

IX ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI QUITO - EQUADOR

PARTICIPAÇÃO E DEMOCRACIA I

ARMANDO ALBUQUERQUE DE OLIVEIRA

LILIAN MÁRCIA BALMANT EMERIQUE

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

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

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

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

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

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

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

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

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

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

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

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSC – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

P273

Participação e Democracia [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UASB

Coordenadores: Gina Esmeralda Chávez Vallejo; Lilian Márcia Balmant Emerique; Armando Albuquerque de Oliveira. – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-680-2

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

Tema: Pesquisa empírica em Direito: o Novo Constitucionalismo Latino-americano e os desafios para a Teoria do Direito, a Teoria do Estado e o Ensino do Direito

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. IX Encontro Internacional do CONPEDI (9 : 2018 : Quito/ EC, Brasil).

CDU: 34



IX ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI QUITO - EQUADOR

PARTICIPAÇÃO E DEMOCRACIA I

Apresentação

O IX Encontro Internacional do CONPEDI em Quito (Equador), dedicado ao tema da “Pesquisa empírica em Direito: o Novo Constitucionalismo Latino-americano e os desafios para a Teoria do Direito, a Teoria do Estado e o Ensino do Direito”, ocorreu no mês de outubro de 2018, mês em que a Constituição Brasileira de 1988 completou 30 anos e a Constituição do Equador de 2008 completou 10 anos de existência. Os dois processos constituintes tiveram em comum a preocupação em aprofundar a democracia por meio da participação popular instituindo e aprimorando mecanismos de participação cidadã em diversos níveis.

No Brasil, a Constituição de 1988 gerou cinco diferentes institutos próprios para fomentar a participação popular: participação direta por meio do plebiscito, referendo, iniciativa popular; participação nos conselhos de políticas públicas nas áreas da saúde, assistência social e políticas urbanas; participação nos planos diretores municipais; participação nas comissões parlamentares; e participação nos legislativos estaduais. Além destes, ainda podemos mencionar os instrumentos consultivos como as audiências públicas em matérias de políticas públicas, nos processos legislativos e nos processos judiciais; os instrumentos de informação e controle junto aos órgãos públicos e outras modalidades pulverizadas de canais de comunicação e aproximação do cidadão da máquina pública.

A intensificação democrática e ampliação dos instrumentos de participação ocorreram na América Latina de um modo geral e, em particular, no Equador com a Constituição de 2008, em que estes foram traços marcantes do processo constituinte, introduzindo a participação em múltiplas situações por meio de: plebiscito, referendo, iniciativa popular (para criar, reformar ou derrogar leis), revocatória de mandato, *silla vacía*, *veedurias*, assembleias, *cabildos populares*, audiências públicas, conselhos consultivos, observatórios, dentre outros instrumentos promotores da cidadania, bem como a própria estruturação de poderes do Estado rompendo com a tradicional estrutura tripartite para dimensionar funções de Estado, figurando para além das clássicas também a Função de Transparência e Controle Social e a Função Eleitoral

O Grupo de Trabalho Participação e Democracia, contou com a submissão de 29 trabalhos, dos quais 17 foram apresentados durante o evento. As comunicações efetuadas pelos

participantes denotam a crescente preocupação com os horizontes democráticos na América Latina e, principalmente, no Brasil, tanto na dimensão teórica como na sua práxis, com vistas à promoção da eficácia e efetividade dos canais estruturados com propósito de agenciar melhoramentos e a ampliação dos seus usos. O diálogo foi conduzido num tom que buscou assinalar as inegáveis conquistas democráticas, o fortalecimento das instâncias participativas como jamais antes presenciado na região e o reforço democrático ocasionado pelos documentos constitucionais, em que pese suas fragilidades operacionais.

Os trabalhos apresentados se dedicaram ao exame da democracia representativa e o estudos dos problemas e alternativas para melhorias dos processos eleitorais (Fake News, representação política compartilhada); a avaliação da democracia em relação à capacidade de efetivação dos direitos das minorias e grupos vulneráveis, em particular mulheres, crianças e adolescentes e pessoas encarceradas; debates em torno da participação cidadã na construção, execução e avaliação das políticas públicas (ambientais, educacionais, de acesso à internet etc.); análise dos processos legislativos e dos obstáculos normativos e operacionais para a efetivação da participação popular; crítica sobre o papel do Judiciário na democracia e no controle dos processos políticos; apreciação de aspectos relacionados ao controle social democrático.

Os trabalhos foram dispostos em três sessões temáticas na seguinte ordem: I- Democracia e participação popular: aspectos gerais e dimensões legislativas: 1- “Fragilidades das democracias Latino-Americanas e Caribenhas: uma análise empírica (2006 e 2017)” Armando Albuquerque de Oliveira, Caio Victor Nunes Marques; 2- “Em defesa da participação: análise da iniciativa popular para alteração da Constituição no Brasil e no Equador” Lilian Márcia Balmant Emerique, Ilana Aló Cardoso Ribeiro; 3- “O direito fundamental à participação política por meio da iniciativa legislativa popular e o requisito formal do número de assinaturas dos cidadãos apoiadores de projetos de lei” Itamar de Ávila Ramos; 4- “A representação política compartilhada entre cidadãos participativos e políticos: um princípio a fortalecer o Poder Legislativo” Gabriel Augusto Mendes Borges; II- Democracia e participação cidadã nas políticas públicas e na garantia de direitos: 5- “Responsabilidade civil do Estado por dano no meio ambiente carcerário e sua forma de reparação – análise à luz dos direitos fundamentais em um Estado brasileiro supostamente com participação democrática” Ricardo Ferreira Barouch, Elcio Nacur Rezende; 6- “Mineração e direitos humanos: o caso de Bento Rodrigues/Mariana, Minas Gerais” José Cláudio Junqueira Ribeiro, Francis de Almeida Araújo Lisboa; 7- “Planejamento participativo da educação infantil nos municípios brasileiros: perspectivas e desafios à luz de um caso em concreto no estado do Paraná” Luiz Henrique Batista de Oliveira Pedrozo, Fernando de Brito Alves; 8- “A crise da democracia na América Latina e a implementação de políticas públicas como

forma de acesso à Justiça” Adriana Fasolo Pilati Scheleder, Cristiny Mroczkoski Rocha; 9- “Conferências Nacionais de políticas para mulher e a formulação de diretrizes para as políticas públicas de enfrentamento à violência contra a mulher no Brasil: participação e representação” Maria Carolina Carvalho Motta; 10- “Teoria da escolha social na consolidação do acesso à internet como instrumento para garantia de direitos fundamentais do cidadão” Rosilene Paiva Marinho de Sousa, Fernando Antônio de Vasconcelos; 11- Participação e democracia: as garantias extrainstitucionais dos direitos sociais e o exercício da cidadania a partir de uma perspectiva garantística e democrática” Rodrigo Garcia Schwarz, Larissa Thielle Arcaro; 12- “Democracia participativa por meio do controle social: o discurso da razão prática na esfera pública” Danilo Pierote Silva, Edinilson Donisete Machado;

III- Balanço da participação e democracia na atividade jurisdicional: 13- “A desvalorização constitucional diante do desgoverno judicial: uma crítica jurídico-constitucional ao ativismo nas atuações do Judiciário brasileiro em detrimento da participação popular no regime democrático” Fernando Antônio da Silva Alves; 14- “A contribuição do modelo fraco do controle de constitucionalidade neozelandês para superar a crise de legitimidade do modelo ultra forte brasileiro” Cláudia Maria Barbosa, Camila Salgueiro da Purificação Marques; 15- “A efetivação do direito fundamental à democracia através da mediação comunitária” Juliana Guanaes Silva de Carvalho Farias; 16- “O recurso extraordinário como espécie de exercício da democracia participativa: a repercussão geral de questão constitucional e os efeitos erga omnes da decisão de mérito” Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais, Rafaela Cândida Tavares Costa; 17- “Crimes contra a honra praticados por Fake News: uma ameaça a democracia e a participação política” Rhayssam Poubel de Alencar Arraes.

Enfim, os conteúdos explorados nos artigos assinalam a inquietação com a dinâmica da participação e democracia muito além dos processos eleitorais em si mesmos, mas num fluxo permanente na sociedade, reconhecendo a necessidade ativa de enraizamento democrático e de aprimoramento dos institutos e movimentos de participação cidadã em todas as esferas de poder e com extensa imersão social legitimadora.

A riqueza dos enfoques teóricos e os múltiplos espectros temáticos abordados refletem a importância da investigação e da imersão acadêmica dos Programas de Pós-Graduação em Direito nos principais problemas em torno da democracia e participação cidadã a circundar a realidade social. Mais uma vez se observou e a necessidade de criar redes nacionais e internacionais de pesquisa para arraigar diagnósticos e a busca de soluções para os problemas levantados dentro de eixos de análise comprometidos com olhares, saberes e epistemologias próprias para atender as demandas latino-americanas.

Lilian Márcia Balmant Emerique (UFRJ – Brasil)

Armando Albuquerque de Oliveira (UNIPÊ/UEPB – Brasil)

Gina Esmeralda Chávez Vallejo (IAEN – Equador)

A DESVALORIZAÇÃO CONSTITUCIONAL DIANTE DO DESGOVERNO JUDICIAL: UMA CRÍTICA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL AO ATIVISMO NAS ATUAÇÕES DO JUDICIÁRIO BRASILEIRO EM DETRIMENTO DA PARTICIPAÇÃO POPULAR NO REGIME DEMOCRÁTICO

THE CONSTITUTIONAL DEVALORIZATION BEFORE JUDICIAL DEGOVERNMENT: A JURIDICAL-CONSTITUTIONAL CRITIQUE OF ACTIVISM IN THE ACTIONS OF THE BRAZILIAN JUDICIARY TO THE DETRIMENT OF POPULAR PARTICIPATION IN THE DEMOCRATIC REGIME

Fernando Antonio Da Silva Alves ¹

Resumo

O presente estudo tem por objeto analisar as recentes e polêmicas decisões proferidas tanto em primeira instância no Judiciário brasileiro, por meio dos julgados da Justiça Federal em Curitiba, na chamada “Operação Lava-jato”, até o Supremo Tribunal Federal, demonstrando-se até que ponto o desenvolvimento de um ativismo judicial com traços pragmáticos e decisionistas contribuiu para a judicialização da política e o comprometimento do processo político no Estado democrático, a ponto de promover um verdadeiro desgoverno judicial. Tal desgoverno culmina com uma desvalorização do próprio texto constitucional, a mercê de um paradigma decisionista que se contrapõe a um procedimentalismo democrático.

Palavras-chave: Desvalorização constitucional, Desgoverno judicial, Judicialização da política, Ativismo judicial, Decisionismo

Abstract/Resumen/Résumé

This study intends to analyze the recent controversial rulings handed down both in the first instance in the Brazilian Judiciary, through the Federal Courts in Curitiba, in the so-called "Operation Lava-jet", to the Federal Supreme Court. This study looks for demonstrating until what point the development of judicial activism has contributed to the judicialization of politics and the compromise of the political process in the democratic State, to the point of promoting a true judicial misgovernment. This mismatch culminates in a devaluation of the constitutional text, at the mercy of a decision-making paradigm that is opposed to a democratic proceduralism.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutional devaluation, Judicial misrule, Judicialization of politics, Judicial activism, Decisionism

¹ Doutor em Direito Público

Introdução

Muitos analistas políticos do cotidiano na grande imprensa esboçam comentários nos meios de comunicação de que a democracia brasileira está em desencanto, por conta da degeneração de seu sistema político. Diversos escândalos de corrupção desnudados pela chamada operação Lava-jato, uma eficiente e extensa engrenagem de ações policiais e judiciais estabelecidas em parceria institucional, numa força tarefa, formada por representantes da Polícia, Ministério Público e Justiça Federal e sob a coordenação de um juiz midiático, conseguiu transformar definitivamente o panorama político do país nas últimas décadas. Iniciada em primeiro grau de jurisdição na Justiça Federal do Paraná, tal operação acabou por abalar o país, e mais do que destruir biografias de notórios atores políticos e empresariais, outrora consolidados no cenário eleitoral e econômico, os processos criminais originados na comarca do juiz Sérgio Moro, e seus desdobramentos perante o Supremo Tribunal Federal, revelaram determinada faceta do debate judicial, até então inédito para o restante da sociedade, acostumada a assistir os julgamentos da corte nos meios de comunicação.

“Temos no cenário nacional uma inversão da ordem natural das coisas. Vem da Constituição o princípio da não culpabilidade. Mas, infelizmente, ao invés de apurar-se, para, selada a culpa, prender-se, prende-se, para depois apurar” (LEITE, 2015, p. 19). Com esta frase, o ministro da suprema corte brasileira, Marco Aurélio de Mello, resumiu o sentimento de estupor de um próprio membro da cúpula do Poder Judiciário, diante de uma sucessão de prisões preventivas, expedição de mandados de condução coercitiva às centenas, e medidas segregadoras utilizadas durante a citada e midiática operação judicial. Por falar em mídia, SOUZA (2017, p. 174) estabelece sua crítica à participação de grandes meios de comunicação, tais como emissoras de televisão como a Rede Globo, interessadas em exortar a ação dos procuradores da operação lava-jato em seu combate aos atos delituosos de corrupção, mas que, por sua vez, não estabelecem quaisquer críticas aos seus protagonistas quanto à não investigação da participação dessa grande empresa de telecomunicação com beneficiamentos ilícitos a empresas privadas. Apoiando-se em um suposto conluio com um magistrado, que, publicamente, informou que o apoio da mídia era fundamental para deslegitimar o poder político (SOUZA, 2017, p. 180), a citada rede de televisão chegou ao ápice sensacionalista de divulgar em rede nacional uma escuta ilegal feita a uma presidente da república, intrometendo-se um grupo de mídia na política, com o beneplácito de um julgador. Tal cruzada punitiva, seletiva contra um governo e um partido político (o Partido dos Trabalhadores-PT, legenda de esquerda associada historicamente a diversos movimentos sociais organizados), resultou numa série de ilegalidades praticadas em nome do combate à corrupção.

A completar o esdrúxulo cenário de irregularidades judiciais, sob o patrocínio da grande mídia, o tratamento diverso dado no Supremo Tribunal Federal a casos semelhantes, envolvendo agentes políticos de diferentes orientações partidárias, como no caso de se considerar desvio de finalidade o ato da ex-presidente Dilma Roussef, do PT, de tentar nomear seu mentor político, o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva como ministro, mas tal entendimento não ser corroborado no caso do ministro Moreira Franco, do governo do atual presidente Michel Temer, do Movimento Democrático Brasileiro-MDB, revela-se nestes fatos uma estranha parcialidade política dos membros de um tribunal que não é apenas um órgão judicial, mas também um órgão político (MENDES, 2017). Reitera-se outros casos, como acerca da indefinição sobre o instituto do habeas corpus, mormente após condenação de réus em segunda instância, o que influencia, sobremaneira, o processo eleitoral, levando-se em conta que um deles trata-se de um ex-presidente da república. Apresentando-se como um poder moderador, em suas decisões o Supremo parece agora configurar-se num poder tensionador, ao multiplicar incertezas e acirrar conflitos em uma série de julgados controversos e aparentemente contraditórios. A operatividade desse poder tensionador teria seu fundamento no desgoverno procedimental adotado pela corte, onde, quando um julgador não decide, os demais se abstêm, e, ao revés, quando um deles decide julgar, assim o faz liminarmente, sujeitando todo o tribunal ao seu juízo de oportunidade (MENDES, 2017). A jurisprudência da corte suprema do país parece então não mais orientar as demais cortes e julgadores pátrios, mas sim, ao contrário, confundi-los, ao sabor de uma opinião pública orientada pelos meios de comunicação. Ao estimular o desgoverno político com suas decisões, o STF no Brasil parece instituir um governo paralelo, composto pelos próprios ministros da corte suprema.

