II CONGRESSO DE FILOSOFIA DO DIREITO PARA O MUNDO LATINO

ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

A532
Anais II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino [Recurso eletrônico on-line] organização Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ;

Coordenadores: Margarida Lacombe Camargo, Natasha Pereira Silva, Vinícius Sado Rodrigues – Rio de Janeiro: UFRJ, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-764-9
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

1. Filosofia do Direito. 2. Gênero e Teoria do Direito. 3. Democracia. 4. Desigualdades. 5. Justiça de Transição. 6. Estado de Exceção. 7. Ativismo Judicial. 8. Racionalidade Jurídica. 9.Clássicos I. II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino (1:2018 : Rio de Janeiro, RJ).

CDU: 34

UNIVERSIDADE FEDERAL
DO RIO DE JANEIRO

II CONGRESSO DE FILOSOFIA DO DIREITO PARA O MUNDO LATINO

ATIVISMO JUDICIAL E JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA

Apresentação

O mundo latino tem investido na construção de uma jusfilosofia que objetiva produzir epistemologias e referências conceituais a partir de contextos próprios, de modo a contribuir para a transformação das instituições jurídicas, políticas e sociais vigentes.

Com essa intenção, a iLatina, através do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro (PPGD-UFRJ), promoveu, em julho de 2018, na cidade do Rio de Janeiro, o II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino.

O encontro contou com a presença de estudiosos da Filosofia do Direito de quase todos os países do chamado "mundo latino", com o desafio de pensar, sob a perspectiva da Filosofia, problemas que desafiam as democracias atuais. Um dos eixos principais dessa discussão é o que se concentra no debate do Ativismo Judicial e da Judicialização da Política, cujas questões são exploradas pelos trabalhos desta coletânea.

O Congresso contou com o trabalho de sistematização dos textos apresentados para cada grupo temático, estruturado em forma de relatoria. A relatoria do grupo Ativismo Judicial e Judicialização da Política ficou sob a responsabilidade da professora Isabel Lifante-Vidal, Titular de Filosofia do Direito da Universidade de Alicante (UA). Como bem salientou a professora, a maioria dos trabalhos é proveniente do Brasil e todos se reportam, direta ou indiretamente, à recente experiência do seu país.

Claudia Aniceto Caetano Petuba (Brasil) discorre sobre a expansão dos limites de atuação do Poder Judiciário no Brasil pós-88. Delano Sobral (Brasil) enfrenta o tema da judicialização da política a partir de exemplos da jurisprudência brasileira, em especial o caso do ex-presidente Lula. Fabio José Silva de Assis explora algumas das causas da judicialização da política, também no Brasil. Fabiana Gomes Rodrigues e Nelson Luiz Motta Goulart (Brasil) exploram a questão da distribuição de medicamentos e fazem um retrospecto detalhado da judicialização da política nessa área, no Brasil. Vívian Alves de Assis e Rosângela Lunardelli Cavallazzi (Brasil), provocadas pela experiência brasileira, mostram como a neutralidade da ciência jurídica, de base kelseniana, serve de manto para o protagonismo político do Poder Judiciário.

Karina Denari Gomes de Mattos (Brasil), com base no trabalho de Nuno Garoupa e Tom Gisnburg, propõe um teste de mídia sobre o caso da prisão do ex-presidente Lula, para percepção e cálculo de reputação do Supremo Tribunal Federal brasileiro. Thomas da Rosa Bustamante (Brasil) reclama do abuso demagógico e populista de juízas e juízes brasileiros quando se pronunciam fora dos autos, identificando essas falas como obter dicta. Por fim, Ana Paula Bodin Gonçalves Agra (Brasil), com base na teoria de Ingeborg Maus e no instrumental psicanalítico de Lacan, fala da infantilização da sociedade brasileira ao transferir para os juízes o poder de decidirem politicamente.

O ativismo, na Argentina, é visto por Walter Fabian Carnota (Argentina) como decorrência do exercício de políticas públicas pelos juízes. Ele analisa uma sentença da Corte Suprema de Justiça, de 1992, e mostra como os juízes foram ativistas ao agirem em auxílio do governo, assegurando, naquela ocasião perante a comunidade internacional, que os compromissos assumidos pelo país fossem cumpridos.

No âmbito da Corte Interamericana de Direitos Humanos, Magda Yadira Robles Garza (México) faz um estudo de caso em que analisa os fundamentos de uma decisão, procurando mostrar a mudança da Corte, de uma postura de autocontenção e interpretação restritiva da norma, para um ativismo judicial e de enfrentamento, tal como se entende por judicialização da política.

Sob o aspecto metodológico, da argumentação e da racionalidade, Eduardo Ribeiro Moreira (Brasil) explora a interlocução existente entre Filosofia, Direito e Política a indagando, fundamentalmente, se é legítimo o sincretismo metodológico na interpretação constitucional.

Alí Vicente Lozada Prado (Espanha) analisa o ativismo judicial, que distingue na violação de uma obrigação de deferência a favor do legislador ou das autoridades administrativas, em casos de adjudicação de direitos sociais, sugerindo uma tipologia.

Por fim, Maria Carlota Ucín (Argentina) sugere a criação de standars capazes de aportar "elementos objetivos de evaluación de las políticas públicas sumetidas a revisión judicial o incluso también, la evaluación de las omisiones estatales".

No campo das relações entre Direito e Política, Jackeline Cecilia Saraiva Caballero (Colômbia) mostra como os litígios estruturais têm gerado otimismo e esperança nas cidadãs e cidadãos colombianos: "Al suscitar la participación de los afectados dentro de las altas

esferas del país, el sentimento de impotência aminora y surge um processo com espacios inclusivos que propicia el debate dialógico y la deliberación para rediseño de politicas públicas.”

