teoria dos direitos fundamentais, a relação de referência entre a dogmática jurídica e a factividade social instituída e exposta à constante transformação. Essa opacidade traz consigo uma não ventilada asserção de homogeneidade da realidade, que não tematiza a acessibilidade da sociedade para programas de intervenção jurídico-estatal” (CAMPOS, 2016, p. 115-116).

Por meio do *neoprocessualismo*, o juiz, enquanto assujeitador do objeto da causa, conseguiu transformar a dogmática jurídica em uma mera demonstração prática, em que os fundamentos decisórios se justificavam por si só, numa prática com programas finalistas, baseada em significantes vazios. Nessa prática, a expressão “corrupção” poderia assumir os mais diversos significados, a depender da prática prescrita pelo juiz. Prescrição, porque o juiz assujeitador não se submete às descrições normativas, é ele quem prescreve por meio de sua prática finalista o dever-ser. Ao mesmo tempo que prescreve, ele julga, com a mesma ideologia de quando prescreveu.

O juiz Sérgio Moro, bem como, alguns integrantes da Força tarefa da Operação Lava Jato utilizaram dessa prática assujeitadora e prescritiva do Direito, a ponto de utilizar elementos populistas para o engajamento⁷⁹ da sociedade para a causa do combate à corrupção.

Por causa desse engajamento popular procurado e provocado pela Operação Lava Jato, quando membros do Poder Judiciário criticavam ou decidiam de forma contrária ao prescrito por eles, eram alcunhados de serem favoráveis à corrupção; numa demonstração de que a moral no ato de interpretar e aplicar o Direito pode levar à deslegitimação do próprio Poder Judiciário. Os elementos engajadores eram os significantes vazios, utilizados como fundamento de suas decisões.

O julgamento no Tribunal Regional Federal da 4ª Região, foi uma grande demonstração de abusos de práticas assujeitadoras por parte de membros do Poder Judiciário ao longo da Operação Lava Jato. Nesse referido julgamento foi questionada a atuação do, então, juiz Sérgio Moro no comando das ações relativas à Operação Lava Jato de competência da Vara (discricionariamente tida como universal), de Curitiba.

⁷⁹ A degeneração da dogmática jurídica passou pela utilização de elementos populistas para o “engajamento” da sociedade na causa, como, por exemplo, a equiparação dos crimes relacionados à corrupção com os crimes praticados pelos Comando Vermelho e PCC, sob o argumento de abalo à paz social. Madoz (2020, p. 93-94) explica que “o problema central desse fenômeno está em que ele pode representar um processo de desdiferenciação do sistema jurídico-penal em relação ao sistema político” como objetivo de consolidação de um sistema de justiça. Por fim, explica o autor que “ao levar em consideração o público na escolha e na gestão do remédio legal para o problema, o sistema penal passa a modificar seus próprios critérios de decisão e conhecimento (saberes) sobre as penas. De sorte que o sistema jurídico-penal passa a considerar a adoção dos critérios ‘público’, ‘opinião pública’, ‘clamor público’, ‘mídiação do caso concreto’ no quadro de suas decisões quanto à condenação, à seleção dos fatores agravantes ou atenuantes e ao tipo de pena e seu quantum”.

Nessa decisão antológica pela teratologia, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4) afirmou que, nas ações relativas à Operação Lava Jato, o juiz não está obrigado a seguir as normas processuais e, de consequência, normas constitucionais, pois para casos inéditos cabem soluções inéditas⁸⁰.

Conclui-se que, para o referido Tribunal, no caso das ações referentes à Lava Jato, a norma não precisa ser seguida, a força constitucional pode ser relativizada e, portanto, o fundamento principal é que os fins justificam os meios, ou seja, para combater a corrupção tudo é válido, mesmo que às custas de uma tradição hermenêutica.

Nessa atuação sem limites, quando tudo passa a ser permitido, quando o juiz é o senhor livre de (sua) criação jurídica, nada mais importa, nem mesmo as instituições democráticas. Essa livre atuação criativa do juiz lavajatista é um passo para a degeneração do Direito e, portanto, para a (des)legitimação do Poder Judiciário, porquanto a degeneração do Direito precede a deslegitimação do Judiciário.

Para a teoria dos sistemas luhmanniana, a livre atuação e criação do juiz ultrapassam os limites da diferenciação funcional, da autopoiese e, conseqüentemente, do acoplamento estrutural, o que desordena o subsistema jurídico, portanto, o sistema social como um todo.

Nesse caso do TRF4, um voto dissidente chamou a atenção pela tentativa de se manter a integridade do Direito que, inclusive, levou o desembargador federal, Rogério Favreto, de ser acusado, pela ótica lavajatista, de prevaricação, por atentar contra a segurança jurídica. Nesse voto dissidente, o desembargador demonstrou o risco para a democracia constitucional de se excepcionar e relativizar a dogmática sobre a prisão como cautela, principalmente, quando as decisões são tomadas por um membro do Judiciário que age pautado pela moral, de compromissos alheios à democracia constitucional e de matiz messiânico⁸¹.

⁸⁰ Enfim, cabe enfatizar que, antes da Reclamação nº 23.457, não havia precedente jurisprudencial de Tribunal Superior aplicável pelo representado, mesmo porque, como antes exposto, as investigações e processos criminais da chamada “Operação Lava Jato” constituem caso inédito, trazem problemas inéditos e exigem soluções inéditas (TRF4, 2016, online).

⁸¹ Em julho de 2015, numa palestra, o então juiz Sérgio Moro se autointitulou um herói nacional. Ao ser perguntado sobre a sua atuação na Operação, utilizou uma frase do filme Homem Aranha: “quanto maior o poder, maior a responsabilidade”. Esse viés de herói na luta contra a corrupção pautou toda a sua atuação discricionária e voluntarista enquanto esteve à frente da Vara Federal de Curitiba (GARCIA, 2020, online). Em artigo publicado em 2004, chamado de “Considerações

Vale dizer que o Poder Judiciário deve deferência aos dispositivos legais e constitucionais, sobretudo naquilo em que consagram direitos e garantias fundamentais. Sua não observância em domínio tão delicado como o Direito Penal, evocando a teoria do estado de exceção, pode ser temerária se feita por magistrado sem os mesmos compromissos democráticos do eminente Relator e dos demais membros desta Corte.

O tom messiânico⁸² assumido pela Operação Lava Jato, e, aqui, não considerando os “acordos” fora dos autos realizados via *Telegram*, colocou alguns de seus atores (membros do Ministério Público Federal e Juízes Federais) acima da normatividade e da tradição hermenêutica: os desvios hermenêuticos e a finalidade da Operação criaram conceitos que acabaram por relativizar algumas garantias processuais e constitucionais; entre elas, o juiz natural e o devido processo legal.

A “paz social”, “interesse social”, “progresso social” e “combate à corrupção” são exemplos de significantes vazios⁸³ e populistas utilizados na Operação Lava Jato para justificar a degeneração do Direito. Casara (2017)

sobre *Mani Pulliti*”, o ex-juiz Sérgio Moro narra uma prática utilizada pelos juízes italianos durante a Operação mãos limpas, na Itália. A deslegitimação realizada na operação italiana era um procedimento empregado pelos juízes e pela mídia para desmoralizar políticos e empresários denunciados, de modo a impedir que se defendessem da acusação pela ausência de credibilidade (LEITE, 2015, p. 21). Esse procedimento de deslegitimação incluía um procedimento para forçar o réu a colaborar, de forma que a prisão preventiva poderia servir de estímulo à obtenção de confissões e delações, como se fazia na Itália, durante a Operação mãos limpas: “a estratégia de ação adotada pelos magistrados incentiva os investigados a colaborar com a justiça. A estratégia desde o início submetia os suspeitos à pressão de tomar decisão quanto a confessar, espalhando a suspeita de que outros já teriam confessado e levantado a perspectiva de permanência na prisão pelo menos no período de custódia preventiva no caso da manutenção do silêncio ou, vice-versa, de soltura imediata em caso de uma confissão” (LEITE, p. 38).

⁸² A corrupção interpretativa se apresenta como uma saída messiânica necessária para a resolução dos problemas do país. No Brasil lavajatista, o combate à corrupção assume esse papel messiânico de interpretar as normas pelo seu fim, mesmo que normas constitucionais sejam relativizadas, ponderadas sem a exata operacionalização da parte com o todo. Abboud (2018, p. 10) explica que a interpretação constitucional messiânica coloca o intérprete constitucional e, portanto, aplicador da Lei na função de messias sócio constitucional, como se ele fosse o escolhido para “fabricar” o seu direito, na sua visão particular do que é correto e causar uma ruptura do que já pertence ao sistema e que foi, democraticamente, legislado, em que a ocasião e o ânimo pessoal fazem o direito”.

⁸³ É por meio dos significantes vazios que se alcança a hegemonia desejada entre grupos diferentes. Os significantes vazios são palavras cujo conteúdo, significado, se olhados isoladamente, possuem um significado vazio, mas que é capaz de unir várias demandas desejadas. Utilizando o ensinamento de Laclau (2015), essas demandas desejadas podem ser manipuladas por meio da linguagem. Desta forma, no intuito de alcançar a hegemonia nas demandas desejadas, utilizam-se palavras populares para denominar institutos já definidos a ponto de serem manipulados e aceitos pela sociedade.

explica a utilização do significante “corrupção”, para o alcance de demandas desejadas:

Na pós-democracia, esse processo de utilização política da “corrupção”, sempre atribuída ao outro, torna-se ainda mais fácil. Isso se dá através da transformação do “combate à corrupção” em mercadoria, um bem que não apresenta contornos rígidos, é maleável e seletivo, mas que acaba vendido como de interesse de todos e utilizável contra todos os indesejáveis. A mercadoria “combate à corrupção” tem consumidores cativos, um público formatado para aplaudir qualquer ato que se afirma “contra a corrupção”, mesmo que ineficaz ou draconiano. O “combate à corrupção” vendido à população, sempre ao gosto dos proprietários dos meios de comunicação de massa, não atinge as elites econômicas nem seus privilégios, mas permite ações, nem sempre legítimas, contra os indesejáveis. Esse “combate” conta com os ingredientes que permitem transformar processos judiciais em espetáculos, políticos amados em odiados, inquisidores em heróis, uma vez que essa mercadoria possibilita todo tipo de distorção e manipulação afetiva do público, em especial daqueles que se eximem da faculdade de julgar em razão das informações, em regras parciais, por vezes deliberadamente equivocadas, que recebem dos conglomerados empresariais que produzem o “jornalismo” brasileiro (CASARA, 2017, p. 150).

A degeneração do Direito iniciou-se com a confusão existente entre argumentos morais e argumentos jurídicos (STRECK, 2018), em que ficou assentado o julgamento por razões políticas fundamentadas num principiologismo, num interpretativismo, e não por razões normativas, e que por causa disso, a “voz das ruas” passou a permear o Poder Judiciário e a razão objetiva do iluminismo (o real) perdeu espaço para o romantismo filosófico.

O perigo do romantismo filosófico pode ser explicado pelo Estado nazista: em razão de fundamentar suas ações na vontade popular, aferida de forma subjetiva e, portanto, num plano moral, as decisões não eram limitadas pelas razões objetivas propostas pelo Iluminismo.

Quando o fundamento da repressão do Estado passa a ser identificado com um sujeito – o povo – que é senhor absoluto do dever ser, do mesmo modo que um artista é senhor livre de sua criação, tudo é permitido. Seja porque parte da massa pode irracionalmente ir às ruas e dizer-se “o povo” para apoiar qualquer coisa, seja porque em nome de uma abstração do tipo “vontade do povo” (ou “sentimento da sociedade”), o poder está legitimado para qualquer barbárie. Aos nazistas bastava invocar a palavra mágica *Volkisch*⁸⁴ para agir sem limites (FELIPPE, 2019, *online*).

⁸⁴ Povo.

Embasada numa espécie de *accountability* popular⁸⁵, a Operação Lava Jato operou com o relativismo e a degeneração do Direito. Isso se deu em virtude de um processo penal *freestyle*, em que a dogmática e o devido processo legal foram utilizados com um significado: de que para combater a corrupção, a lei nem sempre é possível ser cumprida. A hipocrisia jurídica passou a ser a homenagem dos virtuosos que desejavam combater a corrupção a qualquer custo.

O processo penal *freestyle* transpareceu na regra geral para a determinação de competência pela conexão, alargada, a fim de se estabelecer, de pronto, a competência da 13ª Vara Federal de Curitiba; o enunciado constante na súmula 704 do STF passou a ser relativizada, de modo a separar as ações, mesmo em casos de continência envolvendo pessoas com prerrogativas de foro; o livre convencimento motivado foi quase estabelecido como uma espécie de íntima convicção, como se houvesse justificativa para o livre convencimento do juiz numa democracia constitucional; o princípio de proibição das provas ilícitas foi relativizado; o desrespeito às prerrogativas dos advogados foi minimizado com a interceptação de telefones de membros da advocacia; a divulgação para a mídia de conversas interceptadas sem a devida imputação e apreciação do artigo 10 da Lei n. 9296/96 foi intentada; o sistema acusatório (pelo menos o que deveria ser) foi escancaradamente desmentido⁸⁶, entre outros desvios dogmáticos.

Esses *neo* significados aos elementos normativos dogmáticos podem ser caracterizados como uma forma de corrupção do texto e do sentido normativos, pois a integridade do subsistema jurídico foi rompida, como se a integridade possibilitasse o estabelecimento de novos significados fora da tradição e a depender da vontade do intérprete.

Somente um gênero irônico possibilitaria afirmar que os *neos* significados a elementos normativos oriundos da Lava Jato são o resultado de um giro ou de um círculo hermenêutico, porquanto antes de interpretar um texto é preciso deixar que ele lhe diga algo (GADAMER, 1997) e a fixação do sentido

⁸⁵ Conceito trabalhado no capítulo 3.

⁸⁶ O vazamento de conversas (#vazajato) do aplicativo *Telegram* por meio do *The Intercept* e a Operação *Spoofing* demonstraram a realização de combinação entre membros do Ministério Público Federal e o juiz da causa, numa clara demonstração de imparcialidade do juízo, bem como, de causa de nulidade em razão do que dispõe o princípio do juiz natural.

da norma exige sua integração a todo o subsistema jurídico, num bloco normativo e constitucional que, obviamente não se afastam da Ciência Jurídica.

Uma nova significação a um elemento normativo não pode mudar o alcance e, portanto, a aplicação da norma, a ponto de se estabelecer dogmática jurídica alheia à tradição jurídica, salientando que, sequer uma nova lei que seja contrária à tradição e seja incoerente com o subsistema jurídico possui essa capacidade. Toda evolução normativa para ser coerente e íntegra com o Direito deve caminhar junto com a evolução histórica e social de um sistema social. Como um sistema social possui como elemento vários subsistemas, todos em suas funcionalidades devem formar um todo coerente; que não foi o caso operado pela Lava Jato.

O todo coerente de um sistema social ocorre pelo respeito às diferenciações funcionais, que é a principal característica e exigência da teoria dos sistemas de Luhmann (2011). O desrespeito às diferenciações funcionais, como foi o caso da Operação Lava Jato, leva a um Estado autoritário, que se caracteriza como um que atua sem os limites rígidos para o exercício do Poder (CASARA, 2017).

Uma atuação estatal fora dos limites funcionais dos seus respectivos Poderes, enquanto não claramente autoritária, deve se apresentar como coerente em relação ao todo e, para isso, trabalha com base numa engenhosa atuação de ressignificação dos elementos normativos.

É o que Streck (2020, p. 256, a) chama de pamprincipiologismo, que em razão de sua “densa principiologia e textura aberta, tudo isso propicia a que se dê um novo status ao velho *non liquet*. Isto é, os limites do sentido e o sentido dos limites do aplicador já não estão na Constituição, enquanto programa normativo-vinculante, mas sim, em um conjunto de enunciados criados *ad hoc* (e com funções *ad hoc*), que, travestidos de princípios, constituem uma espécie de supra constitucionalidade”.

Quando a Constituição Federal estabelece em seu artigo 5º, LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença condenatória”, não autoriza um exercício de ressignificação desviante, no sentido de considerar que exista um trânsito em julgado formal e outro material, conforme suscitado pelo Ministro Alexandre de Moraes no *Habeas Corpus* (HC)

n. 152752/PR⁸⁷, pois a vontade do intérprete não pode prevalecer sobre o texto, sob pena de desonestidade textual e intelectual.

Uma interpretação para não ser considerada criadora, voluntarista, não pode abandonar as regras de interpretação, “pois quem semeia normas não pode colher justiça” (COELHO, 2015, p. 251); onde se planta jiló, somente se colherá jiló.

É incompatível com a divisão dos poderes do Estado o fato de o juiz, para se desincumbir da “sua tarefa de, em caso de necessidade, descobrir o direito mesmo para além da lei”, “em vez de indagá-lo através de uma simples desimplicação (de um princípio jurídico), procurar estabelecê-lo através de atos de vontade, segundo pontos de vista de prática de conveniência”. Porque não existe, e tudo indica que jamais virá a existir, qualquer comprovação empírica de que o juiz seja melhor do que o legislador, e tampouco a sentença seja mais justa do que a lei; o que a doutrina da livre criação do direito pelo magistrado propicia é, apenas, a substituição da ética social, visivelmente esculpida nas tábuas da lei, pela moral do julgador, recolhida no âmago da sua consciência (COELHO, 2015, p. 216).

A guarida à corrupção normativa é uma forma de degeneração do Direito, porquanto retira a sua autonomia ao estabelecer uma programação finalista, própria do subsistema político, e que foge à tradição, à coerência e à integridade do próprio subsistema jurídico.

2.3.5 A *dekonstruktion* lavajatista: “Inês, ainda, não está morta”.

Em razão da ação relacionada à Operação *Spoofing*⁸⁸, que deu legitimidade para a “Vazajato”⁸⁹, algumas condutas praticadas pela Operação

⁸⁷ Neste *habeas corpus* foi afirmada a possibilidade de execução provisória da pena ainda pendente de Recursos Extraordinário e Especial e conceituou o trânsito em julgado como trânsito em julgado formal e trânsito em julgado material, para suscitar uma interpretação conforme o texto constitucional, criando uma confusão na relação do conceito de trânsito em julgado e do conceito de coisa julgada formal e material, pois a coisa julgada material somente surte seus efeitos quando ocorrer a coisa julgada formal.

⁸⁸ A *Spoofing* foi uma operação da Polícia Federal em que prendeu e investigou os *hackers* acusados de invadir as contas do aplicativo *Telegram*. Entre as contas invadidas estavam a do ex-juiz e ex-Ministro da Justiça, Sérgio Moro e de membros do Ministério Público Federal (MPF). Nessas conversas hackeadas e publicadas por meio do *The Intercept*, numa série de publicações intituladas de “Vazajato”, numa alusão irônica à Operação Lava Jato, foram verificadas as conversas entre o então ex-juiz Sérgio Moro e membros do MPF ajustando provas, perguntas a serem feitas durante a instrução de ações, antecipação de atos judiciais para os membros do MPF, ajustamento antecipado de posições para a deflagração de operações e prisões ou manutenção de prisões de acusados dos crimes relacionados à Lava Jato; numa clara demonstração de quebra do sistema acusatório, da imparcialidade do juiz e, principalmente, no desrespeito ao juiz natural. Essas conversas publicadas demonstraram o desprezo da Operação para com a democracia constitucional.

⁸⁹ Série de publicações realizadas pelo *The Intercept* que demonstravam um acordo prévio entre o juiz Sérgio Moro e parte de membros dos MPF, responsáveis pela força tarefa da Lava Jato.

Lava Jato foram anuladas pelo completo desrespeito às normativas constitucionais relativas ao juiz natural.

Apesar dos efeitos políticos ocasionados pela Operação Lava Jato⁹⁰, que não poderão ser revertidos, a decisão tomada no ano de 2021, pelo Supremo Tribunal Federal, de anular a competência, quase universal, da 13ª Vara Federal de Curitiba, bem como, de considerar suspeito o ex juiz Sérgio Moro, se apresenta como uma tentativa de resgate da democracia constitucional e da força do Estado Constitucional e Democrático de Direito.

Mesmo antes da decisão ser ultimada, a Lava Jato, com sua característica voluntarista, tentou degenerar a dogmática jurídica com a modificação dos significados de textos normativos, a fim de minimizar e relativizar os efeitos deletérios da Operação Lava Jato.

2.3.6 A garantia do juiz natural

O juiz natural, para além da análise da competência, deve ser analisado pelo foco da imparcialidade do juiz da causa.

A previsão constitucional da garantia do juiz natural⁹¹, ao dispor que “ninguém será processado e julgado por um juiz incompetente”, dispõe que as regras determinadas⁹² para a definição de um juiz competente possuem as finalidades de garantir a imparcialidade do tomador de decisões, isto é, a pessoa não ser processada, nem mesmo julgada por um juiz suspeito, dentro das regras estabelecidas no artigo 254 do Código de Processo Penal⁹³(CPP). A imparcialidade do juiz é indispensável à existência da jurisdição e, conseqüentemente, para o Estado de Direito e democrático⁹⁴ e para a democracia constitucional.

⁹⁰Em que o ex-juiz Sérgio Moro, que teve conversas com membros do MPF hackeadas, determinou a prisão do candidato Luiz Inácio Lula da Silva, principal opositor do candidato que veio ganhar as eleições de 2018 e, depois aceitou o convite para estar à frente do Ministério da Justiça do candidato eleito.

⁹¹ Artigo 5º, LIII, da Constituição Federal.

⁹² Tanto na Constituição Federal, leis ordinárias e leis de organização judiciária.

⁹³ Nesse sentido, Badaró (2016), Dezen (2018) e Lopes Júnior (2014).

⁹⁴ STJ, Resp, 6ª Turma, relator Ministro Vicente Leal, 1/10/2001.

De acordo com a garantia do juiz natural, a imparcialidade do magistrado possui relação direta com o devido processo legal, mas, também, com o processo democrático de um país. Coutinho (2018, p. 457) afirma que,

por ser regra constitucional, o princípio do juiz natural (art. 5º, LIII c/c XXXVI), não comportaria, depois de 1988, maiores discussões, se se quisesse respeitar o Estado Democrático de Direito. Não é bem assim, porém. A cada dia, usando-se o 'direito sagrado' à disposição do vazio hermenêutico, arquitetam-se e executam-se novas diatribes contra o princípio, por infundáveis motivos, mormente a comodidade do Poder Judiciário. Paradigmática, aqui, é a decisão reafirmando a vigência da sumula 584, pelo STF, no qual foi relator o Ministro Sidney Sanches. O problema é que, para se fazer efetiva a regra constitucional, há que se pagar um preço, o preço da democracia.

Uma prática atentatória à democracia constitucional e que foi utilizada pela Lava Jato foi o *lawfare*. Além da utilização do Poder Judiciário para fins diversos à sua funcionalidade, o *lawfare* atingiu a democracia constitucional, manipulando as regras de competência e que influem na garantia do juiz natural.

A técnica utilizada pela Lava Jato foi a do *forum shopping*, que influi diretamente no juiz natural e, por isso, pode enfraquecer o Estado de Direito e democrático, em um movimento a que Ferrajoli (2015) chama de um processo desconstituente⁹⁵; afinal, que pacto civilizatório autoriza, por parte do Estado, a escolha do julgador após a prática do fato, a depender do crime e do acusado?

Numa democracia constitucional, a manipulação das regras de competência é inexistente, pois a garantia do juiz natural possui, entre outras, a finalidade de evitar a manipulação interpretativa no estabelecimento de competências jurisdicionais destinadas a casos concretos. A jurisdição deve ser fixada de forma prévia à prática do crime, sob pena de caracterizar-se como um juízo de exceção.

O *lawfare*, por meio do *forum shopping*, abusa da manipulação nas regras sobre as competências. Nesse caso, de acordo com o ensinamento de Coutinho (2018, p. 458) a garantia do juiz natural é tida “como água, escapa entre os vãos dos dedos. Pode-se burlar o juiz natural, tanto para beneficiar réus como para prejudicar réus quando, pelo princípio, o que não se quer- e não se pode admitir- é a burla”.

⁹⁵Para Ferrajoli (2015), o processo desconstituente é o enfraquecimento da normatividade constitucional no que se refere ao enfraquecimento normativo-constitucional do sistema jurídico-político, com a neutralização do sistema de regras, separações de poderes, garantias que fundamentam a existência de uma democracia constitucional.

Na Operação Lava Jato a manipulação interpretativa sobre o juiz natural inovou na aplicação das regras de conexão, atribuindo competência a um juízo que, efetivamente, não possuía competência territorial para o processamento do feito. Uma simples regra processual não seguida ou interpretada, de forma a estabelecer competência territorial ao juízo que não a tem, é forma de burlar o juiz natural. Na Operação Lava Jato criou-se uma competência, quase que universal, para os crimes relacionados, mesmo que indiretamente, à Petrobrás.

O argumento de se combater a corrupção não justifica a interpretação voluntarista, de modo a afastar normas num período de normalidade social, por mais que seja uma Operação considerada representativa para o “progresso social”, pois o argumento de que os fins justificam os meios escancara a instrumentalização do Judiciário na prática do *lawfare*.

Não basta que o processo democrático siga as regras do jogo. Ele deve ir além, no sentido de que as regras devem ser seguidas de acordo com os significados já estabelecidos, de forma tradicional, pelo Judiciário e que são amparados pela integridade do Direito. A simples aparência que os significados dos elementos normativos constitucionais assumem durante o processo, já demonstra o fundamento da futura decisão a ser tomada pelo juízo (PRADO, 2013) e o seu grau de voluntarismo.

Essa noção faz toda diferença para o entendimento do princípio do juiz natural. Na relação deste princípio com a imparcialidade do juízo, basta lembrar, como dispõe Streck (2020, b), que não basta um juiz ser imparcial, ele deve se mostrar imparcial; aí a importância das aparências.

A aparência da imparcialidade assumida pelos valores constitucionais num processo criminal é importante para entender o sistema de justiça brasileiro. Afinal, um juiz que não apenas é parcial, mas aquele que assume a aparência de parcialidade num processo criminal pode ser um problema quando o sistema de justiça democrático e constitucional, ao qual ele pertence, não permite a sua atuação ativa na instrução probatória, portanto, fora dos parâmetros normativos.

Como se depreende do sistema não adversarial⁹⁶, a complexidade normativa, o padrão normativo, não dá autonomia irrestrita ao juiz para a tomada de decisões.

⁹⁶ Um juiz com a aparência de parcialidade, em regra, tem um papel muito ativo na condução do feito e ao mesmo tempo, age com muita autonomia na tomada de decisões; o que necessitaria

2.4 SISTEMAS DE JUSTIÇA E A IMPARCIALIDADE DE UM JUIZ

Entre os sistemas de justiça adversarial e não adversarial existe uma característica comum que os aproximam⁹⁷: nenhum contempla o fomento à parcialidade de um juiz.

Apesar das diferenças entre os dois sistemas estarem baseadas numa principal, que é a autonomia do juiz, Damaska (1975) demonstra que um juiz parcial não é característica de nenhum desses dois sistemas de justiça. Contudo, a questão da autonomia do juiz não significa que a parcialidade, quando presente, advenha dela.

Não se pode confundir o grau de autonomia de um juiz com a autorização para a criação e parcialidade na atividade judicante. Por este motivo, não se pode argumentar que o nosso sistema de justiça, baseado no *civil law*, engessa a atuação jurisdicional e o progresso social, porque entre as principais diferenças entre um e outro sistema, tem-se o padrão normativo⁹⁸.

No sistema não adversarial, o padrão normativo é mais rígido, esquematizado, possibilitando uma atuação mais ativa do juiz durante a instrução criminal, pois a maior importância desse padrão normativo está na lei em abstrato⁹⁹. Mesmo uma possível ausência de lei para a resolução de um caso, a atuação ativa do juiz¹⁰⁰, não pressupõe que ele esteja autorizado a ser parcial. A parcialidade do juiz difere do ativismo judicial, apesar de que o ativismo também pode fugir da funcionalidade do subsistema jurídico, da funcionalidade do Poder Judiciário¹⁰¹.

Streck (2017) explica que as consequências do ativismo podem ser muito prejudiciais num sistema de justiça democrático, pois por consistir na personificação da vontade do juiz e pelo fato de ser gestado no interior do próprio

de um sistema de justiça em que o padrão normativo fosse menos rígido e, conseqüentemente, mais complexo.

⁹⁷ A comparação se faz tanto pelas diferenças, quanto pelas semelhanças, pois mesmo entre as diferenças, há questões que podem aproximar objetos que se contrapõem.

⁹⁸ Considerando aqui que a existência de um padrão normativo dispensa a existência de lei.

⁹⁹ Ao contrário do sistema de justiça adversarial, em que o padrão normativo prepondera a resolução do fato e não na existência de uma lei em abstrato.

¹⁰⁰ O juiz possui a gestão da prova.

¹⁰¹ Se se adota a teoria tripartida secular de Montesquieu, bem como a teoria bipartida de Ferrajoli (2015), pois mesmo numa função de garantia, a integridade com todo o sistema, com todo o Direito deve estar presente.

sistema do Poder Judiciário pode acabar corrompendo a relação entre os Poderes, em razão da decisão ser tomada por critérios não jurídicos. Por isso, pode-se afirmar que o ativismo não é bom em nenhuma hipótese, pois acaba por corromper a democracia constitucional. A decisão tomada por critérios não jurídicos é ruim para os dois sistemas de justiça. Quando ocorre uma fundamentação para uma decisão de forma pragmática é porque o “Direito não é levado à sério” (VALE, 2019, p. 739). Ressalte-se que, a atuação ativa do juiz nem sempre significa a presença de ativismo judicial, apesar de poderem coexistir.

Com base em Damaska (1975), pode-se afirmar que, mesmo nos casos de ativismo, o juiz deve agir de forma moderada e afastada das questões políticas e morais, haja vista que além da quebra na separação de poderes há a maldição da incerteza jurídica que decisões nesse matiz proporcionam.

No sistema não adversarial, a atuação mais ativa do juiz não significa que ele possui uma grande autonomia na tomada de decisões. Ao contrário. Em razão do padrão normativo ser mais rígido e esquematizado em leis abstratas, o juiz deve se pautar nelas para a sua tomada de decisão, ou seja, apesar de ser ativo possui pouca autonomia decisória.

De outro lado, tem-se o sistema adversarial. Seguindo a linha anterior, esposada pelo padrão normativo, pode-se afirmar que esse padrão normativo não está baseado nas leis em abstrato, mas sim, na resolução dos fatos. Por isso e por causa desse objetivo, o padrão normativo do sistema adversarial é muito mais complexo¹⁰² e não admite a criatividade judicial. A resolução dos casos pelo juiz, baseia-se em decisões tomadas em casos anteriores, o que demonstra uma exigência pela coerência e, portanto, pela tradição e pela integridade.

Apesar da ausência de um padrão normativo baseado em leis abstratas, não significa que esse sistema não siga um padrão decisório. A grande autonomia dada ao juiz, não lhe dá o condão de ser ativo na condução do feito¹⁰³,

¹⁰² Pode-se adotar a máxima de que quanto menor a rigidez do padrão normativo, maior a complexidade do sistema de justiça.

¹⁰³ Como não há rigidez no padrão normativo, se o juiz entender que sua conduta passiva serve mal ao ideal de justiça, passará a intervir.

pois o que importa aqui é a resolução do caso e a escolha de uma regra, flexível, para decidir o caso.

Quando se fala em regras flexíveis no sistema adversarial, é porque não existe uma decisão predeterminada para um caso x ou para um caso y. A tomada de decisões é vista como a forma de encontrar a melhor solução para um problema social, à luz dos valores políticos e éticos do juiz. E a melhor solução é baseada em decisões anteriores, por causa da tradição e da integridade, enfim, a coerência.

Apesar disso, a tomada de decisões em um sistema adversarial não é solta, porque um sistema baseado no *stare decisis*, que respeita os precedentes, possui uma rigidez maior na modificação do entendimento judicial que foi utilizado como padrão decisório em casos anteriores.

Numa visão rasa e açodada, pode-se afirmar que o sistema de justiça adversarial fomenta a parcialidade do juiz, de quem decide. Um equívoco, a começar pela própria acepção da autonomia e da parcialidade.

A autonomia é a qualidade de momentos deliberativos que se desenvolvem livre de coerções externas, o que significa que os membros do colégio deliberativo devem ser soberanos no interior do órgão do qual fazem parte e nele ter plena liberdade para argumentar, tendo que obedecer apenas às regras, procedimentos e práticas internas de deliberação (VALE, 2019, p. 433).

Parcialidade e autonomia não se confundem na essência, nem mesmo se integram, aliás, repelem-se. Não se pode afirmar que os sistemas de justiça adversarial e não adversarial, em razão de suas estruturas, fomentam, de algum modo, a parcialidade do juiz na condução de um procedimento.

A imparcialidade é uma construção do Direito, que impõe a ele um afastamento estrutural, um alheamento (*terzietà*) em relação à atividade das partes (acusador e réu). Como meta a ser atingida, o processo deve criar mecanismos capazes de garanti-la, evitando, principalmente, atribuir poderes instrutórios ao juiz. Como explicamos anteriormente, a imparcialidade do juiz fica evidentemente comprometida quando estamos diante de um juiz-instrutor ou quando lhe atribuímos poderes de gestão/iniciativa probatória. É um contraste que se estabelece entre a posição totalmente ativa e atuante do instrutor e a inércia que caracteriza o julgador. Um é sinônimo de atividade e o outro, de inércia (LOPES JR., 2014, p. 450).

No Brasil, em que o sistema de justiça se aproxima do sistema não adversarial, admite-se a gestão da prova ao juiz; o que possibilita, por si só, a

atuação parcial, mas não o fomento à parcialidade, nem mesmo, a aparência de parcialidade do juiz¹⁰⁴.

2.5 A PARCIALIDADE, O PROCESSO *FREESTYLE*, E O *OVERRULING* ATÍPICO OPERADO PELA LAVA JATO

Aqui vale destacar a análise da utilização do direito estrangeiro nas decisões judiciais; os transplantes jurídicos. Vergottini (2010) afirma que se deve perguntar, antes de utilizar a normativa estrangeira, se lá, no estrangeiro, ainda se aplica a norma que se deseja utilizar no direito pátrio.

De acordo com o mesmo autor, deve-se ter cuidado na utilização do direito estrangeiro, sob o risco de cair num fetiche retórico, denominado de fetiche pragmático; caracterizado pela ausência de um conjunto de princípios e regras que possam ser utilizadas entre os países, ou seja, entre o país transplantado e o país do qual a norma deriva.

Neste sentido, a parcialidade na atividade jurisdicional pode se apresentar quando um juiz baseia e fundamenta a sua atuação jurisdicional em argumento jurídico não pertencente à tradicionalidade do sistema em que ele

¹⁰⁴ Carvalho (2008), citando Jacinto Coutinho, explica que a gestão na prova não mãos do juiz desnatura o sistema acusatório, pois se a ação penal, sob o aspecto procedimental, tem por fim a reconstituição de um fato e o seu julgamento, se o juiz possui a gestão da prova, ele acaba unificando todo o poder nas mãos de uma só pessoa, em que o juiz produz a prova e julga o fato que ele direcionou a reconstituição. “A estrutura acusatória, fundada em procedimentos de verificação e em técnicas de refutabilidade, pressupõe a rígida separação dos sujeitos processuais em configuração triádica instrumentalizada por duas classes de garantias. Desta forma, a atividade cognoscitiva estaria assegurada por garantias primárias (formulação da imputação, carga da prova e direito de defesa) e secundária (publicidade, oralidade, legalidade e motivação). Se a concepção acusatória permite pensar o processo de conhecimento como espaço cênico, como campo de diálogo, de representação e de interpretação, o momento da fala judicial é o da sentença. Assim, durante os procedimentos instrutórios, o protagonismo será exercido através do concurso ativo das partes, acusação e defesa, em paridade de armas, movimentam-se no debate do jogo processual para dar substância às (hipó)teses probatoriamente construídas. Neste momento de formação do arsenal probatório, portanto, a posição inerte do julgador (mediador, espectador) é fundamental, sob pena de influenciar sua condução e prejudicar o caso antes de encerradas todas as possibilidades de inserção de elementos de convicção. Encerrada a fase probatória, no momento da decisão, o magistrado toma para si a palavra das partes, passando a encenar o personagem principal da trama judiciária” (CARVALHO, 2008, p. 75-76). No caso da Lava Jato, conforme demonstrado pela Operação *Spoofing*, o juiz Sérgio Moro geriu a prova de forma arbitrária e, ao gerir a prova, assumindo, concomitante à função de julgador, a função de acusador, não só foi parcial, como também, pareceu ser parcial.

exerce a jurisdição e que não guarda alguma integridade com o Direito que ele deveria seguir.

Nessa atuação parcial *freestyle*, o juiz utiliza-se do argumento da necessidade de adaptação de um sistema de justiça, por exemplo, incluindo características do sistema adversarial nas regras do sistema não adversarial, ou seja, inclui uma abertura na autonomia de sua atuação (quando da justificativa de suas decisões), num sistema com um padrão normativo mais rígido que o padrão existente no sistema adversarial.

Aqui no Brasil, costuma-se confundir a autonomia com autorização criativa do Direito, bem como, autonomia com o sistema do *common law*, sem se atentar que neste sistema, apesar do padrão normativo ser menos rígido, ele exige a presença da tradição nas tomadas de decisão.

Para justificar sua atuação solipsista, finalista e voluntária, muitos juízes citam como argumento a teoria de precedentes, uma teoria adaptada aos interesses finalistas desejados pela Operação Lava Jato e que enfraquece o sistema não adversarial, uma vez que a abertura de autonomia na tomada de decisões, num sistema não adversarial, muitas vezes, desvirtua o proceder na prestação jurisdicional, o que viola o devido processo legal, o juiz natural e o Estado de Direito e democrático.

A teoria dos precedentes criada pela Lava Jato trata a autonomia do juiz de forma ilimitada, caracterizando o *stare decisis* de forma superficial e volátil; o que realmente não é a essência do instituto.

A teoria dos precedentes engendrada pela Lava Jato é baseada num efficientismo, em que todas as decisões tomadas não seguem um padrão decisório baseado na tradição, coerência e integridade, mas sim, com base nas consequências que essa decisão trará para a sociedade, tendo como parâmetro para decidir, o significantemente vazio da necessidade de combater a corrupção.

O efficientismo possui uma relação com o programa finalista do subsistema político, da teoria dos sistemas sociais luhmanniana pois, quem decide para atingir a um fim deve pensar nas consequências trazidas por suas decisões.

A base fundante de sua decisão é uma finalidade assumida, desejada, voluntarista e não científica. O absurdo do efficientismo é que ele não se submete às disposições constitucionais nem mesmo, assume o compromisso de

manutenção da força normativa constitucional pois, para isso, é preciso manter a integridade do Direito. A integridade do Direito se mantém, também, por meio de decisões coerentes e íntegras do ponto de vista constitucional.

Respeitar a institucionalidade e cientificidade do Direito é “decidir por princípio. E um princípio, autêntico, é um padrão moral, sim, mas nunca subjetivista: é um padrão moral institucionalizado, filtrado pelo direito. E isso não é mera opinião. É ciência jurídica” (STRECK, 2020, p. 223, a).

A intenção na adoção de um sistema de precedentes é a manutenção da institucionalidade e cientificidade do Direito, salientando que a teoria dos precedentes trazida pelo Código de Processo Civil é uma teoria que trabalha a integridade do Direito, eis que precedente “é a decisão judicial tomada à luz de um caso concreto, cujo núcleo essencial pode servir como diretriz para o julgamento posterior de casos análogos” (DIDIER JR, 2016, p. 455).

A verificação dos casos posteriores para a aplicação de um precedente judicial, deve-se pautar nas circunstâncias do fato que fundamentaram a decisão, a tese jurídica utilizada na fundamentação da decisão e a argumentação jurídica para a definição da decisão como diretriz, a *ratio decidendi*.

Essa diretriz, em razão da integridade do Direito, inclusive, disposta no artigo 927 do Código de Processo Civil, deixa claro que o precedente deve ser levado em consideração nas decisões posteriores a ela, não sendo possível a partir da definição de um precedente o afastamento da tese que baseou a decisão por juízos que devem observá-la¹⁰⁵.

Os efeitos futuros dos precedentes judiciais são consequências de sua definição. Portanto, quando os fatos futuros guardarem similaridade com a tese jurídica utilizada, como fundamento e definição do precedente, devem ser decididos em conformidade com ela, pois o que o sistema processual deseja é que a não concordância a um precedente somente cause o seu afastamento quando fundamentada a sua superação (ARAÚJO, 2015, p. 435).

¹⁰⁵ “Convém alertar que o precedente foi concebido para o julgamento passado, e não para o futuro. Por isso, sua interpretação deve ser feita à luz dos fatos que foram suscitados e discutidos no caso que lhe deu origem. A aplicação para o futuro é apenas uma de suas possíveis consequências. Sendo assim, será necessária uma forte investigação dos fatos e dos motivos pelos quais os tribunais decidiram em determinado sentido, somado à realização de um cotejo entre o caso passado e o caso futuro, para que somente assim seja possível o julgamento por aplicação do precedente” (TRIGUEIRO, 2014, p. 37).

2.6 O *OVERRULING* ATÍPICO NA PRISÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA

No que se refere à Lava Jato, as decisões referentes à execução da pena após decisão confirmatória da condenação em segunda instância, chanceladas pelos Tribunais Superiores, configuraram-se como uma espécie atípica de *overruling*, pois a revogação do precedente anterior e a consequente substituição por outro, somente pode ser feita pelo mesmo Tribunal que o criou¹⁰⁶.

Os argumentos utilizados para justificar a possibilidade da execução da pena, após confirmação da condenação em segunda instância, foi uma suposta mudança de posicionamento do Supremo Tribunal Federal, por meio do julgamento no *Habeas Corpus* (HC) 126292/SP que, na verdade, autorizou a prisão quando presentes os requisitos para a prisão preventiva.

Essa suposta mudança de posicionamento do Supremo Tribunal Federal para fundamentar um suposto *overruling* do Tribunal, não se sustenta substancial e formalmente.

Antes do julgamento do HC 126292/SP, em 2016, o entendimento sobre prisão em segunda instância era quase que uníssono¹⁰⁷: admitia-se a prisão

¹⁰⁶ DIDIER JR. e OLIVEIRA (2016, p. 507-508), explicam que o “*overruling* é a técnica através da qual um precedente perde a sua força vinculante e é substituído (*overruled*) por outro precedente. O próprio tribunal, que firmou o precedente pode abandoná-lo em julgamento futuro, caracterizando o *overruling*”.

¹⁰⁷ Esse posicionamento sobre a execução da prisão antes do trânsito em julgado seguia a disposição do artigo 283 do Código de Processo Penal, que havia sido modificado em 2011. Em razão do texto normativo, a única prisão admitida antes do trânsito em julgado da sentença condenatória era a preventiva (além da temporária), por seu caráter de cautelaridade. Apesar de alguns teóricos não concordarem com a impossibilidade de prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória, afirmavam ser impossível o cumprimento da pena de forma automática, enquanto não transitada a sentença condenatória. Pacelli (2012, p. 493) afirmava que “com as novas regras, somente se permitirá a prisão antes do trânsito em julgado quando se puder comprovar quaisquer das razões que autorizem a prisão preventiva, independentemente da instância em que se encontrar o processo. Esclareça-se, ao propósito, que a prisão temporária, ao contrário da preventiva, somente é cabível na fase de investigação, já que instituída para o fim de melhor tutelar o inquérito policial, nos termos da Lei nº 7960/89. Já a veremos. Por isso, apenas as razões da prisão preventiva (art. 311, art. 312 e art. 313, CPP) poderão justificar a custódia cautelar no Curso do processo. De se ver, no ponto, que a ausência de qualquer exceção na lei, quanto à possibilidade de execução provisória depois do julgamento na instância ordinária (até o segundo grau de jurisdição), pode se revelar bastante problemática, na medida em que sabe-se, a mais não poder- toda decisão dos tribunais superiores, seja para apreciar, seja para rejeitar o cabimento de recurso especial ou extraordinário, pode levar muito mais tempo que a tramitação na jurisdição ordinária (primeiro e segundo grau). O Direito, enquanto conjunto de regras, há que se manter aberto às exceções, inerentes à complexidade do mundo da vida e à diversidade histórica. De todo modo, a nova redação do art. 283, CPP, parece mesmo fechar as portas para a execução provisória em matéria penal. **O que, como**

antes do trânsito em julgado, desde que a prisão fosse considerada como cautela, ou seja, uma prisão preventiva, que por sua essência cautelar poderia ser decretada em qualquer fase da persecução penal, desde que presentes o *fumus comissi delicti* (indícios de autoria) e *periculum libertatis* (perigo do acusado permanecer em liberdade).

Em 1976¹⁰⁸, no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 86297/SP o STF, por maioria, decidiu pela inelegibilidade de acusado do crime de peculato, e afastaram a incidência do princípio da não culpabilidade (presunção de inocência). Neste julgamento, a maioria do STF entendeu que a norma prevista no artigo 1º, I, n da Lei Complementar 50/1970 não era inconstitucional, pois o recorrente era acusado de crime de peculato e o princípio da presunção de inocência poderia impedir direitos, inclusive, a liberdade de eventuais acusados no processo eleitoral. Neste momento, o Supremo entendeu que o princípio da presunção de inocência, em sua literalidade, não poderia ser entendido como um princípio imanente.

Dando um salto para 2002, o entendimento do STF ainda era o de permitir a execução provisória da pena. O entendimento era de que o princípio da presunção de inocência se baseava somente na proibição de lançar o nome do acusado no rol dos culpados, o que não impedia o cumprimento provisório da pena quando a decisão ainda estava pendente de recursos sem efeito suspensivo. Como exemplo, tem-se o julgamento do HC 82490/RN, em que o trecho da ementa foi assim publicado:

regra, está absolutamente correto, em face de nossas determinações constitucionais, das quais podemos até discordar; jamais descumprir” (grifo nosso). Nucci (2008, p. 614) afirmava, ainda, que se a prisão fosse decretada de forma automática, simplesmente pela existência da condenação, essa prisão deveria ser considerada como atentatória a não culpabilidade: “se a prisão fosse decretada simplesmente porque o réu foi condenado, sem qualquer requisito objetivo ou subjetivo, expresso em lei, seria realmente inconstitucional, atentando-se contra o estado de inocência”. Por sua vez, Távora e Alencar (2016), também expressavam o entendimento de que o simples advento de uma sentença condenatória não era motivo para a imposição de prisão em razão do Estado de inocência: “Como somos presumivelmente inocentes até o trânsito em julgado de eventual sentença condenatória, o simples fato do advento da sentença, que ainda poderá ser submetida a recurso e por consequência reformada no seio do tribunal, não é, por si só, fator impositivo da prisão” (ALENCAR, 2016, p. 938). Tavares (2013) afirma que em razão da revogação dos artigos 594 e 595 do CPP, que exigia, como regra geral, o recolhimento a prisão para apelar, somente é possível a prisão antes da sentença penal definitiva se for decretada a prisão preventiva do acusado, não cabendo mais, em razão do princípio da presunção de inocência, o cumprimento provisório da pena. Apesar desse posicionamento, a Lava Jato operacionalizou a execução provisória da pena, distante do posicionamento constitucional e infraconstitucional.

¹⁰⁸ Lembrar que estava vigente como norma constitucional a Emenda Constitucional nº 01/69, durante a Ditadura Militar, que também instituiu a Constituição de 1967.

a jurisprudência assente do Tribunal é no sentido de que a presunção constitucional de não culpabilidade - que o leva a vedar o lançamento do nome do réu no rol dos culpados - não inibe, porém, a execução penal provisória da sentença condenatória sujeita a recursos despidos de efeito suspensivo, quais o especial e o extraordinário: aplicação da orientação majoritária, com ressalva da firme convicção em contrário do relator.

Em 2007, no HC 89952/MG, ficou decidido que o posicionamento do Supremo Tribunal era de aceitação da execução provisória da pena, ainda pendente de recurso sem efeito suspensivo e que a análise sobre possível constrangimento ilegal deveria ser feita em cada caso concreto: “até que o Plenário do Supremo Tribunal Federal decida de modo contrário, prevalece o entendimento de que é constitucional a execução provisória da pena, ainda que sem o trânsito em julgado e com recurso especial pendente. 2. Até pronunciamento definitivo da Corte, a análise sobre a existência de constrangimento ilegal deve ser feita em cada caso concreto”.

O posicionamento do STF permaneceu solidificado, apesar de posicionamentos no sentido inverso ao dominante na Corte¹⁰⁹, para considerar que não havia possibilidade de execução provisória da pena.

Com a Reclamação (Rcl) 2391/PR, o assunto passou a ganhar outros fundamentos a serem considerados na análise da presunção de inocência, a proporcionalidade da medida.

Com voto do Ministro Marco Aurélio e com o apoio dos Ministros Cezar Peluso, Joaquim Barbosa, Carlos Britto e Gilmar Mendes, concedeu-se *habeas corpus*, de ofício, para o condenado, considerando ser incompatível a execução provisória de pena, se não houvesse previsão e elementos para a decretação da prisão preventiva, conforme descrito no artigo 312 do CPP.

O princípio em questão ganhou força quando a Associação dos Magistrados Brasileiros propôs Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 144, em junho de 2008, (portanto, antes da Lei da Ficha Limpa- Lei Complementar nº 135 de 2010), requerendo que fosse reconhecida a inelegibilidade de candidatos acusados por crime.

¹⁰⁹ Como o posicionamento dos Ministros Marco Aurélio (HC 69263); Sepúlveda Pertence (HC 69964); Ilmar Galvão e Mauricio Corrêa (HC 72366). Fala interessante do Ministro Sepúlveda Pertence no HC 69964 foi de afirmar que a prisão decorrente de sentença condenatória recorrível se caracterizava como antecipação da pena.

Neste julgamento, finalizado em agosto de 2008, ficou decidido, por maioria e pela improcedência do pedido, que o princípio da presunção de inocência estende-se aos acusados por crime não julgados definitivamente, o que possibilitava a elegibilidade destes. O trecho da ementa publicada afirma que o princípio constitucional da presunção de inocência se “qualifica como valor fundamental, verdadeiro ‘cornerstone’ em que se estrutura o sistema que a nossa Carta Política consagra em respeito ao regime das liberdades e em defesa da própria preservação da ordem democrática”.

Em 2010 o posicionamento do STF segue outra direção no que se refere ao princípio da presunção de inocência e sua aplicação no cumprimento da pena. Isso ocorreu em virtude da edição da Lei da Ficha Limpa.

Esse ano passou a ser um marco fundamental na análise do posicionamento do STF frente ao princípio da não culpabilidade, tendo em vista a edição da Lei Complementar nº 135 de 04 de junho de 2010; a Lei da Ficha Limpa. Essa Lei estabeleceu casos de inelegibilidade e por isso, suscitou debates sobre a extensão do princípio da não culpabilidade, no que se refere à inelegibilidade.

O Tribunal passou a entender que a prisão após sentença condenatória somente seria possível nos casos de estarem presentes os requisitos da preventiva, conforme descrição do artigo 312 do CPP, como é o caso do julgamento do HC 84078/MG ¹¹⁰, de relatoria do Ministro Eros Grau, que decidiu que a prisão decorrente de sentença somente poderia se efetivar após o trânsito em julgado da sentença. Igualmente, no julgamento do HC 99914/SC ficou decidido que:

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de reconhecer que a prisão decorrente de sentença condenatória meramente recorrível não transgride a presunção constitucional de inocência, desde que a privação da liberdade do sentenciado - satisfeitos os requisitos de cautelaridade que lhe são inerentes - encontre fundamento em situação evidenciadora da real necessidade de sua adoção. Precedentes. - A Convenção Americana sobre Direitos Humanos não assegura, de modo irrestrito, ao condenado, o direito de (sempre) recorrer em liberdade, pois o Pacto de São José da Costa Rica, em tema de proteção ao “*status libertatis*” do réu, estabelece, em seu Artigo 7º, nº 2, que “ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas Constituições políticas dos Estados-Partes ou pelas leis de acordo com

¹¹⁰ E nos outros casos como, por exemplo, o HC 97318/SC, HC 95315/SP, HC 101705/BA e HC 103529/SP.

elas promulgadas", admitindo, desse modo, a possibilidade de cada sistema jurídico nacional instituir os casos em que se legitimará, ou não, a privação cautelar da liberdade de locomoção física do réu ou do condenado. Precedentes. PRISÃO CAUTELAR - CARÁTER EXCEPCIONAL. - A privação cautelar da liberdade individual reveste-se de caráter excepcional, somente devendo ser decretada em situações de absoluta necessidade. A prisão processual, para legitimar-se em face de nosso sistema jurídico, impõe - além da satisfação dos pressupostos a que se refere o art. 312 do CPP (prova da existência material do crime e indício suficiente de autoria) - que se evidenciem, com fundamento em base empírica idônea, razões justificadoras da imprescindibilidade dessa extraordinária medida cautelar de privação da liberdade do indiciado ou do réu. - A questão da decretabilidade da prisão cautelar. Possibilidade excepcional, desde que satisfeitos os requisitos mencionados no art. 312 do CPP. Necessidade da verificação concreta, em cada caso, da imprescindibilidade da adoção dessa medida extraordinária.

Em 2011, o STF manteve o posicionamento¹¹¹ de que a prisão antes do trânsito em julgado da sentença condenatória somente poderia ocorrer nos casos de cautelares; posicionamento que se seguiu¹¹².

Caso interessante, que demonstra a modificação e entendimento do STF na aplicação do princípio da não culpabilidade foi o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4578/DF, em que a Confederação Nacional das Profissões Liberais requereu a declaração de inconstitucionalidade da Lei da Ficha Limpa, e nos casos das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) 29 e 30, propostas pelo Partido Popular Socialista (PPS) e pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

Essas ações foram julgadas em conjunto e o Tribunal, seguindo o posicionamento da maioria, declarou a constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa, considerando que o princípio da não culpabilidade não é absoluto e deve ser interpretado sob um aspecto sistemático constitucional, de forma que os princípios atinentes à Administração Pública permaneçam protegidos. Desta forma, ficou ementado que a não culpabilidade

consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição Federal deve ser reconhecida como uma regra e interpretada com o recurso da metodologia análoga a uma redução teleológica, que reaproxime o enunciado normativo da sua própria literalidade, de modo a reconduzi-la aos efeitos próprios da condenação criminal (que podem incluir a perda ou a suspensão de direitos políticos, mas não a inelegibilidade), sob pena de frustrar o propósito moralizante do art. 14, § 9º, da Constituição Federal.

¹¹¹ Como nos HC 104866/ SP, HC 106886/SP, HC 107547/SP, HC 108986/SC e HC 106463/PR.

¹¹² Como exemplo no HC 108655/MG.

De acordo com o posicionamento da maioria, o princípio da não culpabilidade possibilita a não aplicação da perda ou suspensão dos direitos políticos enquanto não ocorrer o trânsito em julgado da sentença condenatória, mas não afasta a inelegibilidade.

Neste julgamento, o voto do Ministro Celso de Mello ficou vencido. O voto defendia de forma contundente que, no que tange à extensão do princípio da presunção de inocência, não culpabilidade, não era admissível que uma decisão recorrível gere a inelegibilidade, pois “a Câmara dos Deputados e o Senado Federal não podem transgredir, seja mediante leis de iniciativa popular, como na espécie, quer por intermédio de emenda à Constituição, o núcleo de valores que confere identidade à Lei Fundamental da República”¹¹³, como é o caso do princípio da presunção de inocência.

Igualmente vencido foi o voto do Ministro Gilmar Mendes que demonstrou a fragilidade do argumento de que a condenação em segunda instância possui segurança jurídica, em razão das questões fático-probatórias não serem discutidas no âmbito dos Recursos Especial e Extraordinário.

No ano de 2014, o Supremo decidiu que poderia haver a execução provisória da pena se houvessem recursos interpostos pela defesa de forma protelatória, ou seja, determinada a execução da pena mesmo não havendo, ainda, o trânsito em julgado da sentença condenatória. O HC 121320/SP é exemplo:

Ementa: PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. EXTORSÃO (ART. 158, § 1º, DO CP). RECURSOS PROTTELATÓRIOS. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. ORDEM DENEGADA. 1. A execução provisória da pena é possível quando a defesa interpõe recursos protelatórios para impedir o trânsito em julgado da condenação. Precedentes: HC 115.517, Segunda Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 13.03.13; AP 470-EDj-segundos-ED, Pleno, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJe 03.12.13; AP 470-EDj-décimos-ED, Pleno, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, DJe de 03.12.13. 2. *In casu*, a) o paciente foi condenado a 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, pela prática do crime de extorsão (artigo 158, § 1º, do Código Penal), sendo assegurado-lhe o direito de recorrer em liberdade; b) denegada a apelação da defesa, sobreveio a interposição de recurso especial, inadmitido na origem; c) o Ministro Relator no Superior Tribunal de Justiça negou seguimento ao agravo, tendo a decisão sido confirmada pelo colegiado daquela Corte em sede de agravo regimental; d) após o julgamento dos segundos embargos declaratórios, o STJ determinou

¹¹³ Em trecho do acórdão da ADI 4578/DF, publicado na página do Supremo Tribunal Federal.

o imediato início do cumprimento da pena, “independentemente da publicação do acórdão e da interposição de novo recurso”; e) determinou, ainda, a certificação do trânsito em julgado da decisão que negou seguimento ao agravo em recurso especial. 3. Ordem denegada, prejudicado o pedido de reconsideração da decisão que indeferiu a medida liminar.

Esse caso demonstra uma mudança de posicionamento assumido desde o julgamento da Reclamação 2391/PR e da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 144. Apesar deste caso, o posicionamento de que a prisão antes do trânsito em julgado somente seria possível nos casos estritos de cautelaridade processual prevaleceu até o julgamento do HC 126292/SP.

O julgamento do HC 126292/SP foi utilizado como justificativa para autorizar a execução provisória da pena, conforme os argumentos apresentados no decorrer da Operação Lava Jato. Este julgamento, que teve como vencidos os votos dos Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski, ficou assim ementado:

Ementa: CONSTITUCIONAL. *HABEAS CORPUS*. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado.

A relatoria, a cargo do Ministro Teori Zavascki, defendeu no voto vencedor a importância de uma nova significação do artigo 283 do CPP, bem como, do princípio da não culpabilidade -tendo em vista a necessidade de justificativa de cunho social, de se combater a corrupção e de evitar a impunidade de pessoas acusadas por crimes de corrupção-, a fim de possibilitar a execução da pena, mesmo antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Além da fundamentação finalística da necessidade de se combater a corrupção, utilizou-se do argumento de que os Recursos Especial e Extraordinário não possuem efeito suspensivo.

Em 04 de abril de 2018 foi julgado o HC 152752/PR em que o STF, por maioria, confirmou o entendimento firmado no HC 126292/SP, para afirmar a possibilidade de execução provisória da pena ainda pendente de Recursos Extraordinário e Especial. No referido julgamento, ficaram vencidos os Ministros

Gilmar Mendes, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Celso de Mello.

Esses posicionamentos tomados via *habeas corpus* e antes do julgamento das ADCs 43,44 e 54 não geraram, em regra, efeito vinculante- como ocorrem nos casos de decisões tomadas em sede de controle concentrado de constitucionalidade-, tanto que, no próprio Tribunal houve decisões no sentido de impossibilitar a execução provisória da pena, enquanto não transitada a sentença condenatória, como foi o caso do *habeas corpus* 137088/SP.

Por isso que, o argumento de uma existência de um *overruled* não se sustenta substancial e formalmente. Não há sustentação substancial porque, as decisões utilizadas como fundamento dessa mudança de paradigma não contêm a *ratio decidendi* da decisão, que é utilizada como precedente a ser seguido, nem mesmo possui a natureza de ação vinculativa a ponto de dar integridade ao Direito, na conformidade do disposto no artigo 927 do CPC. Igualmente, não se sustenta formalmente porque, mesmo que se pudesse falar na existência de uma *ratio decidendi* numa ação de natureza vinculativa e que fosse capaz de promover e manter a integridade do Direito, as exigências contidas no §4º, do artigo 927 do CPC não foram cumpridas, ante a argumentação de uma modificação de tese jurídica e na facticidade de ausência de isonomia na aplicação dessa tese argumentada como precedente¹¹⁴.

No caso da execução da pena após a confirmação da sentença condenatória em segunda instância, os julgamentos utilizados como precedentes se caracterizaram como precedentes contingenciais e favoreceram a parcialidade do juiz, pois, a confusão entre autonomia e liberdade criativa do direito ensejou uma mudança de padrão decisório com atribuições de novos significados aos elementos normativos, fora de uma real dimensão de integridade, coerência e tradição de Direito. Esses julgamentos levaram o juiz da Lava Jato a administrar o andamento da ação penal, com indicações de provas a serem produzidas durante a instrução da ação¹¹⁵, sempre sob o argumento de

¹¹⁴ Por exemplo, o julgamento no próprio Supremo, do *habeas corpus* 137088/SP, julgado em 2017, que determinou a soltura do paciente, em razão do princípio da não culpabilidade, mesmo após julgamento do Recurso de Apelação confirmar a sentença condenatória.

¹¹⁵ Como, amplamente, divulgado pelo *The Intercept* (Vazajato) e pela Operação *Spoofing*, em que foi demonstrada o encaminhamento de estratégias entre o ex-juiz Sérgio Moro e membros da Força-tarefa da Lava Jato. Em notícia datada de 09 de junho de 2019, pelo *The Intercept*, há publicação de diálogo entre o ex-juiz Sérgio Moro e o membro do MPF, Deltan Dallagnol. Nesse

que se tratava de uma interpretação divergente, como se as divergências nas interpretações pudessem atribuir significados alheios à integridade do Direito¹¹⁶.

A decisão tomada pelo TRF4, quando da discussão sobre a atuação do ex juiz Sérgio Moro, já numa antecipação de um voluntarismo durante a instrução do feito e antes das conversas serem hackeadas e publicadas pela Vazajato e discutidas por meio da Operação *Spoofing*, serviu como um precedente autorizador da atuação parcial na Operação Lava Jato e nos crimes relacionados à corrupção ligados à Petrobrás, porquanto as situações excepcionais, características da Operação Lava Jato, foram abarcadas por esta decisão que serviu como um precedente pragmático e que enfraqueceu a democracia constitucional.

Os precedentes contingenciais, como foram trabalhados na Operação Lava Jato, fizeram com que anseios populares tomassem assento na teoria da decisão, fazendo com que a integridade do Direito ficasse maculada, pois nem

diálogo, a fala do ex-juiz sugerindo ao procurador “que trocasse a ordem de fases da Lava Jato, cobrou agilidade e pistas informais de investigação, antecipou ao menos uma decisão, criticou e sugeriu recursos ao Ministério Público e deu broncas em Dallagnol como se ele fosse um superior hierárquico dos procuradores e da Polícia Federal” (DUARTE. *The Intercept Brasil*, 2020, p. 143-155). Ainda, nessa publicação, há diálogo entre o ex-juiz, Sérgio Moro com o procurador Dallagnol, indicando testemunha a ser utilizada em possível instrução: “numa conversa de 7 de dezembro de 2015, quando ele passou informalmente uma pista sobre o caso de Lula para que a equipe do MP investigasse. ‘Então. Seguinte. Fonte me informou que a pessoa do contato estaria incomodada por ter sido a ela solicitada a lavratura de minuta de escrituras para a transferências de propriedade de um dos filhos do ex presidente. Aparentemente a pessoa estaria disposta a prestar a informação. Estou então repassando, a fonte é seria’, escreveu Moro”. Ao final desse diálogo, o ex-juiz diz para o procurador, a fim de justificar a intimação da testemunha, a formalização de uma intimação com base numa falsa denúncia apócrifa. Em outro diálogo publicado o ex-juiz, diante da proximidade da audiência de instrução do ex presidente Luiz Inácio Lula da Silva, envia a seguinte mensagem para o procurador Dallagnol: “Prezado, a colega Laura Tessler de vcs é excelente profissional, mas para a inquirição em audiência, ela não vai muito bem. Desculpe dizer isso, mas com discrição, tente dar uns conselhos a ela, para o próprio bem dela. Um treinamento faria bem. Favor manter reservada essa mensagem”.

¹¹⁶ Em notícia veiculada em 2016 no site do G1 (<https://www.google.com/amp/g1.globo.com/mato-grosso/noticia/2016/12/sergio-moro-critica-lei-do-abuso-de-autoridade-durante-evento-em-cuiaba.amp>), há transcrição de uma fala do ex-juiz Sérgio Moro, referente a uma palestra em Cuiabá-MT, que afirmou que o Direito não é matemática e que pessoas razoáveis podem divergir sobre a interpretação do Direito. Numa conversa hackeada entre o ex-juiz Sérgio Moro e o procurador Dallagnol, Moro afirmou que, a fim de justificar o que ele chama de divergência de interpretação: “ainda desconfio muito de nossa capacidade institucional de limpar o congresso. O melhor seria o congresso se auto limpar, mas isso não está no horizonte. E não sei se o STF tem força suficiente para processar e condenar tantos e tão poderosos” (DUARTE. *The Intercept Brasil*, 2020, 149). Nessa linha de raciocínio uma decisão absurda sob o ponto de vista de integridade científica pode ser aceita, sob o argumento de que é uma mera questão de interpretação do Direito. É como se justificasse, sob o ponto de vista científico, que 2+2 são 5 e que a Terra é plana. Não há justificativa científica, sob o aspecto da integridade, quando o argumento, inobstante a finalidade, não se sustenta no todo.

sempre o que se apresenta como um desejo popular, se encaixa numa democracia constitucional. Até porque, o subsistema jurídico pode se apresentar, a fim de efetivar a normatividade constitucional, de forma contramajoritária em suas decisões.

No segundo semestre de 2020, na posse da presidência do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Luiz Fux prometeu mudanças.

Afirmou que o Poder Judiciário deve prestar contas à sociedade, devendo levar em consideração o sentimento constitucional do povo e, fazendo referência à corrupção, disse que o Tribunal não admitirá recuos.

O perigo dessa afirmação está em delimitar a filtragem constitucional nas “vozes das ruas”. Em vários momentos da Operação, alguns membros da força tarefa afirmavam agir em resposta aos anseios populares, conforme extensamente demonstrado pelo *The Intercept*, na Vazajato.

O Judiciário, no âmbito da Lava Jato, adotou as “vozes das ruas” por meio de decisões que utilizavam os anseios populares nas suas fundamentações. No julgamento das ADCs 43, 44 e 54, o voto do Ministro Barroso afirmou que seu posicionamento, favorável à execução da pena em segunda instância, não se tratava de agradar a opinião pública, mas sim, de uma questão de justiça que distingue as sociedades primitivas das sociedades civilizadas. Ainda, afirmou o Ministro que numa democracia, ninguém exerce o poder em nome próprio e que o juiz deve ser capaz de identificar o sentimento social, filtrando-o com a Constituição Federal. Para ele, o Tribunal é o intérprete final, mas não é o dono dela e nem tão pouco seu intérprete único. Por isso, o Tribunal deve lançar mão de filtros constitucionais para atender os anseios sociais.

O decidir fundamentado em um pragmatismo, que é contingencial pela sua própria natureza, para trabalhar desejos e os anseios sociais na interpretação constitucional pode fazer com que a melhor das boas intenções seja insustentável no âmbito constitucional.

Nesse caso, ao invés de possibilitar o progresso social (salientando que o progresso civilizatório está intimamente ligado à força normativa constitucional; quanto mais as normas são cumpridas, mais efetivo é o pacto civilizatório, porquanto a Constituição Federal é a sua exteriorização), as “vozes das ruas” criam uma falsa sensação de que o fato do Judiciário levar em consideração e

justificar suas decisões nos anseios sociais, se acessa a sala de máquinas constitucional (GARGARELLA; GUEDES, PÁDUA, 2016), quando, na verdade, isso não ocorre, pois a determinação de uma significação a um elemento normativo em desacordo com a integridade do Direito pode não se sustentar diante do texto constitucional vigente.

Se os anseios populares não são coerentes à ordem constitucional vigente é porque estão muito distantes da sala de máquinas constitucional, pois se apresentam contrários à estrutura da sala.

2.7 INÊS E A DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL: A INSISTÊNCIA NA DEGENERACÃO DO DIREITO

Em razão da normalização da degeneração do Direito, o Poder Judiciário começou a sentir a necessidade de retomar a força normativa da Constituição pela necessidade de manter sua própria existência e, conseqüentemente, pela necessidade de manutenção do próprio Estado Constitucional e Democrático de Direito, enfim, pela democracia constitucional.

A degeneração do Direito traz como consequência efeitos políticos e sociais que exigem a manutenção de uma prática voluntarista e discricionária, contrária à integridade do Direito e da funcionalidade do Poder Judiciário, porquanto, ao mesmo tempo que os anseios populares pautaram as decisões judiciais no combate à corrupção, eles também exigem decisões voluntaristas para outras pautas, além da corrupção, porque são volúveis e podem vir a esbarrar em limites constitucionais.

O estabelecimento de novos significados a elementos normativos, à mercê de uma integridade constitucional e juridicamente científica, não pode sobreviver quando a própria existência do subsistema jurídico se encontra ameaçada, pois ao assumir uma programação finalista, volátil e contingencial, acaba por negar as suas próprias estruturas, pois a programação condicional ou de garantia é limitada por uma norma não contingencial e estável, que é a Constituição Federal.

Em razão da instabilidade e da contingencialidade, algumas decisões tomadas no âmbito da Operação Lava Jato foram revistas a fim de manter a força normativa da Constituição Federal.

Dentre essas revisões estavam algumas ações relativas à instrução processual do ex presidente da República e ex-candidato à presidência em 2018, Luiz Inácio Lula da Silva, que foi preso (e conseqüentemente afastado da corrida eleitoral), julgado e condenado por um juiz que depois aceitaria o convite para exercer a função de Ministro da Justiça do outro candidato eleito, principal opositor político de Luiz Inácio na corrida eleitoral, que sofreu a intervenção por meio da Operação Lava Jato.

Com a publicação das conversas hackeadas entre o ex juiz e alguns membros da força tarefa da Lava Jato e, depois, com a legitimidade jurídica dada a esse hackeamento por meio da Operação *Spoofing*, o Poder Judiciário, a fim de resgatar a força normativa constitucional, decidiu anular os atos praticados pelo, então juiz, Sérgio Moro, em razão da incompetência da 13ª Vara Federal de Curitiba. *A priori*, referido entendimento foi exarado por meio de uma decisão monocrática da lavra do Ministro Fachin. Após, a decisão foi confirmada pelo colegiado.

Por mais que a decisão inicial, monocrática, pudesse ter uma motivação política, a fim de afastar o foco das conversas hackeadas à Operação e ao ex juiz, o fato é que a discussão travada após essa decisão demonstrou, ainda, uma certa insistência de degeneração do Direito, por meio da degeneração da dogmática jurídica, ao desejar preponderar a competência territorial à suspeição do então juiz Sérgio Moro.

A insistente degeneração do Direito, por meio da discussão entre competência territorial e suspeição do ex-juiz ocorreu pelo fato de que na decisão monocrática¹¹⁷, ao ser decretada a nulidade dos atos decisórios do juiz da 13ª Vara Federal de Curitiba ficou estabelecido que os atos instrutórios poderiam ser

¹¹⁷ A parte dispositiva da decisão monocrática dispôs que “ante ao exposto, com fundamento no art. 192, caput, do RISTF e no artigo 654, § 2º, do Código de Processo Penal, concedo a ordem de habeas corpus para declarar a incompetência da 13ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Curitiba para o processo e julgamento das Ações Penais n. 5046512-94.2016.4.04.7000/PR (Triplex do Guarujá), 5021365-32.2017.4.04.7000/PR (Sítio de Atibaia), 5063130-17.2018.4.04.7000/PR (sede do Instituto Lula) e 5044305-83.2020.4.04.7000/PR (doações aos Instituto Lula), determinando a remessa dos respectivos autos à Seção Judiciária do Distrito Federal. Declaro, como corolário e por força do disposto no art. 567 do Código de Processo Penal, a nulidade apenas dos atos decisórios praticados nas respectivas ações penais, inclusive os recebimentos das denúncias, devendo o juízo competente decidir acerca da possibilidade da convalidação dos atos instrutórios. Considerada a extensão das nulidades ora reconhecidas, com fundamento no artigo 21, IX, do RISTF, declaro a perda do objeto das pretensões deduzidas nos habeas corpus 164.493, 165.973, 190.045, 193.433, 198.041, 178.596, 184.496, 174.988, 180.985, bem como nas Reclamações 43.806, 45.948, 43.696 e 45.325”.

aproveitados pelo juízo, agora considerado competente, da Seção Judiciária do Distrito Federal. Além disto, decidiu-se que todos os demais requerimentos em favor de Luiz Inácio Lula da Silva teriam perdido seu objeto, entre eles, o de reconhecimento da suspeição do ex juiz, Sérgio Moro.

A imprecisão em avaliar a extensão dos efeitos de sua decisão, talvez por não ter sido o objetivo do Ministro quando da decisão, ensejou um debate para além do caso e que poderia relativizar a garantia do juiz natural¹¹⁸.

Com essa decisão, à despeito do texto constante no artigo 96 do Código de Processo Penal (CPP), o Ministro Fachin preponderou a discussão sobre a nulidade em razão da incompetência territorial, que é reconhecida como causa de nulidade relativa, em detrimento da nulidade em razão da suspeição do juiz e pelo desrespeito à garantia do juiz natural, que são reconhecidas como causa de nulidade absoluta.

A grande diferença nos efeitos práticos nessas espécies de nulidades é que a nulidade pela suspeição, causa de nulidade absoluta, anula todos os atos, os decisórios e os instrutórios e a nulidade pela incompetência territorial, causa de nulidade relativa, anula somente os atos decisórios.

¹¹⁸ A garantia do juiz natural pode ser analisada sob duas vertentes. A primeira, restrita, considera somente as regras de competência estabelecidas em lei infraconstitucional. Portanto, as regras de competência territorial não podem ser consideradas como causa de lesão à garantia do juiz natural. A segunda, ampla, considera como elementos da garantia do juiz natural as regras constitucionais – como a competência em razão da matéria e por prerrogativa de foro-, bem como, as regras infraconstitucionais, que são as relativas à competência territorial e por distribuição. Acerca desse assunto Badaró (2016, p. 49-50) explica que a garantia do juiz natural “tem sido interpretada pela doutrina nacional no sentido de que o juiz natural é o juiz constitucionalmente competente. Ou seja, a garantia tocava apenas aos critérios constitucionais de fixação de competência. Por exemplo, o julgamento de um crime militar pela justiça estadual viola a regra do juiz natural, posto que o critério constitucional de competência da justiça militar não terá sido observado. Já violações a critérios infraconstitucionais, como por exemplo, a definição do foro competente, não afetariam o juiz natural, embora pudessem implicar a falta de um pressuposto processual de validade da relação processual. Não é possível concordar com a identificação do juiz natural apenas com o juiz constitucionalmente competente, por se tratar de uma visão reduzida e fraca da garantia, na medida que a restringe ao juiz competente segundo os critérios de competência previstos na Constituição. É sabido que as regras constitucionais não exaurem o processo de concretização da competência. Uma concepção forte e que não seja reducionista deve chegar a outro resultado, considerando que o juiz natural é aquele definido segundo todos os critérios de competência, sejam previstos na Constituição, sejam definidos em leis ordinárias e nas leis de organização judiciária”. A escolha determina o caminho a ser seguido no campo das nulidades, tendo em vista a previsão do artigo 564, I, do Código de Processo Penal (CPP) que trata da nulidade absoluta pela lesão ao princípio do juiz natural. Dessa forma, como consequência da preponderância do juiz natural às regras infraconstitucionais de competência, a discussão sobre a suspeição do juiz deve preceder a discussão sobre a incompetência territorial. Por isso, a parte dispositiva da decisão, exarada pelo Ministro Fachin, que declarava prejudicadas as ações sobre a suspeição do então juiz Sérgio Moro, não surtiu efeitos.

Entretanto, a suspeição é causa de nulidade que prepondera sobre qualquer outra e não poderia ter sido objeto de relegação por parte do Judiciário, em razão de um reconhecimento de uma causa de nulidade relativa, como foi o caso do dispositivo da decisão exarada pelo Ministro Fachin.

No processo de insistência na degeneração do Direito, o Ministro Gilmar Mendes, na esteira inversa do Ministro Fachin, numa tentativa de trazer o exato significado do texto do artigo 96 do CPP, pautou o julgamento da suspeição do então ex juiz Sérgio Moro, por meio do HC n. 164.493, que havia sido declarado prejudicado, em razão da perda do objeto, por causa da decisão monocrática do Ministro Fachin. Em razão do julgamento de Agravo Regimental interposto, Moro foi reconhecidamente declarado suspeito por decisão do Pleno, obtida por maioria, em junho de 2021¹¹⁹, confirmando a decisão já exarada pela 2ª Turma do Tribunal.

Alguns argumentos dos Ministros favoráveis à política engendrada pela Operação Lava Jato ainda seguiram as características voluntaristas, que ressignificam os elementos normativos a depender da finalidade a ser atingida. Isto demonstra que a programação finalista do subsistema político ainda encontra guarida na estrutura do subsistema jurídico¹²⁰.

Com essa decisão, que marca a retomada de um posicionamento condizente com a tradição, coerência e integridade com o Direito, o Poder Judiciário, por meio do STF, acabou se encontrando num paradoxo: de um lado estão os favoráveis à encampação dos anseios populares, como fonte de Direito e, portanto, como fundamentação de decisões judiciais, mesmo que contrários aos elementos normativos constitucionais (pois o argumento da “voz das ruas”, impossível de passar pelo filtro constitucional, é que a voz do povo é a voz da

¹¹⁹ Aqui não será tratada a questão do descumprimento do Regimento Interno do Tribunal, a saber, se a decisão da Turma sobre a suspeição do ex-juiz Sérgio Moro poderia ou não ser reanalisada pelo pleno.

¹²⁰ No julgamento sobre a suspeição do ex juiz Sérgio Moro, alguns Ministros que votaram contra a sua suspeição ainda fizeram uso dos argumentos e fundamentos baseados em significantes vazios, como o combate à corrupção, como se o fim de combater a corrupção, justificasse a ressignificação dos elementos normativos tratados na discussão travada no Tribunal. Como exemplo, tem-se o voto do Ministro Barroso, que dispôs que os corruptos querem mais do que impunidade, querem vingança como reação à mudança de legislação e jurisprudência no combate à corrupção. O Ministro Fux, por sua vez, arguiu que a institucionalidade foi ferida de morte pelo fato da Turma ter prosseguido no julgamento, mesmo após a determinação de perda do objeto pela decisão do Ministro Fachin e que o combate à corrupção depende da participação responsável do Tribunal, que pode ter que julgar uma possível Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental em razão da aceitação das conversas hackeadas como provas lícitas.

Nação; em que a “voz das ruas” é que deve funcionar com um pacto civilizatório vinculante, inclusive, ao próprio Poder Judiciário), e de outro, um grupo que já deslegitimava as decisões do Poder Judiciário, quando do início da Operação Lava Jato, em razão da chancela de argumentos e fundamentos voluntaristas, em que os fins de combater a corrupção justificavam os meios não ortodoxos.

A discussão sobre a legitimidade do Poder Judiciário já existia na época do julgamento da suspeição do Moro tanto que, com os debates judiciais sobre o teor das conversas constantes nos autos da Operação *Spoofing*, o Ministro Gilmar Mendes, em entrevista ao UOL, afirmou ser preciso “refundar o Poder Judiciário” e complementou dizendo que a justiça criminal brasileira está em escombros e que é preciso aproveitar a chance para que o Judiciário, como um todo, repare os danos causados ao sistema de justiça brasileiro e para a democracia:

Todos nós estamos chamados à responsabilidade. O STJ tem de chamar seus juízes e olhar tudo isso. Tudo ocorreu sob os olhos do TRF-4, do STJ¹²¹, e eventualmente nós chancelamos isso no Supremo. Temos de olhar tudo isso com muita seriedade. Estou interessado em ver como tudo vai acabar porque é preciso que haja reformulações para que fatos assim não se repitam (UOL, 2021, *online*).

Na fundação de um novo Judiciário, as suas funcionalidades devem ser revistas e claramente previstas, a fim de que a possibilidade de degeneração não ocorra novamente. Apesar do que foi decidido ter enfraquecido a Lava Jato, a atuação degenerativa do Direito pode vir travestida de boas intenções e já estar arraigada no Poder Judiciário.

2.8 AS BOAS INTENÇÕES DO INFERNO DE DANTE: A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA

A justiça infernal não parece justa, ainda mais quando travestida de boas intenções. A justiça da decisão tomada no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade por omissão (ADO) 26/DF, de relatoria do Ministro Celso de Mello, pode ser analisada por meio do inferno de Dante.

¹²¹ Superior Tribunal de Justiça.

Como a análise do subsistema jurídico, no contexto de sua funcionalidade, se afasta de um conceito metafísico e, apesar da norma limitadora não contingencial, a Constituição Federal, trabalhar com limites intrínsecos à Ciência Jurídica, como parâmetro de integridade no momento de tomada da decisão, a sagrada metafísica é ponto fora da curva.

Entretanto, como uma crítica da decisão na ADO 26/DF, a justiça do inferno de Dante é parâmetro comparativo de justiça da decisão, pelo critério da integridade do Direito.

Sem qualquer pretensão ou intenção de heresia, a integridade do Direito será analisada pelo parâmetro da importância de Deus para a justiça de Dante.

2.8.1 O inferno de Dante¹²²

Para Dante, a análise de justiça passa pelo papel do homem no universo que foi criado por Deus. Desta forma, um bom homem era aquele que sempre vivia à procura do sentido de Deus no universo. Para ele, Dante, um homem que não seguia os ensinamentos de Deus, que se entregava aos prazeres mundanos, aos pecados, era um homem perdido, que nunca se encontraria, pois como a justiça se encontra em Deus, a depender do pecado praticado, a pena é a permanência eterna no inferno.

O inferno dantesco é formado por nove círculos que são divididos em quatro tipos de pecados¹²³. Nesta estrutura infernal, a gravidade dos pecados está proporcionalmente ligada à profundidade circular do inferno, no sentido de que o homem que se encontra no círculo nove está muito próximo de Lúcifer, que é o anjo que caiu de céu e que reina no inferno.

¹²² O inferno de Dante, componente da obra "Divina Comédia" é utilizado aqui como uma forma de analogia, no sentido de que, como para Dante, o ideal de justiça passava pelo sentido de Deus no universo, aqui, o sentido de justiça, por melhor que sejam as boas intenções, deve passar pela reserva legal.

¹²³ De acordo com a divisão apresentada por Dante, o primeiro círculo abarca os pagãos, que pelo fato de não terem sido batizados, ficarão eternamente nesse círculo, que é considerado como um limbo. Nos círculos dois a seis está o pecado da incontinência, caracterizada pelos pecados da luxúria, da gula, da avareza, do rancor e da heresia. No sétimo estão os pecados da violência e da bestialidade, caracterizados pela tirania, suicídio, blasfêmia e a usura. No oitavo, está o pecado da fraude simples, caracterizado pelos sedutores, adutores, simoníacos, adivinhos, traficantes, hipócritas, ladrões, maus conselheiros, intrigantes e falsários e, no último, o nono, e bem perto de Lúcifer, está o pecado da traição, onde se encontram a traição aos parentes, a traição à pátria, a traição aos hóspedes e aos bemfeitores.

Portanto, a justiça infernal de Dante está no fato de se conviver eternamente com o anjo renegado, Lúcifer. A estadia no inferno é eterna. O pecado da heresia, que se encontra no sexto círculo, se caracteriza pela afronta aos dogmas da Igreja, portanto, aos dogmas de Deus. Neste círculo estavam os que negavam a sobrevivência da alma após a morte, os que negavam a vida eterna. Por isso, a punição era estar em túmulos abertos de onde se via o fogo, numa referência à punição aos hereges que, em vida, eram condenados à fogueira.

Para Dante, quando os dogmas cristãos eram desrespeitados, o castigo deveria ser eterno. Da mesma forma que a universalidade de Dante determina a punição, a integridade do Direito sendo desrespeitada pode gerar consequências duradouras para o subsistema jurídico, como a sua deslegitimação.

2.8.2 A integridade como dogma, a legalidade como mandamento

No subsistema jurídico, todas as decisões devem se pautar pela sua funcionalidade. Seguindo o critério colocado pela teoria luhmanniana, de que a programação característica do subsistema jurídico é uma programação condicional, o julgamento de algo lícito/ilícito, direito/não direito pode abarcar a teoria bipartida de Ferrajoli, que considera que a funcionalidade do subsistema jurídico, portanto, do Poder Judiciário é a função de garantia.

Nesse sentido, a função garantidora do subsistema jurídico está em garantir a efetividade dos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal. Entretanto, o garantir do Poder Judiciário, enquanto elemento da estrutura do subsistema jurídico, não é ilimitado.

A limitação na função garantidora do Poder Judiciário está na própria Constituição Federal, marco civilizatório de um sistema social que, por sua vez, deve buscar a manutenção da integridade do Direito, porquanto, o respeito à integridade garante a existência do próprio sistema social no qual o subsistema jurídico está situado. Um sistema social se caracteriza como tal, justamente pela diferença entre o todo e o meio; pela diferenciação funcional dos vários subsistemas integrantes do sistema social.

Uma forma de manter a integridade do Direito é seguir alguns mandamentos que garantem a diferenciação funcional entre os subsistemas e,

portanto, garantem a existência de um sistema social que se ordena pela norma não contingencial, a Constituição Federal.

Um desses mandamentos é a reserva legal e o outro é a proibição de se estabelecer novos significados à elementos normativos que venham a ferir a integridade do Direito, mormente o que ocorre quando da criminalização por meio de uma decisão.

Quanto ao segundo mandamento, a ressignificação de elementos normativos, por mais que as intenções sejam boas, as consequências de agir de forma voluntarista pode trazer danos dantescos para o subsistema jurídico, bem como, para todo o sistema social.

Isso ocorre porque, quando o subsistema jurídico ultrapassa a sua funcionalidade, mesmo que sob a argumentação de uma função garantidora¹²⁴, ele atinge a operacionalidade do outro subsistema, que é fechado. A operacionalidade de cada subsistema deve ser fechada, justamente para que se mantenha a diferenciação funcional entre todos os subsistemas que compõem um determinado sistema social.

As aberturas ocasionadas quando do acoplamento estrutural entre dois subsistemas é sempre limitada pela funcionalidade de cada um. Por isso, a importância de se limitar a funcionalidade por meio da integridade do Direito.

2.8.3 O enredo de Dante

A ADO n. 26/DF foi julgada conjuntamente com o Mandado de Injunção (MI) n. 4733/DF, pois tinham o mesmo enredo: a mora do Poder Legislativo em estabelecer normativa apta a punir qualquer discriminação atentatória aos direitos e às liberdades fundamentais, conforme previsão do artigo 5º, XLI, da Constituição Federal¹²⁵.

No ponto em comum às duas ações estava o direito e liberdade das pessoas LGBTI+ de serem o que são, de poderem usufruir de um direito e de

¹²⁴ Lembrando que a função garantidora de Ferrajoli em nenhum momento autoriza a programação finalista por parte do subsistema jurídico.

¹²⁵ Considerando o resultado do julgamento, a análise do Mandado de injunção será relegada, porquanto o que interessa na análise do limite na diferenciação funcional é o julgamento da ADO 26/DF, até porque, o objeto do Mandado de Injunção, a mora do legislador, funcionou como condição de prosseguibilidade no julgamento da ADO 26/DF.

uma liberdade de viverem sem serem atacados por questões de gênero ou sexo; a homofobia e a transfobia.

As pessoas que sofrem preconceito por serem LGBTQI+ são consideradas como pertencentes a um grupo social, não hegemônico e, por isso, vulneráveis socialmente. Por isso, necessitavam de uma proteção maior por parte do Estado, a fim de efetivar seus direitos e liberdades fundamentais.

O grande problema que se apresentou com esse caso é que a proteção desejada e necessária passava pela criminalização de condutas homofóbicas e transfóbicas.

Essa questão se tornou um problema, justamente porque interferiu no limite da funcionalidade de cada subsistema e que pode acarretar, em caso de excessiva expansão funcional, problemas para a democracia constitucional, já que essa é estruturada na distribuição de funções do Poder estatal.

2.8.4 A degeneração do Direito na criminalização da homofobia

Tendo como base os dois mandamentos, que devem ser seguidos para a manutenção da integridade do Direito; o respeito à reserva legal e a proibição de resignificação de elementos normativos que possa ferir a integridade do Direito, tem-se que a decisão propiciou a degeneração do Direito, porquanto não levou em consideração a manutenção de sua integridade.

A degeneração do Direito ocorre mesmo que se considere que o Poder Judiciário agiu amparado por uma funcionalidade de garantia. O agir garantidor do Poder Judiciário não o autoriza agir amparado por um fim quando os meios escolhidos não consideram todo o conjunto do Direito; a sua integridade. Na ADO n. 26/DF, o Tribunal, por maioria, decidiu por criminalizar a conduta de homofobia e transfobia, por meio da legislação atinente ao racismo, a Lei n. 7716/1989, até que o Congresso Nacional edite lei sobre o assunto.

Para considerar a homofobia e a transfobia como um crime de racismo, os Ministros¹²⁶ entenderam que o racismo ultrapassa os aspectos biológicos e fenotípicos, abarcando, também, questões culturais e ideológicas.

¹²⁶ Com exceção dos Ministros Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli, pois o Ministro Marco Aurélio sequer reconheceu a mora do Poder Legislativo.

Portanto, na decisão, o conceito de racismo foi expandido para o encaixe da conduta de discriminação em razão da vulnerabilidade do grupo LGBTQI+, como uma discriminação e preconceito social.

No que se refere à expansão do conceito de crime de racismo, a decisão deu interpretação conforme à Constituição,

em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Carta Política, para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional, seja por considerar-se, nos termos deste voto, que as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social consagrada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento plenário do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), na medida em que tais condutas importam em atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo LGBT, em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, seja, ainda, porque tais comportamentos de homotransfobia ajustam-se ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo vulnerável em questão (BRASIL, 2020)¹²⁷.

O caso Ellwanger, refere-se ao caso de publicação de livros antissemitas, em que o acusado pelo crime de racismo teve a ordem de *habeas corpus* negada. Neste julgamento, de relatoria do Ministro Moreira Alves, o Supremo Tribunal Federal definiu o alcance do conceito de racismo aduzindo que

com a definição e o mapeamento do genoma humano, cientificamente não existem distinções entre os homens, seja pela segmentação da pele, formato dos olhos, altura, pelos ou por quaisquer outras características físicas, visto que todos se qualificam como espécie humana. Não há diferenças biológicas entre os seres humanos. Na essência são todos iguais. 4. Raça e racismo. A divisão dos seres humanos em raças resulta de um processo de conteúdo meramente político-social. Desse pressuposto origina-se o racismo que, por sua vez, gera a discriminação e o preconceito segregacionista. 5. Fundamento do núcleo do pensamento do nacional-socialismo de que os judeus e os arianos formam raças distintas. Os primeiros seriam raça inferior, nefasta e infecta, características suficientes para justificar a segregação e o extermínio: inconciliabilidade com os padrões éticos e morais definidos na Carta Política do Brasil e do mundo contemporâneo, sob os quais se ergue e se harmoniza o estado democrático. Estigmas que por si só evidenciam crime de racismo (BRASIL, 2003)¹²⁸.

¹²⁷ Trecho do estrato de ata do acórdão publicado no site do Supremo Tribunal Federal, www.stf.jus.br.

¹²⁸ Ementa do julgamento do HC 82. 424/RS. Disponível em: www.stf.jus.br.

Em voto divergente e vencido, o Ministro Ricardo Lewandowski, apesar de reconhecer a importância do tema e da necessidade de proteção para o grupo LGBTQI+, em razão de sua vulnerabilidade social, aduziu que a criminalização de uma conduta depende mais do que o simbolismo que a própria criminalização exerce; depende da existência de reserva legal.

Por isso, em voto divergente, o Ministro arguiu a impossibilidade de criminalizar a homofobia e a transfobia por meio de uma decisão: “a extensão do tipo penal para abarcar situações não especificamente tipificadas pela norma penal incriminadora parece-me atentar contra o princípio da reserva legal, que constitui uma fundamental garantia dos cidadãos, que promove a segurança jurídica de todos” (Brasil, 2020)¹²⁹.

2.8.5 O respeito à reserva legal

Em conformidade com o disposto no artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal, bem como, do disposto no artigo 1º do Código Penal, não poderá haver a criminalização de uma conduta sem lei que defina o crime anteriormente à prática da conduta tida como criminosa.

A origem da reserva legal remonta à Carta Magna Leonesa, outorgada por Dom Alfonso, em 1188. Dotti (2010, p.128) explica que foi por meio dos Decretos da *Curia de Leon*, que os direitos de proteção individual passaram a representar “um forte apelo à realização material de justiça, além do compromisso de fidelidade com ‘as boas leis’ estabelecidas pelos governos anteriores”.

Além da Carta Magna Leonesa, a reserva legal também foi tratada na Declaração dos Direitos da Virgínia (1776, seção VIII), Constituição dos Estados Unidos da América (1787, artigo 1º, seção 10), Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789, artigo 8º) e Constituição Francesa de 1793 (artigo 14).

A importância do princípio da reserva legal para a evolução histórica e social da humanidade é registrada na Alemanha nazista. A ascensão do nazismo

¹²⁹ Trecho do voto do Ministro Ricardo Lewandowski no julgamento da ADO 26/DF. Disponível em: www.stf.jus.br.

em 1933 e a consequente concentração de poderes nas mãos do Führer fez com que a reserva legal fosse suprimida.

A doutrina do nacional-socialismo sustentava a legitimidade da incriminação por analogia sempre que a ação ou omissão atentasse contra a ideologia da lei e o sã sentimento do povo. A fórmula, vaga e opressiva, foi introduzida por uma lei de 1935, que alterou o parágrafo 2º do CP de 1871, para declarar: 'será punido quem cometer um crime declarado punível pela lei, ou que mereça uma sanção segundo a ideia fundamental da lei penal e o sã sentimento do povo (DOTTI, 2010, p.129).

O princípio da reserva legal, ao mesmo tempo que funciona como norma limitadora ao poder estatal, dimensão positiva, funciona como norma garantidora aos cidadãos contra os abusos estatais¹³⁰. Isto explica o fato do princípio da reserva legal se apresentar como uma característica de regimes democráticos. Neste sentido, a criminalização de uma conduta por meio alheio ao que determina a reserva legal, pode-se configurar como autoritária e contrária a uma democracia constitucional.

Portanto, não há como desvencilhá-lo da teoria da integridade do Direito, porquanto ser impossível ele ser objeto de ponderação com outro princípio, eis que ele funciona como “expressiva limitação constitucional ao poder do Estado” (NERY JR.; NERY, 2014, p. 348), o que não fundamenta o seu uso como mandado de otimização.

Apesar do princípio da reserva legal trazer consigo o significado expresso de que a criminalização de uma conduta depende da existência prévia de lei definindo a conduta criminosa, o relator na ADO n. 26/DF entendeu que expandir o conceito de racismo para incluir a prática de discriminação por motivos de gênero e sexualidade não viola a reserva legal, justamente porque o Tribunal já havia definido a extensão do conceito do crime de racismo, no caso Ellwanger.

Além da definição da extensão do conceito de racismo nesse caso, o relator arguiu que em razão da mora legislativa, no que se refere às previsões constitucionais de proteção penal aos direitos e liberdades individuais, é possível ponderar a necessidade de reserva legal, sob o argumento de interpretação

¹³⁰ Bruno (2003, 124) explica que o princípio da reserva legal faz da lei a fonte exclusiva da declaração de existência de um crime, pois “exige a anterioridade de uma lei penal, para que determinado fato, por ela definido e sancionado, seja julgado e punido como crime”.

conforme, para criminalizar imediatamente a conduta de discriminação contra as pessoas do grupo LGBTQI+.

A definição da extensão do crime de racismo realizada no caso Ellwanger, a fim de fundamentar uma ponderação, utilizando-se do princípio da reserva legal como mandado de otimização, mesmo que sob o nome de interpretação conforme, não parece acertada. No caso, a definição do alcance do crime de racismo pelo Tribunal não trouxe nova significação para os elementos constantes no artigo 1º da Lei 7.716/89, eis que o ser 'judeu' pode se encaixar nas expressões 'religião' ou 'procedência nacional', bem diferente do que se fez encaixar como racismo, por questões de gênero e sexualidade, como um racismo com fundamento social e ideológico.

Refrise-se que, num Estado de Direito e democrático, a reserva legal assume um papel de extrema importância: a lei definidora de um crime é quem representa a vontade popular por meio de seus representantes, que agem com base numa programação finalista.

O Poder Judiciário, em sua programação condicional e até mesmo, de garantia, não pode assumir, ao mesmo tempo, a função de ser contramajoritário, a fim de garantir os direitos e garantias previstos na Constituição Federal e agir com base numa maioria representativa. São atuações contraditórias.

Ser contramajoritário exclui a possibilidade de atuação, concomitante, de decidir com base numa maioria representativa. Neste sentido, a reserva de lei assume um papel no conceito democrático de lei, que se baseia na representatividade popular:

[...] diferente do conceito de lei do Estado de Direito é o conceito democrático de lei. Este conceito de lei assenta na soberania popular, sendo a lei a expressão da vontade colectiva dos seus destinatários, por estes diretamente manifestada ou manifestada pelos seus representantes (VAZ, 1996, p. 34).

Por isso, quando se fala na exigência de reserva de lei para a criminalização de uma conduta, deve-se ter em mente que a reserva legal não serve para organizar uma função estatal, mas sim, "para delimitar as funções estatais" (VAZ, 1996, p. 40); o que demonstra que a reserva legal é norma necessária para a manutenção de um sistema social, pois o que sustenta um sistema social pela teoria de Luhmann (2011) é a diferenciação funcional entre

os seus subsistemas. Para que isso ocorra, faz-se necessária a limitação das funcionalidades dos subsistemas de um determinado sistema social.

A relativização da reserva legal, seja por meio da ponderação ou pelo que se chama de interpretação conforme, demonstra a adoção de decisões voluntaristas e que, conseqüentemente, não respeitam a integridade do Direito.

2.8.6 A proibição de se estabelecer novos significados aos elementos normativos

Como segundo mandamento para se manter a integridade do Direito, tem-se a proibição de se estabelecer novos significados aos elementos normativos.

O Direito, como integridade, exige que os significados dados aos elementos normativos devem manter a tradição e a coerência, para que assim, se possa falar em integridade.

Quanto à tradição e coerência, em caso envolvendo a sexualidade de pessoa pertencente ao grupo LGBTQI+, a 1ª Turma do STF, por unanimidade, já havia rechaçado a tipicidade da conduta, por considerar que a ‘opção sexual’ não se encaixava nas hipóteses descritas no *caput* do artigo 1º da Lei n. 7.716/89. Trecho de voto do Ministro Lewandowski, na ADO n. 26/DF, há demonstração prática da integridade em Dworkin (2000):

Em acórdão unânime da Primeira Turma desta Casa, no Inquérito 3.590/DF, em que se analisou o recebimento de denúncia contra o deputado federal Marco Antônio Feliciano em razão da suposta prática do crime previsto no art. 20 da Lei 7.716/1989, extraído do voto do Relator, Ministro Marco Aurélio: “Procede a defesa no que articula a atipicidade. Ter-se-ia discriminação em virtude da opção sexual. Ocorre que o artigo 20 da Lei 7.716/89 versa a discriminação ou o preconceito, considerada a raça, a cor, a etnia, a religião ou a procedência nacional, não contemplando a decorrente da opção sexual do cidadão ou da cidadã. O ditame constitucional é claro: não há crime sem anterior lei que o defina, nem pena sem prévia cominação legal – inciso XXXIX do artigo 5º. Ante esse fato, deixo de receber a denúncia, fazendo-o com base no inciso III do artigo 386 do Código de Processo Penal, a revelar que, não constituindo o fato infração penal, dá-se a absolvição do réu, o que, nesta fase, sugere a simples ausência de instauração da ação penal”. A ementa do julgado foi a seguinte: “TIPO PENAL DISCRIMINAÇÃO OU PRECONCEITO ARTIGO 20 DA LEI Nº 7.716/89 ALCANCE. O disposto no artigo 20 da Lei nº 7.716/89 tipifica o crime de discriminação ou preconceito considerada a raça, a cor, a etnia, a religião ou a procedência nacional, não alcançando a decorrente de opção sexual”. Em importante precedente a respeito do tema da reserva legal (RHC 121.835 Agr/PE, Rel. Min. Celso de Mello),

a Segunda Turma desta Corte teve oportunidade de afirmar que: “Em matéria penal, prevalece o dogma da reserva constitucional de lei em sentido formal, pois a Constituição da República somente admite a lei interna como única fonte formal e direta de regras de direito penal, a significar, portanto, que as cláusulas de tipificação e de cominação penais, para efeito de repressão estatal, subsumem-se ao âmbito das normas domésticas de direito penal incriminador, regendo-se, em consequência, pelo postulado da reserva de Parlamento. Doutrina. Precedentes (STF) (BRASIL, 2020).

A integridade do Direito, pela relação com a tradição e a coerência, pressupõe que uma decisão não ressignifique elementos normativos que colidam com a sua totalidade.

Para além da impossibilidade de se ponderar um princípio, que se apresenta mais do que um mandado de otimização-, porquanto a reserva legal possui a característica de ser considerada um princípio de dimensão positiva-, uma abertura semântica de um significado de uma conduta definida como crime contraria a regra de hermenêutica criminal, que proíbe a analogia *in malam partem*, bem como, a interpretação extensiva de elementos normativos para prejudicar o acusado e criminalizar condutas.

Essas exceções voluntaristas, em que os fins justificam os meios, configuram-se como uma heresia ao Direito, ao subsistema jurídico e ao sistema social como um todo.

Quanto ao sentimento popular, não há melhor filtro constitucional que a tradição, a coerência e a integridade.

Figura 3: Representação do melhor filtro constitucional.



Fonte: Fotografia de Tony Luciani, extraído do site: www.revistagalileu.globo.com

PARTE II- A DEGENERAÇÃO DO DIREITO PELA POLÍTICA

“Só eu sei, que tentando a subida desceu. E agora daria um milhão para ser outra vez Conceição”. (Jair Amorim e Valdemar de Abreu).

CAPÍTULO 3 - A (DES) LEGITIMAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO PELA DEGENERACÃO DO DIREITO EM RAZÃO DA “VOZ DAS RUAS”

3.1 JUNHO E A FORMAÇÃO DA “VOZ DAS RUAS”

Apesar de não se poder afirmar que os movimentos populares iniciados em meados de 2013 foram fomentados por um intuito de ascensão da extrema direita no Brasil, pode-se afirmar que as pautas multifacetadas destes movimentos foram apropriadas por alguns grupos, como o Movimento Brasil Livre (MBL) e o Vem pra Rua. Essa apropriação política ajudou nos resultados das eleições de 2018 e, conseqüentemente, nas práticas degenerativas do Direito e de (des)legitimação do Poder Judiciário¹³¹.

Em junho de 2013, vários temas tomaram as ruas que foram desde a melhoria no transporte público, - com o movimento passe livre e os vinte centavos, o “não” à PEC 37¹³², até o *impeachment* de Dilma Rousseff. Todos esses temas foram utilizados como norte de campanha política e eleitoral em que a base do discurso era o combate a corrupção¹³³. Pessoas foram às ruas

¹³¹ Oliveira (2021, online) explica que com a apropriação dos temas que foram tratados nos movimentos de junho de 2013, a não aceitação dos resultados da eleição de 2014, o *impeachment* de Dilma Rousseff fez com que uma ideia não democrática trabalhada por meio de um slogan, “meu partido é o Brasil”, ajudou a diminuir a importância da multiplicidade de partidos políticos no jogo democrático brasileiro. O *slogan* “meu partido é o Brasil” foi substituído pelo *slogan* “Brasil acima de tudo, Deus acima de todos”, o que demonstra o ideal de se trabalhar politicamente, na esfera de políticas públicas, o caráter moral. O ano de 2013 “revela dois aspectos da direita que foram se exacerbando até desembocarem na emergência de uma extrema direita. Um é o aspecto contrário às políticas afirmativas construídas pelos governos petistas, como a implementação de cotas raciais nas universidades e o Programa Bolsa Família. Do outro lado, um aspecto contrário às questões de raça, gênero e sexualidade que começaram a ser levantadas justamente neste período. Esses aspectos vão aglutinar dois setores da direita: os conservadores e os liberais, proporcionando a ascensão da extrema direita, e que é extrema porque está fora do que seria condizente com uma disputa democrática [...] com a fissura aberta pelo tamanho da obscuridade que alcançou as Jornadas de Junho, o PT atacado nas ruas e no Congresso Nacional e a ascensão de uma direita autoritária, o campo ficou exposto. De lá para cá, passando pelas eleições presidenciais de 2014 e o *impeachment* de 2016, o slogan “Meu partido é o Brasil” transformado pela equipe de Jair Bolsonaro em “Brasil acima de tudo, Deus acima de todos”, em uma simbologia que pode ser interpretada como a supressão dos partidos políticos, instrumentos intrínsecos ao jogo democrático, e a ausência de diferenças”. Nas Jornadas de Junho de 2013 nascia um germe de contestar o jogo democrático.

¹³² Referia-se a uma proposta de emenda constitucional que, apesar de despicienda para alguns juristas, pretendia incluir no texto constitucional a previsão de que a investigação criminal era atividade privativa da polícia judiciária e não do Ministério Público. Como o combate à corrupção passava pela atuação do Ministério Público, várias pessoas saíram às ruas pedindo a não aprovação da PEC 37.

¹³³ Entre os que falavam pelo movimento do passe livre “havia uma notável percepção da novidade política que se produzia ali, uma inteligência flexível que os levava a não se alinhar com nenhuma força partidária e continuar na luta por suas bandeiras e pela legitimidade da ida

fomentadas por um discurso anticorrupção, embora não tivessem conhecimento de todas as pautas, produto daquela apropriação política. No caso da PEC 37, vários cartazes pelas ruas diziam que a “PEC 37= corrupção” (LEITE, 2015, p. 52).

Esse mecanismo de apropriação de pautas relativas às Jornadas de Junho serviram e foram utilizados como um movimento aglutinador de massas e de formação da “voz das ruas”, que se fortaleceu quando das delações premiadas e de denúncias relacionadas à corrupção na Petrobrás: “num contexto em que se assistia à ascensão dos grupos conservadores, com a intensificação do uso das redes sociais para a proliferação de um discurso de ódio e medo e para a mobilização de massas em âmbito nacional, começou a ganhar força e forma a tese do *impeachment*” (CHICARINO, SEGURADO E CHAIA, 2021, p. 78-79). Le Bon (1980, p. 62) afirma que quando os “poderes públicos se deixam pôr em causa e enfraquecer, os condutores substituem-nos”, no sentido de que é possível relacionar o enfraquecimento do poder estatal com a manipulação das multidões; quanto mais ausente o estado, maior a força dos que formadores da opinião pública, dos formadores das “vozes das ruas”.

Esse método de fomentar e arregimentar a “voz das ruas”, que não foi exclusivo da Lava Jato¹³⁴, assegurava o apelo popular, mas tinha pouca ou quase nenhuma consistência jurídica. Apesar disso, a metodologia lavajatista de espetacularizar as ações relativas às investigações e às ações penais davam sustento e fundamento político para que a “voz das ruas” fosse justificada como fonte de direito, como se o sentimento popular providenciasse capital político para as decisões judiciais.

Isso não autoriza afirmar que as manifestações de junho foram causa única da Operação Lava Jato, do *impeachment* de Dilma Rousseff e da ascensão da extrema direita em 2018, mas uma série de fatores que fogem ao objeto desta

às ruas. Quando se concluiu a explosão de revolta da primeira semana, os protestos já contavam com o apoio de quase 80% dos brasileiros. Em uma única semana, o país ficou estatelado”. (AVELAR, 2021, p. 188).

¹³⁴ Madoz (2020, p. 167-168) expõe que o espetáculo do Mensalão foi acompanhado pela mídia que ajudou na fundamentação da condenação dos envolvidos. Além de livros, foram destacados jornalistas somente para cobrir o julgamento durante as mais de 56 sessões plenárias do STF. Uma cobertura jornalística que “francamente pendia para o lado da condenação. Não havia divisão ao ‘meio’, ‘equilíbrio’, muito ao contrário, os próprios veículos de imprensa faziam pender a atmosfera reinante para a condenação dos réus. Em termos quantitativos, a imprensa publicou, segundo Nunomura (Nunomura, 2012, p. 28) duas reportagens a cada minuto, isso até agosto de 2012, muito antes de ser atingido o ‘clímax’ do escândalo político midiático”.

pesquisa¹³⁵. Saliente-se que da mesma forma que se afirma que a ascensão de Bolsonaro “é resultado, não é causa nem acaso”¹³⁶ em relação a junho de 2013 (NOBRE, 2002, p.147), pode-se afirmar que a Lava Jato não é causa, não é acaso, mas é um instrumento que serviu de sustento para a apropriação política e para a ascensão de Bolsonaro, pois a Lava Jato “é pai e mãe do bolsonarismo” (MENDES, *online*).

A apropriação de temas legítimos oriundos das manifestações de junho e a sua utilização como forma de angariar apoio das massas populares pode ser considerada como um fator para a degeneração do Direito, em razão da ascensão da extrema direita, que trabalha pela deslegitimação do Poder Judiciário. Uma característica importante da extrema direita é a não sujeição às regras inerentes ao jogo democrático e, conseqüentemente, o não reconhecimento das instituições democráticas. Essas características a diferencia da direita propriamente dita.

A intensificação do uso das redes sociais serviu como um meio para arregimentar lideranças populares com o fim de se estabelecer uma ligação entre a “voz das ruas” e uma política não tradicional, uma política *outsider*, que se apresentou como valorizadora dos anseios populares¹³⁷. Logo após o início dos levantes de junho, nas várias outras manifestações ocorridas após 13 de junho, surgiram cartazes com mensagens defensoras de uma agenda anti *establishment*: “povo unido não precisa de partido”, “chega de políticos incompetentes” e “intervenção militar já” (LEITE, 2015, p. 52). Neste momento, o que se verifica é que as pautas de junho se amoldaram à agenda apropriadora do movimento o que deu espaço para o crescimento de agendas com

¹³⁵ Entre eles, o econômico.

¹³⁶ “É algo bem estabelecido que Jair Bolsonaro se elegeu presidente em 2018 aproveitando-se de uma janela única formada por toda uma conjunção de fatores de caráter peculiar. Mas isso não significa dizer nem que Bolsonaro seria um ‘presidente acidental’ [...] nem que uma mera afirmação como essa possa remotamente equivaler a uma explicação” (NOBRE, 2015, p. 130), mas somente que junho de 2013 iniciou um momento de perda de controle político que não foi capaz de gerar uma organização política capaz de mobilizar e frear a apropriação dos temas das manifestações pela política e de uma agenda de matiz anti*establishment* e autoritária.

¹³⁷ Mais uma vez, em Chicarino, Segurado e Chaia (2021, p. 161) é possível estabelecer a relação entre os movimentos populares iniciados em junho de 2013 com a consolidação das “vozes das ruas” pelo Poder Judiciário. Ela explica que as denúncias de corrupção, característica de uma política tradicional, criou uma “avalanche de indignação” que foi aproveitada por alguns grupos de diferentes espectros políticos.

características de uma movimentação “anti institucional” (NOBRE, 2022, p. 132), ou seja, de anti *establishment* passou para uma movimentação anti institucional.

Nesse aspecto, a relação da política tradicional com a corrupção fomentou discursos anti *establishment*, de mudança, mesmo que fora dos padrões democráticos, uma “oposição extra-institucional” (NOBRE, 2022, p. 129). Para isso, era necessário o estabelecimento de uma “voz das ruas”.

Afirma-se isso, pois os movimentos de junho, por não possuírem uma causa específica, serviram e foram utilizados como argumento para estabelecer uma “voz das ruas” que legitimasse as agendas vindouras.

Até 13 de junho, as manifestações eram contra um aumento de 20 centavos no preço das passagens de ônibus de São Paulo. A partir do dia 17, no Brasil todo, passaram a ser também pelo direito de se manifestar e por outras bandeiras que iam se afirmando na medida que aluviões de gente saíam de suas casas para as ruas. Incluindo demandas bem à esquerda do petismo que governava o país, como a desmilitarização da polícia, o transporte gratuito e as experiências com a democracia direta, mas ao mesmo tempo hospedado também discursos associados à direita, como o nacionalismo e a retórica anticorrupção em sua forma genérica, as manifestações deixaram analistas atônitos. Em todo caso, na medida em que os protestos se desenrolavam, ficava mais claro que nenhuma causa nos unia a todos, com a exceção talvez de uma profunda rejeição aos mecanismos de funcionamento e reprodução do sistema político, que parecia ser universal entre nós. (AVELAR, 2021, p. 193).

Nessa época, conforme o poeta Carlito Azevedo, quem não estava confuso é porque estava mal informado. Nessa confusão, o uso político dos temas levantados durante as manifestações de junho se fez presente. Como havia grande aprovação popular aos levantes de junho, a opinião pública serviu como termômetro e meio para a implantação de projetos políticos.

Apesar de volátil e desorganizada, a opinião pública é a demonstração de força das democracias (GARAPON, 2002, p. 75) representativas, ainda mais em ano pré eleitoral, como foi o ano de 2013. A opinião pública é um espaço onde se cria um poder, onde se cria um mecanismo de ascensão ao poder e até mesmo, de sua manutenção, eis que “*los actores de los medios de crean plataformas de comunicación y producen mensajes em consonancia com su intereses profesionales y empresariales específicos*” (CASTELLS, 2009, p. 263).

O meio utilizado para a ascensão ao poder foi a utilização de uma pauta aberta que conseguisse englobar as bandeiras dos levantes de junho a uma agenda política ainda em construção. O MBL, por exemplo, manifestou seu apoio

aos membros do movimento do passe livre afirmando que “não é por centavos, é por direitos”; um argumento malicioso, pois os direitos ao mesmo tempo que

Figura 4: Publicidade MBL em junho de 2013.

podem ser utilizados como instrumentos de emancipação social, podem ser utilizados como instrumentos de opressão. Os direitos, enquanto argumento, podem servir para modificar as relações existentes, tanto de um lado, quanto para o outro (ZAGREBELSKY, 2017, p. 72).



Fonte: Imagem extraída do site www.brasildefato.com.br

A palavra “direitos” possui vários sentidos e pode ser interpretada de acordo com objeto e interesse de quem as pronuncia. As palavras são vivas como as ideias são (LE BON, 1980). Por isso, o significado de uma palavra está intimamente ligado com a imagem que a associa. De acordo com Le Bon (1980), as palavras que possuem maior influência são as ligadas à democracia, socialismo, igualdade e liberdade e os significados que delas exsurgem, ligam-se a “um poder verdadeiramente mágico, como se elas contivessem em si a solução de todos os problemas. Essas palavras sintetizam várias aspirações e a esperança da sua realização” (LE BON, 1980, p. 52).

O caráter multifacetado das manifestações populares ocorridas no mês de junho facilitou a apropriação política destas bandeiras para que fosse utilizada como objeto de uma agenda política cheia de significantes vazios.

Avelar (2021, p.193-200) demonstra a diversidade de temas trabalhados durante os levantes de junho: no dia 13 de junho, o tema era sobre o aumento

de vinte centavos na tarifa de ônibus; no dia 17 de junho, as manifestações já tinham perdido a especificidade referente ao aumento da passagem do ônibus; manifestantes diziam: “não é por 20 centavos”. Nos dias seguintes, mais de 13 capitais tiveram manifestações com confrontos violentos e com a participação de *black blocs*, que levou a imprensa afirmar que o Brasil estava fora de controle. A diversidade de temas ajudou a engajar uma agenda política que prometia mudanças, eis que o sistema, o *establishment* era corrupto. Com isso, a apropriação política de temas oriundos das jornadas de junho foi o caminho escolhido para legitimar uma agenda política diferente da que era aplicada na época.

Alguns movimentos políticos perceberam que a sociedade e, conseqüentemente, a opinião pública é volátil e se baseia num imaginário social. As mensagens utilizadas nessa apropriação dessas bandeiras oriundas do Junho utilizaram do simbólico para trabalhar novas pautas políticas e a modificação de uma percepção política pela sociedade.

Nesse cenário, em que o discurso passou a ser entendido como ação e lugar de materialização das práticas sociais, desenvolveu-se o enfoque integrador do estudo da liderança política, já mencionado. Para ser porta-voz dos profanos, em contextos democráticos, é preciso falar, mobilizando imaginários que tenham sentido e que sejam capazes de angariar adesão. (CHICARINO, SEGURADO E CHAIA, 2021, p. 62).

E a mobilização do imaginário social se deu por meio de mensagens direcionadas para o estabelecimento de uma legitimação política do que viria: muita fala e pouca materialização constitucional, até porque, a materialização constitucional, por mais problemática que seja, pressupõe a existência de uma institucionalidade democrática. Nos levantes de junho, a institucionalidade democrática começou a perder espaço para uma agenda anti institucionalidade.

A perda de espaço se deu pelo envio de mensagens que foram capazes de influenciar politicamente a inteligência afetiva das pessoas (CASTELLS, 2009, p. 209), numa espécie de dissonância cognitiva, considerando toda a evolução democrática vivenciada pelo Brasil desde a ditadura militar.

Além dessas mensagens instantâneas, a mobilização na formação de uma “voz das ruas” ocorreu por meio de uma retórica política que se fez presente no ano de 2014. Fazendo um pequeno retrospecto no atuar da Operação Lava

Jato, verifica-se que nesse movimento legitimador, o tema “combate à corrupção” era, inclusive, retoricamente¹³⁸ utilizado pelos membros da Força tarefa da Operação e pelo então juiz, Sérgio Moro. Ele, por exemplo, em entrevista sobre as manifestações populares de 2016, afirmou, messianicamente, que as autoridades eleitas e os partidos deveriam ouvir a “voz das ruas” para que fosse possível combater a corrupção sistêmica no país.

Neste dia 13, o Povo brasileiro foi às ruas. Entre os diversos motivos, para protestar contra a corrupção que se entranhou em parte de nossas instituições e do mercado. Fiquei tocado pelo apoio às investigações da assim denominada Operação Lava Jato. Apesar das referências ao meu nome, tributo a bondade do Povo brasileiro ao êxito até o momento de um trabalho institucional robusto que envolve a Polícia Federal, o Ministério Público Federal e todas as instâncias do Poder Judiciário. Importante que as autoridades eleitas e os partidos ouçam a “voz das ruas” e igualmente se comprometam com o combate à corrupção, reforçando nossas instituições e cortando, sem exceção, na própria carne, pois atualmente trata-se de iniciativa quase que exclusiva das instâncias de controle. Não há futuro com a corrupção sistêmica que destrói nossa democracia, nosso bem-estar econômico e nossa dignidade como País. – 13/03/2016, Sergio Fernando Moro¹³⁹.

Além do ex-juiz Sergio Moro, alguns membros da Força tarefa da Operação Lava Jato, por meio do MPF, fizeram uma campanha para o recolhimento de assinaturas tendo em vista a aprovação de um projeto de lei (PL) denominado “Dez medidas contra a corrupção”. Por esse projeto, propunha-se, entre outras coisas, a excepcionalidade e, até mesmo, a extinção de algumas garantias constitucionais¹⁴⁰, todas elas justificadas como necessárias para o combate à corrupção.

¹³⁸ Sendo utilizada como um significante vazio. Para corrigir todos os males do Brasil, o tratamento era o combate à corrupção; tema que incitava a justificação e legitimidade para que garantias constitucionais fossem relegadas ao fim de se combater a corrupção.

¹³⁹ <https://exame.com/brasil/autoridades-e-partidos-devem-ouvir-a-voz-das-ruas-diz-moro/>

¹⁴⁰ Chama atenção algumas Medidas contra a corrupção tratadas no Projeto de Lei apresentado pela Força tarefa da Lava Jato. Na Medida n. 4 havia proposta de possibilidade de o relator entender o recurso como protelatório. Desta forma, pela proposta, os autos seriam devolvidos para a instância de origem, sem possibilidade de recurso da decisão do relator. Além desta proposta, a Medida 4, restringia a atuação jurisdicional no habeas corpus bem como, propunha o julgamento dos Recursos Especial e Extraordinário ao mesmo tempo, eis que um dos argumentos defendidos pelo lavajatismo referia-se à impunidade causada pela grande quantidade de recursos previstos no processo penal. Além da Medida 4, a Medida 7 no combate à corrupção propunha a modificação do sistema de nulidades criminais, a fim de relativizar as nulidades absolutas. Na Medida 9, havia proposta de decretação de preventiva para evitar a dissipação do dinheiro desviado pela prática da corrupção e que demonstrava a preferência de medidas prisionais a medidas assecuratórias, até porque, a prisão é a medida que mais agrada e que possibilita o apoio popular necessário para a Operação.

Essa busca de apoio popular para a atuação dispensada na Operação Lava Jato e para as campanhas que buscavam a aprovação das Medidas contra a corrupção passava pelas manifestações populares em que o tema “combate a corrupção” foi apoiado pela sociedade¹⁴¹. Depois da utilização dos significantes vazios, como o combate à corrupção, Deus foi utilizado como argumento político para angariar apoio e formar uma “voz das ruas” que abraçasse a causa. De acordo com Leite (2015, p. 31), o ex-procurador da República e ex-chefe da Força tarefa da Lava Jato, Deltan Dallagnol “sugeriu que a Lava-Jato é uma resposta de Deus à necessidade de combater a corrupção”.

Com o apoio popular às práticas lavajatistas, o Judiciário adotou a “voz das ruas”, por meio de decisões que utilizavam os anseios populares nas suas fundamentações. Por exemplo, no julgamento das ADCs 43, 44 e 54, o voto do Ministro Barroso demonstra seu posicionamento, favorável à execução da pena em segunda instância. No voto, o Ministro afirmou que não se trata de agradar a opinião pública, mas sim, de uma questão de justiça, que “une as pessoas de bem e distingue as sociedades civilizadas das sociedades primitivas”¹⁴² (grifo nosso). Afirmou, ainda, que numa democracia ninguém exerce o poder em nome próprio e que o juiz deve ser capaz de identificar o sentimento social, filtrando-o com a Constituição Federal:

O STF é o intérprete final, mas não é o dono dela e nem tão pouco seu intérprete único. A definição do sentido e do alcance da Constituição cabe também à sociedade como um todo. Com as cautelas próprias, com os filtros adequados, não se deve ter a arrogância de se achar proprietário da Constituição¹⁴³.

¹⁴¹ De acordo com a Vaza jato, do *The Intercept*, o ex-juiz Sérgio Moro numa troca de mensagens com Dallagnol, procurador da República, demonstrou agir de forma coordenada com a Força tarefa. Consta em conversa que o juiz, com função jurisdicional e que, por isso, deveria ser isenta e não se pautar numa funcionalidade finalista, buscava o apoio popular para o projeto político da Operação: “mais um sinal de que ele trabalhava em coordenação com a acusação veio numa troca de mensagens em 13 de março de 2016, quando manifestações contra o governo de Dilma Rousseff tomaram as ruas. O juiz revela o desejo de ‘limpar o Congresso’”. DALLAGNOL-22:19:29- ‘E parabéns pelo imenso apoio público hoje. [...] Seus sinais conduzirão multidões, inclusive para reformas de que o Brasil precisa, nos sistemas político e de justiça criminal. [...] MORO- 22:31:53- Fiz uma manifestação oficial. Parabéns a todos nós. 22:48:46- Ainda desconfio muito de nossa capacidade institucional de limpar o Congresso. O melhor seria o Congresso se autolimpar, mas isso não está no horizonte. E não sei se o STF tem força suficiente para processar e condenar tantos e tão poderosos”. (2020, p. 149).

¹⁴² <https://www.conjur.com.br/dl/leia-voto-ministro-barroso-execucao.pdf>

¹⁴³ Idem.

Em linguagem retórica e muitas vezes dissimulada da realidade, a legitimidade política da Lava jato foi alcançada e a representatividade, mesmo que deturpada da “voz das ruas”, consolidada. Deturpada porque experimenta uma suposição de que o Poder Judiciário atua como agente do povo, representando os interesses de uma maioria não apurada e com prevalência à lei¹⁴⁴.

Antes da existência de processo de *impeachment* contra a ex presidente Dilma Rousseff, no dia 13 de março de 2016, houve uma manifestação popular contra a corrupção. No dia 16 de março de 2016, o então juiz Sérgio Moro divulgou na mídia as conversas interceptadas entre Dilma Rousseff e Luiz Inácio Lula da Silva¹⁴⁵, quando ela afirmava que ele seria o Ministro da Casa Civil, o que foi entendido como uma forma de protegê-lo de possível prisão em razão de investigações relativas à Lava Jato (NOBRE, 2022, p. 144).

No dia da admissibilidade do processo de *impeachment* de Dilma, a “voz das ruas”, fomentada desde os levantes de junho de 2013, ocupou as ruas. De acordo com a Agência “O Globo”, “a Secretaria de Segurança Pública do Distrito Federal estimou, às 18h30, que havia 57 mil pessoas próximas ao Congresso. Deste total, cerca de 40 mil estão do lado sul, espaço destinado aos manifestantes favoráveis ao pedido de *impeachment* da presidente Dilma Rousseff. Outros 17 mil estão do outro lado, em apoio ao governo” (GAZETA DO POVO, 2016, *online*).

¹⁴⁴ Nas conceituações sobre representatividade política a relação entre representado, parlamento e eleição estão presentes, o que demonstra a impossibilidade de uma representatividade democrática do Poder Judiciário para com o povo. A exceção fica por conta dos defensores do constitucionalismo popular, como Kramer (2011).

¹⁴⁵ Em clara dissonância com as regras estabelecidas para a prerrogativa de foro.

Figura 5: “Voz das ruas” no impeachment de Dilma Rousseff.



Fonte: Imagem extraída do site www.gazetadopovo.com.br

Após os levantes de junho e com a apropriação política dos temas trabalhados nas manifestações, a aprovação do Governo caiu de, aproximadamente, 60% para 30%.

Em pesquisa realizada entre os dias 09 a 12 de julho de 2013, encomendada pela Confederação Nacional da Indústria (CNI), a aprovação do seu governo caiu 24% percentuais¹⁴⁶. A título de comparação, em pesquisa realizada no mês de março de 2013, também sob encomenda da CNI, o Governo Dilma teve aprovação de 63% e a pessoa da presidente, alcançou 78% de aprovação, superando, inclusive, os patamares alcançados por Luiz Inácio Lula da Silva e Fernando Henrique Cardoso¹⁴⁷, o que demonstra, sem a análise de outros elementos, que a apropriação política dos temas das manifestações populares de junho de 2013 funcionou. Tanto é que, nessa época, a avaliação do Judiciário pela população, de acordo com Índice de Confiança na Justiça do

¹⁴⁶ Conforme pesquisa noticiada no portal G1. <https://g1.globo.com/politica/noticia/2013/07/aprovacao-do-governo-dilma-cai-de-55-para-31-aponta-ibope.html>

¹⁴⁷ Conforme pesquisa noticiada pelo portal UOL. <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2013/03/19/dilma-cni-ibope.htm>

Brasil (ICJ/FGV Direito SP) era baixa, sendo que somente 32% dos entrevistados afirmaram confiar na Justiça¹⁴⁸.

Com a continuidade dos levantes de junho e o início das ações relativas à Operação Lava Jato¹⁴⁹, eis que o combate a corrupção foi o tema que os uniu, as denúncias de corrupção frente a Petrobrás fomentaram um espectro de desilusão da política e do sistema político brasileiro. Isso fez surgir a credibilidade num *outsider*, que se aproveitou da frustração política para a implementação de sua agenda. Mesmo com a presença de uma atuação lavajatista, antes do *impeachment* de Dilma, mas já em 2016, o índice de confiança no Poder Judiciário era de 29% dos entrevistados (ICP FGV SP, 2016). Esse percentual foi alcançado mesmo após a abertura do processo de *impeachment* contra ela.

Com o *impeachment* de Dilma Rousseff e com a eleição do candidato de extrema direita, Jair Bolsonaro, a opinião pública, por meio da “voz das ruas” sentiu-se representada tanto pelo subsistema político, quanto pelo subsistema jurídico, neste último caso, por meio da Operação Lava Jato; em que o combate a corrupção passou a ser toda a base procedimental no âmbito do subsistema jurídico e a “voz das ruas” a ser considerada um fundamento jurídico para decisões judiciais.

Interessante, que mesmo após o *impeachment* de Dilma Rousseff ocorrido em agosto de 2016, pesquisa realizada no primeiro semestre de 2017 indicava que, apenas, 29% dos entrevistados confiavam no Poder Judiciário. Uma curiosidade nesta pesquisa é que a Instituição que possuía maior confiabilidade do brasileiro eram as Forças Armadas (FGV DIREITO SP, 2017). Já em pesquisa realizada entre agosto de 2018 até novembro de 2019, correspondente ao período da prisão do ex presidente Luiz Inácio Lula da Silva e a eleição de Jair Bolsonaro, o índice de confiança no Poder Judiciário chegou a 52%, enquanto a confiança no Congresso Nacional e no Presidente da

¹⁴⁸ Relatório ICJ Brasil, 2^o semestre /2013-1^a trimestre/2014: ano 05, <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/12024/Relat%c3%b3rio%20ICJBrasil%20-%20ano%205.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, FGV, Direito-SP.

¹⁴⁹ Há quem afirme que junho de 2013 não acabou. Avelar (2021, p. 208) expõe que junho e Lava Jato pertencem a uma linha de continuidade ininterrupta, como uma espécie de fusão entre os dois.

República chegaram ao patamar de 19% e 34%, respectivamente (AMB/FGV/IPESPE, 2019, *online*).

3.2 ACCOUNTABILITY POPULARIZADA

Essa sensação e experiência de representatividade colocou a “voz das ruas” como uma forma de uma *accountability* popularizada sobre o atuar do subsistema jurídico, de modo que a legalidade foi suplantada pelo argumento e justificativa da necessidade de combater a corrupção.

O termo *accountability* pode ser entendido como um dever de prestação de contas da atuação do representante aos representados e pode operar de forma vertical, na relação entre eleitores, e na forma horizontal, na “rede de poderes autônomos em face das outras instituições democráticas existentes”. (ABBOUD, 2019, p. 1263).

Nesse sentido, quando a “voz das ruas” sente-se representada tanto pelo subsistema político, quanto pelo subsistema jurídico, neste caso, pelo proceder da Operação Lava Jato, essa representatividade popular, volátil e instável, passa a exigir e querer traçar o atuar típico do subsistema jurídico, de acordo com os interesses representados pelo espectro político que integra.

Essa representatividade popular exige uma prestação de contas sem critérios normativos e constitucionais estabelecidos previamente, o que caracteriza essa exigência de prestação de contas como uma *accountability* distópica. Uma distopia nos critérios necessários para a ocorrência da prestação de contas, uma distopia na interpretação constitucional; como ocorreu nas manifestações populares que pediram o fechamento do Supremo Tribunal Federal e a intervenção militar.

Abboud (2019, p. 1263) explica que a *accountability* é elemento que diferencia as democracias frágeis das democracias consolidadas. Nas democracias frágeis, os Tribunais Constitucionais possuem uma atividade centrada “ao enfrentamento dos desafios das forças antidemocráticas que buscam usar a abertura da política democrática para minar a própria democracia”, como uma espécie de *accountability* distópica.

O que ocorreu a partir dos levantes de junho pode ilustrar de forma concreta essa distopia. A representatividade ocasionada a partir de junho de

2013 ocasionou o crescimento de uma exigência, de uma *accountability* popularizada, de natureza antidemocrática, que mina a democracia por defender uma agenda, um programa não constante no sistema normativo constitucional instaurado desde a Constituição de 1988.

A característica distópica dessa *accountability* popularizada pode ser explicada a partir do conceito de utopia. Seguindo um conceito clássico de utopia¹⁵⁰, pode-se afirmar que a utopia é um lugar que se apresenta em melhores condições do que a sociedade atual, em que a igualdade prevalece de forma indistinta para todas as classes e cidadãos e, todos gozam das comodidades da vida. É o desejar e o aspirar humanos. Não existe ainda.

Em outra conceituação interessante, a utopia é vista como um espelho colocado à frente de uma imagem distorcida de uma feira livre. A imagem consertada é o que se pode chamar de utopia¹⁵¹. A utopia que se baseia na razão humana, numa racionalidade utópica, passível de se realizar pode ser denominada de utopia racional. Ao mesmo tempo que a utopia racional pode se apresentar como uma saída para as distorções e problemas da sociedade, ela pode se apresentar como um problema, eis que, racionalmente, pode-se tentar sobrepor as razões no desejar utópico¹⁵².

Sob um aspecto constitucional, a utopia racional pode ser verificada por meio do constitucionalismo aspiracional, eis que este último busca a efetividade fática de suas normas¹⁵³. O aspirar constitucional ocorre quando há uma inconformidade com o presente e uma forte crença nas possibilidades de um futuro melhor. Para isso, o constitucionalismo aspiracional contempla dois caminhos possíveis a serem seguidos: o primeiro, refere-se à mobilização política das forças que dão origem à Constituição, com sua devida manifestação em órgãos colegiados. O segundo, refere-se ao controle judicial das leis e dos

¹⁵⁰ O conceito trabalhado no livro *Utopia* de Thomas More.

¹⁵¹ Lyman Tower Sargent, (2008, *online*) afirma que “Vejo a utopia como o reflexo de um espelho de uma feira popular funcionando ao contrário: colocamos a sociedade contemporânea distorcida em frente do espelho e este mostra-nos uma possibilidade melhor”. Para ele, a utopia é vocacionada na esperança, pois quando há uma distorção da realidade é por meio da utopia que se verifica a possibilidade de mudança.

¹⁵² Esse que é o perigo da utopia ser guiada pela ideologia. Quando várias razões tentam se sobrepor, talvez somente a força consiga resolver.

¹⁵³ Villegas (2013, p. 81) explica que as constituições aspiracionais que dependem para a sua efetividade da intervenção de juizes, se alimentam sobre toda a tradição anglo-saxônica de ativismo judicial e de controle contramajoritário.

atos administrativos com o objetivo de exigir que os representantes das maiorias políticas tornem efetivos os princípios e os direitos consagrados na Constituição.

O controle judicial funciona como um constitucionalismo militante, um constitucionalismo utópico, que busca mudanças sociais, não por uma revolução, mas, sim, por um grande movimento social e político que exige a efetividade constitucional pela consolidação de uma nova dogmática jurídica e com novos parâmetros interpretativos. Por isso, pode-se afirmar, *a priori*, que a ideologia pode transcender a esperança e criar o *out*¹⁵⁴ constitucional: a utopia na interpretação de textos constitucionais pode funcionar como aporte para o messianismo constitucional. Nesses casos, faz-se necessário um “*compromiso de los movimientos sociales, la opinión pública y, em general, las fuerzas políticas que apoyaron la promulgación de la constitución o que apoyan su aplicación efectiva. Paraphrasing Donald Kommers, podríamos decir que se necesita um ‘constitucionalismo militante’ con claros apoyos políticos por fuera del aparato institucional*” (VILLEGAS, 2013, p. 83).

O aspirar por uma utopia racional, a fim de trabalhar desejos e os anseios sociais na interpretação constitucional pode fazer com que a melhor das boas intenções seja insustentável no âmbito constitucional. Nesse caso, ao invés de possibilitar uma mudança social, denominada de progresso social, passa-se a impressão de que somente por meio das “vozes das ruas” é que se acessa a sala de máquinas constitucional¹⁵⁵, quando na verdade isso não ocorre. Não ocorre porque a mudança na interpretação constitucional pode não se sustentar diante do texto constitucional vigente, se caracterizando como uma distopia.

¹⁵⁴ Mais uma vez, Sargent (2008) afirma que quando uma utopia é distorcida pela ideologia passa a ser considerada um perigo e este “perigo surge normalmente porque a esperança-desejo é subvertida de forma a que uma vida melhor se destine a uns poucos eleitos ou grupo in, criando assim um grupo out, um outro, que pode ser negligenciado, magoado, ou até mesmo morto para atingir os objetivos”.

¹⁵⁵ Pois não basta estabelecer novos direitos se a organização dos Poderes não é modificada (GRAGARELLA, PÁDUA E GUEDES, 2016). Pode-se afirmar, por exemplo, que a Constituição brasileira estabelece, no que se denomina de parte dogmática da Constituição, vários direitos individuais e sociais, entretanto, a organização de poder ainda é conservadora, como se a sala de máquinas constitucional tivesse sido fechada por cadeados. O presidencialismo de coalizção, forma de governabilidade do executivo federal, seria uma possibilidade de os representados participarem das decisões importantes para o país, o que não significa que por meio do presidencialismo de coalizção, os representados tenham acesso à organização de poder, principalmente no que se assiste, um presidencialismo de coalizção *sui generis*, em que a governabilidade é definida por um orçamento secreto, como se assiste no país.

Assim como a utopia racional, a distopia também pode se apresentar de forma racionalizada. A distopia racional baseia-se na distorção da realidade e é aqui denominada de distopia intencional e distopia acidental.

A distopia intencional se faz presente quando a utopia busca, de forma intencional, diminuir ou retirar direitos e garantias por meio do autoritarismo ou de uma interpretação autoritária, em que se cria um *out* constitucional. Por ela, a dogmática constitucional é modificada de forma a deturpar o sentido e a normatividade constitucional, mas se apresenta com aparência de constitucionalidade; em que a constitucionalidade se apresenta de forma retórica¹⁵⁶.

Por sua vez, a distopia acidental pode ser traduzida na expressão de que “o utopista inicia no amor e termina no terror”¹⁵⁷. Nesse ponto, uma visão utópica de mudança social acaba perdendo o controle e faz surgir situações distorcidas e não desejadas pelo agir utópico.

Essa ‘acidentalidade distópica’ ocorre quando o agir utópico pela efetividade constitucional, desejada e demonstrada pelas “vozes das ruas”, muda a interpretação constitucional, mas acaba perdendo o controle pelo simples fato de não conseguir controlar os desejos populares, que nem sempre se encaixam na filtragem constitucional. Voltemos nas manifestações iniciadas em 2013.

O início daquelas manifestações populares tinha como bandeira o reajuste da tarifa do transporte público. Além dos vinte centavos, os protestos passaram pelo combate à corrupção e chegaram em 2020, por razões de contingências políticas, requerendo o fechamento do Supremo Tribunal Federal. Esses protestos requerendo o fechamento do STF se deram justamente quando a filtragem constitucional ao sentimento popular não mais agradava a parcela da população que sentiu-se não representada com a decisão tomada nas ADCs 43,44 e 54 (sobre a prisão em segunda instância) em 2019 e que era contrária às decisões relativas à pandemia da Covid-19, tanto que em pesquisa realizada

¹⁵⁶ Como exemplo, pode-se citar o que se denominou de ‘pacote anticrime’ que, sob o escopo de combater a corrupção, a criminalidade e a impunidade, propôs-se a diminuição e até a retirada de direitos e garantias constitucionais de acusados. Mudança legal que pode ser utilizada como exemplo do aludido ‘pacote’ refere-se à prisão em primeira instância nos crimes dolosos contra a vida, numa clara intenção de afastar o princípio constitucional da não culpabilidade para esses crimes.

¹⁵⁷ Apud Maffey.

entre novembro de 2020 a janeiro de 2021, a confiança no Poder Judiciário chegou a 42% dos entrevistados (FGV DIREITO SP, 2021).

Entretanto, apesar de uma certa tranquilidade pelo patamar alcançado, ainda baixo, as consequências daquela representatividade alcançada quando dos levantes de junho de 2013 e quando da Operação Lava Jato, já haviam sido alertadas pelo Ministro Marco Aurélio, quase que antecipando o efeito ‘Julio Cesar’¹⁵⁸ que seria sofrido pelo Judiciário em 2020¹⁵⁹.

Ao final de 2019, quando do julgamento das ADCs 43, 44 e 54, o Ministro afirmou que a segurança jurídica pressupõe a supremacia da Constituição e que o Tribunal deveria impor resistência democrática, sob pena de não se saber onde se poderia chegar:

O quadro revelador de delinquências de toda ordem, de escândalos no campo administrativo, considerada corrupção inimaginável, apenas conduz à marcha processual segura, lastreada nos ditames constitucionais e legais. Longe fica de respaldo a reescrever-se a Constituição Federal e a legislação que dela decorreu, muito menos pelo Supremo, em desprezo a princípio básico da República – o da separação e harmonia dos poderes. Não é o fato de o Tribunal assim o ser, de os pronunciamentos que formalizei não ficarem sujeitos a revisão judicial, **que levará ao desrespeito à ordem jurídico-constitucional, sob pena de perda da legitimidade das decisões que profira e de não se saber onde se parará.** A Instituição, responsável pela higidez da Lei Maior, exerce papel de importância única e dele não pode, repita-se à exaustão, despedir-se, ante o risco de vingar o critério de plantão, desmando de toda ordem, a intranquilidade na vida gregária. (grifo nosso) (BRASIL, 2019, *online*)¹⁶⁰.

¹⁵⁸ O ditador romano Júlio César quando viu, na hora de sua morte, que um de seus algozes era seu filho Marcus Brutus disse: “até tu, Brutus?”.

¹⁵⁹ Quando dos ataques físicos e virtuais à Corte pelo grupo 300 do Brasil.

¹⁶⁰ Esse trecho do voto do Ministro Marco Aurelio Mello, relator na ADC 43/DF faz lembrar de manifestação de Rui Barbosa quando do episódio relacionado ao estado de sítio e o habeas corpus concedido aos acusados de tentarem matar o presidente Prudente de Moraes em 1898, o que demonstra que os problemas, as complexidades causadas pela comunicação entre os subsistemas político e jurídico sempre existiram: “se a política não recuar diante desta casa sagrada, em torno da qual marulha furiosa desde o seu começo; se os governos não se compenetrarem de que na vossa independência consiste a sua maior força, a grande força do princípio da autoridade civil; se os homens de Estado não se convencerem de que o que se passa aqui dentro é inviolável como os mistérios de culto; se os partidos não cessarem de considerar inocentes e impenetráveis sob o ténue véu dos artifícios políticos as suas conspirações contra a consciência judiciária, ai de nós! Porque, em verdade vos digo, não haverá quem nos salve. O sino da liberdade não terá de dobrar sobre o sepulcro dos juizes, mas sobre o ignominioso trepasse da República, contra a qual, nas mãos da nação revoltada pela falta de justiça, se levantarão as pedras das ruas” (RODRIGUES, 1991, p. 109).

Mesmo que uma distopia represente pequena parcela da população, ela é capaz de trazer prejuízos para a democracia. Parafraseando Abboud (2021, p. 510, a), a “voz das ruas” degenera.

Teubner (1993, p. 1), para explicar sobre a autodeterminação do subsistema jurídico, conta a história do rabino Eliezer e a interpretação do Talmude. Ele conta que o rabino Eliezer, que possuía um posicionamento jurídico elegante e rigoroso, não era seguido pela maioria na sinagoga. Para provar que seu raciocínio estava correto, Eliezer disse que uma árvore que se encontrava fora da sinagoga se deslocaria. De fato, a árvore se mexeu. Entretanto, mesmo assim, os demais rabinos não se convenceram do posicionamento de Eliezer. Continuando em sua empreitada, Eliezer afirmou que se estivesse correto, o rio inverteria a sua direção e que os muros da escola rabínica desmoronariam, o que de fato ocorreu. Diante da incredulidade dos demais rabinos, Eliezer afirmou que o Céu faria a prova de que estava correto, quando Deus riu e disse: “os meus filhos venceram-me, os meus filhos venceram-me”.

Apesar desse conto ter sido contado por Teubner (1993) para demonstrar a impossibilidade do subsistema jurídico ser totalmente não determinado por outros subsistemas, é certo que uma maioria pode degenerar o Direito e com isso degenerar a democracia. No caso da “voz das ruas”, produto de Junho de 2013, a degeneração se pauta numa maioria não quantificada, sequer reconhecida por instrumentos de pesquisa como tal, mas que é capaz de estabelecer um sentimento de perda de confiança no Poder Judiciário.

Se se considerar que a perda de confiança no Poder Judiciário é uma característica de que a democracia está em risco, o desgaste, causado por uma distopia, pode levar à perda de credibilidade e o consequente desgaste da independência judicial, funcionando como “uma prova imediata de que alguma coisa está errada” (PRZEWORSKI, 2020, p. 22).

As relações políticas e os problemas advindos dela não podem ser catalisadas pelo Judiciário, pois além dessas relações se apresentarem como instáveis, algumas questões quando provocadas podem não ser controladas. Em razão das “vozes das ruas” serem instáveis, voláteis e imensuráveis, a resistência democrática do Poder Judiciário deve ocorrer pela resistência de se adequar a interpretação constitucional ao sentimento popular.

A legitimidade popular alcançada quando da incorporação da vontade popular à Operação Lava Jato foi fluida. Apesar da opinião pública validar politicamente as decisões tomadas em consonância com o sentimento popular, a legitimidade popular não prevalece, *incontinenti* e perpetuamente, à legitimidade normativa (BASSOK, 2013).

Por isso, a importância de se manter resistente a normatividade constitucional, ortodoxa, a fim de que a Constituição não precise se defender de filtros constitucionais móveis, plebiscitários, que venham a enfraquecê-la.

3.3 O *CONTEMPT OF COURT* E A VONTADE DE UMA DEMOCRACIA DISTÓPICA

A apropriação política das pautas dos levantes de junho de 2013 e posterior incorporação do sentimento popular, da “voz das ruas”, como fundamento de decisões judiciais, ocorreram em razão de uma ausência de resistência democrática por parte do Poder Judiciário.

Como a “voz das ruas” se apresenta como volátil e instável (GARAPON, 2002), a agenda pretendida por esses nichos nem sempre foi atendida, pois esbarrava num limite orgânico e estrutural da Constituição Federal: o fato do Brasil ser um Estado de Direito e democrático baseado, entre outros, nos princípios da dignidade humana e no pluralismo político.

Para entender a vontade por uma democracia distópica é preciso voltar para maio de 2020. Neste mês, um grupo de manifestantes da extrema direita, abertamente apoiador do atual presidente da República, intitulado de “300 do Brasil” e autointitulado como uma “organização de direita”, montou um acampamento em frente à Esplanada dos Ministérios em Brasília. Entre as suas pautas estavam o fechamento do Congresso Nacional e a saída dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, sob a justificativa de que era necessário acabar com a corrupção e com a esquerda no Brasil.

No dia 13 de junho¹⁶¹ daquele mesmo ano, o prédio do Supremo Tribunal Federal foi alvo de ataques pelo grupo, que lançou fogos de artifícios em direção

¹⁶¹ Coincidentemente, no mesmo dia e mês que iniciaram os levantes de junho de 2013.

ao prédio do Tribunal e xingamentos aos Ministros da Corte¹⁶². Neste mesmo dia, o grupo tentou invadir o Congresso Nacional.

A ofensiva do grupo contra as Instituições democráticas veio após a determinação de retirada do acampamento em frente à Esplanada dos Ministérios e pela busca e apreensão sofrida pela chefe do grupo, Sara Winter, em razão de determinação do Ministro Alexandre de Moraes no inquérito n. 4781, apelidado de inquérito das *fake news*.

Toda a movimentação a fim de uma democracia distópica, em que a liberdade de expressão é retoricamente utilizada como argumento de ataque ao Judiciário, denota a prática de condutas antidemocráticas e que se amoldam a tipos penais relativos à antiga Lei de Segurança Nacional, bem como aos tipos penais relativos aos crimes contra o Estado democrático estabelecidos no Código Penal.

Quando da anulação das ações penais referentes ao ex presidente Luiz Inácio Lula da Silva, o apoio popular ao STF, que já não estava bem em razão das decisões relativas à pandemia, caiu.

Além do ataque ao prédio do Supremo no mês de junho de 2020, o Tribunal e algum de seus Ministros vinham sendo e ainda continuam, reiteradamente, sendo alvos de ataques pelo presidente da República, bem como por parte de seus seguidores e apoiadores.

As justificativas para os ataques ao Tribunal, desde o ano de 2021, se basearam na anulação das ações contra o ex presidente Luiz Inácio Lula da Silva, relativas à Operação Lava Jato e nas eleições de 2022, em que a credibilidade das urnas eletrônicas já vinham sendo objeto de notícias fraudulentas para o fim de colocar em xeque o resultado vindouro das eleições de outubro de 2022.

Ainda no ano de 2021, após a anulação das ações relativas à Lava Jato que trouxe de volta a elegibilidade do ex presidente Luiz Inácio Lula da Silva, circularam mensagens por meio dos aplicativos de mensagens, *WhatsApp* e *Telegram*, com um discurso condizente a um golpe.

¹⁶²Nestes xingamentos houve a prática de ameaças contra os Ministros com a pergunta gravada e disponibilizada nas redes sociais se eles, os Ministros, estavam entendendo o recado.

De acordo com os apoiadores desse movimento, se tratava de um contragolpe, porque para eles, a sociedade já estava sendo vítima de um *establishment* comunista. Dizia a mensagem:

Hoje, fazer um contragolpe é muito mais difícil e delicado do que naquela época, além do grave aparelhamento acima relatado, temos uma constituição comunista que tirou em grande parte os poderes do Presidente da República e foi por estes motivos que o Presidente Bolsonaro, no início de agosto, em vídeo gravado, pediu para que o povo brasileiro fosse mais uma vez às ruas, na Avenida Paulista, no dia sete de setembro, dar o último aviso, mas, desta vez, ele reforçou que o “contingente” deveria ser absurdamente gigante, ou seja, o tamanho desta manifestação deverá ser o maior já visto na história do país, a ponto de comprovar e apoiar, inclusive internacionalmente, para que dê a ele e às FFAA, para que, em caso de um bastante provável e necessário contragolpe que terão que implementar em breve, diante do grave avanço do golpe já em curso há tempos e que agora avança de forma muito mais agressiva, perpetrado pelo Poder Judiciário, esquerda e todo um aparato, inclusive internacional, de interesses escusos (CONGRESSOEMFOCO, *online*, 2020).

Antes da data marcada para o aviso de um possível “contragolpe”, mensagens e notícias já veiculavam o fundamento da manifestação que, além de envolver o argumento sobre o correto funcionamento das instituições, em referência ao Supremo Tribunal Federal, falava-se também, na necessidade de mudança nas regras eleitorais, especificamente, no sistema de votação

eletrônica. Exigia-se o voto por cédulas ou, no máximo, o voto eletrônico auditável¹⁶³, sob a afirmação de que as urnas eletrônicas admitem fraude¹⁶⁴.

Mesmo que não seja mensurada, quantificada e qualificada, a “voz das ruas” diante de uma representatividade deturpada é capaz de criar um espectro antidemocrático e enfraquecer todo o sistema democrático. Por isso, em manifesto de 12 de julho de 2021, os ex-procuradores da República, Sepúlveda Pertence, Inocêncio Mártires Coelho, Aristides Junqueira, Claudio Fonteles, Antônio Fernando de Souza, Roberto Gurgel, Rodrigo Janot e Raquel Dodge manifestaram contra a ameaça ao Judiciário e à própria democracia:

A democracia brasileira, reerguida pela sociedade civil e pelas instituições públicas, tem se beneficiado intensamente da atuação do sistema de justiça eleitoral, com especial destaque para as urnas eletrônicas, que operam com absoluta correção, de modo seguro e plenamente auditável. São fiscalizadas pelo Ministério Público Eleitoral, por partidos políticos, pela OAB e pela sociedade civil, antes, durante e após as eleições. O Ministério Público Eleitoral, integrado por Procuradores(as) da República e Promotores(as) de Justiça em todo o país, liderados pelo Procurador-Geral da República na função de Procurador-Geral Eleitoral, exerce com inegável zelo o dever constitucional de defender a democracia e, por isso mesmo, faz permanente e cuidadoso trabalho de fiscalizar a segurança e a inviolabilidade do sistema de votação eletrônico. Dando cumprimento a esta relevantíssima missão constitucional, em 2011 e em 2018, os respectivos Procuradores-Gerais da República pediram ao Supremo Tribunal Federal que declarasse a inconstitucionalidade de leis que obrigavam a impressão do registro do voto e, assim, afrontavam os direitos constitucionais do eleitor ao voto secreto e à liberdade do voto.

¹⁶³ Na escalada rumo à destruição da institucionalidade democrática, o básico é negar a existência de instituições democráticas. Quando se fala em negação da institucionalidade, a simples não sujeição às regras do jogo democrático já é suficiente para suprimir a sua existência, afinal qual o sentido da existência do Poder Judiciário se as suas decisões não são cumpridas? Qual o sentido da existência do Poder Legislativo se o resultado do processo legislativo não é respeitado? Com relação ao voto auditável, a proposta de emenda à Constituição foi rejeitada pela Câmara. Apesar da negativa da PEC pelo legislativo ser o resultado do processo legislativo a que foi submetida a PEC, a destruição da institucionalidade ignora as regras do jogo democrático. Isso também ocorreu e ainda ocorre com o STF, quando, por exemplo, houve decisão em que se nega o papel das Forças Armadas como Poder moderador, fato ignorado pela destruição da institucionalidade. “O NetLab//UFRJ realizou um precioso estudo sobre esse evento, uma pesquisa que o delimitou no quadro mais amplo de uma tática de mobilização de médio prazo em que a convocação para o Sete de Setembro bolsonarista foi precedida e se superpôs à batalha pelo chamado ‘voto impresso auditável’, uma pauta de mobilização reforçando a outra. Uma vez derrotado em votação na Câmara em 10 de agosto de 2021 o projeto do ‘voto impresso’, a movimentação nas redes bolsonaristas concentrou todos os seus recursos na convocação para as manifestações de Sete de Setembro. No caso do Twitter, por exemplo, o estudo mostrou a grande importância dos *bots* (ou robôs), perfis automatizados que representam apenas 16, 5% dos perfis analisados, mas são responsáveis por 39% das publicações. Ainda assim, a participação de humanos é muitíssimo relevante, já que corresponde ao restante dos perfis analisados”. (NOBRE, 2022, p. 220).

¹⁶⁴ Argumento que se construiu utilizando a eleição de 2018, que elegeu o atual presidente. O fundamento da suposta fraude é que ele haveria de ter ganho a eleição no primeiro turno se não fosse a fraude ocorrida.

Nestas duas ações diretas de inconstitucionalidade, a decisão do STF foi unânime, invalidando na ADI 4543 o artigo 5º da Lei 12.034/09 e na ADI 5889 o artigo 59-A e parágrafo único da Lei 9504/97, na redação da Lei 13.165/2015. Em todas as eleições brasileiras sob o sistema de urnas eletrônicas jamais houve o mais mínimo indício comprovado de fraude. Tivesse havido, o Ministério Público Eleitoral e a Justiça Eleitoral teriam atuado prontamente, coerentes com a sua história de enfrentamento de qualquer ameaça à lisura dos pleitos. Insinuações sem provas, que pretendem o descrédito das urnas eletrônicas, do voto e da própria democracia, devem ser firmemente repelidas em defesa da verdade e porque contrariam a expectativa de participação social responsável pelo fortalecimento da cidadania (BERGAMO, 2021, *online*).

No dia 07 de setembro de 2021, dia marcado para o “contragolpe”, o próprio chefe do Executivo Federal, Jair Bolsonaro, foi à público fazer a defesa de um contragolpe. Em discurso gravado e disponibilizado nas redes afirmou¹⁶⁵:

São Paulo, minha terra querida, boa tarde! Deus nunca disse para Israel ‘fica em casa que eu luto por você’. Ele sempre disse ‘vai à luta que estou com você’. Agradeço a Deus pela minha vida e também a ele que pelas mãos de 60 milhões de pessoas me colocaram nessa missão de conduzir o destino da nossa nação. Hoje nós temos um presidente da República que acredita em Deus, que respeita os seus militares que defende a família, e deve lealdade ao seu povo. Dizer a vocês que o conforto não me atrai. Eu sempre estarei onde o povo estiver. Passamos ainda momentos difíceis. Lá atrás usei uma passagem bíblica por ocasião das eleições ‘e conhecerei a verdade e a verdade vos libertará’. Quando assumi presidência lembrei de outra passagem: ‘por falta de conhecimento meu povo pereceu’. Passei meses difíceis recebendo cobranças cada vez maiores para tomar decisões importantíssimas. Tinha que esperar um pouco mais de modo que a população aos poucos ou cada vez mais fosse se conscientizando do que é um regime ditatorial. Vocês passaram momentos difíceis com a pandemia, mas pior que o vírus foram as ações de alguns governadores e alguns prefeitos que simplesmente ignoraram a nossa Constituição, em especial o inciso do artigo 5º da mesma, onde tolheram a liberdade de expressão, tolheram o direito de ir e vir. Proibiram vocês de trabalhar e frequentar templos e igrejas para sua oração. Tudo isso foi se somando e a indignação de vocês foi crescendo. O nosso povo sempre primou pela liberdade, respeitamos as leis e a nossa Constituição. Esse presidente que voz fala sempre esteve ao lado da nossa Constituição. Sempre esteve dentro das 4 linhas da mesma. **Mas agora chegou o momento de nós dizermos a essas pessoas que abusam da força do poder para nos subjugar**, dizer a esses poucos que agora tudo vai ser diferente. Nós continuamos jogando dentro das 4 linhas, mas não mais admitiremos qualquer um (sic) dessas outras pessoas a jogar fora das 4 linhas. **Não podemos admitir que uma pessoa na Praça dos Três Poderes quer fazer valer a sua vontade. Quer inventar inquéritos. Quer**

¹⁶⁵ Além desse discurso pronto, o atual chefe do Executivo federal afirmou em publicamente que o Brasil está num momento de insegurança em razão de ataques à democracia, por causa do desrespeito à Constituição Federal, principalmente, por membros do Judiciário e que se reuniria com o Conselho da República para a tomada de decisões. Saliente-se que, conforme artigo 90, da Constituição Federal Brasileira, o Conselho da República é instado a se pronunciar sobre a intervenção federal, estado de sítio e sobre questões relevantes para a estabilidade das instituições democráticas.

suprimir a liberdade da expressão. Queremos continuar prendendo pessoas honestas por um simples, por uma acusação de crime de opinião. Queremos a paz, o diálogo e a prosperidade, mas não podemos mais admitir que pessoas que agem dessa maneira continue no poder exercendo cargos importantes. Não temos qualquer críticas (sic) a instituições, respeitamos todas as instituições. Quando alguém do poder Executivo começa a falhar eu converso com ele. Se ele não se enquadra, eu demito. No Legislativo, não é diferente. Quando um deputado ou senador começa a fazer algo que incomoda a todos nós, que está fora das 4 linhas, geralmente ele é submetido ao Conselho de Ética e pode perder o seu mandato. **Já no nosso Supremo Tribunal Federal infelizmente isso não acontece. Temos um ministro do Supremo que ousa continuar fazendo aquilo que nós não admitimos. Logo um ministro que deveria zelar pela nossa liberdade, pela democracia, pela Constituição faz exatamente o contrário. Ou esse ministro se enquadra ou ele pede para sair. Não podemos admitir que uma pessoa, um homem apenas turve a nossa democracia e ameace a nossa liberdade. Dizer a esse indivíduo que ele tem tempo ainda para se redimir. Tem tempo ainda para arquivar seus inquéritos. Ou melhor, acabou o tempo dele. Sai, Alexandre de Moraes. Deixa de ser canalha.** Deixe de oprimir o povo brasileiro. Nós devemos sim, porque eu falo em nome de vocês, determinar que todos os presos políticos sejam postos em liberdade. **Dizer a vocês que qualquer decisão do senhor Alexandre de Moraes, esse presidente não mais cumprirá.** A paciência do nosso povo já se esgotou. Ele tem tempo ainda [...] de cuidar da tua vida. Ele para nós não existe mais. Liberdade para os presos políticos. Fim da censura. Fim da perseguição aqueles conservadores, aqueles que pensam no Brasil como sempre. **Dizer mais a vocês, nós acreditamos e queremos a democracia, a alma da democracia é o voto. Não podemos admitir um sistema eleitoral que não oferece qualquer segurança por ocasião das eleições. Dizer também que não é uma pessoa do Tribunal Superior Eleitoral que vai nos dizer que esse processo é seguro e confiável porque não é. Não podemos admitir um ministro do Tribunal Superior Eleitoral também usando a sua caneta para desmonetizar páginas que criticam esse sistema de votação. Nós queremos uma eleição limpas, democráticas com voto auditável e contagem pública dos votos. Não podemos ter eleições que parem dúvidas sobre os eleitores. Nós queremos eleições limpas, auditáveis e com contagem pública dos mesmos (sic). Não posso participar de uma farsa como essa patrocinada ainda pelo presidente do Tribunal Superior Eleitoral.** Hoje temos uma fotografia para mostrar para o Brasil e o mundo. Não de quem está agora nesse carro de som, mas uma fotografia de vocês para mostrar para o mundo e para o Brasil que as cores da nossa bandeira são verde e amarelo. Cada vez mais nós somos conservadores. Cada vez mais respeitamos as leis e nossa Constituição. E não vamos mais admitir pessoas como Alexandre de Moraes continue a açoiar a nossa democracia e desrespeitar a nossa Constituição. Ele teve todas as oportunidades para agir com respeito a todos nós, mas não agiu dessa maneira como continua a não agir, como agora pouco interceptou um cidadão americano para ser inquerido sobre atos antidemocráticos. Uma vergonha para o nosso país, patrocinada por Alexandre de Moraes. Esse é o primeiro problema que nós temos e tenho certeza que ao lado de vocês, superaremos todos os obstáculos. Vocês nunca viram um chefe de Estado se dirigir ao seu povo no limiar do seu mandato. Não quero o conforto dos palácios ou de benesses que existem em Brasília. Quero aquilo que seja justo, ao lado de vocês. Lá atrás, quando [...] praça no Exército Brasileiro, jurei dar minha vida pela pátria. E tenho certeza que

vocês todos, também de forma consciente, juraram dar sua vida pela sua liberdade. Há pouco encontrei uma menina que me perguntou se era difícil ser presidente. Eu falei que sim era difícil, mas era por ela. Faço isso pelos nossos filhos e nossos netos e faço porque tenho o apoio de vocês. Enquanto vocês estiverem ao meu lado eu estarei sendo porta-voz de vocês. Essa missão é digna. Essa missão é espinhosa, mas também é muito gratificante. Não existe satisfação maior do que estar no meio de vocês. Pode ter certeza, onde vocês estiverem, eu estarei. Cumprimento patriotas que estão em todos os lugares desse nosso imenso Brasil hoje se manifestando por liberdade. O povo acordou ao longo dos últimos anos, cada vez mais, a onda verde e amarela a gente fez surgir por toda essa nação. Isso não tem preço, o acordar de uma nação, é a certeza que seremos grandes lá na frente. Agora, o que incomoda alguns lá de Brasília é que nós conseguimos realmente a mudar o Brasil. Temos consequências da pandemia, sofremos consequências de falta d'água, sofremos consequências de geadas pelo Brasil. Mas, nós vamos superar esses obstáculos. O melhor de mim darei para vocês. Darei até a minha própria vida se for necessário. Acreditem, com vocês nós colocaremos o Brasil no lugar de destaque que ele bem merece. Temos uma pátria que ninguém tem, temos um povo maravilhoso, temos tudo para sermos felizes. O que faltava eram políticos de qualidade. [...] Todos nós, como tenho do meu lado aqui alguns ministros, e vocês sabem do que nós estamos fazendo. Hoje nós prestamos conta a vocês e não a partidos políticos. Cada vez mais há certeza do nosso futuro. O apoio de vocês é primordial, é indispensável, para seguiremos adiante. Nesse momento quero mais uma vez agradecer a todos vocês, agradecer a Deus pela minha vida e pela missão. E dizer aqueles que querem me tornar inelegível em Brasília: só Deus me tira de lá. E aqueles que pensam que com uma caneta podem me tirar da presidência, digo uma coisa para todos: nós temos 3 alternativas, em especial para mim, preso, morto ou com vitória. Dizer aos canalhas que nunca serei preso. A minha vida pertence a Deus, mas a vitória é de todos nós. Muito obrigado a todos. Brasil acima de tudo, Deus acima de todos. (BOLSONARO, 2021). (grifo nosso).

Este discurso na cidade de São Paulo não foi o único ataque às eleições periódicas, à democracia praticado pelo presidente Jair Bolsonaro. No dia 08 de julho de 2021, em frente ao Palácio do Planalto ele afirmou que se não houvesse “eleições limpas”, as eleições não ocorreriam¹⁶⁶.

Apesar destes ataques por parte do presidente da República e de seus apoiadores não quantificados, e apesar dos argumentos utilizados basearem-se numa justificativa em favor de uma suposta maioria, uma pesquisa realizada demonstrou que quando se trata de lesão à estrutura do Estado de Direito e democrático, o apoio dispensado ao atual governo é baixo.

¹⁶⁶ Apesar de nunca ter apresentado provas desta suposta fraude, Jair Bolsonaro afirmou que as eleições anteriores foram fraudadas. Defendeu que somente pode-se falar em eleições limpas se o voto for impresso ou auditável, mesmo após o Tribunal Superior Eleitoral já ter demonstrado que a urna eletrônica já é auditável porque permite a recontagem dos votos.

Isso coaduna com o que Bassok (2013, p. 16) afirma sobre a relação entre a opinião pública e o contramajoritarismo das Cortes constitucionais. Ele explica, citando Thomas Marshall, que uma Corte constitucional pode ser tão majoritária quanto outros formuladores de política e que ao longo do tempo, tende a refletir a opinião da maioria¹⁶⁷. Essa afirmação pode ser confirmada pela análise de duas pesquisas realizadas no mês de março de 2022. Apesar de um baixo patamar de satisfação com o STF, verificado na pesquisa realizada pelo Poder Data, em outra pesquisa realizada pelo Instituto Datafolha, verificou-se que um patamar alto da população confia no sistema de votação e nas urnas eletrônicas, mesmo após a ofensiva direta ao sistema de votação por parte do presidente da República¹⁶⁸.

A pesquisa realizada pelo Poder Data (PLIGHER, 2022, *online*), de 28 de março a 30 de março de 2022, demonstrou que somente 20% dos entrevistados afirmaram que o trabalho do STF é bom ou ótimo. Esse baixo patamar foi alcançado em um momento imediatamente posterior à determinação de colocação de tornozeleira eletrônica no deputado federal Daniel Silveira, aberto apoiador de uma agenda antidemocrática e que, posteriormente, foi condenado pela prática de crime contra o Estado democrático. Pela pesquisa realizada pelo Datafolha, verificou-se que 82% da população brasileira confia no sistema de votação e nas urnas eletrônicas (TSE, 2022, *online*).

¹⁶⁷ Tradução livre de “*In his comprehensive studies of the relationship between the Court’s decisions and public opinion, Thomas Marshall concluded that “the modern Court appears to be as majoritarian as other American policy makers.” During the last decade or so, these empirical findings have convinced many constitutional theorists that the Court is essentially a majoritarian institution: over time, it tends to reflect the majority’s opinion rather than thwart it*”. Talvez, essa conclusão citada por Bassok tenha relacionado a normatividade constitucional com a civilidade de uma sociedade, no sentido de que, quanto maior o nível de civilidade social, maior o respeito à normatividade constitucional, ao constitucionalismo democrático. Entretanto, essa afirmação de Bassok foi anterior ao Governo de Trump. Em 2017, ele escreveu um artigo em que demonstrou uma preocupação com a atuação da Suprema Corte americana ao referir-se ao apoio popular ao Judiciário, principalmente, em uma época em que Trump foi eleito como representante populista de uma maioria (BASSOK, 2017, *online*).

¹⁶⁸ Nessas análises de Bassok, não são trabalhadas as possíveis partidarizações do Judiciário, que no caso de juízes republicanos e democratas isso pode ocorrer. Sunstein, Schkade, Elman, Sawicki (2006) demonstram que quanto mais sensível o assunto, maior a diferença entre as decisões oriundas de juízes democratas e republicanos, o que pode explicar as diferenças nos julgamentos sobre aborto e pena de morte. Talvez por isso, a preocupação de Bassok (2017) com a eleição de Trump, eis que o seu posicionamento ideológico, próprio do conservadorismo republicano, poderá refletir nas decisões da Corte e fazer desaparecer o caráter contramajoritário do Tribunal.

Os corriqueiros ataques ao Poder Judiciário, o *contempt of court*, especialmente ao Supremo Tribunal Federal, praticados tanto pelo presidente da República e por seus apoiadores- como os que ocorreram no dia 07 de setembro de 2021-, demonstram uma intenção anti institucional, uma intenção de descredibilizar as instituições democráticas- principalmente, o Poder Judiciário-, a fim de que suas decisões não tenham força suficiente para serem cumpridas. O *contempt of court* “é justamente essa convicção de que o Judiciário (Cortes e juízes) detém o exercício de um poder inerente à função jurisdicional (*inherent power*), enraizada na tradição da *common law*¹⁶⁹, que fundamenta a noção do *contempt of court*. Afinal, negar instrumentos de força ao Judiciário é o mesmo que negar sua existência” (GIUBERT, 2017, p. 348). Para entender como o *contempt of court* é um ataque à democracia, deve-se partir do entendimento de que o seu conceito ultrapassa o conceito lockeano de democracia representativa¹⁷⁰.

A democracia pode ser entendida como um regime político “no qual ocupantes do governo perdem as eleições e vão embora quando perdem” (PRZEWORSKI, 2020, p.22), pois a democracia pressupõe que as pessoas escolham seus governantes por meio de eleições livres e periódicas. Sob o aspecto de uma democracia constitucional, a democracia pode ser conceituada como um governo representativo da maioria, que é contido por instrumentos que impedem a lesão aos direitos fundamentais dispostos na Constituição; o contramajoritarismo.

Desta forma, se o *contempt of court* ataca um Poder que é responsável e competente para a aplicação destes instrumentos contedores às lesões aos direitos fundamentais, entre eles, o direito ao sufrágio, é porque a democracia está sob ataque.

O ataque à democracia praticado por meio do *contempt of court* pode se dar pela negação de existência do Poder Judiciário, pois quando se ignora uma decisão judicial, nega-se a própria instituição e a própria autoridade que a

¹⁶⁹ Utilizando a explicação de Assis (2003, p. 17), apesar de o Brasil não seguir o sistema do common law, de onde se originou o contempt of court, o “poder de contempt of court, reconhecido aos órgãos judiciários, nesses países, consiste no meio de coagir à cooperação, ainda que de modo indireto, através da aplicação de sanções às pessoas sujeitas à jurisdição”.

¹⁷⁰ Como representativa da maioria.

exarou. A esse tipo de ataque, denomina-se de o *contempt of court* cível ou criminal.

O *contempt* civil é utilizado para forçar o cumprimento de uma ordem judicial descumprida e atinge, diretamente, um direito alheio e, indiretamente, o Tribunal. Possui o objetivo de preservar a autoridade da justiça por meio de sanções coercitivas ou compensatórias. Já o *contempt* criminal é ato que ataca diretamente a autoridade e a dignidade do Tribunal ou de seus membros e ocorre quando há um descumprimento de ordem processual, de ordem intencional, como, por exemplo, condutas inadequadas da parte, do advogado, da testemunha. O que os diferencia é o propósito da punição à prática do *contempt*. (BARBOSA, 2010).

Na história do Supremo Tribunal Federal, verifica-se que o Tribunal já sofreu o *contempt of court* criminal, mas não um *contempt of court* com o fim de suprimi-lo, o *contempt of court* antidemocrático; não se considerando aqui, como prática de *contempt of court* antidemocrático o esvaziamento das competências do Supremo quando das restrições aos direitos e garantias fundamentais, em razão do AI-5 proibir o julgamento de *habeas corpus* nos casos de crimes políticos e contra a segurança nacional¹⁷¹, nem mesmo a aposentadoria compulsória de Ministros em Janeiro de 1969.

O caso de *contempt* criminal já sofrido pelo Supremo citado acima, refere-se ao *contempt* praticado pelo Presidente Prudente de Moraes e pela mídia da época. O fato ocorrido em 03 de maio de 1898 tratou de uma resposta ofensiva ao Tribunal em razão de *habeas corpus* concedido aos acusados de tentar assassinar o próprio Prudente de Moraes e de assassinar o Ministro da Guerra, Machado Bittencourt. Por ocasião do crime foi decretado o estado de sítio. Em razão dele, os acusados que se encontravam presos, ao desterro, na Ilha de Fernando de Noronha, não foram liberados em *habeas corpus* impetrados pelo motivo de que, pelo entendimento do Tribunal, somente o Congresso Nacional poderia decidir sobre os atos tomados pelo Chefe do Executivo durante o estado de sítio, no sentido de que “os efeitos do estado de sítio não cessam

¹⁷¹ Dispunham os artigos 10 e 11 do Ato Institucional n. 5, de 13 de dezembro de 1968, a suspensão da garantia do *habeas corpus*, nos casos de crimes políticos, contra a segurança nacional, contra a ordem econômica e contra a economia popular e que todos os atos praticados de acordo com o Ato e seus complementos seriam excluídos de qualquer tipo de apreciação judicial.

com relação às pessoas que por ele foram atingidas, senão depois de haver o Congresso tomado conhecimento dos atos praticados pelo chefe do Poder Executivo” (RODRIGUES, 1991, p. 109).

Porém, em novo *habeas corpus* impetrado, o STF decidiu por conceder a liberdade aos acusados sob o argumento de que se o Tribunal tivesse que esperar o julgamento do estado de sítio pelo Congresso Nacional para decidir sobre a liberdade dos acusados, a liberdade individual ficaria indefesa por tempo indeterminado.

Se a garantia do *habeas-corpus* houvesse de ficar suspensa enquanto o estado de sítio não passasse pelo julgamento político do congresso, e de tal julgamento ficasse dependendo o restabelecimento do direito individual ofendido pelas medidas de repressão empregadas pelo governo no decurso daquele período de suspensão de garantias, indefesa ficaria por indeterminado tempo a própria liberdade individual e mutilada a mais nobre função tutelar do poder judiciário, além de que se abriria abundante fonte de conflitos , entre ele e o congresso nacional, vindo a ser este, em última análise, quem julgaria sem forma de processo e em foro privilegiado não conhecido pela Constituição e pelas leis (RODRIGUES, 1991, p. 116).

Esse acórdão de 16 de abril de 1898 gerou revolta no Presidente Prudente de Moraes que, numa prática ofensiva, de *contempt* afirmou que a prisão dos acusados era medida necessária para a garantia da ordem e que a concessão do *habeas corpus* quebrou a harmonia entre os Poderes. Na atuação de ataque ao Tribunal afirmou que o Tribunal, influenciado pela paixão partidária fomentou a atuação dos acusados do crime e que estes se sentiam apoiados pelo mais elevado Tribunal Judiciário da República (RODRIGUES, 1991, p. 121).

O *contempt* praticado pelo presidente foi apoiado pela mídia, pela “voz das ruas” da época, que entre vários ataques, destacam-se os ataques proferidos pelo “Debate” e pela “Cidade do Rio”. Enquanto o primeiro afirmou que os Ministros do Supremo eram apenas um grupo de políticos que escondiam em suas togas parcialidades partidárias, o segundo afirmou que os Ministros configuram uma “bulhenta minoria” que possui intimidades com os mais implacáveis inimigos do Poder Executivo (RODRIGUES, 1991, p. 130).

Além desses ataques, outras medidas foram tomadas ou pelo menos tentadas para atacar os membros do Tribunal, tais como, o veto de Prudente de Moraes às férias forenses no período do Natal, a tentativa de interferência na independência do Tribunal, com a substituição de cinco Ministros e a tentativa

de retirar a incorporação do aumento de vencimentos dos Ministros em caso de aposentadoria, qualquer fosse o tempo de serviços prestados, entre outras medidas (RODRIGUES, 1991, p. 133-134).

Além do *contempt of court* civil ou criminal, o ataque ao Poder Judiciário, com o fim de suprimi-lo e com característica de anti institucionalidade pode ser devastador para a democracia, mesmo que a supressão não se concretize. Apesar de se aproximar do *contempt* criminal, a prática do *contempt* com o fim de suprimir o Poder Judiciário, portanto, com o fim de suprimir um subsistema social atinge todo o sistema social democrático, o que dificulta uma punição. Isso porque, uma punição a essa prática de *contempt* ultrapassa o fundamento jurídico, ultrapassa a funcionalidade binária própria do subsistema jurídico e se aproxima do fundamento político, na escolha do regime político, o que passa a ser um problema grave, principalmente em um momento de crise ocasionado pela prática do *contempt*.

A gravidade está na preponderância dos argumentos políticos para a defesa do Tribunal, já que o desrespeito e o desacato à Corte ultrapassam os limites procedimentais próprios do equilíbrio que deve existir entre os subsistemas político e jurídico, que são características do *contempt of court* civil e criminal. Este *contempt of court*, que pode ser chamado de *contempt of court* antidemocrático, desafia o ineditismo e instaura uma crise perigosa para o Direito enquanto Ciência e enquanto dogmática, porque as respostas ao ataque não estão previamente descritas.

No *contempt of court* antidemocrático, o ataque pode se dar de forma violenta, direta, como foi o caso do ataque ao prédio do Supremo Tribunal Federal, como também, de forma dissimulada, por meio de narrativas que denotam uma teoria da conspiração, uso excessivo de uma retórica constitucional e *fake news*.

A retórica constitucional e o ineditismo da situação geram uma situação *sui generis*, em que há um embate entre a democracia constitucional com a democracia distópica, que nega a importância do papel contramajoritário do Supremo Tribunal Federal, a depender da resposta judicial que se espera. Nessa discussão, os defensores da democracia constitucional

são muitas vezes taxados de conspiradores quando tentam desvelar as ofensivas antidemocráticas de seus rivais. As acusações de

conspiração são mútuas e acabam inevitavelmente dividindo e paralisando a população, que não sabe no que acreditar. Evidências empíricas disso estão disponíveis em nosso noticiário diariamente e, como bem sintetiza Runciman, portanto, a luta central de nosso tempo não é a democracia *versus* teoria da conspiração, mas teoria da conspiração *versus* teoria da conspiração em nome da democracia (ABBOUD, 2019, p. 1266).

Por isso, a resposta legítima do Tribunal aos ataques antidemocráticos sofridos é necessária para a manutenção da democracia, ou, como prefere Streck (2019, *online*), a resposta da Corte é “condição de possibilidade” da democracia, pois os protetores da normatividade constitucional também devem se proteger¹⁷², eis que não são imunes a golpes.

3.4 O LUGAR DE FALA E A REPRESENTATIVIDADE DA “VOZ DAS RUAS”

O conceito do lugar de fala no âmbito da teoria dos sistemas não passa pela análise do discurso enquanto relação de poder, até porque a análise do discurso não é o objeto de estudo da presente tese. Apesar de um discurso poder envolver a hierarquia de poderes estabelecida normativamente, objetivo é a diferenciação do lugar de fala e da representatividade da “voz das ruas”, tendo como parâmetro a democracia representativa e a apropriação política dos temas trabalhados nos levantes de junho de 2013.

De pronto, pode-se afirmar que a “voz das ruas” possui lugar de fala e representatividade social e política. Essas duas possibilidades ligadas ao constitucionalismo democrático impõem afirmar que elas não estão presentes, de forma ilimitada nos dois subsistemas analisados, que são os subsistemas político e jurídico. Isso ocorre, porque essa impossibilidade advém de uma determinação normativa, da qual uma democracia constitucional deve obediência. Aliás, uma democracia que se sustenta num constitucionalismo democrático tem a Constituição como fundamento (ABBOUD, 2021, p. 509, a),

¹⁷² “Então, quem protege o Supremo quando as acusações vêm de quem tem lugar de fala institucional e devia ter responsabilidade política? Por exemplo, quando um procurador da República diz que o Supremo tem uma ‘panelinha’ que incentiva a corrupção? Quem protege o STF? Quando um senador, sentado onde não devia e dizendo o que não devia, acusa um ministro de ‘vender sentenças’ [*sic*], quem protege o STF? Quando parlamentares pedem *impeachment* de ministros com base.... em que mesmo? Nem eles sabem...” (STRECK, 2019, *online*).

em que se pode afirmar que todo Estado de Direito, assim o é, porque é constitucional.

Um Estado de Direito pode ser considerado democrático quando além de se sujeitar ao império da Constituição Federal carrega consigo três princípios: a soberania popular, a autonomia e a equidade¹⁷³. É por meio da soberania popular que se analisa o lugar de fala e a representatividade da “voz das ruas”.

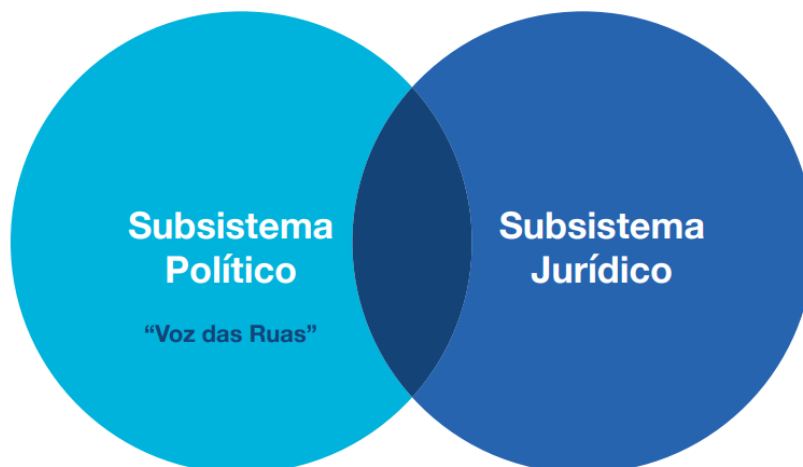
O lugar de fala pode ser entendido como o ato de dar voz a um grupo de pessoas que, em razão de seu *locus* social são impossibilitadas de participar mais intensamente das decisões do país. Esse entendimento difere da representatividade da “voz das ruas”. A “voz das ruas” é representada, de acordo com a democracia representativa, pelo subsistema político. É por ele que a “voz das ruas” participa, por meio de representação, das decisões políticas do país.

No âmbito da representatividade, a “voz das ruas” pertence ao subsistema político. É por meio desse subsistema que a “voz das ruas” verifica a representação da vontade da maioria, desde que devidamente apurada. Em razão da funcionalidade e estrutura do subsistema político é que a “voz das ruas”, baseada na soberania popular e numa maioria quantificada, decide sobre a manutenção ou sobre a ascensão ao poder, para o estabelecimento de uma agenda política. Saliente-se que, nesse pertencimento ao subsistema político, a “voz das ruas” acompanha as limitações constitucionais inerentes a ele, inclusive, quando no acoplamento estrutural com o subsistema jurídico.

Figura 06. Demonstração da localização da “voz das ruas” no sistema social de Luhmann.

¹⁷³ Abboud (2021, p. 511-512, a), citando Kloppenberg, explica que é por meio da soberania popular que o poder se legitima. A autonomia, por sua vez, significa que os cidadãos são titulares de direitos fundamentais que são anteriores à formação do Estado e que, inclusive, a existência deles é que dá legitimidade existencial ao Estado. Por último, a equidade é a concretização do fim do conflito entre a equidade em abstrato e a igualdade de oportunidades para cada cidadão, sempre tendo por foco, a dignidade da pessoa humana.

Figura 6: Demonstração da localização da “voz das ruas” no sistema social de Luhmann.



Fonte: Elaborado pela autora com base nas pesquisas realizadas

Além dessa representatividade, pode-se afirmar que a “voz das ruas” possui lugar de fala, tanto no subsistema político, quanto no subsistema jurídico. Para analisar o lugar de fala da “voz das ruas”, utiliza-se das explicações de Djamila Ribeiro, filósofa que estuda sobre o assunto. Apesar de Ribeiro (2017) trabalhar o lugar de fala sob uma perspectiva do racismo estrutural e do feminismo, a sua explicação pode ser utilizada para analisar o lugar de fala da “voz das ruas” sob a perspectiva da democracia.

Ribeiro (2017, p. 37-38) explica que apesar do lugar social não determinar a consciência discursiva sobre esse lugar, a experiência social faz com que sejam apresentadas outras perspectivas sociais, isto é, a partir dessa afirmação é possível verificar o conceito e a importância do lugar de fala, pois é partindo das experiências comuns de um determinado *locus* social é que se pode oportunizar outras perspectivas sociais, advindas de meios extra institucionais, de modo a possibilitar a transcendência na participação ativa no país, numa espécie de democracia representativa existencial¹⁷⁴. Entretanto, ter lugar de fala

¹⁷⁴ A expressão “democracia representativa existencial” não foi colocada com o sentido de afirmar uma nova conceituação ou classificação da democracia, mas somente, porque Ribeiro (2017) afirma que o lugar de fala possibilita uma participação existencial das pessoas na sociedade, no sentido de que dar voz às pessoas é possibilitar uma existência digna na sociedade.

não significa que a “voz das ruas” possua poder de decidir, de mudar a base estrutural e a funcionalidade de um subsistema.

Num sistema social, todos os subsistemas, inclusive o político, do qual ela pertence, são limitados pela Constituição Federal. Esses limites baseados nas funcionalidades de cada subsistema e, portanto, em suas estruturas, não permitem que a decisão judicial seja fundamentada e até mesmo, permeada por argumentos políticos, os quais a “voz da rua” carrega. E quando se fala em argumentos políticos, a ideia que os permeiam é que se trata de argumentos, de fundamentos necessários para a manutenção ou para a ascensão ao poder.

Por causa disso, a atuação política tem lado, a “voz das ruas” tem lado. O subsistema jurídico não pode escolher um lado. Em razão de sua funcionalidade condicional de dizer direito ou não direito, lícito ou ilícito, o subsistema jurídico deve ter como parâmetro de fundamento as determinações e programações constitucionais, mesmo considerando a função de garantia de Ferrajoli¹⁷⁵. O parâmetro da fundamentação no subsistema jurídico se baseia no constitucionalismo democrático, por sua atuação contramajoritária para a efetivação da normatividade constitucional, especialmente no que se refere à efetivação das políticas públicas em defesa das minorias¹⁷⁶.

Quanto ao lugar de fala no subsistema político, a “voz das ruas” está possibilitada de apresentar proposta legislativa popular. Entretanto, esse lugar de fala não autoriza que o Poder Legislativo, fundado em um sentimento popular aprove projeto de lei que contrarie, por exemplo, as cláusulas pétreas.

Por sua vez, no subsistema jurídico, o lugar de fala pode ser exemplificado pela realização das audiências públicas¹⁷⁷, na proceduralização¹⁷⁸, mas não significa que o sentimento popular possa se

¹⁷⁵ No Capítulo 2 é demonstrado que é possível o exercício da função de garantia do subsistema jurídico, desde que a atuação seja limitada constitucionalmente, ou seja, que essa função de garantia não encampe a funcionalidade de Governo, própria do subsistema político, pois mesmo numa atuação contramajoritária para a efetivação da normatividade constitucional, os fins nunca devem justificar os meios.

¹⁷⁶ Que refere-se ao papel contramajoritário do Poder Judiciário.

¹⁷⁷ De acordo com os artigos 13, XVII e 21, XVII, do Regimento interno do STF, consolidado com a emenda regimental n. 57/2020, a audiência pública ocorrerá para “ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante, debatidas no âmbito do Tribunal”.

¹⁷⁸ Além das audiências públicas, a existência de um procedimento regulatório sobre assuntos complexos que o subsistema jurídico não consegue resolver, por meio de sua funcionalidade binária (lícito ou ilícito, direito ou não direito), caracteriza a proceduralização apresentada por

sobrepôr à normatividade, nem mesmo estabelecer novos significados aos enunciados normativos¹⁷⁹ para determinar como o Poder Judiciário deve decidir sobre determinado caso. O dever de *accountability*, por estar inserido no campo do subsistema político, refere-se à representatividade democrática e não ao lugar de fala. Portanto, as decisões judiciais devem se pautar na legalidade e não num sentimento popular.

No campo do subsistema jurídico, para que essas novas perspectivas sociais trazidas pelo lugar de fala sejam consideradas inseridas no espectro do constitucionalismo democrático, todas as interpretações advindas dela devem ser limitadas na tradição, na coerência e na integridade constitucionais; algo bem diferente do que ocorreu a partir dos levantes de junho de 2013.

Quando da apropriação política dos temas trabalhados nos levantes de junho de 2013 houve uma certa confusão entre o conceito e aplicação de lugar de fala e o entendimento da representatividade da “voz das ruas”. Essa confusão é que criou a equivocada conclusão de que o Judiciário é representante de uma maioria e que essa maioria possui o poder de interpretar e aplicar o direito conforme seus intentos, independente da previsão normativa.

Ocorre que, o Judiciário não é instituição representativa da “voz das ruas”. Aliás, o seu papel democrático, contramajoritário, é de justamente limitar a vontade da maioria em detrimento de uma minoria. Portanto, não cabe ao Judiciário uma responsabilidade política representativa da vontade da maioria.

Juízes não se submetem à nenhuma modalidade de sufrágio universal, o que não significa que eles não tenham o dever de *accountability*, pelo contrário, todos os atos do Judiciário devem ser fundamentados, ou seja, em toda decisão, o julgador deve expor de que forma ela está embasada na lei e na Constituição. Se não fizer esse dever de

Abboud (2021). Para ele, por meio da proceduralização, o Poder Judiciário consegue atuar para a subsistência da comunidade, em que a tomada de decisão assume uma característica heterárquica, ou seja, os centros de conhecimento sobre o objeto da decisão cooperam um com os outros. Ainda, de acordo com ele, cumpre ao estado procedural “contribuir para (i) que os processos de aprendizado da sociedade sejam conservados; (ii) acrescer a esses processos maior diversidade; ou para que (iii) mais inovações e novos modelos de geração e distribuição de conhecimentos sejam propostos”. Em defesa da proceduralização cita a advertência de Ladeur, que demonstra que a proceduralização é forma de autolimitação do Poder Judiciário e que evita a prática de ativismo judicial, pois o Judiciário não consegue resolver todos os problemas que a complexidade social apresenta e a proceduralização é a forma encontrada de manter um capital social para a atuação enquanto Poder (ABBOUD, 2021. p. 544-545, a). Saliente-se que, a proceduralização pode ser aplicada nos casos em que a funcionalidade condicional e binária do subsistema jurídico não alcança; o que, não abarca os assuntos estruturais relativos à escolha política do país, ao Estado de Direito e democrático.

¹⁷⁹ Longe da tradição, da coerência e da integridade do Direito.

accountability, possivelmente estaremos em face de ativismo judicial [...] Disso se conclui que a *accountability* não se efetiva perante candidatos que nunca participaram da vida pública, mas apenas ante àqueles que exercem ou já exerceram algum tipo de função governamental que possa ser submetida à avaliação de um votante (ABBOUD, 2021, p. 46-47, b).

Além de uma esperada e equivocada prestação de contas distópica, de uma *accountability* distópica, em razão de uma visão de representatividade popular pelo Poder Judiciário, houve um equívoco, ainda maior, por parte do próprio Poder Judiciário: ele se assumiu como representante popular e ao mesmo tempo, considerou como lugar de fala das “vozes das ruas” o proceder normativo e judicial, relegando a legalidade a um entendimento popularizado, vulgarizado de representatividade democrática.

Nesse lugar de fala dado à “voz das ruas”, quando da Operação Lava Jato e fora das possibilidades funcionais e estruturais e, portanto, constitucionais, do subsistema jurídico, o fundamento das decisões judiciais, baseado na condicionalidade binária de Luhmann se esvaiu. A partir da prática judicial da Lava Jato, criou-se um critério para a condicionalidade binária: ao invés de decidir pelo lícito ou ilícito, direito ou não direito, o critério passou a ser se a decisão está de acordo ou em desacordo com a “voz das ruas”. Estando em desacordo, o Judiciário passa a ser considerado *persona non grata* para o que a “voz das ruas” entende como democracia, uma democracia distópica.

Se a decisão está de acordo com a “voz das ruas”, o nicho que se sente representado age como se sua vontade ali estampada tivesse sido fruto de uma democracia corretamente exercitada, eis que diante de sua ocorrência, a impressão que se passa é que se está perante uma democracia participativa, mas sem critérios previamente estabelecidos.

Caso interessante que demonstra essa democracia distópica exercitada pelo nicho representado foi o ocorrido no dia da prisão do ex presidente Luiz Inácio Lula da Silva. Embasado num posicionamento favorável à execução da pena após a confirmação da sentença condenatória em segunda instância¹⁸⁰, o Judiciário expediu a ordem de prisão.

Após a ordem de prisão ser expedida, o nicho popular que representava a “voz das ruas” comemorou, como se comemorasse um torneio popular. Uma

¹⁸⁰ Antes do julgamento das ADCs 43, 44 e 54.

observação se faz importante: aqui não se critica a aproximação do Poder Judiciário com a população não pertencente ao meio jurídico, mas sim, a aproximação sem intelectualidade e pudor democráticos e normativos.

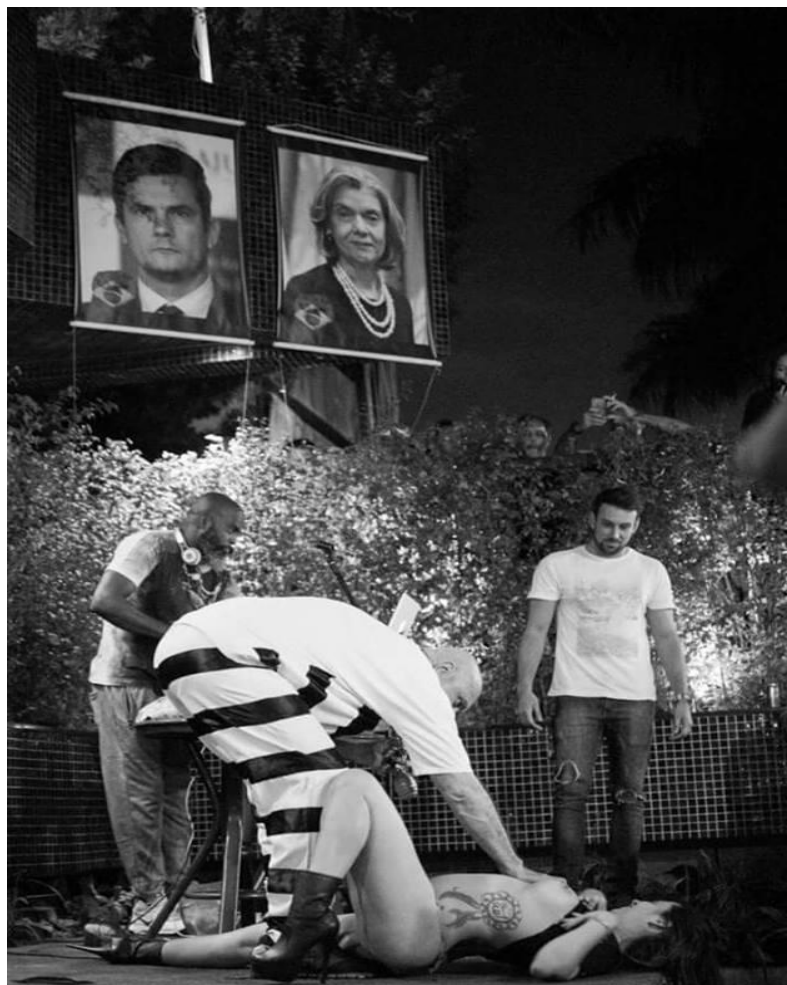
No dia da prisão, um empresário do ramo noturno de São Paulo, prometeu distribuir nove mil latas de cerveja para festejar a prisão do ex presidente Luiz Inácio¹⁸¹. A cena da comemoração, divulgada por vários meios de comunicação, choca pela ausência de distinção técnico-normativa e de civilidade entre os envolvidos.

A comemoração que gerou a cena compartilhada tratou de uma encenação em que o empresário, Oscar Maroni, vestido de um personagem conhecido como “irmão metralha”, simula uma prática sexual à frente das imagens da Ministra Carmem Lúcia¹⁸² e o ex-juiz Sérgio Moro. Um desrespeito não somente à pessoa da Ministra Carmem Lúcia, mas que também demonstra uma confusão, fruto da incorporação da “voz das ruas” pelo próprio Judiciário e do que se entende por democracia.

93¹⁸¹ De acordo com notícia da Folha de São Paulo, datada de 06 de abril de 2018. <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/04/dono-do-bahamas-compra-9000-latas-de-cerveja-para-dar-em-comemoracao-a-prisao-de-lula.shtml>

¹⁸² Que definiu o placar pela não concessão da ordem de habeas corpus impetrado pela defesa de Luiz Inácio Lula da Silva.

Figura 7: Demonstração concreta da degeneração do Direito pela “voz das ruas”.



Fonte: Imagem extraída do site www.catracalivre.com.br

A imagem acima expressa o processo de degeneração do Direito e da (des) legitimação do Poder Judiciário causados pela Operação Lava Jato, que tudo pôde no campo procedimental, sob o fundamento de considerar a “voz das ruas” como fonte do Direito. Por ela, verifica-se que essa representatividade deturpada fez com que surgisse um sentimento de equiparação na legitimidade decisória entre os vários nichos pertencentes à “voz das ruas”; uma representatividade deturpada, sem pudor.

Essa democracia distópica, diferente da democracia constitucional, do constitucionalismo democrático, tem lado e essa escolha por um lado, *a priori*, não passa pela análise da legalidade e da constitucionalidade, já que esta é uma função democrática, inerente ao subsistema jurídico. Por isso, a democracia distópica assume uma feição de uma democracia plebiscitária.

3.5 A REPRESENTATIVIDADE POPULARIZADA E A DEMOCRACIA PLEBISCITÁRIA

É interessante relacionar a democracia plebiscitária ao julgamento de Jesus Cristo, porque esse julgamento funciona como um exemplo de que no Estado de Direito e democrático contemporâneo, nem sempre a voz do povo é a voz de Deus, principalmente quando a escolha política de um ou de outro lado se fundamenta no divino, no metafísico¹⁸³.

Toda a análise sobre o julgamento político de Jesus Cristo e sua relação com a “voz das ruas” encontra fundamento na obra “A crucificação e a democracia”, que faz uma análise do processo de julgamento de Jesus Cristo e a democracia crítica, entendida como tal, a democracia que não possui um lado, eis que numa possibilidade de escolha, sempre há duas faces, que pode ser para melhor ou para pior. Para o autor, “uma teoria da democracia como fim e não apenas como meio deve saber contrapor-se a outro pensamento que não pretenda possuir a verdade e a justiça, mas que nem considere insensata a sua busca” (ZAGREBELSKY, 2011, p. 38).

A democracia crítica de Zagrebelsky pode ser analisada por meio do acoplamento estrutural de Luhmann, quando da comunicação entre os subsistemas político e jurídico. Na limitação exigida para a ocorrência do acoplamento e para a manutenção de todo o sistema social, toda ação comunicativa desses subsistemas deve se limitar numa norma não contingencial, que é a Constituição Federal.

Apesar de não se poder estabelecer um padrão de análise com base nas funções estatais e na teoria dos sistemas de Luhmann, o julgamento de Jesus Cristo é uma demonstração de que a democracia plebiscitária e, por isso, popularizada, não coaduna com um Estado de Direito e democrático.

Pilatos ao condenar Jesus Cristo ouviu a “voz das ruas”. Por meio de uma fundamentação plebiscitária, a decisão popular foi considerada uma demonstração de respeito à democracia. Uma democracia plebiscitária que baseou a escolha entre o bem e o mal e jogou, incontestavelmente, contra a democracia. Se considerar a contemporaneidade, uma decisão baseada numa

¹⁸³ Como, por exemplo, o lema da campanha eleitoral de Jair Messias Bolsonaro: “Brasil acima de tudo, Deus acima de todos”.

democracia plebiscitária é contrária ao que se defende no constitucionalismo democrático.

Por uma análise contemporânea do julgamento de Jesus Cristo, verifica-se que ele ocorreu por uma questão política. Ao mesmo tempo que Jesus foi considerado como uma pessoa antidemocrática (se apresentava como o Rei, como o messias), Pilatos foi considerado o defensor da democracia, porque colocou nas mãos do povo, de uma multidão, a decisão judicial.

A condenação popular de Jesus é uma argumentação -uma argumentação definitiva- apenas para quem tem certeza da verdade. Somente sob esta condição – o conhecimento da verdade e da falsidade, do bem e do mal- o crucifique-o! da multidão poderia surgir como prova incontestável da insensatez da democracia. A verdade e a falsidade, o bem e o mal não podem depender, de fato, do número e das opiniões. Mas se, pelo contrário, afastamos aquele conhecimento suposto como a suprema tentação da serpente (Gn 3, 5) – esta é a conclusão – a condenação popular de Jesus não nos diz mais nada a respeito da democracia. Dessa forma, na ética política, acabamos por oscilar entre dois extremos: do dogma e a *sképsis*, do absolutismo ao relativismo dos valores. A democracia, inadmissível para o espírito dogmático, seria justificada apenas em um contexto espiritual cético e relativo. Democracia e *sképsis* estariam assim vinculadas uma à outra, como consequência à sua premissa necessária. **Jesus, convencido de sua verdade, seria o campeão da antidemocracia, isto é, da autocracia, enquanto o personagem positivo do ponto de vista da democracia seria Pilatos** (ZAGREBELSKY, 2011, p. 37).

A questão política que ensejou o julgamento de Jesus é considerada como tal porque não havia fundamentos jurídicos aptos a condená-lo¹⁸⁴. De acordo com Zagrebelsky (2011), Pilatos não considerava a acusação de blasfêmia e somente lavou as suas mãos, entregando Jesus ao julgamento pelo povo, após ser questionado se ele, enquanto procurador do Império Romano, livraria o homem que tendia enfraquecer o Império de César, eis que Jesus se autoproclamava o Rei e incitava o povo a não pagar os tributos ao Império romano, o que ensejou a acusação de crime de lesa majestade.

¹⁸⁴ “Nos ‘Evangelhos da Paixão’, o apócrifo ‘Evangelho de Nicodemos’ narra, com várias passagens idênticas à narração de João, esta questão de maneira clara (4,3): ‘O governador mandou sair todos os judeus do pretório e chamou Jesus e perguntou-lhe: o que farei de você? Jesus respondeu: aquilo que te foi destinado. E Pilatos perguntou: o que me foi destinado? Jesus respondeu-lhe: Moisés e os profetas preanunciaram a minha morte e ressurreição. Os judeus, que estavam espiando furtivamente e tinham ouvido tudo, disseram a Pilatos: o que mais precisa ouvir, além desta blasfêmia? Então Pilatos disse aos judeus: se estas palavras são uma blasfêmia, prendam-no vocês por blasfêmia, conduzam-no à vossa sinagoga, e julguem-no segundo Vossa Lei” (ZAGREBELSKY, 2011, p. 84).

A aproximação entre os romanos e os hebreus dependia de Pilatos. Ante a acusação de blasfêmia ter sido insuficiente para a atuação do procurador do Império romano, os homens do Sinédrio lançaram mão de um argumento, em razão de não possuírem o poder de condenar Jesus à morte: a possibilidade de Pilatos ser considerado conivente com alguém que praticara o crime de lesa majestade.

Portanto, para esse fim, era necessária uma acusação diferente, que deslocasse o assunto do plano teológico para um plano político, relevante para os romanos. Assim, Jesus foi acusado de ter instigado o povo à revolta incitando-o a não pagar os tributos a César, e de ter-se, ele mesmo, proclamado rei: era um *crimen laesae majestatis*. (ZAGREBELSKY, p. 85).

A utilização política por Pilatos do julgamento de Jesus Cristo ocorreu com base no apoio popular que culminou com a crucificação de Jesus Cristo e a libertação de Barrabás.

No Império Romano havia o costume de liberar um preso durante a Páscoa. Essa liberação, de acordo com Marcos (15:6) e Mateus (27:15), se dava mediante a requisição do povo e funcionava como o exercício de um poder exercido pelo procurador, Pilatos, juntamente com o povo, numa espécie de democracia plebiscitária.

Quando Jesus foi preso pela acusação de blasfêmia, Pilatos perguntou aos homens do Sinédrio qual era a acusação, ao que obteve a resposta: “Se este não foste malfeitor, não o teríamos entregue a ti” (João, 18,30). Então, ao perguntar ao povo se escolheriam livre o Rei dos judeus, Jesus, Pilatos recebeu do povo a resposta para libertar Barrabás e crucificar Jesus. De acordo com Zagrebelsky (2011, p. 103), “nada para Pilatos teria valido tanto a pena a ponto de colocar em risco a sua tranquilidade, o próprio destino, o favoritismo da multidão, a benevolência dos poderosos: em uma só palavra, o próprio interesse”. Pilatos, ao lavar as mãos decidiu, politicamente, pela condenação de Jesus.

A decisão tomada por Pilatos e o povo, baseada numa democracia plebiscitária, padeceu de um grande problema: além de ter dado poder de decisão para quem não o possuía, não estabeleceu e nem mesmo utilizou de

parâmetros para considerar a decisão tomada pela “voz das ruas” como representativa da maioria¹⁸⁵.

Quando Pilatos deixou de resolver o problema, por meio de critérios jurídicos, diretamente com os homens de Sinédrio, a fim de justificar sua atuação enquanto procurador do Império Romano, jogou para a multidão a decisão sobre a escolha plebiscitária de liberar Jesus ou Barrabás. Uma multidão a quem se deu uma representatividade. Representatividade volúvel, instável, porquanto, a mesma multidão¹⁸⁶ que decidiu pela crucificação de Jesus, foi a que antes o proclamava como Rei¹⁸⁷.

O interesse de Pilatos era exatamente este: não promover um juízo, mas suscitar uma ação em relação a Jesus, para poder preponder naquela direção. A decisão da multidão, ademais, foi provocada. Não foi o povo de Jerusalém que pediu para ser investido da arbitragem entre o Sinédrio e Pilatos. O povo foi colocado diante de uma pergunta que jamais lhe tinham feito. Sabemos quantas dúvidas existiam acerca de Jesus e sua identidade, sabemos que às vezes pedras foram atiradas contra ele, mas em Jerusalém isso nunca tinha acontecido e o dilema em que a multidão se encontrava era completamente inédito. **O povo não agiu, mas reagiu.** Não foi uma reunião de homens donos de si mesmos, mas uma massa conduzida por outros. Aquela multidão não era um sujeito, mas um objeto. Uma multidão deste gênero era por sua natureza levada ao extremismo, às soluções sem atenuantes, privadas de compromissos. **Atenuantes e compromissos teriam dado a possibilidade de comparar e ponderar as posições, o que não foi possível e nem se quis fazer.** Por outro lado, o próprio quesito que foi colocado tinha a mesma característica: a morte de um ou do outro. A multidão era como um corpo normalmente morto que se anima de vida aparente só quando sacudido por uma força externa e a reação à sacudida não conhece meias medidas. A multidão não era dona, para usar a expressão atual, da própria agenda. Se tivesse pretendido tornar-se independente, a autoridade do Sinédrio e de Pilatos teria sido colocada em discussão. Surge então a pergunta: **se o povo capaz de agir é o povo da democracia, e o povo que se submete é o povo das autocracias, aquele que só chamado para reagir, no caso, de que povo afina se trata?** (ZAGREBELSKY, 2011, p. 120), (grifo nosso).

O tipo de decisão tomada pela multidão exigia compromissos políticos que ela não detinha e, os argumentos que fundamentaram a decisão tomada, via democracia plebiscitária, apesar de se apresentarem, formalmente, como

¹⁸⁵ Além do que, hodiernamente, a decisão como resultado da representatividade da maioria não coaduna com o papel contramajoritário do Poder Judiciário, não discutido na era de Cristo.

¹⁸⁶ Afirma-se como a mesma multidão, pois não há como identificá-la, quantificá-la, nem mesmo qualificá-la. A decisão tomada de forma plebiscitária padece de ausência de legitimidade formal. Para isso, basta perquirir a forma pela qual essa decisão se formou, quais foram os fundamentos lançados para a decisão, para se decidir sobre um ou outro e, ainda, quais foram os critérios para afirmar ser uma decisão tomada pelo povo, a justificar a existência de uma democracia.

¹⁸⁷ Zagrebelsky, 2011, p. 111-112.

uma decisão jurídica, na verdade, se apresentaram, materialmente, como uma decisão política.

Decisões judiciais que atendem à opinião pública são decisões políticas. Godoy (2021, *online*), explica que “Pilatos convocou o povo para decidir. Percebe-se pela leitura dos textos canônicos que os amigos e familiares de Jesus não participaram da aclamação em favor de Barrabás”. A ausência de uma participação de uma multidão representativa do outro lado demonstra que a opinião pública, a “voz das ruas” pode ser diferente da realidade apurada e que a democracia plebiscitária, distópica sempre escolhe um lado.

Saliente-se que, numa democracia constitucional, uma decisão não é tomada somente pela vontade da maioria, claramente apurada, mas pelos limites impostos pela normatividade constitucional e pelo constitucionalismo democrático. É por meio desses limites que uma decisão pode ser considerada legítima. É por meio deles que se afasta do caráter político no âmbito de uma decisão judicial, pois sem o limite objetivo estabelecido pela normatividade constitucional, pela Constituição Federal, o político, por meio de uma verdade e de uma justiça toma corpo, pois de um ou de outro lado, a verdade e a justiça possuem significados diferentes a partir de suas premissas¹⁸⁸.

A relação com a representatividade popular e com a decisão tomada por Pilatos, quando lavou as suas mãos levanta uma questão sobre a legitimidade da decisão: de qual maioria se tratou para a consideração da vontade popular na condenação de Jesus Cristo? Transcendendo o julgamento de Jesus para a Operação Lava Jato e para além do próprio entendimento da democracia representativa, de qual maioria se tratou quando o Judiciário incorporou a “voz das ruas” no seu proceder durante a Operação?

O que foi submetido à multidão? Não um problema judiciário. Pilatos, dirigindo-se à multidão, não estava interessado em um juízo de culpa ou absolvição e, de fato, não a interpelou nesse sentido. Não houve um procedimento imparcial, baseado em acusações e provas, com uma norma a ser aplicada. Ao contrário, foi simplesmente uma propensão por uma parte ou pela outra, um jeito de tomar partido para pesar o prato da balança não com uma argumentação mais convincente do ponto de vista do juízo, mas sim com uma

¹⁸⁸ Numa democracia plebiscitária os dois lados podem se compatibilizar com a democracia, mas, “de qualquer forma, atrás das aparências, sua adesão é mais uma adulação interesseira. Elas não servem à democracia, mas se servem dela, se e até quando puder servir” (ZAGREBELSKY, 2011, p. 37).

argumentação mais convincente do ponto de vista político, o peso da força (ZAGREBELSKY, 2011, p. 120).

O peso da força política nas decisões jurídicas também se faz presente em Estados que se apresentam como de Direito e democráticos e que possuem, por isso, funções e limites estatais distribuídos por meio de instituições representativas da democracia.

Após a prisão do ex presidente Luiz Inácio Lula da Silva em 2018 e antes da decisão de anulação de sua condenação em 2021, o Ministro Luiz Fux, quando de sua posse na presidência do Supremo Tribunal Federal, afirmou que o Poder Judiciário deve levar em consideração o sentimento constitucional do povo.

No combate à corrupção ao estilo lavajatista, a afirmação do Ministro Fux equivale dizer que o Poder Judiciário em sua atividade jurisdicional, de concretizar a funcionalidade do subsistema jurídico¹⁸⁹ e do constitucionalismo democrático, deve levar em consideração a vontade do povo; deve aplicar a lei, a norma, como resultado de uma filtragem constitucional do sentimento popular. Por essa leitura, adequa-se a norma pela interpretação da vontade do povo e não o contrário.

Essa filtragem constitucional da vontade popular pode ocasionar a prevalência da “voz das ruas”, uma “voz das ruas” não quantificável, não qualificável, nem apurável, em detrimento de todo o espectro normativo constitucional e democrático.

Saliente-se que, de acordo com a teoria luhmanniana, o ato de considerar a vontade popular para a atuação funcional deve ser característica inerente ao subsistema político e não ao subsistema jurídico. Entretanto, a consideração da vontade popular foi característica comum da Operação Lava Jato que utilizou de um sentimento social não aferível, senão, somente a partir de um nicho, que já se apresentava favorável ao argumento político, de relativizar direitos e garantias constitucionais, mesmo antes da Operação e que viu nos levantes de junho de 2013 e na própria Operação a chance que faltava para o estabelecimento de uma agenda política.

¹⁸⁹ A funcionalidade do subsistema jurídico baseia-se na condicionalidade de o Poder Judiciário decidir algo como lícito ou ilícito, direito ou não direito.

3.6 A REPRESENTATIVIDADE POPULARIZADA E O CONTRAMAJORITARISMO DO JUDICIÁRIO

Quando membro do Judiciário defende que o sentido e alcance da Constituição, das normas constitucionais cabe à sociedade como um todo, ele abre espaço para que haja a incorporação da funcionalidade própria do subsistema político no subsistema jurídico. Com isso, novos significados podem ser atribuídos aos enunciados normativos, tudo em função de uma leitura equivocada e subjetiva, de que se trata de uma possibilidade interpretativa em que é permitido relativizar direitos e garantias constitucionais em razão da busca por um progresso social, por uma sociedade em busca de uma evolução civilizatória.

Nesse sentido, a defesa da participação popular na interpretação constitucional considera que o povo é o legítimo e melhor intérprete da Constituição Federal. Por essa perspectiva, esse constitucionalismo popular considera que o Poder Judiciário é representante do povo, o que autoriza, de quebra, a *accountability* na atividade decisória do Tribunal.

Kramer (2011) explica que no âmbito da política, o povo governa. Entretanto, no âmbito do direito, a Constituição fica reservada para uma elite que a interpreta, sob a supervisão de uma Suprema Corte. Para ele, quando a última palavra sobre a jurisdição constitucional fica a cargo do Judiciário ocorre uma inversão na ordem democrática: ao invés da política, enquanto povo, trabalhar para a manutenção da ordem constitucional estabelecida, a política, enquanto povo, trabalha dentro dessa ordem constitucional estabelecida pela elite, representada pela Suprema Corte.

Para o constitucionalismo popular, os Tribunais continuam tendo o controle sobre a jurisdição constitucional, mas a última palavra é do povo, de uma maioria que pode revisar as decisões e, de acordo com a nossa legislação, requerer o afastamento de um membro da Corte.

Se propusieron varios métodos para restablecer el control popular sobre la interpretación constitucional, incluyendo la revocatória de mandatos de los jueces e la abolición del control judicial de constitucionalidade. Tomando prestada uma idea de Willian Draper Lewis, entonces el decano de la Escuela de Derecho de la Univerdad de Pensilvania, Roosevelt ofreció lo queconsideró uma alternativa

modesta diseñada para limitar la necesidad de recurrir la renovación de los mandatos judiciales (que Roosevelt también apoyaba) - a saber, la revocación de la decisiones de las cortes supremas estatales. Si un número considerable de personas em um estado siente que una decisión constitucional emitida por su corte suprema fue errónea, explicaba, debería tener el derecho de solicitar someter esa decisión a votación. De esta forma, una constitución progressista permitirá al Pueblo mediante el voto popular, después de la deliberación y la discusión debidas, pero de forma definitiva y sin apelación, definir cuál es la interpretación apropiada de cualquier punto constitucional (KRAMER, 2011, p. 268).

A proposta do constitucionalismo popular apresentada por Kramer passa por uma espécie de democracia participativa jurisdicional. Essa participação direta dos cidadãos na tomada de decisão se dá por um critério previamente estabelecido¹⁹⁰ de quantificação e apuração da maioria por meio de voto popular.

Apesar do método para a concretização da participação popular ocorrer por uma apuração da maioria, as fundamentações utilizadas para a defesa do constitucionalismo popular não levam em consideração o contramajoritarismo, função inerente ao Judiciário em países que prezam pela dignidade humana.

Essa ausência de consideração ao contramajoritarismo pode ser explicada, porquanto seus fundamentos se estruturaram numa realidade anterior à segunda grande guerra, guerra que modificou o papel a ser desempenhado pelos Estados, impondo a eles “*a vinculação material*” (ABBOUD, 2021, p. 30, b) do seu agir com os direitos fundamentais, eis que após o nazismo e o uso da energia atômica na guerra, verificou-se que, se não houvesse uma proteção ultrageracional pelas Nações, o futuro da humanidade não prevaleceria (ZAGREBELSKY, 2017, p. 80).

As Constituições pós 1945 apreenderam as lições deixadas e vivenciadas pelo autoritarismo e pelo totalitarismo. Elas deixaram de somente estabelecer regras sobre o funcionamento e organização relativos aos poderes estatais e passaram a estabelecer normas relacionadas aos direitos sociais, prevendo os direitos fundamentais de forma que eles foram estabelecidos e previstos nas estruturas de vários subsistemas de acordo com suas funcionalidades¹⁹¹ (TEUBNER, 2020).

¹⁹⁰ Até porque, em democracias, mesmo nas participativas, se pressupõe que exista um jogo democrático. Num jogo democrático, as regras estão previamente fixadas.

¹⁹¹ Teubner explica que em razão da forma com a qual os direitos fundamentais sociais foram estratificados entre os vários subsistemas sociais, criou-se um problema advindo do Estado social que é o efeito perverso da estatização no tratamento dos direitos sociais: “isso leva a uma falsa estatização da sociedade e a uma fixação constitucional de posições de poder consolidadas

Essa participação direta na atividade jurisdicional, defendida pelo constitucionalismo popular de Kramer não considera que os regimes totalitários, como o nazismo, se estruturaram com base numa maioria e que o constitucionalismo moderno pós-guerra, de onde se fundamenta o contramajoritarismo, supera “a perspectiva de que bastaria o Estado abster-se de interferir nos direitos e liberdades do cidadão- ele teria que fazer mais, teria que assegurar, positivamente, que os cidadãos gozassem de determinados direitos e prerrogativas” (SILVA, 2016, p. 276).

O que se assiste, desde junho de 2013, é uma exigência de participação popular na atividade jurisdicional pela “voz das ruas”, sem que se tenha critérios e métodos previamente estabelecidos; um constitucionalismo popularizado, sem teor normativo e democrático, pois o mínimo que poderia ser exigido, e que não se apresenta, é a comprovação para a apuração e quantificação de uma maioria alegada.

Essa dificuldade contramajoritária, caracterizada por um equívoco de representatividade e de lugar de fala no subsistema jurídico¹⁹², mais precisamente, no procedimento e na tomada de decisão possui duas frentes: a primeira, a partir da atuação do próprio Judiciário e a segunda, a partir do prisma do nicho da “voz das ruas” que se sente diante de uma representatividade democrática junto ao Poder Judiciário.

A primeira ocorre quando o Poder Judiciário utiliza a “voz das ruas” como argumento e fundamentação para estabelecer novos significados normativos sem qualquer respaldo na constitucionalidade brasileira, principalmente se se levar em consideração a tradição constitucional estabelecida com a reabertura democrática e com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Essa assunção da funcionalidade finalista pelo subsistema jurídico significa que sua funcionalidade própria é bloqueada e abre espaço para que

dentro dos âmbitos sociais parciais”(TEUBNER, 2020, p. 83), e que pode acarretar um descompasso entre a atuação do subsistema jurídico com a sociedade. Talvez, a proceduralização possa resolver esse descompasso.

¹⁹² Pela leitura do próximo capítulo é possível verificar que a dificuldade contramajoritária apresentada pelo constitucionalismo popular e o popularizado possuem características schmittianas, pois para Schmitt, os Tribunais não poderiam impedir a atuação de um parlamento eleito, pois pelo fato dos juizes não serem eleitos, não possuem legitimidade para atuar por todo povo alemão. Neste sentido, somente o presidente é quem teria legitimidade para manter a unicidade política do Estado alemão que não poderia ser afastada por uma interpretação de legalidade realizada por não eleitos.

suas ações sejam questionadas como os demais subsistemas, como o político (CAMPILONGO, 2011, p. 22), que é o que acontece por meio da segunda frente.

A segunda, refere-se a uma representatividade analisada pelo prisma do nicho que se acha representado no e pelo subsistema jurídico, pelo Poder Judiciário. A “voz das ruas” representada por esse agir fundamentado no sentimento popular, sente-se respeitada e pertencente à atividade jurisdicional que para ela, deve-se pautar no fim desejado, independente se o meio possui respaldo normativo e constitucional. Por essa representatividade deturpada, a “voz das ruas” sente-se legitimada, em situação de equiparidade aos membros do Poder Judiciário, para a atuação na atividade decisória.

Essa segunda frente é tão perniciosa quanto a primeira, pois enquanto o Poder Judiciário se amolda ao sentimento popular na tomada de decisão, a “voz das ruas”, utilizando-se de novos meios de arregimentação ideológica faz barulho e traz ruídos para a estrutura democrática, porquanto a depender de seu sentido de apoio, o Judiciário se descredibiliza politicamente, principalmente nos casos em que essa representatividade deturpada não leva em consideração a sua função contramajoritária.

Esses novos meios de arregimentação ideológica e de formação de uma “voz das ruas” foram utilizados a partir dos levantes de junho de 2013 e possuem como aliada as redes sociais, por meio dos aplicativos de mensagens de *WhatsApp* e *Telegram*. As mensagens propagadas recheadas de *fake news*, desafiam o constitucionalismo democrático.

De acordo com pesquisa realizada pelo Datafolha em outubro de 2018, verificou-se que 67% dos brasileiros utilizavam o *WhatsApp*, o que explica o fato da eleição de 2018 ter sido uma das primeiras do mundo em que o aplicativo foi utilizado como principal instrumento de campanha; um instrumento eficaz, inclusive, para a propagação rápida de *fake news* (NICOLAU, 2020).

No que se refere às *fake news*, a escolha de aplicativos de mensagens como instrumento de campanha e de formação de uma “voz das ruas” ocorre por um fator de difícil combate: por meio deles, o receptor da mensagem checa a ‘veracidade’¹⁹³ do conteúdo propagado por meio de um link que o remete à

¹⁹³ De acordo com Zagrebelsky (2017, p. 15), toda palavra possui valor político e o significado dado a ela depende do ponto de vista de quem as pronuncia. No caso das mensagens, os significados dependerão do ponto de vista de quem as envia e de quem as recebe.

vídeos ou notícias, geralmente constantes em *sites* ou perfis ligados à ideologia ou ao lado de quem possui interesse na propagação dessa representatividade deturpada e com isso, consegue formar “vozes das ruas” que exigem uma prestação de contas, baseados em fundamentos não normativos e democráticos.

Ciente do risco causado para a democracia, o STF criou um programa destinado ao combate à desinformação do Tribunal, como uma tentativa de desmentir mensagens mentirosas e que podem o descredibilizar politicamente, apesar de talvez não surtir o efeito desejado, ante o fato da própria vítima do *contempt* ser o agente que desmente.

De acordo com dados obtidos na página eletrônica no Tribunal¹⁹⁴, dentre vários desmentidos constantes na página, três podem ser utilizados como exemplos de arregimentação ideológica e de formação das “vozes das ruas” e que desafiam o constitucionalismo democrático, justamente por envolver temas delicados¹⁹⁵ que facilitam o embate ideológico e a formação de uma “voz das ruas” que cobra um posicionamento do Tribunal segundo os seus ideais de representatividade democrática e de democracia: aborto, eleições e pandemia.

Nesse quadro de representatividade deturpada e de uma democracia distópica, a função contramajoritária do Judiciário passa a ser mais do que condição de existência da democracia contemporânea, mas sim, condição de resistência democrática. Uma democracia efetiva pressupõe que cada função estatal busque, a partir de suas funcionalidades, o respeito e efetividade dos direitos fundamentais, mesmo que contra a vontade da maioria, pois o Poder Judiciário é o *locus* responsável para a defesa dos direitos fundamentais e das

¹⁹⁴ Na página do Tribunal há link para acesso ao programa de combate à desinformação no âmbito do Supremo Tribunal Federal, em que se procura desmentir fake news que configuram a prática de *contempt of court*.

¹⁹⁵ Como aborto, eleições e pandemia. Sobre o aborto, o Tribunal desmentiu mensagem em que se atribuía ao Ministro Barroso a defesa de redução da maioria penal para o crime de estupro de vulnerável. Sobre as eleições, o Tribunal desmentiu mensagem atribuída ao Ministro Alexandre de Moares que coloca em xeque a lisura do sistema eleitoral e da independência do Judiciário e sobre as restrições sociais em razão da pandemia, há desmentido sobre uma suposta ADI proposta para questionar a criação de um fictício passaporte da covid que limitaria o acesso às políticas públicas. Além desse passaporte, essa suposta ADI questionava a criação de centros clínicos de detenção para quarentenas obrigatórias, o que feriria o direito de ir e vir, a liberdade de locomoção (BRASIL, online).

minorias e é o espaço que o legitima enquanto Poder da República (ABBOUD, 2021, p. 32, b).

Em debate entre Kelsen e Schmitt, Kelsen defendendo que o Judiciário é o guardião da Constituição, portanto, contrário ao que, hodiernamente, se denomina como constitucionalismo popular, afirmou que uma Constituição somente tem sentido de existir se for protegida por um Tribunal que lhe garanta legalidade e, a legalidade é garantida quando a maioria fica limitada ao comprometimento com a minoria (BASSOK, 2020, p. 142). Por este debate, verifica-se que a maioria não pode ser entendida como fonte do Direito.

O debate sobre a guarda da Constituição pertencer ao povo ou ao Tribunal pode ser analisado sobre o prisma da legitimidade de decidir sobre a validade da norma, no sentido de entender a quem compete decidir sobre o lícito ou ilícito, sobre direito ou não direito, tendo por base a norma e os argumentos metajurídicos presentes em uma sociedade complexa. O subsistema jurídico é “totalmente reflexivo” (TEUBNER, 1993, p. 6), o que não faz subtender que essa reflexividade autoriza a decisão judicial ser fundamentada pela vontade popular em desacordo com a estrutura do subsistema jurídico, pois “a ironia está em verificar que, deste modo, tendo-se batido com a cabeça no teto, somos impedidos de saltar para fora do próprio sistema na busca de uma autoridade superior, não restando senão recorrer a regras aparentemente menos definidas, mas que, afinal, são as únicas fontes das regras de nível superior: as regras de nível inferior” (HOFSTADTER, 1979, *apud* TEUBNER, 1993, p. 5).

Esse exemplo utilizado por Teubner (1993) demonstra que, apesar da “voz das ruas” estar presente na atuação do Poder Judiciário, em razão da legitimidade política, a normatividade sempre funciona como limite à atuação judicial, bem como o apoio público ao Tribunal possui como limite a normatividade existente. É essa a ideia deste círculo reflexivo de Hofstadter (1979).

Essa reflexividade também é afirmada por Bassok (2016) quando ele, apesar de não negar a presença e importância da opinião pública para o Tribunal, inclusive para que os outros poderes reconheçam a força de suas decisões, afirma que o Tribunal não tem que seguir a opinião pública, pois o afastamento à legalidade não é pressuposto para o alcance da legitimidade política.

Dentre as três funções estatais, o Poder Judiciário, por não possuir representatividade popular é quem pode decidir de forma contrária ao desejado pela maioria, numa atividade de contramajoritarismo em favor dos direitos fundamentais. Isso se fundamenta no constitucionalismo democrático, que determina que a democracia, mais do que um governo da maioria, caracteriza-se por ser um governo instituído pela maioria, mas limitado pela proteção aos direitos fundamentais e às minorias.

Nessa relação entre resistência democrática, proteção à minoria e soberania popular, o constitucionalismo contemporâneo caracteriza-se por estabelecer deveres, não somente como uma contraprestação aos direitos, mas sim, como deveres constitucionais imanentes a uma sociedade civilizada.

Com base numa conceituação contemporânea de democracia representativa e tendo por base o constitucionalismo democrático, pode-se afirmar que a “voz das ruas” não possui legitimidade representativa para exigir do Poder Judiciário uma decisão de acordo com seus interesses, pois além do Poder Judiciário não atuar de acordo com a vontade da maioria, porque não eleito e se encontrar vinculado ao império da legalidade, a “voz das ruas”, nem mesmo pode se apresentar como representativa de uma maioria social.

A visão restrita sobre uma possível fundamentação entre democracia e vontade da maioria, soberania popular, pode ser refutada nesse exemplo de Kloppenberg, apresentado por Abboud (2021, a). Por esse exemplo, demonstra-se que o contramajoritarismo é um elemento fundamental da democracia.

Imagine uma comunidade simples com três eleitores. Dois deles decidem que o terceiro se tornará escravo, justificando a decisão pelo princípio da regra da maioria. Quando o terceiro invoca os princípios da autonomia e da igualdade na autodefesa, como as minorias oprimidas muitas vezes fizeram, às vezes com sucesso, essa estratégia contrapõe princípios igualmente centrais da democracia ao princípio do domínio da maioria (ABBOUD, 2021, p. 512, a).

Além de uma inexistência de representatividade democrática dos cidadãos para com o Poder Judiciário, considerar que a democracia se apresenta de acordo com a vontade da maioria é a mesma coisa de desconsiderar o Direito e considerar a força. Um Poder Judiciário que “obedece à praça, à opinião pública ou à sua própria vontade- e não à lei- seria a negação do constitucionalismo” (CAMPILONGO, 2011, p. 57). Exigências desse matiz,

que desconsideram a legalidade, são autoritárias porque entendem que a minoria é que deve se adequar à vontade de uma maioria, mesmo que suposta.

No caso da “voz das ruas”, o problema fica ainda maior porque, mesmo que existisse essa representatividade democrática junto ao Poder Judiciário, em razão da ausência de quantificação e apuração, a vontade de uma maioria não pode ser fruto de uma conclusão baseada em suposições.

As pesquisas de opinião podem refletir uma evidência da vontade de uma maioria, mas não podem ser consideradas como fundamento de decisão. Isso porque, mesmo que as pesquisas de opinião confirmem o desejado pela “voz das ruas”, o único acesso para o Poder Judiciário seria pelo lugar de fala, e não pela representatividade.

Como já afirmado, o lugar de fala não pressupõe, nem mesmo autoriza que a vontade popular, por meio da “voz das ruas” funcione como fonte do Direito, a ponto de determinar o estabelecimento de novos significados aos enunciados normativos e como o Judiciário deva decidir.

Apesar do Poder Judiciário não necessitar de capital político para a sua atuação, porquanto não existe como instituição representativa da maioria, é certo que, mesmo quando a “voz das ruas” se apresenta como representativa de uma maioria não apurada, ela consegue o descredibilizar politicamente quando seus interesses não são atendidos numa decisão. Essa descredibilização política do Poder Judiciário é ruim para a democracia, pois influi na prática do *contempt of court* antidemocrático, o *contempt of court* caracterizado como um ataque de anti institucionalidade.

O ruído causado por uma “voz das ruas” que se enxerga como maioria democrática e que entende que suas vontades devam ser o fundamento de uma decisão judicial é, suficientemente, capaz de dar espaço para que pessoas se utilizem do mecanismo democrático para atacar a própria democracia.

A democracia ser atacada pela própria democracia é fato que ocorreu quando da apropriação política dos temas constantes dos levantes de junho de 2013. Como já afirmado, o caráter multifacetado das manifestações foi a oportunidade que *outsiders* se apresentassem como o necessário para todos os problemas resultantes de uma sociedade complexa.

A formação de uma “voz das ruas” como, equivocadamente, representativa da maioria e representada democraticamente pelo Judiciário foi o meio utilizado e fundamentado para que *outsiders* chegassem ao Poder.

Quando um outsider chega ao Poder com intuítos antidemocráticos e anti institucionais, ele utiliza dessa “voz das ruas” para atacar o Judiciário, “afirmando que os problemas não foram solucionados porque a estrutura pública existente e os demais Poderes não o deixam agir. Aqui se inicia o circuito de degeneração democrática” (ABBOUD, 2021, p. 49, b).

A degeneração democrática possui um antecedente obrigatório que é a degeneração do Direito. O Direito se degenera quando o subsistema jurídico se utiliza da funcionalidade própria do subsistema político para fundamentar suas decisões. Quando isso ocorre, a legalidade é relegada em detrimento da ascensão ao poder ou de sua manutenção. Quando a legalidade é relegada, nem mesmo as instituições democráticas importam, somente o soberano.

Depois do desencanto, o Judiciário nunca mais será o mesmo.

Figura 8: Tela de Ulisses e as sereias de Willian Etty.



Fonte: Extraída do site: www.pt.wikipedia.org

CAPÍTULO 4 - A (DES) LEGITIMAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO PELA DEGENERACÃO DO DIREITO EM RAZÃO DO POLÍTICO

A degeneração do Direito, como perda de sua autonomia científica, é pressuposto para a deslegitimação do Poder Judiciário.

Nos capítulos anteriores ficou demonstrado que a degeneração do Direito, enquanto perda da autonomia científica, passa pelo desvirtuamento da dogmática e da Ciência jurídicas e pela incorporação da “voz das ruas” na tomada de decisões. Além dessas duas causas que degeneram o Direito, a judicialização degenerada da política e a politização da razão decisória influem no processo de (des)legitimar o Poder Judiciário.

Nesse processo de (des) legitimar o Poder Judiciário, a judicialização degenerada da política foge do entendimento de que ela ocorre nos casos de omissão do Estado para a garantia de políticas públicas necessárias para a concretização constitucional; a que se realiza, por exemplo, por meio do controle de constitucionalidade.

A judicialização degenerada da política é definida como a judicialização de demandas que possuem o objetivo de reafirmar a normatividade constitucional e democrática ante a prática de atos, claramente, contrários ao disposto na Constituição e nas leis. Não se trata de uma concretização constitucional em face da omissão estatal, mas sim, da reafirmação normativa diante de atos que ignoram a existência do sistema normativo constitucional e democrático; uma judicialização que ultrapassa a judicialização da “megapolítica¹⁹⁶”, como no caso da interpretação dispensada ao artigo 142 da Constituição Federal e que ensejou manifestações no dia 7 de setembro de 2021 e no caso de afirmações de uma possível intervenção das Forças Armadas no Poder Judiciário, a fim de reestabelecer a ordem no país.

¹⁹⁶ Em que há transferência para o subsistema jurídico de assuntos de natureza política e não jurídica. Nesse sentido, a judicialização da política envolve questões sobre o limite das prerrogativas do Poder Executivo, judicialização de processos eleitorais, em que dilemas morais transcendem as questões jurídicas. (HIRSCHL, 2009), pois até nessa qualificação de judicialização da “megapolítica”, o objeto da demanda não possui relação com a escolha política fundamental do Estado.

Apesar da óbvia e clara contradição deste discurso ao disposto no artigo 2º da Constituição Federal, a judicialização desse fato provoca a politização da razão decisória.

A politização da razão decisória é consequência dessa judicialização da política. Difere do ativismo judicial, porquanto o ativismo pressupõe uma atuação proativa do Poder Judiciário, no sentido de que ele decide, ultrapassando sua função jurisdicional. No ativismo, o Poder Judiciário expande o alcance e o sentido de alguns enunciados normativos, sentido que poderia ser modificado por outro poder competente, relacionado ao subsistema político (RAMOS, 2015).

A politização da razão decisória decorre da utilização de um argumento político para fundamentar uma decisão sobre o óbvio normativo¹⁹⁷ constitucional e democrático. Ela é provocada pela obviedade da lesão normativa constitucional e democrática sofrida pelo ato político que gerou a judicialização. Com isso, a decisão acaba por ter que se fundamentar em questões que envolvem a escolha política do Estado, a política existencial do Estado, como, por exemplo, a democracia.

Ela difere da politização do Judiciário, porquanto essa última se caracteriza pela “assunção, pelo juiz, de tarefas que caberiam ao político” (CAMPILONGO, 2011, p. 56). Nesses casos de descrença na política, o Judiciário é provocado para decidir sobre assunto que, *a priori*, está no campo do subsistema político.

Cabe ressaltar que, a politização do Judiciário também se difere da partidarização da magistratura, que ocorre quando o juiz reduz a jurisdição a uma atuação partidária, decidindo com base em seus parâmetros ideológicos, mas de forma avessa à lei. Em qualquer politização do Judiciário, o que se espera é que o juiz sempre assuma a função de um terceiro, afastado dos envolvidos no conflito durante o exercício da jurisdição (CAMPILONGO, 2011, p. 55).

A politização da razão decisória como resultado de uma judicialização degenerada da política pode ser considerada uma politização *sui generis*, pois não se encaixa nos resultados advindos de uma judicialização da política para a

¹⁹⁷ O óbvio normativo no sentido de que os significados dos enunciados normativos não podem ser modificados em razão da literalidade do texto ou, ainda, pela significação pertencer a uma tradição jurídica.

concretização constitucional nem mesmo, nos resultados advindo de um ativismo judicial. Esse mecanismo degenerado de judicializar a política, pode ser explicado por meio das premissas autoritárias schmittianas, caracterizadas como tal, em razão do seu conteúdo.

4.1 SCHMITT, A JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA E A POLITIZAÇÃO DA RAZÃO DECISÓRIA JUDICIAL

Schmitt com seu entendimento de romantização¹⁹⁸ e sobre o declínio da política funciona como um excelente ponto de partida para a discussão que se pretende fazer acerca da judicialização da política e a politização da razão decisória, em razão de que, por mais que na visão de Luhmann os subsistemas político e jurídico conversem entre si, para Schmitt, o político sempre deve

¹⁹⁸ O romantismo schmittiano refere-se a uma crítica sobre a impossibilidade de coexistência do liberalismo com a democracia, que ele reputa ser impossível. Schmitt afirma que “os românticos alemães têm como característica uma ideia bastante original: o eterno discurso” (SCHMITT, 1996, p. 121). Para ele, as ideias liberais numa proposta parlamentarista, de um pluralismo político, se contrapõem com a necessidade de unidade política. Schmitt denominava os direitos fundamentais constantes da Constituição de *Weimar* de compromissos dilatatórios. Para ele, esses compromissos dilatatórios era uma tática de não ter que decidir sobre o assunto, com o intuito de fazer prevalecer seus interesses particulares contra as maiorias parlamentares que eram variáveis. Esse resquício das ideias burguesas de 1789 levavam a não decisão, numa ausência de politização da sociedade e, para Schmitt, quando uma sociedade não decide politicamente, a unidade política deixa de existir, bem como o próprio Estado. Bercovici (2003, p. 16-17) explica que “os partidários da Constituição defendiam os direitos fundamentais como seu conteúdo essencial e os opositores da República os viam como um obstáculo desprezível, um resquício da burguesia liberal do século XIX, que deveria desaparecer na sociedade alemã vindoura. O defensor mais influente desta última concepção foi Carl Schmitt. Em sua Teoria da Constituição (Verfassungslehre), de 1928, ele afirmaria que a Constituição de *Weimar* era uma Constituição por conter decisões políticas fundamentais sobre a forma de existência política concreta do povo alemão. No entanto, ela também possuía em seu texto inúmeros compromissos e obscuridades que não representavam decisão alguma, mas, pelo contrário, cuja decisão havia sido adiada. Schmitt também se preocupou em estabelecer a relação dos direitos fundamentais com a parte organizacional da Constituição, embora considerasse a segunda parte da Constituição de *Weimar* uma proclamação política programada e incoerente (um bloßes programm), realçada com a contradição intrínseca que existiria entre a previsão dos direitos individuais e dos direitos sociais no mesmo texto constitucional. Na sua visão, imperavam dois programas distintos na Constituição de *Weimar*: um, a decisão política, voltado para o Ocidente, representado pelo Estado de Direito burguês da tradição de 1789, que estava consagrado na primeira parte (organizacional) da Constituição. O outro, era o programa político-social da segunda parte, voltado para a União Soviética. Os compromissos da Constituição de *Weimar*, denominados ‘compromissos dilatatórios’ (dilatorischen Formelkompromiß), por Schmitt, seriam fruto das disputas partidárias que adiaram a decisão sobre certos temas e teriam gerado confusão aos intérpretes constitucionais. Afinal, para Carl Schmitt, nestes dispositivos, a única vontade é de não ter, provisoriamente, nenhuma decisão naquele assunto, não sendo possível, portanto, interpretar uma vontade inexistente”.

preponderar sobre o jurídico na pessoa do soberano; o que justifica, inclusive, o estado de exceção.

Para Schmitt, o Estado deveria ser pensado a partir e de acordo com o político, já que este pressupõe a própria existência do Estado. Nesse sentido, a total dependência do Estado ao político, ao soberano, enquanto detentor e expoente da vontade política do Estado, pressupõe um lugar que ao mesmo tempo está dentro e fora do sistema social¹⁹⁹; está acima dele.

Definir soberania como decisão sobre o estado de exceção significa dizer que o ordenamento está à disposição de quem decide. O soberano, assim, está, ao mesmo tempo, dentro e fora do ordenamento jurídico, pois ao utilizar o seu poder de suspender a validade do direito, coloca-se legalmente fora da lei. O estado de exceção se justifica pela situação de ameaça à unidade política, portanto, não pode ser limitado, a não ser que esta unidade deixe de existir. Não se trata do limite político do direito, pois Schmitt recusava a separação entre direito e política. A exceção não poderia se manifestar no limite do direito, pois só ela, exceção, permitiria, para Schmitt, que se chegasse à essência do direito. Em suma, é a exceção que revela o fundamento da ordem jurídica, portanto, da normatividade. A normatividade está, assim, subordinada às condições efetivas de sua instauração, ou seja, às decisões fundadoras da ordem jurídica. (BERCOVICI, 2003, p. 51-52).

Essas decisões fundadoras da ordem jurídica partem do soberano. Schmitt entendia que o pluralismo político e social operado pela Constituição de *Weimar* era contraproducente para a manutenção da unidade política alemã, em razão do parlamento não conseguir alcançar a maioria ou pelo fato da maioria, se constituída, utilizar o direito como instrumento de manutenção do poder. Isso, para ele, ocasionava a neutralização da ordem política.

A política, para Schmitt, é necessária para a unidade política e para própria existência do Estado. Para ele, essa neutralidade política ocasionada pela atuação de índole não decisória do Parlamento faz aproximar a atividade estatal, de natureza política, a uma atividade empresarial em que não existirão “problemas políticos, só tarefas técnicos-organizacionais” (SCHMITT, 1996, p. 129); como ocorre numa grande empresa.

¹⁹⁹ Assim, se o subsistema político deve preponderar sobre os demais subsistemas, entre eles, o jurídico, tudo na pessoa do soberano, não há que se falar em acoplamento estrutural, pois esse pressupõe um limite constitucional que, para Schmitt, também se afasta, pois a pessoa do soberano prepondera ao limite do acoplamento estrutural; a pessoa do soberano prepondera sobre a Constituição.

A análise crítica de Schmitt na releitura de Donoso Cortés²⁰⁰ defende a ditadura, bem como a utilização da exceção por parte do soberano, ante a neutralidade patente do liberalismo, em contraposição ao decisionismo contrarrevolucionário:

Temos que acreditar realmente que o ideal da vida política não é só a discussão entre os membros do Legislativo, mas também entre todo o povo, transformando a sociedade humana num imenso clube em que a verdade se manifesta por si só, por meio da aclamação. Donoso considera isso apenas um método de evitar a responsabilidade e dar uma importância exagerada à liberdade de discurso e de imprensa, para que no final não se precise tomar uma decisão. Assim como o liberalismo discute e transige sobre qualquer detalhe político, ele também quer dissolver a verdade metafísica numa discussão. Sua natureza é negociar, é a insuficiência em compasso de espera, na esperança de que o confronto definitivo, a sangrenta batalha decisiva possa se transformar num debate parlamentar e ser eternamente suspensa através da discussão eterna (SCHMITT, 1996, p. 128).

Mais adiante, Schmitt (1996, p.129) complementa afirmando que nesse eterno debate, característica do liberalismo

a essência da ideia política, a decisão moral exigente, é desviada. Porém, o significado atual daqueles filósofos de Estado contrarrevolucionários está na consequência com que se decidem. Eles valorizam tanto o momento da decisão, que finalmente a ideia de legitimidade, da qual eles partiram, é suprimida. Assim que Donoso Cortés percebeu que a era da monarquia terminara, porque não havia mais reis e ninguém teria a coragem de ser rei à revelia da vontade do povo, ele declarou o fim de seu decisionismo, isto é, exigiu uma ditadura política.

A saída, de acordo com Schmitt, era a institucionalização de um poder neutralizador que conseguisse excluir da ordem política o inimigo, “podendo jogar a legitimidade contra a legalidade”²⁰¹ (BERCOVICI, 2003, p. 67), como

²⁰⁰ Fala-se em releitura de Donoso Cortés depois da mudança do posicionamento dele, a partir de 1920, que, de liberal passou a se apresentar como conservador e teórico da ditadura (Bueno, 2017), um contrarrevolucionário.

²⁰¹ No livro *Ditadura*, Schmitt (2014, p. 7- 9) afirma que; “o ditador tem o direito de fazer tudo o que for apropriado nas circunstâncias reais [nach Lage der Sache]. Aqui não podemos mais perguntar sobre considerações legais, apenas sobre os meios adequados que levariam a um resultado concreto em um caso concreto. É claro que a decisão e o processo podem estar certos ou errados, mas a forma de julgar essas questões está apenas relacionada à questão de saber se os meios, em um sentido muito técnico, são adequados ou não – ou seja, se eles alcançaram seus objetivos. meta. Considerações de direitos opostos, o acordo sobre um terceiro obstrutor, direitos adquiridos pelo canal normal ou por processo judicial hierárquico podem dificultar a ‘questão’; em outras palavras, em um sentido técnico, eles podem ser desagradáveis e errados. Portanto, principalmente em uma ditadura, só rege o objetivo, que fica livre das restrições impostas” (*the dictator is entitled to do everything that is appropriate in the actual circumstances [nach Lage der Sache]. Here we can no longer ask about legal considerations, only about the appropriate means that would lead to a concrete result in a concrete case. Of course, the decision and the proceedings may be right or wrong, but the way to judge these matters is only related to the question whether the means, in a very technical sense, are appropriate or not – that is, whether they have achieved their goal. Considerations of opposing rights, the agreement*

concretização da utilização da exceção como forma soberana de decisão de manter a unidade política. Bassok (2020, p. 137) expõe que como Schmitt defendia que o presidente, o soberano era o guardião da Constituição, somente ele gozava de uma confiança do povo a ponto de poder contrariar uma decisão política tomada por eleitos e proteger a decisão política do povo. Por isso, para Schmitt, a legitimidade possuía mais valor que a legalidade.

Por mais que pareça contraditório²⁰², eis que Schmitt era um crítico à Constituição de *Weimar*, ele se baseava no artigo 48 da Constituição para legitimar a atuação soberana num momento de exceção. Previa o artigo 48 da Constituição de *Weimar*:

Artigo 48. Se um estado não cumprir com as obrigações impostas a ele pela Constituição ou as leis do *Reich*, o Presidente do *Reich* pode usar

concerning an obstructing third party, rights acquired through the normal channel or by hierarchical legal proceedings can hinder the 'matter'; in other words, in a technical sense, they can be obnoxious and wrong. Therefore, especially in a dictatorship, only the goal governs, which is freed from restrictions imposed). E, complementa: “Do ponto de vista de uma compreensão puramente técnica do Estado, não faz sentido ter um valor incondicional independente do valor intrínseco do direito. Tal valor não tem interesse na lei, mas apenas na conveniência da função do Estado – ou seja, no mero executivo, que não é condicionado de antemão por nenhuma norma no sentido jurídico. Além do racionalismo e do puro tecnicismo, encontramos aqui a terceira ligação com a ditadura: dentro do Executivo, os órgãos de execução devem se curvar incondicionalmente ao interesse do que é um processo tecnicamente impecável. É preciso obedecer – ainda que não cegamente, mas imediatamente – não apenas ao que é eminentemente executivo, ou seja, os militares; o mesmo vale para a execução de uma sentença judicial” (*From the position of a purely technical understanding of the state, it does not make sense to have an unconditional value that is independent from the intrinsic value of law. Such a value has no interest in the law, but only in the expediency of the function of the state – that is, in the sheer executive, which is not conditioned in advance by any norm in the legal sense. Apart from rationalism and pure technicality, we can find here the third connection with dictatorship: within the executive, the organs of execution must bow unconditionally to the interest of what is a technically flawless process. One has to obey – even if not blindly, nevertheless immediately – not only what is pre-eminently executive, namely the military; the same goes for the execution of a judicial judgement), ou seja, a legalidade e a legitimidade- como numa democracia parlamentar- não devem ser preocupações afetas ao que dita, ao ditador. Em outro trecho do livro (2014), Schmitt fortalece a ausência de discussão sobre a legitimidade, porquanto o questionamento sobre a legalidade da atuação do ditador já foi por ele afastada. Schmitt afirma que a ditadura não depende de acordo, aceitação ou percepção de quem se dirige a ordem do ditador (*The word 'dictatorship' is used here to designate a kind of commandment that, by definition, is not dependent upon any agreement or insight of the party being addressed and does not wait for his/her acceptance).**

²⁰² Uma aparente contradição, pois a Revolução de 1918, produto da Primeira Guerra Mundial e a assinatura do Tratado de Versalhes, mantiveram uma estrutura de poder pertence à Alemanha anterior à Revolução, como a manutenção do exército, Judiciário, a burocracia e os estabelecimentos de ensino e religiosos. “*Furthermore, the so-called revolution of 1918 in effect amounted to little more than a political and constitutional revolution, from Empire to Republic, but it – crucially – failed to effect radical changes in the socioeconomic structure of Germany, nor did it reform key elites. Army, bureaucracy, judiciary, educational and religious establishments, retained their positions of power and influence – and used them to speak and act in the main against the new Republic*”, Fulbrook (2019, p. 197)

a força armada para fazer com que ela se cumpra. No caso de a segurança pública estar seriamente ameaçada ou perturbada, o Presidente do *Reich* poderá tomar as medidas necessárias para reestabelecer a lei e a ordem, usando de força armada caso necessário. Na consecução desse objetivo, ele poderá inclusive suspender os direitos civis descritos nos artigos 114, 115, 117, 118, 123, 124 e 154, parcial ou totalmente. O Presidente do *Reich* deve informar ao *Reichstag*²⁰³ imediatamente sobre todas as medidas que estão baseadas nos parágrafos 1 e 2 do presente artigo. As medidas têm de ser imediatamente suspensas caso o *Reichstag* assim o exigir. Se o perigo for iminente, o governo estatal pode, pelo seu território específico, implementar medidas como as descritas no parágrafo 2. No entanto, essas medidas devem ser suspensas caso demandado pelo Presidente do *Reich* ou pelo *Reichstag*. Mais detalhes estão previstos na lei do *Reich*²⁰⁴.

O artigo 48 demonstrava que a Constituição de *Weimar* ainda trazia consigo característica imperialista da Alemanha monárquica. Para Bueno (2017), o presidente poderia, enquanto chefe de Estado, dissolver o parlamento, decretar estado de emergência, suspender os direitos civis, a privacidade, o direito de reunião e a liberdade de expressão. *Fulbrook* (2019) explica que numa aparência democrática da Constituição de *Weimar*, o presidente, eleito para um mandato de sete anos, poderia dissolver o parlamento, convocar novas eleições, demitir chanceleres e ainda, governar por meio de decretos²⁰⁵.

Já que a “ditadura é o oposto da decisão” (SCHMITT, 1996, p. 128), a defesa da ditadura feita por Donoso Cortés passou a ser trabalhada publicamente por Schmitt em 1930 (BUENO, 2017, p. 85), no sentido de afastar o problema da legitimidade na decisão, - porquanto, já havia afirmado, na justificativa do estado de exceção, que se poderia jogar a legitimidade contra a legalidade (BERCOVICI, 2003, 67)- eis que “é mais importante que as decisões sejam tomadas do que a maneira como elas são tomadas. *‘Notre intérêt n’est point qu’une question soit décidée de telle ou telle manière, mais qu’elle le soit sans retard et sans appel’* (Nosso interesse não é que uma questão seja decidida dessa ou daquela maneira, mas que ela o seja sem protelações e sem apelos).

²⁰³ Parlamento.

²⁰⁴ Tradução livre de BUENO (2017, p. 63).

²⁰⁵ Tradução livre do trecho do livro de Fulbrook (2019, p. 201): “A President was to be elected by direct popular vote for a period of seven years, and, as a sort of ‘substitute emperor’ (*Ersatzkaiser*), the President had considerable powers. These included the right to appoint and dismiss chancellors, the right to dissolve parliament and call new elections, and the right to call national referenda. Ultimately the most notorious of the Weimar President’s powers was embodied in Article 48 of the constitution: the right to rule by emergency decree”.

Na prática, para ele²⁰⁶ dá no mesmo: não estar sujeito a nenhum equívoco e a nenhuma reclamação sobre possíveis erros; o essencial é que nenhuma instância superior o examine” (SCHMITT, 1996, p. 123).

A defesa da ditadura por Schmitt, a partir de Cortés, se deu em razão da verificação de que o liberalismo era incapaz de resolver e de enfrentar grandes desafios, pois era “destituído da percepção dos valores ínsitos ao processo de centralização de poderes” (BUENO, 2017, p. 87). Para ele, a decisão basta por si e, por isso, ela é “sempre qualitativamente superior do que o puro não decidir”.

Essa afirmação se dá em razão de que se imputava ao liberalismo parlamentar alemão, instituído pós-revolução, de 1918 e Constituição de *Weimar*, de 1919, o romantismo alemão, ou seja, imputava-se ao liberalismo parlamentar alemão um compromisso dilatatório vez que não decidia sobre assuntos importantes para o Estado, por causa da neutralidade política. A afirmação acima, de Schmitt, é intimamente intransigente e compatibilizada com o autoritarismo (BUENO, 2017)

Nessa defesa aberta e pública da ditadura baseada nas ideias contrarrevolucionárias de Donoso Cortés, o escopo sobre ditadura e democracia schmittiana toma corpo tendo como principal característica a unidade política; entendendo-se como qual, a homogeneidade política e a ausência de heterogeneidade social.

Se para Schmitt, a democracia é a identidade entre governantes e governados, no sentido da homogeneidade política (diferente da ideia de pluripartidarismo) e a ausência de heterogeneidade social, pode-se afirmar que a ditadura democrática schmittiana²⁰⁷ se compatibiliza, justamente pela ausência de debates, em que toda a decisão política parte do soberano, que decide sobre o que é o melhor para a manutenção da existência do Estado²⁰⁸.

²⁰⁶ Fazendo referência à de Maistre, pensador contrarrevolucionário que, juntamente, com as ideias de Donoso Cortés influenciaram Schmitt em seu pensamento sobre a unidade política e sobre a ditadura.

²⁰⁷ Para ele há possibilidade de trabalhar, concomitantemente, ditadura e democracia, porquanto não são antagônicas.

²⁰⁸ Para a manutenção da unidade política, da existência do Estado, a ditadura pode ignorar a lei com o intuito de salvá-la, (*The justification for dictatorship consists in the fact that, although it ignores the existing law, it is only doing so in order to save it*) (SCHMITT, 2014, edição do Kindle), até porque, o ditador é o representante do povo que busca a identidade entre governantes e governados, a unidade política e a exclusão da heterogeneidade social.

4.2 A DITADURA SCHMITTIANA, O ARTIGO 48 DA CONSTITUIÇÃO DE WEIMAR E O FUNDAMENTO PARA O ESTADO DE EXCEÇÃO

Para a defesa de sua ditadura democrática, Schmitt classifica a ditadura como ditadura soberana e ditadura comissária. Para ele (2014), a ditadura foi uma sábia invenção romana que ocorreu quando um magistrado romano ficou com a responsabilidade de manter o império em período de insegurança.

Schmitt, justificando a existência e necessidade da ditadura em Maquiavel, afirma que, se os homens são maus, irracionais, não se pode negociar, debater com eles. Assim, os humanos precisam de alguém com superioridade racional para ditar as regras e guiar a irracionalidade, pois “*only the rational can really lead and act*²⁰⁹” (SCHMITT, 2014), em busca do bem comum e de garantia da liberdade; o que justifica a utilização do velho ditado de que fatos extraordinários exigem medidas extraordinárias²¹⁰.

Partindo desse fundamento de justificativa para a defesa da ditadura, Schmitt trabalha o conceito da ditadura comissária. Para ele, a ditadura comissária é a que ocorre quando uma pessoa pública, com base na vontade do soberano²¹¹, atua para um fim determinado. Nessa atuação excetua-se atos

²⁰⁹ Somente o racional pode liderar e agir.

²¹⁰ Essa justificativa foi utilizada pelo TRF4 no julgamento da PA n. 0003021-32.2016.4.04.8000/RS, quando algumas medidas de exceção do ex-juiz Sérgio Moro foram questionadas (verificar nota de rodapé n. 75).

²¹¹ Aqui é salutar demonstrar a diferença que Schmitt faz entre um oficial (o atual servidor público) e o ditador comissário. A grande diferença entre os dois é base legal de sua atuação. O primeiro, deve atuar com base legal, num determinado caso concreto e, por isso, a sua atuação independe da vontade do soberano. Já o segundo, não possui a independência com o soberano, pois age para a resolução de determinado caso concreto desejado pelo soberano, tendo como base da sua atuação os seus cidadãos-não incluindo o soberano-, e estrangeiros. Entretanto, possui mais independência de atuação, visto que não está limitado pela lei na atuação concreta: “*The difference between the regular duty of the official and commission is that the former has a legally circumscribed content, and therefore (generally speaking) a restricted one, by which it is disconnected from any place or time – from the occasion, in other words from the particular or special circumstances of the case at stake. As a result, though, the regular official is bound to the law, and the decision he makes, in each individual case, is just the concretisation of a decision already entailed by the law. The way he will decide, in contrast to that of the commissar, will depend entirely upon the concrete case. It seems that the commissar is less bound, and therefore freer than the regular official, who is circumscribed by the framework of a normative and legislative remit. The reason why Bodin nevertheless portrays the official as being free and the commissar as being dependent is that awareness of an objective content is intermingled with the understanding of an official mandate of the functionary of the state. Since the law is the basis of the duty of a regular official, the latter is more independent from the sovereign, who cannot change anything in terms of the remit of the mandate without suspending the law; whereas the commissar, like a privately hired executive, remains dependent, in every particular instance, upon the one who commissions. The commissar lacks the automatic self-empowerment that lies in the legal definition of responsibility, whereas the office holder may not directly obtain it by law, but he*

que possam colocar em risco a própria escolha fundamental, como decisão política fundamental. Sua atuação é limitada ao fim desejado pelo soberano. Sob o ponto de vista legal, a atuação do ditador é ilimitada²¹², podendo suspender as leis constitucionais, quando a necessidade concreta assim exigir.

Na prática, a ditadura comissária suspende a Constituição para protegê-la – a mesma – em sua forma concreta. O argumento tem sido repetido desde então – em primeiro lugar por Abraham Lincoln: quando o corpo da Constituição está sob ameaça, deve ser salvaguardado através de uma suspensão temporária da Constituição. A ditadura protege uma Constituição específica contra um ataque que ameaça a aboli-la. A autonomia metodológica, como problema jurídico, do problema da implementação da lei torna-se aqui mais evidente. As ações do ditador devem criar uma condição na qual a lei possa ser realizada, pois toda norma jurídica pressupõe uma condição normal como meio homogêneo em que é válida. Portanto, a ditadura é um problema da realidade concreta sem deixar de ser um problema jurídico. A Constituição pode ser suspensa sem deixar de ser válida, pois a suspensão representa apenas uma exceção concreta (SCHMITT, 2014, p. 118)²¹³.

A defesa de se poder suspender a Constituição para protegê-la, baseia-se na diferença entre Constituição e leis constitucionais. Parece despidiêda essa distinção para o entendimento de ditadura comissária, mas ante a sua diferença principal para a ditadura soberana²¹⁴, é preciso distinguir Constituição de lei constitucional.

obtains it at least indirectly, through his actual role [Reflexwirkung]. From an outsider's perspective, however great the power of the commissar may be, he remains nevertheless a direct tool of the concrete and alien will of someone else. One might even say that the legal restriction guarantees the official's independence, and this independence will increase if he is doing nothing but applying the law to the concrete case". (SCHMITT, 2014, p. 28-29).

²¹² Pois para ele (SCHMITT, 2014, p. 205), a ditadura é sempre uma anormalidade e a circunscrição de esferas de autoridade permanece dependente da situação real, ou seja, fica a critério de um autor e sua extensão é de fato, não avaliável, porque nenhuma limitação razoável se desenvolveu ao longo do tempo nesta área, como se desenvolve em uma situação de normalidade.

²¹³ Tradução livre de: "In practice [in concreto] the commissary dictatorship suspends the constitution in order to protect it – the very same one – in its concrete form. The argument has been repeated ever since – first and foremost by Abraham Lincoln: when the body of the constitution is under threat, it must be safeguarded through a temporary suspension of the constitution. Dictatorship protects a specific constitution against an attack that threatens to abolish this constitution. The methodological autonomy, as a legal problem, of the problem of law implementation becomes most evident here. The dictator's actions should create a condition in which the law can be realised, because every legal norm presupposes a normal condition as a homogeneous medium in which it is valid. Therefore dictatorship is a problem of concrete reality without ceasing to be a legal problem. The constitution can be suspended without ceasing to be valid, because the suspension only represents a concrete exception".

²¹⁴ Enquanto na ditadura comissária suspende-se a Constituição para o reestabelecimento da ordem e a sua aplicação numa situação de normalidade, a ditadura soberana tem por fim a

Nessa diferenciação schmittiana, a Constituição refere-se à escolha política fundamental e as leis constitucionais são as normativas que se encontram na Constituição, mas não se referem à escolha política fundamental.

Schmitt (2008)²¹⁵ entende que existem dois tipos de Constituição: a Constituição, em sentido concreto e a Constituição, no sentido normativo. No sentido concreto, a Constituição representa a unidade e ordem política e social de um Estado; o fundamento de existência do Estado, como a forma de Estado. No sentido normativo, a Constituição é uma lei constitucional; não trata da escolha política fundamental, mas de uma norma como comando superior às demais normas, por representar a vontade do poder constituinte. Essas poderiam ser suspensas pelo ditador comissário.

Nesse sentido, se o ditador comissário pudesse suspender a Constituição, ou seja, a escolha política fundamental, estaria aniquilando o próprio mandatário de sua atuação comissária e, portanto, o fim de sua atuação excepcional. Isso se justifica na afirmação de Schmitt, de que a atuação ditatorial é sempre uma reação de defesa, nunca de ação, mas sempre de reação (SCHMITT, 2014, p. 118).

criação de uma situação em que se torne possível o estabelecimento de um nova Constituição, com a ab-rogação da anterior.

²¹⁵ Em Teoria Constitucional (2008), Schmitt explica que a Constituição em seu sentido absoluto, concreto, demonstra a escolha política fundamental de um Estado, em que a Constituição é a alma, a existência do Estado; há determinação sobre governança e sua organização; forma de Estado (The constitution is a special form of rule, which is part of every state and not detachable from its political existence, for example, monarchy, aristocracy, or democracy, or however one intends to divide up state forms. Constitution is the equivalent of state form) (SCHMITT, 2008, p. 60). Ainda, em sentido concreto, a Constituição é considerada a forma formarum; a forma pela qual a unidade e ordem política e social integram-se dinamicamente às necessidades e mudanças sociais e políticas. No sentido normativo, relativo, a Constituição não envolve conteúdo sobre a escolha política fundamental, mas sim, envolve o aspecto formal de uma norma considerada constitucional, no sentido da norma estar prevista na Constituição (*Constitution in a relative sense, therefore, means the individual constitutional law. Every substantive and factual distinction is lost due to the dissolution of the unified constitution into a multitude of individual, formally equivalent constitutional laws. Whether the constitutional law regulates the organization of the state will or has any other content is a matter of indifference for this "formal" concept. It is no longer generally asked why a constitutional provision must be "fundamental." Moreover, this relative, so-called formal perspective, makes everything indistinguishable, renders equal whatever is in a "constitution." In other words, it makes everything equally relative*) (SCHMITT, 2008, p. 67), inclusive, no que concerne à exigência formal, escrita, para a alteração da lei constitucional (*Qualified Alterability as a Formal Characteristic of the Constitutional Law. The formal, defining marker of the constitution and (indiscriminately) of the constitutional law is found in the fact that constitutional changes are subjected to a special procedure with qualified conditions. Through the qualified amendment conditions, the duration and stability of constitutional law should be protected and the "legal status of the law" elevated*) (SCHMITT, 2008, p. 71).

Se a ditadura comissária é temporária, em razão de uma situação de insegurança e de crise ocasionais, quando a ocasionalidade transforma-se em continuidade, a justificativa da ditadura comissária deixa de existir, porquanto a exceção passa a ser a regra, eis que a situação de risco, quando contínua²¹⁶, impõe a necessidade de instauração de uma nova ordem política, social e, portanto, constitucional.

A transição de uma ditadura comissária para uma ditadura soberana exige uma situação de crise contínua, que cria uma situação que possibilita o estabelecimento de uma nova Constituição.

Do ponto de vista da ditadura soberana, toda a ordem existente é uma situação que a ditadura resolverá por meio de suas próprias ações. A ditadura não suspende uma constituição existente por meio de uma lei baseada na constituição – uma lei constitucional; em vez disso, procura criar condições nas quais uma constituição – uma constituição que considera a verdadeira – seja possível (SCHMITT, 2014, p. 119)²¹⁷.

E o estabelecimento dessa crise contínua foi propiciada pela própria Constituição de *Weimar*, com a redação dos artigos 48, 47 e 25 que, em conjunto normativo, possibilitou ao Presidente um superpoder, que poderia ser utilizado quando da intenção presidencial de se estabelecer uma rotina de exceção como necessidade para a manutenção da unidade política e homogeneidade social; eis que essa necessidade se pautava num critério subjetivo de normalidade e de anormalidade social e, portanto, política²¹⁸.

²¹⁶ Carvalho (2012, 15), explica que a transição da ditadura comissária para a ditadura soberana ocorre quando a situação de risco, que ensejou a ditadura comissária, se mantém numa situação de continuidade, o que enseja a instauração de uma nova ordem política, social e constitucional: “A cadeia de eventos poderia ser assim resumida: situação de normalidade-legalidade ordinária; situação de risco-ditadura comissária; continuidade de risco/crise estrutural profunda com a queda do Estado, com o soberano impondo uma nova ordem”; o que pode explicar uma atuação de criar ou prolongar uma crise em nome da preservação da ordem política, social e democrática, mas com o intuito ditatorial; assunto que será tratado no tópico sobre o protótipo de uma narcisismo schmittiano.

²¹⁷ Tradução livre do trecho: “*From the perspective of sovereign dictatorship, the entire existing order is a situation that dictatorship will resolve through its own actions. Dictatorship does not suspend an existing constitution through a law based on the constitution – a constitutional law; rather it seeks to create conditions in which a constitution – a constitution that it regards as the true one – is made possible*” (SCHMITT, 2014, p. 119).

²¹⁸ Saliente-se que, conforme afirmado por Fulbrook (2019, p. 197), mesmo com a Revolução de 1918 e com a Constituição de *Weimar*, em 1919, as estruturas de poder alemãs foram mantidas; o que, com as dificuldades econômicas vindas desde a assinatura do Tratado de Versalhes, no final da primeira guerra mundial, bem como, com a piora econômica mundial com a crise de 1929, foi estabelecido e entendido que o momento era de insegurança política e social, o que

De acordo com Godoy e Sarlet (2021, p.180), a Constituição de *Weimar* autorizava a dissolução do Parlamento pelo Presidente, ainda que pelo menos uma vez. Afirmam que, nesse caso, o Presidente deveria providenciar novas eleições no prazo de 60 dias²¹⁹.

O artigo 48, apesar de prever que a suspensão de direitos deveria ser comunicada ao Parlamento – que exerceria uma espécie de controle- poderia ser enfraquecido pela atuação prévia do Presidente, baseada no disposto no artigo 25 da Constituição de *Weimar*, que autorizava a dissolução do parlamento por ele. Desta forma, antes mesmo de suspender os direitos, conforme a previsão do artigo 48, o Presidente poderia, com base no artigo 25, dissolver o Parlamento, aniquilando a possibilidade do controle citado do artigo 48. Soma-se a isso, a previsão do artigo 47 da Constituição de *Weimar* que dispunha que o Presidente possuía o comando supremo sobre todas as forças armadas alemãs²²⁰.

4.2.1 A concretização schmittiana na degeneração do Direito

Interessante que, antes mesmo de ter sido possibilitado à Hitler a utilização desse superpoder, conforme previsão e análise do conjunto normativo dos artigos 25, 47 e 48 da Constituição de *Weimar*, ele já entendia estar presente na Alemanha, desde a assinatura do Tratado de Versalhes- quando do fim da

autorizou, inclusive, com o apoio popular, as medidas de exceção previstas nos artigos 25, 47 e 48 da Constituição de *Weimar*. Silva e Lopes (2017, p. 74), explicam que “forças conservadoras não toleravam o novo sistema político. Evidência disso pode ser visto na eleição vitoriosa do marechal Hindenburg, a partir do falecimento de Friedrich Ebert em 28 de fevereiro de 1925. Aos 77 anos de idade, ele foi eleito para liderar a República, a qual mostrava pouca simpatia. Apesar disto, buscou apoiar as políticas inauguradas por Stresemann até o ano de sua morte em 1929, ainda assim seus poderes presidenciais seriam explorados por inescrupulosos antirrepublicanos”. A característica antirrepublicana de Hindenburg ajudou Hitler a ascender ao poder, utilizando desses superpoderes, característica do conjunto normativo dos artigos 47, 48 e 25 da Constituição de *Weimar*.

²¹⁹ O artigo 25 da Constituição de *Weimar* dispunha que o Presidente do *Reich* poderia dissolver o *Reichstag* apenas uma vez pelo mesmo motivo e que, nesse caso, a nova eleição deveria ocorrer, no mais tardar, no sexagésimo dia após a dissolução. (Tradução livre do texto “*Der Reichspräsident kann den Reichstag auflösen, jedoch nur einmal aus dem gleichen Anlaß. Die Neuwahl findet spätestens am sechzigsten Tage nach der Auflösung statt*”, previsto em Godoy e Sarlet (2021, p. 180).

²²⁰ Tradução livre do artigo 47, da Constituição de *Weimar* que dispunha que: “*Der Reichspräsident hat den Oberbefehl über die gesamte Wehrmacht des Reichs*”, constante em Godoy e Sarlet (2021, p. 174).

primeira guerra mundial- uma situação de insegurança à unidade política e social.

Isso fica claro em trecho do livro *Minha Luta*, de Hitler (1925), quando ele já descrevia e responsabilizava os culpados pela desgraça, sobretudo econômica, que a Alemanha passaria anos depois, a partir de 1930.

Hitler (1925), já justificava seu subjetivismo sobre a existência de insegurança política e social na sua atuação na década de 30, quando da colonização alemã, ainda em 1912. Dentre as críticas sobre a colonização interna -consequência da ação de se aliar a Áustria antes da primeira guerra-, como argumento de existência de dificuldades econômicas de um país, afirmava que ela poderia trazer prejuízos inimagináveis, em razão de impossibilidade de terra e alimentos para todos.

Quando um povo se limita à colonização interna, enquanto outras raças se agarram a cada vez maiores extensões territoriais, será forçado a restringir as suas necessidades, em uma época em que os outros povos ainda se acham em constante multiplicação. Esse caso dá-se tanto mais cedo quanto menor for o espaço à disposição de um povo. Como, porém, em geral, infelizmente, as melhores nações, ou mais corretamente falando, as únicas raças verdadeiramente culturais, portadoras de todo o progresso humano, muitas vezes se resolvem na sua cegueira pacifista a desistir de nova aquisição de solo, contentando-se com a colonização "interna", nações inferiores sabem assegurar-se enormes territórios. Tudo isso conduz a um resultado final: As raças culturalmente melhores, mas menos inexoráveis, teriam de limitar a sua multiplicação, por força da limitação do solo, ao passo que os povos culturalmente mais baixos, naturalmente mais brutais, ainda estariam, em consequência da maior superfície disponível, em condições de se reproduzirem ilimitadamente, por outras palavras, dia viria em que o mundo passaria a ser dominado por uma humanidade culturalmente inferior, porém mais enérgica. Assim, para um futuro não muito remoto, só há duas possibilidades: ou o mundo será governado nos moldes de nossas modernas democracias e então o fiel da balança decidirá a favor das raças numericamente mais fortes, ou o mundo será – governado segundo as leis da ordem natural e vencerão então os povos de vontade brutal e, por consequência, não a nação que se limita a si mesma. O que ninguém poderá duvidar é que o mundo será exposto às mais graves lutas pela existência da humanidade. No fim, vence sempre o instinto da conservação. Sob a pressão deste, desaparece o que chamamos espírito de humanidade como expressão de uma mistura de tolice, covardia e pretensa sabedoria, tal qual a nave ao sol de março. A humanidade tornou-se grande na luta eterna, na paz eterna ela perecerá. **Para nós, alemães, porém, a senha da colonização interna já é funesta,** pois, entre nós, ela imediatamente reforça a opinião de termos achado um meio que, de acordo com o espírito pacifista, permite podermos numa vida de torpor, "ganhar" a existência. Essa doutrina, tomada a sério entre nós, significa o fim de todo o esforço no sentido de conservarmos no mundo o lugar que nos compete. Desde que o alemão médio se tenha convencido de poder garantir-se por esse meio

a vida e o futuro, qualquer tentativa de uma interpretação ativa e, portanto, frutuosa, das necessidades vitais da Alemanha estaria perdida. Toda política externa verdadeiramente útil poderia ser considerada impossível com uma tal opinião da nação, e, com isso, o futuro do povo alemão estaria prejudicado. **Tendo-se em vista essas conseqüências, deve-se concordar que não é por acaso que, em primeira linha, são sempre os judeus que procuram e sabem inocular, no espírito do povo, tão perigosas idéias, aliás mortalmente perigosas. Eles conhecem muito bem as pessoas com que têm de tratar para não saberem que essas são vítimas agradecidas de qualquer charlatão que lhes diga haver sido descoberto o meio de enganar a natureza, de modo a tornar supérflua a dura e inexorável luta pela existência, para, em seu lugar, ora com trabalho ou mesmo sem nada fazer, conforme calha a cada um, assenhorear-se do planeta (...)** O Estado judaico nunca teve fronteiras, nunca teve limites no espaço, mas era unido pela raça. Por isso, aquele povo sempre foi um Estado dentro do Estado. Foi um dos mais hábeis ardis já inventados o de encobrir-se aquele Estado sob a capa de religião, obtendo-se assim a tolerância que o ariano sempre estendeu a todos os credos. A religião mosaica nada mais é que uma doutrina para a conservação da raça judaica. Por isso ela abraça quase todos os ramos do conhecimento sociológico, político e econômico que lhe possam dizer respeito. (HITLER, 1925, p. 85- 94). (grifo nosso).

Com a primeira guerra mundial eclodindo e com o ressentimento da política de colonização interna, que aumentou a participação dos judeus na sociedade-, o subjetivismo de Hitler sobre a existência de um estado de insegurança jurídica se fortaleceu, principalmente, após o final da grande primeira guerra, com a assinatura do Tratado de Versalhes.

Durante a guerra, Hitler, ainda soldado, começou a se interessar pela política do país, sob o argumento de que “havia duas coisas que então me aborreciam intimamente e eram por mim consideradas prejudiciais à causa da nação”, como a cultura semita e o marxismo, em que “a corja de agitadores judeus”, “piolharia comunista” (HITLER, 1925, p. 103-105) deveria ter sido extirpada da sociedade alemã quando da guerra.

Ao invés disso, sua Majestade, o Kaiser, estendia a mão a esses criminosos, dando, assim, oportunidade a esses pérfidos assassinos da nação de voltarem a si e de recuperarem o tempo perdido. A víbora, podia, pois, recomeçar o seu trabalho, com mais cautela do que antes, porém de maneira mais perigosa. Enquanto os honestos sonhavam com a paz, os criminosos traidores organizavam a revolução” (HITLER, 1925, p. 105)

Neste momento, a ideia de dizimação do que ele considerava como doutrina surge, mesmo que com o uso de violência²²¹.

Quase no final da primeira guerra, Hitler já tinha como estabelecido a situação de existência concreta de insegurança política e social. Conforme verificou-se alguns anos após, Hitler somente precisava de uma possibilidade legal de resolver a situação. Em 1917, Hitler já havia se deparado com as dificuldades econômicas da Alemanha e se decidido sobre a causa: os judeus²²².

Assim é que, na realidade, já no ano de 1916 para 1917, quase toda a produção se achava sob o controle dos financistas judeus. Contra quem, porém, se dirige o ódio do povo? Nessa época, eu via com pavor aproximar-se uma calamidade que, se não fosse desviada em tempo oportuno, teria de provocar a debacle. Enquanto o judeu roubava a nação inteira e a oprimia sob o seu jugo, instigava-se o povo contra os "Prussianos". Como no front, também aqui não se tomavam providências contra essa propaganda venenosa (...)...Minhas noções políticas pessoais estavam fixadas desde o começo. Eu odiava essa corja de miseráveis partidários traidores da nação. Há muito tempo eu tinha compreendido que para esses tratantes não se tratava do bem da nação e sim de encher os seus bolsos vazios. E o fato de eles estarem dispostos a sacrificar a Nação inteira por esse fim e de permitir, se necessário fosse, a destruição da Alemanha, fez com que perante meus olhos merecessem a força. Tomar em consideração os

²²¹ "A primeira de todas as condições para uma luta pela força bruta é a persistência. Isto quer dizer que só há possibilidade de êxito no combate a uma doutrina quando se empregam métodos de repressão uniformes e sem solução de continuidade. Fazendo-se, entretanto, indecisamente, alternar a força com a tolerância, acontecerá que, não só a doutrina a ser destruída conseguirá fortificar-se, mas também ela ficará em situação de tirar novas vantagens de cada perseguição, pois que, passada a primeira onda de compressão, a indignação pelo sofrimento lhe trará novos adeptos, enquanto os já existentes se conservarão cada vez mais fiéis. Mesmo aqueles que tinham abandonado as fileiras, passado o perigo, voltarão a elas. A condição essencial do sucesso é a aplicação constante da força. A continuidade é, porém, sempre o resultado de uma convicção espiritual determinada. Toda força que não provém de uma firme base espiritual torna-se indecisa e vaga. A ela faltará a estabilidade que só poderá repousar em certo fanatismo. Emana da energia e decisão bruta de um indivíduo. Está, porém, sujeita a modificações de acordo com as personalidades que a aceitam, isto é, com a força e o modo de ser de cada um. Além disso, há a considerar outra coisa: toda concepção universal, seja ela religiosa ou política - às vezes é difícil estabelecer a linha divisória - luta menos pela destruição negativa do mundo de ideias contrárias do que pela vitória positiva de suas próprias ideias. A luta consiste assim, menos na defensiva, do que na ofensiva. Entretanto, ela ainda leva uma vantagem, pois tem o seu objetivo determinado, isto é a vitória da própria ideia, enquanto, inversamente, é difícil determinar quando está atingido o fim negativo da destruição da doutrina inimiga. Aqui também a decisão pertence ao ataque e não à defesa. A luta contra uma força espiritual por meios violentos só é uma defesa enquanto as armas não são elas mesmas portadoras e disseminadoras de uma nova doutrina". (HITLER, 1925, p. 106).

²²² Quando da Revolução de 1918, Hitler afirmou que: "Finalmente me convenci que o que havia acontecido era o que eu havia sempre temido. Somente não tinha podido acreditar. O imperador Guilherme II tinha sido o primeiro imperador alemão que tinha oferecido a mão à conciliação com os líderes do marxismo, sem se lembrar que bandidos não têm honra. Enquanto eles seguravam a mão do imperador com a outra procuravam o punhal. Com judeus não se pode pactuar. Só há um pró ou um contra. Eu, porém, resolvi tornar-me político" (HITLER, 1925, p. 126).

seus desejos significava sacrificar os interesses do povo trabalhador em favor de alguns batedores de carteira. Só se poderia satisfazer os seus desejos no caso de se estar decidido a abrir mão da sorte da Alemanha (HITLER, 1925, p. 119- 122).

Com a revolução de 1918, com o fim da primeira grande guerra e com a assinatura do Tratado de Versalhes e as suas consequências econômicas para a Alemanha, bem como, a ascensão de Hitler ao poder, enquanto chanceler, a chance de utilização do conjunto normativo, resultantes da análise dos artigos 25, 47 e 48 da Constituição de *Weimar*, se concretizou.

Na defesa do estado nacional pela linha schmittiana do antiparlamentarismo e, tendo em vista a unidade política defendida como condição de existência do Estado-inclusive na pessoa do soberano²²³, Hitler defendia que o estado nacional deveria ser, em essência, antiparlamentarista com a ideia de que “nas pequenas coisas como nas grandes, o movimento baseia-se no princípio da indiscutível autoridade do chefe, combinada a uma responsabilidade integral” (HITLER, 1925, p. 207).

A conjunção dos artigos 25, 47 e 48, da Constituição de *Weimar* coaduna-se com a defesa do Estado Nacional, que seguiu uma espécie de cartilha schmittiana, principalmente sob o aspecto da existência de um poder soberano antiparlamentarista.

Para alcançar esse desiderato, de ser soberanamente antiparlamentarista, baseado no nacional socialismo e no racismo (ariano), o Estado teria que se organizar de forma que o seu funcionamento fosse harmônico com os seus objetivos, sempre com a característica de um valor individual, benfeitor de uma determinada sociedade; em que o Governo deveria se basear no princípio da personalidade.

Na sua organização, o Estado, desde os lugares mais modestos até aos postos mais elevados da coletividade, deve basear-se **no princípio da personalidade**. Não deve haver maiorias tomando decisões, mas sim um corpo de pessoas responsáveis. A palavra "Conselho" reverterá assim à sua antiga significação. Cada um poderá ter conselheiros a seu lado, mas a decisão caberá sempre a uma pessoa. (...) Os parlamentos em si são necessários, antes de tudo porque neles têm oportunidade de se afirmar os valores individuais, a que, mais tarde, se podem confiar missões de responsabilidade. Resulta o seguinte: O Estado racista, em nenhum dos setores, terá um corpo de representantes que possa

²²³ Na célebre frase de Schmitt (2006, 07): “soberano é quem decide sobre o estado de exceção”.

resolver por meio da maioria de votos, mas apenas Conselhos consultivos que auxiliam o chefe escolhido e, por intermédio desse, tomarão parte nos trabalhos e, de acordo com as necessidades, aceitarão responsabilidades incondicionais, nas mesmas condições em que age o chefe ou presidente nas grandes questões. O Estado racista não tolera que homens cuja educação ou ocupação não lhes tenha proporcionado conhecimentos especiais, sejam convidados a dar conselhos ou a julgar, o corpo representativo do Estado será dividido em comitês políticos e comitês profissionais permanentes. A fim de obter uma cooperação vantajosa entre os dois haverá sobre eles um Senado permanente. **Mas nem o Senado nem a Câmara terão poderes para tomar resoluções; eles são designados para trabalhar e não para decidir. Os seus membros individuais podem aconselhar, mas nunca resolver. Essa prerrogativa é da competência exclusiva do presidente responsável do momento. Esse princípio de absoluta aliança da responsabilidade com a autoridade pouco a pouco tornará possível a escolha de um líder, o que, hoje, é absolutamente impossível em face da irresponsabilidade do parlamento (...)** no que diz respeito à possibilidade de pôr em prática essa doutrina, devo lembrar que nem sempre o princípio da maioria de Votos dos parlamentos democráticos governou o mundo. Ao contrário, esse princípio só é encontrado em pequenos períodos da história e esses são sempre períodos de decadência das nações ou dos Governos. **Em todo caso, ninguém imagine que providências puramente teóricas, partidas de cima, possam provocar essa mudança, desde que, logicamente, a mesma não se pode limitar à constituição de um Estado, mas toda a legislação e, na realidade, toda a vida da nação, devem por ela ser influenciadas.** Uma tal revolução só poderá e só virá a realizar-se por meio de um movimento inspirado naquela ideia e que traga em si a semente do novo Estado. Assim o movimento nacional socialista hoje deve-se identificar com aquela ideia e pô-la em prática em sua organização própria, de maneira que não só possa guiar o Estado no bom caminho, mas também preparar todo o corpo da nação, assim melhorada, a receber a nova ordem de coisas. (HITLER, 1925, p. 262-263) (grifo nosso).

Em janeiro de 1933, Hitler foi nomeado chanceler da Alemanha, por Hindenburg. Em razão das dificuldades econômicas²²⁴ advindas desde o Tratado de Versalhes, a República de *Weimar* passou a significar para os alemães a humilhação, desastre econômico, conflitos sociais e incerteza pessoal (FULBROOK, 2019, p. 220). Hitler ascendeu ao poder com o apoio dos alemães²²⁵.

²²⁵ Fulbrook (2019, p. 225) explica que durante a democracia Weimariana, a ideologia nazista foi associada, por muitos alemães, a uma vida financeira e econômica melhorada. Programas do governo nazista que inculcavam a cura da primeira grande guerra, como a beleza do trabalho e atividades de lazer organizadas para os trabalhadores, propiciou um sentimento de entusiasmo no novo governo e na ideologia nazista. Ela conta, ainda, que o Ministro da propaganda, Goebbels, providenciou material de entretenimento dos alemães, como material de entretenimento e de doutrinação política, até porque, além da queima de livros que expunham

Apesar das dificuldades econômicas advindas da Primeira Guerra Mundial e pela assinatura do Tratado de Versalhes, Silva e Lopes (2017, p. 73) explicam que apesar da especulação

a ascensão dos nazistas fora de certa forma imprevisível, haja vista que houve uma aparente estabilização na República após as crises econômicas e sociais que atormentaram os anos de 1923, como a hiperinflação e o alto índice de desemprego que assolou o país. No intervalo entre 1924 até 1928 houve um breve período de prosperidade econômica, resultado, em parte, da entrada de capital estrangeiro, que consistia principalmente em capital norte-americano e pela grande atuação do ministro das Relações Exteriores Gustav Stresemann que, em geral, fora bem-sucedido ao regulamentar as relações da Alemanha com seus vizinhos ocidentais, enquanto mantinha aberta as opções com relação às fronteiras orientais da Alemanha.

Após um ano de sua nomeação como chanceler da Alemanha e com a morte de Hindenburg, Hitler unifica as funções de presidente e de chanceler na sua pessoa-como *Führer*, e teve o juramento das Forças Armadas de obediência a ele (FULBROOK, 2019, p. 223).

Com essa unificação na pessoa do *Führer*, os direitos básicos, que poderiam ser suspensos pela previsão do artigo 48 da Constituição de *Weimar*, eram entendidos como direitos que obstruíam o Estado; eram resquícios da burguesia do século XIX e que deveriam ser extirpados nessa nova comunidade instituída pela ideologia nazista (STOLLEIS, 2004, p. 88-89²²⁶).

No que se refere à suspensão de direitos, conforme a previsão do artigo 48 da Constituição de *Weimar*, é importante verificar a análise de Schmitt sobre os limites às ações presidenciais determinadas pelo referido artigo. O ponto de vista schmittiano sobre o artigo 48 da Constituição de *Weimar* é importante para a verificação de um protótipo schmittiano seguido no Brasil, a partir do ano de 2018.

ideias contrárias ao sistema nazista, o governo cooptou a imprensa e o rádio e o sistema educacional foi transformado em um instrumento de socialização nazista.

²²⁶ “The third phase extended from the first presidential cabinet of Brüning to the suspension of the basic rights by the National Socialists through the emergency decrees of the Reich president on 4 and 28 February 1933. In this phase, the basic rights, to the extent that they were still given any consideration at all, were employed as weapons against the emergency decrees as a way of demonstrating that the latter were unconstitutional. In the eyes of supporters of the Republic, the basic rights condensed the essential content of the constitution; in the eyes of their opponents, the basic rights, which were obstructing the state, were the contemptible remnants of the Bourgeois nineteenth century, remnants that would have to disappear in the coming community”. (STOLLEIS, 2004, p. 88-89).

A análise schmittiana parte de uma observação de Schmitt, que funciona como uma antecipação do seu pensamento e defesa sobre o Führer, estabelecido na década de 30.

O artigo 48 da Constituição de *Weimar*, trazia em sua segunda parte, a autorização para a suspensão dos direitos civis previstos nos artigos 114, 115, 117, 118, 123, 124 e 153 da Constituição.

Numa crítica à interpretação dada a essa parte do artigo 48, Schmitt questiona se a suspensão dos direitos civis está limitada aos artigos previstos no artigo 48, ou se o Presidente, no intuito de preservar a unidade política e social, poderia restringir outros direitos não elencados no corpo do artigo.

Para isso, lança uma conclusão, de que a redação do artigo 48 da Constituição de *Weimar*, “além de sua aparente simplicidade, ela corresponde a um objetivo constitucional, que exigia a limitação da atuação do presidente do *Reich*” (SCHMITT, 2014, p. 181²²⁷), pois se seguisse as disposições do artigo 48, as tentativas necessárias de um estado de exceção restariam esvaziadas, pois as únicas exceções às normas constitucionais autorizadas pelo artigo 48, referenciavam-se aos artigos 114, 115, 117, 118, 123, 124 e 153. Para Schmitt (2014, p. 183) “qualquer exceção traz consigo certas invasões sobre a hierarquia constitucional”²²⁸, numa justificativa de se empreender a preponderância do soberano à Constituição do país.

A principal ideia era a de que, não havia como falar em um poder do *Reich* para invocar e atuar mediante um estado de exceção se o Presidente não pudesse suspender outros artigos da Constituição que, por exemplo, estendessem a previsão constitucional de suspensão dos direitos, referência aos sete artigos expressamente citados no artigo 48.

A defesa era tratar a disposição dos artigos citados na segunda parte do artigo 48 da Constituição de *Weimar* como um rol exemplificativo; podendo o Presidente, com o fim de manter a ordem e segurança públicas (unidade política e social), tomar as medidas necessárias para esse fim.

²²⁷ Tradução livre do trecho “*In consequence, the common interpretation has another advantage, quite apart from its seeming logical simplicity: it corresponds to a constitutional [rechtstaatlich] desideratum that demanded, urgently and undeniably, a limitation of the extraordinary authorisations of the president of the Reich*”. (SCHMITT, 2014, p 181).

²²⁸ “*Any state of exception brings with it certain encroachments upon the hierarchical [organisatorisch] structure of the constitution*” (SCHMITT, 2014, p. 183).

Para Schmitt (2014), o fim de restauração da unidade social, política, ordem e segurança públicas autorizava o Presidente dispor dos meios necessários, tomar as medidas necessárias, quais sejam, a suspensão²²⁹ dos direitos civis, independentemente de estarem previstos no rol do artigo 48²³⁰; em que os fins justificam os meios²³¹.

²²⁹ Saliente-se que, Schmitt (2014, p. 200), faz uma importante diferenciação entre a suspensão e a violação de um artigo constitucional. Para ele, numa interpretação idiossincrática, desejada e justificadora da utilização da exceção finalística, o *Reich* poderia tomar medidas e suspender direitos básicos. A suspensão dos direitos civis não decorria da autorização para a tomada de medidas necessárias para o fim de manutenção da ordem e segurança públicas; da unidade política e social. A medida necessária para a manutenção da ordem política e social que implique em suspensão de direitos era limitada por sua própria natureza. Dessa forma, conforme o artigo 48, a suspensão estava limitada à autorização, que era restrita aos direitos enumerados no referido artigo. Entretanto, na atuação concreta do *Reich*, esse deveria restringir a restrição, eis que a limitação constante no artigo 48 referia-se à autorização dada a ele (Tradução livre do trecho “*the Reich can take measures, whereas according to sentence 2 he is allowed to suspend basic rights. The second authorisation, to suspend basic rights, does not follow automatically from the authorisation to take all necessary measures. However, if one wants to call the suspension a measure (and here is not the place to discuss whether this is correct or not), then Article 48, §2 states that, under the category of permissible measures, one is restricted to the listed seven fundamental rights. In other words, any measure that signifies suspension is limited by its very nature. So, for example, a provision that allows the reduction of civil servants in order to promote global austerity, regardless of Article 129 RV, is unconstitutional, because it implies a suspension and Article 129 guarantees rights that cannot be suspended. On the other hand, according to Article 48, §2.1, the president of the Reich can, in a given case, prohibit the exercise of the authority of the Reich, federal state or municipal staff officials and delegate their duties to other people. This is an infringement of Article 129, but not a suspension. The same applies to all other constitutional provisions about basic rights that are not listed, for example the much debated Article 159. In conclusion, the wording of Article 48, §2 shows that the president of the Reich had a general authorisation to take all the necessary measures and a specific authorisation to suspend certain basic rights – the ones listed there. The restriction only applies to the specific authorisation: if the president wants to suspend basic rights, then he is restricted through the enumeration. As a result, one must restrict the restriction that, according to the prevailing interpretation, should be extended to the whole of sentence 1. In the light of a close analysis of the wording of the article, any attempt to construct, on the basis of the enumeration, a legal barrier not just for suspension, but for any action concerning any other article of the constitution is a deliberate misrepresentation*”) (SCHMITT, 2014, p. 200).

²³⁰ Isso ocorre principalmente porque é impossível definir o conceito fundamental do artigo 48 – ou seja, segurança pública e ordem – sem a própria Constituição. Daí o fato de o *Reich* alemão nunca poder ser considerado uma ameaça à segurança pública e ordem, na acepção do artigo 48. Por isso, a autorização para que um artigo da Constituição seja afastado a fim de eliminar uma ameaça iminente à própria Constituição, para evitar um abuso inconstitucional das instituições constitucionais. (Tradução livre do trecho “*Apart from other reasons (that we will elaborate upon in what follows), this is primarily because it is impossible to define the fundamental concept of Article 48 – that is, public security and order – without the constitution itself. Hence the fact that the German Reich is a republic can never be a threat to public security and order within the meaning of Article 48. It is quite another matter if an article of the constitution is breeched in order to eliminate a looming threat to the constitution*”) (SCHMITT, 2014, p.210).

²³¹ Explícita que o Presidente, para atingir seu objetivo, pode ignorar algumas disposições constitucionais sem suspendê-las e essas disposições a serem ignoradas não podem ser restritas ao rol da segunda parte do artigo 48. (“*What he can do without the suspension of basic rights – whether, in order to achieve his goal in na actual case, he can ignore particular provisions of the constitution without suspending them – cannot be decided on the basis of the list in sentence 2*”) (SCHMITT, 2014, p. 191).

4.2.2 As premissas autoritárias schmittianas

A partir daqui, pode-se estabelecer quatro premissas schmittianas, consideradas como premissas autoritárias e que sustentam a relação entre o pensamento schmittiano e um governo de matiz autoritário.

