

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
DOUTORADO EM DIREITO

OSWALDO POLL COSTA

**O AUTORITARISMO RELACIONAL BRASILEIRO NO CONTEXTO DA
HIPERMODERNIDADE**

SÃO LEOPOLDO
2025

OSWALDO POLL COSTA

**O AUTORITARISMO RELACIONAL BRASILEIRO NO CONTEXTO DA
HIPERMODERNIDADE**

Tese apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), em regime de co-tutela com a Escola de Direito da Université Paris I – Panthéon-Sorbonne.

Orientadores: Prof. Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira (UNISINOS)
Prof. Dr. Xavier Philippe (PARIS I)

São Leopoldo

2025

C838a Costa, Oswaldo Poll.

O autoritarismo relacional brasileiro no contexto da hipermodernidade / Oswaldo Poll Costa. – 2025.

313 f. : il. ; 30 cm.

Tese (doutorado) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Programa de Pós-Graduação em Direito, 2025.

“Orientadores: Prof. Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira (UNISINOS) Prof. Dr. Xavier Philippe (PARIS I)”.

1. Autoritarismo relacional. 2. Garantismo penal. 3. Ativismo judicial. 4. Crise do estado. 5. Hipermodernidade. I. Titulo.

CDU 343(81)

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Bibliotecária: Amanda Schuster Ditbenner – CRB 10/2517)

UNIVERSIDADE DO VALE DO RIO DOS SINOS - UNISINOS
UNIDADE ACADÊMICA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – PPGD
NÍVEL DOUTORADO

A tese intitulada: “**O AUTORITARISMO RELACIONAL BRASILEIRO NO CONTEXTO DA HIPERMODERNIDADE**” elaborada pelo doutorando **Oswaldo Poll Costa**, foi julgada adequada e aprovada por todos os membros da Banca Examinadora para a obtenção do título de DOUTOR EM DIREITO.

São Leopoldo, 28 de outubro de 2025.


Prof. Dr. **Anderson Vichinkeski Teixeira**,
Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito.

Apresentada à Banca integrada pelos seguintes professores:

Presidente: Dr. Anderson Vichinkeski Teixeira	<i>Participação por Webconferência</i>
Coorientador: Dr. Xavier Philippe	<i>Participação por Webconferência</i>
Membro externo: Dr. Dominique Rousseau	<i>Participação por Webconferência</i>
Membro externo: Dr. Daniel Wunder Hachem	<i>Participação por Webconferência</i>
Membro externo: Dra. Loiane Prado Verbicaro	<i>Participação por Webconferência</i>
Membro: Dr. Leonel Severo Rocha	<i>Participação por Webconferência</i>

À minha esposa Natália, por seu amor e sua companhia

Ser imortal é coisa sem importância. Exceto o homem, todas as criaturas o são, porque ignoram a morte.

(Jorge Luis Borges)

RESUMO

A presente tese aborda a tradição autoritária brasileira e, especialmente, suas manifestações dentro do Poder Judiciário através do desenvolvimento do conceito de autoritarismo relacional. Para tanto, é feita uma análise sobre o atual contexto mundial, marcado pela crise do Estado e pela hipermodernidade – bem como caracterizado por uma série de crises interconectadas que conduz a uma ideia de caos constitucional –, a fim de compreender suas ligações com a apresentação atual do autoritarismo brasileiro. Essas conexões são fundamentais para determinar aqueles que são os dois fenômenos jurídicos mais importantes para a reprodução de uma lógica autoritária em nosso sistema de justiça nos dias atuais: o ativismo judicial e o garantismo penal. Assim sendo, é feita uma reconstrução histórica buscando traçar uma linha de transplantes jurídicos e institucionais que foram decisivos para a formação da sociedade brasileira, passando por conceitos como República, democracia e soberania popular, que foram transplantados para o território brasileiro e aqui ganharam um sentido bastante peculiar. Essas importações de conceitos não foram realizadas com o objetivo de alterar a realidade social, mas, ao contrário, com o intuito pragmático de justificar o status quo. A partir da análise do contexto internacional e da tradição brasileira, ficam claras as razões que tornaram o ativismo judicial e o garantismo penal os dois fenômenos jurídicos atualmente mais relevantes para a reprodução, dentro de nosso sistema de justiça, de uma lógica autoritária. Esses elementos, somados a uma discussão sobre a própria definição do poder, possibilitam a compreensão das características particulares do autoritarismo brasileiro, aqui chamado de autoritarismo relacional. Defendemos, portanto, que o autoritarismo relacional se constitui enquanto um conjunto de relações bastante amplo, que, na prática, priva do efetivo acesso à cidadania grande parte dos indivíduos que não estão inseridos em determinados círculos sociais, ao mesmo tempo em que busca legitimação através de um discurso baseado em referências a ideias em voga nos grandes centros mundiais de produção cultural.

Palavras-chave: Autoritarismo relacional, Garantismo Penal, Ativismo Judicial, Crise do Estado, Hipermodernidade.

ABSTRACT

This thesis examines the Brazilian authoritarian tradition, with particular emphasis on its manifestations within the Judiciary, through the development of the concept of relational authoritarianism. To this end, it presents an analysis of the current global context, marked by the crisis of the State and hypermodernity – as well as characterized by a series of interconnected crises that lead to the notion of constitutional chão – in order to explore its connections with contemporary expressions of Brazilian authoritarianism. These connections are essential to understanding the two most significant legal phenomena that currently contribute to the reproduction of an authoritarian logic within Brazil's justice system: judicial activism and penal garantism. A historical reconstruction is undertaken to trace the legal and institutional transplants that were decisive in shaping Brazilian society. Concepts such as Republic, democracy, and popular sovereignty—imported and adapted in a peculiar manner within the Brazilian context—are shown to have been employed not with the intent of transforming social reality, but rather as pragmatic tools to legitimize the status quo. By examining both the international context and Brazilian tradition, the thesis demonstrates how judicial activism and penal garantism have become key mechanisms for sustaining authoritarian dynamics within the justice system. These insights, combined with a critical discussion on the concept of power, enable a deeper understanding of the specific characteristics of Brazilian authoritarianism, conceptualized here as relational authoritarianism. This form of authoritarianism is defined as a broad and complex network of relationships that, in practice, denies effective access to citizenship to large segments of the population excluded from certain social circles, while simultaneously seeking legitimacy through discourses grounded in ideas promoted by major global centers of cultural production.

Keywords: Relational authoritarianism, Penal Garantism, Judicial Activism, Crisis of the State, Hypermodernity.

SUMÁRIO

1. PROLEGÔMENOS	11
1.1 Introdução	11
1.2. É possível falar em um autoritarismo relacional?	21
1.2.1. Breves apontamentos sobre a noção de poder em Foucault	21
1.2.2. (In)compreensões sobre o autoritarismo.....	23
1.2.3. A que nos referimos quando falamos de crise do Estado?.....	28
1.2.4 Entre a judicialização da política e o ativismo judicial	32
1.2.5. Constitucionalismo garantista e garantismo penal	34
1.2.6. Breve panorama da estrutura do Poder Judiciário brasileiro e de alguns institutos de direito processual	36
1.3. Transplantes institucionais: uma abordagem baseada no direito comparado	39
1.3.1. O comparatista em face do direito estrangeiro	40
1.3.2. O perigo dos transplantes jurídicos	45
PARTE 1 – O DIREITO FRENTE À CRISE DO ESTADO	52
2. A amplitude da crise.....	52
2.1 Crise ou caos? A história como forma de explicação.....	53
2.1.1 O pensamento na obra de Heródoto	55
2..1.1.1 O passado antes da História.....	57
2.1.1.2 O pensamento racional na <i>História</i>	59
2.1.1.3 A importância da autoria	64
2.1.2 A democracia na obra de Heródoto	68
2.1.2.1 O conceito de liberdade	70
2.1.2.2 A Igualdade	74
2.1.2.3 O governo do povo	77
2.1.2.4. A construção da autonomia	78
2.2 As diferentes interpretações da pós-modernidade	81
2.2.1 Conceitos diversos dentro do espectro da pós-modernidade	81
2.2.2 A hipermodernidade	91
2.2.3 A hiper-realidade do consumo segundo Baudrillard	96
2.2.3.1 O sentido do consumo na sociedade atual	96
2.2.3.2 Hiper-realidade ou simulação	101

3. A influência das relações de poder na interpretação brasileira dos direitos humanos.....	111
3.1 O transplante de conceitos como forma de legitimação	111
3.1.1 Latifúndio e dominação: a “soberania popular” no império e na república	116
3.1.2 O positivismo e a produção intelectual	122
3.1.3 Argumentos justificadores do autoritarismo no Estado Novo: a “democracia autoritária”	126
3.2 O poder relacional	138
3.2.1 O conceito de poder na obra de Foucault	138
3.2.2 O poder no Estado moderno	141
3.2.3 O biopoder	145
3.2.4 Diferentes concepções sobre o poder: consolidação dos aspectos essenciais	150
3.2.5 A vigilância na sociedade atual	156
3.2.6 O poder relacional no contexto judiciário brasileiro	161
3.3 A relação dos tratados de direitos humanos com o garantismo e o ativismo no Brasil.....	165
3.3.1 Os direitos humanos	165
3.3.1.1. A construção internacional dos direitos humanos no contexto da crise do Estado.....	165
3.3.1.2. O impacto da crise de representação	172
3.3.2 A posição dos tratados de direitos humanos no Brasil	180
3.3.2.1. O contraste entre a posição doutrinária e o entendimento firmado no STF	181
3.3.2.2. O duplo controle	185
3.3.3. A incompatibilidade do ativismo judicial e do garantismo penal com o contexto internacional	189
4. Conclusões parciais	194
PARTE 2 – O AUTORITARISMO NO CONTEXTO JUDICIAL BRASILEIRO	200
5. O autoritarismo relacional no ativismo judicial	203
5.1 Em busca de uma definição: o que é o ativismo judicial?	205
5.2 Compreensão através da diferença: outras visões sobre a atividade jurisdicional	213
5.2.1 Os limites da atividade jurisdicional	213
5.2.2 A democracia contínua de Dominique Rousseau	220
5.3 Análise crítica de possíveis casos de ativismo judicial no Poder Judiciário brasileiro ..	225
6. O autoritarismo relacional no garantismo penal.....	256
6.1 Fundamentos teóricos: a desigualdade entre estado-acusador e indivíduo-acusado	256
6.2 O contexto nacional	261

6.3 O garantismo penal no Poder Judiciário brasileiro.....	266
6.4 O estigma na reprodução da desigualdade: as consequências sociais do cárcere	287
7. Conclusão	294
Bibliografia.....	304

1.PROLEGÔMENOS

Muitos dos conceitos que serão trabalhados na presente tese necessitam de uma definição mais clara, ou por serem pouco conhecidos em alguns países – como é o caso do garantismo penal na França – ou por terem conteúdos bastante controvertidos. Mesmo que, em relação a pelo menos parte desses conceitos, seja feita uma abordagem mais aprofundada em capítulos próprios, é necessário que já fique evidenciado do que se está a falar, a fim de que seja possibilitada a adequada compreensão desde o início da leitura. Não seria suficiente, portanto, uma simples introdução, mesmo que acompanhada de um capítulo inicial conceitual. Optamos, desse modo, pela elaboração dessa exposição preliminar das proposições mais relevantes, deixando o desenvolvimento sistemático dessas ideias para um momento posterior.

O foco, portanto, nesses prolegômenos, não será fazer uma discussão completa de todos os possíveis significados de cada conceito e a defesa exaustiva do sentido aqui adotado, mas apenas o desenvolvimento suficiente para evitar, na maior medida possível, eventuais equívocos, auxiliando na compreensão da problemática aqui abordada, referente ao autoritarismo e, mais especificamente, em que medida a tradição autoritária brasileira influencia na forma como são compreendidos e utilizados os conceitos de garantismo penal e ativismo judicial em nosso meio jurídico.

1.1. Introdução

Compreender o autoritarismo não é uma tarefa fácil. Quando é estabelecido um recorte, com a análise de uma determinada tradição autoritária em um país específico, a faina se torna mais palpável, mas, ainda assim, bastante complexa. No presente trabalho, buscamos entender a tradição autoritária brasileira e seus efeitos em nosso meio jurídico, através da análise de dois dos fenômenos que tem um grande alcance nesse meio: o ativismo judicial e o garantismo penal. Entretanto, será necessário explorar diversos outros conceitos, percorrendo um longo caminho até chegar a algumas conclusões sobre como as instituições jurídicas brasileiras são influenciadas não apenas pela nossa tradição, mas também por um complexo cenário internacional.

A primeira pergunta que pode surgir é: por que o ativismo judicial e o garantismo penal? De fato, é razoável pensar que outros fenômenos poderiam ser analisados, já que os

conceitos e teorias jurídicas explorados no Brasil são inúmeros e todos, em alguma medida, devem se adequar às nossas tradições. A resposta para esse questionamento não pode ser encontrada fora da própria pesquisa. Em outras palavras, a inquietação que originou essa pesquisa não se referia especificamente à compreensão sobre como o ativismo e o garantismo influenciam nosso meio jurídico. Foi a intenção de entender esse meio e, mais especificamente, de assimilar a razão da manutenção, até os dias atuais, de um conjunto de relações claramente autoritárias dentro de nosso Sistema de Justiça que evidenciou a necessidade de analisar esses dois fenômenos jurídicos. Por diversas razões, que serão analisadas ao longo do trabalho, esses dois conceitos foram os que mais bem se adequaram à manutenção do *status quo*, mesmo que trazendo uma aura de mudança. Podemos dizer, portanto, que o ativismo judicial e o garantismo penal são as duas principais justificativas racionais através das quais se busca legitimar a tradição autoritária brasileira, especificamente, dentro do Poder Judiciário nos dias atuais.

A constatação da relevância do ativismo judicial e do garantismo penal para o estudo do tema inspirou, portanto, a formulação do *problema* de pesquisa que guiou a elaboração dessa tese: em que medida a tradição autoritária brasileira influencia na forma como são compreendidos e utilizados os conceitos de garantismo penal e ativismo judicial em nosso meio jurídico? Entretanto, é importante estabelecer, desde já, uma breve autocrítica. O problema apresentado talvez não reflita exatamente o que foi a pesquisa, pois pode levar a crer que a centralidade do estudo realizado estava nos conceitos de ativismo judicial e de garantismo penal, quando, na verdade, o que se buscava era compreender melhor as características do autoritarismo brasileiro através da análise desses dois fenômenos dentro do Poder Judiciário.

A *hipótese* fundamental originalmente apresentada era a de que o autoritarismo brasileiro encontrou, em nosso meio jurídico, novas formas de legitimação no ativismo judicial e na práxis de nosso garantismo penal. Partiu-se, assim, das hipóteses de que: a) o ativismo judicial e o garantismo penal praticados no Brasil não se adéquam ao atual contexto mundial marcado pela crise do Estado e pela hipermodernidade; b) temos, no Brasil, um “garantismo que não garante”, bem como que a diferença de tratamento recebido pelos “clientes” do sistema penal brasileiro, a depender da classe social a que pertencem, acaba colaborando para agravar a desigualdade social, tendo em vista que o estigma social deixado pelo cárcere diminui sensivelmente as oportunidades da maioria dos ex-detentos; e c) o ativismo judicial praticado no Brasil está intimamente ligado ao autoritarismo, sendo que, em nosso meio jurídico, esse encontrou uma forma de legitimação naquele. Contudo, no decorrer

da pesquisa ficou claro que o autoritarismo brasileiro apresenta um conjunto de características ainda não explorado de forma adequada na doutrina nacional. A partir dessa percepção foi elaborado o conceito de autoritarismo relacional, constituindo esse uma contribuição original da tese.

Nenhum desses dois fenômenos – ativismo judicial e garantismo penal – surgiu no Brasil. Eles foram transplantados para o nosso território justamente com esse intuito legitimatório. Esse é mais um ponto que merece esclarecimento. Geralmente, encaramos a importação de conceitos de uma maneira idealizada: ideias, conceitos e movimentos surgem e se desenvolvem o tempo todo pelo mundo, por que não buscar inspiração naqueles que consideramos positivos? Por que não utilizar ideias de pensadores estrangeiros para aperfeiçoar nossas instituições ou até mesmo modificá-las completamente, caso isso seja entendido como adequado? A inspiração em modelos estrangeiros, especialmente em momentos de transformações sociais, acontece tem todas as partes do mundo e não haveria razão para não ocorrer no Brasil. Não é disso, entretanto, que estamos a tratar. Defendemos, nesse trabalho, que o ativismo judicial e o garantismo penal fazem parte de uma longa linha de conceitos que foram transplantados para o território nacional sem que houvesse o real objetivo de transformar a realidade social através dessas ideias. A finalidade dessas importações seria apenas utilizar o arsenal teórico já produzido sobre esses conceitos para legitimar o cenário social existente. Não há dúvida, entretanto, de que, para esse fim, o discurso e a prática devem ser muito diferentes – o que é, de fato, a regra nessa linha de transplantes há pouco mencionada.

Se, em território brasileiro, a dinâmica social é profundamente influenciada por conceitos transplantados de outros países, é impossível compreender o cenário nacional sem analisar o contexto internacional em que essas ideias se desenvolvem. De fato, as razões da relevância do garantismo penal e do ativismo judicial no Brasil só podem ser apreendidas através da intelecção desse contexto. Sem essa análise seria inviável até mesmo a conclusão de que houve aqui a deturpação dos conceitos. Desse modo, o estudo de nossa história é fundamental para compreender nossa tradição autoritária, mas não menos importante é o entendimento sobre a conjuntura mundial em que o Brasil está inserido. É por isso que a primeira parte desse trabalho é dedicada, em sua maioria, ao estudo da crise da modernidade, em suas origens, sua extensão e seus efeitos.

Vale mencionar, desde já, que a expressão *modernidade* não é utilizada como referência ao período da Idade Moderna, geralmente identificada como o interregno entre 1453 e 1789, cujos marcos históricos são a queda de Constantinopla e a Revolução Francesa.

A aqui chamada modernidade, assim denominada em muitos estudos, especialmente na linha da sociologia, diz respeito ao período que se inicia aproximadamente com as revoluções americana e francesa de 1776 e 1789, respectivamente, e que, para alguns, dura até os dias atuais. Outros, entretanto – em especial os chamados pós-modernos –, entendem que a modernidade está em crise desde a segunda metade do século XX. Mas o que seria essa crise?

Mesmo que o mundo globalizado em que vivemos seja formado por um conjunto incrivelmente variado de influências oriundas das mais diversas culturas e tradições, poucos duvidam de que uma parte considerável das bases de nossa racionalidade vem da Grécia antiga. Somos, em grande medida, herdeiros do mundo grego. Ainda que vários conceitos desenvolvidos pelos helênicos sejam ainda hoje debatidos, esse legado vai muito além de discussões e definições pontuais. Nossa compreensão do mundo e nossas percepções sobre tudo que nos rodeia seriam muito diferentes sem aquilo que aprendemos com os pensadores gregos.

É por isso que, ao falarmos em crise da modernidade ou crise do Estado, não podemos deixar de pensar também naquilo que herdamos dos antigos – já que, em alguma medida, nós *somos* aquilo que nós herdamos. A modernidade está umbilicalmente ligada a outros períodos históricos e, em particular, à antiguidade clássica. Democracia, filosofia, política e tantas outras não são apenas expressões distantes. Elas fazem parte da nossa vida cotidiana e, ainda que, por vezes, já consideravelmente distantes dos conceitos originais, definem aspectos essenciais de nossa vivência. Para analisar a crise da modernidade é preciso compreender alguns dos fundamentos da própria modernidade, que só podem ser encontrados muito antes do advento histórico dessa. Para tanto, será utilizada a obra de um pensador antigo bastante referenciado em outras áreas do pensamento, mas praticamente desconhecido no Direito: Heródoto. Conhecido como “o pai da História”, Heródoto é um autor central para a compreensão das origens do pensamento racional na antiguidade, ao mesmo tempo em que desenvolveu uma das mais relevantes análises contemporâneas da democracia grega. Esses dois elementos, pensamento racional e democracia, são fundamentais para o adequado entendimento do legado dos gregos para a modernidade.

Precisamos, também, compreender se estamos realmente a tratar de uma crise. Falamos há décadas dessa crise, sem que haja qualquer perspectiva concreta para o seu fim. Não apenas isso. Essa crise incluiria outras internas a ela, como a crise de representatividade e a crise do associativismo. Ainda que existam, indubitavelmente, elementos a sustentar a interpretação de que vivemos em um momento histórico de crise, outros aspectos indicam que estaríamos assistindo já a um novo período, em que a constante e cada vez mais célebre

mudança, mesmo de elementos estruturais da sociedade, é a nova regra. A isso, poderíamos chamar de *caos*. Várias mudanças ocorridas no mundo nas últimas décadas levaram a um processo de questionamento de conceitos que foram fundamentais durante toda a modernidade. Um desses conceitos é a soberania, cujo conteúdo e alcance são, atualmente, bastante discutidos. O reconhecimento da ausência de fronteiras da questão ambiental, motivada, especialmente, pelo alcance global dos processos de degradação do meio ambiente e de suas consequências, bem como a intensa internacionalização da produção e, consequentemente, dos mercados de trabalho, das empresas e do consumo, e, ainda, o fluxo global cada vez mais acelerado de capitais podem ser citados como exemplos.

O aspecto que mais importante para compreendermos a relevância do ativismo judicial e do garantismo penal no Brasil é, entretanto, a questão dos direitos humanos. Após a Segunda Guerra Mundial percebeu-se que a proteção desses direitos, ou, pelo menos, de um conjunto mínimo deles, não poderia ser deixada a cargo exclusivamente de cada país, o que motivou a assinatura de vários tratados internacionais e a criação de diversas organizações internacionais e transnacionais. São estudados, assim, o atual cenário de crise – ou caos – e o processo de internacionalização dos direitos humanos em nosso país, bem como a compatibilidade do garantismo penal e o ativismo judicial com esse processo. Além disso, é feita uma análise sobre a forma como se desenvolvem as relações de poder dentro do Judiciário brasileiro, buscando compreender como a tradição autoritária brasileira se desenvolve nessa instituição. É necessário frisar, entretanto, que não se busca mostrar que essa tradição autoritária está apenas no Poder Judiciário. Sendo uma característica de nossa sociedade, ela se manifesta na maior parte de nossas instituições. O que ocorre no Poder Judiciário é apenas um exemplo de um processo social muito mais amplo.

Ainda que, como dito há pouco, a crise do Estado desperte questionamentos a respeito de conceitos cujo conteúdo foi de fundamental importância durante o período moderno, as mudanças ocorridas no mundo nas últimas décadas revelam não propriamente um rompimento com a modernidade, ou seja, não estaríamos vivendo em um período pós-moderno, como muitos defendem. O inchaço das atividades financeiras, da circulação de capitais e de informações, do consumo, entre outros, são elementos que apontam para um período de extremos: uma *hipermodernidade*. Uma das características da modernidade sempre foi a tensão entre a territorialidade e a mundialidade, entre a soberania nacional e as relações internacionais, mas com clara proeminência da primeira sobre a segunda. Na hipermodernidade, essa tensão também está exacerbada. A soberania é questionada justamente em razão da crescente importância das relações internacionais, devido aos fatores

acima mencionados. Não se pode mais falar em preponderância do aspecto interno sobre o externo, havendo, nos dias atuais, um equilíbrio muito mais complexo. Mas essa ideia de exacerbação da modernidade está intimamente ligada também a outro conceito, que é a hiper-realidade. De fato, a ideia de hiper-realidade conecta-se diretamente à extrema acentuação de um dos aspectos da modernidade – o consumo – que acaba por ressignificar completamente a realidade social¹, inclusive no que se refere às relações de poder.

Estranhamente, a produção acadêmica em diversas áreas do direito parece ignorar a relevância dessas mudanças². Ainda que os conceitos de ativismo judicial e garantismo penal tenham sido transplantados para o Brasil, fica evidente a sua malversação, pois a utilização que é feita desses em território nacional está em completa dissintonia com o contexto internacional. Em relação ao ativismo judicial brasileiro, mesmo que esse tenha sido importado de outros países, sua íntima conexão com a nossa tradição autoritária lhe dá um caráter tipicamente provinciano. As práticas autoritárias de muitos de nossos magistrados remetem a uma lógica feudal, onde cada juiz é soberano, criando sua própria lei, Constituição e ordenamento jurídico. No mesmo sentido, o garantismo penal aplicado no Brasil demonstra uma clara incompatibilidade com o mundo atual. Evidentemente, a doutrina produzida em terras brasileiras sobre o garantismo não ignora completamente a existência dos tratados internacionais e da jurisdição internacional. Todavia, os autores nacionais focam completamente a sua análise no aspecto interno, dando evidente proeminência a esse. A

¹ Diversos autores serão utilizados para tratar das características da pós-modernidade e dos conceitos a ela relacionados. A principal referência nesse tópico é Jean Baudrillard, especialmente em razão da construção que é feita sobre sentido do consumo na sociedade e como esse acaba por gerar uma perda de referencial que transforma totalmente as relações humanas. As principais obras para a compreensão desses aspectos são *La société de la consommation* e *Simulacres e Simulation*. Outros textos do mesmo autor também serão abordados, como, por exemplo, *Oublier Foucault*, essencial para a compreensão da relação entre as ideias de Baudrillard e Foucault.

² Em consulta ao portal de teses e dissertações da Capes (<https://catalogodeteses.capes.gov.br/catalogo-teses/#/>), não foi localizada nenhuma outra pesquisa com o mesmo enfoque. Há, de fato, trabalhos que abordam a questão das transformações do mundo pós-moderno e sua conexão com o direito, como por exemplo: BUSNELLO, PRISCILA DE CASTRO. **Direito penal e pós-modernidade: bases humanistas e conteúdo ético'** 31/05/2012 199 f. Mestrado em DIREITO Instituição de Ensino: PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO, São Paulo; EUFLAUZINO, CAIO VINICIUS BARBOSA. **DEMOCRACIA, DIREITOS E A CONDIÇÃO PÓS-MODERNA'** 07/12/2020 138 f. Mestrado em DIREITO Instituição de Ensino: CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA; FISORI, RAPHAEL FEITOSA. **O colapso do Estado Moderno: o Direito Ambiental Internacional como precursor do Direito no mundo pós- moderno'** 07/11/2021 179 f. Doutorado em DIREITO Instituição de Ensino: UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SANTOS, Santos; REIS, MILENA JACKELINE. **PÓS-MODERNIDADE, DIREITOS HUMANOS E ALTERIDADE: UMA CONCEPÇÃO MULTICULTURAL'** 01/02/2021 145 f. Mestrado em DIREITO Instituição de Ensino: PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO, São Paulo; RIBEIRO, LEONARDO JOSE DE ARAUJO. **Estratificações sociais e a hipermodernidade: a filosofia do Direito em Lipovetsky e um encontro com a realidade brasileira de consumo'** 01/02/2018 156 f. Mestrado em DIREITO POLÍTICO E ECONÔMICO Instituição de Ensino: UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE, São Paulo Biblioteca. Todavia, nenhuma das pesquisas localizadas traz abordagem análoga à que ora se propõe.

abordagem feita por eles é, portanto, essencialmente *moderna* e não *pós-moderna* ou *hipermoderna*. Além disso, o fato de as garantias penais serem efetivamente *garantidas* no Brasil apenas àqueles que possuem recursos para custear uma defesa consistente em juízo provoca uma contradição entre o que é defendido e os seus efeitos práticos. Esses fatores, em conjunto, dificultam muito a efetiva concretização de direitos fundamentais/humanos em nosso país.

Para analisar como essa complexa rede de elementos se desenvolve dentro do Poder Judiciário, é feita uma incursão na própria conceituação de poder e, em especial, na noção de poder relacional. É a partir dessa ideia que desenvolvemos o conceito de autoritarismo relacional, por entendermos ser esse mais adequado à compreensão das relações existentes dentro das instituições brasileiras do que a noção tradicional de autoritarismo, geralmente ligada a ideia de um regime político.

Depois de traçados os contornos do atual contexto de crise e de estabelecidas as premissas sobre as relações de poder que se desenvolvem em nossas instituições, far-se-á uma breve incursão pela história brasileira. Necessário lembrar, nesse sentido, que séculos de colonização marcaram profundamente a história brasileira. Como é comum nesse tipo de processo histórico – especialmente nas colônias de exploração – fomos colonizados não só economicamente, mas também culturalmente. A metrópole nos impôs não apenas um modelo produtivo, mas todo um conjunto de instituições e ideias que buscava definir completamente a nossa existência. A produção intelectual no Brasil colônia, apesar de ter existido, nunca foi fomentada por Portugal, tendo sido, mesmo, inibida pela metrópole.

Em uma sociedade segmentada entre senhores e escravos – com clara predominância de um dos polos – e onde o resto, com raras exceções, era apenas o resto, praticamente não havia espaço para o desenvolvimento do espírito. Nossas primeiras instituições políticas, como as capitâncias hereditárias, seguiram modelos que já haviam sido aplicados por Portugal em outras colônias. Esta lógica também impregnou o desenvolvimento brasileiro no período posterior à independência. Tanto no período imperial como no republicano, as teorias que aqui se faziam presentes, bem como as instituições que delas derivavam, eram trazidas dos países europeus ou da América do Norte.

No entanto, esses transplantes institucionais ocorriam de maneira meramente formal. Poder-se-ia pensar que a razão deste fenômeno seriam as diferenças entre os contextos sociais local e europeu ou norte-americano, que impedia a fiel aplicação de todos os conceitos em nosso território. Todavia, não é esse o ponto fundamental. De fato, se tivesse sido feita uma análise minimamente cuidadosa da realidade local, ter-se-ia facilmente percebido que grande

parte das ideias importadas não teriam nenhuma chance de aqui vingar, principalmente sendo implantadas – como o foram – de modo vertical. Nesse tipo de transplante nunca houve uma verdadeira preocupação com a fidelidade na aplicação dos princípios que norteavam as linhas teóricas em seus países de origem. A questão é diversa. O transplante de diversos conjuntos de preceitos ao longo de nossa história não teve um cunho verdadeiramente transformador, ao menos não no sentido de constituir tentativas de aproximar a sociedade brasileira do contexto europeu ou norte-americano. O objetivo dos setores da sociedade que promoveram essas importações era meramente legitimar uma realidade social já existente, por meio da invocação de um conjunto de ideias em voga nos países desenvolvidos, ou, mesmo, legitimar alguma mudança ocorrida em nossa sociedade, mas de sentido e amplitude bastante diversos daquelas transformações que levaram à criação das teorias nos países de origem. Desse modo, conceitos como democracia, república e liberalismo, entre outros, foram para cá transplantados, sem que houvesse, no entanto, significativas transformações estruturais em nossa sociedade³.

Vale frisar que a importação de modelos ou a inspiração em exemplos externos ou antigos é um fenômeno universal. Os próprios pais da pátria norte-americana tiveram como referências ideias e instituições da antiguidade, da renascença, da Inglaterra e da França contemporâneas. Também a França revolucionária buscou inspiração nos clássicos e no exemplo estadunidense.

Porém, não é isso que encontramos na experiência brasileira. Aqui, os conceitos não foram construídos – ainda que com inspiração em elementos externos –, como na Europa ou na América do Norte, foram, ao invés disso, reproduzidos e utilizados pragmaticamente. No mesmo sentido, a justificação dos regimes não se deu mediante a demonstração ao povo da coerência das ideias – até mesmo porque, na maior parte de nossa história, o povo foi deixado à margem dos acontecimentos –, mas sim mediante a utilização da palavra eficaz. As próprias teorias já traziam em seu bojo sua legitimidade, justamente por terem sido produzidas nos grandes centros culturais do mundo. Como utilizá-las em nosso país e que sacrifícios de ordem lógica seriam necessários para tanto eram problemas secundários.

É interessante notar que esse processo também constitui um dos aspectos do que chamamos de autoritarismo relacional. Ainda que entendamos que esse conceito, com algumas adaptações, possa se aplicar a outros contextos, a construção que será feita nesse

³ Diversas obras da historiografia nacional abordam o tema, dentre elas *Raízes do Brasil*, de Sérgio Buarque de Holanda, *A formação das almas*, de José Murilo de Carvalho e *Os donos do poder*, de Raymundo Faoro, que serão mais profundamente abordadas em capítulo próprio.

trabalho refere-se especificamente à realidade brasileira. Assim sendo, nossos aspectos históricos são essenciais para compreender a formação dessa feição específica do autoritarismo, que não diz respeito especificamente a um regime, mas sim a uma tradição. Desse modo, essa tradição autoritária perdura em períodos da história brasileira em que convivemos com regimes democráticos, mas também em interregnos de regimes autoritários. Ao mesmo tempo em que ela mantém, em alguma medida, uma lógica autoritária nos períodos democráticos, ela também conduz à busca de uma espécie de “legitimidade democrática” nos períodos autocráticos. Não é outra a razão, por exemplo, da inusitada defesa da chamada “democracia autoritária” durante um dos regimes mais fechados da história brasileira: o Estado Novo.

Pretende-se, assim, traçar uma aproximação entre os processos históricos acima mencionados e a realidade atual do ativismo judicial e do garantismo penal praticados no Brasil. No que se refere ao ativismo judicial, esse fenômeno revela aqui um caráter profundamente contraditório. Ao mesmo tempo em que busca inspiração na prática judiciária e na produção acadêmica de outros países, ele é essencialmente nacional pois assumiu aqui um sentido próprio, claramente ligado às características intrínsecas de nosso país. Serão abordadas algumas dessas características, visando a demonstrar sua íntima conexão com nossa tradição autoritária. Entretanto, é preciso ressaltar que, ao ligar o ativismo judicial ao autoritarismo, não se está afirmando que todos os juízes que adotam uma postura ativista buscam conscientemente a reprodução de estruturas sociais autoritárias. Há, evidentemente, em muitos juízes ativistas, uma boa vontade. É preciso lembrar, entretanto, que o autoritarismo não está nos *fins*, mas sim nos *meios*. Não há como garantir que essa “boa” vontade do magistrado seja boa para todos e não apenas para uma pequena parcela da sociedade. Ou, dito de outra forma, não há como saber se os valores desse magistrado vão coincidir com os princípios que norteiam o nosso ordenamento jurídico e com a produção legislativa democraticamente construída.

Já em relação ao garantismo penal, a crítica aqui realizada tem como foco justamente a forma como os princípios há décadas construídos pelos pensadores garantistas vem sendo aplicados no Brasil. Não se pretende, portanto, construir uma crítica à produção teórica dos autores garantistas nacionais, mas analisar como os conceitos por estes enunciados – frise-se, sempre embasados nos grandes nomes do garantismo europeu – são utilizados no dia a dia do Poder Judiciário, bem como nas fases preliminares de investigação. Assim, em um primeiro momento, são utilizados os conceitos expostos por diversos autores desta linha, tanto europeus quanto nacionais, no sentido de demonstrar que alguns dos alicerces do garantismo

penal – entre eles, a presunção de inocência – tem como um de seus fundamentos a desigualdade de forças entre os atores do processo penal, o Estado-acusador e o indivíduo-acusado. É feita, então, uma análise da diferença no tratamento recebido pelos réus em nosso sistema penal. Para tanto, proceder-se-á a uma apreciação do conteúdo de diversos julgados, bem como uma análise jurimétrica de alguns entendimentos jurisprudenciais no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e no Superior Tribunal de Justiça.

Busca-se demonstrar, enfim, que o garantismo penal e o ativismo judicial estão profundamente conectados, tanto em seu desenvolvimento na conjuntura internacional – ambos ligados à crise do Estado Moderno –, quanto em sua peculiar manifestação no contexto brasileiro, onde constituem as principais manifestações, no meio jurídico, de nosso autoritarismo relacional.

O método de abordagem é, portanto, o fenomenológico-hermenêutico, pois a pesquisa tem por objetivo final uma reconstrução conceitual dos fenômenos jurídicos aqui estudados. Na primeira parte, serão expostos os referenciais teóricos ligados à crise do Estado e às relações de poder, bem como será apresentado um breve histórico sobre os transplantes de conceitos para o território brasileiro como forma de legitimação da realidade local. Já na segunda parte, buscar-se-á revolver a base sobre a qual foram construídos os conceitos de ativismo judicial e garantismo penal no Brasil, reconstruindo o seu trajeto institucional a fim de demonstrar que esses se inserem na tradição anteriormente narrada de importações pragmáticas de conceitos. Sobre o estudo dos casos concretos realizados na segunda parte da tese, é importante ressaltar que não se pretende que as decisões analisadas constituam uma prova conclusiva dos fenômenos analisados. De fato, isso seria inviável, dado o número de decisões proferidas pelo judiciário brasileiro e a necessidade de exame dos fundamentos de cada decisão. Portanto, optou-se por analisar um conjunto de decisões de casos em diferentes níveis de jurisdição e de diferentes ramos do judiciário brasileiro. Além disso, particularmente no que diz respeito ao ativismo, foram utilizadas decisões que expressam diferentes aspectos desse fenômeno, buscando fornecer exemplos das diversas formas sob as quais ele se manifesta em nosso sistema judiciário.

Por fim, são cabíveis alguns breves esclarecimentos sobre opções de redação e de estruturação da tese. Primeiramente, em relação às citações de autores clássicos, como Heródoto e Aristóteles, optou-se por utilizar a forma tradicional de citação das obras, no formato “livro, capítulo”, ao invés da página da edição utilizada. Essa é a forma comumente utilizada nas obras no campo da história e entendemos ser a que torna mais fácil uma eventual

conferência do texto original, que possuem dezenas e, por vezes, centenas de edições diferentes.

No que se refere à utilização de algumas expressões, mesmo que haja um questionamento sobre a natureza no momento em que vivemos, ou seja, se esse pode ser caracterizado apenas como uma crise ou se já constituiria um novo período, que poderia ser conceituado como uma espécie de caos, entendemos que a referência, ao longo da obra, à expressão caos poderia gerar confusões e dificuldades na compreensão dos temas tratados. Optamos, portanto, pela utilização mais frequente da expressão crise, como estabelecido dentro da linha de pensamento ligada à pós-modernidade. No mesmo sentido, a própria expressão *pós-modernidade* foi utilizada preferencialmente, em vez de hipermodernidade ou hiper-realidade, mesmo que essas pudessem ser até mesmo mais precisas em alguns contextos.

1.2. É possível falar em um autoritarismo relacional?

Será proposta, nessa tese, uma abordagem um pouco diferente sobre o autoritarismo e, especialmente, sobre o autoritarismo brasileiro. Para compreender essa visão, é necessário partir da concepção de poder formulada por Foucault, no sentido de que não existiria algo como “o poder”, mas apenas relações de poder. Dito de outro modo, o poder se desenvolveria sempre de um modo relacional. Para além da proximidade evidente que existe entre as ideias de poder e de autoritarismo – ainda que, claro, não sejam conceitos equivalentes – entendemos que essa compreensão sobre o poder é fundamental para entender o funcionamento da tradição autoritária no Brasil. É necessário, desse modo, apresentar brevemente o conceito de poder utilizado neste trabalho antes de adentrar propriamente o autoritarismo. Em seguida, serão apresentadas as definições de crise do Estado, ativismo judicial e garantismo penal, por serem conceitos ligados à racionalidade do autoritarismo brasileiro. Como último elemento deste tópico, será desenhado um panorama da estrutura do Poder Judiciário brasileiro, bem como do funcionamento de alguns mecanismos processuais.

1.2.1. Breves apontamentos sobre a noção de poder em Foucault

Ainda que o conceito de poder vá ser trabalhado de forma muito mais aprofundada na primeira parte da tese, alguns apontamentos são importantes, desde já, para dar sentido à conceituação proposta para o autoritarismo relacional. Como referido acima, Michel Foucault

desenvolve a ideia de um poder relacional⁴. Essa não seria uma dentre as diversas manifestações do poder, mas sim a *forma* do poder. Para o referido autor, o poder é um modo de ação de alguns sobre outros, ainda que existam estruturas institucionais onde essas relações se desenvolvem. Desse modo, o poder deve ser analisado como algo que circula, Ele não está apenas nas mãos de alguns e nunca é apropriado como uma espécie de riqueza. Os indivíduos estão sempre em condições de exercer esse poder e também de sofrer os seus efeitos, nunca sendo somente alvos passivos. Em outras palavras, o poder não se aplica aos indivíduos, mas passa por eles. Assim, não devemos construir uma espécie de dedução do poder que, partindo do centro, se estenderia até atingir as bases da sociedade. Pelo contrário, é necessário realizar uma análise do poder de baixo para cima, partindo dos menores e mais fundamentais mecanismos e depois examinar como esses são usados e transformados por outros mecanismos e formas cada vez mais gerais de dominação.

Para Foucault, uma relação de poder é definida por um modo de ação que não opera diretamente sobre os outros, mas age sobre a ação desses: é, portanto, uma ação sobre a ação. Desse modo, as relações de poder não operam somente através do uso da violência ou da obtenção de consentimento. O exercício de poder não pode prescindir de um ou de outro, contanto, muitas vezes, com ambos ao mesmo tempo. Vale frisar que, ao definimos o exercício do poder como um modo de ação sobre as ações dos outros, incluímos um elemento importante, qual seja, a liberdade. Onde as condutas estão determinadas, onde não existe um espaço real para a ação, não há relação de poder. Assim, não há uma relação de exclusão entre poder e liberdade, mas sim um liame mais complexo, onde a liberdade e a resistência aparecem como condições da existência do poder. A área de atuação dessa microfísica do poder, direcionada por aparelhos e instituições, situa-se entre esses grandes mecanismos e os próprios corpos. O seu estudo sugere que o poder exercido se dá como uma estratégia e que os seus efeitos dominantes não estão relacionados com algum tipo de apropriação, mas com táticas que deveriam demonstrar uma rede de relações, sempre tensas, em vez de um privilégio que possa ser mantido. Esse poder existe mais como uma ação do que como uma posse, não representando um privilégio adquirido pela classe dominante, mas constituindo-se enquanto efeito geral das suas posições estratégicas – um efeito que não se separa da posição daqueles que estão dominados e pode até mesmo ser fortalecido por esta.

⁴ Várias obras de Foucault são utilizadas para fazer a discussão sobre diferentes aspectos das relações de poder. O texto em que o pensador francês trabalha de maneira mais clara sua conceituação de poder é *The Subject and the Power*, escrito originalmente em inglês. Serão utilizados também *Surveiller et punir* e o primeiro volume da *Histoire de la sexualité: La volonté de savoir*, bem como alguns textos presentes em uma coletânea publicada no Brasil intitulada *Microfísica do Poder*.

O fato de o poder não pertencer a um determinado segmento social ou de não estar intimamente atrelado a uma ou outra instituição não significa que não existam estruturas institucionais através das quais se estabelecem certas relações de poder, bem como que essas não sejam, de fato, fundamentais para a manutenção do *status quo*. Isso fica claro através do desenvolvimento da noção de biopoder. Esse conceito identifica justamente a feição assumida pelo poder no modelo de sociedade disciplinar que se desenvolveu durante a modernidade, caracterizada pela administração dos corpos e pela gestão calculista da vida, através de observações econômicas dos problemas de natalidade, longevidade, saúde pública, habitação e migração. Este biopoder exigiu a inserção controlada dos corpos no aparelho de produção e um ajustamento dos fenômenos de população aos processos econômicos, tornando necessária a estruturação de instrumentos de poder capazes de majorar as forças e as aptidões, mas sem torná-las mais difíceis de sujeitar. Assim, se o desenvolvimento dos grandes aparelhos de Estado como instituições de poder garantiu a manutenção das relações de produção, as técnicas de poder presentes em todos os níveis do corpo social agiram no nível dos processos econômicos e deram sustentação a esses.

No que se refere ao Brasil, a conexão entre o poder relacional e a tradição autoritária brasileira reside justamente na constatação de Foucault de que o poder não pode verdadeiramente pertencer a nenhum indivíduo ou a nenhum grupo – e, portanto, todas as relações de poder devem ser analisadas de um modo fluido, que privilegia muito mais um conjunto de estratégias, de posições e de relações entre diferentes pessoas ou segmentos da sociedade, relações essas sempre tensas e instáveis. Entretanto, essa conexão está, ao mesmo tempo, relacionada à percepção de que as instituições sociais, como o Poder Judiciário, constituem frequentemente estruturas preferenciais através das quais se desenvolvem relações de poder, servindo como importantes instrumentos na manutenção do *status quo*, inclusive através da reprodução e legitimação de determinados discursos.

1.2.2. (In)compreensões sobre o autoritarismo

Uma das percepções equivocadas que podem surgir quando se fala de autoritarismo no Brasil refere-se ao atual regime político do país. Em outras palavras, a menção ao autoritarismo provoca, em alguns, um estranhamento advindo do fato de não vivermos, atualmente, sob um regime autoritário. Essa utilização da expressão *autoritarismo* – em referência a um regime político ou a um estilo de governo – é, de fato, bastante difundida. De acordo com a *Oxford Reference*, por exemplo, o autoritarismo se refere a “um estilo de

governo em que os governantes exigem obediência incondicional dos governados”. Os seus adeptos seriam favoráveis, portanto a “um alto grau de determinação das crenças e comportamentos pelos governos e uma importância correspondentemente menor para as escolhas individuais”⁵. Mesmo autores que não trabalham estritamente dentro dessa lógica desenvolvem, por vezes, linhas argumentativas que corroboram com essa percepção. Pierre Rosanvallon, por exemplo, ao tratar do populismo, afirma que esse constitui uma forma limite do projeto democrático, que corre o risco constante de derivar para uma democratura, ou seja, “um poder autoritário que, no entanto, permanece dotado de uma capacidade (variável) de reversibilidade”⁶.

Umas das razões para a grande disseminação dessa abordagem é, provavelmente, a sua apresentação em obras bastante influentes, como, por exemplo, *Origens do totalitarismo*, de Hannah Arendt. Porém, é importante ter em mente que, mesmo que essa obra seja constantemente referenciada quando falamos de características de regimes autoritários, em poucos momentos esse conceito específico aparece – ainda que, evidentemente, sejam trabalhados aspectos de vários regimes de matriz autoritária, especialmente em contraposição às características próprias do totalitarismo. Uma das passagens mais significativas onde há referência expressa aos “regimes autoritários” é a seguinte:

O princípio do Líder não estabelece nenhuma hierarquia no Estado totalitário, como não o faz no movimento totalitário; a autoridade não se filtra de cima para baixo através de todas as camadas intermediárias até a base da estrutura política, como no caso dos regimes autoritários. A razão concreta é que não há hierarquia sem autoridade: e, a despeito dos muitos erros de interpretação cometidos em relação à "personalidade autoritária", o princípio da autoridade é, para todos os efeitos, diametralmente oposto ao princípio do domínio totalitário. O seu caráter primígeno já aparece na história romana: ali a autoridade, sob qualquer forma, visa a restringir ou limitar a liberdade, mas nunca a abolir-a. O domínio totalitário, porém, visa à abolição da liberdade e até mesmo à eliminação de toda espontaneidade humana e não a simples restrição, por mais tirânica que seja, da liberdade. Essa ausência da autoridade hierárquica no sistema totalitário é demonstrada pelo fato de que, entre o supremo poder (*o Führer*) e os governos, não existem níveis intermediários definidos, cada uma com o seu devido quinhão de autoridade e de obediência. O desejo do Führer pode encarnar-se em qualquer parte e a qualquer momento, sem que o próprio Führer esteja ligado a qualquer hierarquia, nem mesmo àquela que ele mesmo possa ter criado. [...] A dependência direta era real e a hierarquia

⁵ Disponível em <https://www.oxfordreference.com/display/10.1093/oi/authority.20110803095435698>, acesso em 12/06/2025. No original: “A style of government in which the rulers demand unquestioning obedience from the ruled. Traditionally, ‘authoritarians’ have argued for a high degree of determination by governments of belief and behaviour and a correspondingly smaller significance for individual choice.[...].”

⁶ ROSANVALLON, Pierre. *Le siècle du populisme. Histoire, théorie, critique*. Paris: Seuil, 2020, p. 15. No capítulo 3 será abordada também a definição de democratura apresentada por Xavier Philippe.

intermediária apenas imitava de maneira ostensiva, mas espúria, um Estado autoritário⁷.

Em outro ponto, ao comentar a criação de organizações de vanguarda, ela segue uma linha semelhante, afirmando que “o chamado ‘princípio de liderança’ não é totalitário em si; algumas de suas características derivam do autoritarismo e da ditadura militar, que muito contribuíram para obscurecer e subestimar o fenômeno essencialmente totalitário”⁸. Para Arendt, portanto, há uma ruptura quase completa entre o totalitarismo e os outros regimes, mesmo aqueles de matriz autoritária. É, de fato, àqueles regimes que a autora qualifica como totalitários que é dedicada a maior parte das reflexões apresentadas sobre esse tema, ainda que as construções relativas aos outros regimes, geralmente apresentadas como forma de comparação, também sejam importantes.

Percebe-se, ademais, que o autoritarismo não é exposto como um conjunto de características que pode estar presente em diversas sociedades e sob diferentes regimes políticos, mas sim como uma categoria que remete a uma feição de governo específica. O autoritarismo representaria, então, um tipo de regime cuja conceituação remete a uma determinada concepção de poder – centralizado, hierárquico, *fixo* – muito diferente daquela noção de poder relacional desenvolvida por Foucault.

A concepção de autoritarismo proposta no presente trabalho vai em sentido diverso da que encontramos na obra de Arendt. Primeiramente, é necessário ressaltar que muitos autores já trabalharam com o autoritarismo fora de uma ideia de regime político ou estilo de governo, especialmente no Brasil. Lilia Schwarcz, por exemplo, em obra intitulada *Sobre o autoritarismo brasileiro*, afirma que o objetivo do livro é “reconhecer algumas das raízes do autoritarismo no Brasil, que têm aflorado no tempo presente mas que, não obstante, encontram-se emaranhadas nesta nossa história de pouco mais de cinco séculos”⁹. Ela prossegue afirmando que alguns dos elementos mencionados no texto servem como “porta de entrada para entender a formação de ideias e práticas autoritárias no Brasil”. Vale lembrar que a obra teve sua primeira edição publicada em 2019. Ou seja, quando Schwarcz fala do “tempo presente” ela está se referindo atual regime político brasileiro. No mesmo sentido, Conrado Hübner afirma que “No ventre da democracia de 1988 foram criadas formas renovadas e

⁷ ARENDT, Hannah. Origens do totalitarismo: antisemitismo, imperialismo, totalitarismo. Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 454-455.

⁸ ARENDT, Hannah. Origens do totalitarismo: antisemitismo, imperialismo, totalitarismo. Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 414.

⁹ SCHWARCZ, Lilia Moritz. Sobre o autoritarismo brasileiro. São Paulo: Companhia das Letras, 2019, p.26.

originais de autoritarismo. Mesmo as formas que guardam afinidade com modelos do passado não podem simplesmente confundir-se com eles”¹⁰. Esse autor sustenta que os trinta anos da Constituição de 1988 ajudaram a perceber que o que se costuma chamar de “entulho autoritário” não era propriamente um entulho, mas sim um “estoque autoritário”, afirmando a importância de compreender como e por que esse estoque cresceu e se diversificou.

São desnecessários, nesse momento, outros exemplos no mesmo sentido pois vários serão apresentados no capítulo referente à tradição autoritária brasileira, localizado na primeira parte da tese. Essa é, de fato, uma perspectiva comum dentro da historiografia produzida no Brasil. Todavia, mesmo entre aqueles que analisam o autoritarismo brasileiro enquanto uma tradição, a visão predominante ainda é bastante engessada. Ainda que não se refiram necessariamente a um governo autoritário, descrevendo as características do autoritarismo em nossa sociedade também em períodos democráticos, esse autoritarismo é quase sempre exposto como uma manifestação de força. Também as instituições democráticas seriam, nesse tipo de análise, frequentemente alvejadas por manifestações claras de abuso de poder que constituiriam a expressão máxima dessa tradição autoritária. Essas manifestações de força funcionariam, nos períodos democráticos, quase como reminiscências dos interregnos autoritários, como uma memória que não foi superada ou um problema que *ainda* não se resolveu.

O que defendemos na presente tese, entretanto, vai além. Sustentamos não apenas que o autoritarismo no Brasil independe do regime político, constituindo-se enquanto uma série de (pre)conceitos e práticas que formam uma verdadeira tradição, mas também que essa tradição possui uma feição própria, com formas de reprodução e perpetuação particulares. Essas características são capazes de sobreviver, com algumas adaptações, tanto em períodos democráticos quanto em interregnos autoritários, já que estão mais intimamente conectadas com a nossa cultura do que qualquer regime político específico. Em outros termos, o autoritarismo no Brasil refere-se menos a um regime político – ainda que, evidentemente, já tenhamos tido vários períodos de regimes autoritários – e mais a uma determinada feição das relações que se estabelecem dentro das instituições brasileiras.

Essa forma que caracteriza a tradição autoritária brasileira conta, evidentemente, com manifestações de força. A visão, exposta há pouco, sobre a constante presença do abuso de

¹⁰ MENDES, Conrado Hübner. O entulho autoritário era estoque: o regime nascido da Constituição de 1988 não apenas incorporou práticas da ditadura, mas criou formas novas de autoritarismo. Quatro Cinco Um. [São Paulo]: Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. Disponível em: <https://laut.org.br/o-entulho-autoritario-era-estoque/>. Acesso em: 01 jul. 2025, 2020.

poder em nossas instituições não está equivocada, mas entendemos que ela é, de fato, incompleta, pois toma a parte pelo todo. Ela interpreta como sendo nossa tradição autoritária apenas uma fração dos elementos que realmente a constituem, dando especial ênfase às suas manifestações externas. Defendemos, todavia, que esse autoritarismo se constitui enquanto um conjunto de relações muito mais amplo, que, na prática, priva do efetivo acesso à cidadania grande parte dos indivíduos que não estão inseridos em determinados círculos sociais, ao mesmo tempo em que busca legitimação através de um discurso baseado em referências a ideias em voga nos grandes centros mundiais de produção cultural. É a isso, em linhas gerais, que chamamos de autoritarismo relacional.

É com frequência que vemos, por exemplo, decisões judiciais que são tachadas de autoritárias por não respeitarem o ordenamento jurídico aplicável ao caso concreto. Essas decisões são, sem dúvida, expressões do autoritarismo, mas elas não são *o* autoritarismo. Não são sequer a sua parte mais relevante, ainda que, claro, sejam algumas de suas frações mais evidentes. O ponto mais importante dentro da análise desse contexto autoritário é compreender quais são os aspectos da cultura institucional que permitem aos juízes proferir esse tipo de decisão e quais são as relações de poder estabelecidas naquele meio que podem levá-lo a decidir desse modo. Isso dificilmente será apreendido a partir da análise de apenas uma decisão e jamais poderá ser explicado sem a consideração de aspectos que vão muito além do que é apresentado como fundamentação.

No presente trabalho, não buscamos compreender cada caso isoladamente, procurando responder o que levou cada juiz a decidir de um modo ou de outro, mas sim construir um suporte teórico apto a demonstrar justamente que o autoritarismo nunca será suficientemente explicado com uma análise pontual; que ele não é um vício de um determinado membro do Poder Judiciário ou de qualquer outra instituição pública ou privada do Brasil. A compreensão do autoritarismo passa necessariamente pelo estudo da formação histórica e sociológica de um povo e o autoritarismo relacional é a feição da tradição autoritária no Brasil, onde o conjunto de relações interpessoais – que pode estar relacionado a uma série de fatores, como a origem social ou a condição econômica – muitas vezes define o tratamento que será recebido dentro do sistema judicial.

É importante ressaltar também que não se está, em qualquer medida, a defender a postura de julgadores que decidem com base em critérios não jurídicos – nem sequer indiretamente, classificando esse tipo de decisão como “inevitável”, já que resultante de nossa tradição – ou mesmo a replicar análises de pouca valia, como aquelas que estudam se os juízes proferem um número de sentenças condenatórias maior ou menor depois de

almoçarem¹¹. Não se trata de aderir a qualquer tipo de determinismo ou de buscar filigranas do comportamento humano e fazer análises jurídicas baseadas nelas, mas sim de compreender quais são as razões que tornam tão difícil, na sociedade brasileira, o respeito à integridade e à coerência do direito.

1.2.3. A que nos referimos quando falamos de crise do Estado?

O primeiro esclarecimento a ser feito é que a expressão *crise do Estado*, nesse trabalho, será utilizada como sinônima da locução *crise da modernidade* – estando essa última, ainda, diretamente conectada aos conceitos de pós-modernidade, hipermodernidade e hiper-realidade, já brevemente comentados na introdução. Certamente, seria possível defender que a crise da modernidade é um fenômeno mais amplo, que engloba a crise do Estado. Entretanto, é tamanha a relevância do Estado enquanto instituição para a modernidade e tão significativo o seu caráter simbólico que entendemos mais adequado que ambas as expressões sejam tratadas, pelo menos nos limites da presente tese, como equivalentes. Se a expressão crise do Estado é utilizada com mais frequência no decorrer desse texto é em razão de sua íntima ligação com dois aspectos mais propriamente políticos que são essenciais para a análise que será realizada: a crise da soberania e a crise de representação.

O primeiro relaciona-se à profusão de tratados internacionais assinados nas últimas décadas e à criação de diversos organismos internacionais, inclusive no que se refere à proteção de direitos humanos. Essa internacionalização se deu através de uma roupagem jurídica, simbolizada pela estrutura dos acordos e, principalmente, pela criação de diversas cortes internacionais. Já o segundo aspecto diz respeito à crescente desconfiança dos eleitores com os representantes eleitos, o que abriu espaço para o fortalecimento de outras instituições internas nos países, em particular do Poder Judiciário, tendo em vista que é através dele que muitos cidadãos buscam a efetivação dos direitos já consolidados e até mesmo o reconhecimento de outros. Percebe-se, portanto, que ambos os fenômenos são muito relevantes para a compreensão da centralidade do Poder Judiciário em muitos países nos dias atuais e, consequentemente, da razão desse constituir um objeto privilegiado de estudo para a compreensão de diversos elementos da sociedade, como, por exemplo, do autoritarismo.

¹¹ Disponível em <<https://g1.globo.com/economia/educacao-financeira/blog/samy-dana/post/2018/10/28/qual-a-chance-de-ser-condenado-se-o-juiz-estiver-com-fome.shtml>>. Acesso em 16/06/2025.

Além disso, é realizada, no presente trabalho, uma associação entre a ideia de crise e a de caos, mas é necessário esclarecer, desde logo, que a ideia de caos não é abordada apenas como uma referência ao possível colapso das estruturas produtivas em caso de um considerável aquecimento do planeta nas próximas décadas, como vem sendo feito por alguns autores no campo da sociologia. De fato, sociólogos como Monique Pinçon-Charlot utilizam-se de conceitos como caos climático ou caos ecológico ao referirem-se aos desafios relativos à manutenção da habitabilidade do planeta. Essa ideia fica clara no seguinte trecho:

O confronto entre a oligarquia, entendida em todas as suas dimensões, e as mudanças climáticas, também abordadas de forma multidimensional, tem a vantagem de permitir a conexão do que se apresenta sistematicamente em zonas seladas e separadas: poluição, derretimento de geleiras, degelo do permafrost, aumento de temperaturas, inundações, acidificação dos oceanos, incêndios, secas ou estações interrompidas. Porque, admitir que o caos ecológico é um fato social total que abala “a totalidade da sociedade e suas instituições”, seus diferentes elementos, “jurídicos, econômicos, religiosos e até estéticos, morfológicos”, segundo Marcel Mauss, à imagem exata da oligarquia que monopoliza os polos dominantes de todos os setores da atividade econômica e social, constitui a condição para que as informações mais pessimistas possam levar à vontade coletiva de lutar pela habitabilidade do planeta contra aqueles que continuam a enriquecer-se “custe o que custar”¹².

Ainda que essa perspectiva seja muito importante, ela está limitada a apenas um dos aspectos do fenômeno, qual seja, a compreensão de que a quebra do equilíbrio do clima no planeta poderá gerar uma série tão significativa de consequências que pode até mesmo impossibilitar a continuidade das estruturas sociais que conhecemos, gerando uma espécie de caos social.

Nessa tese, entretanto, trabalha-se com uma concepção mais ampla de caos, diretamente ligada aos elementos básicos do Estado moderno e que remete às próprias origens desse. Ou seja, a crise do Estado, que já foi objeto de inúmeras pesquisas nas últimas décadas, não representaria apenas um momento pontual, mas sim uma nova fase dessa instituição, cujas características são identificáveis e explicáveis através de uma análise histórica do

¹² PINÇON-CHARLOT, Monique. *Les Riches contre la planète: Violence oligarchique et chaos climatique* Paris, Editions Textuel, 2025, p.16. No original: “La confrontation entre l’oligarchie, appréhendée dans toutes ses dimensions, et le dérèglement climatique abordé lui aussi de manière multidimensionnelle, a l’avantage de permettre la mise en relation de ce qui est systématiquement présenté en zones étanches et séparées : la pollution, la fonte des glaciers, le dégel du pergélisol, la montée des températures, les inondations, l’acidification des océans, les incendies, les sécheresses ou les saisons bousculées. Car, admettre que le chaos écologique est un fait social total qui ébranle « la totalité de la société et de ses institutions », ses différents éléments, « juridiques, économiques, religieux et même esthétiques, morphologiques », selon Marcel Mauss, à l’image exacte de l’oligarchie qui s’approprie les pôles dominants de tous les secteurs de l’activité économique et sociale, constitue la condition pour que les informations les plus pessimistes puissent déboucher sur la volonté collective de lutter contre ceux qui continuent à s’enrichir « quoi qu’il en coûte » pour l’habitabilité de la planète”.

próprio Estado moderno, bem como do estudo de acontecimentos recentes que impactam a dinâmica dos fenômenos ligados a este.

Outro esclarecimento relevante é que a crise do Estado abordada nesse trabalho refere-se a uma instituição específica, ou seja, ao Estado moderno e não a qualquer ideia que envolva o conceito de coisa pública. É compreensível que certas concepções que envolvem alguma noção de crise nos Estados centrem-se em uma análise da contraposição entre o público e o privado e ao significativo crescimento desse último em relação ao primeiro, especialmente no que diz respeito à sua racionalidade¹³. Todavia, não é essa a linha de análise aqui desenvolvida. Assim, o surgimento e o fortalecimento de tribunais internacionais, com o poder de emitir mandados de prisão contra chefes de Estado, ou de blocos de países, com regras e sanções aplicáveis a todos os membros desses blocos, não seria uma evidência contrária à crise em comento, mas, na verdade, uma de suas principais demonstrações.

Ao falar sobre as relações entre o direito e a geografia e, mais especificamente, a respeito do conceito de “armadilha territorial”, Marie-Claire Ponthoreau lembra que essa expressão, utilizada inicialmente por geógrafos, foi acolhida pelos juristas, pois esses sabem o quanto o Estado, como unidade de análise, se impõe ao delimitar as competências dos órgãos públicos, o uso da força pública e a aplicação das leis. Ela ressalta, ainda, que “essa visão centrada no Estado tem sérias consequências para a análise de novas formas políticas, como a União Europeia”¹⁴

Entretanto, a diferenciação entre as formas públicas estatais e não estatais trazem inúmeras dificuldades, especialmente tendo em vista que os organismos internacionais são estruturados, muitas vezes, sobre a própria lógica de conformação do Estado. Um exemplo interessante dessa problemática é abordado por Ponthoreau ao tratar da diferença entre espaço e território. O espaço, mesmo que se refira à percepção de uma extensão a limites indeterminados, é físico, diferentemente do território, que corresponde sobretudo a uma apropriação política. De certa forma, o espaço está fora do Estado porque a ligação muito próxima entre território e Estado parece projetá-lo para fora da esfera estatal. Por exemplo, a “União Europeia não pensa no ‘seu’ território, uma vez que este está sob a alcada dos seus membros e da soberania desses, mas sim nos ‘seus espaços’”. Entretanto, a globalização

¹³ A esse respeito, ver DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. *La nouvelle raison du monde: Essai sur la société néolibérale*. Paris, La Découverte, 2010. A análise feita por Dardot e Laval é bastante complexa e vai muito além de uma mera contraposição entre público e privado. Entretanto, não há dúvida de que sua crítica é centrada no crescimento de uma racionalidade neoliberal e privatista, mesmo dentro de esferas que tradicionalmente foram geridas pelo Estado.

¹⁴ PONTHOREAU, Marie-Claire. *Le piège territorial en droit et par le droit*. Paris: Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, 2022, p. 8.

desafiou a equação de que a soberania territorial corresponde à soberania estatal. Acima e fora do Estado, outras entidades impõem suas regras. Basta pensar na questão dos fluxos migratórios na Europa, o que levou até mesmo ao questionamento do espaço Schengen. O controle das fronteiras externas da União Europeia é agora um tema candente devido a questões de segurança interna. Fica claro, portanto, que as categorias do Estado-nação regem nossas maneiras de identificar e explicar os objetos tanto no direito quanto na geografia¹⁵.

Vale notar, ainda, que, quando trabalhamos com essa questão espacial, a própria oposição, anteriormente mencionada, entre o público e o privado sofre, em alguma medida, uma relativização.

Quando se pensa, por exemplo, na noção de espaço público – ou, mais comumente referida no plural, como “espaços públicos” – referenciando o espaço de formação da opinião pública, é necessário entender que esses espaços são lugares físicos de contornos incertos marcados pela presença de um público, mas este último também é referenciado nas suas diferentes formas. Ponthoreau esclarece esse ponto ao recordar o tratamento que foi dado a esses conceitos durante a pandemia de Covid-19.

A metáfora espacial é, sem dúvida, o conceito-chave deste período de grande convulsão representado, em particular, pela pandemia da Covid-19, durante o qual “privado” e “público” não se tornaram intercambiáveis, mas mais próximos do que opositos, não sem riscos para os espaços públicos (cujo valor de mercado se baseia precisamente na sua abertura ao público). Esses riscos também se referem à sobreposição de significados oferecida pela noção de “espaço público”¹⁶.

Em suma, as noções de público e privado, ainda que fundamentais para a análise de diversas concepções relevantes na atualidade, não estão necessariamente ligadas ao Estado, o que pode provocar compreensões equivocadas sobre o que se está a falar quando estudamos a crise do Estado moderno. É fundamental, portanto, sublinhar que a crise em comento diz

¹⁵ PONTHOREAU, Marie-Claire. *Le piège territorial en droit et par le droit*. Paris: Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, 2022, p. 14. Anderson Vichinkeski Teixeira lembra, ainda, que vários outros tipos de espaço ganharam relevância nas últimas décadas, como o espaço extra-atmosférico e o espaço digital. Sobre esse último, ele afirma que “o espaço digital pode ser definido como o conjunto de interações, mediante sistemas de informações, entre usuários localizados em qualquer parte do globo terrestre que interagem em sistemas com níveis variáveis de abertura comunicacional. A necessidade de atribuir a abertura comunicacional decorre da impossibilidade lógica de se considerar como espaço digital, por exemplo, uma rede doméstica fechada que controla alguns dispositivos sem nenhum tipo de acesso externo à internet. Por outra sorte, essa mesma rede doméstica, caso esteja com acesso aberto a alguma rede, pode ser tida como interagindo com algum espaço digital na medida em que os atos por ela controlados não se limitam às interações reais e presentes dos usuários da casa entre si, o que colocaria as condutas de tais agentes dentro de alguma rede de normatividade”. In TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Constitucionalismo transnacional: história, ontologia, epistemologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2025, p. 227.

¹⁶ PONTHOREAU, Marie-Claire. *Le piège territorial en droit et par le droit*. Paris: Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, 2022, p. 18.

respeito especificamente à instituição *Estado*, enquanto fenômeno histórico, sociológico e político com características próprias, e que outros espaços que eventualmente venham a ser classificados como públicos em diferentes análises podem não se referir a esse fenômeno, mas sim a elementos que apoiam a própria ideia de sua crise.

1.2.4 Entre a judicialização da política e o ativismo judicial

Ante a notória dificuldade existente na definição do que é o ativismo judicial, tendo em vista a multiplicidade de visões existentes sobre o tema, entendemos que é fundamental, já nesses prolegômenos, expor claramente qual é a linha adotada na presente tese, deixando o desenvolvimento das principais discussões para o capítulo dedicado ao tema. De acordo com a Crítica Hermenêutica do Direito (CHD), “um juiz ou tribunal pratica ativismo quando decide a partir de argumentos de política, de moral, enfim, quando o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado (ou de um conjunto de magistrados)”¹⁷. De acordo com a CHD, a Constituição é o fundamento de todo o ordenamento jurídico e ela deve ser respeitada em cada decisão proferida pelo Poder Judiciário, sendo que estas decisões devem buscar a resposta constitucionalmente mais adequada ao caso concreto. Portanto, a exigência de fundamentação das decisões, prevista na Constituição, não se dá em quaisquer termos. Não existe, assim, discricionariedade na função do juiz. Juízes e tribunais não devem nem podem julgar “segundo a consciência” devido ao fato de que o que se passa na consciência do juiz pode não coincidir com ordenamento jurídico.

É importante perceber que, sob o pretexto de concretizar direitos fundamentais e realizar o projeto democrático da Constituição, a postura desses magistrados vai, muitas vezes, exatamente no sentido oposto, ou seja, ignora aquilo que está previsto na Constituição e na legislação com ela condizente. Assim, o ativismo judicial, no sentido aqui compreendido, configura uma prática antidemocrática, que oculta uma postura autoritária de parte dos magistrados ao decidirem de acordo com suas convicções pessoais e não em consonância com as normas vigentes no ordenamento jurídico brasileiro. Diariamente, em nosso Poder Judiciário, magistrados decidem questões com base em critérios morais, mas justificam seus julgados através de uma falsa obediência a princípios ou máximas de interpretação que, na verdade, servem apenas para legitimar qualquer tipo de decisão.

¹⁷ STRECK, Lenio. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 6^a ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 651, nota de rodapé n. 155.

Os limites semânticos do texto normativo não podem ser ignorados. Esses limites constituem uma garantia do Estado Democrático de Direito. A norma não se confunde com o texto normativo, mas também não há uma cisão completa entre eles. A norma é construída sempre no caso concreto, em um processo que envolve a seleção dos dados da realidade juridicamente relevantes para o caso em tela e a reunião dos textos normativos pertinentes para o referido caso; ou seja, o texto e o caso são constitutivamente dados de entrada na concretização da norma. De acordo com a CHD, o texto não carrega seu próprio sentido como algo pronto e acabado, mas ele é fundamental no processo interpretativo. Textos não são meros enunciados linguísticos e nem palavras ao vento. Portanto, não podem ser simplesmente deixados de lado pelo intérprete.

É importante fazer, ainda, uma distinção conceitual bastante relevante para a definição de ativismo aqui adotada, que se refere à diferenciação entre as noções de judicialização da política e de ativismo judicial. Há autores que, ao conceituar o ativismo, apresentam características que entendemos conexas ao fenômeno da judicialização da política, definindo o ativismo judicial apenas como uma participação mais ampla do Poder Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros poderes.

Para a Crítica Hermenêutica do Direito, a judicialização da política é um fenômeno contingencial, enquanto que o ativismo judicial consolida-se como um comportamento de juízes e tribunais, que, através de um ato de vontade, proferem seus julgamentos extrapolando os limites de sua atuação. Poder-se-ia afirmar que essa é apenas uma divergência conceitual e que o ativismo judicial é, de fato, visto por muitos apenas como o crescimento do âmbito de atuação do poder judiciário, em razão de uma série de mudanças ocorridas na sociedade. Porém, quando adotamos esse conceito, torna-se praticamente impossível tecer qualquer crítica consistente ao ativismo judicial. Entendemos, portanto, no presente trabalho, que o crescimento da atuação do judiciário em função de um dado contexto social é o fenômeno referente à judicialização da política, enquanto o ativismo judicial diz respeito tão somente ao comportamento dos juízes, que decidem utilizando-se de critérios não jurídicos, apesar de, na maioria das vezes, tentarem apresentar uma fundamentação aparentemente jurídica aos seus julgados.

Essa é, de fato, uma dificuldade que se apresenta na construção de qualquer análise sobre o ativismo judicial no Brasil nos últimos anos, pois se tornaram extremamente comuns

críticas ao ativismo motivadas por certos posicionamentos político-partidários que não contam com um embasamento teórico consistente e, além disso, não estão fundamentadas em uma base conceitual clara. Assim, muitas das críticas referem-se apenas a decisões do Supremo Tribunal Federal que, alegadamente, estariam invadindo as atribuições dos outros poderes¹⁸. Percebe-se, portanto, que a linha argumentativa principal dessas críticas se refere ao fenômeno da judicialização da política ou, pelo menos, está muito mais próxima deste do que daquilo que definimos aqui como ativismo judicial. Vale ressaltar que as críticas apresentadas no presente trabalho ao ativismo judicial também incluem argumentos que vão no sentido da legitimidade democrática dos representantes eleitos para a tomada de algumas decisões através do processo legislativo. Entretanto, esses argumentos referem-se apenas à impossibilidade de o julgador decidir conforme sua consciência, substituindo as leis legitimamente produzidas pelo Poder Legislativo por seus valores e crenças pessoais.

1.2.5. Constitucionalismo garantista e garantismo penal

Ao contrário da profusão de significados e de diferentes abordagens que comporta o conceito de ativismo judicial, acima referido, o garantismo penal é uma teoria cuja origem é bem definida e, ainda que hoje existam muitos autores que trabalham dentro dessa perspectiva, não há qualquer dúvida de que o principal nome dentro dessa linha é o do jurista italiano Luigi Ferrajoli. Apesar de ser um dos autores estrangeiros mais citados no direito brasileiro, Ferrajoli é um jurista pouco conhecido na França. Ex-aluno de Norberto Bobbio, sua obra teve notável impacto na Itália, Espanha e América Latina.

A teoria do garantismo ultrapassa em muito o âmbito do Direito Penal e Processual Penal. Luigi Ferrajoli distingue três significados para o constitucionalismo garantista: modelo ou tipo de sistema jurídico, teoria do direito e filosofia política. Como modelo de sistema jurídico, o constitucionalismo garantista se caracteriza, em relação ao que ele chama de “paleo-juspositivismo”, pela positivação também dos princípios que devem subjazer toda a produção normativa. Como teoria do direito, o constitucionalismo garantista tematiza a divergência entre o dever ser (constitucional) e o ser (legislativo) do direito, caracterizando-se pela distinção entre *validade* e *vigência*, já que admite a existência de normas vigentes ainda

¹⁸ Parte das críticas que se refere também a um alegado ativismo do Supremo Tribunal Federal dizem respeito a supostas diferenças pessoais entre alguns dos ministros da corte e figuras políticas do país. Sobre essas, entretanto, é praticamente impossível tecer qualquer comentário na seara jurídica que vá além da alegação de impedimento ou suspeição dos magistrados, o que não entra propriamente na lógica do ativismo judicial.

que inválidas, pois, apesar de terem sido produzidas de acordo com as normas procedimentais sobre a sua formação, são incompatíveis com as normas substanciais previstas constitucionalmente. Já como filosofia política, o constitucionalismo garantista consiste em uma teoria da democracia. Não apenas uma abstrata teoria do bom governo, mas sim uma teoria da democracia substancial¹⁹.

O garantismo marca, essencialmente, a transição de um antes para um depois do direito: do Estado de Direito legislativo para o Estado de Direito constitucional, ou mesmo da democracia formal para a democracia substantiva, na qual os direitos fundamentais delimitam uma esfera daquilo que o legislador não pode decidir, ou daquilo que não pode deixar de decidir, particularmente no campo dos direitos sociais. Esse fenômeno da invalidade substantiva, aplicado às leis em relação às suas fontes constitucionais, causa uma mudança de paradigma na forma de conceber o direito e a democracia, cujo alcance o positivismo de Kelsen e Bobbio não teria mensurado²⁰.

A teoria da validade que ele constrói, portanto, permite a identificação do *direito ilegítimo*, que pode ser direito em vigor (validade formal), eficaz, mas inválido (invalidade material), ou também direito formalmente válido (em vigor) e materialmente válido, mas ineficaz. Este é um ponto fundamental. Na democracia constitucional, a lei vigente não é necessariamente lei válida, e lei válida não é necessariamente lei eficaz. A lei pode estar em contradição com a Constituição, assim como a lei pode ter lacunas relativamente às exigências do ordenamento jurídico. A força do Estado constitucional de direito, que emergiu após a Segunda Guerra Mundial – pelo menos em uma perspectiva jurídica – reside precisamente, segundo Ferrajoli, na lacuna que pode existir entre a lei que existe e a lei que deve existir de acordo com o ordenamento jurídico, e, portanto, na possibilidade que oferece aos titulares de direitos que estejam insatisfeitos de invalidar, por meio do apelo às garantias, as ações e omissões das autoridades²¹.

Todavia, no Brasil, os ramos do direito em que o garantismo teve maior repercussão são, sem dúvida, o Direito Penal e o Direito Processual Penal. As garantias dadas aos réus no

¹⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo principalista e constitucionalismo garantista*. FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 13-56.

²⁰ BOUCOBZA, Isabelle. *La théorie du droit illégitime et les garanties des droits fondamentaux dans l'œuvre de Luigi Ferrajoli*. HERRERA, Carlos Miguel; PINON, Stéphane. La démocratie, entre multiplication des droits et contre-pouvoirs sociaux., Éditions Kimé, pp.41-60, 2012, p. 42-43.

²¹ BOUCOBZA, Isabelle. *La théorie du droit illégitime et les garanties des droits fondamentaux dans l'œuvre de Luigi Ferrajoli*. HERRERA, Carlos Miguel; PINON, Stéphane. La démocratie, entre multiplication des droits et contre-pouvoirs sociaux., Éditions Kimé, pp.41-60, 2012, p. 44-45.

processo penal são fruto de uma longa evolução histórica, na qual se percebeu que a violência perpetrada pelo Estado, apesar de ser a única legítima, é provavelmente a mais injusta, dada a desigualdade de forças entre as partes envolvidas: de um lado o Estado e, do outro, um indivíduo. Construiu-se, assim, todo um conjunto teórico que baliza o raciocínio de que a aplicação da violência estatal, para ser legitimada, tem que ser precedida de um processo. Ferrajoli afirma que o processo penal existe não para proteger a vítima ou a sociedade, de maneira geral, contra a criminalidade, mas sim o acusado, justamente por ser este o mais fraco em sua relação com o Estado. Desse modo, o processo penal não serve para proteger a maioria, mas sim para proteger, ainda que contra a maioria, aqueles cidadãos individualizados que, mesmo que sejam suspeitos, não podem ser considerados culpados sem provas.

Além disso, dentro dessa ótica, não é qualquer tipo de processo capaz de legitimar a violência perpetrada pelo Estado. É necessário que seja seguido um sistema acusatório, garantindo-se ao acusado uma série de direitos. Dentre esses, um dos principais é a garantia à presunção de inocência, ou seja, cabe ao Estado – nos casos de ação penal de iniciativa pública – provar que determinado indivíduo é culpado, sendo que a inércia de ambas as partes levaria à absolvição. Na realidade, os acusados no processo penal têm que lidar com o constante risco da perda da liberdade. Para Ferrajoli, no entanto, um inocente não poderia jamais ter esse tipo de temor, já que a prisão de um indivíduo que não é culpado é uma das maiores representações do arbítrio do poder estatal. De acordo com o jurista italiano, apenas a desconfiança de um inocente já é capaz de retirar a legitimidade de todo o sistema.

A justificativa moral do garantismo penal reside, portanto, na contenção do poder punitivo estatal, que decorre do reconhecimento da desigualdade de forças entre as partes envolvidas na relação Estado x Indivíduo.

1.2.6. Breve panorama da estrutura do Poder Judiciário brasileiro e de alguns institutos de direito processual

Tendo em vista que o presente trabalho não é destinado apenas aos juristas brasileiros, é importante que sejam esclarecidos alguns pontos que podem parecer triviais para quem está habituado ao contexto jurídico do Brasil, mas que podem ser quase totalmente estranhos ao público francês – mesmo entre aqueles que se dedicam ao estudo do Direito – e também aos leitores oriundos de outros campos do conhecimento. Assim, faz-se mister apresentar um breve panorama da estrutura do Poder Judiciário brasileiro, bem como de

alguns institutos jurídicos que serão relevantes para a compreensão das reflexões propostas e, na segunda parte, dos casos apresentados. É preciso ressaltar que não se pretende, nesse momento, expor todas as características dos órgãos e institutos mencionadas e nem aprofundar qualquer discussão sobre pontos que possuem algum tipo de celeuma jurídica, mas apenas apontar os aspectos necessários para a compreensão do trabalho.

Os órgãos do Poder Judiciário brasileiro estão previstos no artigo 92 da Constituição Federal, sendo enumerados o Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional de Justiça, o Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal Superior do Trabalho, os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais, os Tribunais e Juízes do Trabalho, os Tribunais e Juízes Eleitorais, os Tribunais e Juízes Militares e, por fim, os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios. Ainda que o referido artigo consiga abranger, em alguma medida, todos os órgãos do Poder Judiciário, ele certamente não faz uma descrição completa, já que não prevê exatamente, por exemplo, quantos e quais são os Tribunais Regionais Federais ou os Tribunais Regionais do Trabalho. De fato, até mesmo dois tribunais superiores não estão explicitamente contemplados nesse rol, quais sejam, o Tribunal Superior Eleitoral e o Superior Tribunal Militar – os quais, evidentemente, não deixam de ser “tribunais”, um eleitoral e outro militar, estando, portanto, previstos implicitamente no artigo 92, e expressamente apenas nos artigos 118 e 122 da Constituição, respectivamente.

A corte suprema do país é o Supremo Tribunal Federal, que é composto por onze ministros. Além de ser uma corte constitucional, tem diversas outras atribuições, como, por exemplo, a competência penal para julgar algumas das autoridades da República. O tribunal é dividido em duas turmas de cinco ministros, das quais não participa o presidente da corte. Já o Conselho Nacional de Justiça não é um órgão jurisdicional, tendo suas atribuições ligadas ao controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário e do cumprimento dos deveres funcionais dos juízes. O Superior Tribunal de Justiça, por seu turno, compõe-se de trinta e três ministros, tendo também um leque extenso de atribuições, inclusive na seara criminal, mas sua competência principal refere-se à interpretação final das normas infraconstitucionais do ordenamento jurídico brasileiro.

Além dos outros tribunais superiores, já mencionados, cada unidade da federação possui um Tribunal de Justiça e um Tribunal Regional Eleitoral. Existem, ainda, 24 Tribunais Regionais do Trabalho e 6 Tribunais Regionais Federais. Nesses casos, os tribunais têm abrangência territorial que pode ser superior à área de um estado. Vale mencionar que alguns estados possuem, ainda, Tribunais de Justiça Militar independentes, enquanto que, em outros, as causas militares são julgadas por órgãos especializados dentro dos Tribunais de Justiça. Por

fim, há a atuação dos juízes singulares, que atuam no primeiro grau de jurisdição dos diversos ramos do judiciário brasileiro.

O sistema recursal brasileiro também é bastante complexo, mas podemos dizer que a maior parte das causas se inicia no primeiro grau e, posteriormente, é julgada por um tribunal de segundo grau, quando interposto algum tipo de recurso ordinário. A maior parte dessas causas pode chegar até um tribunal superior – caso preenchidos os requisitos de admissibilidade – por meio da utilização de algum recurso de natureza extraordinária, que, a depender do ramo do Poder Judiciário, pode ter diversas denominações.

No que se refere mais especificamente ao direito penal, é importante abordar algumas características das prisões cautelares. A espécie de prisão cautelar mais relevante e mais amplamente utilizada no direito brasileiro é a prisão preventiva, cujas características estão previstas no Código de Processo Penal. Prevê o artigo 312 do CPP que essa poderá ser decretada como garantia da “ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado”. A parte final do dispositivo refere-se aos requisitos geralmente identificados doutrinariamente como *fumus comissi delicti* e *periculum libertatis*, ou seja, a presença de elementos de convicção sobre o cometimento do delito, bem como sobre o risco que o suspeito pode representar caso permaneça solto. Além disso, é necessário também que se trate, alternativamente, de crime doloso punido com pena máxima superior a quatro anos, que o acusado seja reincidente, que o crime envolva violência doméstica ou, ainda, que haja fundada dúvida sobre a identidade da pessoa, tudo nos termos do artigo 313 do CPP²².

Outra modalidade importante de prisão cautelar é a prisão temporária, cujas regras estão previstas na Lei nº 7.960/89. Essa poderá ser decretada pelo juiz em face de representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público e terá o prazo de cinco dias, prorrogável por igual período em caso de “extrema e comprovada necessidade”,

²² Art. 313. Nos termos do [art. 312 deste Código](#), será admitida a decretação da prisão preventiva: I - nos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos; II - se tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no [inciso I do caput do art. 64 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal](#); III - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência; § 1º Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida. § 2º Não será admitida a decretação da prisão preventiva com a finalidade de antecipação de cumprimento de pena ou como decorrência imediata de investigação criminal ou da apresentação ou recebimento de denúncia.

nos termos do artigo 2º da referida lei. Vale ressaltar que, em caso de crimes hediondos, a Lei nº 8.072/90 prevê que o prazo da prisão temporária será de trinta dias, também prorrogáveis por igual período. Essa modalidade de prisão é cabível “quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade” ou quando for imprescindível para as investigações de inquérito policial e houver fundados indícios de autoria ou participação do indiciado em um dos crimes previsto no rol do inciso III do artigo 1º da Lei nº 7.960/89²³.

1.3. Transplantes institucionais: uma abordagem baseada no direito comparado

A proposição feita no presente trabalho, no sentido de que o Brasil tem a sua história marcada por uma longa linha de transplantes institucionais²⁴, traz uma problemática já bastante abordada no campo denominado por muitos como Direito Comparado: é possível fazer um transplante institucional entre dois territórios, com aspectos culturais, históricos, políticos e jurídicos diferentes?

Muitos comparatistas entendem que sim, que um transplante legal ou institucional funciona de maneira análoga ao de um órgão humano e que a instituição transplantada continua a se desenvolver como em seu sistema original. Entretanto, é importante abordar,

²³ III - quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indicado nos seguintes crimes: a) homicídio doloso ([art. 121, caput, e seu § 2º](#)); b) seqüestro ou cárcere privado ([art. 148, caput, e seus §§ 1º e 2º](#)); c) roubo ([art. 157, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º](#)); d) extorsão ([art. 158, caput, e seus §§ 1º e 2º](#)); e) extorsão mediante seqüestro ([art. 159, caput, e seus §§ 1º, 2º e 3º](#)); f) estupro ([art. 213, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único](#)); (*Vide Decreto-Lei nº 2.848, de 1940*) g) atentado violento ao pudor ([art. 214, caput, e sua combinação com o art. 223, caput, e parágrafo único](#)); (*Vide Decreto-Lei nº 2.848, de 1940*) h) rapto violento ([art. 219, e sua combinação com o art. 223 caput, e parágrafo único](#)); (*Vide Decreto-Lei nº 2.848, de 1940*) i) epidemia com resultado de morte ([art. 267, § 1º](#)); j) envenenamento de água potável ou substância alimentícia ou medicinal qualificado pela morte ([art. 270, caput, combinado com art. 285](#)); l) quadrilha ou bando ([art. 288](#)), todos do Código Penal; m) genocídio ([arts. 1º, 2º e 3º da Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956](#)), em qualquer de suas formas típicas; n) tráfico de drogas ([art. 12 da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976](#)); o) crimes contra o sistema financeiro ([Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986](#)). p) crimes previstos na Lei de Terrorismo.

²⁴ Ainda que existam diferentes concepções sobre o tema, utilizamos, na presente tese, o conceito de transplantes institucionais como um gênero no qual os transplantes jurídicos estão inseridos. De fato, grandes modelos como Democracia ou República fazem parte da linha de transplantes institucionais aqui abordados e, ainda que esses tenham, evidentemente, desdobramentos jurídicos, seu impacto social vai muito além do direito. Outras expressões também são usadas ao longo do texto, fazendo referência a esses transplantes institucionais e jurídicos, como, por exemplo, a menção à importação de ideias e de conceitos. Vale lembrar que, além das reflexões desenvolvidas nesse capítulo, juristas como Rodolfo Sacco têm estudado e desenvolvido a teoria dos formantes jurídicos, buscando evidenciar, através do método comparativo, a dissociação dos formantes legal, jurisprudencial e doutrinário e a existência de regras ocultas e não-verbalizadas em qualquer ordenamento jurídico, até mesmo nos ordenamentos das sociedades complexas, como as modernas sociedades ocidentais. Ver mais em SACCO, Rodolfo. *Antropologia giuridica: Contributo ad una macrostoria del diritto*. Bologna: Il Mulino, 2007.

ainda que brevemente, as ideias e críticas elaboradas por Pierre Legrand, a fim de demonstrar que não existem verdadeiros transplantes jurídicos – ou, ampliando um pouco essas conclusões, transplantes institucionais de qualquer natureza – já que, ao ser levada de um país para outro, qualquer norma jurídica sempre passará por um processo de adaptação, que a transformará em algo, em alguma medida, nacional. Vale frisar que essa reflexão não está, de maneira alguma, em dissonância com os processos descritos na presente tese, já que são exatamente a forma e os objetivos que guiam, no Brasil, essa adaptação institucional que aqui são discutidos.

1.3.1. O comparatista em face do direito estrangeiro

A razão da impossibilidade da realização de verdadeiros transplantes jurídicos ou institucionais, na forma como já foram idealizados por alguns comparatistas, está diretamente ligada à própria relação do intérprete com o direito estrangeiro. Nesse sentido, Legrand defende que esse direito não deve ser contemplado como algo externo ao sujeito que o interpreta, pois é impossível que o alóctone seja concebido de maneira independente do intérprete e de sua interpretação, de modo que o direito estrangeiro nunca pode ser apreendido enquanto tal. Na mesma medida em que a distância é uma condição para o conhecimento do direito estrangeiro, ela torna esse conhecimento impossível, já que a mera apreensão desse saber o transforma em parte do próprio intérprete. Isso não significa que a investigação do direito estrangeiro acabe sempre em uma inquirição sobre a existência do comparatista em si, mas apenas que nenhuma pesquisa comparativa consegue se separar daquele que a instiga²⁵.

Para compreender adequadamente a visão de Legrand sobre o direito estrangeiro, é necessário entender suas críticas ao positivismo no campo comparatista. Para ele, mesmo que qualquer comparatista positivista tenha seu foco em leis ou casos, propondo a justaposição de leis substantivas e adjetivas em esquemas formalizados de classificação, os estudos jurídicos comparativos abrigam muitas versões do positivismo:

Por exemplo, é possível distinguir, especulativamente, entre um positivismo "poroso" praticado nos Estados Unidos e sua variação "hermética" encontrada na Europa continental. Mais uma vez, em que pese suas diversas formulações, a agenda positivista compartilha um certo número de características epistemológicas. Destacadamente, o positivismo sustenta a proposição de que só conta como direito

²⁵LEGRAND, Pierre. *Direito comparado: compreendendo a compreendê-lo*. Trad. Ricardo Martins Spindola Diniz. São Paulo: Contracorrente, 2021, p. 33-34.

aquilo que é vinculante enquanto direito. Outrossim, positivistas de todos os matizes estão primariamente preocupados com a analítica, isto é, com a técnica jurídica e a racionalização da técnica jurídica. Eles promovem a "dogmática jurídica", para traduzir uma frase consagrada no alemão, na medida em que buscam arranjar o Direito na forma de uma representação ordenada e sistemática dos diferentes textos postos em vigência pelo estado. Nesse diapasão, seus focos investigativos permanecem, sem desvios, sendo as regras – isto é, aquilo que foi determinado pelas autoridades relevantes como aquilo que o Direito é e as performances autoritativas dessas regras. De acordo com a doutrina positivista, essas performances se limitam a uma espécie de escrita em branco, isto é como escrupulosamente exegéticas, ou, se assim se preferir, o mais verborrágica possível.²⁶

Embora Legrand não pretenda refutar a afirmação de que cada comparatista fala com uma voz que revela uma certa idiossincrasia, ele sustenta que os comparatistas ortodoxos propõem uma abordagem do direito que parece suficientemente próxima das perspectivas defendidas por outros comparatistas ortodoxos, sendo possível legitimamente subsumir todas essas estratégias sob o título de "positivismo". Em uma análise sucinta, o positivismo jurídico se apresenta como uma tecnologia de conhecimento analítico segundo a qual o que é válido como direito é, como dito acima, apenas o que vincula como direito. Normatividade e obrigatoriedade sendo assim organizadas, o intérprete da lei – seja ele, por exemplo, um juiz, advogado, professor ou estudante – se propõe à tarefa de uma descrição abrangente, sem qualquer distorção. Para os comparatistas ortodoxos, enquanto, por um lado, é somente o que vincula como direito que deve ser formulado como o objeto exclusivo de estudo, por outro, o comparativismo deve atestar esse direito vinculativo por meio de exposições rigorosamente lógicas e sistemáticas, com uma preocupação de estrita exatidão, de uma maneira supostamente neutra, objetiva e científica. Não é de surpreender que a insistência do positivismo na obrigatoriedade tenha tradicionalmente significado que o direito deve estar limitado ao direito *em vigor* em uma determinada jurisdição. Portanto, pode-se dizer que uma das "grandes conquistas do 'direito comparado' é ter conseguido desnacionalizar o positivismo jurídico, ou seja, ter ampliado o escopo do positivismo jurídico para incluir positivismos nacionais estrangeiros dentro da estrutura semântica legítima da palavra 'direito' como ponto focal de estudo", mesmo que o direito de outros países seja, em princípio, desprovido de qualquer caráter cogente fora de suas próprias fronteiras²⁷.

Entretanto, o positivismo jurídico não pode atender aos requisitos do comparativismo. Isso ocorre pois não é viável simplesmente transpor para além das fronteiras nacionais uma abordagem do direito, como o positivismo, que se desenvolveu dentro de uma estrutura

²⁶LEGRAND, Pierre. *Direito comparado: compreendendo a compreendê-lo*. Trad. Ricardo Martins Spindola Diniz. São Paulo: Contracorrente, 2021, p. 39.

²⁷LEGRAND, Pierre. *Pour la relevance des droits étrangers*, IRJS Éditions, 2014, p. 37-38.

nacional para responder a preocupações técnicas ou práticas. Cada situação, nacional ou transnacional, levanta, de fato, questões epistemológicas que lhe são específicas. No plano nacional, a formulação de um ambiente jurídico harmonioso em nome de valores como previsibilidade e segurança pode, de fato, justificar a tentativa de eliminar o conflito. É assim que um juiz buscará legitimamente garantir que sua decisão não contradiga a lei nem outras decisões previamente proferidas no âmbito do Poder Judiciário. Entretanto, não é possível estabelecer o mesmo tipo de raciocínio no cenário transnacional. Ainda que os valores de previsibilidade e certeza jurídica importem tanto em casos que envolvem mais de um direito quanto em situações predominantemente locais, nos primeiros as questões de previsibilidade e certeza jurídicas devem confrontar outras ideias, que são específicas da dinâmica que envolve o direito estrangeiro. Essas ideias fundamentais podem ser chamadas de "reconhecimento" e "respeito" – o que não deve, segundo Legrand, implicar uma complacência forçada em relação a regimes políticos fundamentalistas. Essas noções demonstram que o outro não pode jamais ser reduzido apenas a um *alter ego*. Ao fazê-lo, as práticas de reconhecimento e respeito levam o eu a resistir ao pensamento totalitário ou hegemônico e a impedi-lo de se articular como um referente em virtude do qual o outro deve ser avaliado. Se a univocidade pode ser desejável em nível local, as demandas epistemológicas levantadas em situações transnacionais impõem a equivocidade. Assim, o positivismo dos comparatistas ortodoxos, embora desterritorializado no plano geográfico, permaneceu na órbita de esquemas nacionais pouco adaptados à complexidade do mundo jurídico pós-nacional. É por isso que estudar o direito estrangeiro a partir de uma perspectiva positivista é “colocá-lo em déficit de alteridade”²⁸.

Ao tentar oferecer uma interpretação racional dos dispositivos jurídicos, sistematizando e eliminando lacunas e contradições aparentes, “os positivistas subscrevem a um tipo de escrita que busca se presentar como um modo aproblemático e não-situado, buscando permanecer homogêneo aos propósitos do discurso dominante, que o precedem (e o definem)”. O positivismo busca, então, desenvolver proposições exatas acerca do que é o direito, tentando demonstrar sua impermeabilidade a qualquer questão que possa afetar a interpretação. De acordo com Legrand, a exclusão de qualquer compromisso político ou investimento pessoal da interpretação é um princípio importante do positivismo. Assim, qualquer manifestação deve obedecer, na maior medida possível, a lógica da replicação textual. Um comentário é adequado para os positivistas quando se apresenta de forma

²⁸LEGRAND, Pierre. *Pour la relevance des droits étrangers*, IRJS Éditions, 2014, p. 39-40.

completamente repetitiva. É, portanto, a duplicação do “texto-acerca-do-texto” – a decisão judicial acerca da lei ou a doutrina acerca da decisão judicial – que garante a estabilização do sentido, visando à promoção da repetição segura mesmo diante das circunstâncias mais diversas, que oferece o tipo de certeza confortável que acompanha uma imobilidade fundamental. Em suma, o positivismo quer se mostrar como estando simplesmente “lá” e não como tendo chegado onde está através de processos de contestação às práticas alternativas²⁹.

O positivismo ignora que é necessário pensar a comparação de direitos como uma análise das relações de poder ali implícitas. Ou, nas palavras de Legrand, “como poderia o comparatista não se perguntar: quem, através do texto da lei, exerce o poder e sobre quem? A quem é negado o acesso ao poder e a que custo? Quais interesses são atendidos pelo discurso jurídico conforme definido, limitado e imposto?” Somente as respostas a essas questões permitirão ao comparatista dar voz, através da sua, às minorias e aos marginalizados que também constituem – tanto quanto a ortodoxia que os relega a segundo plano – esse direito sobre o qual se detém o observador³⁰.

Assim, posições advindas do campo da ortodoxia positivista, no sentido de que não existiriam verdadeiras distinções entre os ordenamentos jurídicos de diversos países, falham claramente em fazer justiça à singularidade dos direitos estrangeiros, isto é, aqueles direitos que, para o comparatista, são diferentes do “seu” direito. Mas o fato é que, se há mais de um direito, há entre esses direitos a diferença ou a disputa. A questão é o que fará o comparatista em face disso. Ele concordará, por exemplo, em reconhecer que, se a legislação francesa não autoriza, nas escolas públicas, o uso de símbolos ou roupas que “ostensivamente” atestem a filiação religiosa, essa decisão se explica por razões históricas, políticas, sociais e epistemológicas, que merecem ser esclarecidas como componentes constitutivos do texto legislativo pertinente, se se quiser reivindicar uma compreensão significativa da lei? E o comparatista reconhecerá que se a Suprema Corte do Canadá permite que um jovem de doze anos de ascendência *sikh* carregue sua adaga ritual de metal – chamada de “kirpan” – é porque há, aqui também, razões históricas, políticas, sociais e epistemológicas que merecem ser esclarecidas como componentes constitutivos do direito caso queiramos reivindicar uma compreensão significativa do julgamento?³¹

²⁹LEGRAND, Pierre. *Direito comparado: compreendendo a compreendê-lo*. Trad. Ricardo Martins Spindola Diniz. São Paulo: Contracorrente, 2021, p. 40-41.

³⁰LEGRAND, Pierre. *Le Droit Comparé*. 5e édition. Paris: Presses Universitaires de France, 2016, p. 111-112.

³¹LEGRAND, Pierre. *Pour la relevance des droits étrangers*, IRJS Éditions, 2014, p. 41-43.

Sobre esse mesmo exemplo, Legrand desenvolve mais algumas reflexões em outras obras. Ele afirma que o interesse que a lei francesa e a decisão judicial canadense possuem para os estudos jurídicos comparativos excede muito aquilo que os positivistas consideraram como conhecimento jurídico aceitável. No que se refere ao direito francês, o positivismo focaria sua análise na distinção entre a lei e as decisões judiciais do Conselho de Estado que deveriam estar vinculadas ao texto legislativo, desconsiderando reflexões éticas, políticas ou econômicas. Todavia, isso não afasta a conclusão de que a lei francesa e a decisão judicial canadense veiculam diferentes discursos jurídicos, exibindo diferentes configurações históricas, rationalidades políticas, lógicas sociais e pressupostos epistemológicos. É importante frisar que esses discursos “não devem ser considerados como externos ao direito-texto ou contextuais em relação a ele, isto é, como uma espécie de ornamento pertencente ao domínio do não-Direito. Mais ainda, esses discursos, ou, melhor, esses discursos enquanto heranças [...] tomam parte na própria textura do direito-texto”³².

Uma implicação importante que resulta dessa compreensão é a de que, ao contrário do sustentado pelo positivismo, o texto jurídico que exclui considerações culturais nunca existiu. Enquanto para os positivistas uma explicação precisa abrange o direito como um todo, mas nada além do direito, o fato é que não há, nem pode haver, algo como um direito “puro”. Elementos aparentemente externos ao direito, como história, política e assim por diante, se revelam como sendo tão presentes quanto o próprio texto jurídico. O direito estrangeiro se caracteriza enquanto tal justamente em razão de ser imbuído de alteridade por outros discursos. E isso ocorre precisamente em razão de que a ideia de o direito ser completamente presente como algo que poderia ser apenas jurídico, em sentido estrito, é revelada como fatalmente falha³³.

Legrand busca, portanto, operar uma ressignificação, isto é, transformar a maneira como os “objetos” de conhecimento da comparação no direito são construídos, mas também deslocar os desejos do “sujeito”, que não mais insistiria em esconder o direito estrangeiro. Essa ruptura epistemológica implica um exercício paciente, animado pela preocupação, frequentemente ingrata, de levantar as máscaras textuais para trazer à tona, em benefício também do direito estrangeiro, aquilo que está além do texto. Esta abordagem exige aceitar a instabilidade ou a insegurança, o efeito de precariedade e de fragmentação que é suscitado

³²LEGRAND, Pierre. *Direito comparado: compreendendo a compreendê-lo*. Trad. Ricardo Martins Spindola Diniz. São Paulo: Contracorrente, 2021, p. 47-48.

³³LEGRAND, Pierre. *Direito comparado: compreendendo a compreendê-lo*. Trad. Ricardo Martins Spindola Diniz. São Paulo: Contracorrente, 2021, p. 52.

pela interação entre o comparatista e seu objeto. Não há mais nenhuma questão, por exemplo, de neutralidade, imparcialidade, objetividade ou verdade. Isto significa libertar a comparação de uma concepção de direito positivista que a limita, ao mesmo tempo que traz de volta os limites que esta concepção de direito apaga, como a indeterminação e a incompletude³⁴.

1.3.2. O perigo dos transplantes jurídicos

Como as considerações acima traçadas já deixam claro, Pierre Legrand defende que não existiriam verdadeiros transplantes jurídicos, pois, ainda que regras possam ser literalmente transcritas de um país a outro, essas entrariam em um contexto jurídico diferente, assumindo, assim, um sentido diverso. Ele argumenta que nenhuma regra na jurisdição que recebe uma determinada norma pode ter algum significado em relação à regra na jurisdição que serviu de base, já que “à medida que atravessa fronteiras, a regra original sofre necessariamente uma mudança que a afeta enquanto regra. A disjunção entre a declaração proposicional vazia e seu significado, assim, evita o deslocamento da própria regra”³⁵.

O jurista francês utiliza como referência de defesa dos transplantes jurídicos um texto de Alan Watson, intitulado *Legal Transplants: An Approach to Comparative Literature*, onde esse fenômeno é definido como a mudança de uma regra de um país para outro, ou de um povo para outro. Watson afirma, de fato, que um transplante legal bem-sucedido funciona como o de um órgão humano, que “crescerá em seu novo corpo e se tornará parte desse corpo, assim como a regra ou instituição teria continuado a se desenvolver em seu sistema original. O desenvolvimento subsequente no sistema hospedeiro não deve ser confundido com rejeição”³⁶. Mais relevante, entretanto, do que a definição sobre o que seriam os transplantes jurídicos é a conclusão a que Watson chega a partir de seus estudos, que foi bem sintetizada por Legrand no seguinte trecho:

O caráter nômade das regras comprova, de acordo com esse autor, que “a ideia de uma relação estreita entre o Direito e a sociedade” é uma falácia. A mudança no Direito é independente da ação de qualquer substrato social, histórico ou cultural;

³⁴LEGRAND, Pierre. *Pour la relevance des droits étrangers*, IRJS Éditions, 2014, p. 29-30.

³⁵LEGRAND, Pierre. *The Impossibility of ‘Legal Transplants’*. Maastricht Journal of European & Comparative Law, Maastricht, v. 4, p. 111-124, 1997, p. 120.

³⁶WATSON, Alan. *Legal Transplants: An Approach to Comparative Literature*. 2nd. ed. Athens, Georgia: University of Georgia Press, 1993, p. 27.

ela é, em vez disso – e um tanto mais simples –, uma função das regras importadas de outro sistema jurídico. De fato, Watson escreveu que “o transplante de normas jurídicas é socialmente fácil”.³⁷

É importante ressaltar que esse fenômeno não seria limitado a um determinado modelo ou a uma forma específica de realização. Para Watson, ele seria tão amplo que recepções ou transplantes de institutos jurídicos poderiam ocorrer “em todas as formas e tamanhos. Pode-se pensar também em uma recepção imposta, imposição solicitada, penetração, infiltração, cripto-recepção, inoculação e assim por diante, e seria perfeitamente possível distingui-los e classificá-los sistematicamente”³⁸. Assim, as considerações desse autor sobre a possibilidade – e, até mesmo, a trivialidade – de transplantes jurídicos, em um sentido bastante estrito, conduziram-no à conclusão de que não existe uma relação direta entre o direito e a sociedade, sendo possível a estruturação do quadro jurídico-institucional de um país independentemente das características históricas ou culturais desse.

Além disso, Legrand assevera que a construção feita por Watson pressupõe que o direito estaria limitado às regras e que essas seriam apenas declarações proposicionais vazias. Justamente essas regras que viajariam por jurisdições, sendo deslocadas, transplantadas. Como as regras não estão, dentro dessa perspectiva, socialmente conectadas de qualquer forma significativa, as diferenças entre fatores históricos não limitam ou qualificam sua transplantabilidade. Uma dada regra estaria, em potencial, igualmente em casa em qualquer lugar, pelo menos no que se refere ao mundo ocidental³⁹.

Porém, Legrand defende que nenhuma combinação de palavras que pretenda ser uma regra pode existir totalmente desprovida de conteúdo semântico, pois não há regra sem significado. Esse significado, porém, não é totalmente fornecido pelas palavras que a compõem. Ele emerge da regra de modo que deve ser pressuposto existir, ainda que virtualmente, dentro da própria regra, mesmo antes de o aparato interpretativo do intérprete estar envolvido. Nessa medida, o significado de uma regra é acontextual. Mas o significado é

³⁷LEGRAND, Pierre. *The Impossibility of 'Legal Transplants'*. Maastricht Journal of European & Comparative Law, Maastricht, v. 4, p. 111-124, 1997, p. 112. No original: “The nomadic character of rules proves, according to this author, that 'the idea of a close relationship between law and society' is a fallacy. Change in the law is independent from the workings of any social, historical, or cultural substratum; it is rather - and rather more simply - a function of rules being imported from another legal system. Indeed, Watson has written that 'the transplanting of legal rules is socially easy'.”

³⁸WATSON, Alan. *Legal Transplants: An Approach to Comparative Literature*. 2nd. ed. Athens, Georgia: University of Georgia Press, 1993, p. 30.

³⁹LEGRAND, Pierre. *The Impossibility of 'Legal Transplants'*. Maastricht Journal of European & Comparative Law, Maastricht, v. 4, p. 111-124, 1997, p. 113.

também uma função da aplicação da regra pelo seu intérprete, da concretização nos eventos que a regra pretende governar. Essa atribuição de significado está predisposta pela forma como o intérprete comprehende o contexto em que a regra surge e pela maneira como este molda suas perguntas, sendo esse processo em grande parte determinado por quem o intérprete é e onde está. Desse modo, o significado da regra é uma função dos pressupostos epistemológicos do intérprete que estão condicionados por fatores históricos e culturais⁴⁰.

Um exemplo ilustrativo é dado pelo autor francês ao comparar um aspecto específico do direito brasileiro e do direito inglês, qual seja, a existência ou não de um Código Civil. O estudo do direito inglês por um jurista brasileiro permite a este notar que é possível construir um direito sem Código Civil e, portanto, que esse tipo de instrumento não é necessário no ordenamento jurídico de um país. Ademais, isso evidentemente não significa que o direito inglês seja primitivo ou de qualquer forma mais atrasado do que o de outras nações. Os ingleses conhecem bem os sistemas jurídicos nos quais prevalecem os Códigos Civis e possuem as capacidades intelectuais necessárias para sistematizar seu direito sob a forma de código. Os ingleses consideram que um Código Civil não é compatível com a justiça, enquanto que um jurista brasileiro tende a crer que um Código Civil contribui justamente para promover a justiça. No Brasil, é comum a compreensão de que ao estabelecer regras claras e facilmente identificáveis, um Código Civil torna o direito mais comprehensível e acessível. Além disso, um código contribui para a coerência do Direito, especialmente entre áreas consideradas como relativamente independentes umas das outras, tais como o direito dos contratos e o direito das sucessões, mas também dentro de um mesmo campo. Do ponto de vista dos ingleses, o problema reside justamente no fato de que um código se apresenta como um sistema objetivamente racional. Na Inglaterra, busca-se evitar que a sistematicidade impeça o juiz de exercer a sua discricionariedade. Os ingleses são vinculados à ideia de que a justiça está intimamente ligada à adaptação da decisão do juiz aos fatos de cada caso concreto. O mesmo ocorre quando se está diante de textos legislativos, que evidentemente podem também ser encontrados na Inglaterra⁴¹.

Ao analisar um direito como o brasileiro, que diz sim ao Código Civil, e um direito como o inglês, que diz não a esse código, um jurista pode perceber, segundo Legrand, que esses dois sistemas jurídicos são "incomensuráveis" um em relação ao outro. A

⁴⁰LEGRAND, Pierre. *The Impossibility of 'Legal Transplants'*. *Maastricht Journal of European & Comparative Law*, Maastricht, v. 4, p. 111-124, 1997, p. 114.

⁴¹LEGRAND, Pierre. *Como ler o direito estrangeiro*. Trad. Daniel Wunder Hachem. São Paulo: Contracorrente, 2018, p. 28-29.

"incomensurabilidade" seria exatamente a ausência de uma medida comum a esses dois ordenamentos jurídicos, que, por si só, permitiria classificá-los ou hierarquizá-los. Não se pode estabelecer uma comparação direta entre o direito brasileiro com Código Civil e o direito inglês sem Código Civil, ou seja, do direito inglês casuista – um direito casuista é um direito dos casos, um direito do "caso a caso". Não há medida comum entre a codificação e a casuística. Assim, um direito codificado não pode ser considerado mais equitativo que um direito casuista e um Direito casuista não pode ser considerado mais certo que um direito codificado. Cada direito responde às expectativas nacionais, que podem ser explicadas historicamente através de elementos como a cultura e a tradição de cada povo⁴².

A interpretação seria, assim, sempre um produto subjetivo, e esse produto teria necessariamente um aspecto cultural: a interpretação é, em outras palavras, o resultado de uma compreensão particular da regra que é condicionada por uma série de fatores que seriam diferentes se a interpretação tivesse ocorrido em outro lugar ou em outra época. Uma interpretação é o resultado de uma distribuição desigual de poder social e cultural dentro da sociedade como um todo e dentro de uma comunidade interpretativa em particular (juízes, professores, etc.) e funciona de modo a eliminar ou marginalizar alternativas. Desse modo, o que determina qual interpretação vai prevalecer entre o conjunto de interpretações concorrentes é uma combinação de convenções epistêmicas produzidas como resultado de lutas por poder que são elas próprias não epistêmicas – o que significa que as outras interpretações em oferta também teriam promovido a compreensão da regra caso tivessem sido adotadas, ainda que de forma diferente⁴³.

Ao falar, por exemplo, da influência do direito estadunidense sobre o direito francês em matéria de crédito consocial, Legrand afirma que a própria eficácia da transferência do direito exige que ela seja registrada como uma reforma que faz sentido em relação aos marcos primordiais compartilhados globalmente por uma comunidade, que permitem aos seus membros distinguir o aceitável do inaceitável. Para falar concretamente, é precisamente porque foi possível incluir esse tipo de contrato nos mecanismos privilegiados da cultura jurídica francesa que a transferência das regras pôde ocorrer. Se essa adaptação não tivesse sido possível, a transferência do direito simplesmente não teria ocorrido. De fato, essa transferência depende do fenômeno da mutação para sua concretização. A aculturação do

⁴²LEGRAND, Pierre. *Como ler o direito estrangeiro*. Trad. Daniel Wunder Hachem. São Paulo: Contracorrente, 2018, p. 29-30.

⁴³LEGRAND, Pierre. *The Impossibility of 'Legal Transplants'*. Maastricht Journal of European & Comparative Law, Maastricht, v. 4, p. 111-124, 1997, p. 115.

instituto jurídico é essencial para que a transferência do direito seja bem-sucedida. Mas, como há uma mutação, nos encontramos no ponto de chegada com uma construção jurídica claramente diferente daquela que tínhamos no ponto de partida. A importância dos vetores locais para o bom andamento do processo de globalização teve, portanto, o efeito de limitar o escopo da influência da lei americana. Em outras palavras, para que o direito americano pudesse se estabelecer na França, ele teve que passar por uma certa *desamericanização*⁴⁴.

A esse fenômeno, Legrand, inspirado em Roland Robertson, dá o nome de *glocalização*⁴⁵, que seria justamente essa assunção de uma cor local pelos institutos jurídicos transplantados de outros países. Desse modo, ainda que a influência estadunidense seja notável, o peso da cultura continua válido na medida em que provoca, a cada transferência de direito, um processo de diferenciação e autonomia que desafia a crença ingênua segundo a qual os modelos jurídicos viajariam de uma jurisdição para outra independentemente das práticas locais. Sendo a glocalização o que é, a resistência autóctone, tão profundamente enraizada quanto inevitavelmente presente, faz com que a lei americana transplantada para a França nunca seja nada além de uma “americanidade devidamente afrancesada, estabelecendo-se de acordo com uma divisão e sintaxe ajustadas, que serão implantadas em solo francês”. Mesmo que ainda se possa reconhecer a sua origem enquanto uma lei estadunidense, ela não será, de modo algum, igual⁴⁶.

Percebe-se, portanto, que o comparatista está envolvido do início ao fim na preparação do texto que ele finalmente proporá como uma reprodução fiel do direito estrangeiro. Assim, a escrita do direito estrangeiro que ele propõe interrompe, segmenta e corta. Os caminhos de escrita que ele percorre envolvem a escolha de um registro enunciativo, ou seja, uma atitude em relação aos textos e ao mundo. Esses processos de apropriação e

⁴⁴LEGRAND, Pierre. *Pour la relevance des droits étrangers*, IRJS Éditions, 2014, p. 324-325.

⁴⁵ Necessário ressaltar, entretanto, que Robertson deixa claro que não criou a referida expressão. Ele afirma, de fato, que “de acordo com o Dicionário Oxford de Novas Palavras (1991: 134), o termo ‘glocal’ e o substantivo ‘glocalização’ são ‘formados pela união do global e do local para formar uma mistura’. Ainda de acordo com o Dicionário, essa ideia foi ‘modelada no *dochakuka* japonês (derivado de *dochaku*, ‘viver na própria terra’), originalmente o princípio agrícola de adaptar as técnicas de cultivo às condições locais, mas também adotado nos negócios japoneses para a localização global, uma perspectiva global adaptada às condições locais’ (ênfase no original)”. Robertson se propõe, entretanto, a utilizar a ideia geral de glocalização para analisar algumas questões sobre a problemática global-local. ROBERTSON, Roland. *Glocalization: time-space and homogeneity-heterogeneity*. In: Featherstone, M., Lash, S. and Robertson, R., Eds., *Global Modernities*, London: Sage Publications, p. 28-29.

⁴⁶LEGRAND, Pierre. *Pour la relevance des droits étrangers*, IRJS Éditions, 2014, p. 326.

estruturação da singularidade remetem a um comprometimento do intérprete, anunciando, assim, um posicionamento ético-discursivo⁴⁷.

O direito estrangeiro que o comparatista enuncia constitui o “seu” entendimento e a “sua” narração desse direito estrangeiro. Trata-se, assim, de uma lei estrangeira que terá sido filtrada pelo comparatista, ou uma lei estrangeira que terá se tornado a *sua* lei estrangeira. Isso significa que essa lei que o comparatista aborda não é tão estranha para ele como normalmente se supõe, porque a lei estrangeira do comparatista é o que resta de suas operações sucessivas de aproximação, subtração, remoção e alteração – não é, portanto, excessivo falar de um “gesto comparativo primordial”. Além disso, podemos considerar que o comparatista se configura enquanto tal não apenas rejeitando a rigidez das compreensões locais e supostamente homogêneas do direito, embora sem negar a força e a segurança singulares de cada direito, mas também inventando um lugar semântico cruzado que, não duplicando nem um nem outro dos direitos que ele estuda, constitui um lugar enunciativo que disputa com cada um deles seus territórios marcados, o que se torna, portanto, a expressão de outro tipo de glocalização. Desse modo, o comparatista não só inventa o direito estrangeiro, mas também inventa a interface para a qual o transporta para fazer a comparação. Em outras palavras, o comparatista está *inventando ao quadrado*⁴⁸. (Pour la relevance des droits étrangers, p. 399-401)

É necessário precisar, portanto, que a configuração dessa interface pelo comparatista ocorre mesmo que ele saiba que nenhuma lei estrangeira poderia dar lugar à representação que ele ambiciona, exceto por meio da mediação por uma escrita que já é sempre inadequada. Assim, o comparatista admite que nunca há compatibilidade entre um enunciado seu e o direito estrangeiro, nenhuma formulação sendo capaz de efetuar uma transferência como tal de um conteúdo semântico previamente constituído. O que o comparatista francês chama de “direito inglês” ou “direito brasileiro” em seu relato é, portanto, o que ele inscreve como tal em palavras que ele escolhe e por meio de frases que ele mesmo estrutura, após ter reunido elementos de sua acumulação necessariamente seletiva de informações disponíveis na esfera pública, sua compreensão inevitavelmente parcial da documentação acumulada e sua compreensão particular das passagens analisadas⁴⁹.

Fica claro, assim, que o direito não pode ser simplesmente importado ou transplantado de um país para o outro, ignorando todas as particularidades históricas e

⁴⁷LEGRAND, Pierre. *Pour la relevance des droits étrangers*, IRJS Éditions, 2014, p. 399.

⁴⁸LEGRAND, Pierre. *Pour la relevance des droits étrangers*, IRJS Éditions, 2014, p. 399-401.

⁴⁹LEGRAND, Pierre. *Pour la relevance des droits étrangers*, IRJS Éditions, 2014, p. 397-398.

culturais do território que recebe aquela norma ou aquele conjunto de normas. Podemos, evidentemente, aplicar a mesma linha de raciocínio para qualquer tipo de transplante institucional entre países diferentes. É evidente que sempre existirá um processo de adaptação que consiste essencialmente em uma transformação daquele instituto que se pretende transplantar para outro lugar. Isso não é uma opção, as diferentes realidades sociais vão impor modificações na forma como são interpretados os textos que serviram de inspiração – mesmo que sejam feitas cópias ou traduções literais dos textos originais – bem como as diferentes conformações políticas e culturais vão trazer um novo sentido e determinar uma forma diferente de funcionamento para aquilo que parecia estabelecido. Muitas aparentes certezas se converterão em dúvidas enquanto outros questionamentos vão se transformar em convicções, mesmo que essas sejam completamente diferentes das possíveis certezas que guiavam aquela instituição no país de origem.

Quando falamos, portanto, de uma longa tradição brasileira de importação ou transplante de conceitos que aqui são profundamente modificados, é preciso deixar dois pontos bastante claros. O primeiro é que esse *transplante* não se refere, evidentemente, a uma transferência exata de qualquer instituto do país de origem para o Brasil, o que fica evidente na própria afirmação de sua transformação em território brasileiro. O segundo, e mais importante, é que, no Brasil – pelo menos em relação a muitos desses transplantes institucionais –, nunca houve a verdadeira intenção de que esses institutos pudessem funcionar aqui de maneira nem sequer próxima ao seu funcionamento nos países de origem. Aqui reside a peculiaridade que é fundamental para a compreensão da sociedade brasileira.

Ainda que seja necessário lembrar que em todos os processos históricos existiram pessoas bem intencionadas e legitimamente interessadas em transformar a realidade social através da adoção de conceitos estrangeiros, essa nunca foi a regra. A verdadeira intenção das elites locais sempre foi a utilização pragmática de conceitos já consagrados em outros territórios apenas para justificar o seu poder e os seus privilégios, fazendo o mínimo possível de modificações concretas na dinâmica social já existente. Em outras palavras, o “sucesso” desses conceitos no Brasil, pelo menos no plano discursivo, deveu-se exatamente ao seu fracasso no plano fático. É por isso que já assistimos e continuamos assistindo, no Brasil, a fenômenos como uma “democracia autoritária”, uma república coronelista ou um garantismo que não garante.

PARTE 1 – O DIREITO FRENTE À CRISE DO ESTADO

2. A amplitude da crise

Crise é uma das expressões mais utilizadas na atualidade. Desde protestos de uma determinada categoria profissional – como ficou claro na recente “crise agrícola” francesa no ano de 2024 – até uma mudança climática sem precedentes na história da civilização, que ameaça a própria continuidade da sociedade humana como a conhecemos, tudo entra no conceito de *crise*. É por isso que se torna fundamental compreender o que seria a “crise do Estado Moderno”, para que seja possível entender as suas particularidades e diferenciá-la de todas as outras crises que podem ocorrer no interior dos Estados ou mesmo na relação entre esses.

Desse modo, é fundamental começar não propriamente pela ideia de crise, mas sim, ainda que brevemente, pelo próprio conceito de Estado. O Estado Moderno foi a instituição em torno da qual gravitou grande parte dos principais debates e movimentos políticos nos últimos quatro séculos. Vale lembrar, porém, que muitos autores entendem tratar-se a expressão “Estado Moderno” de um pleonasmo, tendo em vista afirmarem ser o Estado uma instituição essencialmente moderna.

O tema foi sintetizado por Lenio Streck e José Luis Bolzan de Moraes, nos seguintes termos: “Afinal, Estado Moderno por quê? Houve, então, um Estado Antigo? Mas, se, como diz Luciano Gruppi, tudo começou com Maquiavel, não deveríamos chamar o Estado dito moderno, simplesmente, de ‘o Estado’?”. Já Maurizio Fioravanti, ao falar do constitucionalismo, afiança que esse constitui o segundo aspecto do “Estado Moderno europeu”. Assevera, entretanto, que, embora em todo o desenvolvimento histórico do constitucionalismo – e, consequentemente, do próprio Estado – tenha “muitas referências a problemas típicos da Idade Média ou modelos da Idade Antiga, pertence inteiramente à Idade Moderna”⁵⁰.

⁵⁰ FIORAVANTI, Maurizio. *Constitucionalismo Experiencias históricas y tendencias actuales*. Madri: Editorial Trotta, 2014, p. 142, tradução nossa.

Independentemente de como o denominamos – Estado Moderno ou apenas Estado – é certo que uma das principais características dessa instituição é a soberania. A noção tradicional de soberania é definida por Streck & Bolzan de Moraes como um poder “que é juridicamente incontrastável, pelo qual se tem a capacidade de definir e decidir acerca do conteúdo e aplicação das normas, impondo-as coercitivamente dentro de um determinado espaço geográfico, bem como fazer frente a eventuais injunções externas”⁵¹. Esse poder, comumente caracterizado como uno, indivisível, inalienável e imprescritível, é uma das bases sobre as quais se estruturou o conceito moderno de Estado.⁵²

Para além do próprio conceito de Estado e da noção de soberania, é também fundamental compreender quais outros elementos constituem a crise atual e qual seria a sua real abrangência.

2.1. Crise ou caos? A história como forma de explicação

A utilização da teoria do caos nos mais diferentes campos de estudo e ciências exatas, humanas ou sociais aplicadas ao longo do século XX fez dela uma abordagem fértil para diversas áreas do conhecimento. Entretanto, como nos lembra Teixeira, é necessário afastar a sua aplicação direta e imediata ao Direito Constitucional e à Teoria Constitucional, pois ela pressupõe o caos como um processo disruptivo em condições de dar início a um novo padrão teórico-normativo de ordenação da realidade. Já a Teoria Constitucional tem como objeto central de pesquisa a constituição político-jurídica enquanto elemento ordenador do Estado constitucional. O caos constitucional seria, assim, muito específico enquanto negação da ordem jurídico-constitucional vigente. Além disso, essa concepção de caos teria como pressuposto que os elementos das estruturas sociais estão em ressignificação constante, desde suas bases, impedindo que a ideia de crise⁵³, com as limitações e disfuncionalidades da sua

⁵¹ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. STRECK, Lenio. *Ciência Política e Teoria do Estado*. 8^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 82. Sobre o tema, ver também BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espaço temporal dos Direitos Humanos*. 2^a Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

⁵² Para a gênese do conceito de Estado em Maquiavel, ver TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Teoria pluriversalista do Direito Internacional*. São Paulo: Martins Fontes, 2011, p. 69-88.

⁵³ De acordo com o dicionário Michaelis da Língua Portuguesa, alguns dos significados da palavra crise incluem: “Momento em que se deve decidir se um assunto ou o seguimento de uma ação deve ser levado adiante, alterado ou interrompido; momento crítico ou decisivo; Momento de maior intensidade de uma dor em um órgão ou parte circunscrita do corpo; Estado emocional de súbito desequilíbrio em que os sintomas de um sofrimento ou angústia mental se manifestam com maior intensidade [...].” Já em francês, segundo o Dictionnaire de l’Académie française, alguns significados são: “Accident qui atteint une personne en bonne

inerente contingência, muitas vezes altamente efêmera, possa ser sustentada conceitualmente para explicar uma realidade global de eventos cada vez mais fortes, contínuos e inter-relacionados⁵⁴.

Ainda que não se tratem de sinônimos, é evidente o liame semântico entre os conceitos de caos e crise. Faz-se mister, portanto, realizar uma análise de ambos, a fim de entender suas peculiaridades quando utilizados dentro de um contexto tão amplo quanto o do Estado moderno e sua relação com o direito. Para isso, é necessário ir além da mera análise gramatical dos termos, em busca da compreensão das razões e dos limites da utilização desses. Ainda de acordo com Teixeira, “o pensamento jurídico ocidental, desde suas origens na Antiguidade grega, tem desenvolvido inúmeras variações para o conceito de direito, mas conservando uma clássica dicotomia como ponto de partida: normalidade *v.* exceção”. Assim, o direito surge como categoria conceitual responsável por dar unidade e forma concreta ao poder, estando o poder no plano da potência e o direito no plano dos atos. Desse modo, um poder não mediado pelo Direito teria um nível de imprevisibilidade que seria incompatível com a noção moderna de normalidade⁵⁵.

A definição etimológica da palavra “normalidade”, do latim *normalis*, significa uma norma, um padrão reconhecível pelos demais indivíduos. A filologia românica, ao tratar da origem etimológica da palavra *normalis*, precisa ser combinada com o sentido de um conceito essencialmente jurídico-filosófico da tradição grega: o *nómos*. Desde a formação do grego antigo, antes mesmo nos períodos micênicos e homéricos, o *nómos* surge também como uma régua, como um padrão. Quando pensamos na relação entre a natureza (*physis*) como ordem objetiva e o ato justo como produto da ação humana orientada pelas virtudes (*areté*) que deveriam guiar o indivíduo, os *nomoi* estariam situados em um plano antecedente ao da ação humana. Desse modo, a própria ideia aristotélica de justo total (*díkaion nomimón*) atribui ao *nómos* o status de condicionante de sentido do ato justo⁵⁶.

Entretanto, qual seria o oposto ao *nómos*? Levado ao extremo, o referido questionamento teria uma única resposta: o *káos*. Ocorre que o sentido de caos na

santé apparente; aggravation brusque d'un état chronique; Réaction manifestant une brusque émotion, accès d'agitation provoqué par un choc émotif et accompagné de cris et souvent de larmes, entrer dans un brusque accès de fureur; Phase difficile dans la psychologie de l'individu, qui peut apparaître à certains âges de la vie, en relation avec les transformations physiologiques; État momentané d'exaltation ou de désarroi[...].

⁵⁴ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Le concept de chaos en droit constitutionnel* : au-delà des états d'exception. *Questions constitutionnelles* - revue de droit constitutionnel. 2024, p. 9.

⁵⁵ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Le concept de chaos en droit constitutionnel* : au-delà des états d'exception. *Questions constitutionnelles* - revue de droit constitutionnel. 2024, p. 1.

⁵⁶ TTEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Le concept de chaos en droit constitutionnel* : au-delà des états d'exception. *Questions constitutionnelles* - revue de droit constitutionnel. 2024, p. 2-3.

Antiguidade grega difere-se, substancialmente, das recentes teorias do caos. O caos para os gregos antigos seria um retorno a um estágio evolutivo antecedente à existência do *kosmos*. Aquele era, de fato, a representação de uma divindade primordial, que antecedeu o nascimento do cosmos, da noite e do dia e da Terra. O desenvolvimento da política, da ética e a compreensão da metafísica, em suma, a compreensão da *paideia* enquanto conjunto conceitual abrangente do conhecimento, do todo acessível aos seres humanos, seria o caminho único em oposição a qualquer possível regresso representado pelo caos. Existe, portanto, uma relação de exclusão ontológica entre normalidade e negação da normalidade⁵⁷.

Todas essas áreas do conhecimento – e também da prática – que surgiram na Grécia antiga são filhas do processo de laicização da palavra ou, dito de outra forma, de desenvolvimento do pensamento racional. De fato, é impossível compreender a contribuição grega para o pensamento ocidental sem entender esse processo que é, sem dúvida, também um processo de desenvolvimento de uma explicação para o mundo, ou seja, uma forma de atribuir uma ordem ao caos. Não há dúvida de que já existia uma ordem anterior, que era o próprio pensamento mítico, mas, se o pensamento grego alcançou o status que tem até hoje é justamente porque estabeleceu uma nova forma de explicar o real, que lançou as bases para todo o desenvolvimento posterior do pensamento humano.

2.1.1 O pensamento na obra de Heródoto

Mesmo que não seja possível, nos limites do presente trabalho, estabelecer toda uma cronologia do pensamento racional, é necessário compreender como se iniciou esse caminho. Nesse sentido, é possível buscar um entendimento através da análise de uma das disciplinas que foram desenvolvidas pelos gregos durante o processo de transição do *mythos* para o *logos*. Muitas vezes a história é utilizada como uma forma de explicação ou até mesmo de justificação, mas, na verdade, não é propriamente a história que explica algo, mas sim um algum encadeamento de fatos históricos. A explicação se dá por meio de uma reconstrução que se pretende histórica. É muito raro que utilizemos a própria história – ou seja, a existência da história – para explicar alguma coisa. Dito de outro modo, não é comum que busquemos alguma correlação de um determinado fenômeno com o próprio fato de termos criado um

⁵⁷ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Le concept de chaos en droit constitutionnel : au-delà des états d'exception. Questions constitutionnelles* - revue de droit constitutionnel. 2024, p. 3.

diferente olhar sobre o passado em um momento específico do desenvolvimento do pensamento humano.

Mas a *História* (ou *Histórias*) não foi apenas um novo olhar sobre o passado e o seu autor, Heródoto, não foi somente mais um autor a escrever sobre o mundo que o rodeava. De fato, ele é considerado o “pai da história” e sua obra – que deu nome a esse campo do conhecimento – constitui um marco na autonomia⁵⁸ do pensamento humano. Escrita no século V a.C., a obra faz um relato das Guerras Pérsicas, ou seja, as guerras entre os gregos e o Império Persa. Por ter escrito sobre uma grande guerra, é comum a comparação entre a obra de Heródoto e a de Homero. Entretanto, apesar de vários paralelos serem possíveis, a ruptura é clara: Heródoto assume a autoria de sua obra. De acordo com Vinciane Pirenne-Delforge, se a *História* entra, de fato, em uma espécie de competição com a epopeia, um ingrediente fundamental das obras poéticas foi profundamente modificado, qual seja, a relação com os deuses. A investigação de Heródoto substituiu a inspiração pelas musas e os limites daquilo que é acessível e pronunciável sobre a esfera divina foram significativamente alterados⁵⁹.

Além disso, existe outro fator de extrema importância na obra de Heródoto, especialmente quando se pretende fazer uma análise da crise da modernidade – que envolve uma crise de representação política que culminou, nos últimos anos, em um grande enfraquecimento da democracia mesmo em países em que essa era considerada plenamente consolidada. Heródoto foi um dos poucos autores antigos, pelo menos dentre aqueles cuja obra chegou até nós, que não foi hostil à democracia. Ainda que a análise feita por esse autor seja desenvolvida em termos completamente diferentes das discussões atuais, como se verá adiante, é fundamental compreender como, fora do contexto estritamente político, a democracia grega era defendida por aqueles que a vivenciaram, bem como entender em que medida esses argumentos ainda podem ter impacto no contexto atual.

Para isso, é fundamental a compreensão de que a crise da modernidade não é apenas uma crise dos fatores essencialmente modernos, mas sim uma crise geral. Ela inclui também os elementos que a modernidade herdou de outros momentos históricos, como o período clássico. Não é sem razão que assistimos, atualmente, a um significativo enfraquecimento de duas das principais heranças da Grécia antiga: a democracia e o pensamento racional. O enfraquecimento da democracia evidencia-se pelo crescimento do populismo em vários países

⁵⁸ O termo autonomia é colocado aqui referindo-se à relação entre o humano e o divino. O processo de transição entre o pensamento mítico e o pensamento racional refere-se justamente ao gradual aumento da autonomia do homem em relação aos deuses, cuja contribuição de Heródoto é fundamental.

⁵⁹ Pirenne-Delforge, Vinciane. *Le polythéisme grec à l'épreuve d'Hérodote*. Paris: Les Belles Lettres, 2020, p. 61-62.

do mundo. Ao mesmo tempo, a adesão cada vez maior ao discurso anticientífico e a teorias da conspiração demonstram que o pensamento racional também atravessa uma crise.

2..1.1.1 O passado antes da História

A historiografia grega é bastante recente, se considerarmos toda a história da Grécia e também a data da introdução – ou reintrodução, sob uma outra forma – da escrita naquele território, que se deu por volta do século IX a.C., alguns séculos antes do surgimento das primeiras obras de história. Podemos dizer, assim como os antigos, que o pai desta historiografia foi Heródoto, que escreveu em meados do século V a.C. e, mesmo se considerarmos que alguns de seus predecessores já apresentavam elementos que viriam a configurar o que estamos considerando como os da escrita da História, essa data ainda não recuaria muito.

É importante, porém, percebermos que a história não foi a primeira forma de interpretar o passado, e nem, após o seu surgimento, passou a ser a única. Na Grécia, bem como no Egito, na Mesopotâmia ou em outras sociedades antigas, existiram outras formas de valorização do passado, como é o caso das genealogias, dos mitos de fundação e da poesia épica. São conhecidas as longas genealogias feitas pelos Estados do oriente, como as feitas pelo rei Dario, ou então as existentes no Egito. Segundo Russel, a própria existência no Egito ou na Mesopotâmia desde o terceiro milênio antes de Cristo de santuários dispondo de funcionários para os quais a escrita constituía o instrumento principal de sua administração explica o fato que estes Estados tenham tido arquivos que não existiram no mundo grego até o período helenístico⁶⁰. Vale lembrar que, a não ser no período micênicos, não existiram funcionários deste tipo no mundo grego, devido à diferente organização das cidades-Estado gregas. Essa diferente organização social foi justamente um dos fatores que possibilitou o surgimento de um novo tipo de pensamento, de uma nova forma de ver o mundo e, consequentemente, de uma nova forma de ver o próprio ser humano.

Era essa nova forma de pensamento que estava sendo gestada em figuras como Anaximandro ou Hecateu de Mileto que, segundo Russel: “se esforçaram para colocar um pouco de ordem entre a multidão de observações que se podia fazer sobre a configuração do

⁶⁰ ROUSSEL, Denis. *Les Historiens Grecs*. Paris: Presses Universitaires de France, 1973, p.13.

mundo, sobre a diversidade dos povos e dos costumes”⁶¹. O surgimento da História está, portanto, profundamente ligado ao surgimento do pensamento racional. Foi o mesmo movimento intelectual que permitiu a laicização da palavra, através de um processo em que a verdade foi posta em praça pública, para ser discutida e decidida, ao invés de ser simplesmente pronunciada por aqueles que tinham o poder para isso, que permitiu que a forma de olhar o passado deixasse de se restringir a meras genealogias ou a poemas e mitos de exaltação de determinadas figuras e se transformasse em uma investigação cuja autoria e objetivos são expressos pelo próprio autor.

É interessante notar, todavia, que a história não teve, entre a maior parte dos antigos – fossem esses filósofos ou oradores, democratas ou oligarcas –, a valorização que poderíamos esperar. Na antiguidade, a história foi discutida, julgada e avaliada com base na poesia, pois ambas eram vistas como formas de narração do passado. O que impressiona, para um observador moderno, é que para Aristóteles e para os filósofos de uma maneira geral, a poesia tivesse um papel preponderante sobre a história:

[...] a poesia é mais filosófica e tem um carácter mais elevado do que a História. É que a poesia expressa o universal, a História o particular. O universal é aquilo que certa pessoa dirá ou fará, de acordo com a verosimilhança ou a necessidade, e é isso que a poesia procura representar, atribuindo, depois, nomes às personagens. O particular é, por exemplo, o que fez Alcibiades ou que lhe aconteceu⁶².

Porém, é certo que a história não surgiu de um modo independente daquelas formas de tratamento do passado. Mesmo os povos orientais tiveram um papel fundamental na reflexão histórica, porém, isto se deu muito menos através de seus escritos, de seus anais e de suas crônicas do que através do papel que tiveram enquanto referência para os colonizadores e viajantes gregos. A descoberta do outro originou as primeiras reflexões históricas. Mais ainda do que aos povos estrangeiros, porém, a história deve muito aos mitos e até mesmo as genealogias – que também se enquadram dentro dos mitos, pois geralmente chegam até deuses ou heróis – em suas origens. Os escritos dos primeiros pesquisadores jônicos, como Hecateu, e inclusive a obra de Heródoto estão repletas deles.

Nas palavras de Finley, “a atmosfera na qual os pais da História começaram a trabalhar estava impregnada de mitos. Sem o mito, na verdade, eles nunca teriam conseguido

⁶¹ ROUSSEL, Denis. *Les Historiens Grecs*. Paris: Presses Universitaires de France, 1973, p.15.

⁶² ARISTOTE. *Poétique*. Traduit par J. Hardy. Paris: Gallimard, 1996, IX, 50.

iniciar seu trabalho. O passado é uma massa desconexa e incompreensível de dados incontados e incontáveis". Ele, portanto, só se torna inteligível se forem feitas seleções em torno de algum foco. O mito, muito antes da história, deu uma resposta para a questão do que era importante para a compreensão do passado. Não há dúvida de que essa era, de fato, uma das principais funções dos mitos: tornar o passado inteligível, selecionando algumas partes dele que, desse modo, adquiriram relevância e permanência⁶³.

Assim, o mito fornecia todo o conhecimento do passado que os gregos precisavam. Os poetas encarregavam-se do passado heroico; o restante – as tradições específicas, amplamente orais – era suficiente. Mesmo no século IV a.C., depois de Heródoto e Tucídides, os oradores atenienses ainda se prendiam a seus mitos tradicionais e histórias populares, completamente indiferentes ao novo conhecimento e às novas concepções. Trata-se, porém, de uma falácia modernista pensar que isso é o que requer expiação. Pelo contrário, a pergunta difícil é por que alguém – especificamente por que Heródoto e Tucídides – afastou-se tão radicalmente das atitudes habituais e “inventou” a ideia de história. A resposta começa com os filósofos jônicos, estes forneceram duas condições necessárias: seu ceticismo sobre os mitos e sua noção de ‘investigação’. A novidade introduzida por Heródoto é tanto a investigação sistemática que ele segue ao buscar respostas, que resultou numa narrativa histórica, quanto até que ponto suas explicações são humanas e seculares e, em particular, políticas. Na geração seguinte, Tucídides levou essas novidades muito mais longe. Desta forma, o novo impulso veio da polis clássica, e em particular da polis ateniense, que, pela primeira vez, ao menos na história ocidental, apresentou a política como uma atividade humana, elevando-a em seguida a mais fundamental das atividades sociais. Combinadas estas condições, tornou-se imprescindível a criação de um novo enfoque do passado⁶⁴.

2.1.1.2 O pensamento racional na *História*

A história apresenta importantes diferenças em relação às outras formas de representação do passado. História é investigação – a própria palavra *história* se refere a isso – e o historiador é primeiramente um pesquisador, via de regra, um pesquisador, um

⁶³ FINLEY, Moses I. *Uso e Abuso da História*. São Paulo: Martins Fontes, 1989, p. 5.

⁶⁴ FINLEY, Moses I. *Uso e Abuso da História*. São Paulo: Martins Fontes, 1989, p. 23-24.

investigador independente do poder do Estado, o que é fundamental, pois ele não busca apenas o relato e a exaltação dos feitos de um homem e de sua família, estando livre não somente da autoridade diretamente exercida sobre sua obra, mas também livre de uma estrutura de pensamento que restringiria duramente os limites de sua reflexão. A reflexão histórica, bem como o pensamento grego de uma maneira geral, foi possível, dentre outros fatores, devido à ausência de um Estado burocratizado, pesando sobre os indivíduos, controlando-os com o passar das gerações, não apenas diretamente, através da sua rígida organização social, mas principalmente através das consequências psicológicas deste controle, que dificultava, nas sociedades onde era realizado, qualquer renovação interpretativa, mantendo esses povos sempre presos ao seu próprio passado. Segundo Russel: “Os egípcios tiveram consciência da profundidade de seu passado, ao ponto de terem sido paralisados”⁶⁵.

A questão da autoria humana se apresenta diretamente na obra de Heródoto. Logo no início de sua História, Heródoto diz que: “Os resultados das investigações de Heródoto de Helicarnasso são apresentados aqui, para que a memória dos acontecimentos não se apague entre os homens com o passar do tempo, e para que feitos maravilhosos e admiráveis dos helenos e dos bárbaros não deixem de ser lembrados, inclusive as razões pelas quais eles se guerrearam”. Nesse momento, ele assume a autoria de sua obra e diz o porquê de a estar produzindo. Ao contrário de Homero e Hesíodo, Heródoto não atribui a qualquer divindade a inspiração para seus escritos, portanto ele traz para o mundo dos homens o que está escrevendo e os motivos pelos quais está escrevendo. Pirenne-Delforge ressalta que a abordagem de Heródoto sobre a ação divina no mundo é muito diferente daquela da poesia arcaica e, em especial, das obras épicas. De fato, na epopeia, os deuses são ativos nas intrigas, sendo protagonistas nominalmente identificados. Ao contrário, Heródoto não se baseia na autoridade divina para construir sua obra e não coloca os deuses em cena como tais, ainda que chegue a invocar o divino ou os deuses de maneira genérica ao longo de sua investigação para explicar o curso nos eventos⁶⁶.

Esse é um passo decisivo no caminho da autonomia do pensamento humano, pois Heródoto demonstra ser suficientemente independente para não mais precisar representar nenhuma divindade para escrever. É ele quem escreve e sabe por que escreve. Segundo Hartog: “Heródoto, por sua vez, era o autor de seu *lógos*, e era esse *lógos* que, diante de outros ou contra eles, vinha estabelecer sua autoridade. Mas esse novo lugar de saber,

⁶⁵ ROUSSEL, Denis. *Les Historiens Grecs*. Paris: Presses Universitaires de France, 1973, p.16.

⁶⁶ Pirenne-Delforge, Vinciane. *Le polythéisme grec à l'épreuve d'Hérodote*. Paris: Les Belles Lettres, 2020, p. 70.

reivindicado desde o início, era ao mesmo tempo algo a ser inteiramente construído.”⁶⁷ Isto por si só já demonstra a existência de um espaço intelectual mais aberto, mais democrático, pois Heródoto não precisa ser o portador de nenhuma autoridade especial para escrever sua obra.

Ele não é um poeta inspirado pelas musas, é um homem que decidiu que um conflito era suficientemente importante para que não fosse esquecido. Esse espaço, poderíamos dizer, humano, aberto a Heródoto e por Heródoto denota essa nova forma de pensamento, que está ligada a democracia, ao universo cultural dessa, mas que recria a própria democracia, através de obras como a própria História de Heródoto, não somente enquanto uma visão positiva da democracia – como uma arma da cidade democrática –, mas também como uma forma de reconhecimento do espaço humano diante dos acontecimentos. Nesse sentido, Heródoto não está sozinho, foi apenas o “pai”, o primeiro a reconhecer um espaço humano que foi também reconhecido e ainda alargado pelos seus sucessores.

Esses eram, porém, apenas os primeiros passos de um longo caminho. A autonomia dos indivíduos dentro da sociedade grega desse período tem limites bastante estreitos se comparada à da sociedade atual. Nesse sentido, leciona Jean-Pierre Vernant:

Na Atenas do século V, o indivíduo se afirmou, em sua particularidade, como sujeito do direito; a intenção do agente é reconhecida como um elemento fundamental da responsabilidade; por sua participação numa vida política em que as decisões são tomadas ao fim de um debate aberto, de caráter positivo e profano, cada cidadão começa a tomar consciência de si como um agente responsável pela direção dos negócios, mais ou menos capaz de orientar por sua *gnome*, seu julgamento, por sua *phrónesis*, sua inteligência, o curso incerto dos acontecimentos. Mas nem o indivíduo, nem sua vida interior adquiriram bastante consistência e autonomia para constituir o sujeito como centro de decisão de onde emanariam seus atos. Separado de suas raízes familiares, cívicas, religiosas, o indivíduo nada mais é; não apenas se encontra sozinho, mas cessa de existir. A idéia de intenção continua, nós o vimos, até no direito, vaga e equívoca. A decisão não põe em jogo, no sujeito, um poder de autodeterminação que propriamente lhe pertença⁶⁸.

Outro aspecto que precisa ser abordado, no que concerne à obra de Heródoto, é o papel dos oráculos. Esses podem ser interpretados como uma reminiscência do estilo dos grandes poemas épicos, já que constituem a principal forma de atuação divina dentro da obra.

⁶⁷ HARTOG, François. *Os antigos, o passado e o presente*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2003, p.14.

⁶⁸ VERNANT, Jean-Pierre. Esboços da Vontade na Tragédia Grega. In VERNANT, Jean-Pierre & VIDAL-NAQUET, Pierre. *Mito e Tragédia na Grécia Antiga*. São Paulo: Perspectiva, 1999, p. 51.

Segundo Hartog, talvez os oráculos atuassem como intermediários entre os homens e os deuses, de uma forma mais plausível e mais crível que as diretas, visíveis e constantes intervenções dos ‘anteriores’ deuses homéricos. Em Heródoto, o divino já não parece tão visível ou, pelo menos, acessível à visão, de modo que as palavras haviam se tornado ou tendiam a se tornar o principal e mais efetivo meio⁶⁹.

Heródoto, portanto, se propõe a escrever uma história das Guerras Pérsicas, que ocorrera uma geração antes da dele, ou seja, ele investiga um passado relativamente próximo, que poderíamos chamar hoje de uma história contemporânea. Mas não foi assim que um de seus principais críticos na Antiguidade viu sua obra. Um dos pontos principais da crítica de Tucídides a Heródoto foi justamente o fato deste não escrever sobre fatos que eram contemporâneos a ele, ou seja, fatos que ele não estava vivenciando. Momigliano lembra que, na visão daquele, para escrever história de maneira consistente era necessário ser contemporâneo dos fatos em discussão e conseguir compreender o que diziam as pessoas: “A história seria, segundo Tucídides, não se ocupava do passado, sim do presente; não podia ocupar-se de países estrangeiros, somente de lugares em que vivia o historiador e de pessoas cujos pensamentos podia expor sem dificuldade com palavras próprias”⁷⁰.

Entretanto, não podemos limitar a obra de Heródoto ao estudo das Guerras Pérsicas. Uma das principais características da *História* é o caráter etnográfico de grande parte do livro. Heródoto, de um modo geral, é muito afeito a digressões, que ocupam parte considerável de sua obra. Os primeiros livros da *História* podem, de fato, ser considerados como grandes digressões, que se afastam do foco principal, que seria o confronto entre gregos e bárbaros. Porém esta interpretação não dá o devido valor ao fundamental trabalho que realiza Heródoto ao produzir uma caracterização, descrevendo os costumes e as tradições de diversos povos visitados por ele durante as suas viagens.

Por que Heródoto, que expressa, ele próprio, seu desígnio de estudar o confronto entre gregos e bárbaros, no início de sua obra, só trabalha efetivamente com este tema no último terço de sua obra, ocupando os outros dois terços com descrições sobre as características costumes e lendas de diferentes povos, relatos de viagens, incidentes curiosos, etc. é uma questão para a qual Russel apresenta duas diferentes explicações. Para alguns, Heródoto teria primeiramente projetado escrever uma história da invasão de Xerxes, porém, viajando pelo mundo para recolher testemunhos sobre a guerra de vencedores e de vencidos ou de seus

⁶⁹ HARTOG, François. *Os antigos, o passado e o presente*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2003, p. 43-44.

⁷⁰ MOMIGLIANO, Arnaldo. *La Historiografia Griega*. Barcelona: Editorial Crítica, 1984, p. 137.

filhos, seu interesse teria sido substancialmente alargado. Ele teria sido levado a redigir numerosos relatos recolhidos em suas entrevistas nas regiões bárbaras e gregas, montando assim um vasto preâmbulo à narração da segunda guerra médica. Desta forma, os estudos geográficos e etnográficos teriam sido incorporados em uma obra concebida originalmente como puramente histórica. Para outros, Heródoto não teria tido, inicialmente, a intenção de ser um historiador. Ele teria sentido uma viva curiosidade pelas culturas exóticas, pelas características dos costumes estranhos. De viajante observador que era, transformou-se em historiador, e os resultados de seus estudos, conduzidos primeiramente para serem publicados à parte, teriam sido reutilizados na grande obra histórica⁷¹.

De qualquer forma, Heródoto operou outra importante transformação no caráter das obras gregas produzidas até então. No que diz respeito aos relatos em relação às Guerras Pérsicas, não havia uma unidade entre as cidades, em cada uma se encontrando uma versão diferente do que teria acontecido na geração anterior, no período da passagem do exército persa. Heródoto conseguiu estabelecer relações entre algumas tradições aparentemente pouco compatíveis e organizar o material dessa maneira recolhido em uma grande história abundante, mas coerente. Dessa forma, percebe-se que, se Heródoto é, sem dúvida, o pai da história, ele é mais especificamente o pai da história grega, pois deu o exemplo para que, depois dele, se escrevessem obras de caráter pan-helênico, e não somente dessa ou daquela cidade ou grupo de cidades.

Como foi dito anteriormente, Heródoto trata de um passado relativamente recente em sua obra, e nesse aspecto ele também se diferencia daqueles que normalmente passam por seus precursores. Porém, mais do que isso, Heródoto traça uma linha divisória entre o passado longínquo, já transformado em mítico e os tempos dos homens, ou seja, o passado mais próximo. Essa divisão fica muito clara quando Heródoto fala sobre Polícrates: “Com efeito, até onde vai o meu conhecimento Polícrates foi o primeiro dos helenos a aspirar ao domínio dos mares – deixando de lado Minos de Cnossos e outros quaisquer que antes dele exerceram esse domínio –, o primeiro, ao menos, da chamada raça dos homens”⁷². É interessante notar que os tempos dos homens a que se refere Heródoto não correspondem ao que chamamos hoje em dia de tempos históricos, portanto, não tem nenhuma relação com a existência ou não de escrita no período que está sendo referido. Os tempos dos homens para ele são aqueles a que se pode ainda obter informações interrogando os descendentes próximos daqueles que o

⁷¹ ROUSSEL, Denis. *Les Historiens Grecs*. Paris: Presses Universitaires de France, 1973, p. 26-27.

⁷² HÉRODOTE. *Histoires*. Traduit par Pierre-Henri Larcher. Paris: PRB, 2015, III, 122.

vivenciaram. Isso se deve ao fato da pesquisa histórica se apoiar essencialmente, para Heródoto, em pesquisas orais.

Apesar das limitações que teve ao escrever sua obra – como o fato de não conhecer as línguas de muitas das regiões que visitou – e de alguns erros cometidos, principalmente em relação a alguns detalhes, Heródoto conseguiu caracterizar bem as sociedades que ele descreveu e desenhar sua fisionomia original. É interessante analisar como Heródoto chegou a esses resultados. Segundo Russel sua personalidade parece bastante contraditória: “Espírito registrador, excessivamente dócil, [...] ele teve o contato humano fácil e se mostrou pouco exigente na qualidade de seus informantes”⁷³, mas mesmo assim conseguiu formular textos de importante conteúdo e, ao mesmo tempo, agradáveis. Entretanto, o que parece mais interessante é que, mesmo demonstrando a todo momento a sua opinião a respeito de determinados assuntos, em outros trechos, Heródoto abre mão voluntariamente de exercer o seu espírito crítico: “o meu objetivo ao longo dessa obra é registrar tudo que me foi dito tal como ouvi de cada informante.”⁷⁴; “Em verdade, minha obrigação é expor o que se diz mas não sou obrigado a acreditar em tudo (essa expressão deve aplicar-se a toda minha obra)”⁷⁵.

2.1.1.3 A importância da autoria

É, nesse momento, essencial falar sobre a maneira através da qual Heródoto escreveu suas Histórias. A esse respeito, é muito difícil falar-se em um método único, devido as diferentes “fórmulas” utilizadas pelo autor no decorrer da obra. Pode-se, porém, tentar analisar as diferentes formas que Heródoto utilizou-se para produzir seu texto. Como nos lembra Peschanski, no decorrer de suas Histórias, o lugar a que Heródoto se reserva para falar em seu próprio nome é bastante restrito. No livro I, por exemplo, a autora conta cerca de 60 vezes em que a aparece a primeira pessoa do singular e, em cerca de 50 destas não são mais que breves observações, que costumam ocupar de duas palavras a uma linha. As outras cerca

⁷³ ROUSSEL, Denis. *Les Historiens Grecs*. Paris: Presses Universitaires de France, 1973, p. 35.

⁷⁴ HÉRODOTE. *Histoires*. Traduit par Pierre-Henri Larcher. Paris: PRB, 2015, II, 123.

⁷⁵ HÉRODOTE. *Histoires*. Traduit par Pierre-Henri Larcher. Paris: PRB, 2015, VII, 152.

de dez passagens, em que costuma aparecer algum tipo de argumentação, raramente ocupam mais de vinte linhas⁷⁶.

Esta análise feita para o primeiro livro vale também para os livros III a IX, confirmando que a discrição do autor é um traço dominante das *Histórias*, mas existe uma notável exceção, constituída pelo livro II. Se no livro I o autor se expressa poucas vezes na primeira pessoa, o fenômeno se inverte no segundo livro. Dos 182 parágrafos do livro II, 115 contém uma intervenção em primeira pessoa e, em 70 destes, o autor fala longamente. Além do mais, esse livro está repleto de parágrafos de transição, onde ele fala das fontes que utilizou ou anuncia as que ele utilizará⁷⁷. Se, em outras partes da obra, o autor delega facilmente a outros a palavra, nesse capítulo ele se faz proprietário de seu texto e não exita em intervir nos testemunhos que lhe são dados, para lhes completar, julgar e, principalmente, lhes guiar. É claro que, tendo assumido a autoria de sua obra, é ele quem decide o que nela será tratado, mas nesse capítulo, mais do que em qualquer outra parte, ele seleciona pessoalmente os temas que vai abordar. Um bom exemplo disso é dado em uma passagem sobre as características do rio Nilo: “[...] nem dos sacerdotes nem de quaisquer outras pessoas pude aprender coisa alguma. Mas eu estava muito desejoso de saber deles por que o Nilo enche e transborda durante cem dias a partir do solstício de verão e, decorrido esse número de dias, ele baixa novamente”⁷⁸.

O motivo desta inversão não pode ser totalmente esclarecido, mas Peschanski coloca uma possível razão. Essa seria o próprio assunto tratado no capítulo II, ou seja, o Egito. Devido à tradição fortemente estabelecida na Jônia de discorrer e especular sobre esta região do mundo, o autor teria adotado um comportamento em relação a esse tema que ele não teria sentido a necessidade de aplicar largamente em outras partes de seu texto⁷⁹. Peschanski lembra, ainda, que as relações da Jônia com o Egito são muito mais antigas que as de Atenas com aquela região e que o Egito ocupava um espaço muito importante no horizonte econômico e cultural da Jônia. Heródoto teria, portanto, apenas seguido um hábito ainda em vigor em seu tempo. Sendo assim, se no livro II, mais que em qualquer outra parte das Histórias, o investigador abre uma atividade especulativa notável e deixa claramente aparecer os mecanismos de sua pesquisa, é porque, tratando de um fato tão presente na cultura de seus

⁷⁶ PESCHANSKI, Catherine. *Le Discours du Particulier*. Paris: Éditions du Seuil, 1987, p. 107-108.

⁷⁷ PESCHANSKI, Catherine. *Le Discours du Particulier*. Paris: Éditions du Seuil, 1987, p. 108.

⁷⁸ HÉRODOTE. *Histoires*. Traduit par Pierre-Henri Larcher. Paris: PRB, 2015, II, 19.

⁷⁹ PESCHANSKI, Catherine. *Le Discours du Particulier*. Paris: Éditions du Seuil, 1987, p. 109.

tempos, ele não poderia, a fim de marcar seu próprio espaço, desconsiderar as reflexões de seus predecessores e de seus contemporâneos nem as questões que esses levantaram⁸⁰.

No que se refere ao restante da obra, Heródoto, mesmo não parando totalmente de se exprimir em seu próprio nome, se utiliza constantemente formas de delegação de discurso que, segundo Peschanski, podem dividir-se em quatro categorias: as delegações a instâncias narrativas indistintas; a alguns informantes designados; aos personagens de citações trazidas pelo autor; e, por fim, ao leitor-ouvinte das *Histórias*⁸¹. Heródoto se utiliza primeiramente da ambiguidade. A primeira pessoa do singular é substituída por outras formas de enunciação suscetíveis de designar tanto o investigador como outras instâncias indeterminadas da mesma forma, como a primeira pessoa do plural, designando uma comunidade de uma forma geral, a qual pode pertencer o investigador, como ‘os Jônios’ ou ‘os Helenos’, ou não. Outra forma de enunciado, destinado a garantir o comentário de uma passagem, sem identificar o locutor, é a utilização de uma espécie de voz alheia ao texto. Assim, em uma narração do passado que segue uma linha cronológica vem se inscrever uma comparação com um evento de uma época diferente, uma explicação ou um julgamento de valor, como quando Heródoto está narrando a maneira como Faidime descobre a farsa do mago Smêrdis, que estava ocupando o trono persa, momento em que aparece um comentário sobre a poligamia entre os persas: “as mulheres persas vão deitar-se com os maridos segundo um escalonamento pré-determinado”⁸². Percebe-se, portanto, que a preocupação central do autor não é indicar claramente quais as suas fontes, ou seja, qual a origem das informações que aparecem em seu texto.

É necessário dizer, porém, que seus informantes são algumas vezes designados, mesmo que não tão claramente quanto alguns poderiam esperar. Normalmente estes são apresentados apenas como “os sacerdotes egípcios”, ou até mesmo pelo nome de uma pessoa e sua cidade de origem, como “o orcomênio Têrsandros”⁸³, mas sem maiores esclarecimentos. Esta é, de fato, a segunda forma de delegação do discurso apresentada por Peschanski – ou seja, a delegação a informantes designados – mas está claro que o essencial, para o autor, não é creditar a alguém a informação que está sendo dada, no sentido de confirmar a sua veracidade ou a sua legitimidade, através da apresentação de uma origem confiável para suas informações. Fica claro também que Heródoto não busca montar um discurso unificador, com

⁸⁰ PESCHANSKI, Catherine. *Le Discours du Particulier*. Paris: Éditions du Seuil, 1987, p. 111-112.

⁸¹ PESCHANSKI, Catherine. *Le Discours du Particulier*. Paris: Éditions du Seuil, 1987, p. 113.

⁸² HÉRODOTE. *Histoires*. Traduit par Pierre-Henri Larcher. Paris: PRB, 2015, III, 69.

⁸³ HÉRODOTE. *Histoires*. Traduit par Pierre-Henri Larcher. Paris: PRB, 2015, IX, 16.

base em suas investigações. Na maior parte das vezes, ele não tenta fundir as informações recebidas em um discurso uníssono, que apresentaria apenas a versão que lhe pareceria ser a melhor, ao invés disso, ele conserva o testemunho de suas fontes em sua diversidade, demonstrando, desta forma, a alteridade dentro da narração, através da apresentação – em diversas ocasiões – de diversas versões dos fatos, mantendo desse modo a pluralidade de olhares dentro do texto. O principal objetivo do autor parece ser realmente demonstrar a alteridade e não criar a legitimidade.

É interessante notar ainda que Heródoto, ao apresentar diferentes versões de um mesmo acontecimento, posicionando-se a respeito de qual lhe parece a melhor, exprime muito menos suas dúvidas sobre imperfeições possíveis na transmissão das informações – deve-se lembrar que muitos dos fatos abordados ocorreram em gerações anteriores – do que na verossimilhança dos próprios fatos. Em outras palavras, o autor não centra sua preocupação em relação a veracidade nas possíveis imperfeições que o tempo e a memória dos informantes (e de seus antepassados) poderia causar em seus testemunhos, e sim na narração que contenha um relato que lhe pareça mais verossímil, segundo seus próprios valores e suas próprias informações: “O critério da verdade está alhures que no bom funcionamento da transmissão de uma tradição. Se tinha provavelmente naquela época uma grande confiança no poder da memória”⁸⁴.

A ausência de um discurso unificador fica mais clara quando tratamos de uma outra forma de delegação do discurso utilizada por Heródoto, que é a abertura do texto ao leitor-ouvinte, quando o autor mostra diferentes versões de um mesmo fato e não se posiciona a respeito, dizendo que escolha da melhor versão fica a cargo de cada um. Isto acontece, por exemplo, quando da narração de duas diferentes versões para o assassinato de Polícrates⁸⁵.

Existe, ainda, outra forma utilizada pelo autor para manter a pluralidade das vozes em seu texto: a reprodução de discursos, com predileção pelos discursos reproduzidos em estilo indireto. Este tipo de discurso pode evitar que um assunto se funda completamente no contexto ou se combine com a atribuição explícita de um informante qualquer⁸⁶. Este tipo de discurso pode aparecer de diferentes formas, que compõem grande parte dos textos das *Histórias*. Uma das formas mais interessantes, porém, é a reconstituição de discursos, que

⁸⁴ SIMONDON, Michèle. *La Mémoire et L'oubli*. Paris: Les Belles Lettres, 1982, p. 262.

⁸⁵ HÉRODOTE. *Histoires*. Traduit par Pierre-Henri Larcher. Paris: PRB, 2015, III, 122.

⁸⁶ PESCHANSKI, Catherine. *Le Discours du Particulier*. Paris: Éditions du Seuil, 1987, p.118.

permite ao autor se furtar à narração em virtude dos próprios atores que participaram dos eventos. Este tipo de discurso aparece normalmente sob a forma de diálogos nos quais os personagens tentam persuadir-se mutuamente, ou persuadir a um terceiro. Alguns exemplos deste tipo de discurso podem ser citados, como o diálogo entre Xerxes e seu tio Artábanos, sobre o ataque dos persas à Grécia (VII, 10), ou ainda na famosa discussão entre os conjurados persas sobre o melhor regime de governo (III, 80-83).

Estes diálogos são, sem dúvida, criações do autor com base em suas informações – apesar de Heródoto em nenhum momento dizer claramente se estes diálogos foram transcritos ou imaginados –, segundo uma certa ideia do que aqueles personagens poderiam ter realmente dito. Deste modo, segundo Peschanski, estes diálogos fornecem a ocasião de se visualizar aspectos psicológicos não apenas de seus supostos autores, mas também de compor, através de um indivíduo, a imagem de todo um povo, ou em um conflito, de todo um acampamento⁸⁷.

Após a análise de todas estas formas em que a narração é delegada a outras instâncias, é possível perceber uma última forma de escrita, feita de narrações fluidas, sem contestações nem explicações e que, assim como outras formas de narração, normalmente aparecem como digressões no decorrer do texto. Alguns exemplos são o episódio de Períandros, (III, 49-53) e a narração sobre Giges (I, 7-12). Não podemos esquecer, porém, que todos esses tipos de narração descritos acima são formas específicas, que por vezes mesclam características entre si, aparecendo combinadas em algumas passagens do texto de Heródoto.

É importante dizer ainda que, segundo Catherine Peschanski, estas diferentes formas de escrita utilizadas nas Histórias referem-se a dois processos de conhecimento bem distintos: um conhecimento crítico, ao qual a elaboração da investigação deixa pouco espaço, e que é aquele que aparece quando o investigador ocupa a frente da cena, reagindo às informações que lhe são fornecidas e elaborando pessoalmente as problemáticas e as explicações; e um conhecimento imediato, que aparece com bem mais frequência, quando o autor se coloca em um segundo plano, atrás de seus informantes e dos personagens que compõem as narrações e se furtando a intervir diretamente no texto, reservando para si apenas o papel de narrar⁸⁸.

2.1.2 A democracia na obra de Heródoto

⁸⁷ PESCHANSKI, Catherine. *Le Discours du Particulier*. Paris: Éditions du Seuil, 1987, p. 120.

⁸⁸ PESCHANSKI, Catherine. *Le Discours du Particulier*. Paris: Éditions du Seuil, 1987, p. 126.

Heródoto promoveu em sua obra uma defesa, em algum nível, da democracia – sendo um dos poucos autores clássicos a tê-lo feito, pelo menos dentre aqueles cuja obra chegou até nós. Veremos, entretanto, que o governo do povo, defendido por Heródoto, não é colocado em oposição a um regime oligárquico, como é comum entre os autores modernos, pelo contrário, Heródoto nutre até mesmo simpatias por Esparta. De fato, a principal questão para ele é a liberdade em oposição à escravidão.

Primeiramente, é importante lembrar que Heródoto não construiu um tratado sobre a democracia, apenas expressou a sua opinião, implícita ou explicitamente, em trechos esparsos; portanto, ele não fez uma análise pormenorizada do regime democrático, buscando seus possíveis limites, ou as falhas e distorções em seu funcionamento. Além disso, também não se deve esquecer que ele nem sempre se mostrou favorável as decisões tomadas pelo povo, o que lhe levou a expor opiniões que podem ser interpretadas como negativas em relação à democracia, como, por exemplo, no capítulo 97 do livro V: “Parece realmente mais fácil enganar muitos homens do que um só, pois Aristagoras não conseguira enganar Cleomenes sozinho mas fez isso com trinta mil atenienses”⁸⁹. Ao falar sobre esta passagem da *História*, Momigliano diz que Heródoto admira a democracia ateniense e sabe que a democracia tornou Atenas mais eficiente na guerra que qualquer outra cidade-Estado grega, mas “quando os atenienses, diferentemente de Cleomenes de Esparta, são convencidos por Aristágoras a ajudar os jônios, observa brandamente que é mais fácil ganhar trinta mil homens que um só. Não tinha dúvida de que ajudar os jônios era o pior que os atenienses podiam fazer”⁹⁰.

Mas este era um preço a ser pago pela liberdade e certamente a posição de Heródoto em relação à democracia era favorável. De fato, a liberdade era o ponto central. Esta é a expressão mais utilizada por Heródoto para diferenciar gregos e bárbaros e era em nome dela que os primeiros lutavam. É ela que, assim como a igualdade, explica a motivação dos helenos ao lutarem e principalmente o motivo de estarem lutando, pois a resistência organizou-se para impedir o domínio persa. Podemos dizer, mesmo, que a liberdade possibilitava a igualdade, pois, somente quando livres da dominação, seja no plano externo ou interno (que muitas vezes se combinavam), é que os cidadãos poderiam estabelecer suas próprias regras, que, quando definidas da mesma forma para todos, culminavam com a

⁸⁹ HÉRODOTE. *Histoires*. Traduit par Pierre-Henri Larcher. Paris: PRB, 2015.

⁹⁰ MOMIGLIANO, Arnaldo. *La Historiografia Griega*. Barcelona: Editorial Crítica, 1984, p. 154.

*isonomia*⁹¹. É interessante notar, portanto, que a visão de Heródoto sobre a liberdade e a igualdade não é puramente moral, ela tem também um caráter bastante pragmático. Ele não as defende simplesmente por serem mais justas (e, na visão de Heródoto, elas são), mas, principalmente, pois essas trazem consequências positivas diretas para os povos que as adotam, já que faz com que os indivíduos queiram preservá-las e, portanto, empenhem-se mais, principalmente enquanto guerreiros, para preservar suas leis e suas cidades e consequentemente sua liberdade e sua igualdade. Um trecho interessante, nesse sentido, é dado através de uma resposta, segundo Heródoto, dada por Demáratos a Xerxes:

Assim os lacedemônios não são inferiores a homem algum em combate singular, e juntos eles são os mais valentes de todos os homens. De fato, sendo livres eles não são livres em tudo; eles têm um déspota – a lei – mais respeitado pelos lacedemônios que tu por teus súditos; eles cumprirão com certeza todas as suas ordens, e suas ordens são sempre as mesmas: não fugir do campo de batalha diante de qualquer número de inimigos, mas permanecer firmes em seus postos e neles vencer ou morrer.⁹²

Os conceitos de liberdade e igualdade, apesar de serem complementares dentro da obra de Heródoto, podem ser abordados separadamente.

2.1.2.1 O conceito de liberdade

A palavra mais comumente utilizada pelos gregos antigos para expressar a ideia de liberdade é *Eleutheria*, sendo ainda um nome que designava uma divindade associada à ideia de liberdade. Essa denominação também podia ser usada como um epíteto de outros deuses, como, por exemplo, Zeus Eleutherios, especialmente venerado em Atenas após a vitória sobre os persas na Batalha de Plateia, em 479 a.C. Na obra de Heródoto, como foi dito, a liberdade ganha um sentido particular, não significando apenas uma independência do domínio estrangeiro. Se assim fosse, muitos povos seriam livres (todos que não estivessem sob o domínio persa ou sob o domínio de qualquer outro império) mas a liberdade que os gregos lutavam para preservar significava mais, significava a ausência de um domínio interno, significava a liberdade de cada cidadão, e esta ideia de liberdade lhes é particular, considerando o contexto do mundo antigo. Um trecho que demonstra claramente isso é

⁹¹ Repartição igual no particular; igualdade de direitos na democracia.

⁹² HÉRODOTE. *Histoires*. Traduit par Pierre-Henri Larcher. Paris: PRB, 2015, VII, 104.

narrado por Heródoto através das palavras de Xerxes: “se, ao contrário – dizia ele – esses homens regressassem à Hélade, os helenos, informados a respeito do poderio persa, em sua opinião abririam mão dessa liberdade que é uma peculiaridade sua, sem esperar sequer a conclusão dos preparativos da expedição”⁹³.

A liberdade, portanto, só existia quando estava estabelecida tanto no plano interno quanto no externo, pois as duas formas de dominação eram vistas da mesma maneira, tanto que em sua narrativa, Heródoto, através de palavras que teriam sido pronunciadas por Miltiades – o principal general na batalha de Maratona –, põe lado a lado a liberdade dos atenienses em relação aos persas e em relação à tirania, através de uma referência aos tiranicidas: “Depende de ti, Calímacos, tornar Atenas escrava, ou então assegurar a sua liberdade e deixar à tua memória, enquanto existirem homens, um monumento como nem Harmôdios e Aristogéiton deixaram”⁹⁴. Calímacos, que também tinha direito a voto, juntamente com os estrategos, era quem decidiria (pois cinco generais achavam que deveriam combater e cinco achavam que não) se os atenienses lutariam ou não contra os persas que já estavam em Maratona. A decisão de lutar significava a única chance de manter a liberdade de Atenas, mas poderia significar também a destruição total dos atenienses, pois o exército bárbaro era muito mais numeroso. Querendo convencer Calímacos a tomar o partido da batalha, Miltiades invocou o nome de outros dois personagens, que eram profundamente respeitados em Atenas, pois teriam livrado os atenienses da tirania dos pisitrátidas. A dominação interna era vista por Heródoto como um mal tão grande quanto a dominação externa.

A maior oposição feita por Heródoto é, de fato, a oposição entre a “escravidão” e a liberdade, ou seja, a oposição entre a tirania e os regimes igualitários. Os atenienses, portanto, ao vencerem dos persas, não o fizeram apenas por sua superioridade técnica no que diz respeito à guerra – apesar deste ser também um fator invocado em algumas partes do livro – mas principalmente porque lutavam pela sua própria liberdade. Desta forma, os atenienses sabiam por que lutavam e escolheram lutar, através da decisão de seus generais (estrategos), que eram escolhidos pelos cidadãos. Ao contrário, os diversos povos comandados pelos persas eram compelidos a lutar (algumas vezes a chicotadas); estes guerreavam seguindo a vontade de um só homem e esta era, na obra de Heródoto, a sua maior fraqueza. Somente

⁹³ HÉRODOTE. *Histoires*. Traduit par Pierre-Henri Larcher. Paris: PRB, 2015, VII, 147.

⁹⁴ HÉRODOTE. *Histoires*. Traduit par Pierre-Henri Larcher. Paris: PRB, 2015, VI, 109.

desta forma poderia justificar-se, ao menos no que diz respeito às razões humanas⁹⁵, a derrota de um exército gigantesco por poucos milhares de homens.

A liberdade era, portanto, algo profundamente prezado pelos gregos, e defendida sempre que possível (mesmo que muitas cidades tenham aderido aos persas, por não acreditarem na possibilidade de vitória)⁹⁶. Diversos trechos demonstram isso: “Mas os milésios, felizes por se terem descartado também de Aristágoras, não estavam dispostos de forma alguma a receber outro tirano em sua terra, agora que haviam sentido o gosto da liberdade”⁹⁷. Esse fato aparece de maneira ainda mais clara na obra de Heródoto quando os

⁹⁵ Necessário lembrar que, entre os autores antigos, as referências às intervenções divinas nas grandes batalhas era constante. Um dos principais exemplos nesse sentido é, sem dúvida, a *Ilíada*, de Homero, onde quase todos os feitos dos guerreiros envolvidos no combate é acompanhada de alguma referência à atuação de um dos deuses do Olimpo.

⁹⁶ É importante ressaltar que nos referimos, aqui, ao conceito de liberdade em Heródoto. Não há dúvida de que, desde a antiguidade, existiram concepções diferentes. Lembremos, por exemplo, da noção de *eleuthería* em Aristóteles e do homem como um animal político, que só poderia encontrar sua liberdade na *polis* - nesse sentido, ver toda a argumentação desenvolvida em ARISTOTE. *La Politique*. Trad. de Pierre Pellegrin. Paris: Editions Flammarion, 2015. Já em Hobbes, encontramos a dicotomia entre duas naturezas distintas de liberdade – a do indivíduo e a do Estado. Enquanto a do Soberano seria plena e absoluta, pois é uma consequência do pacto originário que o autorizou, a do indivíduo dependeria de previsão legal ou de ausência de vedação legal justamente porque foi sua vontade livre que, quando do estado de natureza, autorizou o Soberano a agir em seu nome e proveito. Nesse sentido, bem como uma sustentação de como teria sido possível a Hobbes esclarecer muitas imprecisões terminológicas e variações conceituais durante o seu debate com o bispo Bramhall, ver Teixeira, Anderson Vichinkeski. (2019). Liberdade e Necessidade em Hobbes: Reflexões sobre o livre arbítrio nas origens do Estado moderno. *Veritas* (Porto Alegre), 64(3), e33126. <https://doi.org/10.15448/1984-6746.2019.3.33126>. Já na modernidade, a liberdade é vista como um direito humano de primeira dimensão ou geração. Como ressalta Pérez Luño, a mutação histórica dos direitos humanos determinou o surgimento de sucessivas “gerações” de direitos. Os direitos humanos como categorias históricas, que só podem ser se desenvolver em contextos temporalmente determinados, nascem com a modernidade dentro da atmosfera iluminista que inspirou as revoluções burguesas do século XVIII. Esse contexto dá perfis ideológicos definidos aos direitos humanos. Os direitos humanos nascem com evidente marca individualista, como liberdades individuais que compõem a primeira fase ou geração dos direitos humanos. Todavia, a matriz ideológica individualista sofreu um amplo processo de erosão e contestação nas lutas sociais do século XIX, que evidenciaram a necessidade de completar o catálogo de direitos e liberdades da primeira geração com uma segunda geração de direitos: direitos econômicos, sociais e culturais. Todavia, a estratégia reivindicatória dos direitos humanos apresenta-se, hoje, com características inequivocamente novas ao polarizar-se em torno de temas como o direito à paz, direitos do consumidor, direitos no campo das biotecnologias e da manipulação genética, direito à qualidade de vida ou à liberdade informática. Estamos, portanto, diante de uma terceira geração de direitos humanos que complementa as fases anteriores, referentes às liberdades individuais e aos direitos econômicos, sociais e culturais. Desta forma, os direitos e liberdades da terceira geração são apresentados como uma resposta ao fenômeno da chamada “contaminação das liberdades”, termo com o qual alguns setores da teoria social anglo-saxônica aludem a erosão e a degradação que afligem os direitos fundamentais diante de certos usos das novas tecnologias. Além disso, o atual estágio de desenvolvimento tecnológico, aliado a indiscutíveis avanços e progressos, tem gerado novos fenômenos de agressão a direitos e liberdades. Nessas coordenadas, inicia-se um movimento da doutrina e da jurisprudência jurídica dos países com maior grau de desenvolvimento tecnológico tendente ao reconhecimento do direito à liberdade informática e à faculdade de autodeterminação na esfera da informação. In LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. Las gereraciones de derechos humanos. In Revista da AGU, Brasília-DF, ano XIII, n. 42, p. 39-74, out./dez. 2014.

⁹⁷ HÉRODOTE. *Histoires*. Traduit par Pierre-Henri Larcher. Paris: PRB, 2015, VI, 5.

espartanos Spertias e Búlis respondem ao persa Hidarnes, no momento em que este lhes sugere que o melhor seria aderir ao Grande Rei da Pérsia:

O conselho que nos dás, Hidarnes, não é ponderado; em parte falas como um homem experiente, mas em parte falas como um inexperiente. Conheces a sujeição, mas ainda não experimentaste a liberdade, e não sabes se ela é doce ou não. Se a tivesses experimentado não nos aconselharias a lutar por ela apenas com lanças, mas até com machados.⁹⁸

Esta oposição, entre liberdade e escravidão, também fica muito clara dentro das próprias cidades gregas. Quanto aos atenienses, segundo Heródoto, estes passaram a ser temidos até mesmo pelos espartanos quando deixaram de ser governados por tiranos: “vendo crescer o poderio dos atenienses, de forma alguma dispostos a obedecer-lhes os lacedemônios compreenderam que a raça ática, agora livre, tornar-se-ia capaz de equiparar-se à sua própria raça, ela que, dominada por tiranos, seria impotente e estaria disposta a obedecer”⁹⁹. Os espartanos decidem então trazer de volta Hípias e instituir novamente uma tirania em Atenas, o que é recusado pelo representante de Corinto e posteriormente pelos outros aliados de Esparta, julgando estes ser a tirania: “de todas as instituições existentes entre os homens a mais injusta e sanguinária”¹⁰⁰. Esta é seguramente a opinião de Heródoto, que aparece sob diversas formas em sua obra.

Fica claro, portanto, que a distinção fundamental é feita entre tirania e liberdade e não entre oligarquia e democracia, conceitos que neste mesmo capítulo são aproximados pelo autor. Ele faz isso através das palavras de Socles, o representante de Corinto, que julga absurdo que os espartanos queiram destruir “regimes igualitários” para instalar a tirania em uma cidade grega (no caso, Atenas), e ainda complementa: “Se achais realmente um bem para as cidades a submissão a tiranos, começai por instalar um deles entre vós mesmos, antes de tentar instalá-los entre outros povos”. Fica subentendido, portanto, que o próprio regime espartano estaria também entre estes regimes igualitários. O que impressiona, porém, não é que o regime espartano seja considerado igualitário, o que é uma interpretação possível, mas sim a facilidade com que são postos no mesmo “grupo” regimes tão diferentes quanto o espartano e o ateniense, em oposição àquele que é considerado por Heródoto como um grande mal, ou seja, a tirania.

⁹⁸ HÉRODOTE. *Histoires*. Traduit par Pierre-Henri Larcher. Paris: PRB, 2015, VII, 135.

⁹⁹ HÉRODOTE. *Histoires*. Traduit par Pierre-Henri Larcher. Paris: PRB, 2015, V, 91.

¹⁰⁰ HÉRODOTE. *Histoires*. Traduit par Pierre-Henri Larcher. Paris: PRB, 2015, V, 92.

Na verdade, Heródoto não se apresenta claramente contrário ao regime oligárquico, como se poderia esperar de alguém que viveu e defendeu a democracia. Ele parece, mesmo, praticamente alheio à discussão que seria uma das principais para os filósofos do século IV a.C., no que se refere aos regimes políticos, ou seja, da capacidade e da legitimidade de muitas pessoas para governar.

2.1.2.2 A igualdade

Heródoto não está, entretanto, completamente alheio a esta discussão. Ele é, na verdade, o primeiro a fazê-la, mas de uma maneira bastante inusitada. Ele coloca esse debate entre os conjurados persas, que haviam derrubado o impostor que estava ocupando o trono. Mas, nesta ocasião, novamente os conceitos de governo do povo e de oligarquia aparecem sendo discutidos juntamente com a questão do poder nas mãos de um só homem. Isto se dá quando Heródoto narra a suposta argumentação dos persas Otanes, Megábizos e Dario a respeito do melhor regime de governo. Sobre o ponto, afirma Luciano Canfora ser possível sustentar que “a própria linguagem usada por Otanes (hipótese democrática), Megabizos (hipótese oligáriquica) e Dario (hipótese monárquica, a vitoriosa) no contestado debate constitucional herodoteano (III, 80-82) fora familiar inclusive aos nobres cultos persas”¹⁰¹, e não uma exclusividade da experiência política grega.

É verdade que alguns autores defendem que esta discussão possa realmente ter acontecido naquele momento. No entanto, a posição que predomina é a de que um diálogo como este jamais teria ocorrido entre os persas, como sustenta Moore: “É quase desnecessário dizer que não somente é o diálogo não histórico, mas também nunca existiu realmente uma chance de qualquer governo na Pérsia que não a monarquia”¹⁰². De qualquer modo, é certo que Heródoto não conheceria em detalhes esta discussão, mesmo que houvesse ocorrido, e, portanto, os argumentos expostos a favor da democracia são do próprio autor. Desta forma, a opinião atribuída a Otanes é uma interessante demonstração da visão de Heródoto a respeito da democracia. Então, após criticar o poder exercido por um homem só, Otanes fala da igualdade, dizendo o seguinte:

¹⁰¹ CANFORA, Luciano. *El Ciudadano* In VERNANT, Jean-Pierre. *El Hombre Griego*. Madrid: Alianza Editorial, 1995, p. 145.

¹⁰² MOORE, J. M. *Aristotle and Xenophon on Democracy and Oligarchy*. Los Angeles: University of California, 1986, p. 135.

O governo do povo, ao contrário, traz primeiro consigo o mais belo de todos os nomes: igualdade perante a lei [*isonomia*], e em segundo lugar, nenhuma das injustiças cometidas por um governante único é cometida nele. Todas as funções são atribuídas através de sorteio, e seus detentores são responsáveis pelos atos praticados no exercício das mesmas, e todas as decisões são submetidas à assembleia popular. Exponho portanto a minha opinião, propondo que acabemos com o governo de um único homem e elevemos o povo ao poder, pois tudo está na maioria.¹⁰³

Estas palavras são sem dúvida um elogio, mas não podemos dizer que são determinantes sobre a opinião de Heródoto a respeito da democracia, já que são feitos em seguida também elogios ao “governo dos melhores”, e também ao governo de um único homem, através dos discursos de Megábizos e Dario. Nota-se, portanto, que a intenção de Heródoto foi ser fiel ao que diriam três homens que estivessem pronunciando discursos defendendo aquelas posições. De fato, o intuito do autor era confirmar a veracidade dos discursos apresentados, o que fica claro quando, em uma outra parte de sua obra, ele volta ao assunto, afirmindo que o general persa Mardônios teria tomado uma atitude surpreendente para “os helenos avessos a crer que Otanes tinha manifestado no debate dos Sete Persas uma opinião segundo a qual o regime conveniente aos persas era a democracia: ele depôs todos os tiranos dos iônios e instituiu constituições democráticas nas cidades”¹⁰⁴.

Mas, como dito acima, mesmo que discursos semelhantes tivessem sido pronunciados pelos persas, Heródoto não teria como conhecê-los, portanto, os argumentos anteriormente citados em defesa da democracia devem estar muito próximos dos argumentos do próprio Heródoto.

Deste modo, estes capítulos fornecem uma interessante oportunidade de vislumbrar as diferenças, em Heródoto, entre os regimes democrático e oligárquico: como já referido, essa não é a principal diferenciação feita pelo autor, perdendo espaço para a oposição fundamental entre tirania e liberdade, mas, nesse momento, apresenta-se uma diferenciação argumentativa, através das palavras de Otanes e Megábizos. Entretanto, essa discussão de caráter político, entre três os conjurados persas que derrubaram o mago impostor, além de seu caráter pioneiro (pois foi escrita mais de cinquenta anos antes das obras de Platão e Aristóteles), pode ter também uma conotação moral. Antes de Dario, o primeiro grande rei persa a Atacar a Hélade, ter subido ao trono, os persas teriam tido uma oportunidade de mudança em suas instituições, podendo substituí-las por instituições melhores e mais justas, mas estes não o fizeram. O resultado disso seria sentido alguns anos depois, quando o grande

¹⁰³ HÉRODOTE. *Histoires*. Traduit par Pierre-Henri Larcher. Paris: PRB, 2015, III, 80.

¹⁰⁴ HÉRODOTE. *Histoires*. Traduit par Pierre-Henri Larcher. Paris: PRB, 2015, VI, 43.

império persa seria derrotado por algumas pequenas cidades, mas de homens livres, o que os tornava muito mais valorosos, inclusive na guerra. De fato, na História: “A sorte parece assim frequentemente ajustar o curso das operações, mas é o valor das tropas engajadas, que, em definitivo, faz pender a balança para um lado ou para o outro. E este valor é, para Heródoto, um efeito das instituições”¹⁰⁵.

Um dos trechos em que Heródoto demonstra mais claramente a sua afeição pela igualdade está no cap. 78 do livro V, onde o autor expressa a sua opinião a respeito do regime político ateniense: “não se evidencia num caso isolado, e sim na maioria dos casos, que a igualdade é uma instituição excelente; governados por tiranos, os atenienses não eram superiores na guerra a qualquer dos povos seus vizinhos, mas libertos dos tiranos eles assumiram de longe o primeiro lugar”. A palavra ‘igualdade’, nesta citação, é *isegoria*, que significa igualdade para falar – cujo significado está intimamente ligado ao da palavra *isonomia* (igualdade perante a lei). Heródoto não utiliza a palavra democracia, mas segundo Finley, a palavra *isegoria* era empregada, algumas vezes, pelos escritores gregos como sinônimo desta¹⁰⁶.

Heródoto, nesse mesmo capítulo, continua: “Isso prova que, na servidão, eles se conduziam propositalmente como covardes, pensando que serviam a um senhor; livres, porém, cada um agia com todas as suas forças para cumprir a missão em seu próprio benefício”. Estas asserções são baseadas nos fatos narrados por ele no capítulo anterior, relativo ao ataque ateniense aos beóciros, quando aqueles obtiveram uma grande vitória. Posteriormente, no mesmo dia, “os atenienses atravessaram para a Éuboia, travaram combate também com os calcídios, venceram-nos igualmente e deixaram quatro mil clérucos nas terras dos ‘Criadores de Cavalos’.”¹⁰⁷

Posteriormente, ao narrar a batalha de Maratona, Heródoto confirma esta sua opinião a respeito do valor dos atenienses na guerra:

[...] em sua opinião [dos persas] os atenienses estavam atacados de uma loucura capaz de causar-lhes a destruição total, pois apesar de perceberem que eram tão poucos eles os atacavam em marcha acelerada, sem dispor de cavalaria nem de arqueiros. Essa era a impressão dos bárbaros, mas depois de estabelecer contato com os bárbaros em fileiras cerradas os atenienses combateram de maneira memorável.¹⁰⁸

¹⁰⁵ ROUSSEL, Denis. *Les Historiens Grecs*. Paris: Presses Universitaires de France, 1973, p. 50.

¹⁰⁶ FINLEY, Moses I. *Democracia Antiga e Moderna*. Rio de Janeiro: Graal, 1988, p. 31.

¹⁰⁷ HÉRODOTE. *Histoires*. Traduit par Pierre-Henri Larcher. Paris: PRB, 2015, V, 77.

¹⁰⁸ HÉRODOTE. *Histoires*. Traduit par Pierre-Henri Larcher. Paris: PRB, 2015, VI, 112.

Portanto, a opinião que Heródoto havia expressado anteriormente, em nível conceitual, ele confirma com a narração da batalha de Maratona, onde os atenienses combateram praticamente sozinhos, mas, ainda assim, venceram um exército bárbaro muito mais numeroso – e que já havia capturado outra cidade importante, Eretria –, demonstrando, consequentemente, a sua superioridade no campo de batalha.

Em outra parte da obra, quando Heródoto falava da revolta da Jônia, novamente é utilizado o termo *isonomia*, e novamente apresente-se a oportunidade de fazer um elogio a esta: “Inicialmente, ele renunciou em palavras à tirania e estabeleceu em Míletos a igualdade de direitos [*isonomia*], para induzir os milésios a associar-se voluntariamente à sua rebelião”¹⁰⁹. Percebe-se, assim, que a igualdade seria o desejo dos habitantes de Míletos, pois esta é estabelecida visando induzir os milésios a aderir à revolta. Isso fica ainda mais claro, de acordo com o que foi dito até aqui, se percebermos que a igualdade foi estabelecida, ao menos formalmente, em substituição a uma tirania, que é, na obra de Heródoto, o pior dos regimes.

2.1.2.3 O governo do povo

A referência feita ao governo do povo por ocasião do debate entre os persas conjurados não é a única da *História*. No capítulo 164 do livro VII, Heródoto diz que Cadmos, após ter recebido de seu pai o governo tirânico firmemente estabelecido em Cós: “espontaneamente, sem ser compelido por qualquer coisa temível, mas obedecendo a um sentimento de justiça, tinha entregue o poder ao povo de Cós”. Essa é uma reflexão que tem um caráter evidentemente moral. O autor coloca a sua opinião no sentido de que o governo do povo seria o regime mais justo. É interessante lembrar que, mais uma vez, essa afirmação de justiça do poder entregue ao povo encontra-se em oposição a um anterior regime tirânico, que, no caso, estava estabelecido na cidade de Cós. Outro trecho que revela a simpatia de Heródoto pelo regime democrático é um elogio feito à Atenas, mesmo que não se refira especificamente ao regime político ateniense, no cap. 139 do livro VII, quando o autor diz que: “quem dissesse que os Atenienses foram os salvadores da Hélade não se distanciaria da verdade”, pois segundo Heródoto, se os atenienses tivessem fugido ou concluído um acordo com os persas, ninguém teria tentado resistir a estes no mar, e se ninguém tivesse resistido aos persas no mar, as defesas de Esparta e seus aliados por terra não teriam sido suficientes para conter o avanço das tropas do Grande Rei.

¹⁰⁹ HÉRODOTE. *Histoires*. Traduit par Pierre-Henri Larcher. Paris: PRB, 2015, V, 37.

Outra evidência da tendência da obra de Heródoto é que esta foi aclamada após ser lida em praça pública em Atenas, tendo provavelmente Heródoto recebido o prêmio de dez talentos¹¹⁰. Em Atenas, Heródoto conviveu com figuras ilustres, entre elas o próprio Péricles, o qual cita de maneira bastante positiva em sua obra. Referindo-se à gravidez de sua mãe, Agariste, ele diz que: “ela casou-se com Xântipos filho de Arífron, e ficando grávida teve uma visão em sonho: teve a impressão de estar dando à luz um leão, e pouco depois deu um filho a Xântipos: Péricles”.

Enquanto nas análises modernas sobre a democracia são discutidas questões como até que ponto existia uma igualdade de fato entre os cidadãos em sua vida política, ou se esta era dominada por determinados elementos, ou qual a importância da escravidão e do império ateniense na sustentação do regime democrático, em Heródoto essas questões, bem como as críticas de muitos atenienses defensores de um regime oligárquico – referentes à suposta incapacidade de discernimento que teriam os pobres para participar da vida política –, passam praticamente despercebidas, sendo dada ênfase para como a igualdade e a liberdade diferenciam uma população, especialmente no que diz respeito ao seu comportamento no campo de batalha. Catherine Peschanski refere-se a essa característica da obra, ao lembrar que os soldados persas sempre aparecem na *História* sendo guiados pela coerção, por esse motivo “eles são suscetíveis de falhas graves, seja a sua tendência a trair, seja que, vítimas de sua própria servidão, eles se preocupem mais em serem agradáveis a seu soberano do que em acabar com seus inimigos no campo de batalha.”¹¹¹

2.1.2.4. A construção da autonomia

É interessante ressaltar, nesse momento, que a liberdade, em Heródoto, é o que possibilita o surgimento de um homem diferente, não apenas na guerra, mas no conjunto da vida social e espiritual. Esta liberdade se encontra em oposição à escravidão, não no sentido de condição jurídica individual (como escravo-mercadoria, escravo por dívidas, etc.), mas referindo-se ao conjunto de uma determinada sociedade e até que ponto os integrantes dessa participam dos processos de tomada de decisão das questões que dizem respeito a toda essa

¹¹⁰ Talento era uma unidade de medida e monetária utilizada em Atenas e em outras partes do mundo grego – e, posteriormente, para toda a região do Mediterrâneo – no período clássico. Como unidade de medida, por exemplo, um talento correspondia à carga que um homem adulto poderia carregar, como explicam HUMPHREY, John William; OLESON, John Peter; SHERWOOD, Andrew Neil. *Greek and Roman technology*. Abingdon: Routledge, 1997, p. 489.

¹¹¹ PESCHANSKI, Catherine. *Le Discours du Particulier*. Paris: Éditions du Seuil, 1987, p. 54.

sociedade. A guerra, dessa forma, aparece na obra de Heródoto principalmente como um momento para pensar a liberdade política e fazer um elogio a essa liberdade. A atitude dos homens enquanto combatentes reflete nada mais do que a sua condição enquanto cidadãos, pois lutam para preservar a sua liberdade política e consequentemente o seu direito de participação. Daí a afirmação de Heródoto sobre os atenienses, mencionada acima, de que estes, livres, agiam com todas as suas forças para cumprir as missões em seu próprio benefício, ao contrário de quando eram governados por tiranos e se conduziam propositalmente como covardes.

É esse mesmo universo espiritual que permite a participação política de um largo contingente de cidadãos que possibilita a produção de uma obra como a *História* de Heródoto. O caminho da autonomia humana – ou, pelo menos, seus primeiros passos –, que tem um marco fundamental na obra de Heródoto, se dá principalmente em oposição à determinação divina – já que Heródoto não necessita mais da inspiração das musas –, mas, ao mesmo tempo e de forma conexa, representa uma ruptura com aquela estrutura social que determinava as fontes da verdade de acordo com a posição social daqueles que a pronunciavam. Assim, é o processo de laicização da palavra, que tem seu começo diretamente ligado a uma maior liberdade de discurso existente nos meios guerreiros da sociedade grega arcaica, que levou à igualdade política:

Por mais absoluto que seja o império da palavra mágico-religiosa, alguns meios sociais parecem ter escapado de sua influência. Desde a época mais remota, possuem um outro tipo de palavra: a palavra-diálogo. Estes dois tipos de palavra opõem-se em toda uma série de pontos: a primeira é eficaz, intemporal; é inseparável das condutas e dos valores simbólicos; ela é o privilégio de um tipo de homem excepcional. Ao contrário, a palavra-diálogo é laicizada, complementar à ação, inscrita no tempo, provida de uma autonomia própria e ampliada às dimensões de um grupo social. Este grupo social é formado pelos homens especializados na função guerreira, cujo estatuto particular parece prolongar-se desde a época micênica até a reforma hoplita, que marca o fim do guerreiro como indivíduo particular e a extensão de seus privilégios ao cidadão da Cidade¹¹².

Portanto, foi a existência de um espaço mais aberto, da discussão, em oposição a palavra eficaz – aquela proveniente de determinadas figuras sociais –, que levou à laicização da palavra e do pensamento. A História de Heródoto é filha deste processo e reforça o mesmo, pois faz, como um dos principais aspectos da sua obra, uma severa crítica à tirania. Mas, como foi dito, esses primórdios da autonomia humana, anunciados na obra de Heródoto, também estão ligados ao próprio universo espiritual da *Polis* e a sua estruturação política, no

¹¹² DETIENNE, Marcel. *Os Mestres da Verdade na Grécia Arcaica*. Rio de Janeiro: Zahar, s/d, p. 45.

sentido da não dependência de nenhuma potência estrangeira e da existência de um espaço de decisão política, ou seja, um espaço de discussão e decisão coletiva.

Esse tipo de processo de tomada de decisão se apresenta em oposição ao modelo dos reinos orientais, que não tinha paralelo na Grécia desde o período micênico e cujo desaparecimento possibilitou a criação de um novo tipo de sociedade, com novos valores e uma nova estrutura de pensamento: De acordo com Jean-Pierre Vernant, a queda de Micenas, no século XII a.C. não representa apenas a queda de uma dinastia, mas a destruição de toda uma forma de vida social, estruturada em torno do palácio, com o desaparecimento da figura do “Rei divino” do contexto helênico. Esse processo muda, de fato, o próprio homem grego, “modifica seu universo espiritual, transforma algumas de suas atitudes psicológicas”. Essas profundas mudanças foram capazes de “preparar, ao termo do longo, do sombrio período de isolamento e de reconsideração dos fatos que se chama Idade Média grega, uma dupla e solidária inovação: a instituição da cidade e o nascimento de um pensamento racional”¹¹³.

Vernant fala em uma dupla e solidária inovação: a instituição da cidade e o nascimento de um pensamento racional. É justamente dentro deste contexto, ainda que em um período posterior, que se insere a história, enquanto um determinado olhar para o passado, que é filha da cidade, da liberdade, e ao mesmo tempo promove ambas, já em um processo de descobrimento da autonomia humana. Vernant ainda complementa: “a vida política grega pretende ser o objeto de um debate público, em plena luz do sol, na Ágora, da parte de cidadãos definidos como iguais e de quem o Estado é a questão comum”¹¹⁴.

Esta é a inovação da cidade, que está ligada também ao pensamento racional, autônomo, que surgiu justamente devido a um ambiente mais democrático, mais aberto, que é defendido na *História* (principalmente através da defesa do valor dos cidadãos enquanto guerreiros), mas que ao mesmo tempo possibilitou a existência desta. Portanto, a obra de Heródoto é uma apologia à própria estrutura social que possibilitou a sua existência – uma estrutura social que tinha como aspectos fundamentais a liberdade e a igualdade, da forma como os antigos gregos compreendiam esses valores.

Democracia e pensamento racional estão simbolicamente reunidos na obra do pai da história. Essa então nova visão de mundo que nos foi legada pelos gregos constituiu a base de toda a construção do pensamento ocidental e do desenvolvimento científico que a partir dali se erigiu. Mas é preciso lembrar que o pensamento racional é, antes de tudo, uma forma de

¹¹³ VERNANT, Jean-Pierre. *As Origens do Pensamento Grego*. 3^a ed. São Paulo: Difel, 1981, p. 6.

¹¹⁴ VERNANT, Jean-Pierre. *As Origens do Pensamento Grego*. 3^a ed. São Paulo: Difel, 1981, p. 6.

explicar o mundo, um sistema que coloca ordem no caos que é a imensidão de acontecimentos que são gerados ininterruptamente em todas as partes do cosmos. Foi esse sistema que, a partir de então, se desenvolveu e que acabou por culminar na racionalidade moderna. É, por isso, fundamental sublinhar que a crise da modernidade não é apenas uma crise dos aspectos de nossa sociedade que surgiram durante a modernidade, mas sim uma crise profunda e ampla. É uma crise que atinge as próprias estruturas da racionalidade humana, juntamente com a noção de ordem, herdadas da antiguidade clássica.

Ou, por outro lado, seria possível compreender que não se trata propriamente de uma crise? Não estaríamos, portanto, já em um novo momento, posterior à modernidade – ainda que conservando, em certa medida, características dessa, como a própria modernidade também possuía características de outros períodos? É a isso que remete instintivamente o termo pós-modernidade. Porém, alguns autores interpretam que não estaríamos propriamente em um momento posterior à modernidade, mas sim vivenciando uma exacerbação desta, enquanto outra linha defende que poderíamos estar, mesmo, vivendo em uma espécie de hiper-realidade, causada pela total perda de referencial ocorrida durante a modernidade.

2.2. As diferentes interpretações da pós-modernidade

2.2.1 Conceitos diversos dentro do espectro da pós-modernidade

Há diversas linhas de pensadores que trabalham dentro de uma perspectiva de crise da modernidade e de crise do Estado moderno. A primeira delas é a dos autores que sustentam, como já mencionado, estarmos vivendo em um contexto que pode ser caracterizado como uma “pós-modernidade”.

É comum a referência de que Jean-François Lyotard teria sido um dos principais responsáveis pela grande difusão da expressão “pós-modernidade”. É importante frisar, entretanto, que ele não foi o criador dessa, o que fica claro já no início da obra *A condição pós-moderna*, quando Lyotard afirma que a expressão refere-se à condição atual das sociedades mais desenvolvidas e é utilizada, no continente americano, por sociólogos e críticos, designando “o estado da cultura após as transformações que afetaram as regras dos

jogos da ciência, da literatura e das artes a partir do final do século XIX”¹¹⁵. Mesmo que haja essa referência a mudanças que teriam começado ainda no final do século XIX, o autor esclarece, pouco depois, que sua hipótese é a de que “o saber muda de estatuto ao mesmo tempo que as sociedades entram na idade dita pós-industrial e as culturas na idade dita pós-moderna”, bem como que “esta passagem começou desde pelo menos o final dos anos 50, marcando, para a Europa, o fim de sua reconstrução. Foi mais ou menos rápida conforme os países e, nos países, conforme os setores de atividade”¹¹⁶.

Fica claro que, para Lyotard, o aspecto central da pós-modernidade é a crise das metanarrativas e, evidentemente, todas as consequências daí advindas. Nesse sentido, o autor expressa que:

Simplificando ao extremo, considera-se “pós-moderna” a incredulidade em relação aos metarrelatos. É, sem dúvida, um efeito do progresso das ciências; mas este progresso, por sua vez, a supõe. Ao desuso do dispositivo metanarrativo de legitimação corresponde sobretudo a crise da filosofia metafísica e a da instituição universitária que dela dependia. A função narrativa perde seus fatores, os grandes heróis, os grandes perigos, os grandes périplos e o grande objetivo. Ela se dispersa em nuvens de elementos de linguagem narrativos, mas também denotativos, prescritivos, descritivos etc., cada um veiculando consigo validades pragmáticas *sui generis*. Cada um de nós vive em muitas dessas encruzilhadas. Não formamos combinações de linguagem necessariamente estáveis, e as propriedades destas por nós formadas não são necessariamente comunicáveis.¹¹⁷

É necessário compreender que, para o pensador francês, a ciência tem o seu próprio discurso de legitimação, chamado filosofia. Entretanto, quando esse metadiscorso utiliza-se abertamente a de algum grande relato para se legitimar, como a dialética do espírito, a hermenêutica do sentido, a emancipação do sujeito racional ou do trabalhador, o desenvolvimento da riqueza, etc., essa ciência é chamada de “moderna”¹¹⁸. Há, portanto, uma

¹¹⁵ LYOTARD, Jean-François. *La condition postmoderne: rapport sur le savoir*. Paris: Les Éditions de Minuit, 1979, p. 7.

¹¹⁶ LYOTARD, Jean-François. *La condition postmoderne: rapport sur le savoir*. Paris: Les Éditions de Minuit, 1979, p. 11.

¹¹⁷ No original: “En simplifiant à l’extrême, on tient pour « postmoderne » l’incrédulité à l’égard des métarécits. Celle-ci est sans doute un effet du progrès des sciences ; mais ce progrès à son tour la suppose. À la désuétude du dispositif métanarratif de légitimation correspond notamment la crise de la philosophie métaphysique, et celle de l’institution universitaire qui dépendait d’elle. La fonction narrative perd ses foncteurs, le grand héros, les grands périls, les grands périles et le grand but. Elle se disperse en nuages d’éléments langagiers narratifs, mais aussi dénotatifs, prescriptifs, descriptifs, etc, chacun véhiculant avec soi des valences pragmatiques *sui generis*. Chacun de nous vit aux carrefours de beaucoup de celles-ci. Nous ne formons pas des combinaisons langagières stables nécessairement, et les propriétés de celles que nous formons ne sont pas nécessairement communicables”. In LYOTARD, Jean-François. *La condition postmoderne: rapport sur le savoir*. Paris: Les Éditions de Minuit, 1979, p. 7-8.

¹¹⁸ LYOTARD, Jean-François. *La condition postmoderne: rapport sur le savoir*. Paris: Les Éditions de Minuit, 1979, p. 7.

evidente ruptura entre o mundo moderno e o pós-moderno, mas essa ruptura centra-se muito mais no plano do conhecimento do que propriamente do plano institucional – ainda que, evidentemente, advenham daí diversas consequências institucionais.

Desse modo, surge uma sociedade que se baseia menos numa antropologia “newtoniana”, como o estruturalismo ou a teoria dos sistemas, e mais em conhecimentos pragmáticos como, por exemplo, de determinados aspectos da comunicação. A legitimação em matéria de justiça social e de verdade científica seria a de otimizar a eficácia do sistema. Esta lógica do melhor desempenho é, sem dúvida, inconsistente sob muitos aspectos, sobretudo no que se refere à contradição no campo socioeconômico, pois deseja, ao mesmo tempo, menos trabalho – para baixar os custos da produção – e mais trabalho, para aliviar o peso social da população inativa. Além disso, o critério de operatividade é tecnológico, não sendo, portanto, adequado para julgar o verdadeiro e o justo. Todavia, a incredulidade dominante na sociedade é tão significativa que não se espera dessas contradições qualquer tipo de saída salvadora. A condição pós-moderna é “tão estranha ao desencanto como à positividade cega da deslegitimação”¹¹⁹.

No que se refere às consequências institucionais acima mencionadas, Lyotard deixa claro que as transformações econômicas presentes na atual fase do capitalismo, juntamente com a mutação das técnicas e das tecnologias, acontecem paralelamente a uma mudança no funcionamento dos Estados. As funções de regulação e, portanto, de reprodução, são e serão cada vez mais retiradas dos administradores. A classe dirigente é e será a dos decisores. Ela já não é mais constituída pela classe política tradicional, mas por uma camada formada por administradores de empresas, altos funcionários, dirigentes de grandes órgãos profissionais, confessionais, etc. Nesse contexto, os antigos polos de atração formados pelos Estados-nação, como os partidos, as instituições e as tradições históricas perdem seu atrativo¹²⁰.

Jacques Chevallier, por seu turno, defende haver diversos pontos de ruptura entre o momento atual e o período moderno, sendo esses suficientes para caracterizar, em nossos dias, algo novo – uma *pós-modernidade*. Discorda, entretanto, dos que veem o fim do Estado como forma de organização política, pois entende que a globalização não tende a eliminar os

¹¹⁹ LYOTARD, Jean-François. *La condition postmoderne: rapport sur le savoir*. Paris: Les Éditions de Minuit, 1979, p. 8.

¹²⁰ LYOTARD, Jean-François. *La condition postmoderne: rapport sur le savoir*. Paris: Les Éditions de Minuit, 1979, p. 29-30.

Estados nacionais, mas, ao contrário, aponta para a confirmação da hegemonia do modelo estatal que prevaleceu no ocidente, ainda que com significativas transformações.¹²¹

Chevallier delineia, na obra mencionada, uma série de aspectos da crise do Estado Moderno, que vão desde as mudanças na arquitetura estatal até as profundas modificações no liame político entre os cidadãos e o Estado. Um dos pontos abordados em profundidade diz respeito às transformações do Direito. Para esse autor, é possível falar-se em uma “crise da modernidade jurídica”, já que o Direito moderno era baseado no “império da razão”, tendo como um de seus principais objetivos a busca por uma estrutura clara, bem simbolizada pela pirâmide normativa kelseniana. Em contraposição, o Direito pós-moderno tem diversas fontes e a sua coerência é muito mais complexa, com grande importância às normas produzidas de forma descentralizada – como as agências reguladoras – e até mesmo ao chamado *soft law*, edificado, frequentemente, fora do próprio Estado.¹²²

No que tange às modificações no liame político, têm grande relevo as transformações no próprio conceito de cidadania. Chevallier afirma que a concepção tradicional de cidadania é a de poder participar da gestão política, bem como que essa se constitui em um conceito excludente, já que abarca apenas a identidade nacional, abrindo mão de outras – como, por exemplo, de um determinado grupo étnico –, tendo sempre que cumprir determinados requisitos. Já na pós-modernidade, a cidadania caminha para uma ideia mais flexível, mais tolerante e mais ativa, até mesmo em função do enfraquecimento da centralidade do modelo estatal. Outra característica relevante apontada é uma maior importância aos direitos anexos aos direitos políticos, já que essa nova cidadania seria também mais abrangente, englobando pessoas que participam da vida política por outros meios, como, por exemplo, a pressão feita sobre entidades governamentais por meio de grupos da sociedade civil.¹²³

No mesmo sentido, Pérez Luño, ao identificar o processo que ele chama de “fragmentação da cidadania”, diz que se aponta a noção de cidadania gestada na modernidade como responsável por homogeneizar de forma fictícia e intolerante todos os indivíduos em um status comum e universal de *cidadão*. Entretanto, esse conceito tem sofrido severas críticas, sendo proposto o reconhecimento da diversidade cultural como fundamento da diferenciação entre os cidadãos. Menciona, nessa senda, ideias de outros pensadores, como aquelas no sentido de uma “cidadania diferenciada”, capaz de abarcar a grande diversidade de valores culturais que são encontrados nas sociedades atuais. Nessas, a população se acha integrada

¹²¹ CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p.11-16.

¹²² CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 116-122.

¹²³ CHEVALLIER, Jacques. *O Estado Pós-Moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 251-259.

por uma multiplicidade de grupos que possuem traços identitários peculiares, deixando para trás a imagem abstrata de um todo compacto para mostrar sua realidade complexa e heterogênea¹²⁴. Têmis Limberger afirma, ainda, que o Direito, o Estado e a política estão sofrendo modificações na pós-modernidade, cada um em seu aspecto próprio e todos reciprocamente: “a informação que circula livremente, em rede, bem como a possibilidade e a facilidade de transferir capital por meio eletrônico fazem com que os conceitos de fronteira física e de território percam o seu significado e a sua importância”. Desse modo, o conceito de cidadania, que estava vinculado à nacionalidade, sofre um processo de reformulação¹²⁵.

Faz-se mister, entretanto, relativizar as afirmações até aqui feitas. Ainda que seja indubitável a mudança de paradigma ocorrida, nas últimas décadas, em relação ao conceito de cidadania e à centralidade do modelo estatal, não se pode afirmar que a tensão entre uma abordagem nacionalista e uma internacionalista seja um fenômeno recente. Para melhor compreender esse contexto, é necessário o desenvolvimento de diversos aspectos ligados à perspectiva da crise da modernidade, que incluem os pontos particularmente ligados à questão da soberania estatal, mas que vão bem além desses.

Segundo Anthony Giddens, os teóricos das relações internacionais usualmente estudam o desenvolvimento do sistema de Estados-nação analisando suas origens na Europa e sua posterior disseminação em escala mundial. Os Estados soberanos surgiram, primeiramente, como entidades amplamente separadas, tendo um controle administrativo quase completo no interior de suas fronteiras. Conforme o sistema do Estado europeu amadureceu e foi se tornando um sistema global de Estados-nação, os padrões de interdependência teriam ficado cada vez mais desenvolvidos, sendo que esses não se expressariam somente nos vínculos que os Estados formam uns com os outros no contexto internacional, mas também na criação de organizações intergovernamentais. Entretanto, esse quadro não está totalmente correto, já que, como afirma o referido autor:

O poder soberano dos estados modernos não se formou antes do envolvimento destes no sistema de Estados-nação, e mesmo no sistema de estados europeu, mas

¹²⁴ PÉREZ LUÑO, Antonio-Henrique. *¿Ciberciudadaní@ o ciudadaní@.com?*. Barcelona: Gedisa, 2004, p.35-36. De fato, Kymlicka questiona se ainda podemos falar em cidadania em uma sociedade onde os direitos estão distribuídos com base ao pertencimento a certo grupo, asseverando – a despeito da crítica de alguns autores liberais, de que uma “cidadania diferenciada” seria uma contradição – que essa concepção é a única capaz de descrever adequadamente o funcionamento da cidadania nas sociedades contemporâneas. In KYMLICKA, Will. *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*. Oxford: Oxford University Press 1995, p. 174.

¹²⁵ LIMBERGER, Têmis. BUNCHAFT, Maria Eugenia. Novas tecnologias, esfera pública e minorias vulneráveis. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 30.

sim desenvolveu-se em conjunção com ele. Na verdade, a soberania do Estado Moderno foi desde o início dependente das relações entre estados, em termos das quais cada estado (em princípio, e de modo algum na prática) reconhecia a autonomia dos outros dentro de suas fronteiras. Nenhum estado, por mais poderoso, detinha tanto controle da soberania na prática como era venerado no princípio legal.¹²⁶

Em outras palavras, o próprio desenvolvimento dos Estados nacionais deu-se de maneira intrinsecamente conectada ao conjunto das relações internacionais presentes no contexto europeu quando desse desenvolvimento. Nunca existiu, na prática, a soberania quase absoluta desenhada nos modelos teóricos.

Além disso, esse processo – de desenvolvimento, consolidação e posterior crise dos Estados nacionais – também não se deu de maneira uniforme, ao longo dos séculos, nas diversas partes do globo. A perda de autonomia por alguns Estados em determinados períodos veio acompanhada por um aumento dessa em relação a outros atores em diferentes regiões do mundo, como aconteceu, por exemplo, no pós-Segunda Guerra, com a assinatura de diversos tratados internacionais pelas nações europeias concomitantemente à formação de vários Estados nacionais no processo de descolonização afro-asiático.

Durante toda a modernidade, portanto, existiu certa tensão entre uma perspectiva nacionalista e uma internacionalista, ainda que com uma clara proeminência, especialmente no aspecto conceitual, da primeira sobre a segunda. Em outras palavras, o período moderno consagrou a preponderância do Estado-nação, mas a própria centralidade desse deveu-se à forma como foram tecidas as relações internacionais durante a sua construção.

É nesse contexto que se insere o debate conceitual e terminológico que inclui definições como *pós-modernidade* e *hipermodernidade*, *alta modernidade*, *modernidade líquida*, entre outros. Pode-se dizer que uma das principais diferenças entre essas abordagens é a relação de continuidade/ruptura entre o momento atual e a modernidade. Todas elas reconhecem semelhanças e diferenças entre os períodos, mas a ênfase em determinados aspectos pode alterar significativamente as conclusões. Giddens, por exemplo, entende que vivemos, atualmente, num período de “alta modernidade”, empregando, ainda, o termo pós-modernidade para referir-se a um futuro que ainda não está definido: “O que está além disto? Podemos atribuir algum sentido definido ao conceito de pós-modernidade? Que tipos de utopia podemos estabelecer, como projetos orientados para o futuro?”¹²⁷. Mas esse autor

¹²⁶ GIDDENS, Anthony, *As Consequências da Modernidade*. São Paulo: UNESP, 1991. p. 62.

¹²⁷ GIDDENS, Anthony, *As Consequências da Modernidade*. São Paulo: UNESP, 1991. p. 144.

utiliza também uma outra expressão para referir-se ao momento atual, que é “modernidade radicalizada”.

A “modernidade radicalizada” é a alternativa interpretativa apresentada por Giddens, ou seja, uma leitura da era corrente que desafia as concepções usuais da emergência da pós-modernidade. Ele estabelece, de fato, uma comparação direta de vários pontos entre essas duas posições, afirmando que a pós-modernidade entende a transição que está em curso em termos epistemológicos – ou como decompondo totalmente a epistemologia; enfoca as tendências centrífugas das transformações sociais correntes e de seu caráter de deslocamento; vê o eu como dissolvido ou desmembrado pela fragmentação da experiência; afirma a contextualidade das reivindicações de verdade ou as vê como “históricas”; teoriza a falta de poder que os indivíduos sentem em face das tendências globalizantes; vê o “esvaziamento” da vida cotidiana como resultado da introdução dos sistemas abstratos; enxerga o engajamento político coordenado impossibilitado pela primazia da contextualidade e dispersão e, por fim, define a pós-modernidade como o fim da epistemologia, do indivíduo e da ética.

Por outro lado, a modernidade radicalizada, segundo Giddens, identifica os desenvolvimentos institucionais que criam um sentido de fragmentação; vê a alta modernidade como um conjunto de circunstâncias em que a dispersão está dialeticamente vinculada a tendências profundas para uma integração global; interpreta o eu como mais do que apenas um lugar de forças entrecruzadas; possibilita processos ativos de auto-identidade; afirma que as características universais das reivindicações de verdade se impõem a nós de uma maneira irresistível dada a primazia dos problemas de um tipo global; analisa uma dialética da falta e da posse de poder em termos tanto da vivência como da ação; vê a vida cotidiana como um complexo ativo de reações aos sistemas abstratos, envolvendo tanto apropriação como perda; enxerga o engajamento político coordenado como possível e necessário, num nível global bem como localmente e, ainda, define a pós-modernidade como um conjunto de transformações possíveis para “além” das instituições da modernidade¹²⁸.

A partir dos elementos colocados pelo autor, fica claro que existem diferenças importantes nas duas linhas interpretativas. Necessário ressaltar particularmente que essa modernidade radicalizada, defendida por Giddens, põe ênfase no caráter global dos problemas a serem enfrentados, bem como na própria abordagem que é feita desses, destacando elementos que diferem do contexto da modernidade, mas sem que haja propriamente uma ruptura entre essa e o momento atual.

¹²⁸ GIDDENS, Anthony, *As Consequências da Modernidade*. São Paulo: UNESP, 1991. p. 132-133.

É claro que a questão da nomenclatura está longe de ser tão simples. Diversos autores buscaram denominações diferentes ao longo de suas próprias obras para o momento em que vivemos. Em *O mal-estar da pós-modernidade*, Bauman¹²⁹ deixa isso claro, ao afirmar que “A nossa sociedade ‘modema tardia’ (Giddens), ‘modema reflexiva’ (Beck), ‘surmoderne’ (Balandier), ou – como prefiro denominá-la – *pós-moderna* é marcada pelo descrédito, escárnio ou justa desistência de muitas ambições [...] características da era modema.”. De fato, nessa obra, Bauman não utiliza a expressão que seria depois consagrada por ele, a “modernidade líquida”. Entretanto, é interessante perceber que, mesmo utilizando a expressão “pós-modernidade” o autor não desenha, nesse momento, um quadro de ruptura, mas sim de uma continuidade associada a um alto grau de desencanto: “Dentre tais sonhos modernos abandonados e desesperançados, está a perspectiva de suprimir as desigualdades socialmente geradas, de garantir a todo indivíduo humano uma possibilidade igual de acesso a tudo de bom e desejável que a sociedade possa oferecer”. Ele conclui, ainda, dizendo que,

¹²⁹ Bauman é um dos pensadores que obteve maior notoriedade dentre os que desenvolveram reflexões sobre a pós-modernidade. Nascido em Poznan, na Polônia, em 1925, ele fugiu da invasão de tropas nazistas em 1939. Aos 14 anos, foi com a família para a União Soviética. Com o final da Segunda Guerra, voltou para estudar em Varsóvia. Em 1945, entrou para o Serviço de Inteligência Militar, onde atuou por três anos. Em 1953, foi expulso do exército polonês e, um ano depois, concluiu mestrado e passou a lecionar na Universidade de Varsóvia. Com o expurgo que levou muitos comunistas poloneses de ascendência judaica a sair do país, Bauman deixou a Polônia e teve que abdicar de sua cidadania polonesa. Primeiramente foi para Israel, para lecionar na Universidade de Tel Aviv. Em 1971, aceitou um convite para ensinar sociologia na Universidade de Leeds. Conhecido especialmente pela sua noção de “modernidade líquida”, estruturada já nos anos 1990, Bauman desenvolveu uma série de conceitos em torno dessa ideia. O que ele classifica como “amor líquido”, por exemplo, está ligado ao desejo das pessoas de vivenciar o afeto, mas sem um real compromisso. Assim, os laços podem se manter fluidos o suficiente para que a procura por relações continue, sem a imposição de alcançar a realização plena dessa busca. Essas emoções fluidas, para Bauman, têm origem na destruição de forças criativas pelo capitalismo e no consumismo como guia de comportamento na vida social. O medo e a insegurança são temas preciosos na sociologia de Bauman. Na obra *Tempos Líquidos*, ele afirma que a desintegração da solidariedade, minada pelas relações efêmeras na pós-modernidade, expõem o homem aos seus temores mais graves. Já em *Medo Líquido*, Bauman praticamente faz um inventário dos medos modernos, mostrando que as certezas da modernidade sólida se foram, e, com isso, a utopia do controle sobre os mundos social, econômico e natural desmoronou. Bauman desenvolveu uma crítica sobre temas variados, como a cultura transformada em itens de mercado, a crescente instrumentalização do consumismo e a inadequação dos modelos consagrados de educação, num espectro que vai do global, como os efeitos da crise financeira de 2008, até a introspecção pessoal. Em *Vidas Desperdiçadas*, ele busca recuperar uma perspectiva humanista do social, analisando a realidade dos grandes contingentes de seres humanos destituídos de meios de sobrevivência em seus locais de origem que vagam hoje pelo mundo. Bauman considera que essa população fora da lei nunca será incorporada ao sistema produtivo nem manterá qualquer tipo de relação estável, sendo essa uma consequência inevitável da modernização, um efeito colateral da nova ordem e do progresso econômico. Em seu último livro, *Estranhos à Nossa Porta*, ele trata do medo provocado pelas migrações e o processo de desumanização dos migrantes. Mostra também como políticos têm explorado os temores e ansiedades que se generalizaram, especialmente entre os que já perderam muito em razão dos processos de exclusão dominantes no atual modelo econômico de grande parte dos países.

como nas etapas iniciais da modernidade, “vivemos numa sociedade cada vez mais polarizada”¹³⁰.

De fato, Bauman entende que, se o mal-estar da modernidade vinha de uma espécie de segurança que tolerava uma liberdade pequena demais na busca da felicidade individual, o mal-estar da pós-modernidade provém de uma espécie de liberdade de procura do prazer que tolera uma segurança individual pequena demais. Hoje, a liberdade individual reina soberana. Ela é o valor pelo qual todos os outros valores vieram a ser avaliados e a referência pela qual a sabedoria acerca de todas as normas e resoluções coletivas devem ser medidas. Entretanto, “você precisa mais do que mais falta. Os esplendores da liberdade estão em seu ponto mais brilhante quando a liberdade é sacrificada no altar da segurança. Quando é a vez de a segurança ser sacrificada no templo da liberdade individual, ela furta muito do brilho da antiga vítima”¹³¹.

O pensador polonês ressalta que a política pós-moderna, voltada para a criação de uma comunidade política viável, precisa ser guiada pelo tríplice princípio de Liberdade, Diferença e Solidariedade, sendo a solidariedade a condição necessária e a contribuição coletiva essencial para o bem-estar da liberdade e diferença. No mundo pós-moderno, os primeiros dois elementos mencionados têm muitos aliados, especialmente quando se trata de estabelecer pressões de “desregulamentação” e “privatização” dos crescentes mercados globalizados. Todavia, é improvável que a condição pós-moderna produza, pelo menos sem uma intervenção política, a solidariedade. Mas sem solidariedade nenhuma liberdade é segura, enquanto as diferenças – e o tipo de “política de identidade” que elas tendem a estimular – acabam, em geral, apenas internacionalizando a opressão: “É fácil demais abusar do princípio da solidariedade. Não é fácil, e é talvez impossível, declarar confiantemente onde a exigência da solidariedade com a diferença acaba e onde a conivência com a opressão começa”¹³².

Já em *Modernidade Líquida*, Bauman refere que, por vezes, encontramos opiniões no sentido de que “a sociedade contemporânea (que aparece sob o nome de última sociedade moderna ou pós-moderna, a sociedade da ‘segunda modernidade’ de Ulrich Beck ou, como prefiro chamá-la, a ‘sociedade da modernidade fluida’) é inóspita para a crítica”¹³³. Mais uma vez, o autor polonês fala das diferentes formas de nomear o momento em que vivemos. Mas aqui ele faz uma referência especial ao aparente fim dos grandes projetos de transformação

¹³⁰ BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Editora Jorge Zahar, 1998, p. 195.

¹³¹ BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Editora Jorge Zahar, 1998, p. 9-10.

¹³² BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Editora Jorge Zahar, 1998, p. 256.

¹³³ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Editora Jorge Zahar, 2001, p. 31.

social. De fato, a fluidez estaria muito mais nos subsistemas que compõe a ordem social, enquanto essa própria ordem seria rígida a ponto de inviabilizar qualquer outra possibilidade. Se em outros momentos históricos eram construídas e apresentadas alternativas – geralmente de modelo revolucionário – agora os próprios laços que outrora possibilitaram ações coletivas perderam a força, a solidez necessária para efetivar qualquer tipo de mudança sistêmica:

A tarefa de construir uma ordem nova e melhor para substituir a velha ordem defeituosa não está hoje na agenda — pelo menos não na agenda daquele domínio em que se supõe que a ação política resida. O “derretimento dos sólidos”, traço permanente da modernidade, adquiriu, portanto, um novo sentido, e, mais que tudo, foi redirecionado a um novo alvo, e um dos principais efeitos desse redirecionamento foi a dissolução das forças que poderiam ter mantido a questão da ordem e do sistema na agenda política. Os sólidos que estão para ser lançados no cadiño e os que estão derretendo neste momento, o momento da modernidade fluida, são os elos que entrelaçam as escolhas individuais em projetos e ações coletivas — os padrões de comunicação e coordenação entre as políticas de vida conduzidas individualmente, de um lado, e as ações políticas de coletividades humanas, de outro¹³⁴.

Assim, nossa sociedade seria uma versão individualizada e privatizada da modernidade. Consequentemente, e a responsabilidade pelo sucesso ou, sobretudo, pelo fracasso cai principalmente sobre os ombros dos indivíduos. Os padrões de dependência e interação são agora maleáveis em um nível que as gerações passadas sequer poderiam imaginar. Entretanto, como todos os fluidos, eles não mantêm a forma por muito tempo. Os sólidos são moldados para sempre, mas manter os fluidos em uma forma requer atenção, vigilância constante e esforço contínuo. Por outro lado, seria imprudente negar, ou mesmo subestimar, a profunda mudança que o advento da “modernidade fluida” produziu na condição humana: “O fato de que a estrutura sistêmica seja remota e inalcançável, aliado ao estado fluido e não estruturado do cenário imediato da política-vida, muda aquela condição de um modo radical e requer que repensem os velhos conceitos que costumavam cercar suas narrativas”. Esses conceitos são, atualmente, mortos-vivos e a questão prática consiste em saber se sua ressurreição, ainda que em uma forma nova, é possível ou, em caso negativo, como fazer com que eles tenham um enterro adequado¹³⁵.

A modernidade líquida teria, portanto, como uma de suas principais características, o desengajamento. O próprio culto à liberdade dessa sociedade traz consigo essa ideia. A noção

¹³⁴ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Editora Jorge Zahar, 2001, p. 12.

¹³⁵ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Editora Jorge Zahar, 2001, p. 14-15.

de liberdade adotada está profundamente ligada à ausência de compromisso com uma causa, mas também com qualquer tipo arranjo específico. Para Bauman, “a modernidade ‘sólida’ era uma era de engajamento mútuo. A modernidade ‘fluida’ é a época do desengajamento, da fuga fácil e da perseguição inútil. Na modernidade ‘líquida’ mandam os mais escapadiços, os que são livres para se mover de modo imperceptível”. A própria dominação consiste na capacidade de escapar, de nos desengajarmos e no direito de decidir sobre a velocidade com que isso será feito, bem como na possibilidade de destituir os que estão do lado dominado de sua capacidade de decisão, ou, pelo menos, de limitar seus movimentos¹³⁶.

2.2.2 A hipermodernidade

Gilles Lipovetsky é um dos autores mais conhecidos a empregar o termo *hipermodernidade*. Segundo esse autor, a partir do final da década de 1970, a noção de pós-modernidade entrou no cenário intelectual com o objetivo de descrever o novo estado cultural das sociedades desenvolvidas e foi rapidamente mobilizado para designar, ora o abalo dos fundamentos absolutos da racionalidade e a falência das grandes ideologias da história, ora a poderosa dinâmica de individualização e pluralização das nossas sociedades. Surgiu, portanto, a ideia de que se tratava de uma sociedade mais diversificada e menos sobrecarregada de expectativas centradas no futuro. As visões entusiásticas do progresso histórico foram, então, seguidas por horizontes mais curtos, por uma temporalidade dominada pelo precário e pelo efêmero. Misturando-se ao desastre das construções voluntaristas do futuro e ao concomitante triunfo das normas de consumo centradas na vida do presente, o período pós-moderno indicou o advento de uma temporalidade social sem precedentes marcada pela primazia do aqui e agora¹³⁷.

O termo “pós-moderno” possuía, portanto, o mérito de ressaltar uma mudança de capítulo, uma transformação profunda do modo de funcionamento social e cultural das sociedades democráticas mais avançadas. Porém, ao mesmo tempo, essa expressão era

¹³⁶ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Editora Jorge Zahar, 2001, p. 140.

¹³⁷ LIPOVETSKY, Gilles e CHARLES, Sébastien. *Les Temps Hypermodernes*. Paris: Éditions Grasset & Fasquelle, 2004, p. 49. No mesmo sentido, Anthony Giddens afirma, sobre o termo “pós-modernidade”, que *afora o sentido geral de se estar vivendo um período de nítida disparidade do passado, o termo com frequência tem um ou mais dos seguintes significados: descobrimos que nada pode ser conhecido com alguma certeza, desde que todos os “fundamentos” preexistentes da epistemologia se revelaram sem credibilidade; que a “história” é destituída de teleologia e consequentemente nenhuma versão de “progresso” pode ser plausivelmente defendida; e que uma nova agenda social e política surgiu com a crescente proeminência de preocupações ecológicas e talvez de novos movimentos sociais em geral*. GIDDENS, Anthony, *As Consequências da Modernidade*. São Paulo:UNESP, 1991. p. 52.

ambígua e nebulosa, pois tratava-se de uma modernidade de um novo tipo que tomava corpo. O prefixo “pós” dirigia o olhar ainda ao passado decretado morto, sugerindo um desaparecimento, mas sem especificar que caminho que estávamos a tomar, como se se tratasse de preservar uma liberdade recém-conquistada na sequência da dissolução dos quadros sociais, políticos e ideológicos. O que vemos hoje, entretanto, revela uma modernidade elevada a uma potência superlativa: “Hipercapitalismo, hiperclasse, hiperpoder, hiperterrorismo, hiperindividualismo, hipermercado, hipertexto, o que não é mais ‘hiper’?”, questiona Lipovetsky. O clima de epílogo foi seguido pela consciência de uma corrida rumo a uma modernização desenfreada, composta pela proliferação da mercantilização, da desregulamentação econômica e de um desenvolvimento tecnocientífico vertiginoso, cujos efeitos são tão promissores quanto perigosos¹³⁸.

Não se trata mais de sair do mundo da tradição para acessar a racionalidade moderna, mas de modernizar a própria modernidade, de racionalizar a rationalização, ou seja, de destruir definitivamente os “arcaísmos” e as rotinas burocráticas, acabar com as resistências institucionais e com as restrições protecionistas. O engajamento na busca por um projeto de sociedade foi sucedido pelo ativismo gerencial desprovido de qualquer grande visão histórica. Em toda parte, o foco está na obrigação do movimento, na hipermudança desprovida de qualquer objetivo utópico, ditada pela exigência de eficácia e pela necessidade de sobrevivência. Na hipermodernidade, não há mais escolha, não há alternativa senão evoluir e acelerar para não ser ultrapassado. O culto à modernização técnica prevaleceu sobre a glorificação dos fins e dos ideais. Quanto menos previsível for o futuro, mais é necessário ser móvel, flexível, reativo, pronto para mudar constantemente. A mitologia da ruptura radical foi substituída pela cultura do mais rápido e do sempre mais: mais rentabilidade, mais desempenho, mais flexibilidade, mais inovação¹³⁹.

Longe de vermos a morte da modernidade, assistimos à sua conclusão, materializando-se no liberalismo globalizado, na comercialização quase generalizada dos estilos de vida e numa individualização desenfreada. Até então, a modernidade funcionava enquadrada ou dificultada por todo um conjunto de contrapesos. Além do papel da Igreja, que conservava forte ascendência sobre as consciências, “os partidos revolucionários prometiam outra sociedade, liberta do capitalismo e da luta de classes; o ideal de Nação legitimava o

¹³⁸ LIPOVETSKY, Gilles e CHARLES, Sébastien. *Les Temps Hypermodernes*. Paris: Éditions Grasset & Fasquelle, 2004, p. 50-51.

¹³⁹ LIPOVETSKY, Gilles e CHARLES, Sébastien. *Les Temps Hypermodernes*. Paris: Éditions Grasset & Fasquelle, 2004, p. 55.

sacrifício supremo dos indivíduos; o Estado administrava numerosas atividades da vida econômica". Todavia, não estamos mais naquele mundo. A sociedade que agora se apresenta é aquela na qual a modernidade não mais encontra uma resistência organizada e consistente. Eleva-se uma segunda modernidade, desregulamentada e globalizada, sem adversários, absolutamente moderna, alicerçando-se essencialmente em três axiomas constitutivos da própria modernidade anterior: o mercado, a eficiência técnica e o indivíduo. Se tínhamos antes uma modernidade limitada, este é o tempo da modernidade consumada.¹⁴⁰

Assim, diversos aspectos de nosso cotidiano demonstram uma escalada aos extremos. O inchaço das atividades financeiras e dos volumes de capital em circulação no planeta, a profusão de mercadorias nos hipermercados e *shopping centers* cada vez maiores, a tecnologia e suas transformações vertiginosas, as aglomerações urbanas e suas gigantescas metrópoles. Até mesmo os espetáculos, com o seu hiper-realismo que encena a transparência total, demonstram a exasperação ocorrida, em diversos níveis, nas relações sociais. Entretanto, é provável que em nenhum outro campo o mencionado fenômeno reste tão evidente quanto em relação ao aspecto digital. A troca constante e globalizada de informações em tempo real, especialmente através da internet, com o "seu dilúvio de fluxos numéricos: milhões de sites, bilhões de páginas, trilhões de caracteres, que dobram a cada ano"¹⁴¹ dão a exata dimensão do processo aqui mencionado. Resta evidente, portanto, que não presenciamos a superação da modernidade, mas, pelo contrário, a sua exacerbação.

Mas Lipovetsky não nega, propriamente, a pós-modernidade. Ele defende que nós passamos da era do "pós" para a era do "hiper". A pós-modernidade não teria sido senão um estágio de transição, um período de curta duração que não corresponde mais ao momento em que vivemos, momento esse em que o passado ressurge e as preocupações com o amanhã substituem a mística do progresso. O presente está a tornar-se cada vez mais importante devido ao desenvolvimento dos mercados financeiros, das técnicas de informação eletrônica e da moral individualista. Pode-se dizer, mesmo, que o centro de gravidade temporal de nossa sociedade mudou do futuro para o presente. Por todos os lados, a velocidade das operações e das trocas se acelera, o tempo se esgota e se torna um problema no centro de novos conflitos: "Tempo selecionado, horário flexível, tempo de lazer, tempo dos jovens, terceira e quarta idade: a hipermodernidade multipliou temporalidades divergentes". As desregulamentações

¹⁴⁰ LIPOVETSKY, Gilles e CHARLES, Sébastien. *Les Temps Hypermodernes*. Paris: Éditions Grasset & Fasquelle, 2004, p. 52.

¹⁴¹ LIPOVETSKY, Gilles e CHARLES, Sébastien. *Les Temps Hypermodernes*. Paris: Éditions Grasset & Fasquelle, 2004, p. 53.

em todos os níveis correspondem a uma imensa desregulamentação e individualização do tempo¹⁴².

É interessante notar, ainda, que apesar das críticas feitas ao momento em que vivemos, existe um certo otimismo na visão apresentada por Lipovetsky. Ele afirma que, apesar de serem compreensíveis as visões relativistas ou mesmo niilistas do universo hipermoderno, as transformações apontadas não erradicaram todo o nosso patrimônio ético-político:

Isso é demonstrado, especialmente, pelos protestos e compromissos éticos, na nova consagração dos direitos humanos, os quais são erigidos como o centro da gravidade ideológica e norma organizadora onipresente das ações coletivas. Não é verdade que o dinheiro e a eficácia se tornaram os princípios e fins últimos de todas as relações sociais. Como entender, neste caso, o valor atribuído ao amor e à amizade? Como explicar as reações de indignação diante das novas formas de escravidão e barbárie? De onde vêm as demandas por moralização das trocas econômicas, dos meios de comunicação e da vida política?¹⁴³

Mesmo que nossa época seja palco de uma pluralidade conflitante de concepções do bem, essa seria, ao mesmo tempo, marcada por uma reconciliação inédita com seus fundamentos humanistas básicos, que nunca antes teriam gozado de uma legitimidade tão claramente incontestável. Para o filósofo francês, os valores e os referenciais de sentido não desmoronaram: a hipermodernidade é uma espiral tecno-mercantil que se soma ao conjunto comum dos valores humanistas e democráticos.

Seguindo linha análoga – pelo menos no que se refere à identificação das características de uma hipermodernidade –, Giacomo Marramao afirma que a “condição pós-moderna” não se encontra em uma relação de ruptura, “mas antes de íntima continuidade

¹⁴² LIPOVETSKY, Gilles e CHARLES, Sébastien. *Les Temps Hypermodernes*. Paris: Éditions Grasset & Fasquelle, 2004, p. 56-57.

¹⁴³ No original: “En témoignent, en particulier, les protestations et engagements éthiques, la nouvelle consécration des droits de l'homme érigeant ceux-ci en centre de gravité idéologique et norme organisatrice omniprésente des actions collectives. Il n'est pas vrai que l'argent et l'efficacité soient devenus les principes et les fins ultimes de tous les rapports sociaux. Comment comprendre, dans ce cas, la valeur reconnue à l'amour et à l'amitié ? Comment expliquer les réactions d'indignation face aux nouvelles formes d'esclavage et de barbarie ? D'où viennent les exigences de moralisation des échanges économiques, des médias et de la vie politique ?” In LIPOVETSKY, Gilles e CHARLES, Sébastien. *Les Temps Hypermodernes*. Paris: Éditions Grasset & Fasquelle, 2004, p. 97.

(ainda que seja uma continuidade de filha ilegítima) com o Moderno: nada mais é que a derivação das suas premissas, a heterogêneza das suas finalidades projetuais”.¹⁴⁴

De fato, sustenta Marramao que a identificação entre a política e o Estado é uma característica específica da época moderna e, desse modo, não corresponde mais à situação do mundo globalizado, cujos perfis dominantes desenham uma tendência cada vez menos reconduzível ao paradigma centralístico-hierárquico da soberania. Entretanto, isso não sustenta as teses pós-modernas, pois essas enfatizam demasiadamente o aspecto da fragmentação e da dispersão, ofuscando as novas lógicas e os novos poderes de fusão do mundo globalizado. Afirma, assim, que a globalização não é um evento *pós-moderno*, mas sim *hipermoderno*. Ela se configura como um pressuposto e uma consequência da modernidade. O fenômeno da globalização que assistimos atualmente, na sua indiscutível amplitude e relevância, constitui o último – e, ao mesmo tempo, provisório – capítulo de uma série de globalizações sucessivas que têm feito o contraponto ao moderno processo de civilização. Sua característica hipermoderna consiste no fato de que ela traz às últimas consequências um campo de tensão que atravessou os quatro séculos da modernidade: a tensão entre o princípio da mundialidade e o princípio da territorialidade¹⁴⁵.

Chegamos, assim, a um ponto central na análise do fenômeno da crise da modernidade, ou, mais especificamente, na análise dos aspectos políticos da crise do Estado moderno. A dicotomia entre um cenário de intensas relações internacionais – ocorrendo em diversos níveis e necessárias para a definição do conteúdo e alcance, tanto no plano teórico quanto na prática, do próprio Estado nacional – por um lado e de uma perspectiva interna centrada no modelo estatal, por outro, não é um fenômeno pós-moderno ou hipermoderno, mas sim *moderno*. Foi assim que se desenvolveram as relações mundiais durante toda a modernidade.

¹⁴⁴ MARRAMAO, Giacomo. *Poder e Secularização: As Categorias do Tempo*. São Paulo: UNESP, 1995. p 170. Afirma, ainda, o referido autor que “a perda definitiva do sentido-centro daquilo que as grandes filosofias da história chamavam Processo é consequência do impacto retroativo exercido sobre o território-história pela descoberta do princípio de irreversibilidade na natureza. O déplacement é próprio ao tempo da entropia como tempo do após-progresso: tempo de sacrifício do presente sem contrapartida, tempo-a-perder, tempo de mera subtração. Assim, há uma íntima interdependência entre o déficit crônico de legitimação dos Estados contemporâneos e a contra-finalidade do projeto progressista: a queda do futuro como potência simbólica. A ‘dromomania’ que acomete as estruturas institucionais e normativas da hipermodernidade (termo que nitidamente preferimos ao de ‘pós-modernidade’) é um sintoma da dificuldade de manter vivo o simbolismo social: consequência da obrigação de reproduzir o programa da futurização sem ter mais a possibilidade do recurso simbolicamente eficaz aos mitos do progresso e da revolução”. Ibidem, p. 170.

¹⁴⁵ MARRAMAO, Giacomo. *Universais em Conflito: Identidade e Diferença na era Global*. Tradução de Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Conhecimento, 2018, p. 110.

Desse modo, é bastante consistente a interpretação de que não estamos assistindo, nos dias atuais, a uma transformação de modelo, mas sim a uma mudança de escala e, quiçá, de foco. Mudança de escala, pois a referida tensão entre o princípio da mundialidade e o da territorialidade, para utilizarmos a nomenclatura de Marramao, está mais intensa nas últimas décadas do que esteve em qualquer outro período da modernidade. E mudança de foco pois, pela primeira vez, é possível perceber uma tendência à proeminência das relações internacionais sobre a política interna dos Estados ou, pelo menos, a uma atribuição de igual peso à perspectiva internacional e à nacional.

2.2.3 A hiper-realidade do consumo segundo Baudrillard

Uma das mais importantes construções ligadas à lógica da hipermodernidade é feita por Jean Baudrillard. Na verdade, Baudrillard não utiliza o termo hipermodernidade, mas sim hiper-realidade. A ideia de hiper-realidade está diretamente conectada à exacerbação da modernidade, em especial com um dos aspectos da modernidade, que é o consumo. Para a compreensão desse conceito é essencial, portanto, entender o caráter simbólico do consumo na obra desse pensador.

2.2.3.1 O sentido do consumo na sociedade atual

Para Baudrillard, todo o discurso sobre o consumo articula-se sobre uma lógica quase mítica, semelhante a um conto: um homem, dotado de necessidades que o “impulsionam” para objetos que lhe “proporcionam” satisfação. Todavia, como o homem nunca está verdadeiramente satisfeito, a mesma história se repete indefinidamente. A questão fundamental que se coloca, entretanto – exceto no discurso dos economistas, onde o consumidor continua a ser um indivíduo idealmente livre nos seus cálculos racionais – é a do condicionamento das necessidades. Em um breve resumo, o problema fundamental do capitalismo contemporâneo residiria na contradição entre a produtividade virtualmente ilimitada e a necessidade de comercializar produtos. Torna-se vital para o sistema, nesta fase, controlar não apenas o aparelho de produção, mas também a procura do consumidor. O efeito global se dá através de meios anteriores ao ato de produção (pesquisas, estudos de mercado)

ou posteriores (publicidade, condicionamento), para retirar do comprador o poder de decisão e transferi-lo para a empresa, onde pode ser manipulado¹⁴⁶.

É importante perceber que, segundo Baudrillard, não se pode concluir que as necessidades são o resultado da produção, mas sim que o sistema das necessidades é o produto do sistema de produção. Isso significa que as necessidades não são produzidas uma a uma, em relação aos respectivos objetos, mas são geradas como força de consumo, como “uma disponibilidade global no quadro mais amplo das forças produtivas”. Neste sentido, a ordem de produção não “captura” em seu benefício a ordem de fruição, ela nega essa ordem de fruição e a substitui, reorganizando completamente o sistema de forças produtivas. As necessidades como sistema são radicalmente diferentes da fruição e da satisfação, já que são produzidas como elementos do sistema, não como a relação de um indivíduo com um objeto. Essas necessidades não significam nada quando consideradas individualmente. Existe apenas um sistema de necessidades, ou melhor, as necessidades nada mais são do que a forma avançada da sistematização racional das forças produtivas no nível individual, em que o consumo constitui a sequência lógica da produção¹⁴⁷.

Na extensão ideológica da Economia Política clássica, o consumo aparece como uma teoria das necessidades, dos objetos e das satisfações. Afirmar que as pessoas compram algo pois precisam daquilo equivale a dizer que o fogo queima porque é quente – não é, portanto, uma teoria, é apenas uma tautologia. Fica claro que nenhuma teoria do consumo é possível nesse nível: “a evidência espontânea, bem como a reflexão analítica em termos de necessidades, nunca produzirá mais do que um reflexo consumido do consumo”. Esta mitologia racionalista em relação às necessidades e satisfações é completamente ingênuo e indefensável. Fora do âmbito da sua função, onde é insubstituível, o objeto pode ser trocado de forma mais ou menos ilimitada no campo das conotações, onde assume o valor de signo. Assim, um automóvel serve de utensílio e funciona como elemento de conforto, de prestígio, da mesma forma que qualquer outro bem. É precisamente este último campo que constitui o domínio do consumo. Aqui, todos os tipos de outros objetos podem substituir o bem adquirido como um elemento significativo. Na lógica dos signos, assim como na dos símbolos, os objetos não estão mais vinculados a uma função ou necessidade específica, precisamente

¹⁴⁶ BAUDRILLARD, Jean. *La société de la consommation: ses mythes, ses structures*. Paris: Éditions Denoël, 1970, p. 93-97.

¹⁴⁷ BAUDRILLARD, Jean. *La société de la consommation: ses mythes, ses structures*. Paris: Éditions Denoël, 1970, p. 103-104.

porque respondem a outra coisa, que é a lógica do desejo, à qual servem como campo de sentido aberto e inconsciente¹⁴⁸.

A renovação ilimitada das necessidades, que é inconciliável com a teoria racionalista de que uma necessidade satisfeita cria um estado de equilíbrio e resolução de tensões, permite perscrutar a real natureza das necessidades ligadas ao consumo. Caso se admita que a necessidade nunca é tanto a necessidade de um objeto específico como a "necessidade" de diferença (o desejo de sentido social), então torna-se compreensível que nunca poderá haver satisfação completa e, portanto, nenhum conceito definitivo de necessidade. O consumo é um sistema que garante a ordenação dos signos e a integração do grupo: é, portanto, ao mesmo tempo, um sistema de valores ideológicos e um sistema de comunicação¹⁴⁹.

Não se trata de afirmar que não há necessidades ou que não há uma utilidade intrínseca em diversos bens que são objetos de consumo. Trata-se de reconhecer que o consumo, como conceito específico da sociedade contemporânea, não se resume apenas a esses elementos básicos. O que marca a nossa era sob o signo do consumo é precisamente a reorganização generalizada deste nível básico num sistema de signos que é um dos modos específicos, talvez o mais relevante, da transição da natureza à cultura em nosso tempo. A circulação, compra, venda e apropriação de bens e objetos diferenciados constituem agora a nossa linguagem, o nosso código, o meio pelo qual toda a sociedade se comunica. Uma das provas mais convincentes de que o princípio e a finalidade do consumo não estão centrados no prazer é que hoje ele é institucionalizado não como um direito, mas quase como um dever do cidadão. Para o consumidor, não se pode de fugir a esta "obrigação de felicidade", que equivale, na nova ética, à restrição tradicional do trabalho e da produção. O cidadão moderno deve garantir a mobilização constante de todas as suas potencialidades, de todas as suas capacidades de consumo. Se ele se esquecer disso, será lembrado insistenteamente de que não tem o "direito de não ser feliz". Portanto, não é verdade que o consumidor seja passivo – ele desenvolve, de fato, uma atividade contínua, pois, se não o fizesse, ele correria o risco de se contentar com o que tem e de se tornar antissocial¹⁵⁰.

Não é difícil perceber, entretanto, que existem intensas contradições. Em períodos anteriores, a sociedade capitalista conseguiu gerir, embora com dificuldade, um sistema de

¹⁴⁸ BAUDRILLARD, Jean. *La société de la consommation: ses mythes, ses structures*. Paris: Éditions Denoël, 1970, p. 106-107.

¹⁴⁹ BAUDRILLARD, Jean. *La société de la consommation: ses mythes, ses structures*. Paris: Éditions Denoël, 1970, p. 108-109.

¹⁵⁰ BAUDRILLARD, Jean. *La société de la consommation: ses mythes, ses structures*. Paris: Éditions Denoël, 1970, p. 111-113.

valores individualistas tingidos de altruísmo. A ficção de uma moral altruísta, herdada da espiritualidade cristã tradicional, serviu para absorver, em alguma medida, o antagonismo nas relações sociais. Isso é impossível atualmente. Assim como o “livre mercado” praticamente desapareceu em favor do controle monopolista, a moral altruísta tradicional por si só já não é suficiente para manter um mínimo de integração social. Nenhuma outra ideologia coletiva conseguiu transmitir esses valores e, portanto, apenas o Estado é capaz de conter a exacerbação do individualismo. Daí a profunda contradição na sociedade civil e política numa “sociedade de consumo”: o sistema é forçado a fomentar cada vez mais o individualismo no plano do consumo, mas, simultaneamente, é obrigado a reprovar esse mesmo individualismo cada vez mais duramente. Isto só pode ser gerido através de uma espécie de “lubrificação social”, por meio da propaganda da caridade e da aparente valorização das relações humanas. Mesmo entrando no sistema de consumo, essa propaganda ainda não é suficiente para equilibrá-lo. Portanto, o consumo é um elemento poderoso de controle social, através da atomização dos indivíduos consumidores. Porém, necessita de um controle burocrático cada vez mais forte – em uma construção social que é sempre retratada, paradoxalmente, como o reino da liberdade¹⁵¹.

Além da problemática inerente ao fato de termos todo um conjunto de relações sociais baseado em uma das manifestações mais claras do individualismo e, ao mesmo tempo, a necessidade de manutenção da coesão social dentro desse sistema simbólico, em um contexto que, apesar de ser retratado como o ápice da liberdade, se equilibra sobre diversos direcionamentos, intensa propaganda e restrições de toda ordem, Baudrillard também chama atenção para o fato de que a alardeada liberdade do consumidor faz parte de um conjunto de valores que busca universalizar uma experiência bastante particular do ponto de vista histórico, que é a da sociedade do consumo:

Todo o discurso sobre o consumo visa a fazer do consumidor o Homem Universal, a personificação geral, ideal e definitiva da espécie humana, sendo o consumo o precursor de uma “libertação humana” que ocorreria no lugar e apesar do fracasso da libertação política e social. No entanto, o consumidor está longe de ser um ser universal: ele próprio é um ser político e social, uma força produtiva – e, nesta qualidade, reacende problemas históricos fundamentais: os da propriedade dos meios de consumo (e não mais apenas meios de produção), o da responsabilidade

¹⁵¹ BAUDRILLARD, Jean. *La société de la consommation: ses mythes, ses structures*. Paris: Éditions Denoël, 1970, p. 119.

econômica (responsabilidade relativamente ao conteúdo da produção), etc. Isto encerra o potencial para crises profundas e novas contradições¹⁵².

Além disso, a publicidade acima mencionada inclui-se dentro de uma lógica de “produção industrial das diferenças”, que é uma característica essencial do sistema de consumo. Anteriormente, as verdadeiras diferenças que marcavam os indivíduos os transformavam em seres contraditórios em diversos níveis. Entretanto, as diferenças que agora são estabelecidas não colocam mais os indivíduos uns contra os outros; em vez disso, todos eles se hierarquizam e convergem em modelos, a partir dos quais são sutilmente produzidos e reproduzidos. Assim, diferenciar-se é precisamente filiar-se a um modelo, qualificar-se por referência a um modelo abstrato, a uma figura combinatória da moda, e assim renunciar a qualquer diferença real, a qualquer singularidade, que só pode surgir em relações concretas e conflituosas com os outros e o mundo. É assim que todo o processo de consumo é comandado pela produção de modelos multiplicados artificialmente, onde a tendência monopolista é a mesma de outros setores produtivos. Há uma concentração monopolística na produção de diferenças. É evidente que monopólio e diferença são logicamente incompatíveis e, se podem ser combinados, é precisamente porque as diferenças não são verdadeiras diferenças. Em vez de marcarem a singularidade de uma pessoa, significam a obediência a um código, a integração numa escala de valores¹⁵³.

Entretanto, o consumo não gira em torno de um indivíduo com necessidades pessoais posteriormente indexadas de acordo com uma exigência de conformidade dentro de um contexto de grupo. Há, inicialmente, uma lógica estrutural de diferenciação que produz os indivíduos como “personalizados”, ou seja, diferentes entre si, mas segundo modelos gerais e um código ao qual, no ato de se singularizarem, eles se conformam. Em outras palavras, a conformidade não é a homogeneização consciente do grupo com o alinhamento de cada indivíduo aos outros, mas sim o fato de compartilhar o mesmo código, de dividir os mesmos

¹⁵² No original: “Tout le discours sur la consommation vise à faire du consommateur l'Homme Universel, l'incarnation générale, idéale et définitive de Espèce Humaine, de la consommation les prémisses d'une «libération humaine» qui s'accomplirait au lieu de et malgré l'échec de la libération politique et sociale. Mais le consommateur n'a rien d'un être universel : il est lui-même un être politique et social, une force productive - et, à ce titre, il relance des problèmes historiques fondamentaux : ceux de la propriété des moyens de consommation (et non plus des moyens de production), celle de la responsabilité économique (responsabilité quant au contenu de la production), etc. Il y a là virtualité de crises profondes et de contradictions nouvelles.”. In BAUDRILLARD, Jean. *La société de la consommation: ses mythes, ses structures*. Paris: Éditions Denoël, 1970, p. 120-121.

¹⁵³ BAUDRILLARD, Jean. *La société de la consommation: ses mythes, ses structures*. Paris: Éditions Denoël, 1970, p. 125-126.

sinais que os tornam coletivamente diferentes de outro grupo. É a diferença com os outros grupos que estabelece a paridade dos membros de conjunto. Isso é crucial, pois implica a transferência de toda a análise sociológica, especialmente em questões de consumo, do estudo fenomenal do prestígio e do campo superficial da dinâmica social consciente para a análise de códigos, relações estruturais, sistemas de signos, rumo a uma teoria do campo inconsciente da lógica social. Percebe-se, portanto, que o sistema nunca opera sobre diferenças reais entre os indivíduos. O que o estabelece como sistema é exatamente o fato de que ele elimina a essência individual de cada pessoa para substituí-la pela forma diferencial, industrializável e comercializável. Ele acaba com qualquer qualidade original para manter apenas o padrão distintivo e sua produção sistêmica. Nesse nível, as diferenças já não são exclusivas – é justamente o compartilhamento de diferenças que sela a integração do grupo. Esse é um ponto fundamental que define o consumo não mais como a prática funcional de objetos, nem mesmo como mera função de prestígio individual ou grupal, mas como um sistema de comunicação e troca, como um código de informações continuamente emitidas e reinventadas, ou seja, como linguagem¹⁵⁴.

2.2.3.2 Hiper-realidade ou simulação

É na obra *Simulacros e Simulação*¹⁵⁵ que Baudrillard vai expandir a sua crítica sobre o sentido do consumo da sociedade atual e desenvolver o conceito de hiper-realidade. Para esse autor, o consumo teria atingido uma dimensão tal que chegou, mesmo, a perder o seu caráter simbólico, não por uma eventual carência de relevância, mas, ao contrário, por ter

¹⁵⁴ BAUDRILLARD, Jean. *La société de la consommation: ses mythes, ses structures*. Paris: Éditions Denoël, 1970, p. 133-134.

¹⁵⁵ BAUDRILLARD, Jean. *Simulacres e simulation*. Paris: Édition Galilée, 1981. Sobre o termo “simulação”, é importante ressaltar que esse deixou de ser usado por Baudrillard em seus últimos escritos, preferindo o autor a expressão “realidade integral”. Sobre o tema, explica Ludovic Leonelli que “O termo simulação deu origem a muitas interpretações equivocadas: a ideia de falsidade, de engano... muitas pessoas usaram-no para reciclar a sua ideologia de desvelamento, a sua pretensão de esclarecer os seus contemporâneos, de ver o significado oculto, o segredo por trás coisas, os verdadeiros poderes por trás do poder, etc. É por isso que Baudrillard finalmente a abandonou. Durante quase quinze anos, na última parte de sua obra, preferiu o termo ‘realidade integral’: o fato de trazer à realidade o que estava em estado de hipótese, projeto ou representação. A realidade integral é ‘a realidade da realidade simulada’ (segundo a fórmula de Jean-François Mattéi), a modelagem ideal que toma o lugar da realidade. É a realização de todas as virtualidades contidas na realidade, a realização de tudo o que ela contém, mesmo os fenômenos mais contraditórios e opostos, incluindo a ilusão e a imaginação. É ‘a epifania da realidade’.” LEONELLI, Ludovic. *Jean Baudrillard e Matrix: désaccord parfait*. In PENOT-LACASSAGNE, Olivier. Back to Baudrillard. Paris: CNRS Éditions, 2015, p. 219-220. No presente trabalho, preferimos manter a utilização do termo simulação, tendo em vista as obras de Baudrillard que foram as principais referências para a pesquisa.

ocupado o espaço da própria realidade. Desfez-se, assim, a relação referencial com o real que o consumo tinha enquanto símbolo, enquanto imagem, pois esse substituiu aquele, criando uma espécie de simulação. Baudrillard começa a mencionada obra citando o conto *Sobre o rigor da ciência*, de Jorge Luis Borges, em que cartógrafos de um reino teriam feito um mapa tão detalhado que tinha exatamente o mesmo tamanho do território que ele descrevia.

Entretanto, em nossa sociedade, a abstração não seria mais a do mapa. A simulação não consistiria mais em um território, em um ser referencial, mas sim na geração por modelos de um real sem origem nem realidade: o “hiper-real”. O mapa, então, precederia o território. Se revisitássemos a fábula, seriam agora os restos do território “que decaem pela extensão do mapa. É o real, e não o mapa, cujos vestígios persistem aqui e ali, em desertos que já não são os do Império, mas os nossos. O próprio deserto do real”. Mas, para Baudrillard, a fábula, mesmo se fosse invertida, não seria mais passível de utilização – talvez apenas permanecesse a alegoria do Império, pois “é com o mesmo imperialismo que os simuladores de hoje tentam fazer coincidir o real com os seus modelos de simulação”. Não se trata mais do mapa ou do território: a diferença entre os dois desapareceu. O real é produzido a partir de células, matrizes e memórias miniaturizadas, modelos de comando, e a partir daí pode ser reproduzido um número indefinido de vezes. Não precisa mais ser racional, pois não é mais medido em relação a qualquer instância ideal ou negativa. É apenas operacional¹⁵⁶.

Para a adequada compreensão dessa ideia, faz-se mister entender a diferença entre a ideia de representação e a de simulação. A representação parte do princípio da equivalência, mesmo que utópica, entre o signo e a realidade. A simulação, pelo contrário, parte da impossibilidade de qualquer equivalência, ou seja, da negação radical do signo como valor; ela parte da ideia de signo como inversão e fim de toda referência. Enquanto a representação procura absorver a simulação, interpretando-a como uma falsa referência, a simulação abrange todo o conjunto da representação como um simulacro. Dentro dessa lógica, a imagem teria quatro fases sucessivas. Na primeira, seria o reflexo de uma realidade profunda. Na segunda, ela ocultaria e distorceria uma realidade profunda. Já na terceira, ela teria a capacidade mascarar a ausência de uma realidade e, finalmente, na quarta fase, ela não possuiria qualquer relação com a realidade, pois constituiria o seu próprio simulacro¹⁵⁷.

A *imagem* acima referida diz respeito ao caráter simbólico que algo assume dentro da sociedade. Como dito acima, Baudrillard deixara claro, em suas obras anteriores, que o

¹⁵⁶ BAUDRILLARD, Jean. *Simulacres e simulation*. Paris: Édition Galilée, 1981, p. 10-11.

¹⁵⁷ BAUDRILLARD, Jean. *Simulacres e simulation*. Paris: Édition Galilée, 1981, p. 16-17.

consumo havia assumido esse caráter na sociedade capitalista, especialmente durante o século XX. Ainda que em *Simulacros e simulação* esse autor trabalhe muito menos com o conceito de consumo, a construção por ele feita permite assumir que o hiper-real é uma consequência da exacerbação do consumo, mesmo que a perda de referencial por essa gerada tenha tido uma consequência tão ampla que ultrapasse qualquer aspecto específico da sociedade.

Desenvolveram-se, então, diversas formas de mascarar essa perda de sentido das relações humanas e do próprio mundo. Um caso interessante é o dos parques temáticos, cujo principal exemplo é a Disneylândia. Esse local seria uma demonstração perfeita de todos os tipos de simulacros emaranhados. Todos os valores da sociedade do consumo são ali exaltados através da miniaturização e dos desenhos animados. Surge, assim, a possibilidade de uma análise ideológica da Disneylândia: um resumo do modo de vida dos Estados Unidos da América e, ao mesmo tempo, uma ode a seus hábitos e valores. Mas isso esconde outra coisa, e este verniz “ideológico” serve de cobertura para uma simulação de terceira ordem¹⁵⁸: a Disneylândia existe para esconder o que é o próprio país. Ela éposta como imaginária para fazer as pessoas acreditarem que o resto é real. Não se trata mais de uma ideologia, de uma falsa representação da realidade, mas sim de disfarçar que o real não é mais real e, assim, salvar o princípio da realidade. É, portanto, uma máquina de dissuasão encenada, concebida para regenerar a ficção do real. Daí a debilidade desta imaginação e a sua degeneração infantil. Este mundo quer ser infantil para fazer as pessoas acreditarem que os adultos estão

¹⁵⁸ De acordo com Baudrillard, “três ordens de simulacros, paralelas às mutações da lei do valor, sucederam-se desde o Renascimento: A falsificação é o esquema dominante da era ‘clássica’, desde a Renascença até a Revolução Industrial; a produção é o esquema dominante da era industrial; a simulação é o esquema dominante da fase atual regida pelo código. O simulacro de 1^a ordem opera sobre a lei natural do valor, o de 2^a ordem sobre a lei de mercado do valor e o de 3^a ordem sobre a lei estrutural do valor”. In BAUDRILLARD, Jean. *L'échange symbolique e la mort*. Paris: Editions Gallimard, 1976, p. 77. Ainda sobre o tema, Richard J. Lane diz que “Uma simulação de primeira ordem seria aquela em que a representação do real (digamos, um romance, uma pintura ou um mapa) é obviamente apenas isso: uma representação artificial. Uma simulação de segunda ordem, no entanto, confunde as fronteiras entre realidade e representação. Baudrillard aponta-nos para a fábula de Borges “Da Exactidão na Ciência”, onde “...os cartógrafos do Império traçam um mapa tão detalhado que acaba por cobrir exactamente o território...”; em outras palavras, o “mapa” e a realidade já não podem ser discernidos, de modo que o mapa tornou-se, num certo sentido, tão real quanto o real. Mas a simulação de terceira ordem vai além destas posições; a simulação de terceira ordem produz um “hiperreal”, ou “...a geração por modelos de um real sem origem ou realidade...”. Numa inversão de ordem, na simulação de terceira ordem, o modelo precede o real (por exemplo, o mapa precede o território) – mas isso não significa que haja uma indefinição entre realidade e representação; pelo contrário, há um distanciamento de ambos, pelo que a inversão se torna irrelevante. Baudrillard sugere que a hiperrealidade é produzida algorítmicamente (ou através de fórmulas matemáticas), como a realidade virtual do código de computador; isto é, desvinculado das noções de mimese e representação e implicado, por exemplo, no mundo das fórmulas matemáticas. O ponto importante e perturbador de tudo isso é que o hiperreal não existe no reino do bem e do mal, porque é medido como tal em termos de sua performatividade. Quão bem ele funciona ou opera?”. In LANE, Richard J. *Jean Baudrillard*. London, Routledge, 2000, p. 86.

em outro lugar, no mundo “real”, e para “esconder que a verdadeira infantilidade está em toda parte”¹⁵⁹.

Apesar de Baudrillard se manifestar literalmente nesses termos, concordamos com Richard Lane quando esse afirma que podemos interpretar, a partir da construção feita pelo sociólogo francês, que a Disneylândia existe para “nos convencer de que a racionalidade está fora dos muros do seu domínio infantil, e não do fato de que a racionalidade foi substituída pela infantilidade em todo o lado”. Lane argumenta que seria muito mais fácil pensar na Disneylândia como uma simulação de segunda ordem, onde os castelos falsos parecem mais reais do que os reais, porque eles incorporam todas as nossas noções infantis sobre como um castelo deveria ser idealmente, e o equipamento de representação é tão bem escondido que a realidade e a representação se confundem¹⁶⁰. Entretanto, Baudrillard identifica a Disneylândia enquanto uma simulação de terceira ordem, o que só pode ser compreendido dentro da análise que é feita da “fantasia” e da “realidade”.

Necessário sublinhar que, para Baudrillard, não é o parque temático que constitui a simulação da realidade. A simulação é o próprio mundo que entendemos como “real”. A verdadeira utilidade desses parques – e, ao mesmo tempo, o que os torna tão atrativos – é que, ao parecerem uma simulação, mas construída de uma forma evidente e estilizada, eles ajudam a reforçar a ideia de que o mundo fora deles é real. Em outras palavras, auxiliam, através do paralelismo, no processo de construção de um sentido para algo que já perdeu completamente o sentido. Eles ajudam a dar um aparente significado ao todo social.

É importante lembrar, na esteira de Leonelli, que “Baudrillard nunca disse que a realidade não existe mais. É o seu princípio que desapareceu”. A realidade já não se diferencia das suas representações, a verdade da falsidade, o homem da sua sombra. A crise atual é tanto um efeito da realidade quanto o produto de um discurso de crise que a antecipa, a acompanha, a faz existir. E este discurso é, de fato, a única realidade sobre a qual os políticos, os economistas, os meios de comunicação social, as multidões podem intervir. O paradoxo é que este discurso pode gerar questões sociais e medidas concretas cuja eficácia permanece imensurável. A simulação não é uma ilusão, um véu ou um artefato. É a nossa nova modalidade do *real* que se opõe à antiga realidade¹⁶¹.

¹⁵⁹ No original “[...] et pour cacher que la véritable infanrilité est partout” In BAUDRILLARD, Jean. *Simulacres e simulation*. Paris: Édition Galilée, 1981, p. 25-26.

¹⁶⁰ LANE, Richard J. *Jean Baudrillard*. London, Routledge, 2000, p. 89-90.

¹⁶¹ LEONELLI, Ludovic. *Jean Baudrillard e Matrix: désaccord parfait*. In PENOT-LACASSAGNE, Olivier. *Back to Baudrillard*. Paris: CNRS Éditions, 2015, p. 218-219.

Nesse contexto, a única arma que resta ao poder é “reinjetar o real e o referencial em todo o lado, para nos persuadir da realidade do social, da gravidade da economia e dos objetivos da produção”. Para isso, utiliza preferencialmente o discurso da crise, mas também o do desejo, pois, em um mundo não referencial, mesmo a confusão do princípio da realidade e do princípio do desejo é menos perigosa do que a hiper-realidade. Afinal:

[...] foi o capital quem primeiro se alimentou, ao longo de sua história, da destruição de todos os referenciais, de todos os fins humanos, que quebrou todas as distinções ideais entre o verdadeiro e o falso, o bem e o mal, para estabelecer uma lei radical de equivalências e trocas, a lei férrea do seu poder. Foi o primeiro a jogar a dissuasão, a abstração, a desconexão, a desterritorialização, etc., e se foi ele quem fomentou a realidade, o princípio da realidade, é também o primeiro a tê-la liquidado no extermínio de todo valor de uso, de toda equivalência real, de produção e riqueza, na própria sensação que temos da irrealidade do que está em jogo e do poder bruto da manipulação¹⁶².

A produção característica de nosso tempo é a produção – e reprodução – do real. A outra, a produção de valores e mercadorias, da época de ouro da economia política, há muito tempo perdeu o seu próprio significado. O que nossa sociedade procura ao continuar a aumentar cada vez mais a sua produtividade é ressuscitar o real. É por isso que essa própria produção “material” é agora hiper-real, já que mantém todas as características, todo o discurso da produção tradicional, mas é apenas uma distorção multiplicada dela. Assim, em toda parte, a hiper-realidade da simulação se reflete na falsa semelhança do real consigo mesmo¹⁶³.

Saindo do campo específico da produção, podemos perceber a simulação em diversos outros aspectos da sociedade. Poderíamos pensar, por exemplo, em um ataque à bomba. Esse seria obra de extremistas de esquerda ou uma provocação da extrema direita? Poderia também ser uma criação de um governo de centro para desacreditar todos os extremos e reforçar o seu poder, ou, ainda, uma encenação policial como uma forma de chantagem à segurança pública? Para Baudrillard, tudo isto é ao mesmo tempo verdade, e a procura da

¹⁶² No original: “[...] c'est le capital qui, le premier, s'est alimenté au fil de son histoire, de la destruction de tout référentiel, de toute fin humaine, qui a brisé toutes les distinctions idéales du vrai et du faux, du bien et du mal, pour asseoir une loi radicale des équivalences et des échanges, la loi d'airain de son pouvoir. Lui le premier a joué la dissuasion, l'abstraction, la déconnexion, la déterritorialisation, etc., et si c'est lui qui a fomenté la réalité, le principe de réalité, il est aussi le premier à l'avoir liquidé dans l'extermination de toute valeur d'usage, de toute équivalence réelle, de la production et de la richesse, dans la sensation même que nous avons de l'irréalité des enjeux et de la pure puissance de la manipulation”. In BAUDRILLARD, Jean. *Simulacres e simulation*. Paris: Édition Galilée, 1981, p. 39-40.

¹⁶³ BAUDRILLARD, Jean. *Simulacres e simulation*. Paris: Édition Galilée, 1981, p. 41.

prova, ou mesmo da objetividade dos fatos, não impede essa vertigem de interpretação, já que estamos numa lógica de simulação, que nada tem a ver com uma racionalidade de fatos. A simulação é caracterizada por uma proliferação de modelos, todos os modelos sobre qualquer mínimo evento – os modelos estão lá primeiro, sua circulação constitui o verdadeiro campo magnético do fato. Os acontecimentos não têm mais trajetória própria, eles surgem na intersecção de modelos, e um único fato pode ser gerado por todos os modelos ao mesmo tempo. Esta antecipação, esta precessão é que abre espaço para todas as possíveis interpretações, mesmo as mais contraditórias, sendo “todas verdadeiras, no sentido de que a sua verdade deve ser trocada, como os modelos dos quais provêm, num ciclo generalizado”¹⁶⁴.

De acordo com Gauthier, a simulação contemporânea, na visão de Baudrillard, não reside apenas na erradicação da imaginação que lhe permite implantar uma ordem virtual; implica também a ausência de referentes – como a beleza, o valor, o sentido – em uma sociedade que perdeu toda a relação com esses dados por viver na “utopia realizada”, aquela do princípio da equivalência. Isso se deu através da capacidade de antecipação inerente ao modelo. O meio transmite, por exemplo, o cenário de abundância, de eleição ou de crise com seis meses de antecedência, por meio de pesquisas, especulações, projeções gratuitas ou acadêmicas. O modelo, esta matriz que governa a mente pós-moderna (o modelo de mudança para a moda, o modelo de poder para a guerra, etc.), tornou-se a arma preferida de simulação contemporânea. Liquidou-se o referente, que implicava julgamento e avaliação do que ocorre, e promoveu-se “o modelo, ou seja, a concretização de uma imagem mental pura, que não se concretiza, que se confina a efeitos hiper-reais de fascínio ou indiferença”. O modelo, portanto, se impõe a nós antes que qualquer fato realmente aconteça.¹⁶⁵

Mesmo que, como dito anteriormente, a análise da construção feita por Baudrillard permita chegar à conclusão de que a simulação a que ele refere é uma consequência da exacerbação do consumo, o fato de, na maior parte das vezes, não ser feita – especialmente em *Simulacros e Simulação* – essa identificação direta não pode ser desconsiderado. É que, uma vez perdido o referencial, a simulação está caracterizada e toda a lógica social acaba por transformar-se. Isso fica claro quando tentamos compreender o trecho acima citado olhando para a sociedade atual. Não é difícil perceber que o campo em que, atualmente, fica mais evidenciada a precessão dos modelos sobre os fatos – que permite que várias explicações

¹⁶⁴ BAUDRILLARD, Jean. *Simulacres e simulation*. Paris: Édition Galilée, 1981, p. 31-32.

¹⁶⁵ GAUTHIER, Alain. *Jean Baudrillard: une pensée singulière*. Paris: Éditions Lignes, 2008, p. 66-67.

sobre um mesmo evento, mesmo que completamente contraditórias, sejam consideradas como verdadeiras – é a política.

O recente crescimento dos movimentos populistas de extrema direita em vários países ao redor do globo é um reflexo desse fenômeno, especialmente tendo em vista que esse crescimento deu-se, na maior parte dos países, através de estratégias de comunicação baseadas em novas tecnologias e, em especial, nas redes sociais. Ainda que, especialmente em alguns de seus textos mais recentes, Baudrillard tenha sugerido que o desenvolvimento da informática, da Internet e de todo um conjunto de relações construídas de modo virtual pudesse vir a criar uma nova relação referencial entre o “real e o virtual”, entendemos que a forma como se desenvolveram as redes sociais, especialmente nos últimos anos, configuram, na verdade, a evidenciação da perda de referencial da sociedade e a consolidação do que o autor francês identifica como simulação. Ao invés da construção de um novo conjunto de relações, o que vimos na Internet com o crescimento vertiginoso da relevância das redes sociais foi a repetição, agora por meio virtual, do mesmo tipo de relações completamente baseadas na lógica do consumo e cada vez mais artificiais.

É interessante ressaltar, nesse momento, que não há uma ruptura entre a lógica do consumo e a racionalidade política, já que a propaganda política também se constrói dentro de uma linha muito próxima à do marketing comercial. Cada vez mais candidatos são *vendidos* como produtos e, em um contexto em que propagandas de todo tipo dominam as interações virtuais, também ideologias, partidos políticos e candidatos se apresentam da maneira mais favorável ao consumo. É evidente que esse fenômeno se dá através de todos os tipos de mídia, mas as novas tecnologias permitiram um direcionamento de propaganda em um nível nunca antes imaginado. Cada consumidor/eleitor recebe exatamente aquilo que ele deseja, já que o seu perfil e os seus desejos já foram anteriormente identificados através do recolhimento massivo de informações em todas as suas interações virtuais – informações que constituem a principal fonte de renda de muitos serviços oferecidos na internet. Não é sem motivo que a propaganda política, especialmente aquela ligada a grupos de extrema direita, seguiu a mesma estratégia de estruturação de perfis e direcionamento que era utilizada por grupos empresariais para maximizar o consumo, como evidenciou o escândalo da Cambridge Analytica¹⁶⁶ nas eleições norte-americanas de 2016.

¹⁶⁶ Escândalo envolvendo o vazamento de dados de milhões de usuários do Facebook, que teriam sido usados pela empresa mencionada para traçar o perfil de eleitores e otimizar o direcionamento de propaganda com fins eleitorais em favor do então candidato Donald Trump. Algumas das principais informações podem ser encontradas na reportagem <<https://www.lemonde.fr/pixels/article/2018/03/22/ce-qu-il-faut-savoir-sur->

Essa é uma das características principais da comunicação no contexto das novas tecnologias. O direcionamento de propaganda também se dá através da disseminação de informações de maneira muito menos centralizada. As pessoas não se informam mais utilizando como meios preferenciais os grandes jornais e as grandes redes de notícias. Desde características de um determinado produto até informações históricas e filosóficas, passando por medicina e bem-estar, cada vez mais pessoas buscam informações em figuras que produzem conteúdo para a Internet. Não pretendemos entrar aqui no debate vazio sobre a capacidade da Internet aproximar ou afastar as pessoas, mas o fato é que a *aparente* proximidade que muitos influenciadores digitais – nova categoria profissional que se desenvolveu com as redes sociais – pretendem ter com seus seguidores é cotidianamente utilizada para vender todo tipo de coisas, que incluem, evidentemente, mercadorias, mas também convicções políticas e determinados estilos de vida. Esses influenciadores podem ganhar verdadeiras fortunas, que chegam a mais de oitenta milhões de dólares em apenas um ano, de acordo com reportagem da revista Forbes¹⁶⁷. O subtítulo da reportagem é revelador: “Essas estrelas das redes sociais transformam seguidores em fortunas, com ganhos somados de mais de US\$ 700 milhões em um ano”. De acordo com Erin Lanuti, diretora de inovação da empresa de publicidade Omnicom PR Group, entrevistada na reportagem, “os influenciadores são mais confiáveis para seus públicos do que os anúncios. Eles podem esgotar produtos em minutos, até causar um tumulto que fecha uma grande cidade”.

Da mesma forma, influenciadores digitais que produzem conteúdo sobre política têm sido fundamentais no convencimento de cidadãos sobre temas centrais da sociedade, como desemprego, poder de compra, imigração e muitos outros. No Brasil, uma pesquisa realizada pela Câmara dos deputados e pelo Senado Federal revelou que o Whatsapp é a principal fonte de informação dos brasileiros¹⁶⁸. De acordo com o levantamento, 79% dos entrevistados disseram receber notícias sempre pela rede social. A plataforma possui mais de 136 milhões de usuários no Brasil, sendo a mais popular do país, juntamente com o Facebook. Depois do Whatsapp, outras fontes foram citadas, misturando redes sociais e veículos tradicionais.

cambridge-analytica-la-societe-au-c-ur-du-scandale-facebook_5274804_4408996.html, acesso em 16/02/2024. Esse caso levou a Meta, empresa dona do Facebook, a firmar um acordo que envolve o pagamento de 725 milhões de dólares para encerrar uma ação coletiva que havia sido ajuizada contra a empresa, conforme consta da seguinte reportagem: <<https://www.cnnbrasil.com.br/economia/meta-faz-acordo-de-us-725-milhoes-para-encerrar-caso-sobre-cambridge-analytica/>>, acesso em 16/02/2024,

¹⁶⁷ Reportagem intitulada “Forbes Top Creators 2023: Os 10 influencers que mais faturaram no mundo”.

Disponível em <<https://forbes.com.br/forbes-tech/2023/09/forbes-top-creators-2023-os-10-influencers-que-mais-faturam-no-mundo/>>, acesso em 31/01/2024.

¹⁶⁸ Disponível em <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2019-12/whatsapp-e-principal-fonte-de-informacao-do-brasileiro-diz-pesquisa>>, acesso em 18/02/2024.

Apareceram canais de televisão (50%), a plataforma de vídeos Youtube (49%), o Facebook (44%), sites de notícias (38%), a rede social Instagram (30%) e emissoras de rádio (22%). O jornal impresso também foi citado por 8% dos participantes da sondagem e o Twitter, por 7%. Percebe-se, portanto, que a imprensa tradicional perdeu grande parte da sua influência. Mesmo considerando que parte das informações que circulam nas redes sociais contém referências a notícias veiculadas pelos órgãos da mídia tradicional, outra parte muito significativa é produzida – ou, pelo menos, selecionada – por influenciadores com um perfil completamente diferente dessa.

De fato, muitos dos influenciadores digitais que focam a sua produção de conteúdo em temas políticos sequer busca um perfil que se aproxime da objetividade nas informações divulgadas. Existem, mesmo, elementos que indicam que quanto mais radical é o conteúdo produzido maior será o engajamento recebido em diversas redes e, portanto, maior será também o retorno financeiro. Alguns estudos já demonstraram, por exemplo, como o sistema de recomendações de vídeos do Youtube tende a, progressivamente, transformar eleitores da direita moderada em apoiadores da extrema-direita¹⁶⁹. Frise-se que esse conteúdo também envolve frequentemente a divulgação de teorias conspiratórias, que estão cada vez mais elaboradas e mais distantes da realidade. Talvez o maior exemplo desse fenômeno seja o impressionante alcance do movimento baseado em um conjunto de teorias conspiratórias que se convencionou chamar de QAnon. “Q” seria o pseudônimo de um suposto agente de alto nível do governo americano, com acesso a informações confidenciais, que faz postagens em alguns fóruns da Internet. Atribui-se a esse movimento, por exemplo, o fato de um quarto dos

¹⁶⁹ Apenas como exemplos, podemos citar os estudos que foram citados na reportagem do jornal Público com conclusões que vão nesse sentido: “Um estudo apresentado esta semana numa conferência em Barcelona por uma equipa de investigadores da Escola Politécnica de Lausana (Suíça) e da Universidade Federal de Minas Gerais (Brasil) sugere que o YouTube é um veículo de radicalização política no espectro da extrema-direita. A conclusão é sustentada pela análise de mais de 330 mil vídeos publicados em 349 canais e pelo tratamento matemático de mais de 72 milhões de comentários. Os investigadores demonstraram que os utilizadores da plataforma caracterizados como da direita moderada migram progressiva e consistentemente para a extrema-direita, num processo alimentado pelo sistema de recomendações do YouTube. A equipa concluiu que o algoritmo expõe os utilizadores ‘moderados’ a conteúdos sucessivamente mais extremos e que tais vídeos apenas são recomendados a partir da visualização dos mais moderados. Ou seja, que o sistema é responsável, enquanto veículo, pela radicalização política. Esta tendência foi sustentada por cientistas da Universidade de Harvard (EUA) que estudaram a influência do YouTube na eleição de Jair Bolsonaro como Presidente do Brasil em 2018. Nesse estudo seguiram milhares de recomendações do YouTube no Brasil e demonstraram que a quantidade de vídeos de extrema-direita, pró-Bolsonaro e de teorias da conspiração era desproporcional em comparação com os conteúdos ideologicamente colocados à esquerda.”. Disponível em <<https://www.publico.pt/2020/02/02/tecnologia/noticia/youtube-transforma-moderados-radicalizados-1902314>>. Acesso em 18/02/2024. Mais informações sobre os dois estudos mencionados estão disponíveis nos links <<https://dl.acm.org/doi/abs/10.1145/3351095.3372879>> e <<https://cyber.harvard.edu/story/2019-08/how-youtube-radicalized-brazil>>. Acesso em 18/02/2024.

estadunidenses acreditarem que as elites mundiais são controladas por grupos de pedófilos e satanistas. Segundo estudo do Public Religion Research Institute, observatório da evolução do pensamento religioso nos Estados Unidos, o apoio às principais teses do movimento QAnon aumentou de 14% para 23% dos americanos em 2023. A ideia de que as elites seriam controladas por um grupo de pedosatanistas convence 25% das pessoas que participaram desse estudo, em comparação com os 15% apurados em janeiro de 2021¹⁷⁰.

Outro exemplo capaz de demonstrar a dinâmica da simulação política concretizada através das redes sociais foi a onda de protestos que ocorreu em diversas cidades do Reino Unido no mês de agosto de 2024¹⁷¹. Os protestos ocorreram após um ataque a faca em Southport, no noroeste da Inglaterra, no qual três meninas, entre seis e nove anos, que participavam de uma aula de dança, foram mortas. Inicialmente, o suspeito não teve a identidade revelada, mas informações falsas começaram a circular rapidamente nas redes sociais, afirmando tratar-se de um imigrante radical islâmico que chegou de barco ao Reino Unido como refugiado em 2023. Isso levou manifestantes anti-imigração de diversas localidades a se deslocarem para Southport em resposta, com uma grande mobilização de grupos ligados à extrema-direita. Tendo em vista a grande repercussão do fato, a identidade do suspeito foi revelada pelas autoridades britânicas, que esclareceram que o fato não tinha ligação com o terrorismo e que o acusado havia nascido no Reino Unido. Além disso, o rapaz não apenas não era muçulmano como era um membro ativo de uma igreja cristã.

A reação lógica à divulgação dessas informações seria o fim dos protestos ou, pelo menos, o seu considerável enfraquecimento, já que esses se pautavam principalmente pelas supostas origem e motivação religiosa do suspeito. Entretanto, não foi o que se viu. Os protestos e a violência dos manifestantes continuaram a aumentar e se fortalecer durante vários dias, tendo sido necessária uma grande mobilização das autoridades britânicas, com a prisão de centenas de pessoas, para que esses arrefecessem. Viu-se, mesmo, em resposta,

¹⁷⁰ Disponível em <https://www.lemonde.fr/les-decodeurs/article/2023/12/01/des-etats-unis-a-la-france-comment-la-societe-s-impregne-de-l-imaginaire-complotiste-de-qanon_6203302_4355770.html>, acesso em 18/02/2024.

¹⁷¹ Diversas reportagens foram produzidas sobre esses eventos ao redor do mundo. Os seguintes links referem-se a apenas algumas delas, produzidas por diferentes veículos em diversas línguas, capazes de traçar, em linhas gerais, as características das manifestações:
<https://www.lemonde.fr/international/article/2024/08/04/nouvelles-emeutes-au-royaume-uni-les-pires-emeutes-depuis-plus-de-dix-ans_6267217_3210.html> acesso em 02/09/2024;
<https://www.lemonde.fr/pixels/article/2024/08/07/emeutes-au-royaume-uni-sur-les-reseaux-sociaux-l-extreme-droite-attise-la-haine_6270965_4408996.html> acesso em 02/09/2024;
<<https://www.bbc.com/portuguese/articles/c25llg10082o>> acesso em 02/09/2024;
<<https://www.bbc.com/news/articles/cervv8rz8mzo>> acesso em 02/09/2024;
<<https://www.bbc.com/portuguese/articles/cp81me23knko>> acesso em 02/09/2024.

milhares de manifestantes antirracistas se reunirem em várias cidades da Inglaterra, como Londres, Brighton, Southampton, Bristol, Birmingham, Newcastle, entre outras. Ainda que esses tenham sido, em sua maioria, pacíficos, houve casos como o ocorrido na cidade de Bolton, em que, ainda durante uma manifestação anti-imigração do lado de fora da prefeitura da cidade, cerca de 300 pessoas, a maioria com os rostos cobertos com máscaras pretas ou balaclavas, avançaram em direção ao prédio. Esses últimos começaram a gritar "Allahu Akbar" — uma frase que significa "Alá é o maior", em árabe — quando chegaram a um lado da prefeitura, onde um grupo separado estava reunido agitando bandeiras da Inglaterra.

Não se pretende, aqui, discutir qual dos diversos grupos envolvidos nos fatos acima narrados poderia ter maior ou menor razão, mas sim chamar a atenção para a imensa construção, quase que completamente fantasiosa, que foi feita a partir do crime originalmente cometido. Mesmo que o suspeito fosse um cristão praticante nascido no Reino Unido, a simulação política estruturada sobre a desinformação e o discurso de ódio deram origem a enormes protestos que, de forma já completamente desvinculada com a realidade subjacente aos fatos, proporcionou a resposta de outros grupos, inclusive de muçulmanos defendendo aquela que seria a orientação religiosa do acusado. Em outras palavras, o real perdeu completamente a importância mas, em alguma medida, a construção feita através das redes sociais se confundiu com o real, substituindo-o quase que inteiramente.

Fica evidente, assim, que esse contexto tem íntima relação com a crise de representação, a qual constitui um dos aspectos centrais da crise do Estado moderno. Cada vez menos a política é feita com base em plataformas de governo consistentes e comprometidas com o efetivo funcionamento do Estado e cada vez mais políticos são eleitos e ganham grande proeminência em seus países defendendo soluções fáceis e ineficazes para problemas complexos ou até mesmo flertando abertamente com teorias conspiratórias. Concomitantemente, ocorre o já mencionado processo de relativização da soberania dos países, que também está diretamente ligado ao desenvolvimento de pautas – como, por exemplo, a internacionalização dos direitos humanos – e ao crescimento da relevância de atores outrora secundários. Esse cenário possibilitou um significativo desenvolvimento do Poder Judiciário em vários países nas últimas décadas, como será visto no próximo capítulo.

3. A influência das relações de poder na interpretação brasileira dos direitos humanos

3.1 O transplante de conceitos como forma de legitimação

Marc Bloch, um dos mais proeminentes historiadores do século XX, defendia que a ignorância do passado não se limita a prejudicar a compreensão do presente, já que compromete, no tempo presente, a própria ação¹⁷². Pedimos vênia, portanto, para invocar novamente algumas lições históricas a fim de entender os fenômenos que atualmente ocorrem no Brasil, colocando-os dentro de uma perspectiva que analise, ainda que brevemente, as condições de surgimento e desenvolvimento das ideias e das condições materiais que lhes deram origem.

Para estabelecer adequadamente a conexão do ativismo judicial e do garantismo penal não apenas com a crise do Estado Moderno – ainda que, em nosso país, aqueles fenômenos se apresentem de forma bastante peculiar –, mas também com o próprio contexto brasileiro, faz-se mister traçar um breve histórico de algumas teorias e, de uma maneira geral, conceitos que para o nosso território foram importados, mas que aqui assumiram um novo significado.

Antes, todavia, é necessário sublinhar que não se está a sugerir que apenas no Brasil as instituições ou os fenômenos em geral não funcionam da forma como foram idealizados ou mesmo que não haja, em outros países, estratégias de legitimação institucional através da deturpação de conceitos. Um dos exemplos mais significativos nesse sentido é o crescente número daquilo que podemos chamar de “democraturas”. Xavier Philippe define a expressão como uma falácia que se refere às “características da democracia para justificar um regime autoritário ou ditatorial”¹⁷³. Mais instigante do que o próprio fenômeno é o questionamento colocado pelo autor, no sentido de como a Constituição de uma democracia pode ser usada como uma justificativa para a transformação do regime em uma democratura. De fato, sendo a Constituição considerada nas democracias como um instrumento de proteção do regime, “como ela pode reverter esse movimento e se tornar um instrumento de justificação de um regime que lhe é contrário? A legitimação constitucional das democraturas torna-se uma estratégia de conquista e autojustificação”¹⁷⁴.

Entretanto, no Brasil, a questão não é apenas a utilização de elementos justificadores. Trata-se de toda uma tradição de transplantes de conceitos e instituições com esse intuito, como será a seguir analisado. Necessário ressaltar que a análise feita nesse momento é

¹⁷² BLOCH, Marc. *Apologia da história, ou, o ofício do historiador*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001, p. 63.

¹⁷³ PHILIPPE, Xavier. *La légitimation constitutionnelle des démocratures*. Pouvoirs, 2019/2 N° 169, 2019. p.34.

¹⁷⁴ PHILIPPE, Xavier. *La légitimation constitutionnelle des démocratures*. Pouvoirs, 2019/2 N° 169, 2019. p.34.

eminentemente histórica e sociológica, sendo investigados os reais objetivos dos grupos nacionais que promoveram as importações de conceitos e teorias para o território nacional. Cabe pontuar, ainda, que a presente incursão histórica tem por objetivo justamente trazer à presente tese os elementos mínimos para que se possa compreender a associação feita entre o ativismo judicial e o garantismo penal e o autoritarismo relacional, lembrando que a concepção de ativismo aqui adotada é aquela dada pela Crítica Hermenêutica do Direito¹⁷⁵. Já no que se refere ao garantismo penal, a crítica que será tecida no capítulo final refere-se à *práxis* desse em nosso país. Em outras palavras, o caráter autoritário do garantismo brasileiro é revelado pelo seu funcionamento inadequado, que favorece a manutenção da desigualdade e, assim, distancia muito sua prática de seus preceitos teóricos.

É certo, ainda, que esses não são os únicos fenômenos jurídicos que foram transplantados para o Brasil e que aqui receberam uma nova roupagem. Apenas como exemplo, podemos citar o título de um dos capítulos da obra *Verdade e Consenso*, em que Streck fala sobre “As cinco recepções equivocadas no Direito brasileiro (Jurisprudência dos Valores; ponderação alexiana; ativismo norte-americano; neoconstitucionalismo; e os métodos interpretativos de Savigny)”. Mais especificamente sobre a ponderação alexiana, ele critica que a importação das ideias do jurista alemão foi feita sem a mínima atenção aos pressupostos lógicos que sustentam a sua teoria: “O mais paradoxal nesse sincretismo teórico é que Alexy elabora sua teoria exatamente para ‘racionalizar’ a ponderação de valores, ao passo que, no Brasil, os pressupostos formais – rationalizadores – são praticamente desconsiderados”¹⁷⁶. Nesse ponto, já fica clara a inversão lógica que as ideias de Alexy sofreram no Brasil. As prováveis reais razões dessa inversão são apesentadas logo em seguida, nos seguintes termos:

Importante anotar que, no Brasil, os tribunais, no uso desriterioso da teoria alexiana, transformaram a regra da ponderação em um princípio. Com efeito, se na formulação proposta por Alexy, a ponderação conduz à formação de uma regra – que será aplicada ao caso por subsunção –, os tribunais brasileiros utilizam esse conceito como se fosse um enunciado performático, uma espécie de álibi teórico capaz de fundamentar os posicionamentos mais diversos [...]¹⁷⁷.

¹⁷⁵ Essa concepção será detalhada no capítulo seguinte.

¹⁷⁶ STRECK, Lenio. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 172.

¹⁷⁷ STRECK, Lenio. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 174.

Ou seja, a referência à ponderação alexiana dá uma aparência de solidez à fundamentação apresentada nas decisões, quando, na verdade, não houve a real aplicação de suas ideias, mas apenas o uso pragmático de seu nome. Como esse fenômeno vai muito além do meio jurídico e, ademais, foi uma constante durante a história brasileira, nesse capítulo serão analisadas algumas das ideias que sofreram esse tipo de transplante.

No Brasil, diferentemente do que ocorre na maioria dos países europeus, parte substancial das instituições que aqui existem ou já existiram não surgiram entre nós e evoluíram gradativamente, com o passar dos séculos. Elas foram estresidas de outras nações. Este fenômeno, obviamente, é bastante comum nos países colonizados. As ideias que conduziram às transformações que ocorreram em nosso território foram, em sua maioria, importadas de países economicamente mais desenvolvidos, sem uma verdadeira preocupação com a viabilidade de sua adaptação à realidade local.

Inicialmente, é necessário ressaltar que mesmo a transplantação de conceitos e instituições, não é, em si, algo necessariamente negativo, sendo, de fato, um expediente comum em todos os contextos coloniais. Guerreiro Ramos afirma que essas transplantações possibilitaram que saltássemos várias etapas de desenvolvimento, alcançando a articulação de um território sobre o qual se distribuíam várias tribos na idade da pedra com o plano da história europeia. Apenas o crescimento vegetativo não poderia proporcionar essa integração em um período tão curto de tempo. Desse modo, “a transplantação foi um expediente historicamente necessário para que se tornasse possível, a seu tempo, a nação brasileira”¹⁷⁸.

Explica o mencionado autor que foi a Independência, em 1822, que apresentou pela primeira vez aos nossos quadros dirigentes o problema da formação nacional, já que as instituições aqui instaladas graças ao período colonial tinham um claro propósito explorador e fiscal, sendo necessário, portanto, um esforço de criação nacional.

Mesmo que, nesse contexto, alguns tenham se inclinado para a tentativa de criação de instituições adequadas às circunstâncias peculiares de nosso país, teve mais força a corrente que pregava a importação de modelos, segundo a qual a resolução dos problemas nacionais estaria garantida ou encaminhada pela instalação, entre nós, das instituições vigentes nas principais potências da época. Não é estranho, portanto, que alguns, “como Salles Torres Homem (o famoso Timandro do Libelo do Povo), advogassem a reprodução

¹⁷⁸ RAMOS, Alberto Guerreiro. *Introdução Crítica à Sociologia Brasileira*. Rio de Janeiro: UFRJ, 1995, p. 273.

aqui das instituições francesas, enquanto outros, como Tito Franco de Almeida, procurassem modelos na democracia inglesa ou norte-americana”¹⁷⁹.

A sociedade brasileira não pôde, ao longo de seu desenvolvimento, furtar-se à influência da cultura das sociedades dominantes na civilização ocidental. Este condicionamento cultural esteve, sem dúvida, estreitamente ligado ao imperialismo econômico, já que uma das principais características da economia brasileira foi, ao longo de nossa história, sua profunda vinculação ao mercado externo. Caio Prado Júnior, ao falar sobre a posição brasileira no contexto do capitalismo internacional, afirma ser a nossa economia um setor periférico desse, de onde vêm todos os impulsos e freios que comandam o seu comportamento. Por isso, são empregados aqui conceitos e toda uma terminologia inspirada na realidade dos países centrais, tendo como um de seus principais objetivos disfarçar as contradições do sistema capitalista, como a que impõe às economias periféricas uma situação de dependência e subordinação¹⁸⁰.

No Brasil, os movimentos aparentemente reformadores partiram quase sempre de cima para baixo. Não representaram os anseios populares de um determinado momento de nossa evolução histórica. Foram, sim, apenas rearranjos nas estruturas de poder promovidas pelos próprios setores dominantes de nossa sociedade. Nesse sentido, esclarece Sérgio Buarque de Holanda que “Nossa independência, as conquistas liberais que fizemos durante o decurso de nossa evolução política vieram quase de surpresa; a grande massa do povo recebeu-as com displicência, ou hostilidade”¹⁸¹.

Carecendo a sociedade brasileira de pautas institucionais suficientemente dotadas de conteúdo consuetudinário, os grupos e facções eram forçados a apelar para as fórmulas feitas, as quais, na verdade, instrumentalizavam segundo os seus propósitos:

O observador estrangeiro que examinar a trajetória das idéias políticas que caracterizam os diversos momentos de nossas transformações de classe constatará que elas são, invariavelmente, tomadas da Europa e algumas vezes dos Estados Unidos. Alguém viu nisso um flagrante do “espírito de imitação” do brasileiro. Entretanto, do ponto de vista sociológico, aquelas idéias só podem ser corretamente explicadas tendo em vista a sua funcionalidade. As doutrinas, na luta partidária no Brasil, tem servido para camuflar as interações e os propósitos, e a compreensão do seu sentido existencial e não meramente lógico requer que o analista as transcendam, apreciando as conexões objetivas dos que delas se utilizam.¹⁸²

¹⁷⁹ RAMOS, Alberto Guerreiro. *Introdução Crítica à Sociologia Brasileira*. Rio de Janeiro: UFRJ, 1995, p. 275.

¹⁸⁰ PRADO JÚNIOR, Caio. *História Econômica do Brasil*, 30ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1984, p. 262.

¹⁸¹ HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26ª Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 160.

¹⁸² RAMOS, Alberto Guerreiro. *Introdução Crítica à Sociologia Brasileira*. Rio de Janeiro: UFRJ, 1995, p. 75.

Analisemos mais detidamente alguns desses conceitos.

3.1.1. Latifúndio e dominação: a “soberania popular” no Império e na República

Quando, por exemplo, a nossa classe latifundiária se empenha na luta pela independência do país, apela para as ideias em voga na Europa, sem que, no entanto, convirjam as condições materiais locais e as que se apresentam naquele continente. De fato, os legisladores nacionais que elaboraram, em 1823, um projeto de Constituição, inspiraram-se nas instituições de países europeus. Foram amplamente utilizados princípios filosóficos presentes em uma das obras que mais inspiraram os pensadores da Revolução Francesa de 1789, *O Contrato Social*, de Rousseau. Entretanto, essas ideias refletiam, na França, os anseios do Terceiro Estado, notadamente da burguesia, contra os privilégios da nobreza feudal, situação diametralmente oposta à encontrada em nosso país, onde eram os grandes proprietários rurais que se insurgiam contra a burguesia mercantil portuguesa.

Sobre o tema, explica Caio Prado Junior que houve apenas uma coincidência dos meios a serem empregados para fins diversos. O problema dos legisladores brasileiros era a necessidade de substituição das restrições políticas e econômicas do regime colonial pela estrutura de um estado nacional, enquanto que “as ideias centrais dos sistemas políticos e filosóficos que orientam a revolução do Velho Mundo eram justamente estas: liberdade econômica e soberania nacional. Adotaram-nas, por isso, os constituintes de 1823”¹⁸³. Importante lembrar, ainda, que a maior parte de nossos intelectuais havia se formado com base na filosofia francesa do século XVIII, o que tornava evidente o modelo a ser adaptado.

Desse modo, na falta de um sistema original, que não estavam em condições de produzir, os nossos constituintes utilizaram-se da produção intelectual europeia para dar legitimidade ao sistema político que foi aqui estruturado. Este é um aspecto fundamental a ser abordado. Mesmo que muitos tenham visto simples ingenuidade na importação de modelos prontos das nações desenvolvidas, uma análise mais aprofundada não deixa dúvidas. Nossas elites, em diversos momentos ao longo da história brasileira, se aproveitaram de um arsenal teórico já ideologicamente justificado para defender seus próprios interesses, que eram profundamente diferentes daqueles que embasaram as referidas teorias em seus países de origem.

¹⁸³ PRADO JÚNIOR, Caio. *Evolução política do Brasil: Colônia e Império*. 13^a ed. São Paulo: Brasiliense, 1993, p. 53. Importa destacar que, como será mencionado adiante, a Constituinte de 1823 foi dissolvida, tendo sido, em seguida, outorgada a Constituição de 1824.

Importa citar, nesse sentido, a crítica feita por Guerreiro Ramos a Oliveira Viana – autor cuja obra será analisada mais detidamente subtítulo referente ao Estado Novo. Este afirmara que nossas elites teriam acreditado na eficácia imanente de teorias e instituições europeias e norte-americanas, e as transplantaram para o nosso país por estarem convencidas dos seus efeitos positivos, fenômeno o qual denominara de “idealismo utópico”. Todavia, Ramos assevera que:

Parece, entretanto, que Oliveira Viana viu aqui meia verdade; não a verdade toda. Isto porque aquela conduta inquinada de idealista-utópica foi, muitas vezes, menos decorrência de uma imitação voluntária do que um expediente pragmático a que tiveram imperativamente de recorrer a fim de racionalizar ou justificar interesses e reivindicações de grupos e facções atrelados a tendências nem sempre ilegítimas da sociedade nacional¹⁸⁴.

Ao longo de toda nossa história, foram trazidos de outras nações complexos sistema de preceitos, sem saber até que ponto estes se adaptariam às condições da vida brasileira e sem pensar nas mudanças que a realidade local lhes imporia.

A própria ideia de democracia faz parte desse processo. Importamos o ideal de soberania popular de nações em que o desenvolvimento material e cultural se encontrava em um nível completamente diverso. De fato, em uma nação cuja independência havia sido recém proclamada e que herdara uma estrutura econômica e social de uma colônia de exploração, onde, enfim, nem estava muito bem formada uma ideia de cidadania, falar-se em soberania popular era certamente algo que escapava completamente à realidade social.

Não obstante, a Constituição de 1824 já dispunha, ao tratar da divisão dos poderes, que “Todos estes Poderes no Império do Brasil são delegações da Nação”. Ademais, previa a existência de eleições para a escolha de representantes, apesar de ter adotado o voto censitário. Ou seja, nosso primeiro texto constitucional já expressava a ideia de que o poder emana do povo. Entretanto, os motivos que levaram a serem incluídas tais disposições na carta magna nada têm a ver com as transformações sociais que motivaram a criação de tais institutos na Europa. Frise-se, ainda, que a prática política nacional no período – a violência nas eleições, os currais eleitorais, o voto de cabresto, as fraudes – demonstram que a participação popular era apenas um elemento legitimador, enquanto o povo continuava submisso às autoridades locais.

Ainda que, durante o império, uma parcela substancial da população votasse, os eleitores eram convocados às eleições pelos patrões, pelas autoridades do governo, pelos

¹⁸⁴ RAMOS, Alberto Guerreiro. *Introdução Crítica à Sociologia Brasileira*. Rio de Janeiro: UFRJ, 1995, p. 79/80.

juízes de paz, pelos delegados de polícia, pelos párocos, pelos comandantes da Guarda Nacional. Segundo José Murilo de Carvalho, a luta política era intensa e violenta, já que “o que estava em jogo não era o exercício de um direito de cidadão, mas o domínio político local. O chefe político local não podia perder as eleições. A derrota significava desprestígio e perda de controle de cargos públicos”¹⁸⁵. Esses cargos podiam incluir os de delegados de polícia, coletor de rendas e juiz municipal, dentre outros. Era necessário, portanto, mobilizar o maior número possível de pessoas para vencer as eleições.

Existiam, ainda, nas eleições do período imperial, algumas figuras que merecem destaque. Os chamados “cabalistas” eram os responsáveis pela inclusão do maior número possível de partidários de seu chefe na lista de votantes. Sendo o voto censitário, o ponto fundamental para a inclusão do votante era a renda. Entretanto, a lei não dizia como esta devia ser demonstrada. Cibia, assim, aos cabalistas, comprovar que o pretendido eleitor tinha a renda legal, normalmente pagando alguma testemunha para confirmar a suposta condição financeira deste. Existiam também os “fósforos”. Estes estavam encarregados de apresentar-se no local das votações quando o eleitor alistado não podia comparecer por qualquer motivo – inclusive por já estar morto –, fazendo-se passar pelo votante. Os bons fósforos podiam votar várias vezes em diversos locais, contanto que conseguissem convencer os integrantes das mesas eleitorais. Havia, ainda, os capangas eleitorais, responsáveis pela parte mais truculenta do processo. Sua função era proteger os partidários de seus chefes e, principalmente, amedrontar os eleitores dos adversários, evitando que estes comparecessem à eleição¹⁸⁶.

Essa situação fez com que Sérgio Buarque de Holanda afirmasse que “a democracia no Brasil foi sempre um lamentável mal-entendido”, já que “uma aristocracia rural e semifeudal importou-a e tratou de acomodá-la, onde fosse possível, aos seus direitos ou privilégios, os mesmos privilégios que tinham sido, no Velho Mundo, o alvo da luta da burguesia contra os aristocratas”¹⁸⁷.

Fica claro, portanto, que o conceito de democracia foi trazido para o nosso país, onde adquiriu contornos totalmente diferentes daqueles que possuía em sua origem, no mundo antigo, ou na Europa moderna. Durante o segundo reinado, o partido liberal, que, de acordo com Raimundo Faoro, estava “comprometido, no fundo, com a idéia da soberania popular – partido mais democrático que liberal –, expurga-se, depois da experiência regencial,

¹⁸⁵ CARVALHO, José Murilo de. Cidadania no Brasil: O Longo Caminho. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006, p. 33.

¹⁸⁶ CARVALHO, José Murilo de. Cidadania no Brasil: O Longo Caminho. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006, p. 34-35.

¹⁸⁷ HOLANDA, Sérgio Buarque de. Raízes do Brasil. 26ª Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 160.

de seus ramos republicanos, sem desviar-se das origens”¹⁸⁸. No entanto, afirma o referido autor que a soberania do povo, para este partido, passou a se concentrar na defesa da emancipação do município e da província.

Frise-se, ainda, que este partido, em tese estava comprometido com as idéias de democracia e de soberania popular, na verdade tinha uma prática política que dificilmente poderia ser chamada de democrática, já que estava inserido em um contexto político onde as eleições claramente não representavam os desígnios do povo:

O sistema se apoiava sobre pés de barro frágil, todos sabiam que as eleições pouco tinham a ver com a vontade do povo. O tifo eleitoral, na palavra de um marquês e senador, não passa de uma comédia, onde a opressão das classes miseráveis do interior e a violência das autoridades levam aos pés da cora números e nomes, todos tão falsos como o gesto de depor nas urnas cativas o voto escravizado. (...) Daí, das eleições inautênticas, dos partidos formados pelos grupos sem raízes populares, estamentalmente autônomos, projeta-se sobre o país a vontade augusta, o imperialismo, refugiado constitucionalmente no poder moderador, tenazmente vivo.¹⁸⁹

O período imperial de nossa história, especialmente interregno conhecido como “Segundo Reinado” é considerado por muitos como uma Monarquia Constitucional. No entanto o conceito de Monarquia Constitucional também foi subvertido em nosso país. Diferentemente da ideia tradicional - forjada nos países europeus, especialmente após a queda dos regimes absolutistas - de um sistema político que reconhece um monarca como chefe do Estado, mas onde existe uma constituição que limita os poderes deste monarca, no Brasil - por mais inusitada que seja essa ideia do ponto de vista da ciência política - existia uma constituição, mas o imperador estava acima dela. De fato, a Constituição de 1824 previa, em seu artigo 98, que “O Poder Moderador é a chave de toda a organização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independência, equilíbrio, e harmonia dos demais Poderes Políticos” e complementava, ainda, em seu artigo 99: “A Pessoa do Imperador é inviolável, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma”.

Esse modelo de “monarquia constitucional”, onde há a precedência do monarca sobre a constituição, subverte completamente a lógica de qualquer modelo constitucional, em

¹⁸⁸ FAORO, Raymundo Faoro. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. Vol 1. 13^a ed. São Paulo: Globo, 1998, p. 342.

¹⁸⁹ FAORO, Raymundo Faoro. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. Vol 1. 13^a ed. São Paulo: Globo, 1998, p. 342/343.

um sistema onde, como reconhece Faoro, “o imperador, antes que a constituição o sagrasse, já estava reconhecido pela nação e designado seu defensor perpétuo”¹⁹⁰.

A ideia de República, em nosso país, também seguiu a mesma lógica até aqui apresentada. Institucionalmente, a monarquia não resistiu ao fim da escravidão, dando lugar a uma reordenação política de forma republicana, dirigida inicialmente por líderes militares provenientes do Império e, posteriormente, por chefes de caráter patriarcal. Todavia, durante toda a república velha, não houve alteração substancial na racionalidade que regia os processos eleitorais. As eleições continuavam sendo controladas por aqueles que dominavam a força de trabalho e, consequentemente, o eleitorado. Tratava-se uma república-fazendeira, em que o poder econômico, bem como o poder político, eram exercidos pelo mesmo patronato do período anterior. Nas palavras de Darcy Ribeiro, “os antigos barões se tornaram senadores e os filhos dos fazendeiros, graduados bacharéis, se fazem deputados, compondo governos formalmente republicanos, mas nos quais o único eleitor era o coronel-fazendeiro com votos multiplicados pelo número de seus dependentes”¹⁹¹.

Não houve, portanto, na proclamação da República, qualquer intenção de alargamento da base eleitoral ou de inauguração de uma efetiva participação popular no processo de escolha dos representantes, ainda que seus propagandistas, especialmente aqueles que se inspiravam nos ideais da Revolução Francesa, afirmassem que esta “deveria representar a instauração do governo do país pelo povo, por seus cidadãos, sem a interferência dos privilégios monárquicos”¹⁹². A própria proclamação da República foi um movimento levado a cabo por um número limitado de indivíduos, que muitos populares acreditaram ser apenas mais um desfile militar, conforme afirmou Aristides Lobo, em artigo publicado no jornal Diário Popular, no dia 18 de novembro de 1889: “O povo assistiu àquilo bestializado, atônito, surpreso, sem conhecer o que significava. Muitos acreditaram seriamente estar vendo uma parada”¹⁹³.

Holanda chega a afirmar que a ideologia impessoal do liberalismo democrático, uma das fontes de inspiração do movimento republicano, jamais se naturalizou em nosso país e que

¹⁹⁰ FAORO, Raymundo Faoro. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. Vol 1. 13^a ed. São Paulo: Globo, 1998, p. 363.

¹⁹¹ RIBEIRO, Darcy. Os brasileiros: Teoria do Brasil. 10^a Ed. Petrópolis: Vozes, 1990, p. 105.

¹⁹² CARVALHO, José Murilo de. Cidadania no Brasil: O Longo Caminho. 8^a Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006, p. 40.

¹⁹³ A íntegra do artigo mencionado está disponível no endereço eletrônico <https://imagensehistoria.wordpress.com/tema-1-republica-velha/carta-de-aristides-lobo/>, acesso em 11/02/2023.

só assimilamos efetivamente esses princípios até onde coincidiram com a negação pura e simples de uma autoridade incômoda, confirmando nosso instintivo horror às hierarquias¹⁹⁴.

Deve-se ter em vista, portanto, a clara distinção entre o liberalismo europeu, como ideologia revolucionária articulada por novos setores emergentes e criada na luta contra os privilégios da nobreza, e o liberalismo brasileiro, ajustado para servir de suporte aos interesses das oligarquias, dos grandes proprietários de terra e do clientelismo vinculado ao monarquismo imperial:

Nesses países [Inglaterra, França e Estados Unidos], o liberalismo foi a doutrina política libertadora que representou a ascensão da burguesia contra o absolutismo, tornando-se conservadora à medida que a burguesia se instala no poder e sente-se ameaçada pelo proletariado. Já no Brasil, o liberalismo expressaria a necessidade de reordenação do poder nacional e a dominação das elites agrárias, processo esse marcado pela ambiguidade da junção de formas liberais sobre estruturas de conteúdo oligárquico, ou seja, a discrepante dicotomia que iria perdurar ao longo de toda a tradição republicana: a retórica liberal sob a dominação oligárquica, o conteúdo conservador sob a aparença de formas democráticas.¹⁹⁵

O modelo liberal norte-americano, que influenciou profundamente a Constituição de 1891, se atendia aos interesses dos proprietários rurais, tinha sentido profundamente diverso daquele que teve nos Estados Unidos. Lá, segundo Hannah Arendt, a revolução viera antes, estava na nova sociedade igualitária formada pelos colonos, já que “o estado de pobreza estava ausente do cenário americano, mas presente em todos os lugares do mundo”. A preocupação com a organização do poder era antes consequência da quase ausência de hierarquias sociais¹⁹⁶. Já em nosso país, a situação era completamente diferente. No Brasil, não existira revolução prévia: “Apesar da abolição da escravidão, a sociedade caracterizava-se por desigualdades profundas e pela concentração do poder. Nessas circunstâncias, o liberalismo adquiria um caráter de consagração da desigualdade, de sansão da lei do mais forte¹⁹⁷.

É muito comum ouvir-se a afirmação de que o primeiro período republicano, em relação ao império, trouxe uma diminuição no número de eleitores. Na verdade, esta diminuição é resultado da reforma eleitoral de 1881. Todavia, é fato que o novo regime não trouxe nenhuma alteração substancial ao sistema eleitoral então vigente. A Constituição republicana de 1891 eliminou a exigência da renda de 200 mil-réis – que não era muito alta

¹⁹⁴ HOLANDA, Sérgio Buarque de. Raízes do Brasil. 26ª Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 160.

¹⁹⁵ WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 75-76.

¹⁹⁶ ARENDT, Hannah. *Da revolução*. São Paulo: Ática em coedição com a Universidade de Brasília, 1988, p. 54.

¹⁹⁷ CARVALHO, José Murilo de. Cidadania no Brasil: O Longo Caminho. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006, p. 25.

para a época –, mas manteve a exclusão dos analfabetos, principal barreira ao voto no período, bem como das mulheres, mendigos, soldados e membros de ordens religiosas, nos termos do artigo 70 do texto constitucional mencionado¹⁹⁸.

Além disso, como dito acima, foram mantidas as mesmas práticas eleitorais que existiam no império. Segundo José Murilo de Carvalho, não havia eleição limpa, já que continuaram a atuar os cabalistas, os capangas, os fósforos, etc., bem como as eleições “a bico de pena”. A soma destes dois elementos – a diminuição no número de eleitores e a manutenção das fraudes e da coação dos eleitores –, levou o referido autor a afirmar que a República Velha se parecia muito com a república dos Bruzundangas, da obra de Lima Barreto, onde os políticos práticos tinham conseguido quase totalmente eliminar do aparelho eleitoral este “elemento perturbador – o voto”¹⁹⁹.

3.1.2. O positivismo e a produção intelectual

Uma das teorias que teve maior aceitação no Brasil, principalmente no início do período republicano, foi o positivismo²⁰⁰. Basta lembrar que a abreviação de um de seus lemas está estampada, até hoje, em nossa bandeira nacional. Holanda tenta explicar o sucesso desta matriz teórica entre nós através do repouso que permitem ao espírito as definições imperativas e irresistíveis do sistema de Comte. O mundo, no imaginário de nossos positivistas, acabaria irrevogavelmente por aceitá-las, porque eram racionais e porque sua perfeição não podia ser posta em dúvida por qualquer pessoa de bom senso. O mobiliário científico legado por Comte bastaria para que se atendesse em todos os tempos e em todos os lugares a semelhantes necessidades²⁰¹.

¹⁹⁸ Art 70 - São eleitores os cidadãos maiores de 21 anos que se alistarem na forma da lei.

§ 1º - Não podem alistar-se eleitores para as eleições federais ou para as dos Estados:

1º) os mendigos;

2º) os analfabetos;

3º) as praças de pré, excetuados os alunos das escolas militares de ensino superior;

4º) os religiosos de ordens monásticas, companhias, congregações ou comunidades de qualquer denominação, sujeitas a voto de obediência, regra ou estatuto que importe a renúncia da liberdade individual.

§ 2º - São inelegíveis os cidadãos não alistáveis.

¹⁹⁹ CARVALHO, José Murilo de. Cidadania no Brasil: O Longo Caminho. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006, p. 41-42.

²⁰⁰ Nos referimos aqui ao positivismo enquanto corrente filosófica. As discussões relativas ao positivismo apresentadas em outros capítulos da presente tese referem-se ao positivismo jurídico, que tem um desenvolvimento próprio – ainda que não completamente desconectado do positivismo filosófico – devido à importância e à influência que até hoje gozam correntes positivistas no direito.

²⁰¹ HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26ª Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 158.

Wolkmer afirma que o apelo científico do positivismo surgia como discurso hegemônico e uniforme, identificado com os interesses emergentes da burguesia urbana liberal e com as novas aspirações normativas da formação socioeconômica brasileira trazida pela República²⁰². Holanda, todavia, afirma que o instinto essencialmente negador de nossos positivistas impediu-os de inspiraram qualquer sentido construtivo aos nossos negócios públicos. As virtudes que muitos deles ostentavam – probidade, sinceridade, desinteresse pessoal – não eram forças com que lutasse contra a maioria dos políticos, estes, mais ativos e menos escrupulosos. Conclui o mencionado autor que:

Não existiria, à base dessa confiança no poder milagroso das ideias, um secreto horror à nossa realidade? No Brasil, os positivistas foram sempre paradoxalmente negadores. Não eram positivos – pode dizer-se – em nenhum dos sentidos que a essa palavra atribui Augusto Comte em seu Discurso sobre o espírito positivo. Viveram narcotizados por uma crença obstinada na verdade de seus princípios e na certeza de que o futuro os julgaria, e aos seus contemporâneos, segundo a conduta que adotassem, individual e coletivamente, com relação a tais princípios.²⁰³

No mesmo sentido, afirma Gilberto Freyre, sobre alguns dos positivistas ditos “científicos”, que influenciaram na formação da república no Brasil, como Benjamin Constant, Martins Júnior e Pereira Barreto, que quase sempre foram prejudicados pelo que chamou de “delicadeza” no seu comportamento na vida pública: “a ‘delicadeza’ que vinha, talvez, de seu modo intelectualista de procurar fazer política ou apenas nela influir. Desse intelectualismo resultaria seu fracasso na parte mais crua da atividade política”²⁰⁴.

José Murilo de Carvalho, por seu turno, apresenta uma visão mais otimista da atuação dos positivistas brasileiros. Não deixa, todavia, de apontar as contradições existentes no núcleo dos seguidores de Comte em nosso país. A primeira é a atração exercida pelo positivismo, no Brasil, sobre os militares, apesar do fato de que, de acordo com as teses positivistas, um governo militar seria um retrocesso social²⁰⁵.

Além disso, os positivistas ortodoxos, além dos militares, representavam um setor específico da classe média, o setor técnico científico, composto por médicos, engenheiros, matemáticos, etc. Desse modo, tinham mais afinidade com o littréísmo – corrente do positivista Emile Littré – do que com o comtismo. Miguel Ramos, um dos líderes dos positivistas ortodoxos em nosso país, tentava, contudo, mobilizar esta “contra-elite”

²⁰² WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 130.

²⁰³ Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26ª Ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 159.

²⁰⁴ FREYRE, Gilberto. *Ordem e Progresso*. Vol. 1. Rio de Janeiro: José Olympio, 1959, p. 25.

²⁰⁵ CARVALHO, José Murilo de. *A formação das almas: o imaginário da República no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 27-28.

empregando os instrumentos da segunda fase do pensamento de Comte, inclusive as práticas religiosas, por lhe parecerem mais adequadas para formar um grupo de militantes mais coeso e disciplinado. Como se poderia esperar, essa postura gerou diversos choques, levando vários membros da Sociedade Positivista a se afastar, por não aceitaram a nova orientação. Entre eles, estavam importantes líderes republicanos, como Silva Jardim e Benjamin Constant²⁰⁶.

É necessário frisar, porém, que as desavenças não se restringiam à questão religiosa, não sendo sequer este o aspecto principal. O maior problema era convencer os seguidores a afastarem-se dos empregos públicos. A posição de Comte sobre essa questão era clara. Ele afirmara no *Apelo aos conservadores* que, durante a fase de transição para a sociedade normal, tanto os positivistas teóricos quanto os práticos deveriam limitar-se à influência consultora, mesmo quando postos de direção fossem oferecidos. Entretanto, em um país em que a procura do emprego público era intensa, declinar de posições de poder era “quase um ato de heroísmo cívico”²⁰⁷.

Desse modo, as virtudes citadas por Holanda – probidade, sinceridade, desinteresse pessoal – como características de muitos positivistas, estavam sendo impostas como um dever moral a todos os adeptos, o que não foi, repise-se, bem aceito por grande parte deles. A razão para esta rejeição é clara: o positivismo, a exemplo de outras correntes ideológicas já citadas, era, para muitos de seus simpatizantes, apenas mais uma teoria que servia para justificar certos aspectos de nossa realidade social, ou mesmo para explicar a necessidade de algumas mudanças, mas somente até o ponto que fosse interessante para aqueles que o adotavam. Poucos estavam dispostos a fazer sacrifícios em nome dos ideais expostos e, estes, nunca tiveram força política suficiente para alterar significativamente o quadro já desenhado de nossas instituições.

No entanto, a importação de ideias ao longo de nossa história não ficou apenas no plano institucional. Ela alcançou, de fato, todo o nosso desenvolvimento intelectual. É claro que, ao tempo da Independência, as ciências estavam em um nível de desenvolvimento bastante diferente do atual. Nesse sentido, nos lembra Ramos que, em 1822, dentre as ciências sociais apenas a economia já tinha sido criada, não sendo a referida disciplina naquela época mais que um sistema de conceitos e leis dos países europeus na fase particular do capitalismo em que estavam. Só posteriormente se deram conta os economistas da historicidade dos

²⁰⁶ CARVALHO, José Murilo de. *A formação das almas: o imaginário da República no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 138.

²⁰⁷ CARVALHO, José Murilo de. *A formação das almas: o imaginário da República no Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 139.

conceitos e das leis econômicas. Quanto à sociologia, só na década de 1830 surgiu a palavra e, pode-se dizer, veio atingir o nível científico ou a livrar-se de etnocentrismos e de resíduos ideológicos apenas décadas depois. Além disso, não tínhamos aqui nenhuma tradição de pensamento, pois faltavam as condições materiais necessárias para tanto²⁰⁸.

Já em 1888, Silvio Romero tinha claramente a percepção de que faltava originalidade à produção intelectual brasileira. Afirmava o mencionado autor que a nação brasileira não tinha uma forma própria, uma individualidade característica, nem política nem intelectual. Todas as nossas escolas limitavam-se, em geral, a comentar as teorias produzidas na Europa, muitas vezes, em segunda ou terceira mão. Mesmo os nossos maiores talentos restringiam-se a imitar algum modelo estrangeiro²⁰⁹.

Os teóricos nacionais seguiram, desse modo, a mesma linha de nossos dirigentes, importando teorias na tentativa de explicar a realidade local. Existia, portanto, a ideia de que quanto mais afinado com o discurso em voga na Europa fosse a obra produzida maior seria a sua qualidade e, assim, a capacidade de compreensão do autor. Nessa esteira, lembra Guerreiro Ramos que os sociólogos brasileiros sempre estiveram dispostos a adotar literalmente o que se apresentava como mais avançado nos centros europeus e norte-americanos. Assim, ao longo do tempo, a nossa sociologia se transformou no mesmo ritmo das mudanças que ocorreram nos estudos sociológicos norte-americanos e europeus. Explica, ainda, o referido autor, falando especificamente sobre a disciplina sociológica, que o simetrismo e o sincretismo tornaram-se mais nítidos desde que começaram a ser editados, no Brasil, compêndios de sociologia. Em todos eles, apresentam-se justapostos os sistemas europeus e norte-americanos, na suposição de que existe uma verdade sociológica resultante da "conciliação" das várias correntes. Esse processo, aliás, estendeu-se a toda a produção cultural brasileira, sendo essa dominada pela adaptação de ideias europeias²¹⁰.

De fato, é marcante o sincretismo entre as diferentes linhas de pensamentos que são importadas pelos intelectuais nacionais, pois esses estão sempre dispostos a fazer aqui a conciliação de doutrinas que são consideradas incompatíveis nos próprios países de origem. Além de Guerreiro Ramos, Sérgio Buarque de Holanda também destaca esse fenômeno, afirmando que:

²⁰⁸ RAMOS, Alberto Guerreiro. *Introdução Crítica à Sociologia Brasileira*. Rio de Janeiro: UFRJ, 1995, p. 274-275.

²⁰⁹ ROMERO, Sílvio. História da literatura brasileira. 5^a Ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1953, p. 40.

²¹⁰ RAMOS, Alberto Guerreiro. *Introdução Crítica à Sociologia Brasileira*. Rio de Janeiro: UFRJ, 1995, p. 38-39

É frequente, entre os brasileiros que se presumem intelectuais, a facilidade com que se alimentam, ao mesmo tempo, de doutrinas dos mais variados matizes e com que sustentam, simultaneamente, as convicções mais dispares. Basta que tais doutrinas e convicções se possam impor à imaginação por uma roupagem vistosa: palavras bonitas ou argumentos sedutores. A contradição que porventura possa existir entre elas parece-lhes tão pouco chocante, que alguns se alarmariam e se revoltariam sinceramente quando não achássemos legítima sua capacidade de aceitá-las com o mesmo entusiasmo. Não há, talvez, nenhum exagero em dizer-se que quase todos os nossos homens de grande talento são um pouco dessa espécie. (HOLANDA, 2007, p.155)

Fica claro, portanto, que ao longo da história brasileira, nossa produção intelectual foi profundamente influenciada por modelos estrangeiros. Nenhum problema haveria nisso caso os conceitos importados fossem aqui repensados e adaptados à nossa realidade. Porém, este não foi, durante muito tempo, o procedimento da maioria de nossos intelectuais. Na escolha das teorias utilizadas o que interessava não era a coerência do argumento e sim a autoridade do mesmo. Ainda que as doutrinas importadas pouco ou em nada ajudassem a compreender a realidade brasileira, ou mesmo que tivessem sido deixadas de lado todas as adaptações necessárias à sua aplicabilidade à nossa sociedade, o que importava é que o pensamento era oriundo de algum autor aclamado nos centros culturais do mundo.

3.1.3. Argumentos justificadores do autoritarismo no Estado Novo: a “democracia autoritária”

É necessário, nesse momento, aprofundar um ponto ligado diretamente à nossa história constitucional. Como mencionado anteriormente, a trajetória de nossos textos constitucionais já se iniciou com um marco autoritário: uma constituição outorgada. Sobre o movimento que levou à outorga da Carta de 1824, Faoro afirma que houve uma desvinculação de sua cor reivindicatória e, entre a democracia e a liberdade, optou-se pela última: “O esquema procurará manter a igualdade sem a democracia, o liberalismo fora da soberania popular”²¹¹. A nossa independência marcou o rompimento do vínculo político permanente que havia com Portugal e não o fim das estruturas de dominação que existiram durante todo o período colonial. Nossa primeira constituição conseguiu, de algum modo, representar essa realidade.

Ainda que, obviamente, tenham existido textos mais abertos mesmo antes da Constituição de 1988, como as Constituições de 1934 e de 1946, o fato é que o autoritarismo

²¹¹ FAORO, Raymundo Faoro. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. Vol 1. 13^a ed. São Paulo: Globo, 1998, p. 331.

tem estado, ao longo de nossa história, muito mais presente do que qualquer valor verdadeiramente democrático.

Uma das principais demonstrações desse fenômeno foi justamente a tentativa de legitimar o autoritarismo na própria ideia de democracia, no período do Estado Novo, sustentando que esse regime configuraria uma “democracia autoritária”. Vale frisar, desde já, que essa expressão é encontrada em diversos outros contextos, mas com um sentido bastante diferente. Pierre Rosanvallon, por exemplo, quando fala do regime do Segundo Império na França, lembra que esse remete à construção de uma “democracia autoritária, imediata e polarizada, que chamaríamos hoje em dia de democracia ‘iliberale’”²¹². Ou seja, Rosanvallon emprega a expressão de forma crítica – utilização diametralmente oposta ao que foi feito no período do Estado Novo.

De fato, os intelectuais ligados ao Estado Novo definiam esse regime como uma “democracia autoritária”, em oposição ao modelo até então vigente, que denominavam de “democracia liberal”. Desse modo, os mencionados intelectuais não negavam o caráter centralizador, autoritário e nacionalista do Estado Novo, mas buscavam justificar o regime através da diferenciação dos conceitos de liberalismo e democracia, definindo esta a partir de “princípios ditos realistas e adequados à realidade nacional”²¹³. Por outro lado, o governo se caracterizaria como “democrático” em razão da garantia dos direitos do cidadão e pelo apelo direto do Presidente à opinião pública, por meio de suas corporações²¹⁴.

O primeiro desses intelectuais a ser mencionado é o jurista mineiro Francisco Luís da Silva Campos. Esse foi o responsável por redigir a Constituição de 1937, desenvolvendo um modelo de constitucionalismo antiliberal, semelhante ao que pode ser extraído da *Verfassungslehre* de Schmitt. A Constituição de 1937 tinha como duas de suas características fundamentais a adoção de instrumentos jurídicos análogos ao modelo schmittiano e a condução das massas, sendo esse um elemento central na organização do poder político. Esse último aspecto está intimamente conectado à produção intelectual de Campos na área da sociologia, onde realizou uma apreciação detalhada do advento da sociedade de massas. Ele foi, enfim, o responsável por traduzir em instituições as aspirações políticas de Getúlio

²¹² ROSANVALLON, Pierre. *Le siècle du populisme. Histoire, théorie, critique*. Paris: Seuil, 2020, p. 18.

²¹³ ABREU, Luciano Aronne de. *Autoritarismo e Democratismo: uma leitura do Estado Novo*. IX Encontro Estadual de História - Vestígios do Passado: a história e suas fontes, 2008, Porto Alegre, p. 3.

²¹⁴ ABREU, Luciano Aronne de. *Autoritarismo e Democratismo: uma leitura do Estado Novo*. IX Encontro Estadual de História - Vestígios do Passado: a história e suas fontes, 2008, Porto Alegre, p. 8.

Vargas, definindo os instrumentos jurídicos antiliberais implicados na construção de um Executivo forte e centralizador.²¹⁵

Assim, de acordo com Rogerio Dultra dos Santos, Francisco Campos dedicava-se a construir um conjunto de argumentos que legitimasse a nova Constituição. Este sustentava que a vontade dos povos se forma a partir da constante excitação das paixões e, consequentemente, que as instituições políticas liberais não passam de ingenuidade e anacronismo. Em razão disso, seu “novo Estado de massas” funcionaria através do apelo ao carisma de um líder. Entretanto, o ponto fulcral de sua abordagem é a relação entre tempo e política. A crítica que o constitucionalismo antiliberal de Francisco Campos dirige ao liberalismo vai no sentido de que o processo decisório parlamentar não acompanha a dinâmica temporal contemporânea. A solução apontada foi a de adequar as instituições públicas às exigências do tempo pela via da exceção.²¹⁶

O descompasso entre a (falta de) velocidade do processo legislativo e as transformações cada vez mais rápidas das sociedades contemporâneas é um apontamento comum em trabalhos realizados, nas últimas décadas, nas áreas da sociologia, ciência política e, mesmo, no direito administrativo. Essa é, de fato, uma das principais justificativas para o poder normativo das agências reguladoras nos países que as instituíram. Nesse sentido, Gustavo Binenbojm afirma que “o aumento significativo do grau de complexidade das relações econômicas e sociais que vieram a demandar a pronta intervenção e ordenação do Estado passaram a não mais caber dentro da lentidão e generalidade do processo legislativo formal”²¹⁷.

É, portanto, relevante a crítica feita por Francisco Campos já na primeira metade do século XX. Porém, é evidente que existiam outras alternativas além da concentração de poder em uma só pessoa – o Presidente da República – e a escolha do modelo político desenhado na Constituição de 1937 guarda uma relação muito menor com o problema identificado do que com a própria visão de mundo do autor.

Outro pensador a erigir uma defesa do Estado Novo foi o jurista e sociólogo fluminense Francisco José de Oliveira Viana. Esse, sem dúvida, é um dos autores mais

²¹⁵ SANTOS, Rogerio Dultra dos. *Francisco Campos e os Fundamentos do Constitucionalismo Antiliberal no Brasil*. DADOS – Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, Vol. 50, nº 2, p. 281-323, 2007, p. 285.

²¹⁶ SANTOS, Rogerio Dultra dos. *Francisco Campos e os Fundamentos do Constitucionalismo Antiliberal no Brasil*. DADOS – Revista de Ciências Sociais, Rio de Janeiro, Vol. 50, nº 2, p. 281-323, 2007, p. 318.

²¹⁷ BINENBOJM, Gustavo. A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos, Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. Salvador. Março/abril/maio 2008, p. 13.

citados nos estudos historiográficos sobre o período. Oliveira Viana entendia que toda a formação brasileira anterior à independência não preparou o povo para uma experiência democrática ou liberal. Ele afirmava que no modelo produtivo do Brasil colônia – cujas propriedades ele também identificava como feudos, ainda que com características muito diversas dos feudos europeus – não havia outra autoridade que não a do senhor do engenho, possuindo os nossos “feudos”, portanto, um regime claramente autoritário, contrariamente ao que ocorria na Europa, onde existiam, mesmo durante o período feudal, assembleias populares e cortes julgadoras eleitas pelo povo. Asseverava, portanto, que, nas nossas propriedades rurais o regime “era nitidamente autoritário; de modo algum, democrático na sua organização – nenhum traço de estilo liberal. Daí nunca ter ele podido ser uma escola, nem de educação democrática, nem de liberalismo prático – como os feudos do antigo regime europeu”.²¹⁸

Oliveira Viana defendia, ainda, que qualquer reforma política ou social, que importasse “uma mudança de conduta ou alteração do comportamento habitual do povo” necessitaria, primeiramente, considerar as particularidades desse povo. Assim, “o primeiro ponto a esclarecer, a conhecer ou a atender há de ser o exame das condições culturais do povo, a análise das suas tradições vivas, dos seus usos e costumes” disso dependeria o sucesso ou o fracasso da reforma. Viana entendia, ainda, que essa afirmação seria verdadeira “tanto sob um regime liberal de governo, como sob um regime autoritário – de coação”.²¹⁹

É importante destacar, desde já, a contradição no pensamento de Oliveira Viana. Esse autor que, como outros do mesmo período, vai sustentar a possibilidade de uma “democracia autoritária” dentro do Estado Novo, deixa clara – nos trechos acima transcritos – a oposição entre as ideias de democracia e autoritarismo. Perceba-se que ele associa o conceito de democracia com o de liberalismo, o que conduz exatamente à grande dualidade traçada da obra *Instituições Políticas Brasileiras*, que é a existente entre as duas “técnicas” que um Estado pode utilizar para “operar uma alteração de estrutura ou de mentalidade num determinado grupo social”, que são a liberal e a autoritária.²²⁰

Independentemente de existir ou não uma ligação intrínseca entre os conceitos de liberalismo e democracia, o fato é que essa associação apresenta-se completamente incompatível com a possibilidade de uma “democracia autoritária”, especialmente quando as

²¹⁸ VIANA, Francisco José de Oliveira. *Instituições políticas brasileiras*. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 1999, p. 291.

²¹⁹ VIANA, Francisco José de Oliveira. *Instituições políticas brasileiras*. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 1999, p. 420.

²²⁰ VIANA, Francisco José de Oliveira. *Instituições políticas brasileiras*. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 1999, p. 421.

“técnicas” autoritária e liberal são colocadas como formas opostas de viabilizar profundas transformações em uma sociedade, como faz Oliveira Viana.

É importante recordar que muitos viram, no pensamento político de Oliveira Viana, um tipo de “autoritarismo instrumental”. Em outras palavras, as instituições do Estado autoritário, elaboradas e justificadas em diferentes momentos de sua obra, são compreendidas por muitos analistas simplesmente como meios ou instrumentos para a realização de fins liberais ou democráticos. Esses instrumentos teriam, assim, caráter transitório, devendo ser abandonados após a plena realização dos fins aspirados.²²¹

Entretanto, essa interpretação está longe de ser consensual. Ricardo Silva, por exemplo, entende ser bastante difícil sustentar a conclusão de que a democracia liberal é o verdadeiro valor para o qual tende o pensamento político de Oliveira Vianna. Ele afirma, ainda, que aceitar essa “flagrante contradição em termos, que é a noção de ‘democracia autoritária’, substancializada de modo quase exemplar na Constituição de 1937, provavelmente não nos levaria além das inúmeras limitações reinantes nos modelos da democracia liberal”.²²²

Em relação ao conteúdo deste tipo de “democracia” – a autoritária –, Silva entende que é possível afirmar, com base nos textos de Oliveira Viana, que ela nada tem em comum com o conteúdo das diferentes apresentações do modelo democrático liberal, asseverando que “mesmo que nos fixássemos numa definição minimalista e conservadora das características da democracia liberal, seria difícil não constatar sua maior permeabilidade à participação popular”, em comparação com o modelo proposto por Viana.²²³

No mesmo sentido, Rogerio Dultra dos Santos afirma que a “nova democracia” defendida pelo sociólogo fluminense constitui “um claro deslocamento da função democrática, da representação política que se pretende universal, para uma representação de classe, ou seja, para a representação econômica, interessada, dos setores produtivos”. Defende, ainda, que essa redução da importância política do Parlamento vai no sentido contrário aos dos regimes de democracia liberal, “já que se pode apontar, com facilidade, a

²²¹ SILVA, Ricardo. *Liberalismo e democracia na Sociologia Política de Oliveira Vianna*. Revista Sociologias, Porto Alegre, ano 10, nº 20, p. 238-269, jul./dez. 2008, p 240

²²² SILVA, Ricardo. *Liberalismo e democracia na Sociologia Política de Oliveira Vianna*. Revista Sociologias, Porto Alegre, ano 10, nº 20, p. 238-269, jul./dez. 2008, p. 266

²²³ SILVA, Ricardo. *Liberalismo e democracia na Sociologia Política de Oliveira Vianna*. Revista Sociologias, Porto Alegre, ano 10, nº 20, p. 238-269, jul./dez. 2008, p. 258

crítica antiliberal da tradição jurídica alemã como origem direta do posicionamento de Oliveira Vianna”²²⁴.

Vale lembrar, nesse sentido, a total rejeição de Oliveira Viana da representação por meio do voto ou de qualquer forma de participação direta da população na administração da coisa pública. Sustentando esse ponto de vista, ele menciona o exemplo do movimento abolicionista, que assevera ser um dos principais momentos de manifestação da força da opinião pública em nosso país, mas que se deu completamente “fora da manifestação das urnas, independentemente delas”. Conclui, assim, que a democracia “pode perfeitamente realizar-se sem eleições e mesmo sem eleitores. Eleições e eleitores não são coisas principais numa democracia; são meios para atingir um fim”, sendo esse fim a manifestação de uma opinião pública organizada.²²⁵

Necessário ressaltar mais um ponto de contradição apresentado pelo sociólogo fluminense. Ele entende que as eleições são um meio válido para expressar a opinião pública, negando, entretanto, a sua utilidade no Brasil, tendo em vista não haver aqui essa “opinião pública organizada”. Entretanto, cita momentos em que essa opinião organizada – que afirma inexistir em nosso país, se manifestou, como no exemplo do abolicionismo, citado acima. Ora, se as eleições são uma forma válida de expressar a opinião pública e esta se manifesta de outras maneiras no Brasil, por que, então, as eleições constituiriam algo negativo no contexto político nacional?

É claro que se pode afirmar que o problema é a *forma* como ocorriam – e, em alguma medida, ainda ocorrem – as eleições brasileiras. Cabalistas, fósforos, capangas²²⁶ e tantas outras figuras utilizadas para manipular o resultado das eleições ao longo de nossa história tiram boa parte da credibilidade dos resultados obtidos nas urnas – além, é claro, do voto censitário, do “voto de cabresto”, dos “currais eleitorais” etc. Entretanto, se existem formas de direcionamento do resultado dos processos eleitorais, certamente o problema não está na própria existência de eleições, mas sim nos expedientes utilizados para manipulá-las. Visar a eliminação das eleições em razão dos problemas que ocorrem nessas, ao invés de buscar soluções para esses problemas, equivale a querer que, ante a verificação de que existem

²²⁴ SANTOS, Rogerio Dultra dos. *Oliveira Vianna e o Constitucionalismo no Estado Novo: corporativismo e representação política*. Revista Seqüência, n. 61, p. 273-307, dez. 2010, p. 297/299

²²⁵ VIANA, Francisco José de Oliveira. *O idealismo da constituição*. 2a ed. São Paulo: Cia. Nacional, 1939, p. 231/232.

²²⁶ A função de cada uma dessas figuras é explicada no subtítulo referente à Soberania Popular no Império e na República.

inadequações na alimentação da maior parte da população, as pessoas simplesmente parem de comer.

Oliveira Viana inicia o prefácio da obra *O Idealismo da Constituição* afirmando existir um vivo interesse “em torno da velha tese da ‘democracia liberal’ e da nova tese da democracia autoritária”²²⁷. Ele afirma que, das construções legislativas que entende serem democráticas em nosso país – mencionando a Constituição Imperial de 1824, a Constituição Republicana de 1891, à Constituição de 1934, o Código do Processo de 1832 e o Ato Adicional de 1834 – nenhuma delas logrou subsistir em sua “pureza”, asseverando que a causa desse fracasso é que “nenhuma destas construções se assentou sobre bases argamassadas com a argila da nossa realidade viva, da nossa realidade social, da nossa realidade nacional”.²²⁸

O mencionado autor acredita que isso se deve ao já mencionado “idealismo utópico” de grande parte de nossos intelectuais e até mesmo de nossos dirigentes. Esses, entretanto, seriam apenas aparentemente otimistas. Sob “os aspectos vistosos da confiança, do entusiasmo e da fé nos destinos da Pátria” estaria escondido o pessimismo, pois não acreditariam na possibilidade de transformação dos homens pela ação da própria vontade: “são fatalistas a seu modo, fatalistas insubmissos, que não se resignam, como o muçulmano, à fatalidade, mas a iludem, a falseiam, a colorem de idealidades e esperanças”. Conclui Oliveira Viana que “há um século estamos sendo como os fumadores de ópio, no meio de raças ativas, audazes e progressivas”.²²⁹

Viana sustenta que na Europa ou nos Estados Unidos da América, “o problema da democracia concentra-se principalmente na organização do sistema eleitoral e na verdade do voto”, o que, naquele contexto, teria sentido, já que “há ali uma opinião popular poderosa, militante, organizada, segura da sua força e dos seus direitos”. O problema político por excelência é, portanto, o do voto, ou, em outras palavras, o problema das formas de manifestação dessa opinião popular organizada e consciente²³⁰. Todavia, não é o que o referido autor encontra no contexto brasileiro. Aqui, a questão fundamental da organização democrática não podia ser essa – o voto –, mas sim o problema da organização das fontes da

²²⁷ VIANA, Francisco José de Oliveira. *O idealismo da constituição*. 2a ed. São Paulo: Cia. Nacional, 1939, p. 11.

²²⁸ VIANA, Francisco José de Oliveira. *O idealismo da constituição*. 2a ed. São Paulo: Cia. Nacional, 1939, p. 14.

²²⁹ VIANA, Francisco José de Oliveira. *Populações Meridionais do Brasil*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2005, p. 58.

²³⁰ VIANA, Francisco José de Oliveira. *O idealismo da constituição*. 2a ed. São Paulo: Cia. Nacional, 1939, p. 14.

opinião: “Temos que suprir pela ação consciente do indivíduo e do Estado, e até onde for possível, aquilo que a nossa evolução histórica ainda não nos pôde dar: estrutura, organização, consciência coletiva”²³¹.

Desse modo, seria no que Viana chama de “grupos homogeneamente organizados” e não apenas na opinião dos cidadãos agremiados em partidos – que se configurariam enquanto grupos de organização heterogênea – que seriam encontradas as expressões da “vontade geral, que é o fundamento dos regimes democráticos”, conformando, assim, uma “nova orientação democrática”. Essas concepções, como defende o sociólogo fluminense, estariam implícitas na estrutura política desenhada na Constituição de 1937. Assim, a instituição do Conselho da Economia Nacional, de tipo profissional e paritário, potencialmente dotado de poderes legislativos, bem como o estabelecimento da organização corporativa da economia da produção, “tornaram claro que a democracia autoritária, ali instituída (art. 73), busca as suas fontes de opinião, de preferência, nas corporações econômicas: estas é que são o ‘povo’, a que alude o art. 1º”. Afirma, ainda, Oliveira Viana, que essa conclusão estaria confirmada pela dissolução dos partidos, feita posteriormente por uma lei ordinária que demonstrava a nova política do regime: “O sentido da Constituição de 37 é, pois, o da democracia social ou, melhor, da democracia corporativa”.²³²

Vale lembrar que o artigo 73 da Constituição de 1937 – que teria instituído a “democracia autoritária” –, previa, em sua redação original, que “o Presidente da República, autoridade suprema do Estado, coordena a atividade dos órgãos representativos, de grau superior, dirige a política interna e externa, promove ou orienta a política legislativa de interesse nacional, e superintende a administração do País”²³³. Essa é uma clara demonstração de um dos pontos mais relevantes do Estado Novo, que é a centralidade da figura do Presidente da República. Além do já mencionado aspecto justificador, onde o apelo direto do Presidente à opinião pública, através das corporações, seria capaz de caracterizar o regime como “democrático”, esse atributo do regime livrava o Presidente da “dependência humilhante” do Parlamento. Desse modo, a engrenagem mais importante do sistema “não seria mais o Parlamento, mas o Presidente da República, ou seja, substituía-se o antigo

²³¹ VIANA, Francisco José de Oliveira. *O idealismo da constituição*. 2a ed. São Paulo: Cia. Nacional, 1939, p. 15.

²³² VIANA, Francisco José de Oliveira. *O idealismo da constituição*. 2a ed. São Paulo: Cia. Nacional, 1939, p. 215/216.

²³³ Texto disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em 08/07/2023.

princípio do equilíbrio e da separação de poderes pelo chamado primado do Executivo, em que o Presidente é a autoridade suprema do Estado”.²³⁴

Essa é uma das características do texto de 1937 que leva Luciano Aronne de Abreu a afirmar que a chamada *polaca* se caracteriza, na verdade, como uma “não-Constituição”. Ele sustenta que a Constituição de 1937 “reconheceu no Presidente a autoridade suprema do Estado e o colocou acima dela própria, ou seja, ela se constituiu verdadeiramente numa não-Constituição, não emanada de um poder constituinte nem submetida ao plebiscito previsto em seu art. 187”. Ainda que não se possa concluir que essa foi apenas uma norma de fato – limitada apenas pelo poder político que a mantinha, já que constituiu um importante momento de institucionalização do regime – a falta de sustentação político-jurídica da Carta de 1937 é evidente, o que explica o grande esforço de Oliveira Viana e outros intelectuais para tentar justificá-la e legitimá-la, tanto politicamente quanto juridicamente.²³⁵

Uma dessas tentativas, ainda não mencionada, foi a alegação de que o Estado Novo prezava pela busca de conciliação política, contrariamente ao que ocorria nas tradicionais disputas entre as diferentes oligarquias regionais. Os intelectuais do Estado Novo defendiam, assim, que, ao contrário da tradicional conotação negativa que era atribuída ao autoritarismo do Estado Novo, este tinha “algo positivo e adequado à realidade nacional, em contraponto ao que diziam ser o caráter exótico do liberalismo, inspirado em modelos europeus e norte-americanos”.²³⁶

Entretanto, analisando essas afirmações no contexto do Rio Grande do Sul, Abreu afirma que, em que pese o discurso de união nacional do regime e dos intelectuais a ele ligados, “este novo modelo político autoritário não foi capaz de promover a conciliação, propriamente dita, entre os diferentes grupos políticos gaúchos, que se mantiveram polarizados mesmo durante os anos do Estado Novo”. Assevera, assim, que as polarizações regionais não foram superadas pelo regime, o que fez com o que a bandeira de união nacional ficasse embasada, na verdade, apenas em “uma prática política de cooptação e mediação dos interesses dos diferentes grupos políticos, papel este desempenhado pelos intervenientes federais”.²³⁷

²³⁴ ABREU, Luciano Aronne de. *Autoritarismo e Democratismo: uma leitura do Estado Novo*. IX Encontro Estadual de História - Vestígios do Passado: a história e suas fontes, 2008, Porto Alegre, p. 8

²³⁵ ABREU, Luciano Aronne de. *O sentido democrático e corporativo da não-Constituição de 1937*. Revista Estudos Históricos, Rio de Janeiro, vol. 29, nº 58, p. 461-480, maio-agosto 2016, p. 478

²³⁶ ABREU, Luciano Aronne de. Estado Novo: *Autoritarismo e Conciliação Política*. Justiça & História (Impresso), v. 7, p. 113-124, 2010, p. 2.

²³⁷ ABREU, Luciano Aronne de. Estado Novo: *Autoritarismo e Conciliação Política*. Justiça & História (Impresso), v. 7, p. 113-124, 2010, p. 8-9.

Outro elemento apontado por muitos autores ligados ao regime como “fundamento democrático” da Constituição de 1937 diz respeito aos plebiscitos. Entretanto, o recurso ao plebiscito – citado em quatro artigos – devia operar-se por iniciativa do Presidente da República, constituindo sempre uma faculdade desse e não uma obrigação a caracterizar a limitação de seu poder²³⁸. O artigo 5º, por exemplo, prevê que os Estados podem incorporar-se entre si, subdividir-se, ou desmembrar-se para anexar-se a outros, ou formar novos Estados, mediante a aquiescência das respectivas Assembleias Legislativas, em duas sessões, anuais consecutivas, e aprovação do Parlamento. Em seu parágrafo único, estava disposto que “A resolução do Parlamento poderá ser submetida pelo Presidente da República ao plebiscito das populações interessadas”. Já o artigo 187 previa que “Esta Constituição entrará em vigor na sua data e será submetida ao plebiscito nacional na forma regulada em decreto do Presidente da República”. Porém, esse decreto regulando a forma e convocando o plebiscito do artigo 187 jamais foi editado.

Aliás, como lembra Abreu, nenhum desses plebiscitos “jamais foi convocado pelo Presidente da República, sempre se valendo das já citadas prerrogativas do seu poder pessoal que a própria Constituição havia lhe conferido”²³⁹. Percebe-se, portanto, que as previsões relativas a plebiscitos na Constituição de 1937 funcionaram apenas como um elemento de legitimação do regime. É evidente que, em um modelo político que nega a participação popular através da escolha de representantes eleitos, o recurso à tomada de decisão pela população por meio de plebiscitos serve para mostrar que o povo não foi completamente excluído dos processos decisórios. Entretanto, a forma como esses foram inseridos no texto de 1937 deixa claro que nenhuma forma de participação da população nos negócios públicos era realmente desejada.

Em outras palavras, o regime não tinha nada de democrático. Se lembrarmos da etimologia da palavra, um regime democrático é exatamente aquele em que o poder está nas mãos do povo – já que o termo *demos* refere-se a povo e *kratos* significa poder. No Estado Novo, não apenas existiam poucas hipóteses de participação popular como essas hipóteses eram, como dito acima, apresentadas pelo texto constitucional como faculdades do Presidente da República, que poderia ou não convocar um plebiscito para resolver alguma questão. A única previsão que continha algo de impositivo era a do artigo 187, que, mesmo assim,

²³⁸ ABREU, Luciano Aronne de. *O sentido democrático e corporativo da não-Constituição de 1937*. Revista Estudos Históricos, Rio de Janeiro, vol. 29, nº 58, p. 461-480, maio-agosto 2016, p. 476

²³⁹ ABREU, Luciano Aronne de. *O sentido democrático e corporativo da não-Constituição de 1937*. Revista Estudos Históricos, Rio de Janeiro, vol. 29, nº 58, p. 461-480, maio-agosto 2016, p. 478

deixava a cargo do Presidente a edição de um decreto definindo a forma e o momento da convocação do plebiscito.

Todavia, mais importante do que o plano formal é a própria análise do desenrolar dos fatos. Poder-se-ia defender que o regime lembrava, em algum aspecto, uma democracia, se as convocações de plebiscitos tivessem sido frequentes durante o Estado Novo, o que talvez indicasse que – mesmo colocadas sob a forma de faculdades do Presidente – as previsões constitucionais acabaram por se constituir em verdadeira obrigação. Entretanto, a realidade não poderia ter ficado mais distante desse cenário. Nenhum plebiscito foi convocado, nem sequer o mais importante deles – o do artigo 187 – deixando claro a “democracia autoritária” defendida pelos intelectuais ligados ao Estado Novo era, sem dúvida, autoritária, mas certamente não era uma democracia.

Necessário frisar, entretanto, que não se trata aqui de afirmar que a obra de todos os pensadores que deram algum tipo de sustentação ao Estado Novo não tem nenhum valor. Muitos desses tiveram, sem dúvida, grande importância no desenvolvimento das ciências sociais no Brasil. Especialmente no que tange à produção intelectual de Oliveira Viana, é preciso ressaltar que sua noção de que as instituições de um país devem ser compatíveis com a tradição, com os hábitos culturais desse povo coincidem largamente com a linha adotada no presente trabalho. Entretanto, ver que um pensador que demonstra uma profunda compreensão de certos aspectos de nosso desenvolvimento histórico e sociológico adotou uma defesa aberta de um regime autoritário, sendo capaz, ainda, de caracterizar esse mesmo regime como uma “democracia”, mesmo sem eleições ou qualquer outra forma regular de decisão tomada diretamente pela população, é algo bastante revelador.

De fato, isso demonstra o quanto incrustado está o autoritarismo na consciência dos brasileiros e, em especial, em muitos de nossos intelectuais. Esse fenômeno fica claro nos dias atuais, quando vemos a facilidade com que propostas autoritárias se espalham rapidamente pela população – especialmente em períodos de crise – associados a uma evidente idealização de períodos como a ditadura militar, o Estado Novo ou, mesmo, o Império. Não é raro vermos a reprodução de argumentos sem qualquer fundamento histórico, como o de que não havia corrupção na época da ditadura militar ou que a saúde e a educação possuíam ótima qualidade nesse período – quando, na verdade, a educação pública era oferecida a apenas uma pequena parcela da população e não existia um sistema público de saúde. Esses argumentos se estruturam nos mesmos moldes que a defesa do Estado Novo feita pelos seus intelectuais. Frente a problemas reais gerados no contexto social, busca-se uma solução baseada na idealização – presente ou passada – de um regime autoritário, como se não fosse possível

aprimorar as instituições democráticas, adaptando-as para melhor lidar com as dificuldades que se apresentam a qualquer tipo de governo.

Essa característica marcante na intersubjetividade popular brasileira é explicada, muitas vezes, invocando o período de tempo relativamente restrito que tivemos, ao longo de nossa história, sob regimes democráticos. Somado a isso, existe o fato de que todas as grandes questões estruturais de nosso país aparecem com muito mais facilidade e frequência durante os períodos democráticos, exatamente em razão da liberdade de pensamento, de expressão e de imprensa, o que acaba levando muitos a crer que esses problemas estão ligados à própria democracia e não a questões muito mais profundas de nosso desenvolvimento histórico – que passam exatamente pela pouca experiência democrática dos brasileiros.

Fica evidente, portanto, que no período do Estado Novo o significado de *democracia* foi completamente subvertido apenas para legitimar o *status quo*. Como a democracia era – como ainda é – um modelo internacionalmente valorizado, buscou-se travestir o autoritarismo, que é a própria negação da democracia, em democracia, sem uma real preocupação com a viabilidade lógica dessa empreitada. Mais uma vez – como nos casos já explicitados nos subtítulos anteriores – houve a utilização de um conceito sem a real preocupação de que o conteúdo axiológico desse fosse respeitado. O único anseio foi o de legitimar um regime que, mais uma vez, não procurou transformar as estruturas fundamentais de nossa sociedade, baseadas no autoritarismo e na desigualdade social.

A tentativa de caracterizar o Estado Novo enquanto uma *democracia autoritária*, entretanto, talvez seja o caso mais simbólico dessa longa tradição, já que ignorou completamente a razoabilidade na busca por legitimação. Por outro lado, era um regime abertamente autoritário, incorporando fielmente um autoritarismo que sempre esteve representado na nossa sociedade e que continua a estar até os dias atuais. Mantendo as características de nossa tradição, o autoritarismo relacional e a desigualdade social a ele umbilicalmente conectada continuam a se reinventar e a encontrar novas formas de legitimação no Brasil. Em nosso contexto judicial, as duas principais manifestações dessa tradição, atualmente, estão no ativismo judicial e na forma como são aplicados os princípios do garantismo penal.

Todavia, antes de adentrar a análise desses fenômenos, é necessário compreender como se desenvolvem as relações de poder que possibilitam o funcionamento do Poder Judiciário da forma como temos visto nas últimas décadas – especialmente no Brasil – e que permitem uma ampliação de seu espaço de atuação associada à preservação, em grande medida, de uma lógica que se revela frequentemente autoritária.

3.2. O poder relacional

3.2.1 O conceito de poder na obra de Foucault²⁴⁰

Muitas análises equivocadas sobre o funcionamento do Poder Judiciário brasileiro são feitas em função de uma compreensão inadequada do que seria o *poder* ou, mais precisamente, do que seriam as *relações de poder*. Sobre o tema, é imperioso invocar a obra de Michel Foucault. Foucault desenvolve a ideia de um poder relacional²⁴¹, mas esse não seria uma espécie ou uma manifestação do poder e sim a forma do poder. Desse modo, para o referido autor, “não há algo como o ‘poder’ ou ‘do poder’ que existiria globalmente, maciçamente ou em estado difuso, concentrado ou distribuído: só há poder exercido por ‘uns’ sobre os ‘outros’; o poder só existe em ato”. O poder seria, assim, um modo de ação de alguns

²⁴⁰ Michel Foucault foi um dos pensadores mais influentes do século XX. Sua obra, amplamente referenciada ainda nos dias atuais, é frequentemente dividida em três fases. Na primeira, que perdurou até a década de 1960, ele desenvolve o conceito de arqueologia do conhecimento, analisando elementos da filosofia, da literatura e do pensamento em geral. Algumas das principais obras desse período são a *História da Loucura*, *As Palavras e as Coisas* e *A Arqueologia do Saber*. Na segunda fase de sua obra, já nos anos 1970, Foucault preocupa-se com as formas de subjetivação e poder, examinando a evolução das práticas de punição e controle social através do método genealógico. Destacam-se, nesse período, obras como *Vigiar e Punir* e *A Vontade de Saber* – Primeiro volume da *História da Sexualidade*. Por fim, na terceira fase, o autor se concentra em estudos ligados à ética e à moralidade, analisando como essa e o comportamento sexual foram regulados em diversos períodos. Destacam-se, nessa fase, os últimos volumes da *História da Sexualidade*: *O Uso do Prazeres* e *O Cuidado de Si*.

²⁴¹ Necessário frisar, entretanto, que, segundo o próprio autor, o foco de suas pesquisas nunca foi propriamente a questão do poder. De fato, o ponto fica bem sintetizado na seguinte passagem: “Eu gostaria de dizer, antes de mais nada, qual foi o objetivo do meu trabalho nos últimos vinte anos. Não foi analisar o fenômeno do poder nem elaborar os fundamentos de tal análise. Meu objetivo, ao contrário, foi criar uma história dos diferentes modos pelos quais, em nossa cultura, os seres humanos tornaram-se sujeitos. [...] Assim, não é o poder, mas o sujeito, que constitui o tema geral de minha pesquisa. É verdade que me envolvi bastante com a questão do poder. Pareceu-me que, enquanto o sujeito humano é colocado em relações de produção e de significação, é igualmente colocado em relações de poder muito complexas. Ora, pareceu-me que a história e a teoria econômica forneciam um bom instrumento para as relações de produção e que a linguística e a semiótica ofereciam instrumentos para estudar as relações de significação; porém, para as relações de poder, não temos instrumentos de trabalho. O único recurso que temos são os modos de pensar o poder com base nos modelos legais, isto é: o que legitima o poder? Ou então, modos de pensar o poder de acordo com um modelo institucional, isto é: o que é o Estado? Era, portanto, necessário estender as dimensões de uma definição de poder se quiséssemos usá-la ao estudar a objetivação do sujeito.” in FOUCAULT, Michel. *O Sujeito e o poder*. In RABINOW, Paul & DREYFUS, Hubert. *Michel Foucault – uma trajetória filosófica: para além do estruturalismo e da hermenêutica* (pp. 231-249). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, p. 231-232.

sobre outros, ainda que existam, evidentemente, estruturas de caráter permanente onde essas relações se desenvolvem²⁴².

Não devemos, portanto, considerar o poder como um fenômeno massivo e homogêneo de um indivíduo dominando outros ou de um grupo dominando outros, mas, ao invés disso, ter em mente que o poder não é algo que possa ser dividido entre aqueles que o detêm exclusivamente e aqueles que não o possuem e, por isso, estão submetidos. O poder deve ser analisado como algo que circula, que opera em cadeia. Nunca está localizado aqui ou ali e nem está nas mãos de poucos. Jamais é apropriado como riqueza ou como bem. Os indivíduos estão sempre em condições de exercer esse poder e sofrer os seus efeitos; nunca são alvos passivos do poder, são sempre centros de transmissão. Em outras palavras, o poder não se aplica aos indivíduos, mas passa por eles. Não se trata de conceber o indivíduo como uma espécie de núcleo elementar e inerte que o poder atacaria, os subjugando ou desmembrando. Na verdade, o que faz com que um corpo, gestos, discursos e desejos sejam identificados e constituídos como indivíduos é um dos efeitos primários do poder. O indivíduo não é o outro do poder: é um dos seus efeitos primários. O poder transita pelo indivíduo que foi constituído pelas próprias relações de poder. O indivíduo é efeito de poder e simultaneamente, ou pelo próprio fato de ser efeito, seu núcleo de difusão²⁴³.

É um equívoco, portanto, construir uma espécie de dedução do poder que, partindo do centro, procuraria ver até onde se estende para baixo, até atingir os elementos fundamentais da sociedade. Pelo contrário, devemos realizar uma análise do poder de baixo para cima, partindo de mecanismos microscópicos que têm uma história e depois examinar como esses mecanismos de poder foram e ainda são usados, subjugados e transformados por mecanismos e formas cada vez mais gerais de dominação global. Não é a dominação mundial que ressoa para baixo. Devemos analisar a forma como os fenômenos, técnicas e procedimentos de poder atuam nos níveis inferiores; como esses procedimentos mudam e se expandem, mas, sobretudo, como são anexados por fenômenos mais globais. É preciso compreender, em suma, como poderes mais gerais ou lucros econômicos podem ser

²⁴² FOUCAULT, Michel. *O Sujeito e o poder*. In RABINOW, Paul & DREYFUS, Hubert. Michel Foucault – uma trajetória filosófica: para além do estruturalismo e da hermenêutica (pp. 231-249). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, p. 242.

²⁴³ FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Organização de Roberto Machado. 5ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2017, p. 284-285.

integrados no jogo destas tecnologias de poder que são muito menores e relativamente autônomas²⁴⁴.

O que define uma relação de poder é um modo de ação que não opera direta e imediatamente sobre os outros, mas age sobre a ação deles próprios. Uma ação sobre a ação, sobre ações potenciais, atuais, futuras ou presentes. Uma relação de violência age sobre um corpo: ela quebra; ela fecha todas as possibilidades; portanto, não possui outro polo senão o da passividade. Por outro lado, uma relação de poder se articula em torno de dois elementos que são essenciais para ser precisamente uma relação de poder: que o "outro" seja reconhecido e mantido até o fim como sujeito de ação; e que diante da relação de poder se abra todo um campo de respostas e efeitos possíveis. Assim, as relações de poder não operam somente através do uso da violência ou da obtenção de consentimento. Nenhum exercício de poder pode prescindir de um ou de outro, muitas vezes de ambos ao mesmo tempo. No entanto, eles são os instrumentos ou os efeitos, eles não constituem o princípio ou a natureza do poder²⁴⁵.

Ao definirmos o exercício do poder como um modo de ação sobre as ações dos outros incluímos um elemento importante: a liberdade. O poder só é exercido sobre "sujeitos livres" e na medida em que eles são "livres", ou seja, que têm diante de si um campo de possibilidades onde várias condutas podem ocorrer. Onde as condutas estão determinadas, não há relação de poder. Sobre o ponto, Foucault cita um importante exemplo da sua linha interpretativa sobre esse fenômeno. Ele sustenta que a escravidão não é uma relação de poder quando o escravo está, por exemplo, acorrentado, pois, nesse caso, trata-se de uma relação física de coerção. Todavia, existe uma relação de poder quando ele pode se mover e, em última instância, escapar. Portanto, não há uma relação de exclusão entre poder e liberdade, mas sim um jogo muito mais complexo: nesse jogo, a liberdade aparece como condição de existência do poder²⁴⁶.

Se é verdade que no cerne das relações de poder e como condição permanente de sua existência, existe uma espécie de "insubordinação", não existe relação de poder sem resistência. Portanto, toda relação de poder implica, pelo menos virtualmente, uma estratégia

²⁴⁴ FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Organização de Roberto Machado. 5ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2017, p. 285.

²⁴⁵ FOUCAULT, Michel. O Sujeito e o poder. In RABINOW, Paul & DREYFUS, Hubert. Michel Foucault – uma trajetória filosófica: para além do estruturalismo e da hermenêutica (pp. 231-249). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, p. 243.

²⁴⁶ FOUCAULT, Michel. O Sujeito e o poder. In RABINOW, Paul & DREYFUS, Hubert. Michel Foucault – uma trajetória filosófica: para além do estruturalismo e da hermenêutica (pp. 231-249). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, p. 244.

de confronto, sem que necessariamente essas se sobreponham ou que se confundam. Elas constituem uma espécie de limite permanente uma para a outra, um ponto de possível reversão. Uma relação de confronto encontra seu momento final com a vitória de um dos dois adversários, quando, no jogo de reações antagônicas, os mecanismos estáveis substituem aqueles pelos quais alguém pode consistentemente e com bastante certeza guiar o comportamento dos outros. Para uma relação de confronto, desde que não seja uma luta até a morte, o estabelecimento de uma relação de poder é um ponto focal e, inversamente, para uma relação de poder, a estratégia de confronto também constitui um limite: aquele em que a indução calculada do comportamento dos outros não pode mais ir além da resposta à sua própria ação. Em razão da impossibilidade de existência de relações de poder sem pontos de insubordinação que, por definição, lhe escapem, qualquer intensificação ou expansão das relações de poder para subjugar só pode levar aos limites do exercício do poder. Ele então encontra seu limite ou em um tipo de ação que reduz o outro à impotência total ou na reviravolta daqueles que governa e sua transformação em adversários. Em outras palavras, toda estratégia de confronto busca se tornar uma relação de poder e toda relação de poder tende a se tornar uma estratégia vencedora, seguindo seu próprio desenvolvimento ou ao se confrontar com uma forte resistência²⁴⁷.

Trata-se, assim, de uma microfísica do poder direcionada por aparelhos e instituições, mas a área da sua ação situa-se de alguma forma entre estes grandes mecanismos e os próprios corpos. O estudo desta microfísica sugere que o poder que ela exerce se dá como uma estratégia, que os seus efeitos dominantes não estão relacionados com a "apropriação", mas com operações, táticas e técnicas que deveriam antes revelar uma rede de relações, sempre tensas, em vez de um privilégio que possa ser mantido; que deveria ser considerada mais como uma batalha perpétua do que como uma conquista. Devemos, portanto, reconhecer que este poder existe mais como uma ação do que como uma posse, que não representa um "privilégio" adquirido ou retido pela classe dominante, mas é o efeito geral das suas posições estratégicas, um efeito que se manifesta e, por vezes, é reforçado pela posição daqueles que estão dominados²⁴⁸.

3.2.2 O poder no Estado moderno

²⁴⁷ FOUCAULT, Michel. *O Sujeito e o poder*. In RABINOW, Paul & DREYFUS, Hubert. Michel Foucault – uma trajetória filosófica: para além do estruturalismo e da hermenêutica (pp. 231-249). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, p. 248.

²⁴⁸ FOUCAULT, Michel. *Suveiller et punir: Naissance de la prison*. Paris: Éditions Gallimard, 1975, p.31.

Ainda que o aspecto principal da análise proposta nesse momento seja a compatibilidade dos conceitos apresentados por Foucault com um estudo da pós-modernidade, não há como falar em poder no Estado moderno sem tecer alguns comentários sobre a visão hobbesiana de poder. Como nos lembra Teixeira, há relativo consenso no sentido de que Hobbes inaugura a tentativa moderna mais profunda de desvinculação entre o conceito de poder político e a legitimação transcendental do poder divino, especialmente através de sua distinção entre o poder original – ou natural – e o poder instrumental²⁴⁹.

O poder natural seria resultante de características físicas ou intelectuais de cada indivíduo, como a força, beleza, prudência, capacidade, eloquência. Já o poder instrumental seria um conjunto de características que se adquire através do uso do poder natural ou pelo acaso, como a riqueza, a reputação e a amizade. É interessante notar, entretanto, que, para Hobbes, “o maior dos poderes humanos é aquele que é composto pelos poderes da maioria dos homens, unidos por consentimento numa só pessoa, natural ou civil, que tem o uso de todos os poderes deles na dependência da sua vontade; é o caso do poder de uma república”²⁵⁰. Ainda que as concepções apresentadas por Hobbes possam parecer embrionárias se comparadas às reflexões feitas por autores mais modernos, elas foram essenciais para o desenvolvimento de noções fundamentais sobre o Estado. Muitas das críticas elaboradas por autores como Bourdieu ou Foucault são, portanto, profundamente dependentes desses conceitos.

O questionamento a ser colocado, desse modo, seria relativo à possibilidade de utilização das ideias de Foucault em uma análise sobre a crise da modernidade, dentro de um debate, como aqui é proposto, sobre o momento atual, sendo este visto como uma exacerbação e não como uma superação daquela. Ora, se o poder relacional, na obra de Foucault, não diz respeito a uma manifestação específica do poder, mas sim à sua forma, então esse conceito poderia ser aplicado a períodos históricos que não guardam nenhuma relação com a modernidade.

De fato, não há dúvida de que as definições construídas por esse autor no que tange às relações de poder não estão encarceradas em um determinado período histórico. Entretanto, também é certo que grande parte da pesquisa feita por ele diz respeito a instituições essencialmente modernas. Em outras palavras, podemos dizer que a análise feita por Foucault

²⁴⁹ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Constitucionalismo transnacional: história, ontologia, epistemologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2025, p. 134.

²⁵⁰ HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Martins Fontes: 2003, p. 76.

sobre como se estruturam as relações de poder na sociedade tem como principal objeto as relações de poder no período do Estado moderno, já que, nesse momento, elas assumem uma feição completamente diferente daquela que tinham até então. Ele afirma, de fato, ao traçar uma relação entre o poder e a verdade, que inexiste exercício do poder sem certa economia dos discursos de verdade. Nós seríamos, assim, submetidos pelo poder à produção da verdade e só poderíamos exercê-lo através da produção da verdade, bem como que “isso vale para qualquer sociedade, mas creio que na nossa as relações entre poder, direito e verdade se organizam de uma maneira especial”. Dito de outro modo, Foucault não afirma que as relações de poder possuem as características acima expostas apenas na modernidade, mas claramente centra a sua análise nesse período, asseverando que – no que concerne às relações entre poder, direito e verdade – para caracterizar sua intensidade e constância, somos obrigados pelo poder a produzir a verdade, bem como somos condenados a confessar a verdade ou a encontrá-la²⁵¹.

Não é sem razão que o autor traça um paralelo entre o Estado moderno e as características do antigo poder pastoral. Ele sustenta, de fato, que é necessário distinguir dois aspectos do poder pastoral, sendo um a própria institucionalização eclesiástica, que perdeu sua força desde o século XVIII, e o outro a sua função, que se ampliou e se multiplicou fora da instituição eclesiástica. Ele conclui, assim, que “de certa forma, podemos considerar o Estado como a matriz moderna da individualização ou uma nova forma do poder pastoral”²⁵².

De fato, antes do desenvolvimento do Estado moderno, as instâncias seculares exerciam um controle muito menos extenso sobre a vida dos indivíduos. A instituição que buscava conduzir uma imensa variedade de aspectos do cotidiano das pessoas, no mundo ocidental, era a Igreja. Daí o paralelo realizado entre a natureza do poder pastoral e a estruturação do poder nas sociedades modernas: cada vez mais é o Estado que vai estruturar, qualificar e medir os comportamentos através de suas mais variadas instituições – dentro sistema de ensino, do sistema penitenciário, do sistema de saúde, dentre outros.

Foucault chega mesmo a falar de um “duplo constrangimento” político, que é a “simultânea individualização e totalização própria às estruturas do poder moderno”. Prossegue, ainda, asseverando que:

²⁵¹ FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Organização de Roberto Machado. 5ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2017, p. 279.

²⁵² FOUCAULT, Michel. O Sujeito e o poder. In RABINOW, Paul & DREYFUS, Hubert. Michel Foucault – uma trajetória filosófica: para além do estruturalismo e da hermenêutica (pp. 231-249). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, p. 237.

A conclusão seria que o problema político, ético, social e filosófico de nossos dias não consiste em tentar liberar o indivíduo do Estado nem das instituições do Estado, porém nos liberarmos tanto do Estado quanto do tipo de individualização que a ele se liga. Temos que promover novas formas de subjetividade através da recusa deste tipo de individualidade que nos foi imposto há vários séculos.²⁵³

Ele assevera, ainda, que as lutas contra as formas de sujeição estão se tornando cada vez mais importantes²⁵⁴, ainda que aquelas contra as formas de dominação e exploração estejam longe de desaparecer. Mesmo que não seja a primeira vez que a nossa sociedade enfrentou esse tipo de luta – contra a sujeição – já que todos os movimentos dos séculos XV e XVI, que tiveram a Reforma como sua expressão máxima, buscavam, em alguma medida, uma nova subjetividade, para Foucault, a razão pela qual este tipo de luta tende a prevalecer deve-se ao fato de que, desde o século XVI, uma nova forma política de poder se desenvolveu de modo contínuo e “esta nova estrutura política, como todos sabem, é o Estado. Porém, na maior parte do tempo, o Estado é considerado um tipo de poder político que ignora os indivíduos, ocupando-se apenas com os interesses da totalidade”²⁵⁵.

De fato, as formas de institucionalização das relações de poder envolvem disposições tradicionais, estruturas jurídicas, fenômenos de hábito ou moda. Podem, ainda adotar a forma de um dispositivo fechado em si mesmo, com seus locais específicos, regulamentos próprios, estruturas hierárquicas cuidadosamente delineadas e uma relativa autonomia funcional, ou mesmo constituir sistemas muito complexos com múltiplos aparelhos, como no caso do Estado, cuja função é estabelecer a estrutura geral e, em certa medida, a distribuição de todas as relações de poder em uma sociedade dada. Que o Estado nas sociedades contemporâneas não seja simplesmente uma das formas ou um dos lugares – mesmo que seja o mais

²⁵³ FOUCAULT, Michel. *O Sujeito e o poder*. In RABINOW, Paul & DREYFUS, Hubert. *Michel Foucault – uma trajetória filosófica: para além do estruturalismo e da hermenêutica* (pp. 231-249). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, p. 239.

²⁵⁴ Foucault lembra que “geralmente, pode-se dizer que existem três tipos de lutas: contra as formas de dominação (étnica, social e religiosa); contra as formas de exploração que separam os indivíduos daquilo que eles produzem; ou contra aquilo que liga o indivíduo a si mesmo e o submete, deste modo, aos outros (lutas contra a sujeição, contra as formas de subjetivação e submissão). Acredito que na história podemos encontrar muitos exemplos destes três tipos de lutas sociais, isoladas umas das outras ou misturadas entre si. Porém, mesmo quando estão misturadas, uma delas, na maior parte do tempo, prevalece.” in FOUCAULT, Michel. *O Sujeito e o poder*. In RABINOW, Paul & DREYFUS, Hubert. *Michel Foucault – uma trajetória filosófica: para além do estruturalismo e da hermenêutica* (pp. 231-249). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, p. 235.

²⁵⁵ FOUCAULT, Michel. *O Sujeito e o poder*. In RABINOW, Paul & DREYFUS, Hubert. *Michel Foucault – uma trajetória filosófica: para além do estruturalismo e da hermenêutica* (pp. 231-249). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, p. 236.

importante – de exercício do poder, mas que de certa forma todos os outros tipos de relações de poder se relacionem com ele, é um fato inegável. No entanto, isso não ocorre porque todos derivem exclusivamente dele. É, na verdade, porque houve um processo contínuo de estatização das relações de poder (embora não tenha assumido a mesma forma nos campos educacional, judicial, econômico e familiar). Pode-se dizer que as relações de poder foram progressivamente racionalizadas e centralizadas na forma ou sob a supervisão das instituições estatais²⁵⁶.

3.3.3 O biopoder

Outro elemento a reforçar a conexão da conceituação desenvolvida por Foucault com o Estado moderno é o conceito de biopoder. Longe de identificar uma categoria apartada das noções até aqui exploradas sobre o poder, a ideia de biopoder identifica justamente a feição assumida pelo poder no modelo de sociedade disciplinar que se desenvolveu durante a modernidade. Assim, a “velha potência da morte em que se simbolizava o poder soberano é agora, cuidadosamente, recoberta pela administração dos corpos e pela gestão calculista da vida”, na medida em que “observações econômicas, dos problemas de natalidade, longevidade, saúde pública, habitação e migração; explosão, portanto, de técnicas diversas e numerosas para obterem a sujeição dos corpos e o controle das populações. Abre-se, assim, a era de um biopoder”.²⁵⁷

Este biopoder foi, de acordo com Foucault, elemento essencial ao desenvolvimento do capitalismo. Esse exigiu não apenas a inserção controlada dos corpos no aparelho de produção e um ajustamento dos fenômenos de população aos processos econômicos, mas também o crescimento de sua utilizabilidade e sua docilidade. Foram necessários, desse modo, métodos de poder capazes de majorar as forças e as aptidões, mas sem torná-las mais difíceis de sujeitar. Assim, se o desenvolvimento dos grandes aparelhos de Estado como instituições de poder garantiu a manutenção das relações de produção, os rudimentos de biopolítica, inventados no século XVIII como técnicas de poder presentes em todos os níveis do corpo social, agiram no nível dos processos econômicos, bem como das forças que estão em ação em tais processos, e deram sustentação a esses. O ajustamento da acumulação dos

²⁵⁶ FOUCAULT, Michel. *O Sujeito e o poder*. In RABINOW, Paul & DREYFUS, Hubert. *Michel Foucault – uma trajetória filosófica: para além do estruturalismo e da hermenêutica* (pp. 231-249). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995, p. 246-247.

²⁵⁷ FOUCAULT, Michel. *Histoire de la sexualité I. La volonté de savoir*. Paris: Éditions Gallimard, 1976, p. 184.

homens à do capital, bem como “a articulação do crescimento dos grupos humanos à expansão das forças produtivas e a repartição diferencial do lucro, foram, em parte, tornados possíveis pelo exercício do biopoder com suas formas e procedimentos múltiplos”²⁵⁸.

O aspecto mais relevante da noção de biopoder é, entretanto, o que Foucault identifica como “a entrada da vida na história” no campo das técnicas políticas, ou seja, a compreensão e utilização dos fenômenos próprios à vida da espécie humana na ordem do saber e do poder. Não se está a afirmar, evidentemente, que aquele foi o primeiro contato da vida com a história. Pelo contrário, a pressão biológica sobre a história sempre foi extremamente forte; a epidemia e a fome constituíam as duas grandes formas dramáticas desta relação, que estava, portanto, sob o signo da morte. Porém, o desenvolvimento do conhecimento sobre a vida em geral, o aprimoramento das técnicas agrícolas, das observações e das medidas voltadas à vida e à sobrevivência dos homens, levaram a um relaxamento: um relativo controle sobre a vida afastou algumas das consequências imediatas da morte. Nessa nova perspectiva, os processos da vida são levados em conta por procedimentos de poder e de conhecimento que tentam controlá-los e modificá-los. Assim, “pela primeira vez na história, sem dúvida, o biológico reflete-se no político; o fato de viver não é mais esse sustentáculo inacessível que só emerge de tempos em tempos, no acaso da morte e de sua fatalidade”. Ele cai, pelo menos parcialmente, no campo de controle do saber e de intervenção do poder. Este não se relaciona apenas com sujeitos sobre os quais seu último acesso é a morte, mas com seres vivos, e a força que poderá exercer sobre eles deverá situar-se no nível da própria vida. É justamente o fato do poder encarregar-se da vida, muito mais do que a ameaça da morte, que lhe possibilita o acesso ao corpo.²⁵⁹

Uma outra consequência do desenvolvimento desse biopoder, fundamental dentro de qualquer estudo jurídico, é a importância crescente assumida pela atuação da norma dentro do sistema jurídico da lei. A lei não pode deixar de estar armada, e a sua arma definitiva é a morte; a quem a transgride, responde, pelo menos como último recurso, com essa ameaça. Mas um poder encarregado de assumir o comando da vida necessitará de mecanismos contínuos, reguladores e corretivos. Não se trata mais de colocar a morte em ação no campo da soberania, mas de distribuir os vivos num domínio de valor e utilidade. A lei funciona cada vez mais como norma e a instituição judicial integra-se cada vez mais num contínuo de

²⁵⁸ FOUCAULT, Michel. *Histoire de la sexualité I. La volonté de savoir*. Paris: Éditions Gallimard, 1976, p. 185-186.

²⁵⁹ FOUCAULT, Michel. *Histoire de la sexualité I. La volonté de savoir*. Paris: Éditions Gallimard, 1976, p. 186-188.

aparelhos cujas funções são principalmente reguladoras. Uma sociedade normalizadora é o efeito histórico de uma tecnologia de poder centrada na vida. Em relação às sociedades que conhecemos até ao século XVIII, estamos numa fase de regressão jurídica; as Constituições escritas em todo o mundo desde a Revolução Francesa, os Códigos elaborados e reformados, toda uma atividade legislativa contínua não nos devem enganar: são formas que tornam aceitável esse poder essencialmente normalizador.²⁶⁰

Resta claro, portanto, que as estruturas sobre as quais desenvolvem-se as relações de poder que foram analisadas por Foucault dizem respeito, em grande parte, ao Estado moderno. Demonstrado esse ponto, é também fundamental recordar a estreita ligação da pesquisa levada a cabo pelo pensador francês com o campo do direito, não apenas pela relevância que tem esse fato para a presente pesquisa, mas também em razão da ligação umbilical que o direito possui com as estruturas de poder e também com o Estado moderno²⁶¹.

Ele afirma que o sistema jurídico e o campo judicial são canais permanentes de relações de dominação e técnicas polimorfas de submissão. O direito deve, portanto, ser visto como um procedimento de sujeição que ele desencadeia e não como uma legitimidade a ser estabelecida. Nesse contexto, não se trata de analisar as formas reguladoras e legítimas do poder que estão no seu centro, em termos dos seus mecanismos gerais e dos seus efeitos constantes. Pelo contrário, trata-se de tomar o poder nas suas extremidades, nas suas últimas ramificações, onde se torna capilar; capturar o poder nas suas formas e instituições mais regionais e locais, em particular no ponto em que, indo além das regras de direito que o organizam e delimitam, ele se estende e penetra nas instituições, materializando-se em técnicas e instrumentos de intervenção, por vezes até violentos²⁶².

Assim, é necessário estudar o poder onde a sua intenção, se é que existe, é totalmente traduzida em práticas reais; estudar o poder pelo seu lado externo, onde ele está diretamente relacionado com a sua finalidade ou campo de aplicação. Portanto, não perguntar por que alguns querem dominar, o que procuram e qual a sua estratégia geral, mas como funcionam as

²⁶⁰ FOUCAULT, Michel. *Histoire de la sexualité I. La volonté de savoir*. Paris: Éditions Gallimard, 1976, p. 189-190.

²⁶¹ Inúmeras são as passagens onde isso fica claro na obra de Foucault. Podemos citar exemplificativamente, o seguinte trecho: “O que tentei investigar, de 1970 até agora, *grosso modo*, foi o *como* do poder; tentei discernir os mecanismos existentes entre dois pontos de referência, dois limites: por um lado, as regras do direito que delimitam formalmente o poder e, por outro, os efeitos de verdade que esse poder produz, transmite e que, por sua vez, reproduzem-no. Um triângulo, portanto: poder, direito e verdade”. In FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Organização de Roberto Machado. 5ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2017, p. 278.

²⁶² FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Organização de Roberto Machado. 5ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2017, p. 282.

coisas ao nível do processo de subordinação ou dos processos contínuos e intermináveis que controlam os comportamentos. Ou seja, perguntar como os sujeitos se formaram em pequenos passos, de forma gradual, a partir da diversidade de forças, desejos, pensamentos e assim por diante. Capturar o lado material da sujeição como formação de sujeitos, precisamente o oposto do que, muitas vezes, fazem os juristas que perguntam como, a partir da diversidade de indivíduos e vontades, pode ser formado um único corpo soberano. Desse modo, é fundamental explorar os corpos periféricos e múltiplos, corpos moldados como sujeitos pela influência do poder, ao invés de formular o problema da alma central²⁶³.

De fato, uma de suas obras mais conhecidas, *Vigiar e Punir*, tem como objetivo, segundo o próprio autor, traçar um histórico de um novo poder de julgar, uma “genealogia do atual complexo científico-judiciário onde o poder de punir se apoia, recebe suas justificações e suas regras, estende seus efeitos e mascara sua exorbitante singularidade”. Ele explica que, nos séculos XVIII e XIX, iniciou-se um processo através do qual os juízes passaram a julgar algo diferente de crimes. Esse poder – o de julgar – foi parcialmente transferido para outras autoridades que não os juízes criminais, como peritos e funcionários da administração penitenciária. Entretanto, a peculiaridade da justiça criminal moderna é que seus elementos extrajurídicos não foram incluídos para que pudessem ser qualificados juridicamente e gradativamente incluídos no estrito poder de punir, mas, pelo contrário, para que pudessem funcionar no processo penal como elementos extrajudiciais. Isso foi feito para evitar que a condenação fosse uma punição puramente legal; ou seja, para libertar o juiz do papel daquele que apenas pune²⁶⁴.

Essa transformação do aparelho judiciário não se deu, naturalmente, fora de um contexto, mas sim dentro da lógica do desenvolvimento do poder disciplinar. A disciplina “produz” indivíduos, representando uma técnica específica de poder que percebe simultaneamente os indivíduos como objetos e como meios para sua implementação. Não é um poder triunfante que pode contar com o seu próprio excesso, mas sim um poder modesto, que funciona através de uma economia calculada, mas constante. Por seu turno, o “aparelho judiciário não escapará a essa invasão, mal secreta. O sucesso do poder disciplinar se deve, sem dúvida, ao uso de instrumentos simples: o olhar hierárquico, a sanção normalizadora e sua combinação num procedimento que lhe é específico, o exame”²⁶⁵.

²⁶³ FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*. Organização de Roberto Machado. 5ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2017, p. 283-284.

²⁶⁴ FOUCAULT, Michel. *Suveiller et punir: Naissance de la prison*. Paris: Éditions Gallimard, 1975, p.27.

²⁶⁵ FOUCAULT, Michel. *Suveiller et punir: Naissance de la prison*. Paris: Éditions Gallimard, 1975, p.172-173.

É a questão do olhar, da vigilância, que mais nos interessa nesse momento. De acordo com Foucault, a extensão que a vigilância hierarquizada alcançou desde o século XVIII deve-se ao fato de que é graças a ela que o poder disciplinar tornou-se uma espécie de “sistema integrado”, não apenas por fazer parte de uma série de interações sociais mas também por ter uma distribuição temporal muito mais elástica. É isso que:

[...] permite ao poder disciplinar ser absolutamente indiscreto, pois está em toda parte e sempre alerta, pois em princípio não deixa nenhuma parte às escuras e controla continuamente os mesmos que estão encarregados de controlar; e absolutamente “discreto”, pois funciona permanentemente e em grande parte em silêncio. A disciplina faz “funcionar” um poder relacional que se auto-sustenta por seus próprios mecanismos e substitui o brilho das manifestações pelo jogo ininterrupto dos olhares calculados. Graças às técnicas de vigilância, a “física” do poder, o domínio sobre o corpo se efetuam segundo as leis da ótica e de mecânica, segundo um jogo de espaços, de linhas, de telas, de feixes, de graus, e sem recurso, pelo menos em princípio, ao excesso, à força, à violência. [...]²⁶⁶

Substituir, assim, o poder que se manifesta pelo brilho de quem o exerce por um poder que se dirige de maneira sub-reptícia àqueles a quem é exercido; formar um saber a respeito desses em vez de exibir sinais exuberantes de soberania. Em suma, as disciplinas são um conjunto de pequenas invenções técnicas que permitiram reduzir as desvantagens do poder que, precisamente para tornar úteis as massas, deve controlá-las: “Se a decolagem econômica do Ocidente começou com os processos que permitiram a acumulação do capital, pode-se dizer, talvez, que os métodos para gerir a acumulação dos homens permitiram uma decolagem política em relação a formas de poder tradicionais”²⁶⁷.

É invocado, como figura arquitetônica dessa composição, o Pan-óptico, ou Panóptico, de Jeremy Bentham. Esse é um termo utilizado para designar um tipo de prisão ideal, concebida pelo pensador inglês ainda no século XVIII, que permite a um vigilante

²⁶⁶ No original: [...] permet au pouvoir disciplinaire d'être à la fois absolument indiscret, puisqu'il est partout et toujours en éveil, qu'il ne laisse en principe aucune zone d'ombre et qu'il contrôle sans cesse ceux-là mêmes qui sont chargés de contrôler; et absolument « discret », car il fonctionne en permanence et pour une bonne part en silence. La discipline fait « marcher » un pouvoir relationnel qui se soutient lui-même par ses propres mécanismes et qui, à l'éclat des manifestations, substitue le jeu ininterrompu de regards calculés. Grâce aux techniques de surveillance, la « physique » du pouvoir, la prise sur le corps s'effectuent selon les lois de l'optique et de la mécanique, selon tout un jeu d'espaces, de lignes, d'écrans, de faisceaux, de degrés, et sans recours, en principe au moins, à l'excès, à la force, à la violence.[...]. In FOUCAULT, Michel. *Suveiller et punir: Naissance de la prison*. Paris: Éditions Gallimard, 1975, p.179.

²⁶⁷ FOUCAULT, Michel. *Suveiller et punir: Naissance de la prison*. Paris: Éditions Gallimard, 1975, p.222.

observar todos os prisioneiros, sem que estes possam saber se estão ou não sendo observados. Em linhas gerais, o modelo original²⁶⁸ incluía uma estrutura circular no centro de um edifício com o mesmo formato, dividida em compartimentos, cada um com uma janela voltada para o exterior, para entrada de luz, e uma porta gradeada no sentido do pátio e da torre de observação. Os ocupantes das celas estariam isolados uns dos outros por paredes e sujeitos à vigilância coletiva e individual por um observador localizado na torre, que ficaria sempre oculto.

Foucault enxerga nesse conceito uma alegoria para uma estrutura capaz de fabricar efeitos homogêneos de poder, onde uma “sujeição real nasce mecanicamente de uma relação fictícia”. Assim, não seria mais necessária, pelo menos em regra, a utilização da força, da coerção física, para “obrigar o condenado ao bom comportamento, o louco à calma, o operário ao trabalho, o escolar à aplicação, o doente à observância das receitas”²⁶⁹.

3.2.4 Diferentes concepções sobre o poder: consolidação dos aspectos essenciais

Ainda que as concepções de Foucault sobre o poder tenham tido um impacto ímpar nas ciências sociais como um todo, é evidente que outros autores apresentaram concepções divergentes. Pierre Bourdieu, por exemplo, chegou a afirmar que vivíamos um momento em que se via o poder por toda a parte, como em outros tempos não se queria reconhecê-lo nas situações em que ele saltava aos olhos. Não deveríamos, segundo ele, fazer do poder um “círculo cujo centro está em toda a parte e em parte alguma”, sob pena de o dissolver, ou seja, de impossibilitar a compreensão de elementos que lhe são essenciais. Seria necessário saber descobri-lo onde ele se deixa ver menos, onde ele é quase que completamente ignorado. Para

²⁶⁸ É importante ressaltar que os escritos de Jeremy Bentham sobre o Panóptico são formados, essencialmente, pelas Cartas e por dois Pós-escritos. A edição citada inclui apenas a tradução, diretamente do inglês, das Cartas. Sobre essas, Bentham informa, no prefácio da obra, que “As cartas que compõem o corpo deste tratado foram escritas em Crecheff, na Rússia, e dali enviadas à Inglaterra no ano de 1787, aproximadamente na mesma época que A defesa da usura. Elas foram endereçadas a uma pessoa particular, tendo em vista um estabelecimento particular (sobre o qual fui informado por intermédio de um jornal inglês), então sob consideração, sem qualquer intenção imediata ou muito determinada devê-las publicadas. Se elas agora vêm à luz por intermédio da imprensa irlandesa é porque a atenção do público da Irlanda tinha sido atraída pela observação feita, há não muito tempo, pelo Ministro do Tesouro, de que havia uma disposição, por parte daquele governo, de fazer um teste do sistema penitenciário. Elas são impressas tais como foram inicialmente escritas, sem qualquer outra alteração que não a supressão de algumas passagens sem importância e o acréscimo de um Pós-escrito apresentando novas ideias, que são o fruto de um exame mais detalhado e crítico, feito tendo em vista, principalmente, o estabelecimento particular antes mencionado, e auxiliado por informações e conselhos profissionais.” In BENTHAM, Jeremy. *O Panóptico*. Org. Tomaz Tadeu. 3ª ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2019.

²⁶⁹ FOUCAULT, Michel. *Suveiller et punir: Naissance de la prison*. Paris: Éditions Gallimard, 1975, p.204.

Bourdieu, o poder simbólico seria esse poder invisível, o qual só pode ser exercido com a cumplicidade daqueles que não querem saber que lhe estão sujeitos ou mesmo que o exercem²⁷⁰.

As relações de comunicação seriam, portanto, sempre relações de poder que dependem do poder material ou simbólico acumulado pelos agentes ou pelas instituições envolvidas nessas relações. Além disso, os sistemas simbólicos, enquanto instrumentos estruturados e estruturantes de comunicação e de conhecimento, cumprem uma função política de meios de imposição ou de legitimação da dominação, que contribuem para assegurar a dominação de uma classe sobre outra dando o reforço da sua própria força às relações que as fundamentam. Assim, as estruturas e as funções mais específicas das ideologias estão conectadas às condições sociais da sua produção e da sua circulação, sendo sempre duplamente determinadas. Elas devem as suas principais características não só aos interesses das classes – ou das fracções de classe – que elas representam, mas também aos interesses específicos daqueles que as produzem e à lógica particular do seu campo de produção. Bourdieu afirma, portanto, ser essencial evitar a drástica redução dos produtos ideológicos aos interesses das classes que eles servem, sem, por outro lado, cair na ilusão idealista que consiste em tratar as produções ideológicas como totalidades autossuficientes e autogeradas, passíveis de uma análise puramente interna²⁷¹.

O efeito propriamente ideológico consiste, desse modo, precisamente na imposição de sistemas de classificação políticos sob a aparência legítima de classificações filosóficas, religiosas, jurídicas, etc. Os sistemas simbólicos devem a sua força ao fato de as relações de força que neles se exprimem só se manifestarem neles na forma irreconhecível de relações de sentido. O poder simbólico como poder de fazer ver e crer, de confirmar ou de transformar a visão do mundo e, deste modo, a ação sobre o próprio mundo, como “poder quase mágico que permite obter o equivalente daquilo que é obtido pela força (física ou econômica)”, só se exerce se for reconhecido como legítimo. Assim, o poder simbólico é uma forma transformada, ao mesmo tempo irreconhecível e legitimada, das outras formas de poder. Ele só se pode ir além dos modelos que descrevem as relações sociais como relações de força e daqueles modelos que fazem delas relações de comunicação se forem adequadamente descritas as formas através das quais as diferentes espécies de capital se transformam em capital simbólico e, em especial, o trabalho de dissimulação, de eufemização, que garante uma

²⁷⁰ BOURDIEU, Pierre. *Langage e pouvoir symbolique*. Paris: Editions du Seuil, 2001, p. 201-202.

²⁷¹ BOURDIEU, Pierre. *Langage e pouvoir symbolique*. Paris: Editions du Seuil, 2001, p. 206-208.

verdadeira transubstanciação das relações de força, transformando-as em poder simbólico, capaz de produzir efeitos reais sem dispêndio, ao menos aparente, de energia²⁷².

Necessário recordar, nesse ponto, a consistente crítica que Jean Baudrillard, em *Oublier Foucault*, tece às formulações construídas esse autor. Primeiramente, é importante perceber que as objeções feitas por Baudrillard não podem ser compreendidas fora do contexto da construção teórica erigida por esse autor²⁷³. Além disso, muitas dessas objeções são voltadas especificamente às ideias apresentadas por Foucault no primeiro volume da *História da Sexualidade*, intitulado *A vontade de saber*, publicado pouco tempo antes – algumas das quais Baudrillard considera não serem coerentes com a construção teórica já estabelecida, naquele momento, pelo próprio Foucault.

Entretanto, há, indubitavelmente, em *Oublier Foucault*, uma crítica de Baudrillard à própria visão de daquele autor sobre o funcionamento das relações de poder dentro da sociedade. Especificamente sobre *Vigiar e Punir*, Baudrillard afirma que:

O mesmo acontece com *Vigiar e Punir*, com a sua teoria da disciplina, do panóptico e da transparência. Teoria magistral, mas desatualizada. Esta teoria do controle através da objetificação do olhar, mesmo pulverizado em microdispositivos, está superada. Estamos, sem dúvida, tão longe da estratégia de transparência no dispositivo de simulação como poderia estar da operação imediata e simbólica da tortura descrita pelo próprio Foucault. Aqui novamente falta uma espiral, aquela diante da qual, estranhamente, Foucault pára no limiar de uma revolução atual do sistema que ele nunca quis atravessar²⁷⁴.

O trecho citado é importante por várias razões. Primeiramente, pelos adjetivos utilizados por Baudrillard. De fato, ele reconhece a importância da teoria enunciada por Foucault, classificando-a como *magistral*. Logo em seguida, pondera que ela estaria desatualizada, ultrapassada. Assim, longe de defender que a formatação das relações de poder

²⁷² BOURDIEU, Pierre. *Langage e pouvoir symbolique*. Paris: Editions du Seuil, 2001, p. 210-211.

²⁷³ A ausência de contextualização leva alguns autores, como David Halperin, a sustentar que as críticas de Baudrillard à obra de Foucault têm origem em uma espécie de moralismo. Esse ponto de vista fica muito claro no texto HALPERIN, David. *Oublier Foucault. Mode d'emploi*, traduit de l'américain par Isabelle Châtelet, Paris, EPEL, 2004.

²⁷⁴ No original: "De même pour surveiller et punir, avec sa théorie de la discipline, du panoptique et de la transparence. Théorie magistrale, mais révolue. Cette théorie du contrôle par l'objection du regard, même pulvérisée dans des dispositifs micro, est révolue. Nous sommes sans doute aussi loin de la stratégie de la transparence dans le dispositif de la simulation que celle-ci pouvait l'être de l'opération immédiate et symbolique du supplice décrit par Foucault lui-même. Là encore, une spirale manque, celle devant laquelle, étrangement, Foucault s'arrête, au seuil d'une révolution actuelle du système qu'il n'a jamais voulu franchir." In BAUDRILLARD, Jean. *Oublier Foucault*. Paris: Editions Galilée, 1977, p. 20.

exposta por Foucault estaria totalmente equivocada, o seu mérito é amplamente reconhecido. Por outro lado, é evidente que a ideia de simulação trazida por Baudrillard exige uma reinterpretação completa dos fenômenos sociais. Não significa, portanto, que a construção feita por Foucault não seja útil para a compreensão desses fenômenos, ela apenas não seria mais capaz de descrever completamente a lógica das relações dentro de uma sociedade em que não existe mais fronteira entre a imagem e o real.

Já em relação à crença, bastante disseminada na obra de diversos pensadores, em uma dinâmica de poder que funciona através do embate de forças antagônicas, ele afirma que, de maneira geral, não é assim que os fatos se desenvolvem historicamente. Assevera, ainda, ser possível compreender por que esse tipo de análise sobrevive, especialmente entre os “revolucionários”, já que “eles próprios gostariam do poder apenas para si”. Contra essa teoria unilateral, contra esta imagem classificada por ele como ingênuas, mas também contra a visão de Foucault em termos de transmissões, ele afirma que o poder é algo que envolve transformações; trocas, “não no sentido econômico, mas no sentido de que o poder é exercido num ciclo reversível de tentação, desafio e astúcia (não um eixo e nem transmissão ao infinito: um ciclo)”²⁷⁵.

Para além do fato de que Baudrillard entende que vivemos em uma hiper-realidade, o que exige, evidentemente, um olhar diferenciado em relação a todos os fenômenos sociais – daí a sua crítica a Foucault no sentido de que este teria parado no limiar de uma revolução que “ele nunca quis atravessar” – há também uma evidente diferença no foco da análise entre esses dois autores. Enquanto Foucault parte de fenômenos pré-modernos para explicar como foram construídas as instituições sobre as quais se desenvolveu, já durante o período do Estado moderno, um conjunto de relações de poder de natureza disciplinar, Baudrillard estava mais atento às transformações que levaram a sociedade moderna a um estágio pós-moderno ou, como defendemos no presente trabalho, hipermoderno.

Importa ressaltar que, evidentemente, não há uma cisão ou uma diferenciação absoluta no objeto de análise dos dois pensadores. Não se está aqui a defender que os períodos históricos nos quais aconteceram os fatos que servem de base para as conclusões dos dois autores são completamente diferentes. É evidente que Baudrillard também menciona e leva em consideração acontecimentos anteriores ao desenvolvimento da modernidade, bem como Foucault também analisa as dinâmicas sociais que lhe foram contemporâneas, bem como as mais recentes transformações sociais que ele pôde assistir. Não são, portanto, objetos

²⁷⁵ BAUDRILLARD, Jean. *Oublier Foucault*. Paris: Editions Galilée, 1977, p. 59.

completamente apartados. A diferença, como foi dito acima, é de foco. Entendemos, portanto, que a análise elaborada por eles não é incompatível. É evidente que há pontos de discordância e aspectos específicos em que a visão de um vai de encontro ao pensamento do outro, mas ambos são essenciais para a adequada compreensão dos fenômenos sociais aqui estudados.

Há, ainda, um ponto que consideramos estabelecer uma relação significativa entre o pensamento desses dois autores sobre a natureza do poder. Baudrillard afirma que, na verdade, o poder não existe. O poder representaria um espaço de simulação. Se o poder seduz, é precisamente porque é um simulacro, porque se transforma em signos e se inventa sobre signos. Assim, a paródia, a inversão dos signos ou a sua intensificação podem afetá-lo mais profundamente do que qualquer relação de forças. O segredo da inexistência do poder, que era o segredo dos grandes políticos, é também o segredo dos grandes banqueiros, precisamente que o dinheiro não significa nada. Era o segredo dos grandes teólogos e inquisidores, o de que Deus não existe, que Deus está morto – e isso sempre lhes deu uma vantagem incrível²⁷⁶.

Ora, mesmo estabelecendo uma série de reflexões próprias sobre o poder, Baudrillard termina por concluir que esse não existe. No mesmo sentido, como já citado, Foucault afirma que “não existe algo como o poder”. A semelhança é evidente. Entretanto, as ideias até aqui desenvolvidas deixam claro que, para nenhum desses dois autores, essas afirmações permitem concluir que o poder seria uma espécie de fantasia. Pelo contrário. Em Foucault, o estudo das relações de poder é fundamental para compreender as dinâmicas sociais, em especial as dinâmicas através das quais os seres humanos se tornam sujeitos. Já em Baudrillard, o poder é algo que envolve transformações que ocorrem em um contínuo ciclo. Fica claro, portanto, que, apesar das diferenças, para ambos a análise do poder tem um papel central, mas não pode estar adstrita à compreensão tradicional, ou seja, como algo que emana de alguns espaços privilegiados da sociedade.

De fato, é interessante que Baudrillard tenha escrito um livro para criticar Foucault e, no fim, chegue a uma conclusão sobre o poder que, pelo menos sob certo aspecto, se aproxima muito do que o próprio Foucault afirma a respeito do tema. Sobre essa aparente contradição, é muito pouco provável que tenha havido nessas colocações de Baudrillard qualquer tipo de mudança de sua posição, já que todas as críticas mencionadas aqui foram desenvolvidas dentro da mesma obra. Entretanto é necessário ressaltar que o texto em que Foucault descreve de maneira mais evidente a sua formulação sobre o poder – *O sujeito e o poder* – foi escrito depois de *Oublier Foucault*, ainda que, evidentemente, essas ideias já

²⁷⁶ BAUDRILLARD, Jean. *Oublier Foucault*. Paris: Editions Galilée, 1977, p. 81.

tivessem sido enunciadas anteriormente. É, de fato, possível que tenha havido alguma aproximação, mesmo que não deliberada, entre as concepções dos dois autores depois da publicação dessa obra²⁷⁷.

Reforçando o argumento de que existiria uma importante diferença no foco, especialmente quando da escolha do objeto de análise, entre Foucault e Baudrillard, está a afirmação de Deleuze, no sentido de que “Foucault situou as sociedades disciplinares nos séculos XVIII e XIX; elas atingem seu apogeu no início do século XX”. Podemos dizer, de fato, que Deleuze buscou, em alguma medida, atualizar a análise de Foucault, defendendo que o modelo de poder disciplinar descrito por esse teria se transformado em uma sociedade de controle. Em relação entre esses dois modelos, não deveríamos perguntar qual é o regime mais rígido, já que em cada um podemos encontrar liberações e as sujeições. Por exemplo, na “crise do hospital como meio de confinamento, a setorização, os hospitais-dia e o atendimento a domicílio puderam marcar inicialmente novas liberdades, mas também passaram a integrar mecanismos de controle que rivalizam com os mais duros confinamentos”²⁷⁸.

A principal diferença entre a sociedade disciplinar e a sociedade de controle estaria, de fato, na sua lógica de funcionamento. Enquanto os confinamentos funcionam como moldes, os controles se estruturam como modulações. Deleuze cita, nesse sentido, o exemplo das estruturas de trabalho. Enquanto a fábrica era um corpo que levava suas forças internas a um ponto de equilíbrio, maximizando a produção e reduzindo ao máximo os salários, a empresa – que substituiu a fábrica enquanto estrutura preferencial de desenvolvimento desse tipo de relação – se esforça profundamente em impor uma modulação para cada salário, em um “estado de perpétua metaestabilidade, que passa por desafios, concursos e colóquios extremamente cômicos. Se os jogos de televisão mais idiotas têm tanto sucesso é porque exprimem adequadamente a situação de empresa”. A fábrica unificava os indivíduos em um só corpo, mas a empresa “introduz o tempo todo uma rivalidade inexpiável como sã

²⁷⁷ Existem, de fato, alguns autores que sugerem que linha seguida por Foucault em suas pesquisas nos anos 1980 constituem, em alguma medida, uma concessão às críticas tecidas por Baudrillard. Nesse sentido, ver NABLI, Hamdi. *Foucault e Baudrillard: La fin du pouvoir*. Paris: Ed. L'Harmattan, 2015. Por outro lado, é conhecida a afirmação de Baudrillard em *Cool Memories*, no sentido de que, nos anos 1970, a influência intelectual de Foucault era tão grande que criticá-lo era uma maneira de colaborar com a construção de seu pensamento, enquanto adulá-lo teria apenas efeitos negativos.

²⁷⁸ DELEUZE Gilles, *Les sociétés de contrôle*. EcoRev', 2018/1 (N° 46), p. 5-12. DOI : 10.3917/ecorev.046.0005.
URL : <https://www.cairn.info/revue-ecorev-2018-1-page-5.htm>

emulação, excelente motivação que contrapõe os indivíduos entre si e atravessa cada um, dividindo-o em si mesmo”²⁷⁹.

A diferença entre esses dois modelos também se expressa na linguagem numérica do controle, “que é feita de cifras, que marcam o acesso à informação, ou a rejeição. Não se está mais diante do par massa-indivíduo. Os indivíduos tornaram-se ‘dividuais’, divisíveis, e as massas tornaram-se amostras, dados, mercados”²⁸⁰.

Ainda que as reflexões de Deleuze tenham sido escritas no início da década de 1990, elas correspondem precisamente ao que vemos nos dias atuais.

3.3.5 A vigilância na sociedade atual

O controle eletrônico de documentos de identificação, o tratamento informatizado de dados fiscais, educativos e médicos, o registo e gestão de aquisições comerciais efetuadas com cartões de crédito, bem como reservas de viagens, representam algumas amostras bem conhecidas da onipresente vigilância informática que existe atualmente. Assim, nossa vida individual e social corre o risco de estar sujeita ao que se convencionou chamar de “juízo universal permanente”, uma vez que, com efeito, cada cidadão registado num banco de dados está exposto a uma vigilância contínua e inadvertida, podendo afetar até mesmo os aspectos mais sensíveis de sua vida privada – aqueles que em tempos anteriores estavam fora de controle devido à sua variedade e multiplicidade²⁸¹. O crescimento das redes sociais agravou significativamente o problema. As informações compartilhadas nessas redes são constantemente analisadas por ferramentas de inteligência artificial para traçar, cada vez com maior riqueza de detalhes, o perfil dos usuários, possibilitando o direcionamento de conteúdo. Esse processo permite às empresas maximizar o tempo de permanência das pessoas nas redes e, ao mesmo tempo, o direcionamento de propaganda, tanto de produtos comerciais quanto de propaganda política²⁸².

²⁷⁹ DELEUZE Gilles, *Les sociétés de contrôle. EcoRev'*, 2018/1 (N° 46), p. 5-12. DOI : 10.3917/ecorev.046.0005. URL : <https://www.cairn.info/revue-ecorev-2018-1-page-5.htm>

²⁸⁰ DELEUZE Gilles, *Les sociétés de contrôle. EcoRev'*, 2018/1 (N° 46), p. 5-12. DOI : 10.3917/ecorev.046.0005. URL : <https://www.cairn.info/revue-ecorev-2018-1-page-5.htm>

²⁸¹ LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *Las gereraciones de derechos humanos*. In Revista da AGU, Brasília-DF, ano XIII, n. 42, p. 39-74, out./dez. 2014, p.50.

²⁸² São bastante difundidas, atualmente, notícias sobre o uso que as redes sociais fazem dos dados dos usuários. O caso de maior repercussão, nesse sentido, foi o escândalo da utilização de informações pessoais de mais de 50 milhões de usuários do Facebook pela empresa Cambridge Analytica, para fazer propaganda política. Uma reportagem sobre o caso está disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-43461751>> acesso em 10/02/2023.

Vivenciamos, de fato, um outro nível de vigilância, levada a cabo em uma extensão e por meios que seriam impensáveis quando do desenvolvimento dos conceitos elaborados por Foucault. Segundo um estudo de 2022²⁸³, a China lidera o ranking mundial em número de câmeras de vigilância espalhadas pelas grandes cidades, mas o crescimento significativo deste tipo de aparato de vigilância é um fenômeno global. Assim, embora as cidades chinesas sejam dominantes nos resultados, há outros países cujas táticas de vigilância constituem motivo de preocupação crescente, incluindo Seul, Singapura, Londres, Daca, Nova Iorque e Los Angeles, bem como várias cidades indianas e russas.

Além disso, outras técnicas, como reconhecimento facial, recolhimento e cruzamento massivo de dados tem se tornado cada vez mais comuns. Na China, por exemplo, segundo uma reportagem investigativa feita pelo jornal The New York Times²⁸⁴, dispositivos de rastreamento de telefone estão agora em toda parte. Além disso, a polícia está criando alguns dos maiores bancos de dados de DNA do mundo e as autoridades aproveitam tecnologias de reconhecimento facial e de áudio não apenas para guardar imagens, mas também para recolher impressões de voz do público em geral.

Apesar de instituições ocidentais enfatizarem frequentemente o papel e a atuação da China no cenário atual de hipervigilância, é provável que o maior escândalo relacionado a esse tema tenha sido o que ficou conhecido como caso *Snowden*. No ano de 2013, reportagens do jornal inglês *The Guardian* noticiaram eventos como o de que a empresa de telecomunicações estadunidense Verizon havia sido obrigada pelo governo americano a fornecer milhões de registros telefônicos feitos por cidadãos dos Estados Unidos. O fato mais importante divulgado, entretanto, foi a existência do sistema PRISM, nome dado a um programa desenvolvido pela Agência Nacional de Segurança estadunidense (NSA) para revelar informações de pessoas em todo o mundo que utilizavam serviços de grande empresas dos Estados Unidos, como Apple, Microsoft, Google e Facebook. Algum tempo depois, Edward Snowden – um ex-funcionário terceirizado da NSA – apareceu em público, em Hong Kong, afirmando que foi o responsável pelo vazamento das informações e dos documentos que as embasavam.

Ainda que os fatos revelados por Snowden não possam ser considerados, de forma alguma, como eventos isolados, a profundidade e o nível de detalhamento das informações

²⁸³ O estudo foi conduzido pelo instituto britânico Comparitech e seus resultados podem ser acessados no site <<https://www.comparitech.com/vpn-privacy/the-worlds-most-surveilled-cities/>>, acesso em 02/11/2023.

²⁸⁴ Disponível em <<https://www.nytimes.com/2022/06/21/world/asia/china-surveillance-investigation.html>>, acesso em 02/11/2023.

reveladas é tão significativo que esse caso pode servir de referência para a compreensão de como funciona a vigilância estatal e privada nos dias atuais. Em seu livro *Eterna Vigilância*, lançado alguns anos depois das revelações divulgadas pela imprensa, Snowden relata diversos detalhes sobre o funcionamento da estrutura de vigilância que foi montada pelo governo dos Estados Unidos, especialmente após os atentados de 11 de setembro de 2001. Ele afirma que durante os sete anos que permaneceu na Comunidade Americana de Inteligência (CI) participou da mudança mais significativa da história da espionagem estadunidense, que foi da “da vigilância direcionada a indivíduos à vigilância em massa de populações inteiras. Ajudei a tornar tecnologicamente viável que um único governo coletasse todas as comunicações digitais do mundo, que as armazenasse por eras e fizesse buscas nelas à vontade”²⁸⁵.

A extensão da vigilância levada a cabo pelo governo estadunidense fica clara na seguinte passagem:

Nas profundezas de um túnel sob uma plantação de abacaxis – uma antiga fábrica subterrânea de aviões da época de Pearl Harbor –, eu me sentava diante de um terminal do qual tinha acesso praticamente ilimitado às comunicações de quase todos os homens, mulheres e crianças da Terra que fizessem uma ligação ou usassem um computador. Entre essas pessoas havia cerca de 320 milhões de cidadãos estadunidenses que, na conduta regular de sua vida cotidiana, estavam sendo vigiados – em flagrante violação não apenas da Constituição dos Estados Unidos, mas dos valores básicos de qualquer sociedade livre.

Em outras palavras, não eram apenas pessoas dentro do território americano que eram vigiadas, pessoas que, por alguma razão, poderiam ser consideradas perigosas e colocar em risco imediato outros indivíduos dentro do território americano. Por outro lado, também não estamos falando aqui apenas de uma vigilância voltada a potenciais inimigos externos do país – que poderia configurar apenas uma versão tecnologicamente mais avançada da antiga tradição de espionagem que se consolidou durante a guerra fria. Não, Snowden deixa claro que o sistema de vigilância que foi estruturado poderia atingir absolutamente qualquer pessoa no mundo que “fizesse uma ligação ou utilizasse um computador”.

Mas essa vigilância não é algo que ocorre apenas na esfera estatal. