VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

TEORIAS DO DIREITO, DA DECISÃO E REALISMO JURÍDICO

ENOQUE FEITOSA SOBREIRA FILHO

PATRÍCIA JERÓNIMO

ALEXANDRA MARIA RODRIGUES ARAUJO

Copyright © 2017 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

T314

Teorias do direito, da decisão e realismo jurídico [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UMinho

Coordenadores: Alexandra Maria Rodrigues Araujo; Enoque Feitosa Sobreira Filho; Patrícia Jerónimo – Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-504-1
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Interconstitucionalidade: Democracia e Cidadania de Direitos na Sociedade Mundial - Atualização e Perspectivas

1.Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Inspiração realista. 3. Processo Judicial. VII Encontro Internacional do CONPEDI (7. : 2017 : Braga, Portugal).

CDU: 34

CONPEDI

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

Universidade do Minho
Escola de Direito
Centro de Estudos em Direito da União Europeia

Cento de Estudos em Direito da
União Europeia
Braga – Portugal
www.uminho.pt

VII ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI/BRAGA - PORTUGAL

TEORIAS DO DIREITO, DA DECISÃO E REALISMO JURÍDICO

Apresentação

Os artigos aqui publicados foram apresentados no Grupo de Trabalho subordinado ao tema "Teorias do Direito, da Decisão e Realismo Jurídico", inserido no VII Encontro Internacional do CONPEDI, que teve lugar nos dias 7 e 8 de setembro de 2017, em Braga (Portugal), em parceria com a Universidade do Minho (UMinho), através do Centro de Estudos em Direito da União Europeia (CEDU).

Enoque Feitosa analisa criticamente o modo como a matriz liberal individualista dos direitos humanos – que marca, desde a formação inicial, os operadores do Direito – condiciona a interpretação e a aplicação que os juízes fazem das normas constitucionais em vigor, não raro com prejuízo para a plena realização daqueles direitos. É assim – observa – com a interpretação do direito de propriedade, que é feita pelos juízes brasileiros com completa desconsideração pela função social da propriedade, o que, no entender do autor, muito contribui para que a questão do acesso à terra seja um problema secular no Brasil. Da análise da prática judicial brasileira, o autor conclui que prevalece um entendimento eminentemente privatista do direito de propriedade, "que desconsidera sua interpretação a luz da Constituição" e que deve ser ultrapassado para que se possa finalmente resolver a questão agrária, indispensável a uma democracia plena no Brasil.

Germano Henrique Roewer analisa o modo como o Supremo Tribunal Federal brasileiro tem vindo a transmutar-se no seu papel de protagonista na efetivação dos direitos fundamentais, perante a frequente (e, não raro, deliberada) inércia do legislador. Convocando os argumentos esgrimidos pela doutrina brasileira e estrangeira sobre a tensão entre separação de poderes e ativismo judicial, o autor observa que a Constituição brasileira de 1988 dotou o poder judiciário de uma série de mecanismos processuais de controlo sobre as políticas públicas e que foi essa assunção de responsabilidade pela resposta aos anseios sociais que fez com que o poder judiciário assumisse um protagonismo mais político do que jurídico na construção das suas decisões, sem estar para isso habilitado. O autor procura encontrar limites negativos à atividade jurisdicional, de modo a que as interpretações extratexto não ofendam direitos fundamentais e não retroajam os avanços alcançados pelo Estado Social, uma preocupação motivada pela recente jurisprudência do Supremo em matéria de acesso a medicamentos.

João Bernardo Antunes de Azevedo Guedes discute a importância da "consideração do contexto" na interpretação da lei a partir da análise de alguns tipos penais castrenses fixados pelo Código Penal Militar brasileiro, de 1970. Ao autor interessam particularmente as "ambiguidades" decorrentes, para a aplicação do Código nos dias de hoje, do decurso de 47 anos desde a sua entrada em vigor; ambiguidades que, segundo o autor, são potenciadas pelo facto de o Direito fazer uso de uma linguagem natural, comum a todos os membros da sociedade. Alertando para os riscos associados a um literalismo positivista por parte dos juízes, o autor defende uma "interpretação extensiva" – também dita atualista – do Código Penal Militar, em que o intérprete atente nos princípios vigentes e na realidade social existente ao tempo da aplicação das normas. Partindo da obra de Ronald Dworkin e de José Juan Moreso, o autor analisa alguns casos que podem gerar ambiguidades na aplicação do Código Penal Militar nos dias de hoje, como o ingresso clandestino, o ato libidinoso e o fruto praticado durante a noite.

Carla Maria Peixoto Pereira e Jean Carlos Dias discutem os entendimentos distintos de Herbert Hart e Joseph Raz sobre a "regra de reconhecimento" – fundamento da autoridade do sistema jurídico, para o primeiro, e critério de pertinência de identidade do sistema jurídico, para o segundo. Partindo do conceito de sistema jurídico, os autores apresentam o pensamento de Hart e de Raz na sua evolução ao longo do tempo. Apesar de sublinharem o inestimável contributo teórico de Hart para a Teoria do Direito, os autores reconhecem que a teoria hartiana é inaplicável aos Estados de Direito do século XXI, questão esta que - o enriquecedor debate propiciado no Grupo de Trabalho – pode (e deve) implicar em aprofundamentos futuros por parte dos autores do artigo em tela.

Matheus Meott Silvestre e Carina de Castro Quirino partem da constatação de que todos os direitos fundamentais têm custos para os cofres públicos para discutirem as implicações práticas da evolução verificada no Direito Constitucional brasileiro no sentido de alargar o rol de direitos consagrados na Constituição através da defesa da normatividade dos princípios e do papel do poder judiciário na proteção dos direitos fundamentais. Segundo os autores, estes desenvolvimentos – especialmente notórios no que vem a designar-se por "judicialização da saúde" – têm constrangido o Estado a arcar com custos elevados e obrigações "desarrazoadas". Entre as metateorias da decisão judicial, os autores preferem o pragmatismo jurídico (com as suas dimensões do consequencialismo, contextualismo e antifundacionalismo), por oposição à visão principiológica e garantista da decisão, já que aquele é uma "visão mais atenta às consequências das decisões judiciais" e, por isso, mais adequada ao exercício da função judicial em tempos de crise económica.

Já Celso Luiz Braga de Castro e Flora Augusta Varela Aranha partem da observação de que o conceito de sanção continua a ser prevalecente na teoria da norma, mau grado todos esforços no sentido de repensar o positivismo jurídico, para discutirem qual a função social do caráter punitivo da sanção para a teoria da norma jurídica na atualidade, em vista do reconhecido papel das sanções premiais, e qual a influência que a teoria dos sistemas poderá ter sobre a releitura da sanção no estudo do Direito, o que – como evidenciaram – implicou e implica em uma nova e diferenciada abordagem do problema.