Juan Manuel Sosa Sacio (Peru), a partir de uma concepção dialógica, mostra que os tribunais constitucionais atuam como atores políticos e sociais, cuja legitimidade é buscada, estrategicamente, como critério de correção. Cristina Estela Gonzalez de la Veja e María del Carmen Piña (Argentina), sob o título “Activismo judicial, valores y posmodernidad”, sustentam que “el activismo integra el derecho procesal de excepción, disposto a dar respuestas eficientes, tempestivas y pensadas fundamentalmente en su destinatario: o justiciable.”.

Rayla Mariana Figueiredo Silva e Julio Cesar Pompeu (Brasil) examinam algumas teorias sobre a representação do poder do Estado. Sob um viés mais estritamente filosófico, Maria Nazareth Vasques Mota e Guilherme Gustavo Vasques Mota (Brasil) exploram o ativismo judicial sob matrizes da filosofia neoliberal, como a de Ludwig von Mises.

Luciano Sampaio Gomes Rolim (Brasil), com base em Kant, sustenta que “o sentido positivo dos conceitos de utopia e ideologia torna possível um esforço de aplicação desinteressada do direito que não exclui a priori toda e qualquer consideração de ordem ideológica como se se tratasse de um agente agressor externo a ser prontamente neutralizado e destruído”. De forma mais acentuadamente crítica, Ana Katia Troncoso Muñoz (Argentina) procura mostrar como a discussão política nos tribunais é funcional para a governabilidade neoliberal. Pedro da Silva Moreira e Bruno Irion Coletto (Brasil), por sua vez, atacam a teoria do garantismo, de Luigi Ferrajoli, como propícia ao ativismo judicial.

É com o objetivo de compartilhar o diálogo e promover o acesso às discussões da temática feitas durante o II Congresso de Filosofia do Direito para o Mundo Latino que apresentamos estes Anais. A coletânea reúne os trabalhos que nos ajudam a lançar novos olhares, sob a perspectiva da Filosofia e do Direito, para o debate contemporâneo.

Margarida Lacombe Camargo

Natasha Pereira Silva

Organizadoras

A NORMALIZAÇÃO DA “PUREZA DO PODER” JUDICIÁRIO

LA NORMALIZACIÓN DE LA "PUREZA DEL PODER" JUDICIAL

Vívian Alves de Assis
Rosângela Lunardelli Cavallazzi

Resumo

O presente artigo pretende ampliar a reflexão sobre as condições de possibilidade, no campo jurídico especialmente, da ascensão do Poder Judiciário como protagonista no cenário brasileiro de crise atual. Para tanto, desenvolve previamente uma narrativa que desnaturaliza visões consagradas sobre o projeto de Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, a partir da perspectiva crítica de Luis Alberto Warat. Em seguida, realiza uma leitura sintomática do processo de normalização da pureza metodológica kelseniana por meio da perpetuação deste postulado na praxis jurídica.

Palavras-chave: Pureza metodológica, Hans kelsen, Pureza do poder, Judiciário

Abstract/Resumen/Résumé

El presente artículo pretende ampliar la reflexión sobre las condiciones de posibilidad, en el campo jurídico especialmente, del ascenso del Poder Judicial como protagonista en el escenario brasileño de crisis actual. Para ello, desarrolla previamente una narrativa que desnaturaliza visiones consagradas sobre el proyecto de Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen, a partir de la perspectiva crítica de Luis Alberto Warat. A continuación, realiza una lectura sintomática del proceso de normalización de la pureza metodológica kelseniana por medio de la perpetuación de este postulado en la praxis jurídica.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Pureza metodológica, Hans kelsen, Pureza del poder, Judicial

A normalização da “pureza do Poder” Judiciário

Rosângela Lunardelli Cavallazzi [1]

Vívian Alves de Assis [2]

Resumo

O presente artigo pretende ampliar a reflexão sobre as condições de possibilidade, no campo jurídico especialmente, da ascensão do Poder Judiciário como protagonista no cenário brasileiro de crise atual. Para tanto, desenvolve previamente uma narrativa que desnaturaliza visões consagradas sobre o projeto de *Teoria Pura do Direito* de Hans Kelsen, a partir da perspectiva crítica de Luis Alberto Warat. Em seguida, realiza uma leitura sintomática do processo de normalização da pureza metodológica kelseniana por meio da perpetuação deste postulado na *praxis* jurídica.

Palavras chave: pureza metodológica; Hans Kelsen; pureza do poder; Judiciário.

[1] Doutora em Direito pela UFRJ. Pós-Doutora em Direito Urbanístico pela Université Paris 8. Líder do Grupo de Direito e Urbanismo nas práticas sociais instituintes vinculado no CNPq.

[2] Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional. Doutoranda em Teorias Jurídicas Contemporâneas no PPGD da Faculdade Nacional de Direito – UFRJ.Membro do Grupo de Direito e Urbanismo nas práticas sociais instituintes vinculado no CNPq.

1. O imaginário positivista: a pureza metodológica kelseniana

O presente artigo parte na sua reflexão do projeto da *Teoria Pura do Direito* de Hans Kelsen por representar a principal referência do dogmatismo positivista e logicista no campo[3] do direito para, posteriormente, situar o processo de normalização desse imaginário no "senso comum teórico dos juristas" [4]. Nessa tarefa convida-se o leitor nessa viagem:

> "[...] uma viagem tendenciosa à procura da desnaturalização e do colapso dos textos kelsenianos instituídos para tentar encontrar-me com uma proposta de transparência das zonas opacas da Teoria Pura do Direito, como condição do devir (institucionalmente não condicionado) de nossa intimidade com o pensamento de Kelsen." (WARAT, 2004a, p. 226)

O cerne do referido projeto está centrado no postulado da pureza metodológica kelseniana que pretendia constituir com a sua independência, conforme Kelsen designa uma "*teoría del método específico del conocimiento jurídico*." (KELSEN, 2002, p.9) [5]

Confirma-se, portanto, que *Teoria Pura do Direito* não é apenas um nome de um livro, mas um projeto que visava à elevação do direito à posição de "ciência" [6]. O esforço para a consolidação deste projeto está presente principalmente nas seguintes obras do referido autor: *Problemas Fundamentais de Direito Público, Teoria Pura do Direito* e suas edições até a de 1960 e *Teoria Geral das Normas*, livro editado postumamente. (SGARBI, 2007, p. 1)

A Teoria Pura de Kelsen pretendia ser uma teoria geral que, para tanto, precisava de um método específico e conceitos fundamentais que servissem para descrever e conceber qualquer tipo de direito (KELSEN, 2002, p. 8-9). Para tornar esta teoria autônoma, o autor

---

[3] O campo é um espaço relativamente autônomo de lutas constantes pela definição de quem é e do que é legítimo dentro do campo. O Campo é "o universo no qual estão inseridos os agentes e as instituições que produzem, reproduzem ou difundem a arte, a literatura ou a ciência. Esse universo é um mundo social como os outros, mas que obedece a leis sociais mais ou menos específicas" (BOURDIEU, 2004, p. 20)

[4] A princípio, cabe esclarecer o conteúdo da categoria analítica "senso comum teórico dos juristas", produzida por Luis Alberto Warat como conceito que serve de referência ao conhecimento constituído, designando "a montagem de noções-representações – imagens - saberes, presentes nas práticas jurídicas, funcionando como um arsenal de ideologias práticas." (WARAT, 1979, p. 19)

[5] "Quando a Teoria Pura empreende delimitar o conhecimento do Direito em face destas disciplinas, fá-lo não por ignorar ou, muito menos, por negar essa conexão, mas porque intenta evitar o sincretismo metodológico" (KELSEN, 2006, p. 1-2).

[6] O projeto da Teoria Pura está calcado numa visão cientificista do conhecimento que entende a ciência como única fonte de conhecimento válido, por meio do estabelecimento de um método que permita a delimitação do objeto e mantenha o rigor e objetividade, que toda ciência deveria ter. Esta espécie de obsessão kelseniana em tornar o saber jurídico uma Ciência autônoma decorre do mito do cientista, que é um reflexo da ideia de que os cientistas são "uma classe especializada em pensar de maneira correta [...],os outros indivíduos são liberados da obrigação de pensar e podem simplesmente fazer o que os cientistas mandam."(ALVES, 2006, p. 10)

utilizava como critério metodológico o princípio da imputação (dever ser) para selecionar seu objeto, que corresponde ao nexo lógico apreendido (CALSAMIGLIA, 1997, p. 16).

A diferença entre o princípio da imputação e o da causalidade, utilizado pela *"teoría metafísica del derecho*"(KELSEN, 2002, p. 13) reside na dependência ou não da vontade humana na vinculação entre causa e efeito. No princípio da causalidade, esta vinculação independe da vontade humana, enquanto que, na imputação, o ato vinculativo ocorre pela vontade humana com base na norma (KELSEN, 2002, p. 12 e 13). A teoria positivista afirma que o único objeto da ciência do direito é o direito ditado pelos homens que se manifestam em fontes sociais determinadas.

Contudo, o critério da imputação não seria suficiente para diferenciar o direito e os outros tipos de ordens normativas. Então, Kelsen recorre ao tipo específico de sanção para dar conta deste problema. Para diferenciar sanções morais das jurídicas afirma que as últimas são heterônomas. E, finalmente, distingue normas jurídicas das demais normas sociais pelas sanções jurídicas serem organizadas e institucionalizadas (CALSAMIGLIA, 1997, p. 18).

Desta forma, a imputação surge para atender a necessidade neokantiana de uma "categoria gnósica fundamental do direito" (WARAT, 1983, p. 13) Neste aspecto, a teoria kelseniana se aproxima do jusnaturalismo, ao idealizar uma categoria que possui funções mitificadoras: no jusnaturalismo se mitifica o conteúdo do direito; e no positivismo, a forma (WARAT, 1983, p. 21).

Entretanto, deve-se reconhecer que a proposta de Kelsen também visava à superação da dogmática jurídica dominante na sua época, que ganhava expressão com a escola da exegese francesa, a jurisprudência analítica nos países da *common law* e a jurisprudência conceitual alemã (WARAT, 1983, p. 13).

Kelsen seguiu a direção investigativa da tradição positivista desenvolvida no século XIX, mas acreditava que esta precisava do rigor metodológico e da neutralidade exigida pelo conhecimento científico (CALSAMIGLIA, 1997, p. 9 e 10).

WARAT explica em seus *Quadrinhos Puros do Direito* que a pureza em Kelsen é a pureza no olhar e não a pureza do objeto olhado, no caso o direito, o que implicaria na produção de uma teoria pura do saber e não uma teoria do direito puro (2004b, p. 573).

O próprio Kelsen afirma que o erro na compreensão do que se trata a pureza é realizado por alguns dos críticos de sua teoria, como depreende-se do seguinte trecho: *"Pero la teoría pura del derecho es una teoría pura del derecho, no la teoría de un derecho puro como sus críticos han afirmado erróneamente a veces*."(KELSEN, 2002, p. 30)

Este olhar puro ordenador do mundo possui uma influência na teoria do conhecimento kantiana segundo a qual a racionalidade residiria no modo como se tenta conhecer o objeto e não no objeto em si. Com isso, Kelsen olha o direito com os "óculos" de Kant (DE ASSIS, 2017, p. 67).

Algumas observações podem ser registradas na leitura do seguinte trecho retirado do prefácio da primeira edição da Teoria Pura do Direito, em que Hans Kelsen assume que apesar de, segundo ele, não se poder colocar em questão os objetivos do postulado da pureza metodológica, poder-se-ia questionar "[...] até que ponto tal postulado é realizável." (KELSEN, 2006, XIV)

Compreende-se, então, que os objetivos do postulado da pureza metodológica são justificáveis pelo contexto ideológico cientificista que o autor vivenciava, mas o próprio parecia antever os equívocos que poderiam surgir na tentativa da sua aplicação no mundo fático (DE ASSIS, 2017, p. 67).

Kelsen contribui na reflexão jurídica ao criticar os *jusnaturalistas* por buscarem a afirmação de valores absolutos, determinados, como se esses existissem metafisicamente, sendo uma realidade-em-si, de alguma forma representável racionalmente e identificável por sujeitos racionais.

Porém, como já chamamos atenção, incide no mesmo processo mitificador do *jusnaturalismo*, que tanto critica, ao propor o critério da imputação e ao inserir a norma fundamental no topo da pirâmide normativa como critério de demarcação do objeto da Ciência Jurídica em sentido estrito, seu campo temático.

Nesse contexto, cria-se uma narrativa que aponta para diversos equívocos na leitura do postulado da pureza metodológica no campo jurídico e se pretende realizar uma crítica qualificada sobre o discurso kelseniano a partir principalmente da mitificação da forma no positivismo jurídico.

A partir da fuga da leitura instituída sobre o referido postulado, o presente trabalho parte para uma leitura sintomática dos efeitos do processo de normalização do postulado da pureza metodológica, no qual o mesmo foi absorvido pelo senso comum teórico dos juristas deixando reflexos na *praxis* jurídica ultrapassando o seu conteúdo histórico científico inicial.

2. A normalização da pureza metodológica

Após esclarecer equívocos correntes sobre as pretensões de Kelsen na elaboração do postulado da pureza metodológica, a presente abordagem visa apontar para as consequências

da perpetuação desse postulado no imaginário dos juristas ao desnudar a esfera de poder presente no conhecimento e prática jurídica.

Para tanto, se centra na análise da obra *A pureza do poder: uma análise critica da teoria jurídica*, no qual WARAT aponta "o princípio da pureza metodológica como o núcleo do pensamento kelseniano absorvido pelo senso comum dos juristas" (1983, p. 13), com vistas a revelar como a pureza se espraiou para a prática jurídica, se tornando fundamentação ideológica do Poder Judiciário, especialmente no Brasil, no momento decisório interpretativo.

Parte-se inicialmente da crítica waratiana à crença kelseniana de que se possa reconstruir um sistema de conceitos controlados logicamente liberado das articulações ideológicas (WARAT, 1983, p. 20), pois sobre o pretexto de racionalização dos dados e da cientificidade se confirmam valores que compõem o conjunto de crenças e representações que compõem o imaginário dos juristas (WARAT, 1979, p. 137).

Desta forma, critica-se a pretensão kelseniana de fundar uma teoria jurídica apolítica e descompromissada, bem como os resultados da interpretação do saber jurídico kelseniano não atingirem a neutralidade pretendida, mas a legitimação ideológica da ordem social. Nesta lógica, constata-se que o projeto de Teoria Pura cria uma ilusão da posse de um discurso objetivo, fazendo-se crer no funcionamento anônimo e imparcial do direito (WARAT, 1983, p. 14).

Partindo-se da ideia de normalização produzida por Michel Foucault de que a norma, como operadora de poder tanto no regime disciplinar quanto no regime da biopolítica, requer sua justificação nos procedimentos científicos de constituição de saberes, percebe-se que o saber jurídico está inserido nessa lógica de dominação tendo como cerne a pureza metodológica kelseniana.

Nesta perspectiva, o saber jurídico ganha *status* de verdade a partir da delimitação da ciência jurídica em sentido estrito com fulcro na pureza metodológica kelsenian e se aproxima de um saber clínico que revela o que Warat denominou de "pureza do poder", que "requer uma espécie de discurso árbitro de poder e de saber que sua sacralização científica tornaria neutros." (FOUCAULT, 2010, p. 34)

Nesse sentido, o enfoque crítico ao projeto de Teoria Pura de Kelsen deve se focar em relação às consequências do discurso científico kelseniano ter ignorado o valor político do conhecimento na *praxis* ao propor um saber puro como teoria.

A partir da pureza metodológica se constitui a "epistemologia dos conceitos", em que na *praxis* os conceitos são apropriados pelo senso comum dos juristas, que os reintroduz nos hábitos significativos (*doxa*) (WARAT, 2004ª, p. 29).

Ocorre assim o que poderíamos denominar de *doxalização da episteme*, em que o imaginário jurídico se apropria ideologicamente da pureza kelseniana, como esfera do saber pretensamente verdadeiro, para contaminar a *praxis* de pureza (DE ASSIS, 2017, p.77). Neste momento, sugere-se que ocorre a normalização da pureza do poder, irradiando o poder disciplinar na *praxis* jurídica que se apropria da purificação lógica do conhecimento.

O processo de normalização legitima a purificação da prática jurídica, que se manifesta no âmbito interpretativo, para que o ator jurídico assuma a função de mero técnico, "operador do direito" e não um produtor de significados, ou seja, um intérprete.

Na sociedade normalizada naturaliza-se, pois, o conceito de que o "operador do direito", ao interpretar, está elaborando um trabalho técnico, não considera que a relação entre significante e significado das palavras contidas nas normas é arbitrária e sim, controlada epistemologicamente, não produzindo assim o sentido da norma.