Preocupa-se este estudo, portanto, com os efeitos das intervenções judiciais e policiais na própria manutenção do Estado de direito no país e seu regime democrático, mormente no que tange à proteção de direitos fundamentais e no respeito a princípios constitucionais fundantes, como o devido processo legal. O nível de desgoverno que se percebe em relação ao Poder Executivo, notadamente após a ascensão ao poder do outrora vice-presidente da república, Michel Temer, no lugar da presidente democraticamente eleita, Dilma Roussef, abatida por um ruidoso e polêmico processo de impeachment, expõe causas de mazelas políticas e sociais que não foram inteiramente atribuídas simplesmente a atos de corrupção governamental ou má gestão pública. Em verdade, o decorrente e progressivo ativismo nas cortes, desde a primeira instância até chegar ao Supremo Tribunal Federal-STF, revela que a separação e equilíbrio entre os poderes, como cláusula essencial do texto constitucional, permanece abalada e até mesmo ameaçada diante de sucessivos julgados que expõem não

apenas um quadro de insegurança jurídica, mas também de instabilidade política e social. O momento é de profunda reflexão e debate.

Desta forma, valendo-se da pesquisa bibliográfica, bem como do estudo de caso, tomando como referência, dentre outros, o recente processo judicial que resultou na condenação criminal e consequente prisão do ex-presidente da república, Luiz Inácio Lula da Silva, este artigo pretende desnudar os horizontes do desgoverno a partir de uma crítica ao aparato judicial. Crítica essa que leva em conta condicionantes político-constitucionais, que merecem ser trazidos à tona, a fim de que a análise da crise do Estado brasileiro seja feita com o mínimo de rigor científico. Assim, torna-se necessário observar os horizontes do ativismo judicial, bem como a crítica ao decisionismo, sobretudo o que ocorre na suprema corte brasileira, a fim de que seja possível observar como se deu o processo de judicialização da política, e de como tal processo pode comprometer a estabilidade democrática, de uma ordem jurídica já atacada por diversos abalos, a começar pela atuação dos próprios julgadores, constituídos como garantidores constitucionais, mas cuja função parece estar sendo desviada por imperativos políticos e ideológicos, e quando não, até mesmo por imperativos político-eleitorais.

1. A crise de um projeto político do poder executivo e o novo protagonismo judicial à revelia do constitucionalismo

Assim como os demais Estados, em nível global, com o progressivo dismantelamento do Estado de bem-estar do pós-guerra, onde, outrora, perduravam mais benefícios sociais à classe trabalhadora, gestão política com participação popular dos sindicatos e regulação do empreendimento capitalista, o Brasil vivenciou a passagem do Estado fiscal para o Estado devedor, na nova expressão do capitalismo da década de 1990 do século passado (SOUZA, 2017, p. 136). Impossibilitado de tributar os mais ricos, numa nova pregação anti-intervencionista, o não pagamento de tributos pelos um por cento mais ricos acaba por gerar uma corrupção financeira que antecede, em muito, a corrupção política, resultando num evidente enfraquecimento econômico. Por sua vez, a dívida pública passa a ser assumida por toda a sociedade, e não pelos seus principais devedores – toda uma classe de sonegadores, e o empobrecimento gerado pelo capitalismo financeiro resulta em medidas governamentais impopulares e de flagrante injustiça social, como a prevista no Projeto de Emenda Constitucional nº 55, do governo de Michel Temer, em 2016, que resultou no congelamento de todas as despesas públicas pelo prazo de vinte anos. A criação de bodes expiatórios por meio de acusações e condenações em processos criminais por corrupção aparece como notícia

compartilhada pelos meios de comunicação, a desviar a atenção popular para o grave atraso político e econômico alcançado graças à aliança entre o capital e o Estado.

Destarte, a grande imprensa surge como porta-voz do patrimonialismo da elite econômica, tendo como principais destinatários do seu discurso uma classe média ávida por populismo político e moralismo (SOUZA, 2017, p. 140). Tal classe média, em seus múltiplos segmentos, divide-se, conforme os meios de comunicação, sejam eles tradicionais ou através de redes sociais pela internet, em grupos com discursos liberais ou protofascistas. Ambos os segmentos foram responsáveis pela aprovação popular ao polêmico processo de impeachment que resultou na deposição da ex-presidente, Dilma Roussef; entretanto, diferenciam-se quanto ao ódio velado ou manifesto às classes mais populares. De qualquer forma, em seu moralismo, a classe média brasileira foi seduzida pelo discurso do combate à corrupção como único e suficiente para restaurar a República, e na sua crítica ideológica a governos ligados à esquerda política, que, supostamente, haveriam beneficiado indevidamente as classes populares e excluídas com programas assistencialistas, tal categoria social revelou, em verdade, sua admiração pela elite econômica e pelo livre mercado, resultando na convivência com o esfacelamento de um projeto político de poder que, apesar de seus erros, demonstrava uma preocupação sólida com uma maior distribuição de renda e igualdade social, ao menos nos termos da reedição de um Estado de bem-estar social, como se vivenciou nos oito anos de mandato do ex-presidente Lula da Silva.

A influência do sistema dos meios de comunicação tradicionais, como porta-voz da elite política responsável pelo dismantelamento do governo de Dilma Roussef, contribuiu para a espetacularização do Direito ao transformar julgamentos em eventos midiáticos. As transmissões ao vivo dos julgamentos do STF são uma mostra disso, e a recente confirmação da prisão de acusados em sentenças condenatórias penais, após o julgamento em segunda instância, culminando com a autorização para a decretação da prisão do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, corroboram a tese de que a opinião pública, insuflada pela mídia, interfere nas decisões dos julgadores (VIANNA, 2014, p. 104).

Ao analisar a teoria política de Alan Badiou, Zizek (2012, p. 143) descreve três maneiras de um movimento revolucionário ou emancipatório fracassar: a) pela derrota direta, esmagado pelas forças inimigas; b) quando conquista a agenda principal do adversário, tomando o poder estatal pela via democrático-parlamentar; c) quando, ao consolidar o projeto revolucionário, assumindo-se como novo poder do Estado, incapaz de impor à realidade social uma ordem alternativa, opta pelo terror destrutivo. No caso do Brasil, a derrocada do projeto estabelecido nos governos de Lula e Dilma Roussef parece fazer crer que a segunda hipótese descrita acima

foi a que mais se assemelhou à realidade brasileira. Personificada pelo marxismo como uma das categorias do real de uma luta política que atravessa todo o organismo social, as classes sociais, na crítica de Badiou, não se resumem a uma luta de agentes em conflito dentro de uma realidade social (ZIZEK, 2012, p. 161). Nesse sentido, o mercado transcenderia a luta de classes, e na sua tentativa de acomodação dos interesses de classe diante do mercado, os governos do lutopetismo acabaram por fracassar, não totalmente pelas insuficiências de realização política no âmbito objetivo, mas, principalmente, por uma ausência de um engajamento subjetivo. Em outras palavras, assalariados, capitalistas e excluídos dignos de proteção social não foram arrebatados pelo projeto de inclusão social proposto por governos democráticos de esquerda, iniciados a partir da posse do primeiro ex-líder metalúrgico, galgado à presidência da república, em uma nova etapa do processo democrático brasileiro.

As circunstâncias que levaram ao julgamento e condenação do ex-presidente Lula tendem a deduzir que se trata de uma expressiva prática de *lawfare* contra o ex-presidente, condenado criminalmente por corrupção passiva, em primeiro grau de jurisdição, pela conduta típica prevista no art. 317 do Código Penal Brasileiro, além da acusação de lavagem de dinheiro, por ter supostamente recebido como vantagem um apartamento tríplice, por meio da empreiteira OAS, beneficiada irregularmente com contratos com a Petrobrás. (JARDIM, 2017, p. 18). Ora, além da fragilidade da acusação, ao não provar a ocorrência do verbo no tipo penal, não restaram provas de que o acusado fosse efetivamente proprietário ou possuidor do bem oferecido como vantagem e nem de que os contratos juntos à empresa petrolífera brasileira tivessem relação com o ex-mandatário da nação. Ao invés disso, em sua sentença, o juiz Sérgio Moro preocupou-se nas extensas folhas de seu julgado a justificar pretensas ilegalidades e abusos processuais cometidos durante a tramitação do processo, como conduções coercitivas, buscas e apreensões, interceptações telefônicas e a divulgação pública de conversas particulares. Como julgador, o referido magistrado, por vezes, pareceu manifestar-se mais como militante político do que como juiz imparcial. Se for entendido que seu julgamento não foi político, mas meramente uma operação exegética formal-subsuntiva de um tipo penal a condutas supostamente delituosas, seus efeitos e sua repercussão, com certeza, afetaram todo um projeto de poder, até outrora encabeçado pelo ex-presidente da república.