Matheus Pelegrino da Silva discute as críticas feitas por Luhmann à teoria do Direito de Kelsen, concluindo que estas críticas não são válidas, já que têm subjacente a rejeição da natureza normativa do Direito e – segundo o autor – não é possível elaborar uma apresentação teórica do Direito sem que se observe a normatividade enquanto característica essencial do Direito, ainda mais como instrumento garantidor de uma sociabilidade jurídica de carater democrático, o que se evidenciaria de per si no Direito moderno, dogmaticamente organizado.

Rafael Lazzarotto Simioni e João Paulo Salles Pinto analisam as propostas decisionistas da obra de Carl Schmitt à luz do seu contexto histórico-político, chamando a atenção para o facto de estas terem representado, ao tempo, uma das críticas mais contundentes ao positivismo jurídico então ascendente. Ao criticar a redução do Direito à lei, Schmitt havia chamado a atenção para a contingência da realidade empírica, o que, juntamente com o seu conceito de soberano como aquele que decide em situação de exceção, passou a estribar a sua construção teórica. Segundo os autores, apesar de terem sido para o contexto específico da crítica contra o positivismo na Alemanha de Weimar, as visões schmittianas de soberano e contingência podem servir de referencial teórico para explicitar ecos de decisionismo (baseados, sobretudo, na ideia de exceção) na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal brasileiro, o que ilustram através da análise de várias decisões recentes.

Diego de Paiva Vasconcelos discute a construção concetual apresentada como nova modalidade de tutela dos direitos fundamentais e de controlo da constitucionalidade – o Estado de Coisas Inconstitucional (ECI) –, analisando a sua evolução, os termos em tem vindo a ser apresentada e o modo como encaminha o Direito em direção a outros sistemas e abordagens no que concerne ao trato dessa problemática central que é aquela que se refere a uma das questões mais relevantes de uma sociedade democrática, qual seja o controle democrático e popular da vivência social sob a égide do Estado de Direito.

A fase conclusiva das apresentações do Grupo de Trabalho foi deixada aberta à avaliação dos participantes, os quais destacaram a relevância científica das produções apresentadas ao

Encontro e o enriquecedor debate e contribuições acadêmicas havidas no âmbito da relevante atividade intelectual desenvolvida no Grupo de Trabalho por professores, estudantes e pesquisadores presentes, oriundos de instituições brasileiras e estrangeiras da maior relevância, no centro sediado na Universidade do Minho.

Prof.ª Doutora Patrícia Jerónimo – UMinho

Prof. Doutor Enoque Feitosa Sobreira Filho – UFPB

Doutora Alexandra Rodrigues Araújo – UMinho

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Revista CONPEDI Law Review, conforme previsto no artigo 7.3 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

ECOS DO DECISIONISMO DE CARL SCHMITT NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO: O SOBERANO, A RELATIVIZAÇÃO DA GARANTIA DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA E O ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

ECHOS OF THE DECISIONISM OF CARL SCHMITT IN THE BRAZIL'S SUPREME COURT: THE SOVEREIGN, THE RELATIZATION OF THE GUARANTEE OF THE PRESUMPTION OF INNOCENCE AND THE UNCONSTITUTIONAL STATE OF AFFAIRS

Rafael Lazzarotto Simioni [1]
João Paulo Salles Pinto [2]

Resumo

O decisionismo de Carl Schmitt representou, no século XX, uma das críticas mais contundentes ao então positivismo jurídico ascendente. Assim, Schmitt coloca a contingência como pilar de sua investigação. Objetiva-se, portanto, a partir de uma metodologia revisional bibliográfica, sugerir uma releitura dos acórdãos proferidos no Habeas Corpus 126.292/SP, confirmado pelas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, que relativizou a garantia constitucional da presunção de inocência, e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347/DF, que enunciou o Estado de Coisas Inconstitucional, para propor a possibilidade de constatar ecos atuais de soberano schmittiano no Supremo Tribunal Federal Brasileiro.

Palavras-chave: Decisionismo, Soberano, Carl schmitt, Presunção de inocência, Estado de coisas inconstitucional

Abstract/Resumen/Résumé

The decisionism of Carl Schmitt represented, in the twentieth century, one of the most striking criticisms of the ascendant juridical positivism. This is how Schmitt sets contingency as the pillar of his investigation. Based on a bibliographical review methodology, it is proposed a reread of the judgments given in Habeas Corpus 126.292, confirmed by the Declaratory Actions of Constitutionality 43/44, relativized the constitutional guarantee of the presumption of innocence, and the Claim of Breach of Fundamental Precept 347, which enunciated the Unconstitutional State of Affairs, to propose the possibility of establish the current echoes of sovereign in Brazil's Supreme Court.

---

[1] Pós-Doutor em Filosofia e Teoria do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (2011), Doutor em Direito Público pela Unisinos (2008).

[2] Mestrando em Direito pela Faculdade de Direito do Sul de Minas (2016). Bolsista de pós-graduação stricto sensu na modalidade PROSUP-CAPES. Graduado em Direito pelo Instituto Machadense de Ensino Superior (2015).

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Decioionism, Sovereign, Carl schmit, Relativization of the presumption of innocence, Unconstitutional state of affairs

INTRODUÇÃO

A partir da ruptura proporcionada pela revolução iluminista em relação à formação do Estado moderno, visto a substituição da figura do "pai monarca" do mundo público, para o mundo do reino privado, que entende os homens e mulheres livres racionalmente para escolherem a constituição que melhor lhes servirem, permite-se observar a dicotomia entre a liberdade de uma sociedade em constante mudança e a responsabilidade pelo manter da universalidade de seus princípios e valores. Desse modo é que se justificara, à época, a criação de uma estrutura elástica e flexível que ao mesmo tempo fosse formal e previsível, bem como que garantisse a segurança. Nasce assim, sem embargo, a figura do Estado Moderno Burguês e a concepção da vontade da lei.

Tal questão de choque revela, de acordo com Dymetman (2014, p. 47), uma velha contradição já enunciada por Max Weber entre o Estado de Direito Moderno dos séculos XVIII e XIX e os mecanismos de desformalização da lei e que, ao longo do período Weimariano, já no século XX, foram argumentadas, principalmente, por Carl Schmitt e seu decisionismo.

Assim, é tendo por base a problemática de como manter essa regularidade e universalidade em uma sociedade que fomenta e incentiva constantemente a mudança, que Carl Schmitt constrói, no contexto histórico da Alemanha de Weimar, suas críticas ao então governo democrático de viés parlamentar, haja vista as suas aparentes dificuldades de tomada de decisão.