Do pensamento de Schmitt extrai-se as seguintes premissas²³²: 1- o soberano é quem decide pelo estado de exceção, pois o soberano está, ao mesmo tempo, fora e dentro do sistema jurídico, entretanto, sempre acima dele. Por isso, 2- o político sempre prepondera sobre o jurídico. A soberania de um Estado não é delimitada pela Constituição Federal; o soberano não se limita a uma normatividade pré-definida. Para que o Estado soberano exista, como condição de sua existência, 3- é preciso que haja unidade política e social relacionada ao viés do soberano. Partindo da interpretação dada ao artigo 48 da Constituição de *Weimar*, que trata da possibilidade de suspensão dos direitos civis, no caso de uma exceção, 4- o soberano pode violar a norma constitucional, pois ele pode restringir a restrição constitucional, desde que seja uma medida necessária para a manutenção da ordem política e social e é o que determina o seu poder como ilimitado. Da análise dessas premissas, percebe-se que a base do pensamento schmittiano é de matiz autoritária.

Neste sentido, considerando que as premissas autoritárias schmittianas partem do pressuposto de que são necessárias para a manutenção da unidade²³³ política e social -condição de existência do Estado-, o Presidente pode lançar mão de medidas necessárias para o alcance desse objetivo quando entender que se está diante de uma situação de insegurança política e social²³⁴

²³² Apesar de Garzillo (2022) afirmar que o pensamento de Schmitt pode ser sistematizado em três vertentes, a política, a jurídica e a cultural, em que todas elas formam uma teia autoritária, a presente pesquisa não trata do viés cultural, ante focar a relação existente entre os subsistemas político e jurídico. Entretanto, vale salientar que Schmitt trata dessas vertentes.

²³³ Garapon (1999, 51) explica que “a sociedade democrática repousa sobre uma secreta renúncia à unidade, sobre uma surda legitimação do confronto entre seus membros, sobre um abandono tácito da esperança de unanimidade política. O sistema totalitário caracteriza-se, ao contrário, pelo repúdio a essa divisão originária e pela afirmação da unidade social, da supressão de classes, da identidade do Estado e do povo. Se o totalitarismo se alimenta do fantasma de uma possível reabsorção da divisão, a sociedade democrática, por outro lado, assume até o fim este dilaceramento interno”.

²³⁴ A interpretação schmittiana ao artigo 48 da Constituição de *Weimar* pode ser utilizada como fundamento de interpretações similares, sob o argumento de serem necessárias para resolver um problema, de cunho subjetivo, de insegurança política e social. Como exemplo, tem-se a interpretação ao artigo 142 da Constituição Federal Brasileira. A interpretação desejada por alguns afirma as Forças Armadas exercem a função moderadora entre os demais Poderes da República, como um verdadeiro soberano estatal.

que, inclusive, pode ser fomentada a fim de justificar uma atuação com bases schmittianas.

4.3 ESPELHO, ESPELHO MEU: O PROTÓTIPO DE UM NARCISO SCHMITTIANO²³⁵.

Narciso acha feio o que é democrático²³⁶, mas antes de sua morte, o portador de um protótipo narcisista schmittiano pode minar a democracia, mesmo sem os requintes intelectuais de Schmitt; eis que a intelectualidade schmittiana deixou ensinamentos que podem ser resumidos em uma única premissa autoritária, de fácil compreensão, mesmo para quem não detém o seu nível de intelectualidade: quem decide sobre o estado de exceção é o soberano e não o direito.

Reiterando o posicionamento autoritário schmittiano e o seu posicionamento contrário à República de *Weimar* é importante salientar que, para ele, em questões constitucionais é um erro querer separar o jurídico do político, porquanto na sua visão de soberania, o verdadeiro soberano é aquele que pode e deve suspender a Constituição vigente quando entender necessário à manutenção da ordem política e social, até porque, se o soberano cria o direito, ele está dentro e fora do sistema, no sentido de que há prevalência do subsistema político em detrimento do subsistema jurídico.

Essa visão tipicamente autoritária de um governo é para Schmitt, o próprio conceito de soberania, eis que para ele, a soberania estava a serviço de quem decide²³⁷, do soberano e, não à serviço do Estado, por meio da Constituição Federal. Por isso, não há que se separar o jurídico do político, pois o jurídico não prepondera sobre o político.

²³⁵ A expressão “narciso schmittiano” é aqui utilizada como o intuito de uma releitura do mito de Narciso, da mitologia grega. No mito, Narciso morreu de fome e de sede, deslumbrado pela sua própria imagem, na beira da fonte de água, de onde se via sua imagem refletida. Aqui, parte-se do pressuposto de que Schmitt deixou consignadas premissas autoritárias que podem ser aproveitadas por pessoas com perfis autoritários que se identificam com o seu posicionamento sobre ditadura e soberania. O sentido da expressão “narciso schmittiano” tem como ideia o fato dessas pessoas se olharem no espelho e se reconhecerem nas ideias e premissas schmittianas.

²³⁶ Paráfrase de trecho da música “Sampa”, de Caetano Veloso, em que diz: “é que narciso acha feio o que não é espelho”.

²³⁷ Para Schmitt (2006, 07), “soberano é quem decide sobre o estado de exceção”.

Ramiro e Beltram (2017) explicam que na lógica schmittiana, a tomada de decisão independe de norma determinada, aliás, o soberano é quem determina o direito, a norma, por meio de uma decisão que está, totalmente, vinculada a uma realidade concreta que precede a decisão e o próprio direito²³⁸. Por isso, a decisão tomada pelo soberano é que estabelece uma decisão não normativamente pré-determinada, ou seja, a decisão soberana é quem cria o direito.

O argumento defendido por Schmitt apresenta a decisão ao âmbito jurídico-normativo como algo normativamente indeterminado, enquanto tese explícita da Teologia Política, mostra-se como momento autônomo do direito vinculado a uma realidade que o precede e a exige (ordem concreta), não sendo redutível a norma jurídica, dessa maneira, a decisão se manifesta (RAMIRO E BELTRAM, 2017, p. 114).

Schmitt (1996, p. 93), justificando a existência e necessidade de uma ditadura, afirma que o soberano para criar o direito, não precisa ter o direito, bastando a necessidade de se implantar a ordem para que a ordem jurídica tenha um sentido; o sentido percebido pelo soberano²³⁹, eis que a insegurança causada pela ausência de unidade política e social é perceptível pelo aspecto subjetivo de quem julga a existência ou não de uma situação de insegurança; tal como Hitler entendeu que a culpa de todos os males alemães, após a primeira grande guerra, era dos judeus e, inclusive, por meio de uma análise racial, aduziu uma espécie de corrupção biológica, que relacionava a inferioridade racial dos judeus com os problemas econômicos sofridos pela Alemanha no pós guerra, principalmente, pelas consequências advindas do Tratado de Versalhes.

²³⁸ Porquanto poderia suspender uma Lei sem revogá-la como também, suspender a lei no caso de subjetiva ameaça à ordem; o que autorizaria o estado de exceção.

²³⁹ “Não existe norma aplicável ao caos. A ordem deve ser implantada para que a ordem jurídica tenha um sentido. Deve ser criada uma situação normal, e soberano é aquele que decide, definitivamente, se esse estado normal é realmente predominante. Todo direito é um direito situacional. O soberano cria e garante a situação como um todo, em sua totalidade. Ele detém o monopólio dessa última decisão. É nisso que reside a essência da soberania estatal que, portanto, define-se corretamente não como um monopólio da força ou do domínio, mas juridicamente, como um monopólio da decisão, em que a palavra decisão é empregada num sentido genérico, passível de um maior desdobramento. O caso de exceção revela com maior clareza a essência da autoridade estatal. Nesse caso, a decisão distingue-se da norma jurídica e (formulando-a paradoxalmente) a autoridade prova que, para criar o direito, ela não precisa ter direito”; a autoridade é ilimitada (SCHMITT, 1996, p. 93).

As premissas autoritárias schmittianas ao serem reconhecidas como premissas a serem aplicadas fora do ambiente alemão pós primeira guerra e num sistema constitucional diverso do experimentado no momento em que foram expressadas por Schmitt criam uma situação perigosa e inconveniente para a democracia: ao mesmo tempo que os limites constitucionais não são verificados em atos políticos, as decisões judiciais que contrariam esses atos são utilizados como argumentos causadores de uma instabilidade social e política que, justifica, na lógica schmittiana, a tomada de decisões políticas para a manutenção da ordem e unidade política e social.

4.4 A JUDICIALIZAÇÃO DEGENERADA DA POLÍTICA E A POLITIZAÇÃO DA RAZÃO DECISÓRIA COMO FUNDAMENTOS DE APLICAÇÃO DAS PREMISSAS AUTORITÁRIAS SCHMITTIANAS

Quando as premissas schmittianas são escolhidas como padrão de funcionamento de um determinado governo para a efetivação de uma política de Estado, a judicialização degenerada da política e, conseqüentemente, a politização da razão decisória, a politização do Judiciário, funcionam como fundamento lógico da existência de uma situação de insegurança política e social que autorizam, pela lógica schmittiana, a tomada de medidas que se justificam pelo fim almejado, que é a manutenção da unidade política e social.

A judicialização da política pode ser trabalhada sob duas vertentes: judicialização como comunicação entre os subsistemas e judicialização com base nas premissas schmittianas.

A judicialização da política como comunicação dos subsistemas, como resultado do acoplamento estrutural entre os subsistemas político e jurídico, opera no sentido de atuação política no próprio subsistema jurídico, quando decide sobre a mora do Estado na efetivação de políticas públicas para a concretização constitucional.

Quando o subsistema político, que possui uma programação de funcionalidade finalista, não resolve questões relacionadas com o exercício do poder-que deveriam ser resolvidas por meio dos seus mecanismos próprios que compõem a sua estrutura-, transferindo para outro subsistema a resolução do problema, de estrutura diferente da sua programação funcional, causa

desarmonia social em todo o sistema, pois além de desestruturar ele mesmo, que fica à mercê de decisões judiciais para questões que poderiam ser resolvidas por meio do debate democrático, ocasiona, de consequência, a politização do Judiciário.

Esses casos, que poderiam ser resolvidos pelos próprios parlamentares, sem a necessidade de provocação e decisão judicial, quando enviados para o Judiciário, especialmente o Supremo Tribunal Federal²⁴⁰, faz com que ele funcione como uma espécie de pequenas causas políticas, pois tem “que apreciar originariamente atos secundários do parlamento ou do executivo, muitas vezes diretamente ligados à governança interna desses dois poderes” (VIEIRA, 2008).

De outro lado, a judicialização da política com base nas premissas schmittianas ocorre para além da comunicação entre os subsistemas, como resultado do acoplamento estrutural entre os subsistemas político e jurídico. Não se trata somente de não respeitar os limites do acoplamento estrutural, pois vai além. É uma judicialização degenerada.

Apesar da ausência de limites no acoplamento estrutural entre os subsistemas político e jurídico também trazer prejuízos para o sistema social²⁴¹,

²⁴⁰ Isso porque, além de muitos casos no âmbito do Congresso Nacional serem judicializados no Supremo Tribunal Federal, Bonavides (2004), explica que em razão de medidas provisórias editadas não respeitarem a essência do sistema constitucional, o Supremo Tribunal Federal passa a ser a representação de grande parte da crise do Judiciário brasileiro. Apesar dele criticar a politização do Judiciário tendo em vista o Poder Executivo, há uma afirmação que calha ao argumentado aqui sobre a politização das razões decisórias: “O método silogístico, dedutivo, arrimado à subsunção, cede lugar ao método axiológico e indutivo que, com base nos princípios e nos valores, funda a jurisdição constitucional contemporânea, volvida mais para a compreensão do que para a razão lógica, de sentido formal, na aplicação da lei. Fora, portanto, da esteira metodológica da Nova Hermenêutica e sua constelação de princípios extraídos do texto da Lei Maior, não se logra a legitimidade das soluções constitucionais. Com efeito, os tribunais que dela se arredarem não terão em suas sentenças força normativa bastante com que desempenhar a magna tarefa de solver litígios sobre direitos fundamentais das novas dimensões, que impetram invariavelmente consideração ponderativa de valores para garantir com justiça a sua concretude. Se medidas não forem tomadas em tempo para coibir o abuso que tem conduzido a uma politização exagerada da justiça constitucional, a Suprema Corte correrá breve o risco de transformar-se numa sucursal, secretaria judiciária ou cartório do Poder Executivo, exercitando, em favor deste, a função normativa que as Cortes Constitucionais, quer queiram, quer não, têm exercitado, por via interpretativa, na ordem concreta dos fatos e da realidade, como uma espécie de legislativo paralelo e invisível”; o que coaduna com o que Garapon (1999) aduz sobre a militância jurisdicional.

²⁴¹ Porquanto um subsistema assume a funcionalidade do outro, funcionalidade que não se adapta às suas estruturas e que pode ensejar no ativismo judicial, vez que o ativismo ocorre quando o Judiciário proativamente decide de forma a estender o sentido e significado de enunciados normativos, ultrapassando sua função jurisdicional, a funcionalidade do subsistema jurídico.

a judicialização com base nas premissas schmittianas possui outro objetivo, a de instituir o soberano por meio da judicialização degenerada da política.

Enquanto na judicialização como comunicação entre os subsistemas possui como objeto a concretização constitucional em face da omissão estatal, trabalhando com suas funcionalidades de forma limitada²⁴² à Constituição Federal, a judicialização com base em premissas schmittianas trabalha de forma a deslegitimar o Poder Judiciário, por parte de quem praticou o ato que ensejou a judicialização.

O processo de deslegitimação do Poder Judiciário, para além da degeneração do Direito pela Ciência e dogmática jurídicas, pode ocorrer por meio da atuação do subsistema político, que utiliza do subsistema jurídico como meio para a instituição do soberano.

Esse processo de deslegitimação transparece como uma espécie de *lawfare* contra o próprio subsistema jurídico a fim de deslegitimá-lo. Utiliza-se, politicamente, do Poder Judiciário para deslegitimar o próprio Poder Judiciário.

Neste sentido, a judicialização da política com base schmittiana ocorre quando há judicialização de demandas que possuem o objetivo²⁴³ de reafirmar a normatividade atacada quando da prática do ato que a ensejou.

Alguns atos praticados por parte do Poder Executivo Federal ignoram ou negam a existência da normatividade constitucional e democrática. Estes atos, em razão disso, são e serão, sabidamente, objeto de judicialização.

Apesar de não se poder afirmar que quando da prática desses atos se objetivava a judicialização para posterior deslegitimação do Poder Judiciário²⁴⁴, pode-se afirmar que, de acordo com as premissas schmittianas, a judicialização de demandas que envolvam atos políticos contrários à obviedade normativa²⁴⁵ é aproveitada por quem praticou o ato e por quem possui interesse de instituir o soberano.

²⁴² Exceto nos casos de ativismo judicial, em que o subsistema jurídico trabalha com a funcionalidade do subsistema político, ampliando o alcance dos enunciados normativos, quando não cria enunciados com a ressignificação de outros.

²⁴³ Por parte de quem judicializa e não por parte de quem praticou o ato que ensejou a judicialização.

²⁴⁴ Até porque, não há como atribuir a intenção de judicialização quando da prática de um ato contrário ao sistema normativo, pois essa depende de pessoa diversa da que praticou o ato.

²⁴⁵ No sentido de que os significados dos enunciados normativos não podem ser modificados em razão da literalidade do texto ou, ainda, pela significação pertencer a uma tradição jurídica.

Para que haja a instituição do soberano é necessária a deslegitimação do Poder Judiciário e, para que isso ocorra é necessário que o Direito seja degenerado.

A degeneração do Direito por meio da política é consequência da politização da razão decisória e ocorre por causa dessa judicialização degenerada da política: quando a obviedade normativa precisa ser reafirmada, a fundamentação jurídica não basta. Isso enseja a utilização de argumentos políticos para explicar o motivo pelo qual se deve reafirmar a normatividade atacada pelo ato político.

A politização da razão decisória é consequência da judicialização da política degenerada²⁴⁶, porquanto quando o Judiciário é provocado para resolver assuntos que ultrapassam a funcionalidade do subsistema jurídico -conforme Luhmann apresenta em sua teoria dos sistemas²⁴⁷-, ele adentra numa seara que

²⁴⁶ Garapon (1999, 44) afirma que “a politização da razão judiciária não tem outro equivalente senão a judicialização do discurso político”. Aqui, a politização da razão judiciária não é vista como um equivalente, mas, sim, como uma consequência de maior gravidade, pois para além das diferentes programações funcionais de cada subsistema e de suas estruturas, quando o Judiciário politiza suas razões decisórias, toda responsabilidade ligada ao agir político é transferida para o Judiciário, que passa a ser vitrine para toda e qualquer cobrança relativas às políticas e demandas públicas que fogem da sua atuação funcional e, quem perde com isso, é a democracia.

²⁴⁷ Apesar de Luhmann dispor que a complexidade social faz com que os subsistemas sociais se comuniquem, essa comunicação é limitada no acoplamento estrutural. Esse limite está baseado na funcionalidade de cada subsistema. Como aqui são analisados os subsistemas jurídico e político, vale ressaltar suas funcionalidades, a fim de que fique clara a necessária diferenciação funcional para a harmonia do sistema social; diferenciação funcional que não é respeitada quando da judicialização degenerada da política e da politização das razões decisórias. Por isso, afirma-se que a judicialização degenerada da política e a politização da razão decisória do Judiciário são fundamentos para a aplicação das premissas autoritárias schmittianas, eis que não respeitam a diferenciação funcional de cada subsistema e, por consequência, provocam a desarmonia em todo o sistema social; argumento mais que necessário, de acordo com a teoria de Schmitt, para uma atuação autoritária. Por isso, é necessário o entendimento sobre a diferença entre a funcionalidade de cada subsistema. O subsistema jurídico baseia-se numa funcionalidade condicional, em que decide se um fato é legal, ilegal, ilícito ou lícito; para a diminuição das expectativas sociais. Já o subsistema político é baseado numa funcionalidade finalista, de programação finalista, em que se busca estabelecer suas atuações e funções para o atingimento de um determinado fim; baseada no exercício do poder. Essas funcionalidades estão limitadas pelo acoplamento estrutural que possui como base a Constituição Federal, que estabelece as funcionalidades de cada sistema. Entretanto, em Luhmann (2016), verifica-se que na comunicação entre os subsistemas sociais, especificamente na comunicação entre os subsistemas jurídico e político, as funcionalidades não são estanques, podendo haver uma limitação jurídica na política e uma instrumentalização política no jurídico; o que não significa que essa retroalimentação autorize a relativização de suas funcionalidades, pois cada subsistema é operacionalmente fechado, não podendo haver modificações em suas estruturas, programação e funcionalidade, portanto, cada subsistema mantém a sua autonomia. A autonomia é parte primordial para entender a diferenciação funcional de cada subsistema, pois se considera um subsistema autônomo quando produz suas próprias operações com base em sua funcionalidade, se autorreferencia, para que as próximas operações produzidas tenham como base as operações já realizadas e, por isso, se autoproduz; num sistema operacional

possui estruturas diferentes de sua funcionalidade e, com isso, quebra a harmonia de retroalimentação entre os subsistemas jurídico e político.

A Constituição Federal é que estabelece os limites de um acoplamento estrutural, na comunicação entre os subsistemas político e jurídico, portanto, esses subsistemas se comunicam- devem se comunicar numa sociedade, que é complexa-, mas isso não significa que problemas da política sejam traduzidos, deslocados e selecionados pelo subsistema jurídico com base na estrutura e programa de funcionalidade condicional, que é própria do subsistema jurídico. Quando isso ocorre, o subsistema jurídico limita o subsistema político. O inverso também pode ocorrer. Nesse sentido, quando a política se embrenha nas razões decisórias judiciais, ela determina o que é ou não direito, utilizando a estrutura jurisdicional para a aplicação de seu programa finalista, que segue regras próprias relativas ao exercício do poder. Com essa determinação do que é ou não direito pela política, o subsistema jurídico perde autonomia, se degenera.

Enquanto a política opera num quadro de complexidade elevada e indeterminada, o direito atua num contexto de complexidade já reduzida e determinada por limites estruturais mais rigorosos. Só quando o direito procura limitar a política e a política determinar o direito a 'politização da justiça' e 'judicialização da política' tornam-se problemas relevantes. Sem que se saiba a função específica de um e de outro sistema, não há sentido em se fazer as conexões ou sobreposições (CAMPILONGO, 2011, p. 24-25).

A judicialização degenerada da política e a conseqüente politização da razão decisória vão além disso. Elas trabalham com a degeneração do Direito em que o Judiciário é utilizado como instrumento para a sua própria deslegitimação por meio de um ato político.

A politização das razões decisórias ocorre em virtude da interferência do subsistema político no subsistema jurídico, como consequência da judicialização degenerada da política. E pode ser considerada degenerada, porque o ato político é degenerado. Pode-se falar num ato político degenerado, quando a obviedade normativa é ignorada por ele, e sendo ignorada, é porque sua autonomia científica é desconsiderada.

autopoietico. Verificar o Capítulo 01, em que há explicação sobre a teoria dos sistemas de Luhmann.

Essa ingerência judicial provocada pelo ato político degenerado causa a perda da credibilidade e, portanto, da legitimidade política do subsistema jurídico, porquanto, quando o ato político é judicializado, o Judiciário se coloca numa situação em que para decidir o direito, acaba por se fundamentar num argumento político, referente a uma escolha política fundamental. Quando isso ocorre, o Judiciário é situado numa posição de destaque em que é acusado de interferir em assuntos de natureza política e que funciona como argumento e fundamento para quem segue e atua com base nas premissas schmittianas, eis que somente o soberano é quem pode decidir sobre a escolha política do Estado.

A ausência de bom senso democrático por parte do Executivo Federal faz com que, progressivamente, o Judiciário intervenha de forma decisiva em temas de grande apelo midiático e de grande repercussão, o que leva o Poder Judiciário a uma grande exposição de cunho político e num cenário político hostil (CAMPOS, 2017, 243-264).

A hostilidade política como resultado da ausência de um bom senso democrático se dá pela prática do *contempt of court* antidemocrático, com argumentos baseados em literaturas que não poupam críticas à democracia e às suas instituições - no caso, o STF, desnudando uma intenção

ideológica, a cobertura de poderes e interesses oligárquicos frequentemente desprezados, a decadência do espírito público, o desgaste moral e, de qualquer forma, a dificuldade de enfrentar os desafios terríveis dos últimos tempos do século passado e do século atual. Sob alguns aspectos, existe uma nova proposição, sem o halo romântico e vital que caracterizava a literatura como 'crise da civilização', mas, ao contrário, revestida com força fria de argumentos de ciência política e tecnologia social, de teses e estados de ânimo antidemocráticos que aconteceram desde o fim do século XIX até a preparação do terreno que abriu caminho ao advento dos regimes totalitários (ZAGREBELSKY, 2011, p. 39).

Esse mecanismo, causado pela ausência de bom senso democrático, de ultrapassagem dos limites estruturais na retroalimentação dos subsistemas jurídico e político faz com que a instrumentalização política no subsistema jurídico sirva de meio, de fundamento para aplicação das premissas schmittianas; eis que a judicialização degenerada da política e a politização das razões decisórias passam a ser consideradas a concretização de uma situação de insegurança política e social, por uma situação de crise contínua; principal fundamento schmittiano para a tomada de medidas autoritárias.

A decisão judicial que adentra na seara política, a fim de reiterar e reafirmar a normatividade atacada, pode ser utilizada, politicamente, para deslegitimar o Poder Judiciário.

Partindo da análise das funcionalidades de cada subsistema, a argumentação política na atuação típica do subsistema jurídico fomenta discursos e atuações que descredibilizam o subsistema jurídico, sob o argumento deste não seguir as funcionalidades próprias de sua estrutura. Neste sentido, o Poder Judiciário, no afã de preservar a normatividade democrática, é atacado com argumentos de se apresentar como um Poder antidemocrático²⁴⁸.

O ataque ao Judiciário parte de quem segue a máxima de considerar o interesse como finalidade e as circunstâncias como meios, num oportunismo como ética e ainda, se autoproclama democrático, assim como Pilatos (ZAGREBELSKY, 2011, p. 103). É neste sentido que a judicialização degenerada da política ocorre. Utiliza-se do argumento constitucional para atacar a democracia. É a utilização do constitucionalismo democrático como retórica. Exemplo desse discurso retórico é a atuação “dentro das quatro linhas constitucionais”.

O argumento, muitas vezes utilizado pelo chefe do Executivo Federal, sobre seguir as 4 linhas constitucionais²⁴⁹, como argumento autorizador para a

²⁴⁸ A democracia constitucional tem dessas coisas. Em razão dela, atos e argumentos travestidos de fomentadores da democracia podem ser interpretados como materialmente democráticos, enquanto a normatividade democrática, por meio das Instituições democráticas, é atacada por fomentar e defender a materialidade democrática e constitucional, justamente pelo argumento de que essas Instituições não prezam pela democracia. Enquanto os travestidos defendem uma democracia schmittiana, a democracia normativa defende a materialidade democrática.

²⁴⁹ No ano de 2021, em momentos pretéritos ao 07 de setembro, o Presidente Jair Bolsonaro, por várias vezes, afirmou que poderia agir fora das 4 linhas constitucionais. Em entrevista à rádio Jovem Pan, no dia 04 de agosto de 2021, o presidente afirmou que é “presidente 24 horas por dia. O meu jogo é dentro das quatro linhas, mas se sair das quatro linhas, sou obrigado a sair das quatro linhas. É como o inquérito do Alexandre de Moraes: ele investiga, ele pune e ele prende. Se eu perder [as eleições] vou recorrer ao próprio TSE? Não tem cabimento isso” (BARCELLOS, 2021). Mafei (2021), ao analisar a apropriação interpretativa da Constituição pelo atual governo federal afirma que: “nessa Constituição imaginada, as quatro linhas aplicam-se mais aos outros do que ao presidente. Do Poder Judiciário, por exemplo, o presidente pode exigir que não estique a corda, ao mesmo tempo em que ele próprio fica dispensado de considerar a temperatura e a pressão do momento, pintando alvos a todo instante nas costas de ministros do Supremo com os quais ele escolheu antagonizar. Como alguém que insiste em se identificar essencialmente com o povo, que é soberano – não por acaso, outro trecho da Constituição reiteradamente lembrado por Bolsonaro –, os limites da ordem jurídica valem mais para os outros. Ele observa as regras de cima, sem submeter-se propriamente a elas. No constitucionalismo bolsonarista, esquerdistas devem ir para a cadeia e Alexandre de Moraes deve sofrer impeachment, mas o presidente da República nunca será preso e só deixa o cargo quando Deus quiser. Outro pilar da fantasia constitucional bolsonarista está na ideia estapafúrdia de que o Executivo, com apoio das Forças Armadas, tem o direito de responder “fora das quatro

instauração de um estado de exceção é um engodo, pois a própria ameaça de instauração de um regime de exceção é incompatível com o argumento de atuação dentro das 4 linhas constitucionais.

Entretanto, essa incompatibilidade não possui muita relevância quando o fim da atuação política é ensejar um clima de instabilidade política e social, a ponto de se autorizar, mesmo que informal e popularmente, a instauração de um regime de exceção e de deslegitimar a atuação do Poder Judiciário. Isso, porque, é de conhecimento público que uma atuação política fora das regras constitucionais será judicializada.

A partir da judicialização dessa demanda, politizam-se as razões decisórias, pelo fato de que, querendo ou não, a decisão esbarrará na escolha política contrária ao sistema constitucional vigente no país e, com essa exposição do Judiciário, já prevista e, talvez, predeterminada quando da prática do ato político, o Judiciário pode sofrer um processo de descredibilização, de desgaste, principalmente, pelo fato de suas decisões poderem ser contramajoritárias.

Esse processo de desgaste, de descredibilização do Poder Judiciário é parte integrante da aplicação das premissas schmittianas, com um argumento populista em que, o Supremo Tribunal Federal, como representante máximo do Poder Judiciário volta-se contra a vontade popular, diferente da figura do

linhas” caso o STF tome alguma medida que o mesmo Executivo julgue constitucionalmente imprópria. Além do contrassenso de que a própria Presidência da República será o juízo final das circunstâncias nas quais ela pode justificadamente abandonar a Constituição e partir para cima de um tribunal, esse poder não existiria sequer na hipótese de haver relativo consenso jurídico sobre o erro de alguma decisão judicial. A Constituição não pode garantir que juízes, ou qualquer outra autoridade, acertem sempre; ela só pode garantir meios para que eventuais erros tenham a chance de ser corrigidos, através de recursos. Mas de modo algum o dever de obediência a decisões judiciais, especialmente por parte de agentes públicos, está condicionado à concordância com o mérito das decisões. Por fim, essa Constituição inventada acaba com a proibição de que militares tomem partido nas disputas políticas civis. Até aqui, nunca houve dúvida sincera de que a linha que demarca o protesto legítimo ou ilegítimo desses agentes esteve no binômio ativa versus reserva: militares da ativa devem guardar estrita neutralidade diante das oposições que agitam a política civil, pois terão o dever de servir a qualquer lado que vença eleições. Na nova hermenêutica bolsonarista, os binômios pretendem-se outros, sempre de modo a permitir que oficiais da ativa, que empunham armas e exercem o monopólio estatal da violência, tomem partido: militares em dia de folga, de férias, ou simplesmente sem farda estariam liberados para participar de manifestação que pedem o fechamento de um tribunal que, no dia seguinte, eles podem ser convocados para proteger – ou seria para constranger? A hermenêutica golpista de Bolsonaro dá fundamentação jurídica à anarquia militar”.

presidente, do chefe do Executivo Federal²⁵⁰, que se apresenta como um líder simples e fora de uma elite, tida como corrupta dos valores morais da pátria e do patrimônio brasileiro; um líder *antiestablishment*.

Afirma-se que a prática, intencional ou não, de atos políticos não condizentes com a democracia constitucional brasileira levam, *incontinenti*, à judicialização da política. Quando esses atos se tornam prática, a judicialização da política se torna excessiva.

Com o excesso da judicialização da política, o Judiciário se politiza, ante que se vê numa situação em que as estruturas do subsistema político se embrenham na prática do subsistema jurídico, corrompendo-o²⁵¹.

Esse movimento consequencial é característica de um movimento autoritário em que a prática de atos políticos contrários à ordem constitucional vigente se apresentam como um mecanismo de inserção autoritária na rotina democrática, como técnica de governo²⁵², que pode alcançar a verdadeira exceção, seja por meio de uma suspensão do direito, seja por meio de interpretações enviesadas da norma constitucional que fundamentem a exceção, como é o caso da tentativa de se imprimir uma interpretação schmittiana ao artigo 142 da Constituição Federal, nos moldes da interpretação do artigo 48 da Constituição de *Weimar*.

Dois casos podem ser demonstrados como exemplos de inserções autoritárias na rotina democrática brasileira por meio da judicialização degenerada da política e da politização da razão decisória: a criação do dossiê

²⁵⁰ Não se pode afirmar que todos os atos políticos praticados pelo Executivo Federal têm a finalidade de futuras judicializações, mas, pode-se afirmar que a partir da judicialização desses atos políticos, o Executivo Federal aproveita para o processo de deslegitimação do Poder Judiciário.

²⁵¹ No caso da ADPF 701, que será tratada à frente, a decisão do Ministro Kassio Nunes Marques corrompeu as estruturas próprias do subsistema jurídico, tais como a dogmática e principiológica. Esse caso pode ser utilizado como exemplo de partidização do Judiciário e, não um caso de politização das razões decisórias, nem mesmo de politização do Judiciário.

²⁵² Serrano, Bonfim e Serrano (2021, 18) explicam que essas inserções autoritárias na rotina democrática são verdadeiras técnicas de governo e que são duas as formas que o autoritarismo se apresenta como: “um tipo de exceção meramente aparente, estabelecida de forma autorizada e regulada pelo Direito, em que a suspensão de direitos concretiza-se em uma forma de ‘direito especial’, próprio a ser aplicado em situações de guerra ou grave conflito interno. Por outro lado, existe a exceção verdadeira ou real, em que por vontade política ou soberana, decisiosnista, suspende-se o direito sem qualquer racionalidade transversal”. A rotina democrática brasileira vem sofrendo várias inserções autoritárias por parte do Governo Federal, mas não por decisão do chefe do Executivo, ainda. A forma utilizada pelo Governo é a provocação da judicialização da política por meio da prática de atos políticos não constitucionais. Por sua vez, a politização da razão decisória pode levar à exceção verdadeira, conforme conceito dos autores.

antifascista por parte do Ministério da Justiça e Segurança Pública e a campanha por parte do Executivo Federal, com apoio de membros do Congresso Nacional, para deslegitimar a eleição brasileira, alçando as Forças Armadas como um Poder Moderador; um Poder inexistente.

Esses casos demonstram que a escolha do Executivo Federal se aproxima das premissas schmittianas, podendo-se afirmar que, o direito ainda não foi suspenso- conforme o soberano de Schmitt-, por resistência constitucional tardia²⁵³ do representante máximo do Poder Judiciário, o Supremo Tribunal Federal, que vem demonstrando força contra o autoritarismo emergente.

4.5 A PARTIDARIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO NA ADPF 701

Antes de demonstrar os dois casos representativos da judicialização degenerada da política e a consequente, politização da razão decisória é preciso deixar clara a diferença entre politização e partidarização do Poder Judiciário, para depois, trabalhar a politização da razão decisória, esta sim, considerada como um ato de inserção autoritária, nos moldes do proceder schmittiano.

Conforme classificação de Campilongo (2011), a politização do Judiciário ocorre com a judicialização da política, naqueles casos em que o Judiciário é provocado para resolver assuntos que poderiam ser trabalhados no campo político, mas que, em função de mora do Estado, para a concretização constitucional ou por contingências políticas, o Judiciário é provocado.

Ainda em Campilongo (2011), verifica-se que bem diferente da politização do Judiciário está a sua partidarização, que ocorre quando o juiz exerce a jurisdição fora das determinações legais, amparado por uma ideologia. A partidarização do Judiciário nem sempre ocorre com a judicialização da política.

²⁵³ Tardia porque o próprio Poder Judiciário, inclusive, com a participação do Supremo Tribunal Federal, apoiou medidas de inserções autoritárias lavajatistas, em que membros do Poder Judiciário e membros do Ministério Público Federal negavam existência e aplicabilidade às regras processuais e garantias constitucionais atinentes ao processo penal, esquecendo-se de um ditado popular que dispõe que onde passa um boi, passa uma boiada. As inserções autoritárias na rotina democrática brasileira iniciaram com o lavajatismo, com apoio do próprio Poder Judiciário. Por isso, afirma-se que o lavajatismo é pai e mãe do bolsonarismo. .

A politização da razão decisória é trabalhada como resultado da judicialização degenerada da política e ocorre quando o Judiciário decide demanda, fundamentando a sua decisão em argumentos que recaem sobre a escolha política fundamental para reafirmar a obviedade normativa atacada por um ato político. A politização da razão decisória será analisada à frente.

Saliente-se que a partidarização do Judiciário, apesar de influir na (des)legitimação do Poder Judiciário, não se encaixa no perfil de atuação schmittiana exposto no ciclo schmittiano.

O caso demonstrativo de partidarização do Judiciário refere-se à ADPF 701, que teve como relator, o Ministro Kassio Nunes Marques.

Neste caso, a judicialização das medidas restritivas determinadas em razão da pandemia da COVID-19, por meio da ADPF 701, gerou uma decisão ideológica que se fundamentou avessa às regras regimentais e legais. Por isso, este caso, é apresentado como um exemplo de partidarização do Judiciário.

A Lei n. 13.979/2020 foi editada em fevereiro de 2020, a fim de estabelecer regras atinentes às medidas restritivas para evitar a transmissão da doença, às medidas sanitárias para diagnóstico e tratamento da doença e às medidas administrativas para a aquisição de bens necessários para o combate e tratamento da doença.

Com base nesta normativa, estados e municípios iniciaram a tomada de decisões de restringirem atividades de diversas naturezas, a fim de frear a propagação do vírus. Alguns estados somente autorizaram o funcionamento de atividades relativas à área da saúde, o que ensejou, como consequência, um agravamento da crise econômica, que já era realidade no Brasil, mas que passou a exigir do Governo Federal, medidas econômicas de auxílio às pessoas vulneráveis.

As medidas restritivas determinadas pelos governadores e prefeitos foram, severamente, criticadas pelo chefe do Executivo Federal, sob o argumento de que as medidas restritivas eram absurdas, sendo ele um ávido crítico ao chamado *lockdown* brasileiro.

Em razão disso, o Governo Federal resolveu editar uma Medida Provisória (MP), de n. 926/2020, que teve por fim alterar Lei Federal, para estabelecer, entre outras mudanças, a determinação, por meio de Decreto, de atividades que seriam consideradas essenciais e, por isso, no entendimento do

Governo Federal, não poderiam ser alvos de medidas restritivas pelos Estados, Distrito Federal e Municípios.

No Decreto n. 10.282/2020, uma extensa lista de atividades consideradas essenciais pelo Governo Federal, como, por exemplo, salões de beleza, foram objeto de proteção por parte do Executivo Federal, impossibilitando assim, os Estados, Distrito Federal e Municípios de restringirem as atividades constantes nos cinquenta e sete incisos do artigo 3º do Decreto; apesar da competência comum da União, Estados, do Distrito Federal e Municípios, estabelecida pelo artigo 23, II, da Constituição Federal, de atuação relativa ao sistema único de saúde, que inclui as atividades relativas à vigilância sanitária e epidemiológica.

Além da arguição de inconstitucionalidade formal, ínsita à Medida Provisória 926/2020, a inconstitucionalidade material, em razão da competência comum dos entes federados para atuação no combate à pandemia, foi objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 6341-DF, proposta pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT), que teve a medida cautelar parcialmente deferida e referendada, por maioria, pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, em 15 de março de 2020.

Pelos votos constantes no referendo na cautelar da ADI n. 6341, verificam-se os motivos que determinaram o referendo da decisão monocrática e que deveriam alcançar e, no mínimo, serem observados nos fundamentos da decisão da ADPF n. 701.

Os motivos que determinaram o deferimento da cautelar e o seu referendo pelo Pleno tiveram como base única o federalismo²⁵⁴ que, em razão

²⁵⁴ Tanto o voto do Relator, Ministro Marco Aurélio, como o voto do Ministro Alexandre de Moraes são explicativos sobre a base do julgado. Apesar de afastarem a arguição sobre a possibilidade da Medida Provisória modificar termos da Lei n. 13. 979/2020, -ainda mais, estando sob a fundamentação de uma situação de emergência, como é o caso da pandemia causada pelo Coronavírus-, houve o esclarecimento sobre a diferenciação entre competência comum para o cuidado com a saúde pública e a competência concorrente para legislar sobre a saúde pública, eis o que se discutiu nessa ADI foi a competência comum para que Estados, Municípios e o Distrito Federal pudessem, segundo disposição constitucional, tomar medidas restritivas para a contenção da pandemia, apesar da mudança estabelecida na Lei n. 13979/2020 pela Medida Provisória 926/2020 e do Decreto n. 10.282/2020, estabelecer quais são as atividades essenciais. No voto, o Relator afirmou que: “Vê-se que a medida provisória, ante quadro revelador de urgência e necessidade de disciplina, foi editada com a finalidade de mitigar-se a crise internacional que chegou ao Brasil, muito embora no território brasileiro ainda esteja, segundo alguns técnicos, embrionária. Há de ter-se a visão voltada ao coletivo, ou seja, à saúde pública, mostrando-se interessados todos os cidadãos. O artigo 3º, cabeça, remete às atribuições, das autoridades, quanto às medidas a serem implementadas. Não se pode ver

do disposto no artigo 23, II, da Constituição Federal, estabelece competência comum para que União, Estados, Distrito Federal e Municípios atuem em prol da saúde, com base no sistema único de saúde.

Todos os Ministros que votaram²⁵⁵ fundamentaram seus votos na existência de uma pandemia e o tratamento que deveria ser dispensado para combatê-la; no federalismo cooperativo. Além da parte dispositiva do acórdão, todos os votos, sem exceção, trouxeram esses dois motivos como determinantes para a decisão tomada.

A parte dispositiva do acórdão ficou assim disposta:

O Tribunal, por maioria, referendou a medida cautelar deferida pelo Ministro Marco Aurélio (Relator), acrescida de interpretação conforme à Constituição ao § 9º do art. 3º da Lei nº 13.979, a fim de explicitar que, preservada a atribuição de cada esfera de governo, nos termos do inciso I do art. 198 da Constituição, o Presidente da República poderá dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais (BRASIL, ADI 6341-DF).

transgressão a preceito da Constituição Federal. As providências não afastam atos a serem praticados por Estado, o Distrito Federal e Município considerada a competência concorrente na forma do artigo 23, inciso II, da Lei Maior. Também não vinga o articulado quanto à reserva de lei complementar. Descabe a óptica no sentido de o tema somente poder ser objeto de abordagem e disciplina mediante lei de abrangência maior. Presentes urgência e necessidade de ter-se disciplina geral de abrangência nacional, há de concluir-se que, a tempo e modo, atuou o Presidente da República – Jair Bolsonaro – ao editar a Medida Provisória. O que nela se contém – repita-se à exaustão – não afasta a competência concorrente, em termos de saúde, dos Estados e Municípios. Surge acolhível o que pretendido, sob o ângulo acautelador, no item a.2 da peça inicial, assentando-se, no campo, há de ser reconhecido, simplesmente formal, que a disciplina decorrente da Medida Provisória nº 926/2020, no que imprimiu nova redação ao artigo 3º da Lei federal nº 9.868/1999, não afasta a tomada de providências normativas e administrativas pelos Estados, Distrito Federal e Municípios. (BRASIL, ADI n. 6341, 18-19). O voto do Ministro Alexandre de Moraes ilustra bem a base dos motivos determinantes do caso: o federalismo. Para além da base, o federalismo é tratado sob o viés do sistema único de saúde numa situação de pandemia mundial. Disse o Ministro que, apesar da multidisciplinaridade da Lei n. 13.979/2020, a Lei e suas alterações possuem uma única finalidade que é de combater a pandemia do Covid por meio da saúde pública. Nesse sentido, “na previsão do art. 23, saúde pública é matéria de competência comum de todos os entes federativos; e não está só no art. 23. No art. 194, a Constituição também assim estabelece. Agora, obviamente que a competência comum administrativa não significa que todos podem fazer tudo. Isso gera bagunça, isso gera anarquia. O que significa a competência comum administrativa? Significa que, a partir do princípio da predominância do interesse, a União deve editar normas, políticas públicas para a saúde pública de interesse nacional; os Estados, interesse regional; e os Municípios, visando, como o próprio art. 30, I, estabelece, o seu interesse local. Não é possível que, ao mesmo tempo, a União queira ter monopólio da condução administrativa da pandemia nos mais de 5 mil Municípios. Isso é absolutamente irrazoável. Como não é possível também que os Municípios queiram, a partir de uma competência comum estabelecida pela Constituição, tornarem-se repúblicas autônomas dentro do próprio Brasil, fechando os seus limites geográficos, impedindo a entrada de serviços essenciais. Não é isso que a Constituição estabelece” (BRASIL, ADI n. 6341, 23-24).

²⁵⁵ O Ministro Luís Roberto Barroso se declarou suspeito e o Ministro Celso de Mello não estava presente.

O acórdão, por sua vez, ficou assim ementado:

EMENTA: REFERENDO EM MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DA INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO À SAÚDE. EMERGÊNCIA SANITÁRIA INTERNACIONAL. LEI 13.979 DE 2020. COMPETÊNCIA DOS ENTES FEDERADOS PARA LEGISLAR E ADOTAR MEDIDAS SANITÁRIAS DE COMBATE À EPIDEMIA INTERNACIONAL. HIERARQUIA DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. COMPETÊNCIA COMUM. MEDIDA CAUTELAR PARCIALMENTE DEFERIDA.

1. A emergência internacional, reconhecida pela Organização Mundial da Saúde, não implica nem muito menos autoriza a outorga de discricionariedade sem controle ou sem contrapesos típicos do Estado Democrático de Direito. As regras constitucionais não servem apenas para proteger a liberdade individual, mas também o exercício da racionalidade coletiva, isto é, da capacidade de coordenar as ações de forma eficiente. O Estado Democrático de Direito implica o direito de examinar as razões governamentais e o direito de criticá-las. Os agentes públicos agem melhor, mesmo durante emergências, quando são obrigados a justificar suas ações.
2. O exercício da competência constitucional para as ações na área da saúde deve seguir parâmetros materiais específicos, a serem observados, por primeiro, pelas autoridades políticas. Como esses agentes públicos devem sempre justificar suas ações, é à luz delas que o controle a ser exercido pelos demais poderes tem lugar.
3. O pior erro na formulação das políticas públicas é a omissão, sobretudo para as ações essenciais exigidas pelo art. 23 da Constituição Federal. É grave que, sob o manto da competência exclusiva ou privativa, premiem-se as inações do governo federal, impedindo que Estados e Municípios, no âmbito de suas respectivas competências, implementem as políticas públicas essenciais. O Estado garantidor dos direitos fundamentais não é apenas a União, mas também os Estados e os Municípios.
4. A diretriz constitucional da hierarquização, constante do caput do art. 198 não significou hierarquização entre os entes federados, mas comando único, dentro de cada um deles.
5. É preciso ler as normas que integram a Lei 13.979, de 2020, como decorrendo da competência própria da União para legislar sobre vigilância epidemiológica, nos termos da Lei Geral do SUS, Lei 8.080, de 1990. O exercício da competência da União em nenhum momento diminuiu a competência própria dos demais entes da federação na realização de serviços da saúde, nem poderia, afinal, a diretriz constitucional é a de municipalizar esses serviços.
6. O direito à saúde é garantido por meio da obrigação dos Estados Partes de adotar medidas necessárias para prevenir e tratar as doenças epidêmicas e os entes públicos devem aderir às diretrizes da Organização Mundial da Saúde, não apenas por serem elas obrigatórias nos termos do Artigo 22 da Constituição da Organização Mundial da Saúde (Decreto 26.042, de 17 de dezembro de 1948), mas sobretudo porque contam com a expertise necessária para dar plena eficácia ao direito à saúde.
7. Como a finalidade da atuação dos entes federativos é comum, a solução de conflitos sobre o exercício da competência deve pautar-se pela melhor realização do direito à saúde, amparada em evidências científicas e nas recomendações da Organização Mundial da Saúde.
8. Medida cautelar parcialmente concedida

para dar interpretação conforme à Constituição ao § 9º do art. 3º da Lei 13.979, a fim de explicitar que, preservada a atribuição de cada esfera de governo, nos termos do inciso I do artigo 198 da Constituição, o Presidente da República poderá dispor, mediante decreto, sobre os serviços públicos e atividades essenciais.

Verifica-se que, pelos votos dos Ministros, os motivos que determinaram a decisão de se deferir a medida cautelar requerida foram 1- a situação de se estar diante de uma pandemia; 2- a necessidade de frear a circulação do vírus causador da pandemia; 3- o entendimento que o sistema único de saúde é de competência da União, Estados, Distrito Federal e Municípios e que dentre as atividades relacionadas a ele estão a vigilância sanitária e epidemiológica o que autoriza, por si só, que todos os entes federados determinem medidas restritivas necessárias à contenção da doença, independente de autorização ou condicionante advinda da União²⁵⁶ e, todos esses argumentos escapam ao *obter dictum*.

Os motivos que determinaram a decisão tomada na ADI n. 6341-DF, a fim de autorizar os entes federados a tomarem medidas restritivas para o combate à pandemia causada pelo Coronavírus, pandemia e federalismo cooperativo, podem ser resumidos num trecho do voto do Ministro Ricardo Lewandowski:

Bem, neste momento de crise, de pandemia em que vivemos, é preciso compreender, dentro desses conceitos todos já emitidos pelos eminentes Pares, que agora eu destaco de forma, talvez, um pouco mais pontual, dentro desse quadro, dentro desse panorama, à União, em princípio, cabe estabelecer regras gerais. E, no caso da doença que pretendemos combater, existe um dispositivo constitucional que me parece muito ilustrativo, muito pedagógico, no sentido de apontar qual seria o papel da União neste enfrentamento, e diz o art. 21, XVIII, que cabe à União planejar e promover a defesa permanente contra calamidades públicas. Isso, a meu ver, significa, conforme eu disse, estabelecer regras gerais e oferecer apoio material aos demais entes federados. Já foi também sublinhado aqui com muita precisão que os Estados e Municípios, os entes regionais e locais, não podem ser aliados desta batalha, pois eles têm o poder-dever de tomar, de

²⁵⁶ De acordo com o voto do Ministro Ricardo Lewandowski, o federalismo cooperativo enseja o entendimento de que devem estar presentes três premissas para a sua existência. A primeira é de que não existe hierarquia entre os entes federados, por isso, a União não pode por meio de Lei querer se sobrepor aos demais entes federados; a segunda é de que tudo o que pode ser feito de maneira mais rápida e eficaz pelo ente menor não deve ser feito pelo ente maior, que atine ao princípio da subsidiariedade; a terceira é de que deve prevalecer o interesse predominante ao ente; o que significa em termos concretos que, a União não pode intervir em medidas restritivas que são de interesse exclusivo do Município, bem como, o Município não pode determinar medidas restritivas que acabem por trazer prejuízos de interesse nacional (BRASIL, ADI 6341-DF).

empreender as medidas necessárias para enfrentar a doença, porque, além das competências comuns que compartilham com a União, já foi dito aqui que cabe-lhes cuidar da saúde e assistência pública. E, mais ainda, compete aos Municípios organizar o abastecimento alimentar, nos respectivos âmbitos de atuação, evidentemente, segundo dispõe o art. 23, incisos II e VIII do Texto Constitucional.

Apesar desses motivos determinantes e da parte dispositiva do acórdão do deferimento da medida cautelar, foi ajuizada a ADPF n. 701-MG, em junho de 2020 requerendo, em sede de cautelar, a proibição de medidas restritivas relacionadas às atividades religiosas durante a Páscoa, determinadas pelos entes federados, sob a arguição de que, em razão das medidas restritivas, a liberdade religiosa e de crença seriam violadas²⁵⁷.

Considerando a transcendência dos motivos²⁵⁸ da decisão na ADI n. 6341, verifica-se que, os elementos que levaram à decisão- pandemia e federalismo cooperativo no sistema único de saúde-, bem como a parte

²⁵⁷ A ADPF 701-MG traz como fundamento para o pedido, o fato de que as medidas restritivas determinadas pelos entes federados em razão da pandemia ferem os preceitos fundamentais relacionados, entre outros, à liberdade religiosa e, conseqüentemente à liberdade de culto. Na História do Supremo há o caso de um Mandado de Segurança impetrado por Dom Carlos Duarte da Costa, chefe da Igreja Católica Apostólica Brasileira a fim de que fosse concedida a ordem para que a Igreja pudesse celebrar seus cultos que haviam sido proibidos por ato do governo que os consideravam como atentatório à ordem pública. Esses cultos foram considerados atentatórios contra a ordem pública em razão de que causava confusão com os “costumes, com as solenidades externas da Igreja Católica Apostólica Romana”, eis que os ministros da Igreja Brasileira utilizavam as mesmas vestes e os mesmos ritos da Igreja Romana da qual havia rompido. A decisão no mandado de segurança foi obtida por maioria para denegar a ordem, sob o fundamento de que “o livre exercício dos cultos religiosos não pode ter amplitude em controle, sem limites. É uma liberdade sujeita à ordem pública, aos princípios que a mantêm, ao respeito aos direitos de outrem” (RODRIGUES, 2002, p. 142). A decisão considerou o preceito como limitado à ordem pública mesmo tendo a Constituição Federal de 1946, as mesmas previsões sobre a liberdade religiosa e de culto, com exceção da laicidade prevista no Preâmbulo da Constituição de 1988. Dispunham os artigos 31, II e 141, § 7º da Constituição de 1946, respectivamente que: “A União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios é vedado: [...] II- estabelecer ou subvencionar cultos religiosos, ou embargar-lhes o exercício” [...] “ A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 7º-É inviolável a liberdade de consciência e de crença e assegurado o livre exercício dos cultos religiosos, salvo os do que contrariem a ordem pública ou os bons costumes. As associações religiosas adquirirão personalidade jurídica na forma da lei civil”. A Constituição Federal de 1988, além de afirmar no preâmbulo sobre a laicidade do Estado dispõe no inciso VI do artigo 5º e no artigo 19, I, respectivamente que : “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] VI- “É inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de cultos e suas liturgias “É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios: I- estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público”.

dispositiva de decisão, sendo transcendentais²⁵⁹, passariam a ser considerados textos normativos e vinculantes, o que determinaria aos órgãos estatais a obrigatoriedade de observar, quando da tomada de decisões, a parte dispositiva e os elementos que levaram à tomada de decisão que gerou a vinculatividade; pois desses elementos, pandemia e federalismo cooperativo no sistema único de saúde, se extrai um posicionamento concreto que deve ser observado em todos os casos que envolvam situações em que esses motivos se façam presentes.

Toda decisão judicial traz elementos para além da parte dispositiva, pois não há como interpretar uma decisão somente por ela. Por isso, os motivos que determinaram a decisão transcendem, vinculam as demais decisões que tratam do mesmo assunto.

Pelo viés da hermenêutica, a *applicatio*, de Gadamer, explica a possibilidade da transcendência dos motivos determinantes, bem como, a impossibilidade dela engessar o direito constitucional e, conseqüentemente, o próprio Judiciário.

A *applicatio* dispõe que não se pode interpretar um texto por partes e como se não existisse nada antes que o tenha determinado. O posicionamento concreto tomado pela decisão e que transcendem à decisão, não significa que ela dispensa uma interpretação, pois toda atividade interpretativa pressupõe uma compreensão a partir de uma situação concreta; que no caso da ADPF 701 seria a necessidade de contenção do coronavírus e que para isso, tanto Estados, Distrito Federal e Municípios poderiam restringir atividades, mesmo religiosas, conforme já decidido na ADI 6341.

Aceitar somente a transcendência da parte dispositiva é entender que a ementa possibilita a compreensão do que ocorreu concretamente para a sua produção, o que se apresenta como um equívoco: “conceitos não existem sem as coisas. É claro que conceitos e coisas não estão colados. Mas também não

²⁵⁹ Mesmo com a tomada de decisão pelo sistema *per seriatim*, com a junção numérica dos votos dos Ministros, pode-se verificar, pela análise de cada voto apresentado, os motivos que determinaram a decisão; não havendo que se falar em motivos determinantes somente quando da edição de súmulas ou de reconhecimento de repercussão geral, pois nem toda ação de controle concentrado decidida pelo Tribunal trata de causa reiterada ou mesmo, não chegou a ser tratada em Recurso Extraordinário; como é o caso do assunto tratado na ADI 6341/DF e na ADPF 701/DF.

são descolados a ponto de o intérprete poder dar qualquer conceito (sentido) à coisa” (STRECK, 2020, p. 23, a).

Por isso, não há que se falar na vinculação somente de ementas de julgados, pois essas ementas não possuem vida própria. Aliás, cada parte dispositiva possui um DNA próprio, baseado na concretude do caso colocado em julgamento. É isso que transcende e vincula as demais decisões nos casos judicializados posteriormente; por questões de coerência e integridade.

Daí a importância de uma percuciente análise do DNA do caso. Não somente os motivos determinantes são a *holding* do problema. A questão diz respeito àquilo que se chama de ‘aferição do caso concreto’, de acordo com as especificidades da decisão. A decisão tem limites. Esses limites são hermenêuticos. Se, por exemplo, independizarmos a ementa do julgado (no fundo, ementa e dispositivo se confundem, no mais das vezes), o risco de uma aplicação descontextualizada-e, portanto, equivocada-é imenso (STRECK, 2018, 363).

Em 1992, uma Proposta de Emenda Constitucional, PEC 130/92, apresentada pelo Deputado Roberto Campos tratava do efeito vinculante das decisões em sede de controle concentrado de constitucionalidade.

De acordo com a justificativa desse projeto, a redação do parágrafo 2º, do artigo 102 da Constituição Federal, ao dispor que as decisões nos processos de controle de constitucionalidade terão eficácia contra todos e efeito vinculante para todos os órgãos e agentes públicos, possibilitou outorgar maior eficácia às decisões do Tribunal, bem como, assegurar força vinculante à parte dispositiva de decisão e aos motivos determinantes (MENDES e MARTINS, 2009).

A vinculatividade das decisões de controle *concentrado* foi disposta, em conformidade com a emenda de autoria de Roberto Campos, tanto na Emenda Constitucional n. 3, de 1993- que tratou da vinculatividade nas decisões declaratórias de constitucionalidade de lei ou de ato normativo-, bem como, no artigo 28, da Lei 9868/99- que dispôs sobre a vinculatividade das decisões em controle concentrado-, e no § 2º, do artigo 102 da Constituição Federal, modificado pela emenda constitucional n. 45/2004- que determina que as decisões relativas às ações de controle concentrado de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade serão vinculantes . Entretanto, a redação da parte final do artigo 28 da Lei 9868/99, pode ensejar debates sobre o alcance da

vinculatividade das decisões, em razão de determinar que “dentro do prazo de dez dias após o trânsito em julgado da decisão, o Supremo Tribunal Federal fará publicar em seção especial do Diário da Justiça e do Diário Oficial da União a parte dispositiva do acórdão”.

Essa determinação de publicação da parte dispositiva do acórdão não diz e não quer dizer que, a vinculatividade da decisão refere-se, somente, à parte dispositiva; até porque, além da obviedade de impertinência de se publicar o inteiro teor do acórdão, para a verificação dos motivos determinantes nos votos de cada Ministro, a parte dispositiva foi elaborada com base nos motivos determinantes constantes em cada voto; ela não existiria sem os motivos determinantes. Os motivos determinantes são condição de existência da parte dispositiva.

Com fundamento no direito alemão, Mendes e Martins (2009,601), explicam que em razão dos efeitos da vinculatividade da decisão, ou seja, dos efeitos da vinculatividade da decisão para os não participantes do processo²⁶⁰, verifica-se que a intenção do legislador, quando da formulação do § 31 da Lei Orgânica do Tribunal alemão, era a de dotar a decisão, em sede de controle, de uma eficácia que transcendesse a parte dispositiva, até porque, um dos efeitos da vinculatividade para todos, era a de proibir a prática de conduta de teor semelhante a que levou o Tribunal a declarar a inconstitucionalidade, não tendo sentido a prescrição desse efeito vinculante de forma a excluir a parte não dispositiva da decisão se o fim é de fortalecer a jurisdição constitucional²⁶¹.

²⁶⁰ “Também os órgãos não partícipes do processo ficam obrigados a observar, nos limites de suas atribuições, a decisão proferida, sendo-lhes vedado adotar conduta ou praticar ato de teor semelhante àquele declarado inconstitucional pelo *Bundesverfassungsgericht* (proibição de reiteração em sentido lato: *Wiederholungsverbot im weiteren Sinne oder Nachahmungsverbot*). A Lei do Tribunal Constitucional alemão autoriza o Tribunal, no processo de recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*), a incorporar a proibição de reiteração da medida considerada inconstitucional na parte dispositiva da decisão (§ 9 5 ,1, 2)”, (MENDES, GANDRA MARTINS, 2009, 601).

²⁶¹ Mendes, Coelho e Branco (2009 ,1337) explicam que “como se vê, com o efeito vinculante pretendeu-se conferir eficácia adicional à decisão do S T F, outorgando-lhe amplitude transcendente ao caso concreto. Os órgãos estatais abrangidos pelo efeito vinculante devem observar, pois, não apenas o conteúdo da parte dispositiva da decisão, mas a norma abstrata que dela se extrai, isto é, que determinado tipo de situação, conduta ou regulação — e não apenas aquele objeto do pronunciamento jurisdicional — é constitucional ou inconstitucional e deve, por isso, ser preservado ou eliminado”. Esse posicionamento é seguido com a única ressalva de que de toda a decisão, motivos determinantes e dispositivo, não se extrai uma norma abstrata, mas, um posicionamento que deve ser observado por todos que estão vinculados a ela, de modo a se absterem de praticar atos que são o objeto da decisão. Também não se considera como norma abstrata, pois toda decisão, por mais vinculante que seja, ainda pode ser objeto de interpretação.

É certo, por outro lado, que a limitação do efeito vinculante à parte dispositiva da decisão tomaria de todo despiciendo esse instituto, uma vez que ele pouco acrescentaria aos institutos da coisa julgada e da força de lei. Ademais tal redução diminuiria significativamente a contribuição do Tribunal para a preservação e desenvolvimento da ordem constitucional (MENDES, MARTINS, 2009, 600-601).

Além de não observar o decidido na ADI 6341, o Relator da ADPF 701, Ministro Kassio Nunes Marques, numa demonstração de partidarização do Judiciário (CAMPILONGO, 2011) concedeu, monocraticamente, a medida cautelar, que se apresenta, de certo modo, como uma decisão que influi no processo de deslegitimação do Poder Judiciário. Nesse caso, todo desrespeito à dogmática recai no desrespeito à integridade do Supremo Tribunal Federal, tanto pelo desrespeito ao artigo 926, quanto ao artigo 927, todos do Código de Processo Civil (CPC).

Abboud (2021, *online*, c), mesmo não sendo favorável à transcendência dos motivos determinantes²⁶², afirma que a decisão do Ministro Kassio Nunes Marques esbarrou em questões estruturais do subsistema Jurídico, eis que violou a) a integridade do Tribunal, conforme disposição do artigo 926 do Código de Processo Civil,- ao não levar em consideração os motivos que determinaram a concessão da medida cautelar, referendada pelo Pleno, na ADI 6341; b) a decisão que reconheceu a ausência de legitimidade da Associação Nacional dos Juristas Evangélicos (ANAJURE) para a propositura de uma ação de controle concentrado, sem que se tenha ocorrida alguma mudança a ponto de se

²⁶² Para ele, a transcendência pode causar um obstáculo à evolução constitucional e ainda feriria de morte o princípio da independência decisória dos juízes e o princípio da jurisdição: “há impossibilidade de se encontrar o real motivo determinantes dos acórdãos de nossos Tribunais Superiores, na medida em que eles são estruturados mediante a junção numérica de diversos votos individuais, que, por diversas vezes, sequer dialogam entre si” (...) “Por essa razão, novamente salientamos, o STF tem à disposição dois mecanismos altamente eficazes para destacar motivos determinantes no intuito de lhes conferir eficácia vinculante, transformando-os em parâmetros normativos decisórios para as instâncias inferiores. Esses instrumentos são as súmulas e a repercussão geral”. Sob outro ângulo, de acordo com ele, a transcendência dos motivos determinantes viola o princípio da congruência, gerando o risco do Tribunal decidir causas constitucionais de forma oficiosa em que casos similares já restam decididos, mesmo com outra causa de pedir. Com posicionamento contrário, Streck (2018, 367) explica que “qualquer tentativa de afirmação de um “grau zero” de sentido terá de prestar contas a esse tributo que a linguagem tem com a história. Despiciendo lembrar que, mesmo no sistema de precedentes da *common law*, uma vez construído um precedente, este não se transforma numa norma abstrata. Nem mesmo sua aplicação é simplesmente dedutivista- realizada através do vetusto modelo de subsunção. A construção do precedente precisa ser reconstruída no caso posterior. Nesse sentido, não tem razão de ser o posicionamento de parte da doutrina brasileira (secundada por autores como Peter Häberle) que entende que a vinculação dos motivos determinantes passaria a engessar o sistema constitucional, impossibilitando a abertura e “evolução” (sic) desse mesmo sistema”.

modificar o entendimento do Tribunal acerca da legitimidade, bem como, c) violou o princípio da colegialidade, pois houve informação do gabinete do Ministro de que não submeteria a sua decisão para o Pleno, evitando assim, a reforma da decisão monocrática, caracterizada pelo partidarismo.

No caso da ADPF 701 a inserção autoritária por meio da partidarização do Judiciário, não se faz presente quando a decisão afirma a existência de liberdade religiosa e de crença, mas sim, pela roupagem em que a liberdade religiosa e de crença se apresentaram.

De qualquer forma, percebe-se que a decisão não respeitou a integridade exigida pelos artigos 926 e 927 do CPC em razão de uma fundamentação ideológica.

4.6 A POLITIZAÇÃO DA RAZÃO DECISÓRIA NA ADI 6457 E NA ADPF 722

4.6.1 O terraplanismo constitucional

Antes mesmo de 07 de setembro de 2021, o debate surgido sobre o papel das Forças Armadas já havia sido instaurado. A base de ataque para a fundamentação do papel de Poder Moderador às Forças Armadas Brasileira, recaiu sobre o próprio Supremo Tribunal Federal que, desde o julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 672, foi acusado de impossibilitar o exercício do Executivo, sob a alegação de que o federalismo brasileiro não era mais respeitado pelo Supremo Tribunal Federal²⁶³, bem como o Inquérito 4781²⁶⁴, criado para o fim de investigar a prática de crimes contra a honorabilidade e a segurança do Supremo Tribunal Federal, de seus membros e familiares.

Esse discurso assemelha-se, na sua essência, com a ideia difundida por Schmitt quando da interpretação do artigo 48 da Constituição de *Weimar* que,

²⁶³ Na decisão na ADPF n. 672, o Supremo Tribunal Federal dispôs que, em razão da característica tripartite na área da saúde, os Estados e Municípios possuem autonomia para medidas que visem ao combate à pandemia, não necessitando ficar adstritos às determinações do Governo Federal; o que não significa que a decisão do Supremo Tribunal Federal impossibilitou o Governo Federal de agir com medidas necessárias para o combate à pandemia.

²⁶⁴ Esse Inquérito foi criado em março de 2019. Em junho de 2020, um grupo denominado “300” atacou o Supremo Tribunal Federal com fogos de artifícios, após ameaças de sua líder, Sara Winter, ao Ministro Alexandre de Moraes. Sara Winter pregava a ucranização do Brasil e foi presa em junho de 2020.

em conjunto com outros dispositivos, como, o artigo 25 e 47 daquela Constituição, autorizava o presidente alemão a dissolver o parlamento e tomar as medidas necessárias para restaurar a unidade política e social da Alemanha, restaurando a segurança vivenciada antes da primeira guerra mundial.

De forma a legitimar uma interpretação schmittiana à atuação do soberano no Brasil, algumas interpretações relativas ao artigo 142 da Constituição Federal ganharam força tendo em vista a atuação do Supremo Tribunal Federal, principalmente, na tentativa do Tribunal de conter o avanço autoritário.

O principal defensor da tese de que as Forças Armadas se prestam para exercer o papel de soberano, conforme as linhas schmittianas, como uma espécie de Poder Moderador, é Ives Gandra Martins. A partir do posicionamento dele, a ideia de uma possibilidade de “contragolpe” por parte do Governo se assentou e, com ela, a legalidade e limites constitucionais na atuação por parte do Executivo Federal se viu ampliada, inclusive teve defesa pública do atual Procurador Geral da República, Dr. Augusto Aras, que defendeu ser possível a intervenção das forças armadas para garantir o funcionamento dos poderes constituídos.

Apesar da defesa intransigente de Ives Gandra Martins, para fazer vingar a sua interpretação ao artigo 142 da Constituição Federal, não faz sentido falar em Poder Moderador no Brasil.

Em artigo publicado por ele no *Conjur*, em 20 de maio de 2020, o professor esforçou-se para atribuir novos significados ao texto do artigo 142 da Constituição Federal, com base numa regra em que “tudo pode aquele que interpreta”. Nesse artigo ele defende que caso haja um conflito entre o Poder Executivo e qualquer outro Poder, com violação à norma constitucional, as Forças Armadas poderiam agir, mas sem a atuação do Presidente da República, eis que ele, como chefe do Executivo Federal é parte envolvida no conflito. Em explicação sobre a sua defesa, em novo artigo no ano de 2021, o professor afirmou que

em palestras posteriores, ao explicitar meu pensamento, inclusive nas aulas para a Escola de Comando e Estado Maior do Exército, esclareci que, se houvesse um conflito entre Poder Executivo e qualquer dos outros poderes com claro ferimento da Lei Maior, sem outro remédio constitucional, o presidente não poderia comandar as Forças Armadas

na solução da questão, se fosse o poder solicitante, e, pois, parte do problema (GANDRA, *online*, 2021).

O que foi visto como novo no artigo publicado em 2020, não era tão novo assim. Sem levar em consideração, por agora, a explicação realizada pelo professor em 2021, também no Conjur (GANDRA, 2021, *online*), nem sempre o que é apresentado e visto como novo possui uma nova essência.

Muitas vezes, o novo se revela como uma estratégia de reestabelecer o passado, um assunto mal resolvido, como foi o caso do julgamento da ADPF 153²⁶⁵; ou ainda, de poder estabelecer algo que ainda não foi.

Os modernos cânones interpretativos, com destaque para o *instrumentarium* de que se utilizam os autodenominados neoconstitucionalistas ou pós-positivistas-melhor seria assumirem-se como jusnaturalistas envergonhados-, na sua particular leitura dos textos constitucionais, supostamente ancorada num indefinível *definiens*, que se convencionou chamar de giro hermenêutico ou giro linguístico e que tudo permite a esses renovadores da interpretação constitucional. (COELHO, 2017, p. 02).

Um jusnaturalismo, envergonhado, que se apoia no estabelecimento de um superpoder ao Poder Executivo, pois, apesar da defesa perpetrada por Gandra em 2021, a realidade é que ele defende e fomenta um Poder Executivo preponderante aos demais, mas com a utilização das Forças Armadas como instrumento que, numa República, apresentada como um Estado de Direito e democrático, sem a previsão constitucional para tanto, esse superpoder toma emprestado características próprias de Estados totalitários em que a figura do Chefe do Poder Executivo passa a determinar a sua vontade como autoridade suprema, soberana.

Nem mesmo o argumento de Gandra (2021, *online*) de que, em caso de conflito entre o Poder Executivo e qualquer outro Poder, as Forças Armadas estabeleceriam a lei e a ordem sem o comando do Poder Executivo, ameniza o seu posicionamento, porquanto pela própria redação do artigo 142, da Constituição Federal, isso soa como anacrônico à democracia constitucional, pois se as Forças Armadas não se apresentam como um Poder, como consequência, não possuem autonomia.

²⁶⁵ Nessa ação houve decisão no sentido de considerar que todos os acusados por crimes durante a ditadura militar fossem anistiados, inclusive, os representantes estatais em ações para a defesa da ordem pública ditatorial.

Na ADI 6457, protocolada em junho de 2020, de relatoria do Ministro Luiz Fux, a liminar foi deferida para dar interpretação conforme aos artigos 1º, *caput*, e 15, *caput*, e seus parágrafos 1º, 2º e 3º, da Lei Complementar 97/1999, com as modificações trazidas pelas Leis Complementares 117/2004 e 136/2010, a fim de estabelecer o entendimento de que a missão das Forças Armadas na defesa da Pátria, na garantia dos Poderes Constitucionais e na garantia da lei e da ordem não abarca o exercício de função moderadora entre os demais Poderes e que a chefia das Forças Armadas se apresenta como poder limitado que não pode ser utilizado contra os demais poderes em si e, que, a garantia da lei e da ordem, para além da intervenção federal, estado de defesa e estado de sítio, se apresenta como enfrentamento excepcional e subsidiário à grave e concreta violação à segurança pública interna.

A atuação subsidiária das Forças Armadas para a garantia da lei e da ordem se dá pelo fato de que a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, conforme dispõe o artigo 144, da Constituição Federal, é tarefa atinente aos órgãos de segurança pública, ou seja, das polícias; a atuação das Forças Armadas para o fim de garantia da lei e da ordem pública, somente se dará diante da impossibilidade das polícias não conseguirem tal desiderato.

Não há como defender uma democracia constitucional estabelecendo um Poder não previsto constitucionalmente; não há como coadunar com a defesa de um Poder preponderante a outro, enquanto o texto constitucional os coloca em situação de equilíbrio e harmonia.

Em *live* ocorrida em 03 de junho de 2020 e promovida pela Revista Valor Econômico²⁶⁶, o Ministro Gilmar Mendes ao ser questionado sobre a interpretação ao artigo 142, da Constituição Federal, afirmou que “as Forças Armadas não são milícias de uma dada facção partidária” e, demonstrando que

²⁶⁶ Peron e Martins (2020, online), Valor econômico, v.21, n.5015, 04/06/2020. Política, p. A10, 2020. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/573422/noticia.html?sequence=1&isAllowed=y>

Garapon (1999, 155)²⁶⁷ e Bonavides (2004)²⁶⁸ tinham razão ao afirmar que, um dia ou outro, o Judiciário será instado a decidir sobre assuntos que, por mais que não queira, de cunho politizado, principalmente quando há ações que visam desestabilizar a sistemática constitucional, e isso é o que pode ser utilizado por quem deseja se aproveitar de situações de subjetiva insegurança social e política para lançar mão de medidas autoritárias, sob o argumento de manutenção da ordem constitucional e dos poderes constituídos²⁶⁹.

²⁶⁷ “No conceito democrático, a justiça é objeto de sentimentos mistos. Ao mesmo tempo que dela se espera tudo, é-lhe negado o direito de julgar os casos muito importantes. A democracia lhe pede o impossível, mas não aceita muito bem sua dimensão puramente humana, mais visível nela do que em qualquer outro regime. A justiça democrática vê-se envolvida num imperativo contraditório: ao mesmo tempo que enfrenta desafios de amplitude desconhecida até então, ela vê sua intervenção contestada. Nunca ela foi tão idealizada, nunca pareceu tão frágil, porquanto seus instrumentos parecem não poder melhorar. No entanto, é preciso julgar, apesar de tudo” (GARAPON, 1999, 155).

²⁶⁸ “Este preconceito parte sobretudo daqueles que conjecturam uma justiça constitucional absolutamente neutra tomando por condição de independência da corte constitucional não se imiscuir com matéria política, quando, em verdade, se sabe que toda Constituição tem, por sua natureza mesma, um alto teor de politicidade, superior ao de juridicidade”, pois os Tribunais, ao mesmo tempo que declaram o direito, fazem política. (BONAVIDES, 2004).

²⁶⁹ Somente como forma de argumentação, o professor Roberto Bueno, numa live promovida pelo Grupo de pesquisa “Sistema de Justiça e estado de exceção”, da PUC-SP, (<https://www.facebook.com/sistemadejusticaeestadodeexcecao/videos/introdu%C3%A7%C3%A3o-ao-pensamento-e-%C3%A0-obra-de-carl-schmitt/646416705984243/>), foi perguntado se seria possível falar no dias atuais, no Brasil, sobre um soberano, nos moldes da lógica schmittiana e, caso afirmativo, quem seria. Ao responder afirmativamente essa questão, afirmou que o soberano seria as Forças Armadas Brasileira, haja vista a ameaça enviada ao Supremo Tribunal Federal na véspera do julgamento do Habeas Corpus naquele Tribunal. Essa resposta dele coaduna com a manifestação do Ministro Gilmar Mendes quando da live, momento em que afirmou que a interpretação ao artigo 142, da Constituição Federal, da forma defendida pelo professor Ives Gandra Martins é a que “fez o então comandante do Exército sugerir, nas redes sociais, que poderia haver uma intervenção militar, na véspera do julgamento de um habeas corpus impetrado pela defesa do ex presidente Luiz Inácio Lula da Silva no STF” (PERON, MARTINS, 2020, online). Na época, jornais noticiaram a ameaça perpetrada pelo comandante que, sob o argumento schmittiano de que o soberano pode tomar as medidas necessárias para o reestabelecimento da ordem pública. Saliente-se que essas medidas necessárias sempre serão tomadas sob o viés subjetivo de quem se arvora de soberano, de entender o que é instabilidade e insegurança pública, sem se considerar que o artigo 142 da Constituição Federal Brasileira não se assemelha à redação do artigo 48 da Constituição de *Weimar*, nem, sequer, há possibilidade na Constituição Brasileira, de dissolução do Congresso, como havia no artigo 25 da Constituição de *Weimar*. Por mais que se queira seguir as premissas autoritárias schmittianas, a sistemática constitucional brasileira impede que isso ocorra, sem que haja um golpe militar. A nota compartilhada pelo Comandante do Exército, general Villas Boas, no dia 03 de abril de 2018, véspera do julgamento do Habeas Corpus impetrado pela defesa de Luiz Inácio Lula da Silva, continha o seguinte teor: “Asseguro à Nação que o Exército Brasileiro julga compartilhar o anseio de todos os cidadãos de bem de repúdio à impunidade e de respeito à Constituição, à paz social e à Democracia, bem como se mantém atento às suas missões institucionais. Nessa situação que vive o Brasil, resta perguntar às instituições e ao povo quem realmente está pensando no bem do País e das gerações futuras e quem está preocupado apenas com interesses pessoais?”, (CIPRIANI, 2018, online), o que demonstra que a interpretação defendida por Gandra está presente desde antes das eleições de 2018.

A decisão de cunho politizado ocorreu. A politização da razão decisória se fez presente quando o Judiciário foi provocado para reafirmar a normatividade dos artigos 2º e 142 da Constituição Federal, que havia sido atacada.

Na decisão monocrática os argumentos metajurídicos utilizados pelo relator recaíram sobre a escolha política do Estado:

Convém ressaltar, ainda, que a interpretação conforme que ora se concede ao verbete não reduz nem amplia os poderes constitucionais do Presidente da República. Não se está aqui a reduzir o espaço de discricionariedade política e administrativa do Chefe do Executivo nacional. Pelo contrário, a medida aqui concedida tem caráter meramente explicativo, na medida em que reafirma cláusula elementar de qualquer Estado Democrático de Direito: a supremacia da Constituição sobre todos os cidadãos, inclusive os agentes estatais, como mecanismo de coordenação, de estabilização e de racionalização do exercício do poder político no ambiente naturalmente competitivo de uma democracia plural. Impõe-se, assim, reconhecer que, em um Estado Democrático de Direito, nenhum agente estatal, inclusive o Presidente da República, dispõe de poderes extraconstitucionais ou anticonstitucionais, ainda que em momentos de crise, qualquer que seja a sua natureza. A Constituição bem tratou de definir os limites rígidos de atuação dos poderes estatais, seja em períodos de normalidade institucional, seja em períodos extraordinários. Destarte, todo e qualquer exercício de poder político deve encontrar validade na Constituição e nela se justificar. [...] Em uma leitura originalista e histórica do artigo 142 da Constituição, a expressão “garantia dos poderes constitucionais” não comporta qualquer interpretação que admita o emprego das Forças Armadas para a defesa de um Poder contra o outro. No desenho democrático brasileiro, a independência e a harmonia entre os poderes devem ser preservadas pelos mecanismos pacíficos e institucionais de freios e contrapesos criados pela própria Constituição. Esses mecanismos são qualificados inclusive como cláusula pétrea (CF, art. 2º, c/c art. 60, § 4º, III) e conformam um sistema de controle recíproco e interdependente entre os Poderes, freando os riscos de eventuais abusos ou desvios [...] Assim, inexistente no sistema constitucional brasileiro a função de garante ou de poder moderador: para a defesa de um poder sobre os demais a Constituição instituiu o pétreo princípio da separação de poderes e seus mecanismos de realização. O conceito de poder moderador, fundado nas teses de Benjamin Constant sobre a quadripartição dos poderes, foi adotado apenas na Constituição Imperial outorgada em 1824. Na conformação imperial, esse quarto Poder encontrava-se em posição privilegiada em relação aos demais, a eles não se submetendo. No entanto, nenhuma Constituição republicana, a começar pela de 1891 instituiu o Poder Moderador. Seguindo essa mesma linha e inspirada o modelo tripartite, a Constituição de 1988 adotou o princípio da separação de poderes, que impõe a cada um deles comedimento, autolimitação e defesa contra o arbítrio, o que apenas se obtém a partir da interação de um Poder com os demais, por meio dos mecanismos institucionais de *checks and balances* expressamente previstos na Constituição (Trecho da decisão monocrática do Ministro Luiz Fux na ADI 6457. BRASIL, 2020, *online*).

Se o argumento utilizado pelo Executivo Federal reside, justamente, na ausência de comedimento por parte do Supremo Tribunal, essa decisão funciona como aporte para a fundamentação desejada por quem se aproveita da judicialização degenerada da política e ao mesmo tempo, se aproveita da ignorância da “voz das ruas”, sobre os valores e princípios básicos da teoria constitucional que, nas palavras do Ministro Barroso, no Mandado de Injunção n. 7311, afirmou que o desejo de se atribuir um papel de Poder Moderador às Forças Armadas, equivale a um “terraplanismo constitucional”.

4.6.2 O dossiê antifascista

Outro exemplo de politização da razão decisória como resultado de uma judicialização degenerada da política foi o caso “dossiê antifascista”.

Em 24 de julho de 2020, o jornalista Rubens Valente, do UOL, publicou matéria intitulada “ação sigilosa do governo mira professores e policiais antifascistas”²⁷⁰, na qual narrou a existência de um relatório feito pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública, sob o comando do atual Ministro do Supremo Tribunal Federal, André Mendonça.

Nesse relatório havia o nome de pessoas, críticas ao atual governo federal e que foram chamados de integrantes do “movimento antifascismo”. Além de 579 servidores federais e estaduais da segurança pública, havia três professores universitários, sendo que “um dos quais, ex-secretário nacional de direitos humanos e atual relator da ONU sobre direitos humanos na Síria” (VALENTE, 2020).

Nesse relatório-dossiê constavam os nomes, fotografias, endereços de redes sociais dessas pessoas, que eram monitoradas pela Secretaria de Operações Integradas (Seopi²⁷¹), uma secretaria subordinada ao Ministério de

²⁷⁰ <https://noticias.uol.com.br/colunas/rubens-valente/2020/07/24/ministerio-justica-governo-bolsonaro-antifascistas.htm>

²⁷¹ A Seopi é secretaria subordinada ao Ministério da Justiça e Segurança Pública e foi regulamentada pelo Decreto 9622/2019 com competências já afetas à Agência Brasileira de Inteligência, o que cria, no sistema federal, um sistema paralelo de investigação, apesar de órgão já determinado, normativamente para isso. No Supremo Tribunal Federal, na judicialização sobre o dossiê antifascista, a existência desse relatório foi denominada de “arapongagem”: “A Lei Federal que institui o Sistema Brasileiro de Inteligência coloca as atividades de ‘planejamento e execução de atividades de inteligência’, tendo como fundamentos ‘a preservação da soberania nacional, a defesa do Estado Democrático de Direito e a dignidade da pessoa humana, devendo ainda cumprir e preservar os direitos e garantias individuais e demais dispositivos da Constituição

Justiça e da Segurança Pública. Esse relatório foi repassado para os comandos da Polícia Federal, do Centro de Inteligência do Exército, da Polícia Rodoviária Federal, da Casa Civil da Presidência da República, da Agência Brasileira de

Federal, os tratados, convenções, acordos e ajustes internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte ou signatário, e a legislação ordinária'. A definição de inteligência, pela mesma lei, é 'a atividade que objetiva a obtenção, análise e disseminação de conhecimentos dentro e fora do território nacional sobre fatos e situações de imediata ou potencial influência sobre o processo decisório e a ação governamental e sobre a salvaguarda e a segurança da sociedade e do Estado'. O órgão central do sistema é a Abin, a qual compete 'planejar e executar ações, inclusive sigilosas, relativas à obtenção e análise de dados para a produção de conhecimentos destinados a assessorar o Presidente da República' e 'avaliar as ameaças, internas e externas, à ordem constitucional'; centrados aqui nos fins da análise. A mesma lei fixa que 'a Abin somente poderá comunicar-se com os demais órgãos da administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com o conhecimento prévio da autoridade competente de maior hierarquia do respectivo órgão, ou um seu delegado'. O Subsistema Brasileiro de Inteligência é regido pelo Decreto n. 3.695/2000, construído com a 'finalidade de coordenar e integrar as atividades de inteligência de segurança pública em todo o País, bem como suprir os governos federal e estaduais de informações que subsidiem a tomada de decisões neste campo', cabendo a ele "no âmbito de suas competências, identificar, acompanhar e avaliar ameaças reais ou potenciais de segurança pública e produzir conhecimentos e informações que subsidiem ações para neutralizar, coibir e reprimir atos criminosos de qualquer natureza'. A Secretaria de Operações Integradas é colocada no Subsistema pelo Decreto n. 9.662/2019. A ela compete assessorar o Ministério de Estado, implementar, manter e modernizar as redes de integração, promover a integração às atividades de inteligência e 'estimular e induzir a investigação de infrações penais, de maneira integrada e uniforme com as polícias federal e civis'. Dentro da Seopi há a diretoria de Inteligência, a qual compete 'planejar, coordenar, integrar, orientar e supervisionar, como agência central do Subsistema de Inteligência de Segurança Pública, as atividades de inteligência de segurança pública em âmbito nacional'. Ou seja, uma Abin paralela" (AVELAR e LAZAROU, 2020). Uma relação entre o Decreto 9.622/2019 com o Decreto 10.046/2019 demonstra que, apesar do julgamento da ADPF n. 722-DF, o compartilhamento dos dados constantes no dossiê antifascista que, de acordo com a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) são dados sensíveis, ainda podem ser compartilhados na esfera pública federal, por meio da autorização dada pelo Decreto 10.046/2019. Este Decreto dispõe sobre o compartilhamento de dados no âmbito da administração pública federal e dispõe que o compartilhamento de dados entre órgãos da administração pública poderá ocorrer, entre outros casos, quando for o caso de melhorar a qualidade e eficiência das operações internas da administração pública federal. Com isso, podem ser incluídas as operações que visam manter a ordem pública e prevenir danos à segurança nacional- os mesmos argumentos trazidos para a justificativa da existência do dossiê antifascista-, o que viola, inclusive, a previsão da LGPD que, em seu artigo 4º elenca os casos que não são englobados por ela. Por exemplo, o inciso III do artigo 4º, da LGPD dispõe que não se aplica a Lei nos casos de tratamento de dados pessoais que têm por fim a segurança pública, a defesa nacional, a segurança do estado e as investigações e repressões criminais. Analisado em conjunto com o Decreto 10.046/2019, que estabelece três categorias de compartilhamento de dados pela administração pública federal, a categoria de compartilhamento específico (que são dados protegidos por sigilo nos termos legais, com concessão de acesso a órgãos e entidades específicos, nas hipóteses e para os fins previstos em lei, em que as regras de compartilhamento sejam definidas pelo gestor dos dados), gera preocupação, pois autoriza a captação, tratamento e compartilhamento de dados, principalmente pelo fato de que os órgãos e entidades com acesso ao compartilhamento, podem ser definidos a posteriori à captação e tratamento desses dados, ou, ainda, nos casos em que a finalidade seja, genericamente, colocada, como a manutenção da segurança pública e da segurança nacional; num claro desrespeito aos princípios da dignidade humana, da autodeterminação informativa, do sigilo dos dados, da intimidade, da proporcionalidade e, dependendo do caso, da liberdade de expressão (TOSCHI, LOPES, 2020).

Inteligência, da Força Nacional e para mais três centros de inteligência situados no sul, que “funcionam como pontos de reunião e intercâmbio de informações entre o Ministério da Justiça e policiais civis e militares que são recrutados pelo ministério”, localizados no Sul, Norte e Nordeste do Brasil (VALENTE, 2020).

O estranhamento da produção do relatório produzido pela Seopi começou pelo nome. A adjetivação ao dossiê como dossiê antifascista exprime o autoritarismo e as intenções, sob a forma da onipotência do soberano (schmittiano), do atual Governo Federal, bem como, o conteúdo do manifesto, publicado no dia 05 de junho de 2020, por um grupo de policiais, denominado de “policiais antifascismo em defesa da democracia popular” que, juntamente com uma manifestação popular, denominada de protestos antifascistas pelo Brasil, ocasionaram a criação do relatório por parte do Ministério da Justiça e Segurança Pública.

O manifesto por parte dos policiais, apelidados de policiais “antifa”, foi produzido após o então Ministro do Gabinete de Segurança Institucional afirmar, no dia 22 de maio de 2020, que a apreensão do telefone celular do Presidente da República, Jair Bolsonaro, era uma absurda interferência de um Poder sobre o outro e ameaçou com uma nota oficial do Gabinete; afirmando ser assunto de interesse institucional e de segurança nacional, a possível apreensão do celular²⁷² do chefe do Executivo Federal: “o Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República alerta as autoridades constituídas que tal atitude é uma evidente tentativa de comprometer a harmonia entre os poderes e poderá ter consequências imprevisíveis para a estabilidade nacional” (CNN BRASIL, 2020).

Após a publicação do manifesto pelos policiais “antifa”, no dia 31 de maio de 2020, ocorreram protestos antifascistas no Brasil e, com bastante expressividade, nas cidades de São Paulo e Curitiba.

²⁷² O pedido de apreensão do celular se deu por um pedido de parlamentares após acusação por parte do ex-juiz e ex-Ministro da Justiça e Segurança Pública, Sérgio Moro, de que o Presidente da República interfere politicamente na Polícia Federal. Após a sua demissão, o ex-juiz da Operação Lava Jato e Ministro da Justiça e Segurança Pública afirmou que Bolsonaro, desde 2019, pede a troca do comando da Polícia Federal por alguém de “pudesse ligar para colher informações”, sobre investigações realizadas pela Polícia Federal e que “o problema não é a troca, mas é permitir que seja feita a interferência política no âmbito da Polícia Federal”. Ainda, de acordo com Moro, o atual Presidente da República tinha “preocupações com investigações” realizadas pelo órgão (BENITES, BEDINELLI, 2020).

No dia 5 de junho de 2020, na cidade de Águas Lindas de Goiás, o Presidente da República afirmou que:

E para finalizar, estamos assistindo agora grupos de marginais terroristas, querendo se movimentarem para quebrar o Brasil. Esses marginais tiveram numa ação em São Paulo. Esses terroristas voltaram logo depois para alguma ação em Curitiba, estão nos ameaçando agora. Tenho certeza, Caiado, se vier aqui você vai tratar com a dureza da lei que eles merecem. Geralmente são marginais, terroristas, maconheiros, desocupados que não sabem o que é economia, não sabem o que é trabalhar para ganhar seu pão de cada dia e querem quebrar o Brasil em nome de uma democracia que eles nunca souberam o que é e nunca zelaram por ela. Então a gente faz um apelo: não tá previsto na nossa inteligência um movimento aqui na região de Goiás, não tá previsto na nossa inteligência. Não sei se estou equivocado ou não, mas onde tiver a gente pede para que as pessoas não participem, obviamente, desse movimento (...) participar (BOLSONARO, 2020).

O dossiê-relatório antifascista foi produzido logo após essa fala do chefe do Executivo, quando da inauguração do hospital de campanha, na cidade de Águas Lindas de Goiás. De acordo com Valente (2020), os protestos ocorridos no dia 31 de maio de 2020, os protestos antifascistas, foram utilizados para a produção do dossiê relatório antifascista, que afirma que se verificou que alguns policiais, que são formadores de opiniões com número elevado de seguidores em suas redes sociais, disseminam símbolos e ideologia antifascista.

O uso de uma Secretaria, que possui a competência de auxiliar nas investigações e, ainda, subordinada ao Ministério da Justiça e da Segurança Pública para identificar e investigar opositores políticos do atual Governo demonstra que uma premissa schmittiana também se faz presente: a que o político se sobrepõe ao jurídico.

Interessante que, a expressão dossiê antifascista é um dossiê que relata pessoas que possuem ideologia e posturas contrária ao fascismo. Num sentido léxico²⁷³, fascismo significa uma característica de um sistema político,

²⁷³ De acordo com o Dicionário de Ciências Sociais (FGV, 463), “o termo fascismo deriva do italiano fascismo, e designa os princípios dos fascistas (movimento organizado em março de 1919 e que assumiu o controle do governo, com Benito Mussolini, em outubro de 1922). A palavra vem do latim *fascis*, empregado para indicar os feixes de varas de olmo ou de bétula amarrados com fita vermelha e carregados pelos lictores (acompanhantes de um magistrado) na antiga Roma, como símbolo da autoridade judiciária. Por fascismo entende-se não só um movimento político, mas também a doutrina que procura justificar tal corrente, cujo objetivo é o estabelecimento de um regime ditatorial e antiparlamentar baseado na glorificação do Estado e francamente hostil à democracia, ao liberalismo e ao socialismo. O movimento e sua consequente doutrina nasceram na Itália, mas a ideologia fascista expandiu-se para outros países, deixando de ser considerada puramente italiana”.

antidemocrático, representado por um governo autoritário, com um único partido, em que há exaltação do nacionalismo pela raça; o que coaduna com a manifestação²⁷⁴ dos policiais “antifa”, que afirmavam lutar pela democracia brasileira.

Se no dossiê relatório, denominado de “dossiê-antifascista”, é afirmado de forma literal que “verificamos alguns policiais formadores de opinião que apresentam número elevado de seguidores em suas redes sociais, os quais disseminam símbolos e ideologia antifascistas” (VALENTE, 2020), demonstra o posicionamento contrário aos ideais antifascistas, o que enseja uma lesão aos princípios da intimidade e da vida privada por parte do Governo Federal, mesmo que sob o argumento de proteção à segurança nacional²⁷⁵; que, na verdade, somente piora a situação, porquanto deixa, clarividente, o posicionamento do atual governo de que o combate à ideologia e à política antifascistas é uma questão de política de estado²⁷⁶.

A produção desse dossiê ensejou a judicialização do caso no Supremo Tribunal Federal, por meio da Ação de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) n. 722-DF.

Essa ação foi ajuizada pelo partido Rede Sustentabilidade, com pedido de medida cautelar a fim de que fosse suspensa a produção e a disseminação de informações sobre integrantes do movimento antifascista, como também, que

²⁷⁴ Valente (2020) informa que o movimento dos policiais antifascismo em defesa da democracia popular, nome do próprio manifesto, denunciou um projeto do atual Governo a fim de neutralizar os movimentos populares de resistência e se caracteriza como uma reação às ameaças civis e militares de uma ruptura institucional.

²⁷⁵ Na inicial da ADPF 722, do partido Rede Sustentabilidade, há transcrições de trechos dos relatórios do Seopi que demonstram o acesso e tratamento a dados pessoais sensíveis sem a imputação, ao menos em tese, de ilícito penal praticados: “Verificamos alguns policiais formadores de opinião que apresentam número elevado de seguidores em suas redes sociais, os quais disseminam símbolos e ideologias antifascistas” e “além desses servidores foi possível identificar alguns formadores de opinião, professores, juristas e o atual secretário de estado de articulação da cidadania do Pará [sic], defensores desse movimento”. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5967354>, págs. 4 e 5. Acessado em 12 de outubro de 2020.

²⁷⁶ Nos argumentos trazidos pelo partido Rede Sustentabilidade afirmou-se que houve “desvio de finalidade na prática estatal pela confusão feita entre interesse nacional e interesse do Presidente da República, e que a estratégia de arrefecimento do discurso contrário é, aparentemente, a tônica das investigações secretas promovidas pelo Ministério da Justiça, sem que haja qualquer risco considerável à segurança pública e à integridade nacional para justificar a abertura de procedimentos investigativos ou o uso da controversa Lei de Segurança Nacional”. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344764619&ext=.pdf>, páginas 3 e 4. Acessado em 12 de outubro de 2020.

o relatório fosse remetido para o Supremo Tribunal Federal para análise sobre a manutenção do sigilo, que o Ministério da Justiça e Segurança Pública informasse o conteúdo produzido nessas investigações, que o Ministério da Justiça e Segurança Pública se abstinhasse de produzir investigações e disseminar esses conteúdos que visassem o constrangimento de opositores do atual governo e que a Polícia Federal iniciasse procedimento investigatório criminal contra o Ministro da Justiça e Segurança Pública, bem como contra seus subordinados, pela eventual prática de crime.

No mérito, requereu a declaração de inconstitucionalidade com a fixação da tese de que “a produção e disseminação de conhecimentos e informações de inteligência estatal visando a mero constrangimento ilegal de cidadãos constitui nítido desvio de finalidade incompatível com o ordenamento constitucional”.

A medida cautelar foi deferida pelo Pleno, por maioria, em agosto de 2020, determinando a suspensão “de produção ou compartilhamento de informações sobre a vida pessoal, as escolhas pessoais e políticas, as práticas cívicas de cidadãos, servidores públicos federais, estaduais e municipais identificados como integrantes de movimento político antifascista, professores universitários e quaisquer outros que, atuando nos limites da legalidade, exerçam seus direitos de livremente expressar-se, reunir-se e associar-se²⁷⁷”.

O voto da relatora, a Ministra Carmem Lúcia, merece atenção, principalmente, pela relação que se pode estabelecer entre a produção do dossiê e as premissas schmittianas que são adotadas no caso.

O voto da relatora, bem como, a manifestação do Ministro da Justiça e Segurança Pública são capazes de estabelecer a relação entre a produção do dossiê, as premissas schmittianas adotadas no caso, bem como a exposição do Supremo Tribunal Federal perante a opinião pública, em razão dos argumentos utilizados para reafirmar a normatividade atacada por meio do ato político degenerado.

Dentre as informações prestadas pelo Ministro da Justiça, algumas

²⁷⁷ Inteiro teor do acórdão da ADPF N. 722. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344764619&ext=.pdf>, páginas 1 e 2. Acessado em 12 de outubro de 2020.

denotam um posicionamento schmittiano sobre o conceito de soberania; que está ligada à vontade do soberano, à determinação política e, não, delimitada pela Constituição Federal. Nelas, além dos argumentos pelo não cabimento da ação, pela ausência de subsidiariedade, há informações que se relacionam, diretamente, com a fundamentação e com uma tentativa de justificar a produção do referido dossiê que, de consequência, expõe o Poder Judiciário, que, certamente, deferiria a cautelar, eis que patente a ausência de justificativa constitucional para a produção do dossiê antifascista e a *contrario sensu*, patente a lesão à obriedade normativa constitucional.

De acordo com o Ministro, os produtos da inteligência do Ministério da Justiça²⁷⁸ não tinham por fim a repressão de atos criminosos, mas o fornecimento de informações às autoridades dos órgãos de segurança pública e, por serem sigilosos e de acesso restrito, não serviam para embasar investigações criminais, inquéritos policiais ou quaisquer outras medidas da Administração Pública e que isso, por si só, já fulmina o argumento de que esse relatório possuía a finalidade de censurar agentes públicos contrários ao atual governo.

Por fim, o então Ministro da Justiça e Segurança Pública aduziu que os pedidos feitos na ADPF denotam o mais completo desconhecimento sobre o sistema de inteligência e que havendo deferimento aos pedidos feitos, num gesto de irresponsabilidade, ocasionaria prejuízos irreparáveis e imprevisíveis para a República Federativa Brasileira.

Os argumentos deduzidos nas informações- de que os relatórios produzidos não se prestariam para reprimir atos criminosos e que, pela característica de serem sigilosos e de acesso restrito, não haveria que se falar em perseguições de agentes públicos pela Administração Pública -, demonstram que os posicionamentos antifascistas constantes no manifesto dos policiais antifascismo em defesa da democracia popular, foram considerados pelo Ministério da Justiça e Segurança Pública como sendo algo criminoso e

²⁷⁸ Saliente que em informações adicionais dirigidas ao Supremo Tribunal Federal, o então Ministro da Justiça e Segurança Pública informou que somente soube da existência do dossiê-relatório quando da notícia pela imprensa. Inteiro teor do acórdão da ADPF N. 722. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344764619&ext=.pdf>, página 13. Acessado em 12 de outubro de 2020.

fundamenta o teor, totalmente, político de sua fundamentação, pois inexistente fundamento legal e constitucional que justifique a relativização dos princípios constitucionais, principalmente se se analisar que o fundamento do manifesto dos policiais antifascismo em defesa da democracia popular coaduna com o princípio estruturante da República Federativa Brasileira, qual seja, que o Brasil é um Estado de Direito e democrático e que, por isso, o político não prevalece sobre o jurídico.

Um posicionamento antischmittiano foi adotado pela relatora, bem como, pela maioria do Ministros.

Esse posicionamento do Supremo Tribunal Federal, apesar de correto, alimenta a sua exposição e a possibilidade de utilização por parte do Governo Federal, claramente schmittiano, de atos políticos com o fim de desgastar e, portanto, deslegitimar o Judiciário por meio de argumentos populistas e macartistas; de que o Governo Federal não pode agir para determinado fim, por causa do Supremo Tribunal Federal, mesmo que de forma avessa à Constituição Federal.

Um único argumento da Ministra Relatora resume o posicionamento antischmittiano²⁷⁹ do Supremo Tribunal Federal²⁸⁰, que, com exceção do voto

²⁷⁹ Porque exprime um fundamento contrário às premissas schmittianas a seguir, novamente, enumeradas: 1- o soberano é quem decide pelo estado de exceção, pois o soberano está, ao mesmo tempo, fora e dentro do sistema jurídico, entretanto, sempre acima dele. Por isso, 2- o político sempre prepondera sobre o jurídico. A soberania de um Estado não é delimitada pela Constituição Federal, o soberano não se limita a uma normatividade pré-definida. Para que o Estado soberano exista, como condição de sua existência, 3- é preciso que haja unidade política e social relacionada ao viés do soberano. Partindo da interpretação dada ao artigo 48 da Constituição de *Weimar*, que trata da possibilidade de suspensão dos direitos civis, no caso de uma exceção, 4- o soberano pode violar a norma constitucional, pois o soberano pode restringir a restrição constitucional, desde que seja uma medida necessária para a manutenção da ordem política e social, o que determina o poder ilimitado ao soberano.

²⁸⁰ Os demais Ministros que acompanharam o voto da relatora foram o Ministro Alexandre de Moraes, que afirmou que “uma coisa é a troca de informações, relatórios de inteligência para se verificarem eventuais manifestações que possam, como houve na greve dos caminhoneiros, interromper o abastecimento; são fatos, você analisa fatos. Outra coisa é começar a planilhar, Estado por Estado, policiais militares, policiais civis que são lideranças, eventualmente, contra o governo, lideranças contra as manifestações realizadas a favor do governo. Qual o interesse disso? Vai haver uma manifestação violenta ou está prevista uma manifestação que eventualmente possa atrapalhar o abastecimento, possa atrapalhar o acesso a hospitais, isso é importantíssimo como relatório de inteligência, para que as autoridades se planejem e tentem minorar os reflexos para toda a sociedade. Mas, a partir disso, querer se estabelecer em determinados órgãos de segurança pública de todos os Estados e órgãos de segurança pública, quem é a favor, quem é contra determinadas posições políticas, filosóficas ou mesmo quem é a favor ou contra o governo, não há, a meu ver, a mínima razoabilidade em relação a isso. Se você quer estabelecer, da Polícia Militar de determinado Estado, os oficiais que são contra ou a favor do governo, você o quer fazer com alguma finalidade” (BRASIL, 2020, 48); Ministro Edson Fachin, que aduziu: “A Administração Pública não tem, nem pode ter, nenhum ministério tem,

do Ministro Marco Aurélio Mello, a maioria do Supremo Tribunal Federal seguiu o voto da relatora, com fundamentação democrática:

Nem se tenha como aceitável, como nas informações se assenta, que os dados colhidos em atividade de inteligência não seriam utilizados para persecução penal, mas para o “tratamento de conhecimento sobre elementos que, imediata ou potencialmente, possam impactar o processo decisório e ação governamental, bem como a defesa e a segurança da sociedade e do Estado”. Essa confissão não se compadece com o direito constitucional. O uso – ou o abuso – da máquina estatal para a colheita de informações de servidores com postura política contrária ao governo caracteriza desvio de finalidade (Trecho do voto da Ministra Carmem Lúcia na ADPF 722, BRASIL,

nem pode ter o pretense direito de listar inimigos do regime. Só em governos autoritários é que se pode cogitar dessas circunstâncias. Desta forma, o direito à livre manifestação não está na órbita da infração penal. E a liberdade de expressão e o direito ao protesto não estão na órbita de investigação penal, nem mesmo desse tipo de serviço de inteligência, que recai, como disse a eminente Ministra- Relatora, sobre escolhas pessoais e políticas, práticas cívicas dos cidadãos, sejam servidores públicos de qualquer ente da Federação, sejam, especialmente, integrantes do movimento antifascista, sejam professores universitários, sejam cidadãs ou cidadãos que assim exercitam o chamado primeiro direito” (BRASIL, 2020, 55); Ministro Luis Roberto Barroso esclareceu que “serviço de inteligência é uma atividade de Estado e não uma atividade de governo. No Brasil, para não esquecermos, o passado nessa matéria condena. Os órgãos de inteligência foram largamente utilizados para monitorar adversários políticos e intimidá-los, inclusive com vazamentos de algumas informações ou fazendo-os saber que estavam sendo observados, quase em tempo integral, não para a proteção do Estado, mas para a defesa de interesses, às vezes mesquinhos, dos governantes” (BRASIL, 2020, 68); Ministra Rosa Weber disse que “A atividade de inteligência há de ter em mira condutas objetivas e comportamentos específicos potencialmente atentatórios à segurança pública, às instituições democráticas e aos direitos fundamentais. Quando se volta, portanto, contra pessoas apenas em razão do que pensam, ausente qualquer base material justificadora da atividade, desvia-se da finalidade que a legitima, e traduz verdadeira violência. Em uma democracia, ninguém deve temer represália por apenas expressar uma opinião, uma crença, um pensamento não endossado por quem ocupa posição de autoridade, e o Estado constitucional não admite sejam as ações do Estado orientadas pela lógica do pensamento ideológico” (BRASIL, 2020, 79); Ministro Luiz Fux afirmou que “ quaisquer iniciativas de instrumentalização de órgãos e agências governamentais com objetivos avessos às suas finalidades legais viola o princípio republicano, que separa a res publica dos interesses privados. Ao se direcionar especificamente a integrantes do movimento antifascismo, elege-se um inimigo, o que se torna ainda mais grave diante da inexistência de condutas supostamente criminosas, mas mera ideologia. Assim, a investigação não pode mirar em pensamentos ou crenças, sob pena de se traduzir em perseguição ideológica” (BRASIL, 2020, 101); Ministro Ricardo Lewandowski defendeu que “o que não se admite, é que, no Estado Democrático de Direito, se elaborem dossiês sobre cidadãos, dos quais constem informações quanto às suas preferências ideológicas, políticas, religiosas, culturais, artísticas ou, inclusive e especialmente, de caráter afetivo” (BRASIL, 2020, 103); Ministro Gilmar Mendes explicou que “ um dos critérios relevantes para a produção desses documentos de monitoração foi a manifestação pública dessas pessoas contra os atos e projetos do atual governo, o que confere verossimilhança às alegações do requerente no que se refere ao uso desses instrumentos para a repressão de discursos de oposição, o que viola a liberdade de expressão e caracteriza indevida situação de censura. Desta feita, à primeira vista, conclui-se que os dossiês impugnados na presente ação teriam sido produzidos não em virtude do risco ou da atuação preventiva do Seopi para evitar a ocorrência de eventuais atos criminosos ou terroristas, mas sim em virtude do exercício da liberdade de expressão e de crítica das pessoas monitoradas, o que é incompatível com o regime de proteção às liberdades. (BRASIL, 2020, 119 e 120); Ministro Dias Toffoli, após elogios ao Ministro da Justiça e Segurança Pública, André Mendonça, seguiu o voto da Relatora.

2020, 39).

A afirmação acima sobre a maioria dos votos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal na concessão da cautelar da ADPF n. 722-DF, não significa dizer que o voto do Ministro Marco Aurelio Mello teve um viés antirrepublicano e antidemocrático. Definitivamente, não.

Parte do voto do Ministro Marco Aurélio Mello funciona, inclusive, como argumento utilizado aqui, de afirmar que o atual Governo Federal se utiliza das premissas schmittianas para a instituição de um Estado autoritário, como também, se utiliza das fundamentações das decisões objeto da judicialização degenerada para o seu proceder schmittiano.

O voto do Ministro Marco Aurélio Mello se pautou pela crítica à judicialização da política e o risco decorrente dela. Afirmou o Ministro que

em um Estado Democrático de Direito, o centro político é o parlamento. O parlamento, no Brasil, em âmbito federal, é retratado nas duas Casas do Congresso Nacional – Câmara dos Deputados e Senado da República –, as quais contam com o instituto da comissão parlamentar de inquérito, que, inclusive, pode convocar titular de pasta na Esplanada, visando prestar esclarecimento. Mesmo assim, insiste-se em deslocar matéria estritamente política para o Supremo, provocando incrível desgaste em termos de Poder Judiciário. Mais uma vez, digladiam-se partido de esquerda, partido da oposição – como reconheceu o ministro Gilmar Mendes –, Rede Sustentabilidade, e Governo, sabidamente de direita. Indago a mim mesmo, Presidente, e respondo a essa indagação: isso é bom para a democracia, para o fortalecimento do Estado Democrático de Direito? A resposta é desenganadamente negativa. Não se avança culturalmente dessa forma. (Trecho do voto do Ministro Marco Aurelio na ADPF 722, BRASIL, 2020,132)

Os argumentos trazidos como fundamentação para a decisão na ADPF 722 são argumentos que fogem à literalidade jurídica e alcançam um teor político referente à escolha política fundamental do Estado, o que abre espaço para a concretização do ciclo schmittiano.

4.7 O CICLO SCHMITTIANO E A DESLEGITIMAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO: DO LAVAJATISMO AO BOLSONARISMO

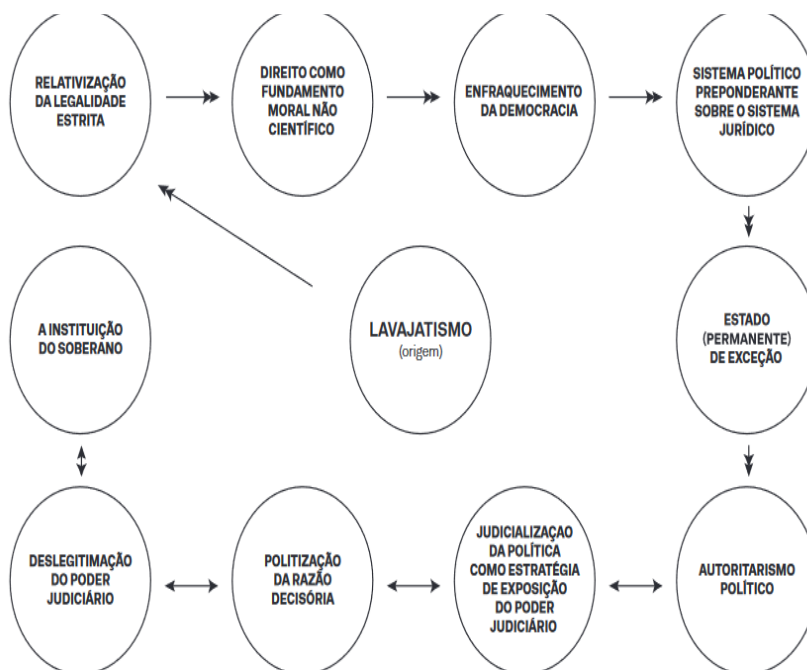
A situação de crise contínua, necessária para a instalação da ditadura soberana teve como base a Operação Lava Jato, por meio do lavajatismo.

A Lava Jato é o marco do início da desconsideração da legalidade estrita, da normatividade constitucional e democrática no Brasil e se caracterizou pela atuação fora das funcionalidades do subsistema jurídico, vez que o Poder Judiciário, por causa da Operação, incorporou em suas decisões os fundamentos das funcionalidades do subsistema político, por meio da incorporação do sentimento popular trazido pela “voz das ruas”, sob o argumento da necessidade de se combater à corrupção.

Apesar de sua originalidade na degeneração do Direito, os problemas causados pelo lavajatismo se apresentam pequenos quando comparados com o bolsonarismo, que é consequência do lavajatismo.

Uma situação de crise contínua teve como base a Operação Lava Jato que, por várias vezes, ignorou a legalidade estrita e a constitucionalidade de normas para atingir o seu fim, que era o combate a corrupção. O afastamento da legalidade estrita, iniciado pela Operação Lava Jato, é o início de um ciclo schmittiano, que ganha corpo com a judicialização degenerada da política e a politização da razão decisória. O ciclo schmittiano pode ser esquematizado da seguinte forma:

Figura 9: Ciclo schmittiano.



Fonte: Elaborada pela autora a partir das pesquisas realizadas

O ponto de partida é o lavajatismo, aqui considerado como uma disfunção da dogmática, hermenêutica e científica do Direito. Possui íntima relação com as premissas autoritárias schmittianas.

Foi por meio do lavajatismo que a relativização da legalidade estrita ocorreu e o que antecedeu essa relativização foi a minimização das garantias constitucionais, o que coaduna com a ideia de que o soberano não está limitado a uma normatividade pré-definida, desde que o fim seja a manutenção da unidade política e social.

No caso do lavajatismo, houve situações em que alguns magistrados se apresentaram e se portaram como um soberano, aptos a determinarem o que valia e o que não valia para o combate à corrupção, como se o papel do Judiciário envolvesse uma situação de combate, finalística.

De acordo com Ferrajoli (2002, p. 31), a legalidade estrita é forma de se evitar imputações penais e processuais penais arbitrárias, como, o afastamento de regras processuais e interpretações judiciais contrárias ao ordenamento brasileiro e que afastam as garantias constitucionais necessárias para a existência da legalidade penal.

O princípio da legalidade estrita é proposto como uma técnica legislativa específica, dirigida a excluir, conquanto arbitrárias e discriminatórias, as convenções penais referidas não a fatos, mas diretamente a pessoas e, portanto, com caráter “constitutivo” e não regulamentar” daquilo que é punível (FERRAJOLI, 2002, p. 31).

Foi na Operação Lava Jato que as regras processuais relativas à competência foram relativizadas-com a universalização do foro de Curitiba para o processamento das ações penais relativas aos crimes da Operação Lava Jato; regras sobre a prerrogativa de foro foram afastadas, como, por exemplo, o afastamento do enunciado da súmula 704 do STF; a ocorrência de determinação de atos processuais por juiz singular às pessoas com prerrogativa de foro, interceptação telefônica de advogados de acusados²⁸¹, além dos casos de suspeição reconhecidos pelo Supremo Tribunal Federal.

²⁸¹ Além da interceptação do telefone do advogado Cristiano Zanin Martins, responsável pela defesa do ex presidente Luiz Inácio Lula da Silva, de acordo com Leite (2015, p. 35), o advogado Adolfo Gois e seu cliente, Roberto Brasiliano tiveram suas ligações interceptadas e o acusado Alberto Youssef teve uma escuta ambiental instalada em sua cela, conforme denúncia do próprio agente prisional.

Soma-se a isso, a decisão do Tribunal Regional Federal, da 4ª Região (TRF4), quando do julgamento de uma reclamação contra a atuação de juiz singular responsável pela Operação Lava Jato, nos autos da PA n. 0003021-32.2016.4.04.8000/RS, em que o referido Tribunal afirmou que o combate a corrupção operado pela Lava Jato era uma situação inédita e que por isso, merecia tratamento excepcional; o que autorizaria o sigilo das comunicações ser suplantado em favor de um interesse público no combate à corrupção²⁸².

Essa decisão do TRF4 demonstra o passo seguinte no ciclo schmittiano. Após a relativização da legalidade estrita surge o fundamento moral do Direito. Isso significa que o afastamento da legalidade estrita implica numa justificativa não normativa.

As justificativas não normativas seguem, de acordo com a teoria luhmanniana, a funcionalidade própria do subsistema político, eis que, baseia-se numa funcionalidade finalista. Dessa forma, afasta-se a legalidade estrita e tenta-se justificar o direito com o não direito, isto é, em que os fins justificam os meios. De forma clarificada e concreta, se o fim era o combate a corrupção, a legalidade estrita poderia ser afastada.

Com a adoção de uma justificativa finalista para o afastamento da legalidade estrita, o próximo passo do ciclo schmittiano é o enfraquecimento da democracia. A democracia se apresenta com o respeito às instituições democráticas e, conseqüentemente, ao respeito às suas funções; no sentido de que, as funcionalidades de um Poder não podem serem usurpadas, nem mesmo, desrespeitadas por outro.

Sob o enfoque da teoria dos sistemas de Luhmann, quando o acoplamento estrutural entre os subsistemas político e jurídico não respeita os

²⁸² “Ora, é sabido que os processos e investigações criminais decorrentes da chamada “Operação Lava - Jato”, sob a direção do magistrado representado, constituem caso inédito (único, excepcional) ao direito brasileiro. Em tais condições, neles haverá situações inéditas, que escaparão ao regramento genérico, destinado aos casos comuns. Assim, tendo o levantamento do sigilo das comunicações telefônicas de investigados na referida operação servido para preservá-la das sucessivas e notórias tentativas de obstrução, por parte daqueles, garantindo-se assim, a futura aplicação da lei penal, **é correto entender que o sigilo das comunicações telefônicas (Constituição, art. 5º, XII) pode, em casos excepcionais, ser suplantado pelo interesse geral na administração da justiça e na aplicação da lei penal. A ameaça permanente à continuidade das investigações da Operação Lava-Jato, inclusive mediante sugestões de alterações na legislação, constitui, sem dúvida, uma situação inédita, a merecer um tratamento excepcional**” (grifo nosso), ou seja, à margem da Lei.

limites funcionais determinados pela Constituição Federal há uma quebra da harmonia social de todo o sistema e, com isso, a democracia se esvai. Quando o Poder Judiciário não segue as regras determinadas pela democracia constitucional é porque se está diante de um estado de exceção de legalidade. Quando se está num estado de exceção é porque a normalidade da democracia constitucional não se faz presente.

De acordo com Serrano e Bonfim (2020), o estado de exceção pode se caracterizar com a presença de mecanismos típicos autoritários na rotina democrática, e que pode ser característica do processo de (des)legitimação do Poder Judiciário.

Quando instrumentos autoritários e estranhos à ordem constitucional vigente passam a ser aceitos pelas instituições representativas do Poder Judiciário, esse se perde, como numa espécie de autofagia suicida, em que, pode continuar a existir, mas sem a sua essência originária e que lhe sustenta, ou seja, passa a ser um nada perante a ordem constitucional que o fundou.

Enfraquecida a democracia pela atuação política do Poder Judiciário, abre-se espaço para que o sistema político prepondere sobre o sistema jurídico, ou seja, as decisões judiciais que deveriam se pautar pela funcionalidade de dizer estar presente o direito ou o não direito, agora se pauta pela funcionalidade finalista; decide algo para atingir um fim desejado. A legalidade estrita é que deveria se adequar aos fins desejados pelo tomador de decisão e não o inverso.

A preponderância do político sobre o jurídico se amolda às premissas schmittianas, pois pelo fato do soberano não se submeter a alguma normatividade pré-definida, o Estado é representado e fundamentado pela atuação e vontade do soberano que age com o fim de manter a sua unidade política e social.

Essa fundamentação não jurídica, que tenta justificar a prevalência do subsistema político em detrimento do jurídico se retroalimenta num estado de exceção, no sentido de que, quanto mais são utilizados argumentos não jurídicos para justificar as decisões judiciais, maior o estado de exceção; entendido esse como uma ausência do Direito. O não direito, que fundamenta a atuação do subsistema jurídico, fortalece a exceção.

O estado de exceção, no ciclo schmittiano, somente se apresenta como tal, porque anterior a ele existia uma normalidade social e democrática e uma

normatividade democrática (AGAMBEN, 2004), que foram abertamente quebradas e justificadas pelo fim desejado pela Operação Lava Jato; o que demonstra a preponderância do político sobre o jurídico; a preponderância do tomador da decisão, do soberano, em detrimento da normatividade democrática.

Como decorrência lógica e direta do estado de exceção, o autoritarismo político se apresenta como uma forma de manutenção da exceção. Não se pode afirmar que o estado de exceção surge em razão do autoritarismo político, mas pode-se afirmar que ele surge em razão da existência de um estado de exceção na normalidade e na normatividade democráticas.

Apesar de não poder se afirmar que a exceção surgiu em razão do autoritarismo político, pode-se afirmar que, o estado de exceção gerado pela Operação Lava Jato foi fruto de uma atuação judicial autoritária que foi aproveitada e deu ensejo a uma guinada autoritária no Brasil.

Aqui não se pode dizer que a atuação autoritária na Operação Lava Jato teve por fim a instauração de um governo autoritário, mas pode-se afirmar que, com a exceção à normalidade e à normatividade democráticas gerada pela Operação Lava Jato, mais precisamente, com o lavajatismo, o autoritarismo ganhou espaço e corpo na sociedade brasileira; principalmente após a eleição de 2018.

Com o autoritarismo político, o próximo passo no ciclo schmittiano é a judicialização degenerada da política com o fim de expor o Poder Judiciário, de forma a possibilitar uma situação de crise social contínua, a ponto de se tentar justificar, dentro das premissas schmittianas, a atuação política do soberano, para salvaguardar a unidade social e política, por isso, uma judicialização degenerada da política. Destroí-se a institucionalidade democrática e constrói-se a institucionalidade antidemocrática, ditatorial.

No Brasil, a judicialização degenerada da política pode ser explicada como sendo a estratégia de um governo autoritário de causar instabilidade social por meio da exposição do Poder Judiciário. Utiliza-se do Poder Judiciário para atacar o próprio Poder Judiciário.

Para atingir o intento de chegar ao fim do ciclo schmittiano, que é a instituição do soberano, o atual governo pratica atos políticos claramente contrários à normatividade constitucional e infraconstitucional. Esses atos serão judicializados. Uma vez judicializada a demanda política, o Poder Judiciário

passa a ser vitrine de uma decisão que não será fundamentada, somente, em aspectos jurídicos, mas sim, em aspectos políticos. Isso ocorre porque, esse agir do atual governo é corriqueiro e tão manifesto que o Poder Judiciário acaba por ter que fundamentar sua decisão em aspectos políticos; daí que surge a politização da razão decisória. Com a politização da razão decisória, instaura-se a crise necessária para a instituição do soberano.

A partir da judicialização dessas demandas, politizam-se as razões decisórias, pelo fato de que, querendo ou não, a decisão esbarrará na escolha política do Governo Federal, contrária ao sistema constitucional vigente no país. Com essa exposição do Judiciário, já prevista e predeterminada quando da prática do ato político, o Judiciário passa a sofrer um processo de descredibilização, de desgaste, principalmente, pelo fato de suas decisões poderem ser contramajoritárias.

Esse processo de desgaste, de descredibilização do Poder Judiciário é parte integrante da aplicação das premissas e do ciclo schmittianos, com um argumento populista de que, o Supremo Tribunal Federal, como representante máximo do Poder Judiciário, volta-se contra a vontade popular, diferente da figura do presidente, do chefe do Executivo Federal²⁸³, que se apresenta como um líder simples e fora de uma elite, tida como corrupta dos valores morais da pátria e do patrimônio brasileiro.

Afirma-se que a prática, intencional ou não, de atos políticos não condizentes com a democracia brasileira levam, *incontinenti*, à judicialização da política. Quando esses atos se tornam prática, a judicialização degenerada da política se torna a regra, o que gera uma situação de crise contínua que reclama a ação do soberano.

Como último estágio do ciclo schmittiano, após a descredibilização do Poder Judiciário, tem-se a instituição e a institucionalização do soberano. Havendo a instituição do soberano, tem-se, conforme a lógica de Schmitt, a instalação da ditadura.

²⁸³ Não se pode afirmar que todos os atos políticos praticados pelo Executivo Federal têm a finalidade de futuras judicializações, mas, pode-se afirmar que a partir da judicialização desses atos políticos, o Executivo Federal aproveita para o processo de deslegitimação do Poder Judiciário.

No século XXI não se pode afirmar a certeza das coisas, por isso, não se pode afirmar se a instituição do soberano ocorrerá e como ocorrerá. O momento no processo de (des)legitimação do Poder Judiciário é de certeza de uma incerteza, apesar da experiência brasileira.

Na experiência estrangeira, confirmou-se a incerteza.

Especialistas e cientistas políticos afirmaram que os britânicos nunca aprovariam o Brexit. Aprovaram. Especialistas e cientistas políticos afirmaram que Donald Trump nunca seria eleito. Foi. Especialistas e cientistas políticos afirmaram que a democracia nunca correria o risco de se desconsolidar. Ela corre. Vivemos numa era de incerteza radical. O leque de resultados possíveis é muito mais amplo hoje do que parecia ser há alguns anos. O jogo da previsão ficou mais difícil do que nunca. E, contudo, a previsão que decerto despistou todo mundo- o pressuposto de que as coisas continuarão a ser do jeito que sempre foram- permanece sendo a mais popular ainda hoje. “A coisa é impossível”, parece ser a conclusão de artigo após artigo. “Não pode ser”. (MOUNK,2019, p. 39-40)

O nível de incerteza causada pelo processo de (des) legitimação do Poder Judiciário pode, entretanto, basear na experiência do golpe de 1964. Celso de Bastos pode ser utilizado como a expressão da experiência brasileira, agora à mercê de práticas autoritárias baseadas nas premissas schmittianas; que pelo que parece, se afiguram mais gravosas do que em 1964:

No Brasil, há uma distância grande que medeia entre o povo e o seu Poder Judiciário. Esta falta de entrosamento do Poder Judiciário com a soberania popular faz com que ele também não se apresente seguro, com força bastante para pronunciar aquelas decisões que possam efetivamente coibir os desmandos do Executivo, sempre inclinado a ser arbitrário e caprichoso, como todo detentor de poder (COSTA, 2006, p. 159).

Apesar de toda sorte de *contempt of court* sofridas, tais como, a alteração do número de Ministros de onze para dezesseis, a fim de minimizar as diferenças entre o Executivo e o Judiciário (em 1965, com a edição do Ato Institucional n. 2); a suspensão de julgamento de *habeas corpus* e de qualquer ação resultante de ação baseada no Ato Institucional n. 5 (em 1968, com a edição do Ato Institucional n. 5); a aposentadoria compulsória de três Ministros do Supremo e o esvaziamento, mais uma vez, de sua competência, em razão do estabelecimento da Justiça Militar para o julgamento de civis nos casos de crimes contra a segurança nacional (em 1969, com o Ato Institucional n. 6), o Tribunal ainda persistiu no exercício de sua função jurisdicional e constitucional.

Entretanto, esse persistir rumo a um Estado de Direito e democrático, se deu em razão da participação popular, que utilizando de sua representatividade política, juntamente com a crise do petróleo, pressionou a reabertura democrática e a 'desinstituição' das Forças Armadas do papel de soberano.

CONCLUSÃO

Antes de iniciar a pesquisa, a ideia de que o Judiciário já se encontrava deslegitimado pela Operação Lava Jato era certa. A consciência do problema advindo pela Lava Jato somente foi adquirida quando o conceito de degeneração do Direito foi compreendido, porquanto somente havia a percepção de que o fato do Judiciário não seguir a legalidade, sendo ela a sua própria base de fundamento, era uma situação que ensejaria a sua derrocada, pois o entendimento era que a legalidade era a condição de existência do Judiciário e ainda o é.

Essa percepção, apesar de não equivocada, foi clarificada com o conceito de degeneração, até porque, os seus significados se complementam. Um Judiciário alheio à legalidade não possui autonomia, portanto, se deslegitima.

Em razão do objeto da pesquisa ser contemporâneo e se fundamentar metodologicamente na teoria dos sistemas sociais de Luhmann, por cautela, foram apresentadas duas hipóteses, porque se um sistema social é formado por vários subsistemas, não se poderia afirmar a deslegitimação do Poder Judiciário com base, somente, na análise do subsistema jurídico, porquanto o seu afastamento da legalidade, a degeneração do Direito, tinha outros componentes alheios ao subsistema jurídico.

Por isso, foram apresentadas duas hipóteses. A primeira afirmava que desde a Operação Lava Jato, o Poder Judiciário se encontrava deslegitimado e a segunda hipótese afirmava que o Poder Judiciário, desde a Operação Lava Jato, estava em situação de crise institucional; que poderia ser normal diante de uma sociedade complexa e democrática.

Ao concluir a pesquisa, verificou-se que as duas hipóteses apresentadas quando do seu início não se confirmaram. Nenhuma dessas hipóteses se confirmou, porque apesar do Poder Judiciário não se encontrar deslegitimado, também não se pode afirmar que ele se encontra somente em uma situação de crise institucional. O que se verificou por meio das pesquisas é que o Poder Judiciário se encontra num processo de deslegitimação política, o que não se apresenta como um problema de menor importância.

A legitimação política, apesar de não ser necessária para a atuação do Poder Judiciário, considerando a funcionalidade própria do subsistema jurídico, pode interferir na legitimidade jurídica do Poder Judiciário, porque a legitimidade política é condição obrigatória e antecedente à legitimidade jurídica.

Essa condição obrigatória e antecedente assumida pela legitimidade política, se explica pela própria fundamentação do Estado de Direito e democrático. Nele, as funções estatais são distribuídas para diferentes instituições, a fim de que a legalidade seja a base e que as decisões não sejam caracterizadas pelo autoritarismo e pelo totalitarismo.

Dessa forma, quando o aceite social, de que cabe ao Poder Judiciário o exercício da jurisdição (pelo qual se caracteriza a legitimidade política), deixa de existir, as suas decisões não serão mais cumpridas. Isso ocorre porque as decisões judiciais são baseadas na funcionalidade e codificação do subsistema jurídico, na legalidade. Quando elas não são cumpridas há negação da legitimidade jurídica. Com isso, pode-se afirmar que, a ausência de legitimidade política ao Poder Judiciário é o que basta para a sua deslegitimação, inclusive jurídica.

A negativa de verificação das duas hipóteses iniciais deste trabalho pautou-se por este prisma, pois não é possível afirmar a ausência de concordância social para o exercício da jurisdição pelo Poder Judiciário, apesar do *contempt of court* antidemocrático sofrido pelo Supremo Tribunal.

Esse processo de deslegitimação política do Poder Judiciário iniciou-se pela atuação do Poder Judiciário, quando da Operação Lava Jato. Essa atuação degenerada, que causa a perda da autonomia científica do Direito para a política, teve início com os levantes de junho de 2013.

Com a apropriação política das pautas das manifestações realizadas a partir de junho de 2013, o Judiciário incorporou a “voz das ruas” como fonte do Direito, a ponto de fundamentar o seu proceder e decisões com base numa maioria não apurada e quantificada.

Apesar de não incidir sobre o Judiciário a representatividade democrática, porquanto os seus membros não são eleitos e o Judiciário se submete a uma funcionalidade não finalista, buscou-se na Operação Lava Jato capital político para o seu proceder e para as suas decisões.

A partir desse momento, seguindo as disposições da teoria dos sistemas sociais de Luhmann, verificou-se que o Judiciário abandonou sua funcionalidade binária e condicional, e assumiu a funcionalidade finalista, que é própria do subsistema político. Por meio da teoria dos sistemas sociais foi possível extrair uma regra que não foi atentada pelo Judiciário: enquanto a funcionalidade finalista trabalha com a vontade da maioria, a funcionalidade condicional trabalha com a legalidade; quando a política entra pela porta, a legalidade é jogada pela janela.

Quando da Operação Lava Jato, o Judiciário desconsiderou que no constitucionalismo democrático, a função contramajoritária nem sempre é compatível com o sentimento popular, ainda mais quando não há quantificação de que a “voz das ruas” representa a maioria. Mesmo que representasse a vontade da maioria, o constitucionalismo popular, a representatividade democrática para com o Judiciário não existe no Brasil, a ponto de uma decisão judicial ser fundamentada com base no sentimento popular.

Essa “voz das ruas” formada e fomentada a partir dos levantes de junho de 2013, sentindo-se representada pelo Judiciário, quando da Operação Lava Jato é a mesma que, com a ascensão da extrema direita no Brasil, praticou o *contempt of court* antidemocrático, o ataque com o fim de suprimir o Poder Judiciário.

Esses ataques surgiram quando o Poder Judiciário se afastou da “voz das ruas” como fundamentação decisória. Por isso, o *contempt of court* antidemocrático praticado pela “voz das ruas” demonstra que a vontade da maioria é contingencial e por ser contingencial, é que a legalidade não pode ser relegada ou relativizada, mesmo que sob a justificativa de uma filtragem constitucional, porquanto é pela Constituição que se afirma o papel contramajoritário do Poder Judiciário.

Quando o Poder Judiciário utilizou o sentimento popular e a “voz das ruas” na Operação Lava Jato, não contava com a ascensão da extrema direita no Brasil em 2018. Aliás, a ascensão da extrema direita no Brasil foi resultado do conjunto obtido com a apropriação política das pautas de junho, que instrumentalizou-se com a Operação Lava Jato e que levou à ascensão da extrema direita brasileira ao poder. Por isso é que se afirma que a Lava Jato, por

meio do lavajatismo, é pai e mãe do bolsonarismo, representação da extrema direita no Brasil.

Como um dos fundamentos que caracteriza uma extrema direita é o afastamento da legalidade e o estabelecimento da vontade de um líder, o afastamento do Judiciário da vontade popular, da “voz das ruas” faz com que ele assumisse o papel de inimigo da Nação, conforme as lições trazidas pelos escritos de Carl Schmitt.

Pela leitura de Schmitt foi possível estabelecer quatro premissas presentes em um governo autoritário: o soberano é quem decide o momento e as regras da exceção à legalidade, pois ele não se submete a uma normatividade pré definida; o argumento político sempre prepondera sobre o político; a unidade social exigida para atuação do soberano exclui a diversidade política e se for necessária para a manutenção da ordem política e social, o soberano pode violar a norma constitucional, restringindo a restrição constitucional, pois quem define a escolha política fundamental para a existência do Estado é o próprio soberano.

Com base nessas premissas schmittianas é possível estabelecer um proceder autoritário que tem por fim a supressão da distribuição das funcionalidades estatais, em especial, em razão do objeto de estudo, da funcionalidade jurisdicional, afeta ao Poder Judiciário, eis que de acordo com o proceder schmittiano, o líder, o soberano, não se submete a alguma pré-normatividade.

No caso em estudo, esse proceder autoritário, denominado de ciclo schmittiano, tem como início a atuação do Poder Judiciário quando da Operação Lava Jato e possui algumas fases para que haja a instituição do soberano: 1- quando o Poder Judiciário incorpora a “voz das ruas” como fonte de Direito, ele relativiza a legalidade estrita, 2- com a relativização da legalidade estrita, o fundamento para as decisões judiciais passa a ser moral, político e não um fundamento baseado na legalidade; 3- a partir dessa degeneração do Direito, enquanto Ciência e dogmática, a democracia se enfraquece, pois ao relegar a legalidade em detrimento da política, as instituições não precisam mais existir; por isso, a necessidade do *contempt of court* antidemocrático; 4- o subsistema político passa a preponderar ao subsistema jurídico; 5- com a prevalência do subsistema político, o estado de exceção legal se torna frequente; 6- com a frequência de exceção à legalidade, o autoritarismo político ganha corpo; 7- a

judicialização degenerada da política passa a ser a realidade e a estratégia para descredibilização e deslegitimação política do Poder Judiciário; 8- como a judicialização degenerada da política tem como objeto uma lesão à obviedade normativa, a fundamentação da decisão utiliza de argumentos relativos à escolha política do Estado, como, por exemplo, a democracia; 9- neste momento, ocorre a deslegitimação política e jurídica do Poder Judiciário; 10- e, por fim, a instituição de um soberano, portanto, a ditadura.

Seguindo esse ciclo, verifica-se que alguns atos praticados pelo atual governo e que foram judicializados serviram e ainda servem como argumento para o *contempt of court* antidemocrático, justamente pelo fato de as decisões se fundamentarem na escolha política do Estado que, para as premissas schmittianas, cabe somente ao soberano, ainda não instituído e institucionalizado, em razão de uma resistência democrática por parte do Poder Judiciário.

Por isso, conclui-se que o Poder Judiciário ainda não se encontra deslegitimado, mas está num processo de deslegitimação que, somente se concretizará se o soberano vier a ser instituído e institucionalizado.

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges. **Cinco mitos sobre a Constituição Federal Brasileira de 1988**. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

ABBOUD, Georges. **Processo constitucional brasileiro**. 3ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

ABBOUD, Georges. **Direito constitucional pós-moderno**. São Paulo: Thomson Reuters, Brasil, 2021. a

ABBOUD, Georges. **Democracia para quem não acredita**. Belo Horizonte: letramento, 2021. b

ABBOUD, Georges. **Os cinco equívocos da decisão que permitiu cultos presenciais na Páscoa**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-07/abboud-equivocos-decisao-permitiu-cultos-presenciais>. Acesso em: 15 dez. 2021. C

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. 2 ed. São Paulo: Bomtempo, 2004.

AGÊNCIA BRASIL. **STF afasta Aécio do mandato e determina recolhimento domiciliar noturno**. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2017-09/stf-afasta-aecio-de-mandato-e-determina-recolhimento-domiciliar-noturno>. 2017. Acesso em; 15 fev. 2022.

ALEXANDER, Jeffrey. **O Novo Movimento Teórico**. In: Revista Brasileira de Ciências Sociais. v.2 n.4 São Paulo jun. 1987.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da, 5 ed. alemã. 2 ed., 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALIGHIERI, Dante. **A divina comédia**. Inferno. Tradução e notas de Ítalo Eugênio Mauro. São Paulo: Editora 34, 1998.

ACKERMAN, Bruce. **Adeus, Montesquieu**. Revista de Direito Administrativo, vol. 265, Rio de Janeiro, p. 12-23, 2014.

AMB. FGV. IPESPE. **Estudo da imagem do Judiciário Brasileiro. Sumário Executivo**. AMB, FGV e IPESPE. Disponível em: https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2020/04/ESTUDO_DA_IMAGEM_DO_JUDICIARIO_BRASILEIRO_COMPLETO.pdf. Acesso em: 22 abr. 2022.

ANTUNES, José Engrácia. Prefácio do livro de TEUBNER, Gunther. **O Direito como sistema autopoiético**. Tradução e Prefácio de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

ARAÚJO, José Henrique Mouta. **Os precedentes vinculantes e o Novo CPC: o futuro da liberdade interpretativa e do processo de criação do direito**. In: Precedentes. Coordenadores: Fredie Didier Jr. [et al]. Salvador: Jus podvum, 2015. 424-443.

AVELAR, Idelber. **Ele em nós. Retórica e antagonismo político no Brasil do século XXI**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Record, 2021.

AVELAR, Leonardo Magalhães. LAZAROU, Alexys Campos. **Seopi se apresenta como uma Abin paralela**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-27/avelar-lazarou-seopi-apresenta-especie-abin-paralela>. Acesso em: 02 nov. 2020.

ASSIS, Araken de. **O contempt of court no direito brasileiro**. Revista de Processo: São Paulo, v. 111, p. 18-37, 2003.

BACHELAR, Gaston. **A filosofia do não; o novo espírito científico; a poética do espaço**. Seleção de textos de José Américo Motta Pessanha; traduções de Joaquim José Moura Ramos (et al). 2 ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

BARBOSA, Adriana Villa-Forte de Oliveira. **O contempt of court no Direito brasileiro e norte-americano**. Dissertação de mestrado. Universidade Federal do Espírito Santo. Programa de Pós Graduação *strictu sensu* em Direito. Mestrado em Direito Processual Civil. Vitória, 2010.

BARCELLOS, Renato. **Bolsonaro ameaça reagir fora das '4 linhas' da Constituição a inquérito no STF**. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/bolsonaro-ameaca-reagir-fora-das-4-linhas-da-constituicao-a-inquerito-no-stf/> Acesso em: 27 de set. 2021.

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. **Direito Penal**. Parte geral. Vol. 1. 4 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROSO, Luis Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil**. Revista de Direito Administrativo, 2005.

BARROSO, Luis Roberto. **Countermajoritarian, Representative, and Enlightened: The roles of constitutional tribunals in contemporary democracies.** *Revista Direito e Práxis*, Ahead of print, Rio de Janeiro, 2017.

BASSOK, Or. **The Supreme Court at the Bar of Public Opinion Polls.** Disponível em: *Constellations*, volume 23, Dezembro, 2016, pp. 573–584. Acesso em: 5 fev. 2022.

BASSOK, Or. **Trapped in the Age of Trump: the American Supreme Court and 21st Century Populism.** Disponível em: <https://verfassungsblog.de/trapped-in-the-age-of-trump-the-american-supreme-court-and-21st-century-populism-or/> , 2016. Acesso em: 25 mai. 2022.

BASSOK, Or, DOTAN, Yoav. **Solvin the countermajoritarian difficulty?** Disponível em: *Oxford University Press and New York University School of Law. ICON* (2013), Vol. 11 No. 1, 13–33 doi:10.1093/icon/mos047. Acesso em: 05 dez. 2021.

BASSOK, Or. **The Supreme Court's new source of legitimacy.** Disponível em: *Legal Scholarship Repository*. 16 U. PA. J. Const. L. 153, 2013. Acesso em: 06 out. 2021.

BASSOK, Or. **The Schmitelsen Court: the question of legitimacy.** *In: German Law Journal*, 2020, p. 131-162. Disponível em: <https://www.cambridge.org/core/services/aop-cambridge-core/content/view/D17B69B9A7638423892123C01DEEC594/S207183222000024a.pdf/the-schmitelsen-court-the-question-of-legitimacy.pdf>. Acesso em: 13 out. 2021.

BENITES, Afonso. BEDINELLI, Talita. **Sérgio Moro acusa Bolsonaro de interferência política na PF e deixa Governo.** Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2020-04-24/sergio-moro-acusa-bolsonaro-de-interferencia-politica-na-pf-e-deixa-governo.html>. Acesso em: 24 fev. 2022.

BERCOVICI, Gilberto. **Entre o estado total e o estado social: atualidade do debate sobre o direito, estado e economia na República de Weimar.** 2003. Tese (livre docência em Direito Econômico) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Disponível em <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/livredocencia/2/tde-22092009-150501/pt-br.php>. Acesso em: 20 nov. 2021.

BERGAMO, Mônica. **Ex-procuradores-gerais da República lançam manifesto para condenar fake news de Bolsonaro sobre urna eletrônica.** Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/monicabergamo/2021/07/ex-procuradores-gerais-lancam-manifesto-para-condenar-fake-news-de-bolsonaro-sobre-a-urna-eleitoral.shtml> Acesso em: 20 set. 2021.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Apresentação Tércio Sampaio Ferraz Júnior. Tradução Maria Celeste C. J. Santos; revisão técnica Cláudio De Cicco. 6ª ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1995.

BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política I**. Norberto Bobbio, Nicola Mattetucci e Gianfranco Pasquino; tradução Carmem C, Varriale et al; coord. trad. João Ferreira; rev. geral João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacais. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998.

BODIN, Jean. **Os Seis Livros da República**. Livro Primeiro/Jean Bodin. Tradução, introdução e notas José Carlos Orsi Morel.; revisão técnica de tradução José Ignácio Coelho Mendes Neto. 1 ed. São Paulo: Ícone, 2011.

BOLSONARO, Jair Messias. **Discurso do Presidente da República, Jair Bolsonaro, durante a Cerimônia de inauguração do Hospital de Campanha de Águas Lindas de Goiás- Águas Lindas de Goiás/GO**. Disponível em: <https://www.gov.br/planalto/pt-br/acompanhe-o-planalto/discursos/2020/discurso-do-presidente-da-republica-jair-bolsonaro-durante-a-cerimonia-de-inauguracao-do-hospital-de-campanha-de-aguas-lindas-de-goias-aguas-lindas-de-goias-go>. Acesso em: 20 dez. 2021.

BOLSONARO, Jair Messias. **Leia a íntegra do discurso de Bolsonaro no ato de 7 de setembro em São Paulo**. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/governo/leia-a-integra-do-discurso-de-bolsonaro-no-ato-de-7-de-setembro-em-sao-paulo/> Acesso em: 08 nov. 2021.

BONAVIDES, Paulo. **Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas considerações sobre o Brasil)**. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ea/a/fjv37CkWwWvGcKpDfM6cwmp/?lang=pt> , 2004. Acesso em: 23 fev. 2022.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão da ADI 4578/DF**. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 7 abr. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ementa do julgamento do HC 82. 424/RS**. Disponível em: www.stf.jus.br. Acessado em: 21 jun. 2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Voto do Ministro Marco Aurélio Mello, relator na Ação Declaratória de Constitucionalidade 43/DF**. Disponível em www.conjur.com.br/dl/marco-aurelio-30-anos6.pdf. Acesso em: 12 mar. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão na ADO n. 26/DF**. Disponível em www.stf.jus.br. Acesso em: 24 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Voto do Ministro Luiz Fux, relator na medida cautelar da ADI 6457**. Disponível em <https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5934738> . Acesso em: 27 out. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Voto do relator da Ação n. 003021-32.2016.4.04.8000/RS**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/lava-jato-nao-seguir-regras-casos.pdf> . Acesso em: 18 ago. 2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Voto vista da Ação n. 003021-32.2016.4.04.8000/RS**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/voto-rogerio-favreto.pdf> Acesso em: 16 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão decisão de julgamento da medida cautelar na ADPF 722-DF**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5967354>. Acesso em: 11 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão decisão de referendo da medida cautelar na ADI n. 6341**. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15344964720&ext=.pdf>. Acesso em: 11 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Voto do Ministro Ricardo Lewandowski na Ação Direta de Constitucionalidade n. 43/DF**. Página 4. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em: 05 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Decisão na medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 6457/DF**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15343439427&ext=.pdf> Acesso em: 20 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Programa de Combate à desinformação no âmbito do Supremo Tribunal Federal**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/desinformacao/> Acesso em: 22 abr. 2022.

BRUNO, Aníbal. **Direito Penal**. Parte Geral. Tomo I. 5ª ed. Revista e atualizada por Raphael Cirigliano Filho. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BUENO, Roberto. **Sonhos e pesadelos da democracia em Weimar- tensões entre Carl Schmitt e Hans Kelsen.** Roberto Bueno, Caio Henrique Lopes Ramiro (organizadores). São Paulo: LiberArs, 2017.

BUENO, Roberto. SERRANO, Pedro Estevam. FRANÇA, Nathalia. **Introdução ao pensamento e à obra de Carl Schmitt.** *Live* ocorrida em 10 de agosto de 2020 pelo Grupo de pesquisa Sistema de Justiça e Estado de Exceção, da PUC-SP. Disponível em: <https://www.facebook.com/sistemadejusticaeestadodeexcecao/videos/introdu%C3%A7%C3%A3o-ao-pensamento-e-%C3%A0-obra-de-carl-schmitt/646416705984243/> Acesso em: 15 fev. 2022.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo.** Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo do Judiciário. 2 ed. São Paulo: Almedina, 2018.

CAMPANERUTI, Camila. **Dilma é aprovada por 79% e supera Lula e FHC, diz CNI/Ibope.** Disponível em: [Dilma é aprovada por 79% e supera Lula e FHC, diz CNI/Ibope - 19/03/2013 - UOL Notícias.](#) Acesso em: 25 abr. 2022.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, Sistema Jurídico e decisão judicial.** 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões da autorrestrrição judicial.** *In: Crises dos poderes da República: judiciário, legislativo e executivo.* George Salomão Leite, Lenio Streck, Nelson Nery Junior (coordenadores). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017. 243-264.

CAMPOS, Ricardo. **Crítica da ponderação.** Método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social/ organizador Ricardo Campos; coordenadores Ronaldo Porto Macedo Junior, José Reinaldo de Lima Lopes. São Paulo: Saraiva, 2016.

CARLSON, John; YEOMANS, Neville. Whiter Goethe the law: Humanity or Barbarity, *In: SMITH, Margareth; CROSSLEY, David.* The way out: radical alternatives in Australia. Melbourne: Lansdowne Press, 1975, apud ZANIN MARTINS, Cristiano; ZANIN MARTINS, Valeska; VALIM, Rafael. **Lawfare: uma introdução.** Cristiano Zanin Martins; Valeska Teixeira Zanin Martins; Rafael Valim. São Paulo: Editora Contracorrente: 2019.

CARVALHO, Salo de. **Anti-manual de criminologia.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. **O estado de necessidade econômico-financeiro e os direitos fundamentais.** *In: Revista da DPU, N. 45, 2012.* 09-40.

CASARA, Rubens R. R. **O estado pós-democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis** / Rubens R. R. Casara. 1. ed. - Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

CASTELLS, Manuel. **Comunicación y poder**. Espanha: Alianza Editorial, 2009.

CATRACA LIVRE. **Oscar Maroni oferece um inusitado presente a Sergio Moro**. Disponível em: <https://catracalivre.com.br/cidadania/oscar-maroni-mulher-comemorar-prisao-lula/>. Acesso em: 15 abr. 2022.

COSTA, Emília Viotti da. **O Supremo Tribunal Federal e a construção da cidadania**. 2ª edição. São Paulo: Editora UNESP, 2006.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Código de processo penal: comentários consolidados e crítica jurisprudencial**/ Fauzi Hassan Choukr. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CIPRIANI, Juliana. **HC de Lula: Comandante diz que Exército está 'atento' contra impunidade**. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2018/04/03/interna_politica,948823/hc-lula-comandante-diz-que-exercito-esta-atento-contrainpunidade.shtml
Acesso em: 20 out. 2018.

COELHO, Inocência Mártires. **Da hermenêutica filosófica à hermenêutica jurídica**. Fragmentos. 2 ed. Rev. e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2015.

COELHO, Inocência Mártires. Métodos de Interpretação Constitucional. In: **Enciclopédia Jurídica da PUCSP**, tomo II (recurso eletrônico): direito administrativo e constitucional / coord. Vidal Serrano Nunes Jr. [et al.] - São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017, 02- 29.

CONJUR. **Anotações para o voto do Ministro Barroso na Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 43**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/leia-voto-ministro-barroso-execucao.pdf>. Acesso em: 02 jul. 2020.

CONJUR. **Procuradores confundem autonomia com soberania, critica Gilmar Mendes**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-11/procuradores-confundem-autonomia-soberania-critica-gilmar>. Acesso em: 23 fev. 2022.

CONGRESSOEMFOCO. **Bolsonaro defende manifestações no 7 de setembro para fortalecer "contragolpe"**. Disponível em: <https://congressoemfoco.uol.com.br/area/governo/bolsonaro-defende->

[manifestacoes-no-7-de-setembro-para-fortalecer-contragolpe/](#) Acesso em: 08 set. 2021.

COUTINHO, Jacinto. **Comentários à Constituição do Brasil**. / J.J Gomes Canotilho [et. al]; outros autores e coordenadores; Ingo Wolfgang Sarlet, Lenio Luiz Streck, Gilmar Ferreira Mendes. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

CNN BRASIL. **Apreender celular de Bolsonaro teria “consequências imprevisíveis”, diz Heleno**. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/pedir-apreensao-de-celular-de-bolsonaro-e-inconcebivel-diz-heleno/>. Acesso em: 21 jan. 2021.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

DUARTE, Letícia. The Intercept Brasil. Vaza Jato. **Os bastidores das reportagens que sacudiram o Brasil**. 1 ed. Rio de Janeiro: Mórula, 2020.

DAMASKA, Mirjan R. **Structures of Authority and comparative criminal procedure**. Yale Law School Scholarship Repository, 1975.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. Coordenadores Darlan Barroso, Marco Antonio Junio. 4 ed. rev. e atual. e ampl. São Paulo: Mastersaf, 2018.

DICIONÁRIO HOUAISS: **Sinônimos e antônimos**/ [Instituto Antônio Houaiss; diretor de projeto Mauro de Salles Villar]. – 2 ed. São Paulo: Publifolha, 2008.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela**/ Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira. 11 ed. Salvador: Editora Juspodvum, 2016.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. 3 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DWORKIN, Robert. **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

EL-JAICK, Mônica Berçot. **O presidencialismo de coalizão e a sala de máquinas da Constituição**. Disponível em: Revista Eletrônica da Procuradoria

Geral do Estado do Rio de Janeiro. PGE-RJ, Rio de Janeiro, v. 4, n. 1, jan/abr, 2021. Acesso em: 18 jan. 2022.

ETTY, Willian. **Tela “As sereias e Ulisses”**. Disponível em: https://pt.m.wikipedia.org/wiki/ficheiro:The_Sirens_and_Ulysses_by_Willian_Ett_y,_1837.jpg Acesso em: 15 jun. 2022.

FGV DIREITO SP. **Relatório ICJ Brasil. 2º trimestre/2013 – 1º trimestre/2014: ano 05**. Disponível em <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/12024/Relat%c3%b3rio%20ICJBrasil%20-%20ano%205.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 22 abr. 2022.

FGV DIREITO SP. **Relatório ICJ Brasil. 1º trimestre/2016 – 1º semestre/2016**. Disponível em https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17204/Relatorio-ICJBrasil_1_sem_2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 22 abr. 2022.

FGV DIREITO SP. **Relatório ICJ Brasil. 1º semestre/2017**. Disponível em https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/19034/Relatorio-ICJBrasil_1_sem_2017.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 22 abr. 2022.

FGV DIREITO SP. **Relatório ICJ Brasil, 2021**. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/30922/Relato%cc%81rio%20ICJBrasil%202021.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em; 22 abr. 2022.

FELIPPE, Marcio Sotelo. **O gato preto do ministro Barroso e as ilusões juristas**. In: Cult. Disponível em: <https://revistacult.uol.com.br/home/luis-roberto-barroso-stf/>. Publicação: 8 de abril de 2019. Acesso em: 2 jun. 2019.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Teoria do Garantismo Penal. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Principia Iuris**. Teoria del derecho y de la democracia. Madrid: Editorial Trotta, 2011.

FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. A separação de poderes: a doutrina e sua concretização constitucional. **Cadernos Jurídicos da Escola Paulista da Magistratura**. Ano 16, n. 40, p. 67-81, Abril-Junho, 2015.

FINOTTI, Ivan. **Vestido de irmão metralha, Maroni distribui 9.000 cervejas para festejar prisão de Lula**. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/04/dono-do-bahamas-compra-9000-latas-de-cerveja-para-dar-em-comemoracao-a-prisao-de-lula.shtml> . Acesso em: 11 nov. 2021.

FULBROOK, Mary. **A concise history of Germany**. Third edition. United Kingdom: Cambridge University Press, 2019.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. **Dicionário de Ciências Sociais**. Fundação Getúlio Vargas, Instituto de Documentação. Benedicto Silva, coordenação geral; Antônio Garcia de Miranda Netto.../et al. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1986.

FUX, Luiz. **Discurso do Excelentíssimo Senhor Ministro Luiz Fux por ocasião da posse no cargo de Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça**. Disponível em: **Erro! A referência de hiperlink não é válida**. Acessado em: 20 de setembro de 2020. 2020.
GADAMER, Hans- George. 1900. **Verdade e método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.

GANDRA MARTINS, Ives Gandra. **Cabe às Forças Armadas moderar os conflitos entre os poderes**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-28/ives-gandra-artigo-142-constituicao-brasileira>, 2020. Acesso em: 20 set. 2021.

GANDRA MARTINS, Ives Gandra. **Minha interpretação do artigo 142 da Constituição Federal**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-ago-27/ives-gandra-minha-interpretacao-artigo-142-constituicao>, 2021. Acesso em: 20 set. 2021.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião das promessas**. Tradução Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GARAPON, Antoine. **Crimes que não se podem punir nem perdoar. Para uma justiça internacional**. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

GARCIA, Juliana. **Fã de Homem-Aranha e Batman, Moro é figura “discretíssima” em banca de Curitiba**. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2017/05/09/fa-de-homem-aranha-e-do-batman-moro-e-figura-discretissima-em-banca-de-curitiba.htm?cmpid=copiaecola>. Acesso em: 18 abr. 2020.

GARGARELLA, Roberto; GUEDES, Jefferson; PÁDUA, Thiago. Constitucionalismo latino-americano: direitos sociais e a “sala de máquinas” da Constituição. In: **Universitas Jus**, v. 27. n. 2. p. 33-41, 2016.

GARZILLO, Rômulo Monteiro. **Elementos autoritários em Carl Schmitt**. São Paulo: Editora Contracorrente, 2022.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 17. ed atualizada por Fabricio Motta- São Paulo: Saraiva, 2012.

GAZETA DO POVO. **Atos pró e contra impeachment acontecem em 25 estados e no DF**. Agência O Globo. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/atos-pro-e-contra-impeachment-acontecem-em-25-estados-e-no-df-agt5m8h0dibyp5dqgkkebwc9j/>. Acesso em 07 maio. 2022.

CHICARINO, Tatiana Senne, SEGURADO, Rosemary, CHAIA, Vera. **Lideranças políticas no Brasil. Características e questões institucionais**. São Paulo: Educ, Fapesp, 2022.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Comentários à Constituição do Brasil**. / J.J Gomes Canotilho [et. al]; outros autores e coordenadores Ingo Wolfgang Sarlet, Lenio Luiz Streck, Gilmar Ferreira Mendes. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

GIUBERTI, Vander Santos. **Contempt of Court: o que é e o que não é no novo sistema processual brasileiro**. In: **Anais do II Congresso de Processo Civil Internacional**. Vitória, 2017, p. 345-362.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moares. **Gustavo Zagrebelsky, a crucificação e a democracia**. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2021-mar-14/embargos-culturais-gustavo-zagrebelsky-crucificacao-democracia> , 2021. Acesso em: 13 nov. 2021.

GRAU, Eros. **Por que tenho medo de juízes**. 7ª ed. refundida do Ensaio e discurso sobre a interpretação/ aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2016.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Imunologia: mudança no paradigma autopoiético?** Campo Jurídico, vol. 2, n. 1, maio de 2014, 157-174.

HITLER, Adolf. **Minha luta**. Autobiografia. São Paulo: 2Band, 1925.

HOFSTADTER, Douglas R. **Gödel, Escher, Bach: An Eternal Golden Braid**. New York: Basic Books, 1979, *apud* TEUBNER, Gunther. **O Direito como sistema autopoietico**. Tradução e Prefácio de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

KRAMER, Larry D. **Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad**. Madrid: Marcial Pons, 2011.

LACLAU, Ernesto. **La razón populista**. 1 ed. 9 reimp. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2015.

LEITE, Paulo Moreira. **A outra história da Lava-Jato**. São Paulo: Geração Editorial, 2015. Edição do Kindle.

LE BON, Gustave. **Psicologia das multidões**. Tradução de Ivone Moura Delraux. Presses Universitaires de France, 1985: Edições Roger Delraux, 1980.

LEWANDOWSKI, Ricardo. A colaboração premiada em face do princípio da separação de poderes. In: **30 anos da Constituição Brasileira**. Democracia, Direitos Fundamentais e Instituições. Organização José Antônio Dias Toffoli. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

LEWANDOWSKI, Ricardo. **Pressupostos materiais e formais da intervenção federal no Brasil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

LOEWENSTEIN, Karl. **Teoría de la Constitución**. Traducción y estudio sobre la obra por Alfredo Gallego Anabitarte. Espanha: Ariel, 1979.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LUHMANN, Niklas. **Sociedad y sistema: La ambición de una teoría**. Madrid: Paidós, 1984.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. Tradução de Cristina Arantes Nasser. 3 ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução Saulo Krieger; tradução das citações em latim de Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

MADEIRA, Lúgia Mori. O Direito nas teorias sociológicas de Pierre Bordieu e Niklas Luhmann. In: **Direito & Justiça**, Porto Alegre, v. 33, n. 1, p. 19-39, junho de 2007. Disponível em: <https://sites.ufpe.br/moinhojuridico/wp->

[content/uploads/sites/49/2020/08/08-Direito em Bourdieu e Luhmann-Ligia-Madeira.pdf](#). Acesso em: 23 jul. 2021.

MADOZ, Wagner Amorim. **A Justiça como espetáculo: o julgamento do escândalo midiático do mensalão**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

MAFEI, Rafael. **Da ponta da praia às 4 linhas da Constituição**. Disponível em: <https://piaui.folha.uol.com.br/da-ponta-da-praia-as-quatro-linhas-da-constituicao/> Acesso em: 27 set. 2021.

MAFFEY, Aldo. **Verbetes “Utopia”**. In: BOBBIO, Norberto; GIANFRANCO, Pasquino; MATTEUCCI, Nicola (orgs.). **Dicionário de política**. 2 vols. Tradução de Carmem C. Varriale et al. Coord. João Ferreira. 5. ed. Brasília: UnB; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000. .In: MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. **Utopias, distopias e o jogo da criação de mundos**. Disponível em: https://www.ufmg.br/revistaufmg/downloads/24/03_Andityas_UtopiaDistopia_pags_40a59_Revista_UFMG_24.pdf. Acesso em: 23. Jul. 2020.

MANHEIM, Karl. **Ideologia e utopia**. Tradução de Sérgio Magalhães Santeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 1968. In: MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. **Utopias, distopias e o jogo da criação de mundos**. Disponível em: https://www.ufmg.br/revistaufmg/downloads/24/03_Andityas_UtopiaDistopia_pags_40a59_Revista_UFMG_24.pdf. Acesso em: 23 jul. 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira. MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Controle concentrado de constitucionalidade: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999**. 3ª ed, São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. Gilmar Ferreira Mendes, Paulo Gustavo Gonet Branco. 12 ed. rev. e atual. São Paulo, 2017.

MENDES, Gilmar. **Lava jato é pai e mãe do bolsonarismo**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-02/gilmar-mendes-lava-jato-pai-mae-bolsonarismo>. Acesso em: 17 ago. 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Escândalo da “Lava Jato” mostra necessidade de refundar o Judiciário, diz Gilmar**. Entrevista do Ministro Gilmar Mendes para o UOL. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2021-fev-14/escandalo-lava-jato-mostra-necessidade-refundar-judiciario>. Acesso em: 15 fev. 2021.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de, 1689-1755. **O espírito das leis/ Montesquieu**; apresentação Renato Janine Ribeiro; tradução Cristina Murachco. 2ª edição, 2ª tiragem. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORBACH, Gilberto. **Entre positivismo e interpretativismo, a terceira via de Waldron**. Salvador: Editora JusPodvum, 2020

MORAIS, Carlos Blanco de. **As mutações de fonte jurisprudencial: a fronteira crítica entre a interpretação e a mutação**. In: Mutações Constitucionais. Coordenação Gilmar Ferreira Mendes e Carlos Blanco de Moraes. São Paulo: Saraiva, 2016.

MORE, Thomas. **Utopia**. Livro de domínio público. Edição do Kindle.

MOUNK, Yascha. **O povo contra a democracia. Por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019. Edição do Kindle.

MUDDE, Cass. **Populista radical right parties in Europe**. New York: Cambridge University Press, 2007. Edição do Kindle.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Constituição Federal comentada e legislação constitucional**. 5 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal: (processo civil, penal e administrativo)**. 12 ed. rev. ampl. e atual. com as novas súmulas do STF (simples e vinculantes) e com o novo CPC (Lei 13.105/2015). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NEUMANN, Franz. **Behemoth- The Structure and practice of ntional socialismo**. London: Victor Gollancs Ltd, 1942 *apud* GRAU, Eros. **Por que tenho medo de juízes**. 7ª ed. refundida do Ensaio e discurso sobre a interpretação/ aplicação do direito. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 140.

NEXO JORNAL. **“Ou fazemos eleições limpas ou não temos eleições”, ameaça Bolsonaro**. Disponível em: <https://www.nexojournal.com.br/extra/2021/07/08/%E2%80%98Ou-fazemos-elei%C3%A7%C3%B5es-limpas-ou-n%C3%A3o-temos-elei%C3%A7%C3%B5es%E2%80%99-amea%C3%A7a-Bolsonaro>. Acesso em: 18 dez. 2021.

NICOLAU, Jairo. **O Brasil dobrou à direita. Uma radiografia da eleição de Bolsonaro em 2018**. Rio de Janeiro: Zahar, 2020.

NOBRE, Marcos. **Limites da democracia. De junho de 2013 ao Governo Bolsonaro.** São Paulo: Todavia, 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal.** 5 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal.** 13 ed. rev., atual. e ampl- Rio de Janeiro: Forense, 2017.

OLIVEIRA, Mariana, PASSARINHO, Nathália. **Aprovação do governo Dilma cai de 55% para 31%, aponta Ibope.** Disponível em: [G1 - Aprovação do governo Dilma cai de 55% para 31%, aponta Ibope - notícias em Política \(globo.com\)](https://g1.globo.com/politica/noticia/2021/04/18/aprovacao-do-governo-dilma-cai-de-55-para-31-aponta-ibope-noticias-em-politica-globo-com.html). Acesso em: 25 abr. 2022.

OLIVEIRA, Caroline. **Impeachment 5 anos: a relação entre junho de 2013 e a ascensão da extrema direita.** Disponível em: <https://www.brasilefato.com.br/2021/04/18/impeachment-5-anos-a-relacao-entre-junho-de-2013-e-a-ascensao-da-extrema-direita> . Acesso em: 24 out. 2021.

OLIVEIRA, Fábio de. STRECK, Lenio Luiz. In: **Comentários à Constituição do Brasil.** J.J. Gomes Canotilho [et al], outros autores e coordenadores. Ingo Wolfgang Sarlet, Lenio Luiz Streck e Gilmar Ferreira Mendes. 2 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 144-149.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz. **Decisão Judicial e o conceito de princípio.** A hermenêutica e a (in) determinação do Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

OLIVEIRA, Mayara. COSTA, Mariana. **“Ou fazemos eleições limpas, ou não teremos eleições”.** Disponível em: <https://www.metropoles.com/brasil/politica-brasil/ou-fazemos-eleicoes-limpas-ou-nao-teremos-eleicoes-afirma-bolsonaro> Acesso em: 27 set. 2021.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal.** 16 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

PAXTON, Robert O. **A anatomia do fascismo.** Tradução: Patrícia Zimbres e Paula Zimbres. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

PERON, Isadora. MARTINS, Luísa. **Forças Armadas não são milícias de facção partidária.** Valor econômico, v.21, n.5015, 04/06/2020. Política, p. A10. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/573422/noticia.html?sequence=1&isAllowed=y> Acesso em: 29 set. 2021.

PLATÃO. **A República**. Organização Cláudio Varella; tradução Enrico Corvisieri. São Paulo: Sapienza editora, 2005.

PLIGHER, Pedro. **43% veem STF negativamente e avaliação é pior em 1 ano**. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/poderdata/43-veem-stf-negativamente-e-avaliacao-e-a-pior-em-1-ano/>. Acesso em: 12 jun. 2022.

PRADO, Geraldo. **Parecer Banestado**. 2013, online. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/parecer-geraldo-prado-banestado.pdf>. Acesso em: 10 out. 2020.

PRADO, Luiz Regis. **Comentários ao código penal**. 11 ed. rev., atual. e ampl- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

PRZEWORSKI, Adam. **Crises da democracia**. Rio de Janeiro: Zahar, 2020.

RAMIRO, Caio Henrique Lopes; BELTRAN, Fernanda Ewelyn. **Os primeiros passos rumo ao autoritarismo: aproximação crítica de Carl Schmitt a democracia Weimariana**. In: **Sonhos e pesadelos da democracia em Weimar. Tensões entre Carl Schmitte Hans Kelsen**. Roberto Bueno, Caio Henrique Lopes Ramiro (organizadores). São Paulo: LiberArs, 2017, 101-121.

REVISTA EXAME. **Autoridades e partidos devem ouvir as “vozes das ruas”, diz Moro**. Disponível em: <tps://exame.com/brasil/autoridades-e-partidos-devem-ouvir-a-voz-das-ruas-diz-moro/> Acesso em: 23 jul. 2020.

REVISTA GALILEU. **Artista fotografa mãe com demência para dar a ela um sentido na vida**. Disponível em: <https://www.google.com/amp/s/revistagalileu.globo.com/amp/blogs/buzz/noticia/2016/07/artista-fotografa-mae-com-demencia-para-dar-ela-um-sentido-na-vida.html>. Acesso em: 11 jul.2022.

RIBEIRO, Djamila. **o que é lugar de fala**. Belo Horizonte: Editora letramento, 2017.

ROCHA, Leonel Severo. COSTA, Bernardo Leandro Carvalho. **Constitucionalismo social: constituição na globalização**/Leonel Severo Rocha, Bernardo Leandro Carvalho Costa. 1ª ed. Curitiba: Appris, 2018.

RODRIGUES, Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal.** Volume 1. Defesa das liberdades civis (1891-1898). 2ª edição. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1991.

RODRIGUES, Lêda Boechat. **História do Supremo Tribunal Federal.** Volume 4, tomo I: 1930-1963. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.
RODRIGUEZ, César. **La decisión judicial.** El debate Hart-Dworkin. Estudio preliminar de César Rodriguez. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, 1997.

ROMANO, Silvina M. **Lawfare: guerra judicial y neoliberalismo em America Latina.** Centro Estratégico Latinoamericano de Geopolítica (Celag). Buenos Aires: Mármol/Izquierdo Editores, 2019.

RÜTHERS, Bernd. **Derecho degenerado. Teoría jurídica y juristas de câmara em el Tercer Reich.** Madrid: Marcial Pons, ediciones jurídicas y sociales, S.A, 1988.

SAMPAR, Rene. FACHIN, Zulmar. **Teoria do Estado.** 6 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

SARGENT, Lyman Tower. **Em defesa da utopia.** Secção Dossier Temático. Ed. Fátima Vieira e Irene Enes. Tradução Irene Enes. Disponível em: <https://ler.letras.up.pt/uploads/ficheiros/5168.pdf> . Acesso em: 18 jul. 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang; GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. **HISTÓRIA CONSTITUCIONAL DA ALEMANHA – Da Constituição da Igreja de São Paulo à Lei Fundamental.** Porto Alegre, RS: Editora Fundação Fênix, 2021.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho.** 1ª edição. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

SCHMITT, Carl. **A crise da democracia parlamentar.** Tradução Inês Lohbauer. São Paulo: Scritta, 1996.

SCHMITT, Carl. **Teologia política.** Tradução de Elisete Antoniuk; coordenação e supervisão, Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

SCHMITT, Carl. **Constitutional Theory.** Translated and edited by Jeffrey Seitzer. Foreword by Ellen Kennedy. USA: Duke University Press, 2008.

SCHMITT, Carl. **Dictatorship.** From the origin of the modern concept of sovereignty to proletarian class struggle. Translated by Michael Hoelzl and Graham Ward. USA: Polity Press, 2014. Edição do Kindle.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto Serrano, BONFIM, Anderson Medeiros. **O livro das suspeições: o que fazer quando sabemos que Moro era parcial e suspeito?** /organização Marco Aurélio de Carvalho e Lenio Streck. 1 ed. São Paulo: 2020. p. 65- 74.

SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto, BONFIM, Anderson Medeiros, SERRANO, Juliana Salinas. **Notas sobre o autoritarismo na contemporaneidade. In: Autoritarismo líquido e crise constitucional.** Coordenado por Luis Manuel Fonseca Pires, Nathalia Penha Cardoso de França, Pedro Estevam Alves Pinto Serrano. Belo Horizonte: Fórum, 2021. 15-34.

SILVA, Felipe Alves da; LOPES, Paulo César Leal. **“E tudo que era efêmero se desfez”:** uma leitura do colapso econômico e social da República de Weimar. *In: Sonhos e pesadelos da democracia em Weimar. Tensões entre Carl Schmitt e Hans Kelsen.* Roberto Bueno, Caio Henrique Lopes Ramiro (organizadores). São Paulo: LiberArs, 2017, 43-79.

SILVA, Tatiana Mareto. **O constitucionalismo pós segunda guerra mundial e o crescente ativismo judicial no Brasil: uma análise da evolução do papel do Poder Judiciário para a efetivação das constituições substancialistas. In: Revista de Teorias do Direito e Realismo Jurídico.** Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/teoriasdireito/article/download/588/586> . Brasília: Revista de Teorias do Direito e Realismo Jurídico, 2016, p. 270-288.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do advogado Editora, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica, Constituição e autonomia do Direito. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD).** Janeiro-junho, 2009.

STRECK, Lenio Luiz. **Drible da vaca em súmula, uniões poliafetivas...o que mais vem aí?** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jan-28/senso-incomum-drible-vaca-sumula-unioes-poliafetivas-vem-ai> Acesso em: 22 jul. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso:** Constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, Edição Kindle.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional.** 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. *In: Comentários à Constituição do Brasil.* J.J. Gomes Canotilho [et al], outros autores e coordenadores. Ingo Wolfgang Sarlet, Lenio

Luiz Streck e Gilmar Ferreira Mendes. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **Dicionário de Hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito/** Lenio Luiz Streck. 2 ed. Belo Horizonte: Coleção Lenio Streck de Dicionários Jurídicos; letramento; Casa do Direito, 2020, a.

STRECK, Lenio Luiz. **O livro das suspeições: o que fazer quando sabemos que Moro era parcial e suspeito?** /organização Marco Aurélio de Carvalho e Lenio Streck. 1ª ed. São Paulo: 2020, b.

STRECK, Lenio Luiz. **30 anos da Constituição Federal em julgamentos.** Uma radiografia do STF. Lenio Luiz Streck. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. **O STF sendo atacado e o MP fica arrumando o Van Gogh da parede.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-abr-25/senso-incomum-stf-sendo-atacado-mp-fica-arrumando-van-gogh-parede>, 2019. Acessado em: 18 out. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. **Ensino, dogmática e negacionismo epistêmico.** 1ª ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020, c.

STRECK, Lenio. **Se o Supremo deve obedecer à “voz das ruas”, qual é o valor da Constituição?** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-abr-28/observatorio-constitucional-stf-obedecer-voz-ruas-qual-valor-constituicao> , 2018. Acesso em: 13 jul. 2020, d.

STOCO, Rui. **Código Penal e sua interpretação doutrina e jurisprudência.** 8 ed. rev. atual. e ampl- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

STOLLEIS, Michael. **A History of the public law in Germany. 1914-1945.** Translated by Thomas Dunlap. United Kingdom: Oxford, 2004.

SUNSTEIN, Cass R. SCHAKADE, David. ELLMAN, Lisa M. SAWICKI, Andres. **Are Judges Political? An empirical analysis of the federal judiciary.** Washington, D. C: Brookings Institution Press, 2006.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional.** São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

TAVORA, Nestor, ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal.** 11ª ed. Salvador: Editora Juspodvum, 2016.

TEIXEIRA, Matheus. **Doença infantil do lavajatismo pode acabar, mas não a Lava Jato, diz Fachin. Ministro do Supremo diz que democracia brasileira vive crise e critica participação de militares da ativa no governo federal.** Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/02/doenca-infantil-do-lavajatismo-pode-estar-prestes-a-acabar-mas-nao-a-lava-jato-diz-fachin.shtml><https://www1.folha.uol.com.br/poder/2021/02/doenca-infantil-do-lavajatismo-pode-estar-prestes-a-acabar-mas-nao-a-lava-jato-diz-fachin.shtml>, 2021. Acesso em: 23 fev. 2022.

TEUBNER, Gunther. **O Direito como sistema autopoietico.** Tradução e Prefácio de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

TEUBNER, Gunther. **Fragmentos constitucionais. Constitucionalismo social na globalização.** Coordenação: Ricardo Campos. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, Série IDP, 2020.

TOSCHI, Aline Seabra. **Corrupção normativa: a desonestidade intelectual como fundamento da relativização de garantias constitucionais fundamentais.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

TOSCHI, Aline Seabra. LOPES, Herbert Emílio Araújo. **Dados de Troia. In: Proteção de dados pessoais e investigação criminal/** Associação Nacional dos Procuradores da República, 3ª Câmara de Coordenação e Revisão. Ministério Público Federal e Organizadores: Vladimir Barros Aras, Andrey Borges de Mendonça, Walter Aranha Capanema, Carlos Bruno Ferreira da Silva e Marcos Antônio da Silva Costa. – Brasília: ANPR, 2020. 96-115.

TRIGUEIRO, Victor Guedes. **Eficácia vinculante dos precedentes e técnicas de julgamento de demandas repetitivas no processo civil brasileiro.** São Paulo: Editora Ixtlan, 2014.

TRINDADE, André Karam, OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **Os impactos do judicial no sistema político: Notas sobre a relação entre o Judiciário e os demais Poderes em tempos de crise política.** In: Crise dos Poderes da República: Judiciário, Legislativo e Executivo. George Salomão Leite, Lenio Streck, Nelson Nery Junior (coordenadores). São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2017, p 236-241.

TSE. **Pesquisa mostra que 82% da população confia nas urnas eletrônicas.** Disponível em: <https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2022/Marco/pesquisa-mostra-82-da-populacao-confiam-nas-urnas-eletronicas>. Acesso em: 05 maio. 2022.

VALE, André Rufino. **Argumentação constitucional: um estudo sobre a deliberação nos tribunais constitucionais.** São Paulo: Almedina, 2019.

VALIM, Rafael. **Estado de exceção**: a forma jurídica do neoliberalismo. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017.

VAZ, Manuel Afonso. **Lei e reserva da lei**. A causa da Lei na Constituição Portuguesa de 1976. 1ª reimpressão. Porto: Universitas Catholica Lusitana, 1996.

VERGOTTINI, Giuseppe de. **Más allá del diálogo entre Tribunales**. Comparación y relación entre jurisdicciones. Prólogo de Javier Garcia Roca. Tradução de Pedro J. Tenorio Sanchez. Pamplona: Thomson Reuters, 2010.

VILHENA, Oscar Vieira. **Supremocracia**. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/6vXvWwkg7XG9njd6XmBzYzQ/?lang=pt>. 2008. Acesso em: 19 dez. 2021.

VILLEGAS, Mauricio Garcia. Constitucionalismo aspiracional. Araucaria. **Revista Interamericana de Filosofía, Política y Humanidades**, año 15, n. 29. Primer semestre de 2013, p. 77 -97.

ZAFFARONI, Eugenio Raul, PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. Parte geral. 4 ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **A crucificação e a democracia**. Gustavo Zagrebelsky; tradução Mônica de Sanctis Viana. São Paulo: Saraiva, 2011.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Diritti per forza**. Turim: Einaudi, 2017.

ZANIN MARTINS, Cristiano; ZANIN MARTINS, Valeska Teixeira; VALIM, Rafael. **Lawfare: uma introdução**. São Paulo: Editora Contracorr