Percebe-se que o projeto político emancipatório dos governos de esquerda de Lula e Dilma caíram por terra diante de um moralismo de traço conservador implantado nas cortes brasileiras mediante uma tecnologia procedimental característica: o instituto da delação premiada. Por meio dela, contraria-se um princípio moral a fim de se obter, no plano do processo, paradoxalmente, uma prova moral. O princípio moral de que a ação humana da

confissão deve vir como sinal de arrependimento e não como polo de obtenção de vantagens é subvertida na delação (LEITE, 2015, p.366), quando corruptos, autores de grandes delitos, são beneficiados judicialmente à cata de informações por conta de uma inquisitorialidade do julgador, mais interessado em obter elementos de convicção para a condenação do que provas que sustentem uma decisão. Além de funcionar como uma máquina de produzir acusações, a série de delações produzidas no curso da operação lava-jato contribuiu para acusar não somente os réus num processo, mas todos os representantes de um governo por atos de corrupção, levando à instauração de um controverso processo de impeachment que levou à deposição da presidente Dilma Rouseff; não obstante nada ter sido provado contra a ex-mandatária acerca da prática de ilícitos penais praticados por ela durante seu governo.

Mas o que levou uma corte constitucional, outrora hermética, regular e até mesmo previsível em seus julgamentos pretéritos, tornar-se, hoje, uma das maiores fontes de incerteza quanto o futuro das instituições políticas brasileiras? Pode-se cogitar de uma patrimonialização política do Poder Judiciário.

Assim como o patrimonialismo surge como principal vetor da corrupção financeira no país, observa-se que o Judiciário brasileiro, numa tendência detectada no aparato judicial latino-americano vinculado a um modelo de modernidade dependente, historicamente passa por um progressivo processo de patrimonialização política, que culmina com uma politização da justiça e de uma judicialização da política. Tal patrimonialização decorre de uma tendência a fragilizar a independência e harmonia dos poderes constituídos da república, passando um dos poderes a exercer um poder político concorrentemente ao do outro, ou mesmo a usurpar essa função política, por meio de uma apropriação de poder. Sobre isso, pondera o jurista Alejandro Nieto, acerca do controle de poderes previsto na Constituição espanhola:

No basta, en definitiva, con que la Constitución encomiende a los jueces que controlen el Poder. Es preciso, además, que el Poder político no pueda bloquear el ejercicio del control judicial. Y como esto no sucede en España, el Poder Judicial sólo tiene de poder el nombre y el Poder político se encarga de quitar la espoleta a la bomba formidable de la independencia judicial para evitar que los jueces disparen sobre él (NIETO, 2005, p. 247).

Desta forma, historicamente, os demais poderes constituídos como o Executivo e o Legislativo acabam por incorrer em um controle de poder judicial, instrumentalizado por técnicas concretas de bloqueio, que passam, por exemplo, pela imposição de limites de idade para ingresso e permanência nos tribunais, como também a indicação política dos membros da suprema corte (NIETO, 2005, p. 249). Em ambas as situações, como ocorreu, por exemplo, no

Brasil, com a chamada “PEC da bengala” (a Emenda Constitucional nº 88/2015, promulgada em 7 de abril de 2015), quando foi aumentada a idade para aposentadoria compulsória dos ministros do Supremo Tribunal Federal, prorrogando-se a permanência de alguns julgadores, em detrimento da possibilidade da então chefe do Executivo (a presidente Dilma Rousseff) indicar novos ministros da suprema corte, as alterações normativas tiveram claros propósitos políticos, como forma de influenciar (e tensionar) deliberadamente as relações entre os poderes constituídos. Mais do que a sua função de exercer a jurisdição, o Judiciário parece ter sido utilizado como fiador da ingerência política entre o parlamento e o governo, funcionando os magistrados ora como agentes a serviço do Executivo, ora a serviço do Legislativo, como se o poder jurisdicional fosse, na verdade, patrimônio de um projeto político específico de determinado poder.

Um dos efeitos da patrimonialização do Judiciário é a politização da justiça e a judicialização da política. Sobre esses dois fenômenos, no direito espanhol é possível constatar que o primeiro ocorre quando os demais poderes constitucionalmente investidos renunciam a resolver os conflitos, transferindo-os todos para a sede jurisdicional (NIETO, 2005, p. 256). Ao seu turno, transforma-se o que originalmente era político em jurídico, conferindo-se legitimidade a um tribunal para intervir. A atitude do Judiciário diante da política é de uma tarefa de tipificação legal que, na verdade, mascara uma manobra política de um regime que é incapaz de se depurar por si próprio. Isto ocorre, principalmente, nos escândalos de corrupção, onde se percebe uma dupla vertente (política e legal), onde, não obstante a prática de atos penalmente típicos (e que ensejam, naturalmente, o ajuizamento de ações penais e uma consequente reprimenda, no caso de condenação), seus pressupostos deveriam ser discutidos e decididos seja no parlamento, seja num processo eleitoral, e não pela decisão monocrática de um órgão judicial singular ou colegiado. Não se trata apenas de retirar do caminho, pela via de liminares ou ordens judiciais de prisão, a influência política de partidos ou candidatos. Trata-se de, na esfera participativa ou representativa da democracia, de decidir por meio do amplo debate, quais os caminhos de um governo e quais as opções de uma nação.

A judicialização da política ocorre quando o Executivo não atua, sob o pretexto de que uma questão controvertida já está nas mãos de um juiz (NIETO, 2005, p. 257). Ignoram-se soluções políticas para aspectos que são tidos supostamente como apenas legais. Assim, a decretação da prisão sem prova robusta de um ex-presidente, pré-candidato num período eleitoral, logo após a confirmação de uma decisão condenatória em segunda instância num tribunal regional federal, é concebida apenas como cumprimento de um imperativo legal, e não

como uma decisão política de eliminação de um adversário, com chances reais de sucesso num pleito acirrado, em franca disputa de polos ideológico distintos.

Em termos da consolidação do Estado democrático por meio do constitucionalismo, o patrimonialismo judicial parece ir ao encontro das conquistas democráticas do moderno Estado constitucional, como o reconhecimento dos princípios do devido processo legal e da presunção da inocência. Como assuntos políticos são metamorfoseados em assuntos jurídicos, a arena de disputas sai do âmbito das ruas, do debate popular e passam estas a ser decididas nas sedes dos tribunais. A judicialização da esfera pública redonda num protagonismo dos juizes que se antepõem no lugar de ator político principal, ao invés de seus titulares originários (o povo, o governo e o parlamento). Surge o ativismo, onde o juiz e o tribunal colocam-se como o estertor moral de toda a comunidade política, como tenazes paladinos a desafiar os poderosos, numa cruzada que transcende o imaginário coletivo, e isso, por vezes, compromete o desempenho de uma autêntica jurisdição constitucional.

Segundo Neves (2014, p. 199), a jurisdição constitucional brasileira exercida pelo Supremo tem se revelado confusa, mormente na ausência da construção de precedentes que orientem futuros julgamentos. Há uma deficiência de clareza no fundamento da decisão, tendo em vista que cada ministro apresenta seu voto em separado, chegando-se à obtenção final de acórdãos inconsistentes, face que sua construção se apresenta defeituosa, baseados tais julgados em argumentos contraditórios, quando não incompatíveis. Tal imperfeição acaba resultando numa necessidade contínua de revisão de jurisprudência, podendo o tribunal mudar seu entendimento sobre um tema periodicamente, conforme a temperatura política e a conjuntura nacional. A maleabilidade jurisprudencial é previsível; no entanto, não é desejável enquanto regra, mas sim enquanto exceção, e para que aconteça torna-se necessário toda uma solidez argumentativa, realizada com transparência, o que nem sempre acontece, prejudicando-se a força normativa da Constituição. Somente desta forma para se entender até que ponto, por ínfima maioria, o STF decidiu pela possibilidade da decretação da prisão como forma de cumprimento de pena após condenação em segunda instância e o quanto até hoje tal julgado é controverso, já que, a cada caso cada ministro está livre para julgar conforme seu entendimento, uma vez que tal decisão não é vinculante.

2. Quando apenas a norma não é mais suficiente: o paradigma decisionista do ativismo judicial, no seu embate com o paradigma procedimentalista

A tendência dos tribunais pátrios, mormente o Supremo Tribunal, de buscar na operação hermenêutica interpretação X aplicação das normas, não apenas sua efetivação, mas mesmo sua

superação, face a abertura discricionária, não é recente. Ao menos no âmbito do exercício da jurisdição constitucional atual, *a fortiori*, as decisões proferidas pela suprema corte brasileira que envolvem fatos decisivos para o cenário político nacional, geram certo quadro de insatisfação no ambiente partidário, na mídia e no governo, deflagrando-se, até mesmo, uma situação de crise institucional (TAVARES, 2012, p. 106). Observa-se que a célebre polêmica entre Kelsen e Schmitt acerca da função do tribunal constitucional, parece, na recente realidade brasileira, ganhar relevo, especialmente pelo fato de se encontrar presente o legado jurisprudencial norte-americano, donde o chamado controle difuso da constitucionalidade ganhou ampla recepção na Constituição brasileira de 1988, dotando os demais órgãos jurisdicionais, fora o Supremo, de uma capacidade de intervenção na relação entre os poderes, onde os magistrados acabaram por conquistar um protagonismo inédito na história jurisdicional brasileira.

Isso não deixou de gerar uma certa hipertrofia do sistema jurídico sobre o sistema político, face a judicialização das questões políticas sob o pretexto de se exercer um controle da constitucionalidade (TAVARES, 2012, p. 109). Reclama-se, nesse sentido, da baixa estatura democrática do Poder Judiciário, uma vez que, nas decisões isoladas dos magistrados sobre questões de poder, não se conta nos embates políticos com a efetiva participação popular, efetivo fiel da balança num modelo democrático de conflitos que requer mais o exercício da soberania popular, do que o controle repressivo exercido por um poder hermético em si próprio. Tal hermetismo é incrementado, sem dúvida, do ponto de vista exegetic, pela adesão a outro paradigma: o do positivismo jurídico, debruçado sobre as questões políticas, que passam a ser traduzidas normativamente por meio de simples operações lógicas de subsunção, em que o reducionismo interpretativo parece ser a tônica do julgamento, separando-se as questões entre atividades tidas como lícitas ou ilícitas (RAMOS, 2015, p. 69). Como crítico da subsunção automática, Kelsen estabeleceu uma concepção acerca da liberdade do juiz ao interpretar a lei, na qualidade de criador do direito, e, nesse sentido, inaugurou uma nova fase no positivismo, onde, inadvertidamente, foi dada a contribuição para o afastamento do julgador do legislador (mesmo que essa não fosse a intenção direta do mestre de Viena, mas sim, o contrário).

A superação do paradigma positivista pela via do ativismo deu-se com a virada decisionista, iniciada a partir de Schmitt, na sua crítica à pureza metodológica kelseniana sobre o direito e sua afirmação de que o pensamento jurídico deveria estar abstraído de pontos de vista metajurídicos (*wentanschaulich*). Ora, todas as apreciações ideológicas sobre a política, economia, ou moral não são puramente jurídicos, mas nem por isso deixam de influenciar o sistema jurídico uma vez que o jurista acaba por se submeter à decisão do legislador (MACEDO

Jr., 2011, p. 49). Desta forma, o positivista seria um decisionista no seu ponto de partida e um normativista no seu ponto de chegada, quanto à interpretação das normas jurídicas, mormente das normas constitucionais. Esse poder de decisão conferiu, no âmbito do positivismo e de sua crítica ao exegetismo, os caminhos que levaram ao decisionismo e ao ativismo judicial, em que, sobretudo a questão política, deixou de ser um problema da norma e passou a ser um problema de decisão. Sobre isso, Schmitt (1998, p. 18) acentua, ao resgatar o pensamento de Bodin, que o poder soberano, que decide sobre a exceção e que pode suspender até mesmo a Constituição, só está obrigado frente ao povo ou às classes sociais quando o interesse popular reclama o cumprimento de uma promessa, mas, em casos urgentes e de necessidade, numa espécie de nada normativo, o que prevalece é a decisão e não a norma. Isto implica em dizer que o decisionismo tem como pressuposto uma soberania de decisão e não uma soberania de normatização, ao qual a carta constitucional parece simbolizar. Tal concepção abre precedentes para que o poder jurisdicional aja como um poder decisório, baseado numa vontade política e não num poder calcado tão somente na aplicação subsuntiva de normas a fatos sociais.

O positivismo jurídico lida com o direito como fato social, independentemente de suas considerações valorativas (RAMOS, 2015, p.38). Voltado para a aplicação de normas, pouco importa ao jurista positivista a realização da justiça, uma vez que sua preocupação se dá mais em termos de validade do direito. Tal validade é dada não por meio da efetivação de uma norma justa, mas sim se o meio pelo qual esta norma surgiu derivou-se de um procedimento formal (legislado ou costumeiro) reconhecido pelo Estado.

Ora, na ânsia de se escapar de tal paradigma, alguns julgadores, mormente na América Latina, abraçaram a tese de uma crítica dogmática ao positivismo sem sair de seus meandros. Merece destaque o neoconstitucionalismo de Kelsen no século XX, colocando, numa pirâmide normativa, a Constituição no lugar da lei como norma suprema do ordenamento (RAMOS, 2015, p.63). Fez-se então uma crítica ao legalismo colocando em seu lugar o debate constitucional, sem que, entretanto, não se resolvesse a questão da discricionariedade judicial.

Segundo Marcelo Neves (2008, p. 254), prevalece no Brasil uma situação de fetichismo legal onde legalismo e impunidade caminham *pari passu*, numa contradição aparente, pois a aplicação da lei tão somente para certos destinatários que não tem como se defender, pois já são seletivamente estigmatizados como acusados, réus, condenados e presos, serve para fomentar a ausência da aplicação de sanções legais para outros, que vivem numa situação de privilégios jurídicos, sobre a forma, por exemplo, de foros privilegiados ou imunidade quanto à medidas coercitivas como conduções ou delações.

Acerca do paradigma judicial, pode-se invocar, outrossim, diversas alegorias para classificar o ativismo, no atual estágio da crise do Estado brasileiro, uma delas diz respeito à figura do “juiz soldado”, do juiz apaixonado e legislador desconfiado (TAVARES, 2012, p.33). Trata-se de perguntar como se deve comportar um juiz constitucional, e, dessa forma, afirmar qual é o efetivo papel do Judiciário em um Estado Constitucional. Acerca disso, denota-se que a suprema corte deve funcionar, no Estado constitucional, como se o juiz constitucional fosse uma espécie de “purificador do sistema” (TAVARES, 2012, p. 62), aparecendo, novamente, a discussão do controle da constitucionalidade. Competiria ao Supremo Tribunal Federal a tarefa de limpar ou purificar o sistema normativo-constitucional, ao expurgar os tipos estranhos, corpos normativos viciados, que não se adequariam a uma interpretação conforme à Constituição. Entretanto, no seu ativismo, o que outrora poderia parecer uma equilibrada função constitucional, acaba por se revelar numa aventura decisionista, impulsionada pela visão de um tribunal constitucional que poderia funcionar como um legislador negativo, a anular leis tidas por inconstitucionais. Ocorre que a invalidade de leis ou a declaração da inexistência de atos jurídicos (como a nomeação de ministros por presidentes da república) depende não de uma vontade popular soberana, mas sim da vontade de um órgão jurisdicional, do representante de um poder, que atua na função de comissário, e não de um representante da soberania como o parlamento, nos termos de uma democracia representativa.

Soma-se a isso um aspecto relevante de decisionismo, no que diz respeito ao exercício do poder jurisdicional quanto às questões políticas, mormente no que diz respeito à organização do Estado de direito, face os conceitos de ditadura soberana e ditadura do comissariado. Segundo Schmitt, (1968, p. 173), uma ditadura só tem lugar num marco constitucional quando é prevista pelo próprio ordenamento jurídico. Destarte, a ditadura protegeria a própria Constituição de uma situação que estaria abaixo dela (SCHMITT, 1968, p. 182). Como um problema político, a ditadura também seria um problema jurídico, pois é uma causa de suspensão da Constituição prevista no próprio texto constitucional. A diferença da ditadura comissária com a ditadura soberana seria a de que, nesta última, o conceito de poder constituinte encontra-se mais presente, visto que se trata de um devir, de uma Constituição que ainda não existe, mas sim de uma Constituição que irá ser implantada. A dúvida de haver a possibilidade de uma ditadura dentro da democracia, a partir do desenvolvimento de um poder constituinte, é resolvido por Schmitt na noção de que toda ditadura pressupõe uma comissão e a pergunta que deve ser feita é se essa comissão é compatível com a soberania, ou seja, se pode ela ser correia de transmissão desse poder soberano. Esta seria a diferença entre a ditadura soberana, capaz de invocar um poder constituinte simbolizado pela vontade popular e a ditadura do

comissariado, que se colocaria, indiretamente, como representante do povo. Afinal, para Bodin, esse poder comissário pode ser tanto o poder de um representando vários ou apenas o poder de representar a um único só detentor, dentre uma vontade popular X a vontade do príncipe (SCHIMITT, 1968, p. 185).

É possível dizer, portanto, neste momento que, no âmbito das decisões proferidas recentemente pelo Judiciário brasileiro, mormente no caso do Supremo Tribunal Federal, ocorre certo pragmatismo, que o aproxima de uma ditadura de comissariado judicial. Sobre o pragmatismo jurídico, Dworkin (2010, p. 32) estabelece uma descrição geral de algo que se constitui não apenas numa atuação, mas mesmo numa certa filosofia da jurisdição, quando afirma que os juízes são compelidos a tomar qualquer decisão que seja melhor para a comunidade, sem levar em consideração as práticas do passado. O pragmatismo anda de mãos dadas com o utilitarismo, no momento em que o juiz recorre à decisão com a expectativa de maximizar um bem-estar médio de uma população. Entretanto, como satisfazer os desejos ou a felicidade coletiva em termos políticos, por meio de uma decisão monocrática ou um acórdão de tribunal? Estariam os julgadores habilitados a isso?

Ocorre que, no âmbito da jurisdição constitucional, na confusão argumentativa dos votos de cada ministro, o que se busca, em grande parte, é uma atribuição de sentido, uma afirmação do que seria o próprio direito constitucional, ou qual o real significado das normas constitucionais. Enlevados pelo pragmatismo, os magistrados das cortes parecem tomar decisões não por conta dos enunciados dos textos normativos, mas sim porque essas decisões podem ser uma forma de exercício de poder e são úteis por supostamente agradarem aos interesses populares. Na sua crítica a Rorty, Dworkin (2010, p. 55) acredita que o pragmatismo não se dá apenas em torno do uso de um único vocabulário de conceitos ou proposições que levam os juízes a dizer o que útil aos seus interesses de poder e não sobre o que realmente é justo ou injusto, mas sim que, ao decidir, aqueles que assim o fazem realmente entendem que a realidade do direito pode levar a decisões justas ou injustas, independente do ceticismo pragmático de que tudo se resume a uma interpretação movida pelo desejo de poder.

Na verdade, nesse sentido, ao menos no que tange à atuação do Judiciário nacional em termos de seu exótico protagonismo político, o juiz brasileiro toma como ponto de partida o pragmatismo, mas, na reta final, descobre-se decisionista. O pragmatismo não se desvincula do paradigma procedimentalista, no momento em que, para decidir conforme suas práticas direcionadas para o futuro, o juiz deve respeitar as decisões legislativas, bem como as decisões judiciais do passado, baseadas em normas legais (DWORKIN, 2010, p. 33). O que ocorre no Brasil é que, nessa etapa final do julgamento, sob a ótica pragmática, o juiz não mais recorre ao

Legislativo, mas sim às suas próprias decisões sobre o fenômeno político. Ao buscar para si um protagonismo que, outrora, era conferido aos partidos, no modelo de democracia representativa, e mais diretamente ao povo, enquanto integrante do discurso político, o Judiciário transforma-se num poder de comissariado. É no decisionismo que o magistrado galga à posição de representante de um poder comissário, numa espécie de *judex delegatus*, onde a atividade delegada consiste numa jurisdição extraordinária, para além dos limites de um poder constituído, e caminho pelo qual, por meio de uma *comissio*, um órgão ou agente do Estado passa a agir como governante, ou como o detentor não originário de um poder (SCHIMITT, 1968, p. 79).

Para Habermas (2003, p. 183), pautando-se num modelo de sociedade pautado na comunicação, na divisão tradicional de poderes, o legislador interpreta e estrutura o direito, enquanto que ao Judiciário cabe, conforme o direito e a lei, chegar a decisões coerentes sobre casos concretos. A jurisdição exercida pelo tribunal constitucional seria alvo de restrições por parte de uma compreensão procedimentalista do direito, visto que as condições do procedimento democrático devem ser respeitadas, e, nesse caso, são os cidadãos, participantes dos discursos políticos, aqueles que devem dar a palavra final sobre as questões políticas de governo, fazendo valer seus interesses, de modo que os discursos de aplicação do direito devem vir acompanhados de discursos de fundamentação, e tal fundamentação não ocorre num isolado fórum judiciário crítico e ativista.

O modelo procedimental de democracia de Habermas prevê, portanto, a resolução das questões políticas por meio de uma esfera pública, onde o processo decisório é submetido a uma racionalização que passa pela comunicação (GODOY, 2012, p.121). É se garantindo condições de igualdade e liberdade para os participantes do processo comunicativo que se constroem as possibilidades de resolução de conflitos por meio de maiorias deliberativas. É por meio do agir comunicativo, reconhecendo-se seus atores como livres e iguais a interagir no discurso, é que os participantes podem construir um acordo racionalmente motivado, no caso de conflito normativo.

3. Suprema corte, ativismo judicial e a crítica habermasiana

Segundo Habermas (2015, p. 162,) a república alemã conviveu com o trauma do regime totalitário do *Führer*, na defesa de uma ordem que acabou consistindo num regime do não direito. Como partícipe do trauma alemão, o citado filósofo observa que, até hoje, inflama-se um conflito entre aqueles oponentes que alegam ter retirado do passado as únicas consequências corretas na divisão política outrora estabelecida pela ditadura militar. No Brasil, após um

processo de redemocratização ocorrido há mais de trinta anos, determinados fenômenos políticos, como o populismo de direita e o neoconservadorismo, parecem reacender, assim como na Alemanha, o debate sobre o monopólio da violência pelo Estado, e os vestígios de um Estado autoritário que agora parecem ressurgir, sob a forma de um ativismo, percebido desde a primeira instância até graus superiores de jurisdição, até mesmo na suprema corte brasileira.

Na sua atuação como representante de uma ditadura de comissariado (SCHMITT, 1968, p. 179), por meio do decisionismo, integrantes do Judiciário qualificam-se politicamente no exercício de um poder estatal que se realiza de maneira imediata, praticamente sem mediação através de instâncias intermediárias independentes como se dá entre os poderes constituídos, atuando numa centralização que se opõe a alternativas de descentralização. Somente desta forma é possível entender como a 13ª Vara da Justiça Federal, em Curitiba, centralizou as decisões e arvorou-se como competente no caso da apuração de ato de corrupção tomando por objeto um suposto tríplex, envolvendo o ex-presidente Lula, sob o argumento de conexão processual em infrações penais, tendo em vista que não se restou comprovado qualquer prejuízo em detrimento de bem ou serviço da União, violando-se, desta forma, o art. 5º, inciso LII da Constituição Federal, sendo causa de nulidade absoluta (JARDIM, 2017, p. 21). Se um artigo do Código de Processo Penal não tem a força de alterar a competência dos órgãos jurisdicionais exaustivamente estabelecida na Constituição, como se explicar tal anomalia senão conforme uma alta carga de pragmatismo e centralismo de posição na atuação do juiz federal Sérgio Moro na chamada Operação Lava-jato? Tal centralismo parece não somente ter sido admitido pela cúpula do Judiciário brasileiro, como parece ter vindo na hora certa do apogeu de um ativismo judicial de linha pragmático-decisionista, com sérias implicações para a manutenção do sistema democrático nacional.

Por sua vez, em suas decisões, o Supremo Tribunal Federal propôs-se a administrar a tensa relação entre o monopólio estatal da violência e a pretensão de legitimação de uma ordem jurídica democrática, adotando, para isso, um certo hobbesianismo alemão muito próximo às preocupações de Schmitt sobre a relação entre Estado de direito e resistência civil (HABERMAS, 2015, p. 165). Ora, quando manifestações populares eclodem espontaneamente nas ruas do país, em meados de junho de 2013, e durante cinco anos parecem se avolumar, após um processo eleitoral de intensa disputa, face a crise de legitimidade do sistema político vigente, uma das saídas possíveis é a preservação da ordem legal por meio da força, do monopólio da violência, e isso, no âmbito do ativismo judicial, ganha contornos nítidos, no momento em que a própria ordem jurídica é concebida como sustentada nesse monopólio:

Segundo Hobbes, a legalidade de qualquer ordem jurídica se apoia somente no monopólio estatal da violência; ela não carece de legitimação recorrendo a conteúdos conformes ao direito. O direito compele do mesmo que a violência; só o monopólio da violência do dominante distingue a violência do Estado da mera violência (HABERMAS, 2015, p. 167).

Para fins de contenção de uma possível desobediência civil, é possível que integrantes do Judiciário tenham chamado para si a tarefa de conduzir os rumos da república, por meio de uma cruzada judicial pela preservação da ordem legal em detrimento das manifestações populares. Afinal, a solução apontada por Schmitt diante dos rebeldes é considera-los como inimigos, ou representantes do partido da guerra (HABERMAS, 2015, p. 169). Na sua cruzada contra a corrupção de agentes de Estado, desde a Operação Lava-jato até o Supremo Tribunal Federal, o que se observou foi a adoção de medidas repressivas, que sob o pretexto da manutenção da ordem, valiam-se os órgãos jurisdicionais da violência estatal como forma de perseguição de uma rebelião tida como um delito. Trata-se, portanto, da conjunção de uma alternativa hobbesiana com um olhar decisionista schmittiano para o problema da corrupção política, onde conduções coercitivas, prisões arbitrárias e condenações sem robustez probatória, parecem promover uma situação de desgoverno, uma vez que seus principais titulares ou pretendentes no cenário político sentem-se ameaçados por medidas restritivas ou acabam por serem simplesmente enviados para a cadeia.

Por vezes o ativismo leva a situações de desgoverno em que o próprio Poder Judiciário apresenta a sua cota de responsabilidade, como, por exemplo, na situação que levou ao controvertido processo de impeachment da presidente Dilma Rousseff. Apesar de ser tese absurda considerar hoje que o STF tenha tido qualquer participação direta num suposto golpe de Estado contra a ex-presidente, não seria errado afirmar que a suprema corte se manteve em silêncio, em momentos decisivos do andamento de uma iniciativa a margem das garantias democráticas previstas na Constituição (LEITE, 2015, p. 403). Afinal, sob uma roupagem constitucional, o processo de impeachment apontou incoerências que poderiam levar a questionamentos e correções nos tribunais, tendo em vista que o processo foi aceito discricionariamente por um presidente da Câmara, Eduardo Cunha, tão somente por mera retaliação política, já que o governo federal nada fez para impedir que o suspeito parlamentar fosse processado, cassado e posteriormente preso, por acusações de corrupção.

Ora, as intensas manifestações populares ocorridas após a prisão do ex-presidente brasileiro configuram o exercício de uma resistência democrática, a qual Habermas (2015, p. 170) compreende ser não mais uma situação de resistência contra um Estado de não direito,

como se deu na época da Alemanha nazista ou de outros casos de regimes autoritários, mas sim da desobediência civil no Estado do direito. Como a desobediência caminha numa linha tênue entre a legalidade e a legitimidade, há uma tendência de a justiça penal registrar a desobediência civil como uma ilegalidade e persegui-la como um direito comum. Não raro, seja no acampamento montado na cidade de Curitiba por apoiadores do ex-presidente preso, seja pelo fato de que aqueles que o defendem no cenário político, podem vir a ser acusados por alguns magistrados de serem coniventes com atos criminosos de corrupção, o que se observa é uma compreensão por parte de um contingente de julgadores de que os atos de apoio político a um condenado criminal não são suficientes para reverter a aplicação da lei penal a um fato considerado como típico e culpável, que mereceu confirmação em segundo grau de jurisdição. Entretanto, as manifestações de resistência de ativistas que se recusam a abandonar seu local de apoio ao seu líder popular, devem ser reconhecidas como condutas que fazem parte de uma cultura política democrática e não de adesão voluntária à ilegalidade.

Retoma-se a figura do “juiz soldado” tratada anteriormente, na distinção estabelecida pelo Estado de direito entre o juiz da lei e o juiz conforme à lei, como sendo alguém que luta pelo cumprimento das leis (TAVARES, 2012 p. 33). Nessa toada, ao menos midiaticamente, magistrados como o juiz Sérgio Moro tornaram-se celebridades nacionais ao se apresentar como sendo um incansável combatente contra a corrupção, elegendo não apenas como réus, mas também como inimigos, uma série de agentes públicos, em sua imensa maioria identificados com o governo do ex-presidente preso e da ex-presidente deposta, assim como personalidades do meio empresarial identificadas com seus respectivos governos. Suas decisões judiciais não apenas contribuíram para a prisão de uma lendária liderança popular e operária que se tornou um dos presidentes da mais bem avaliados da história da república, mas também para o descrédito das agremiações partidárias, uma vez que os militantes políticos passaram a ser identificados como agentes da corrupção. Nesse momento, na cruzada punitiva da Lava-jato, elegeram-se os novos inimigos da nação na guerra contra a corrupção.

Será que o ativismo visa superar os partidos, colocando os magistrados na linha de frente dos militantes políticos? Na verdade, os juízes sequer são os reais atores do processo político, tendo em vista que, nesse espaço, caracterizado pela disputa e por lutas sociais frequentes, o real ator principal é a própria cidadania, representada na relação entre povo eleitor e seus candidatos. Os partidos políticos apresentam-se como coadjuvantes, e estão ali para concretizar a operação eleitoral que concretiza, como direito fundamental, o sufrágio, dimensão mais expressa de um regime democrático (LEMBO, CAGGIANO, 2012, p. 2.241).

Funcionando como uma ditadura do comissariado, os julgadores agora apresentam-se enquanto uma comissão inserida num órgão previsto constitucionalmente, e que, por isso (SCHMITT, 1968, p.185), diante de uma crise de legitimidade de governo, parece surgir com seus julgados como uma alternativa à preservação da ordem, como um agente de restauração diante da exceção institucional da crise de poder. Por mais que seu colegiado não atue de forma uníssona, o Supremo Tribunal Federal apresenta atitudes decisionistas nos votos de seus ministros julgadores, o que conduz, inadvertidamente, à composição de uma maioria (de pequena margem, diga-se de passagem), que, ao assumir para si a decisão sobre as soluções políticas, acaba por contribuir ainda mais para uma realidade de desgoverno.

Numa democracia em crise resta aos partidos recuperarem sua credibilidade por meio da aceitação popular, não cabendo aos magistrados conduzir essa retomada da normalidade democrática. É o próprio povo, por meio do exercício do direito de sufrágio, a reclamar eleições livres e soberanas, quem pode conduzir o processo político, conforme procedimentos previstos na Constituição e respeitando-se as liberdades políticas como autênticos direitos fundamentais. Qualquer saída ativista pelo decisionismo e discricionariedade judicial, sob o manto de um suposto protagonismo moral do magistrado, no pretexto da cruzada punitiva acerca dos supostos rigores da lei, é, no mínimo, uma experiência antidemocrática.

Conclusão

Diante da crise do Estado brasileiro, mormente após a deposição de Dilma Roussef e o errático governo de seu conspirador vice, Michel Temer, culminando com a prisão do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, o Supremo Tribunal Federal optou por figurar na qualidade de um poder tensionador, afetando o já precário equilíbrio na relação entre os poderes constituídos da república. Tal tensionamento foi agravado pela tendência ao desenvolvimento de um ativismo judicial, manifestado desde a primeira instância, por meio das decisões proferidas em primeiro grau de jurisdição no decorrer da Operação Lava-jato, bem como pelos votos adotados pelos ministros da suprema corte sobre questões nevrálgicas sobre o funcionamento do sistema político, a começar pela própria escolha dos governantes.

Sob o pretexto de combater a corrupção na política, tal ativismo, na verdade, contribui para revelar a tradição patrimonialista do Judiciário brasileiro, e, principalmente, a tendência crescente de judicialização da política. O processo instaurado contra o ex-presidente que culminou com sua prisão, não obstante a fragilidade das provas apresentadas, o descumprimento de regras de competência que comprometeram o devido processo legal e mesmo o protagonismo midiático e político assumido pelo magistrado encarregado do

juízo, é apenas um dos exemplos cabais dos efeitos nocivos do ativismo judicial de linha decisionista, que vem se afirmando no Brasil.

O ativismo do tipo hobbesiano-schmittiano assumido pelo Judiciário e até mesmo pela suprema corte brasileira nos últimos anos, ao tratar de questões que são genuinamente questões de poder, situadas no âmbito do sistema político, e não propriamente do âmbito normativo, levam a crer no desenvolvimento de um decisionismo que pode levar, inclusive, a um regime do não direito, caso as decisões de órgãos julgadores tomem o lugar do discurso popular no processo participativo de tomada de decisões que se constitui o regime democrático. Tal déficit democrático pode ser percebido, por exemplo, quando nem sequer normas constitucionais que asseguram como direitos fundamentais o devido processo legal e a presunção da inocência, são observadas pelos órgãos jurisdicionais em seus julgados. Além disso, as recentes decisões dos tribunais, em especial do Supremo Tribunal Federal, chegam a promover uma situação inédita e assustadora de desgoverno, no momento em que nem sequer ministros da república podem ser nomeados pelo governante, sob a alegação de penderem sobre os indicados ações judiciais. Nem mesmo um ex-presidente, colocado como nome possível numa disputa eleitoral democrática, como favorito mediante pesquisas entre o eleitorado, pode exercer o direito de se candidatar, ofuscando-se uma opção de voto a milhares de eleitores no país, aprofundando um vácuo de poder face a crise de legitimidade dos atuais governantes.

O desgoverno judicial opera sob o manto da legalidade, mas apenas instrumentaliza a ordem legal a fim de satisfazer uma vontade que é capaz, inclusive, de sobrepujar a própria Constituição. Como numa ditadura de comissariado, o Judiciário brasileiro, ao optar pelo caminho do ativismo judicial, contribui para solapar a normalidade democrática, e, em seu lugar, transforma julgadores em comissários num autêntico regime de exceção, onde o poder repressivo do Estado é exercido não mais pela força dos tanques ou das baionetas; como outrora, no triste passado autoritário da realidade nacional, mas sim, na atualidade, pelo peso de liminares ou sentenças judiciais. O fracasso do modelo de inclusão social proposto pelo lulopetismo, nos últimos anos na presidência da república, e a erosão da credibilidade do sistema político, face denúncias de práticas criminosas, parece ter culminado com o ressurgimento da figura de juízes-soldados, que no seu afã de promover uma suposta cruzada contra a corrupção política, acabam por abalar todas as conquistas democráticas há anos obtidas, por meio do exercício do voto popular e do debate partidário, ao se valer da lei como instrumento de decisão política.

A síntese de certo pragmatismo aliado a altíssimas doses de decisionismo como faceta primordial do ativismo judicial segue em rota de colisão com o procedimentalismo, uma vez

que a esfera pública, cenário das decisões políticas e ambiente da participação popular, cede espaço à esfera judicial. Assim, o que outrora seria resolvido pelo povo em sua decisão soberana, por meio sufrágio universal, como assegura a norma constitucional, passa a ser assunto a ser debatido não nas ruas e nas urnas, mas sim no ambiente fechado dos processos em tramitação nos tribunais.

Observa-se que quem mais perde é o próprio texto constitucional e sua desvalorização normativa ocorre sempre que decisões proferidas na suprema corte refletem muito mais o agir discricionário do voto solitário de cada um de seus ministros, do que propriamente a afirmação de uma posição solene de uma corte constitucional, a contribuir para a resolução da crise política, respeitando-se o Estado democrático de direito. Urge, nesse sentido, que os julgadores tenham a consciência de que o processo histórico de redemocratização é irreversível, e seu destino natural é de que o próprio povo, organizado politicamente e habilitado ao debate, possa contribuir pelos meios constitucionalmente oferecidos, para debelar a gravíssima crise pela qual passa o país.

Por fim, a lição histórica sobre o pernicioso advento de um regime político de não-direito, como aprendizado acerca dos malefícios do autoritarismo, deve servir como antídoto às tentações despóticas de agentes do Estado, ao tentar se colocar num plano acima dos interesses populares e dos partidos. Afinal, a Constituição acentua que os direitos políticos são a expressão da soberania e somente tem suas condições de realização plenamente satisfeitas ao se preservar as regras do procedimento democrático.

REFERÊNCIAS

DWORKIN, Ronald. **A justiça de toga**. Tradução Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

GODOY, Miguel Gaulano de Godoy. **Constitucionalismo e democracia**: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella. São Paulo: Saraiva, 2012.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade, volume II. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. **A nova obscuridade**. Tradução Luiz Repa. São Paulo: Editora UNESP, 2015.

JARDIM, Afrânio Silva. O ex-presidente Lula é condenado por um órgão jurisdicional incompetente. Equívocos em relação à competência do juiz Sérgio Moro na chamada operação

lava-jato. In: PRONER, Carol. CITTADINO, Gisele, Ricobom, DORNELLES, João Ricardo. **Comentários a uma sentença anunciada: o processo Lula**. Bauru: Canal 6, 2017.

LEITE, Paulo Moreira. **A outra história da lava-jato: uma investigação necessária que se transformou numa operação contra a democracia**. São Paulo: Geração Editorial, 2015.

LEMBO, Cláudio, CAGGIANO, Monica Herman. Partido político, canal de comunicação entre governantes e governados. IN: MARTINS, Ives Gandra da Silva, MENDES, Gilmar Ferreira, NASCIMENTO, Carlos Valder (coord.). **Tratado de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

MACEDO Jr., Ronaldo Porto. **Carl Schmitt e a fundamentação do direito**. São Paulo: Saraiva, 2011.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais**. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

NIETO, Alejandro. **El desgobierno judicial**. Madrid: Editorial Trotta-Fundación Martin Escudero, 2005.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2015.

SCHMITT, Carl. **Teologia política**. Tradução Francisco Javier Conde. Buenos Aires: Struthart & Cia, 1998.

_____. **La ditadura**. Tradução José Diaz García. Madrid: Revista de Occidente, 1968.

SOUZA, Jessé. **A elite do atraso: da escravidão à lava-jato**. Rio de Janeiro: Leya, 2017.

TAVARES, André. **Paradigmas do judicialismo constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

VIANNA, Túlio. **Um outro direito**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2014.

ZIZEK, Slavoj. **Vivendo no fim dos tempos**. Tradução Maria Beatriz de Medina. São Paulo: Boitempo, 2012.