Neste diapasão, o caráter decisionista das proposições de Carl Schmitt (2009b, p. 35) claramente explicitados em seus conceitos de soberano e de exceção, representaram, no século XX, uma das críticas mais contundentes ao então positivismo jurídico ascendente, como se pode notar já no prefácio de sua obra Teologia Política (2009b), quando este se remete a unidade politica e jurídica mantida pelo representante político do Estado, e não pela lei/legislação ou tribunais. Igualmente, em outra obra, O Guardião da Constituição (2007), celebre é seu debate com Hans Kelsen em relação a quem deve caber a guarda da Constituição, sendo, por consequência, o *Führer* sua opção.

Contudo, faz-se importante mencionar que tais posições já se encontravam presentes em suas obras jurídicas iniciais, como é o caso, por exemplo, de *Gesetz und Urteil: Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis* (1912, p. 30). Uma obra ainda sem tradução para o português , em que já se mostra possível observar uma preocupação

em relação à redução positivista do direito à lei ou dos fatos de uma realidade recortada, tornando Schmitt, já no inicio do século XX, consciente do problema da ruptura existente entre o ideal e o fático.

Portanto, o que estrutura basicamente o pensamento do autor, trata-se da fenda intrínseca à estrutura ontológica da realidade, representada, sobretudo, pela contingência, cuja compreensão é alcançada a partir da oposição ao reducionismo do direito à lei. A crítica proposta em relação ao esgotamento do direito na lei, busca revelar, sem embargo, que o positivismo escamoteia o caráter contingente da realidade empírica. Desse modo, Schmitt transforma a contingência no principio e método de sua investigação, bem como o conceito de soberano, como aquele que decide na situação de exceção, como pilares de sua construção teórica. (CASTELO BRANCO, 2011, p. 28).

Faz-se perceptível, por consequência, que as visões schmittianas de soberano e contingência, por mais que tenham sido desenvolvidas tendo por finalidade a crítica ao positivismo no contexto do século XX e vendo no representante político do Estado o soberano , isto é, "aquele que decide sobre a situação de exceção", consentem, visto uma perspectiva analítica de tais conceitos[1], em servir de referencial teórico no sentido de explicitar ecos de decisionismos, baseados, sobretudo, na exceção, do Supremo Tribunal Federal Brasileiro.

Neste sentido, parte o referido trabalho do questionamento da possibilidade analítica atual de se constatar atitudes do soberano schmittiano por parte do Supremo Tribunal Federal Brasileiro, tendo em vista a análise do Habeas Corpus 126.292/SP (HC, 2016), confirmado pelas Ações Declaratórias de Constitucionalidade de n. 43 e 44 (ADC, 2016), que relativizou a garantia constitucional da presunção de inocência, bem como o caso da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n. 347 (2015), que adotou o entendimento do Estado de Coisas Inconstitucional.

Dado a impossibilidade metodológica de se verificar todos os julgados em que os Ministros do Supremo Tribunal Federal Brasileiro se valeram de justificativas baseadas no necessário decidir sobre a situação de exceção, procurou-se adotar no referido artigo os mencionados julgados, visto, em especial, sua notória repercussão não só na ceara jurídica, uma vez que nestes consolidaram interpretações diversas ao expresso texto do art. 5º,

[1] Não nos é desconhecida a critica metodológica da escola histórica do contextualismo linguístico, feita, sobretudo, por Quentin Skinner, uma vez existentes riscos de possíveis anacronismos analíticos em trabalhos do tipo que nos propomos a efetuar. Contudo, acreditamos afastá-los, na medida que se pretende com o presente artigo realizar apenas análise dos conceitos de Carl Schmitt.

inciso LVII, da Constituição Federal da República Brasileira, bem como possibilidades de extensões interpretativas não autorizadas em sede de controle de constitucionalidade.

Portanto, objetiva-se com o presente artigo sugerir uma leitura diferente daquela que vem sendo realizada até o presente momento do julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal no HC 126.292 (2016)[2], bem como na ADPF 347 (2015), uma vez que se adotará uma metodologia de pesquisa revisional bibliográfica que invocará os conceitos formulados pela teoria decisionista de Carl Schmitt, em especial, de soberano, decisão, secularização e de exceção, tendo por fim sugerir criticamente a possibilidade de se constar atitudes de atuais de soberano pelo Supremo Tribunal Federal Brasileiro considerando os julgados mencionados.

Assim sendo, no sentido de atingirmos os objetivos do presente artigo, será explorado em um primeiro momento uma releitura dos conceitos de exceção, decisão, secularização e soberano em Carl Schmitt, de modo que em um segundo momento, abordar-se-á uma síntese do caso do HC 126.292/SP (2016), confirmado pelo aduzidas Ações Declaratórias de Constitucionalidade de n. 43 e 44 (2016), para que, em um terceiro momento, ao relacioná-lo com outros julgados, como a ADPF 347 (2015), sugerir a possiblidade analítica crítica de se constatar ecos de atitudes do soberano schmittiano pelo referido tribunal.

1. CONCEITOS DE EXCEÇÃO, DECISÃO, SECULARIZAÇÃO E SOBERANO EM CARL SCHMITT

Carl Schmitt (1888-1985), lembrado e referenciado, em parte, como o jurista de Hitler, uma vez que de algum modo se coadunou com os objetivos do nazismo no século XX, visto a clara participação no movimento hitleriano, foi, não obstante, um profícuo debatedor dos rumos parlamentaristas até então tomados pela Republica de Weimar de 1919 e do positivismo jurídico ascendente à época.

Assim, de acordo com Gilberto Bercovici (2004, p. 141), seu papel na crise final da República de Weimar ainda é, de certo modo, bastante controverso. “Uns afirmam que ele

[2] Que se concentram extensivamente na ceara do Ativismo Judicial. Nesse sentido: STRECK, Lenio Luiz. Fim da presunção da inocência, flagrantes online... e a Constituição? **Consultor Jurídico**, 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-set-08/senso-incomum-fim-presuncao-inocencia-flagrantes-on-line-constituicao.>.
JUNIOR, Aury Lopes. Fim da presunção de inocência pelo STF é nosso 7 a 1 jurídico. **Consultor Jurídico**, 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-mar-04/limite-penal-fim-presuncao-inocencia-stf-nosso-juridico?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook>.

sempre foi nazista; outros; [...] seguindo a interpretação do próprio Schmitt, afirmam que ele propôs o regime presidencial para tentar salvar a República.”.