Além disso, vale destacar que somente a partir de um fenômeno de normalização pela irradiação da norma em todos os setores da sociedade que abarca um conjunto de indivíduos e instituições, podemos pensar numa generalização do poder disciplinar e, consequentemente, numa "sociedade disciplinar" (FONSECA, 2012, p. 82).

A norma classifica e hierarquiza indivíduos ao desenvolver o papel preciso de introduzir assimetrias insuperáveis e de excluir reciprocidades (FOUCAULT, 2009, p. 210), nesse sentido os "operadores do direito" se tornam a voz da verdade nesse campo de saber, possuindo o "mais poder" pela especificidade da sua atividade, desqualificando e até invalidando outras falas.

WARAT atribui à mitificação do postulado da pureza metodológica pela sua purificação do direito na *praxis* jurídica não apenas a legitimação oportuna nas relações de poder no momento decisório e interpretativo, mas também aos "jusprofessores" que defendiam o *jusnaturalismo* e que ensinaram as teorias kelsenianas de forma demonizada como se sua pretensão fosse separar direito e moral, por não terem o interesse em entender que o objeto de estudo para Kelsen era a Ciência e não o Direito (2004b, p.570).

Para compreender melhor, o que aqui é tratado como processo de mitificação cabe descrever os ensinamentos de Roland Barthes, que trata o mito como um sistema semiológico (BARTHES, 2003, p. 201). O referido autor afirma que o leitor do mito naturaliza os conceitos como se o significante criasse o significado. Não percebe assim o autor que o mito é um sistema semiológico de valores e passa a acreditar que é um sistema indutivo de fatos (BARTHES, 2003, p. 210 e 211).

Retomando a crítica inicial, o direito, como técnica de controle social, apresenta sua maior efetividade na normalização do saber jurídico ao tomar a pureza metodológica como fonte de legitimidade da *praxis* de seus agentes, contando com um emaranhado de costumes intelectuais aceitos como "verdade de princípio", o "paraíso conceitual", que serve para ocultar o componente político da investigação de verdades ao legitimar sua fala. Essa legitimidade de fala dos atores jurídicos dá o suporte político ideológico fundamental para o protagonismo do Judiciário no contexto atual, como se verá adiante.

3. A "pureza do Poder" Judiciário

Propõe-se neste artigo que a normalização da "pureza" do Poder Judiciário, traduzida na crença na tecnicidade e neutralidade dos seus atores na prática interpretativa, amplia a reflexão sobre a crença no Judiciário em relação a outras instituições do Estado no processo de "combate aos malfeitos", como a cruzada à corrupção que está no cerne da crise política jurídica atual no Brasil.

Segundo pesquisa nacional de opinião organizada pelo Centro de Referência do Interesse Público da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), em parceria com o Instituto Vox Populi, aplicada em 2008 e 2009 a cidadãos, constatou-se o modo pelo qual a corrupção era percebida como prática frequente dos agentes públicos, 78% dos entrevistados consideram efetivas as ações de combate à corrupção realizadas pelo Judiciário, resultado próximo aos 84% dos entrevistados que julgam como efetivas as ações da Polícia Federal [7], já em relação ao Congresso Nacional 69% julgam suas ações serem efetiva (CRIP, 2010).

Ao analisar os resultados dessa pesquisa AVRITZER considera a baixa legitimidade atribuída às ações do sistema político ou a percepção de que a corrupção incide fortemente sobre o sistema político (2016).

Ressalta-se que a pesquisa apresentada é imediatamente anterior ao impeachment da presidenta Dilma Rousseff, no qual se seguiram diversos escândalos no Congresso Nacional, inclusive a rejeição do pedido para autorizar a análise da denúncia criminal por corrupção passiva contra o atual Presidente Michel Temer pelo Plenário da Câmara. Além de uma

[7] A introdução das operações integradas da Polícia Federal, com seus nomes no mínimo exóticos, justifica o resultado dessa pesquisa. Em 2003, ano em que o presidente Lula assumiu contavam em 15 operações e saltaram para 288 em 2009 (AVRITZER, 2016, p. 90).

crescente descrença na política em geral pelos brasileiros em um contexto de crise, o que gera a presunção de que a descrença nesse órgão atualmente seria bem superior, reforçando o argumento inicial.

Para tentar apresentar os contornos da crença (ou descrença) nas instituições brasileiras no momento atual, SANTOS propõe partir da análise do golpe parlamentar engendrado no impeachment da presidenta Dilma Roussef considerando-o mais elaborado que o militar por substituir os ocupantes do governo eleitos por via não eleitoral, com uma fórmula constitucional, realizada por atores de toga que naturalizam e revestem de civilidade a violência contra os resultados eleitorais anteriores (2017, p. 12).

Apesar de considerar a coincidência de argumentos entre os golpes brasileiros e outros golpes no mesmo período em outras partes do mundo, visivelmente na América Latina, o referido autor considera o golpe parlamentar de 2016 um fenômeno raro nas democracias representativas, chegando a considerá-lo inédito.

Por outro lado, o mesmo autor relata que a sentença do Tribunal Internacional da Democracia, evento realizado em julho de 2016, identificou o mesmo padrão no episódio paraguaio, hondurenho e finlandês.

No caso paraguaio, em 2012, o Parlamento aprovou por quase unanimidade (76 a favor, um contra e três ausências) o impedimento do Presidente Fernando Lugo, em sessão relâmpago com 24 horas de duração e apenas 2 horas para a sua defesa, o que se confirmou em votação no Senado (SANTOS, 2017, p. 14). Sendo que, como no Brasil, o Judiciário considerou legítimo o processo apesar de claras violações ao ordenamento jurídico.

A destituição finlandesa em 2000 foi protagonizada pelo Congresso Nacional, sem poderes prévios para tanto, implantou o sistema parlamentarista a pretexto de ajustamento institucional a exigências da União Europeia.

Já no caso hondurenho em 2009, o então presidente Zelaya foi tirado do poder sob a alegação de que havia traído à pátria e convocado um referendo sem autorização do Judiciário e do Congresso para a instalação de uma Assembleia Nacional Constituinte, o que poderia abrir caminho para sua reeleição (BBC BRASIL, 2012). Apesar da legitimidade do golpe ter sido gestada por um processo no Congresso Nacional, o fato da sua expulsão ter sido realizada por militares permite analisá-lo como um golpe que envolve características parlamentares e militares, diferenciando-o dos demais ora analisados.

A partir da análise destes padrões é possível deduzir que um golpe parlamentar só se torna possível se há um acordo ao menos tácito entre considerável maioria do Judiciário e do Legislativo.

Com isso, o Judiciário é o ator que ganha protagonismo no golpe parlamentar em sistemas de democracia representativa, por legitimar a ruptura democrática na preservação do efeito legalidade das instituições e a normalidade das instituições, permitindo a alteração da hierarquia das preferências governamentais (SANTOS, 2017, p. 12).

Essa mudança nos rumos governamentais pós-golpe parlamentar está inserida num acordo global dos partidos de governo quanto a um programa que atenda à livre concorrência, que implica na destruição dos serviços públicos e dos sistemas de proteção social (RANCIÈRE, 2014, l. 61 e 65).

Nesta conjuntura pós-golpe, a crise aqui anunciada tem sua proporção e camadas explicitadas de forma clara, apesar da complexidade, por MASCARO que define ser "ao mesmo tempo, uma crise do capitalismo mundial, uma crise das experiências de centro-esquerda latino-americanas do início do século XXI e, mais especificamente, uma crise de um modelo político nacional e de suas instituições correspondente." (2015, p. 66)

É inegável que a crise que se pronunciou política no segundo mandato do Governo Dilma ao desembocar em seu impeachment[8], com fulcro formal nas "pedaladas fiscais", judicializa quando os atores do Judiciário, sem mandato, decidiram de forma definitiva sobre o tema.

Três instituições ligadas ao Judiciário estão no centro da crise política sendo possível citar as seguintes atuações marcantes: a Justiça Federal, principalmente pela análise da operação Lava Jato, o Tribunal Superior Eleitoral que analisou o impeachment e a legalidade da chapa Dilma Temer e o Superior Tribunal Federal ao não interferir na condução do processo de impeachment e mesmo ao não adentrar no mérito das acusações de crime de responsabilidade (AVRITZER, 2016, passim).

O Superior Tribunal Federal assume um protagonismo ainda maior como última instância ao ampliar o seu desgaste na sua crise institucional, que se agrava com a monocratização das suas decisões e no fato da maioria dos seus ministros terem uma agenda própria em detrimento da agenda institucional (RECONDO; FALCÃO, 2016).

Pode-se falar então da fragmentação do Supremo que se traduz numa situação de "Onze Supremos contra o Plenário", denunciada por FALCÃO e ARQUELHES WERNECK, que está mais escancarada na sua agenda invisível na qual seus ministros "assumem um poder de fazer política e políticas públicas que não lhes pertence" (2017, p.20).

[8] Cabe ressaltar, que as raízes dessa crise política nos remete ao mensalão ainda no Governo Lula.

Assim o empoderamento do Judiciário protagonizado pelo ativismo judicial, outrora visto com um viés progressista e emancipatório, descambou para uma judicialização da política com efeitos colaterais crônicos com a "sanha punitivista" do Judiciário e de membros do Ministério Público. (BAHIA, SILVA E BACHA, CATTONI DE OLIVEIRA, 2016)

O punitivismo judicial se apresentou em vários episódios como na interceptação telefônica ilegal de conversa entre a então presidenta Dilma e o ex-presidente Lula, bem como a posterior divulgação pública também ilegal, na relativização da presunção de inocência pelo Supremo Tribunal Federal no HC 126.292 e também pela 6ª Câmara Criminal do Superior Tribunal de Justiça no REsp. 1.484.415, na relativização do devido processo legal, da ampla defesa e de outras tantas garantias fundamentais por uma espécie de *jurisprudencialismo* no Brasil (BAHIA, SILVA E BACHA, CATTONI DE OLIVEIRA, 2016).

Outra decisão que confirma a hipótese de que o ativismo judicial é produto da normalização da pureza na práxis judiciária é a emitida pelo Ministro Gilmar Mendes no Mandado de Segurança de número 34.070, no qual o Partido Popular Socialista impetra em face da nomeação do ex-Presidente Lula como Ministro Chefe da Casa Civil realizada pela então Presidente Dilma, no qual concedeu a medida para suspender a eficácia dessa nomeação (BAHIA, SILVA E BACHA, CATTONI DE OLIVEIRA, 2016).

O referido Ministro do Supremo Tribunal Federal fundamenta a sua decisão em interceptações telefônicas ilícitas como, por exemplo, realizadas "extemporaneamente; interceptações telefônicas cujos interlocutores não são sequer investigados em processo criminal" (BAHIA, SILVA E BACHA, CATTONI DE OLIVEIRA, 2016).

Casos arbitrários como os apontados acima geram reflexos no Poder Judiciário em todos os níveis, no qual magistrados revestidos de juízes neutros se apresentam como arautos do combate à corrupção como no caso das conduções coercitivas que pós Lava Jato tiveram um aumento de 304% no país, capitaneado pelo Paraná (ESTADÃO, 2017) [9].

No contexto apresentado de golpe parlamentar explicitado por Santos e de crise atual, a corrupção surge como matriz para a seletividade na caça aos corruptos e para um sentimento de aversão à política.

A corrupção aparece historicamente no Brasil como argumento aos golpistas quando há progressos econômicos e sociais para as classes vulneráveis (SANTOS, 2017, p. 42), mesmo que estes sejam de pequeno porte.

[9] Cabe ressaltar a condução coercitiva do Ex-Presidente Lula em 2013 pela Lava Jato como um marco de legitimidade de um ato ilegal que permitiu a sua multiplicação pelo País.

Porém, essa “ética”, como mote golpista, se insere no léxico político da mesma forma que o mote “republicano” na disputa da primazia de não significar coisa alguma no cotidiano (SANTOS, 2017, p.40), já que a corrupção a ser combatida por ambos é uma definição arbitrária podendo ser aplicada ao bel-prazer pelos golpistas de plantão (SOUZA, 2015, l.4800).

Segundo SOUZA a corrupção como “segunda pele” de todo brasileiro se presta essencialmente ao “sequestro da política” pelos donos do capital (2015, l.4842), já que o bolo não cresceu para se dividir, esses o devoram sozinhos retirando os direitos dos mais vulneráveis.

A classe média brasileira moralista sempre une o ódio pela política em geral à busca de uma “virtude idealizada” legitimando-a numa suposta “vontade geral” indivisa (SOUZA, 2015, l 4854).

Conforme dito, a mobilização conservadora não é novidade na história brasileira nos momentos em que as urnas trazem ao poder líderes que se identificam com as classes populares. Foi o que ocorreu nos governos Vargas, Jango[10] e Lula Dilma.

O “povo” e a “imprensa neutra” também são capturados por esse processo ao clamarem pela intervenção de um elemento não político e não corrupto, mas ancorado na ordem constitucional que incorpore a tal “vontade geral”. No golpe militar de 64 esse elemento se consolidou na figura dos militares como “guardiões da ordem”, no golpe parlamentar atual o Judiciário aparece nesse papel de “guardião da ordem jurídica”, como justiceiro infalível. (SOUZA, 2015, l. 4911)

SOUZA ressalta ainda que tanto as Forças Armadas quanto o Poder Judiciário recrutam seus quadros prioritariamente na classe média conservadora e moralista, o que aponta para respostas sobre o protagonismo dessas esferas de poder no combate à corrupção, especificamente em contextos golpistas (2015, l. 4923).

[10] No caso de Vargas, a corrupção era apenas dos líderes ligados aos setores populares e no de Jango as suas reformas de base interpretadas como comunismo originaram o combate à corrupção seletivo. (SOUZA, 2015, l. 4907)

4. À guisa de conclusão

Retomando o argumento inicial, a normalização da pureza metodológica na *praxis* jurídica é essencial para a legitimação desses atores do Judiciário perante a sociedade ao permitir que as suas decisões sejam consideradas como neutras e éticas ao mesmo tempo, num paradoxo em si mesmo.

Logo a importância da investigação da dinâmica institucional do Judiciário, retirando os seus véus de neutralidade, cientificidade, a ilusão da posse de um discurso objetivo, que faz crer no funcionamento anônimo e imparcial do direito.

O combate à corrupção, ao se tornar um valor absoluto a ser perseguido pelos "operadores do direito" se torna uma nova panaceia *jusnaturalista*. Sendo que os juízes de mentalidade *jusnaturalista* legitimam sua atuação no imaginário positivista cientificista perpetuado entre seus pares e a sociedade, criando assim um ar de despolitização a sua atuação pela normalização da pureza na *praxis* jurídica.

Decisões marcadas pelo ativismo judicial com um viés eminentemente político ideológico como as apresentadas na sessão anterior se reproduzem no Judiciário no contexto atual pelo empoderamento do discurso dos seus membros pautados em uma suposta imparcialidade e tecnicidade.

A "ética" como norte ao combate à corrupção anunciada pelos juízes como fundamento as suas decisões, nas suas sentenças e acórdãos, bem como em falas periódicas na mídia, se insere no léxico político como mais uma definição arbitrária coberta pelo manto da cientificidade no campo jurídico.

O juiz é na verdade alvo da normalização produzida pelo senso comum teórico dos juristas e dos meios de comunicação em massa, que constroem a imagem heroica do juiz que não tem limites para derrotar os "malfeitos", principalmente a corrupção.

Perante esse cenário de crise onde despontam juízes que se intitulam como o novo juiz Hércules nos cabe apenas indagar: "Quem nos salvará se não há mais salvadores? Ou pior: quem nos salvará dos salvadores?" (STRECK, 2013)

Referências Bibliográficas

ALVES, Rubens. **Filosofia da ciência: introdução ao jogo e suas regras**.11ª ed.São Paulo: Ed. Loyola,2006.

AVRITZER, Leonardo. **Impasses da democracia no Brasil.** Rio de Janeiro: Editora Civilização Brasileira, 2016.

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco de Moraes; SILVA E BACHA, Diogo; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade. **Sobre o Poder Judiciário Brasileiro e o risco do Estado de Exceção no Brasil: em defesa do Regime Constitucional Democrático em tempos de "Morogate"**. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/leitura/sobre-o-poder-judiciario-brasileiro-e-o-risco-do-estado-de-excecao-no-brasil-em-defesa-do-regime-constitucional-democratico-em-tempos-de-morogate-1-por-alexandre-gustavo-melo-franco-de-moraes-bahia-diogo-bacha-e-silva-e-marcelo-andrade-cattoni-de-o> Acesso em: 20 jul 2017.

BARTHES, Roland. **Mitologias**. Rio de Janeiro: DIFEL, 2003.

BBC BRASIL. **Três anos após deposição em Honduras, Zelaya se solidariza com Lugo.** 28 jun 2012. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2012/06/120628_zelaya_entrevista_lgb.shtml> Acesso em: 7 ago 2017.

BOURDIEU, Pierre. **Os usos sociais da ciência: por uma sociologia clínica do campo científico**. São Paulo: UNESP, 2004.

CALSAMIGLIA, Albert. **En defensa de Kelsen**. In: *Working Papers*, n. 19, Barcelona: Instituit de Ciències Polítiques i Socials, 1997.

CRIP - CENTRO DE REFERÊNCIA DO INTERESSE PÚBLICO. **Relatório do projeto corrupção, democracia e interesse público**. Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, 2010.

DE ASSIS, Vívian Alves. **A Dimensão Mítica do Discurso de Kelsen: A crítica de Luis Alberto Warat.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

ESTADÃO. **Total de conduções coercitivas cresce 304% pós-Lava Jato,** 2017.Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,total-de-conducoes-coercitivas-cresce-304-pos-lava-jato,70001873565> Acesso em: 02 ago 2017.

FALCÃO, Joaquim; WERNECK ARGUELLES, Diego. *Onze supremos: Todos contra o plenário.* In: FALCÃO, Joaquim; WERNECK ARGUELLES, Diego**;** RECONDO, Felipe.

Onze supremos: o supremo em 2016. Belo Horizonte, MG : Letramento: Casa do Direito: Supra: Jota: FGV Rio, 2017.

FONSECA, João Paulo Ayob da. *Normalização e Bio-poder na obra de Michel Foucault.* **Theoria – Revista Eletrônica da Faculdade de Filosofia de Pouso Alegre,** V. IV, n 11, 2012, p. 75-90.

FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade: curso no Collége de France (1975-1976).** Trad. Maria Ermantina Galvão, 2ª ed. Editora WMF Martins Fontes, 2010.

_____. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão.** Trad.: Raquel Ramalhete. 36ª ed. Petrópolis. Rio de Janeiro: Ed. Vozes, 2009.

MASCARO, Alysson Leandro. *Crise brasileira e direito.* In**:** LUKÁCS, György ; MÉSZÁROS, István, BURAWOY, Michael; LEHER, Roberto ; BRAGA, Ruy. **Margem a esquerda n. 25: Dossiê: a universidade em crise - dilemas, desafios e perspectivas,** 2015. Disponível em:<https://blogdaboitempo.com.br/2016/02/29/crise-brasileira-e-direito/> Acesso em: 02 ago 2017.

PORTAL G1**. Em gravação, Jucá sugere 'pacto' para barrar a Lava Jato, diz jornal**. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/operacao-lava-jato/noticia/2016/05/em-gravacao-juca-sugere-pacto-para-deter-lava-jato-diz-jornal.html> Acesso em: 2 ago 2017.

PORTAL G1. **Faça concurso para juiz diz Moro após ser questionado por advogado.** 6 mar 2017. Disponível em: <http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2017/03/faca-concurso-para-juiz-diz-moro-apos-ser-questionado-por-advogado.html> Acesso em: 07 ago 2017.

KELSEN, Hans. **¿Qué es la teoría Pura del Derecho ?** México: Distribuiciones Fontamara. S. A., 2002.

_____. **Teoria pura do direito**. 2a ed. - São Paulo : Martins Fontes, 2006.

RANCIÈRE, Jacques. **Ainda se pode falar de democracia?** (2011), trad. V. Brito, ed. J. F. Figueira e V. Silva, KKYM: Lisboa, 2014, ISBN: 978-989-97684-9-9, versão Kindle.

RECONDO, Felipe; FALCÃO, Márcio**. STF: árbitro ou protagonista na crise política de 2016?**, 2016. Disponível em:https://jota.info/especiais/stf-arbitro-ou-protagonista-na-crise-politica-em-2016-22122016 Acesso em: 28 jul 2017.

SANTOS, Wanderley Guilherme dos. **A democracia impedida: o Brasil do século XXI.** Rio de Janeiro: FGV editora, 2017.

SOUZA, Jessé. **A tolice da inteligência brasileira: ou como o país se deixa manipular pela elite.** São Paulo: LeYa, 2015, ISBN 9788577345892, versão Kindle [e-book].

SGARBI, Adrian. **Hans Kelsen: ensaios Introdutórios (2001-2005).** Rio de janeiro: Ed. Lumen Juris, 2007.

STRECK, Lenio. **O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?**, jun 2013 In: Consultor Jurídico. Disponível em http://www.conjur.com.br/2013-jun-13/senso-incomum-ativismo-existe-ou-imaginacao-alguns Acesso em: 8 ago 2017.

TIBOURI, Márcia. **Ridículo Político [recurso eletrônico]: uma investigação sobre o risível, a manipulação da imagem e o esteticamente correto.** Rio de Janeiro: Ed. Record, ISBN: 978-85-01-11141-8, 2017.

ROSA e SILVA, Karen Simões**. Das Duas Transformações: Por uma análise metateórica (ou metamorfósica) de Kelsen**. Dissertação de Mestrado. Rio de Janeiro: PUC, Departamento de Direito, 2007.

WARAT, Luis Alberto. **A pureza do poder: uma análise critica da teoria jurídica.** Florianópolis: Ed. da UFSC, 1983.

_____. **Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004a.

_____. **Mitos e teorias na interpretação da lei.** Porto Alegre: Síntese, 1979.

_____. *Os Quadrinhos Puros do Direito.* In: WARAT, Luis Alberto. **Territórios desconhecidos: a procura surrealista pelos lugares do abandono do sentido e da reconstrução da subjetividade,** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004b.