Neste sentido, Dyetmann (2014, p. 47) retrata que Carl Schmitt- referenciado por ela como o jurista de Hitler- justamente por conta da questão da falta de possibilidade de governalidade, direcionava suas criticas ao governo democrático de Weimar, em especial, por sua falta de decisão, que ele denominou seu *hamletismo* político, na medida em que o parlamento – o parlare, seria uma fraude, uma vez que o debate entre interesses conflitantes se transformaria sempre em uma conversa sem fim. Na democracia de massas, argumenta, a discussão é mero artificio para a formalização de decisões tomadas fora do parlamento, por comissões secretas e negociações de bastidores, atrás de portas fechadas. “[...] Este era o *decisionismo monista* schmittiano: ação em vez de deliberação, decidir ao invés de ponderar”. (DYMETMAN, 2014, p. 48).

O próprio Gilberto Bercovici, neste interim, ao relatar o papel de Carl Schmitt no debate politico e jurídico de seu tempo, relata que Schmitt foi ativamente responsável pela crise de Weimar, haja vista sua influência na escolha de saídas autoritárias, sobretudo, ao apoiar gabinetes presidenciais de modo a instrumentalizar suas ideias na direção da dissolução da Constituição de 1919. Celebre é a frase referenciada por Bercovici (2004, p. 142), em que Schmitt afirmara em 1925: “Pode-se dizer que nenhuma Constituição da Terra legalizou tão facilmente um golpe de Estado como a Constituição de Weimar.”

Portanto, ainda que se busque colocar em debate o papel de Schmitt em relação à crise final da República de Weimar, é inegável, em nosso entendimento, que por suas criticas, em especial, a partir dos conceitos de exceção, soberano e decisão, este auxiliou a legitimar a saída autoritária da Alemanha do século XX, contribuindo, entrementes, com os direcionamentos hostis à Constituição e à República.

Importa mencionar desde já, que Schmitt entende a Constituição como uma decisão política que orienta a formação do Estado, o direito e a vida social. Assim sendo, o controle constitucional não caberia ao técnico em normas jurídicas, como se vê em Kelsen (1998, p. 186-195), por exemplo, e sim ao politico soberano, uma vez que decidir sobre a constituição é, não obstante, decidir sobre a própria instauração da política.

Sem embargo, para Schmitt, o Estado no intuito de manter sua unidade e integridade, deveria se pautar sob a égide da decisão soberana que instaura a ordem. Dessa forma que a “própria soberania nasceu do reconhecimento de que sempre será necessário, tendo em vista as situações concretas, abrir exceções à lei geral” (SCHMITT, 2009b, p. 16), à política.

Para fundamentar sua concepção de exceção política e de político, Schmitt ainda elencava autores como Hegel para balizar seu pensamento, ao relatar, em sua obra, o Conceito do Político que: "Hegel mantem o político no sentido maior da palavra. [...] A frase frequentemente citada sobre a mudança da quantidade em qualidade tem um sentido inteiramente político". (SCHMITT, 2009a, p. 68).[3]

Destarte, a presença de uma situação existencial anormal, da exceção enquanto possibilidade permanente à abstração da norma, responde a exigência da massa de querer um milagre de pulso firme e de manutenção da unidade e da ordem Estatal. (SCHMITT, 2009b, p. 35). Dessa maneira, é que dirá Schmitt que "soberano é quem decide na situação de exceção" (SCHMITT, 2009b, p.12).

> La excepción es más interessante que el caso normal. Lo normal nada prueba; la execpción, todo; no sólo confirma la regra, sino que ésta vive de aquélla. En la exepción, la fuerza de la vida efectiva hace saltar la costra de una mecânica anquilosada em repetición. [...] La excepción explica lo general e se explica a sí mesma. Y se quiere estudiar correctamente lo general, no hai sino mirar la excepción real. (SCHMITT, 2009b, p. 20).

Dessa forma, o decisionismo schmittiano defende um constante governo de exceção, visto que traça um paralelo entre a constatação da exceção, o caso excepcional, para com aquele que decide na situação de exceção. (SCHMITT, 2009b, p. 20). Neste sentido, sua concepção de exceção se da sob o pressuposto de que toda situação concreta é passível anormalidades, de modo que a decisão não pode ser deduzida de uma norma, uma vez que a circunstância da decisão não se observa perante a abstração desta. A norma, portanto, constrói-se a partir da exceção e a validade da Constituição, das normas e do direito, por consequência, só é possível e garantida quando contida a exceção por uma decisão, não se aprisionando, igualmente, "nem pela racionalidade formal do cálculo e da previsão, nem pela irracionalidade da vontade de massas". (DYMETMAN, 2014, p. 48).

Diz Schmitt (2009b, p. 18):

> El derecho es siempre derecho de uma situación. El soberano crea esa situación y la garantiza em su totalidade. El assume el monopólio de la ultima decisión. En lo cual estriba precisamente la esencia de la

[3] Para Hegel, o Estado, compreendido como unidade autorreferrente, é tido como soberano. Clássica é concepção na sua obra Princípios da Filosofia do direito em que para este: "O Estado é o racional em si e para si: esta unidade substancial é um fim proprio e absoluto, imóvel, nele a liberdade obtém o seu valor supremo, e assim este ultimo fim possui um direito soberano perante os indivíduos que em serem membros do Estado possuem o seu mais elevado dever." (HEGEL, G.W.F. **Princípios da Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins fontes, 2000, p. XXXVII).

> soberania del Estado, que más que monopólio de la coacción o del mando, hay que definirla juridicamente com el monopólio de la decisión, ele l sentido general que luego tendremos de precisar.

Desse modo, a verdade do direito não se encontra na norma jurídica, tampouco em sua processualidade de aplicação aos casos concretos, mas superior a norma, na medida em que ali se observa o poder político do chamado soberano. O soberano é também aquele que decide sobre o direito, e não aquele que o direito investiu de competências formais.

Contudo, ressalta Schmitt (2009b, p. 14):

> Ni se puede señalar con claridade quando un caso es de necesidad, ni cabe tampouco prevenir rigorosamente lo que em tal sazón conviene si el caso de necesidad es realmente extremo y se aspira a dominar la situación. El supuesto y el contenido de la competência son entonces necessariamente ilimitados. No se trata, por consiguiente, de una competencia en el sentido que el término tiene dentro del Estado de derecho. Las Constitución puede, a lo sumo, señalar quién a esta autorizado a actuar en tal caso. Si la actuacion no esta sometida a control alguno i dividida entre diferentes poderes que se limitan y equilibran reciprocamente, como ocurre em la práctica del Estado de derecho, al punto se ve quién es el soberano. Él decide se el caso propuesto es o no de necessidade y qué debe suceder para dominar la situación

Para Schmitt, a soberania é o que coloca a exceção, é o poder que põe ou não a Constituição. Assim, esta se encontra mais ligada ao Estado que ao direito constitucional. Tal visão, menciona-se, trata-se de um importante deslocamento do conceito de soberania no século XX. Ela não provém de uma consubstanciação jurídica do Estado, isto é, não se funda num ato de constitucionalização, e tampouco se fundamenta no direito, como entendia Kelsen, visto que é oriunda mais da criação da ordem a partir da exceção, do que de uma decorrência normativa.

A exceção, por conseguinte, é inerente aos próprios preceitos constituintes da unidade do Estado de Direito Moderno na visão de Schmitt, de modo que a noção de secularização e sua vinculação ao conceito de contingência (CASTELO BRANCO, 2011), mostram-se como alicerces para compreensão da significação de soberania. Isto é, na compreensão de Cicero Araujo (2013, p. 83):

> Sendo um termo irredutível da própria ação política, a contingência também traz à tona o sentido de secularização que Schmitt mais quer resgatar. Ou seja, a secularização entendida como o problema da distância entre o transcendente e o imanente, do lapso entre a ideia abstrata e a vida humana concreta: a contingência torna visível essa

> quebra e, ao mesmo tempo, expõe a necessidade de uma figura humana que busque emendá-la. O soberano é essa figura e, por isso mesmo, "encarna" a exceção.

A necessidade de decisão pelo soberano a partir de uma questão existencial de exceção, revela o ponto máxime da crítica de Carl Schmitt ao positivismo jurídico e de sua teoria. Portanto, a decisão é criada *ex machina;* o soberano é secularização de deus e a suspensão das normas equivale à criação da ordem a partir do nada. "A exceção confunde a unidade e a ordem do esquema racionalista, subvertendo a oposição entre *ratio* e *voluntas* do pensamento liberal" (DYMETMAN, 2002, p. 140), de forma que a vontade do soberano em Schmitt significa a origem do dever-ser.

Por conseguinte, o cumpridor da regra não revela a verdade/vontade do direito, apenas, não obstante, demonstra seu caráter burocrático. O poder nu, soberano, é aquele que passa por cima das normas e instaura, portanto, a decisão original. Daí o soberano ser o que decide sobre a exceção.

> Com a separação dos poderes e a elaboração conceitual dominada pelo positivismo jurídico ao tempo em que a lei se separa dos seus fundamentos, autoria, história, tornar-se onipotente. O poder indireto da lei é imposto a todos os poderes. Schmitt lembra que ao se contrapor à lei, à arbitrariedade do poder monárquico, esqueceu-se de criar uma proteção contra o poder onipotente da lei. Mediante a abstração e a universalização, a lei se apresenta de forma autônoma e desligada da realidade de sua aplicação, como se criasse a si mesma e fosse autoaplicável, contendo à ordem e a decisão no seu conteúdo. Desligada da realidade, de sentidos e dos homens, a lei se converte num poder invisível. Neste sentido, os juristas, representantes do positivismo jurídico, a partir do século XIX na Alemanha, se aproximaram dos teólogos de outrora. (CASTELO BRANCO, 2011, p. 99).

Assim sendo, por mais que o conceito de decisionismo de Carl Schmitt, balizados pelas noções de exceção, soberania e secularização, se referisse a uma concepção monista crítica da década de 1920, visto que seu lócus privilegiado seria o chefe do poder executivo[4], "décadas mais tarde, o próprio Schmitt abriria mão do monismo, e deslocaria o

[4] Por tornar o presidente do Reich o centro de um sistema de instituições e poderes plebiscitários, assim como político-partidariamente neutro, a vigente constituição do Reich procura formar, justamente a partir dos princípios democráticos, um contrapeso para o pluralismo dos grupos sociais e econômicos de poder e defender a unidade do povo como uma totalidade política. [...] A constituição busca, em especial, dar à autoridade do presidente do Reich a possibilidade de se unir diretamente a essa vontade política da totalidade do povo a alemão e agir por meio disso, como guardião e defensor da unidade e totalidade constitucionais do povo alemão. (SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 233).

decisionismo para outras instâncias além da mão forte do soberano do poder executivo, tais como: o poder judiciário". (DYMETMANN, 2014, p. 49).

Ademais, tendo em vista que o decisionismo monista de Schmitt pertence há outro contexto histórico, faz-se importante mencionar que a partir do retorno do neoliberalismo do final da década de 1970 e inicio da década de 1980, as discussões presentes à época da República de Weimar foram e continuam sendo constantemente resgatadas, sobretudo as que envolvem as aporias da democracia, a relação entre os três poderes e a questão do intervencionismo estatal e da governalibilidade.

2. O CASO DO HABEAS CORPUS 126.292/SP E A RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

No Habeas Corpus de nº 126.292/SP (2016), de relatoria do já falecido recentemente Ministro Teori Zavaski, consignou o plenário do Supremo Tribunal Federal Brasileiro, em sessão realizada no dia 17 de fevereiro de 2016, por maioria de votos, em anuir ao entendimento que o inicio de cumprimento de pena, a partir da ratificação da condenação em segunda instância, não fere a garantia constitucional da presunção de inocência expressada no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal da República Brasileira de 1988.

O caso se referia a um sujeito que foi condenado a uma pena de cinco anos e quatro meses de reclusão em regime fechado pela prática do crime de roubo, uma vez que tal conduta se encontra prevista no artigo 157, § 2º, I e II do Código Penal Brasileiro (1941). Como detinha o direito de recorrer em liberdade, inconformada com a decisão, a defesa deste apelou para o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, contudo, este negou provimento ao recurso, de maneira que imediatamente providenciou a expedição de mandado de prisão contra o então recorrente.

Dessa maneira, não satisfeita com a decisão proferida, a defesa impetrou ainda Habeas corpus no Superior Tribunal de Justiça Brasileiro, de modo que o Ministro Presidente indeferiu o pedido de liminar ali transcrito. Entretanto, ainda assim, a defesa não desistiu, de forma que impetrou o Habeas Corpus de n. 126.292/SP (2016) no Supremo Tribunal Federal, o qual restou denegada a ordem ali pleiteada.

Da breve síntese feita do caso analisado, importa-nos aduzir que as argumentações envolta da decisão prolatada pelo Supremo Tribunal Federal Brasileiro não possuíam somente cunho técnico-jurídico, mas também relatavam situações problemáticas da política criminal brasileira.

É o que se retira, por exemplo, de alguns trechos de fundamentação do voto do Relator do caso, Ministro Teori Zavascki:

> 2. O tema relacionado com a execução provisória de sentenças penais condenatórias envolve reflexão sobre (a) o alcance do princípio da presunção da inocência aliado à (b) busca de um necessário equilíbrio entre esse princípio e a efetividade da função jurisdicional penal, que deve atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade, diante da realidade de nosso intricado e complexo sistema de justiça criminal.
> [...] E não se pode desconhecer que a jurisprudência que assegura, em grau absoluto, o princípio da presunção da inocência – a ponto de negar executividade a qualquer condenação enquanto não esgotado definitivamente o julgamento de todos os recursos, ordinários e extraordinários – tem permitido e incentivado, em boa medida, a indevida e sucessiva interposição de recursos da mais variada espécie, com indisfarçados propósitos protelatórios visando, não raro, à configuração da prescrição da pretensão punitiva ou executória. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus (HC) 126.292/SP**. Relator: ZAVASCKI, Teori. 2016. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/texto_309493860.pdf>. Acesso em: 14 de fevereiro de 2017).

Igualmente, referendando a problemática em relação à realidade do sistema punitivo brasileiro, permitimo-nos transcrever alguns trechos do voto do Ministro Luís Roberto Barroso com a devida advertência de representar seu devido contexto de análise.

> [...] 3. Há, ainda, três fundamentos pragmáticos que reforçam a opção pela linha interpretativa aqui adotada. De fato, a possibilidade de execução da pena após a condenação em segundo grau: (i) permite tornar o sistema de justiça criminal mais funcional e equilibrado, na medida em que coíbe a infindável interposição de recursos protelatórios e favorece a valorização da jurisdição criminal ordinária; (ii) diminui o grau de seletividade do sistema punitivo brasileiro, tornando-o mais republicano e igualitário, bem como reduz os incentivos à criminalidade de colarinho branco, decorrente do mínimo risco de cumprimento efetivo da pena; e (iii) promove a quebra do paradigma da impunidade do sistema criminal, ao evitar que a necessidade de aguardar o trânsito em julgado do recurso extraordinário e do recurso especial impeça a aplicação da pena (pela prescrição) ou cause enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição, sendo certo que tais recursos têm ínfimo índice de acolhimento. 4. Denegação da ordem. Fixação da seguinte tese: "A execução de decisão penal condenatória proferida em segundo grau de jurisdição, ainda que sujeita a recurso especial ou extraordinário, não

> viola o princípio constitucional da presunção de inocência ou não culpabilidade." (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus (HC) 126.292/ SP**. Relator: ZAVASCKI, Teori. 2016. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/texto_309493860.pdf>. Acesso em: 14 de fevereiro de 2017).

Dessa forma, mostra-se bastante perceptível que as fundamentações prevalentes dos votos se encontram na esteira da justificativa dos dilemas mundanos da concretização da jurisdição penal e seus consequentes problemas relacionados à sua função social.

Oportuno mencionar ainda, que tal entendimento, não obstante a todas criticas de parte da comunidade jurídica, representada, sobretudo, por Lenio Luiz Streck (2016a; 2016b), foi consolidado com a decisão das Ações Declaratórias de Constitucionalidade de n. 43 e 44 (2016), em que o plenário do Supremo Tribunal Federal, no mês de outubro de 2016, chancelou sua compreensão ao manifestar sua posição no sentido de que o artigo 283 do Código de Processo Penal (1941) não impede o início da execução da pena após condenação em segunda instância.

Por consequência, indeferiu as liminares requeridas pelo Partido Nacional Ecológico (PEN) e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), que visavam a suspensão das execuções antecipadas de pena de todos os acórdãos prolatados em segunda instância fundamentados com base no Habeas Corpus de n. 126.292/SP (2016).

Desse modo, menciona-se também que os votos prevalentes nas duas ações, não só se fundamentaram em questões jurídicas, mas, novamente fizeram menção à problematização da concretização da política criminal no Brasil e sua função social, bem como ao papel que caberia ao Supremo Tribunal Federal Brasileiro naquela situação de exceção.

Neste sentido, na mesma linha intelectiva do Habeas Corpus de n. 126.292/SP (2016), são os votos vencedores do Ministro Roberto Barroso e Teori Zavascki (ADC, 2016), uma vez que, compartilhando da divergência elencada, Luís Roberto Barroso procedeu a defesa da possibilidade de execução provisória após decisão de segundo grau e antes do trânsito em julgado, tendo por base a perspectiva já revelada da garantia da efetividade do direito penal e dos bens jurídicos por ele tutelados, visto que para este, a presunção de inocência é princípio, e não regra, e pode, nessa condição, ser ponderada com outros princípios e valores constitucionais que têm a mesma estatura.

Barroso (ADC, 2016) ainda contextualizou a discussão referenciando exemplos que demonstram o entendimento anterior do STF sobre a matéria possuía um viés garantista, “mas grosseiramente injusto”, e produziu consequências “extremamente negativas e constatáveis a olho nu”. Entre elas, relatou o Ministro, “incentivou à interposição sucessiva de recursos para postergar o trânsito em julgado, acentuou a seletividade do sistema penal e agravou o descrédito da sociedade em relação ao sistema de justiça – o que, a seu ver, contribui para aumentar a criminalidade.”.

Teori Zavaski (ADC, 2016) do mesmo modo, reafirmou seu entendimento manifestado no julgamento do HC 126.292/SP (2016), de maneira a relatar que a dignidade defensiva dos acusados deve ser calibrada, em termos de processo, a partir das expectativas mínimas de justiça depositadas no sistema criminal do país. principio da presunção da inocência.

Desse modo, se nossa leitura dos conceitos schmittianos já trabalhados estiver correta, ao se valerem os Ministros, principalmente, de justificativas de situações concretas da jurisdição penal em relação à previsão da norma constitucional da presunção de inocência, bem como, qual a posição o Supremo Tribunal Federal Brasileiro deveria tomar em tal situação, afirmou-se este, não obstante, pela fundamentação dos votos, como aquele que decide sobre a exceção e, por conseguinte, como aquele responsável por manter a unidade, ordem e as funções do Estado, constantemente estabelecendo, reforçando e atualizando os derradeiros valores da sociedade, portanto, o problemático soberano autoritário schimmitiano.

3. A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL N. 347 E A TESE DO ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL

Postulada pelo Partido Socialismo e Liberdade- PSOL em 2015, com pedido liminar, A referida ADPF tem como objetivo o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional do Sistema Penitenciário Brasileiro. Busca-se certa postura do Supremo Tribunal Federal para solução da delicada situação que se encontra o sistema carcerário brasileiro, principalmente, no que refere às constantes violações a direitos constitucionalmente previstos.

Dessa maneira, pleiteia-se que sejam adotadas providencias estruturais em face de lesões a preceitos fundamentais dos presos, que decorrem de ações e omissões dos poderes

públicos da União, dos Estados e do Distrito Federal. Sendo assim, para melhor esclarecimento da questão, passa-se a discorrer o que vem a ser a tese do Estado de coisas Inconstitucional e suas aplicações.

Segundo Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2016, p. 120), tal tese tem gênese remetente a Corte Constitucional Colombiana, na Sentencia de Unificación (SU) 559, de 1997, que desde então, vem aperfeiçoando a questão. Ainda segundo Campos, três são os pressupostos adotados na motivação da declaração do Estado de Coisas Constitucional adotado na Colômbia, são elas:

> [...] a constatação de um quadro não simplesmente de proteção deficiente, e sim de violação massiva, generalizada e sistemática de direitos fundamentais, que afeta a um número amplo de pessoas; a falta de coordenação entre medidas legislativas, administrativas, orçamentárias e até judiciais, verdadeira "falha estatal estrutural", que gera tanto a violação sistemática dos direitos, quanto a perpetuação e agravamento da situação; a superação dessas violações de direitos exige a expedição de remédios e ordens dirigidas não apenas a um órgão, e sim a uma pluralidade destes — são necessárias mudanças estruturais, novas políticas públicas ou o ajuste das existentes, alocação de recursos etc. (CAMPOS, Alexandre de Azevedo. O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 01 de setembro de 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>. Acesso em: 14 de fevereiro de 2017).

Sendo assim, constrói-se a ideia de um litígio estrutural, que se pauta no alcance de um número amplo de pessoas. Dessa forma, para resolução de tais questões, os juízes constitucionais realizam redimensionamentos dos ciclos de formação e execução de politicas públicas. Menciona-se ainda que a Corte Colombiana de Constitucionalidade vem progredindo no que se refere à forma de aplicação da tese do Estado de Coisas Inconstitucional.

Como menciona Campos (2015), em um primeiro momento, em situação semelhante ao contido na ADPF 347 (2015), na Na Sentencia de Tutela (T) 153, de 1998, a corte ordenou a elaboração de um plano de construção e reparação das unidades carcerárias; decretou que o governo nacional relocasse os recursos orçamentários necessários; exigiu aos governadores que criassem e mantivessem presídios próprios; e postulou ao Presidente da República medidas necessárias para assegurar o respeito dos direitos dos internos nos presídios do país. Tais questões, como bem relata autor, não foram observadas por certa desídia da corte em fiscalizar e exigir tais cumprimentos, o que resultou na não aplicabilidade pratica de tais mandamentos.

Em outra oportunidade, no caso de deslocamento forçado de pessoas em decorrência da violência acontecida no país, na Sentencia T-025, de 2004, a corte, ao declarar o Estado de Coisas Inconstitucional, ordenou e exigiu atenção orçamentária para o problema e determinou a criação de políticas públicas. Dessa vez as ordens surtiram efeitos práticos, em especial, pelo devido diálogo desta com os outros poderes e a sociedade sobre a adequação das medidas durante a fase de implementação. (CAMPOS, 2015).

No que diz respeito à ADPF 347/DF (2015), o Ministro Marco Aurélio, relator da presente ação, fez a opção de adotar o procedimento realizado na Sentencia T-025, de 2004, conforme consta em seu voto:

> [...] Esse é, enfim, o papel que deve desempenhar o Tribunal em favor da superação do quadro de inconstitucionalidades do sistema prisional: retirar as autoridades públicas do estado de letargia, provocar a formulação de novas políticas públicas, aumentar a deliberação política e social sobre a matéria e monitorar o sucesso da implementação das providências escolhidas, assegurando, assim, a efetividade prática das soluções propostas. Ordens flexíveis sob monitoramento previnem a supremacia judicial e, ao mesmo tempo, promovem a integração institucional cogitada pelo ministro Gilmar Mendes, formuladas que são no marco de um constitucionalismo cooperativo. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347/DF.** Relator: AURÉLIO, Marco. 2015. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=308712125 &tipoApp=.pdf>. Acesso em: 14 de fevereiro de 2017).

Percebe-se que o STF (Supremo Tribunal Federal), em sede de deferimento parcial de medida cautelar na ADPF 347/DF, coadunou e adotou a tese do Estado de Coisas Inconstitucional.

Oportuno é também citar uma fala do Ministro Ricardo Lewandowski (ADPF 347/DF, 2015) sobre a questão que permite ilustrar o debate que até aqui nos propusemos a fazer: “Essa é uma interferência legítima do Poder Judiciário nessa aparente discricionariedade nas verbas do fundo penitenciário brasileiro”.

Porém, apesar da tese se referir a tentativa de resoluções de inconstitucionalidades constantes, tal tem sofrido interpretações críticas disponibilizadas, em especial, nos principais periódicos jurídicos do país, principalmente quanto à questão do explicito ativismo judicial constatável. (STRECK, 2015).

Contudo, realizando a leitura, não obstante as criticas já realizadas, verifica-se que a decisão liminar proferida, ao ter por baliza fundamentos da “realidade concreta contingencial” do sistema carcerário brasileiro, permite sugerir a interpretação que no caso

o Supremo Tribunal Federal Brasileiro atuou como verdadeiro substituto do soberano da teoria decisionista schmttiana.

Ressalta-se, por conseguinte, que o julgamento liminar da ADPF 347 (2015), além de declarar o sistema carcerário brasileiro cautelarmente inconstitucional de forma estrutural, isto é, uma verdadeira posição de/sobre a exceção, estabeleceu ainda condutas a serem cumpridas por juízes frente à situação do sistema carcerário, bem como determinou que a união liberasse o saldo acumulado do fundo penitenciário nacional, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos. Portanto, afirmou-se e vem se afirmando, se nossa leitura dos conceitos delineados de Schmitt estiver correta, como substituto político daquele que decide sobre a situação de exceção, independente das previsões normativas constitucionais da separação de poderes e de suas funções especificas.

CONCLUSÃO

Outros casos poderiam ser explicitados no presente artigo para, de certo modo, fortalecer nossa sugestão da possibilidade de leitura à luz do conceito schmittiano de soberano no atual contexto institucional do Supremo Tribunal Federal Brasileiro.

Contudo, como já relatado, certa impossibilidade metodológica não nos oportuniza ir além daqueles julgados mencionados com a profundidade analítica necessária, visto que nosso objetivo reside em sugerir uma possível discussão diferenciada que parte da problematização sobre a aplicação dos conceitos de Carl Schmitt de exceção e soberano ao Supremo Tribunal Federal.

Todavia, permitimo-nos também concluir que, a despeito da seleção destes expressivos casos atuais e das profícuas criticas constantemente elencadas pela comunidade jurídica em relação ao ativismo judicial, faz-se possível constatar que o Supremo Tribunal Federal Brasileiro vem cada vez mais colocando a exceção em suas decisões, de modo a ir além de mero construtor de decisões jurídicas, estatuindo verdadeiras politicas de exceção fundamentadas entorno da manutenção da unidade e das funções do Estado.

Sem embargo, assim se observa também em outros casos atuais, como na medida cautelar no Mandado de Segurança n. 34.562/DF de 06 de fevereiro de 2017, em que o Ministro Roberto Barroso impediu que um projeto de reforma da lei geral de

telecomunicações fosse enviado a sanção presidencial, uma vez que entendeu que projeto apenas foi aprovado pelas comissões especiais, devendo antes passar e ser aprovado pelo plenário, ou ainda, o despacho no Mandado de Segurança 34.087/DF realizado em 13 de dezembro de 2016 pelo Ministro Marco Aurélio, em que este submeteu ao plenário do STF o julgamento de sua requisição do cumprimento da liminar emitida por ele em abril de 2016 ao então Vice Presidente da Câmara dos Deputados, Rodrigo Maia, de modo a determinar a continuidade do processo de *impeachment* contra o atual Presidente da República Michel Temer.

O problema disto é que, de certa maneira, retomamos as discussões observáveis à época da República de Weimar, mas que constantemente não demoram a nos assombrar e voltar à pauta, sobretudo, porque envolvem as já referidas aporias da democracia, a relação entre os três poderes e a questão do intervencionismo estatal e da governabilidade.

Entretanto, o que podemos, não obstante, aprender com a história do contexto histórico dos debates aqui explicitados, é que o soberano, isto é, aquele que toma decisões a partir da exceção, não tarda, seja mais cedo ou mais tarde, em revelar seu caráter autoritário e, por conseguinte, passar-se a entender como o responsável por manter a unidade e as funções do Estado, construindo constantemente a noção de responsabilidade de reforçar e atualizar os derradeiros valores da sociedade, tornando-se, por consequência, uma instância problemática que através de sua discricionariedade autoritária, autolegitima-se, autorreferencia-se e se autorreproduz.

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Cicero. Carl Schmitt, teologia política e secularização. **Rev. bras. Ci. Soc.**, São Paulo , v. 28, n. 83, p. 217-224, Oct. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092013000300014&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 14 de fevereiro de 2017. http://dx.doi.org/10.1590/S0102-69092013000300014.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e estado de exceção permanente**. Rio de Janeiro: Azougue, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federal do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> . Acesso em: 20 de maio de 2017.

_____. Decreto lei n° 3.689. **Código de Processo Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 25 de maio de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade de n. 44 (ADC)**. Relator: AURÉLIO, Marco. 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADC44.pdf >. Acesso em: 26 de maio de 2017.

_____._____. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 347/DF.** Relator: AURÉLIO, Marco. 2015. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=308712125&tipoApp=.pdf>. Acesso em: 20 de maio de 2017.

_____. _____. **Habeas Corpus (HC) 126.292/ SP**. Relator: ZAVASCKI, Teori. 2016. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/texto_309493860.pdf>. Acesso em: 20 de maio de 2017.

_____._____. **Mandado de Segurança 34.087/DF**. Relator: AURELIO, Marco. 2017. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/marco-aurelio-cobra-carmen-lucia.pdf>. Acesso em: 20 de maio de 2017.

_____._____. **Mandado de Segurança n. 34.562/DF**. Relator: BARROSO, Luís Roberto. 2017. Disponível em: <http://s.conjur.com.br/dl/leia-decisao-barroso-ms-lei-geral.pdf.>. Acesso em: 20 de maio de 2017.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo**. Estado de Coisas Inconstitucional**. Bahia: Juspodivm, 2016.

_____. O Estado de Coisas Inconstitucional e o litígio estrutural. **Consultor Jurídico**. São Paulo, 01 de setembro de 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-set-01/carlos-campos-estado-coisas-inconstitucional-litigio-estrutural>. Acesso em: 14 de maio de 2017.

CASTELO BRANCO, Pedro Villas Bôas. **Secularização inacabada: política e direito em Carl Schmitt**. Curitiba: Appris, 2011.

DYMETMAN, Annie. A nova via-sacra: STF, Governabilidade e Fetiche. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Judas**. vol 1, n° 1, 2014. Disponível em: <https://www.usjt.br/revistadireito/numero-1/8-annie-dymetmam.pdf>. Acesso em: 20 de abril de 2017.

_____. **Uma arquitetura da indiferença**: a República de Weimar. São Paulo: Perspectiva, 2002.

HEGEL, G.W.F. **Princípios da Filosofia do Direito**. São Paulo: Martins fontes, 2000.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

JUNIOR, Aury Lopes. Fim da presunção de inocência pelo STF é nosso 7 a 1 jurídico. **Consultor Jurídico**, 2016. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-mar-04/limite-penal-fim-presuncao-inocencia-stf-nosso-juridico?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook>. Acesso em: 26 de maio de 2017.

SCHMITT, Carl. **Gesetz und Urteil**: Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis. Berlin: O. Liebmann, 1912. Disponível em parte em: <http://www.digizeitschriften.de/dms/img/?PID=GDZPPN000076546&physid=phys307#navi> . Acesso em: 26 de maio de 2017.

_____. **O conceito do político e teoria do Partisan**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009a.

_____. **O guardião da Constituição**. Belo Horizonte, Del Rey, 2007.

_____. **Teología Política**. Madrid: Editorial Trotta, S.A, 2009b.

STRECK, Lenio Luiz. E Dworkin levou a culpa pela relativização da presunção da inocência. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 20 de outubro de 2016a. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-out-20/senso-incomum-dworkin-levou-culpa-relativizacao-presuncao-inocencia>. Acesso em: 14 de fevereiro de 2017.

_____. Estado de Coisas Inconstitucional é uma nova forma de ativismo. Consultor Jurídico, São Paulo, 24 de outubro de 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-out-24/observatorio-constitucional-estado-coisas-inconstitucional-forma-ativismo> . Acesso em: 26 de maio de 2017.

_____. Fim da presunção da inocência, flagrantes online... e a Constituição? **Consultor Jurídico**, São Paulo, 20 de outubro de 2016b. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-set-08/senso-incomum-fim-presuncao-inocencia-flagrantes-on-line-constituicao.>. Acesso em: 26 de maio de 2017.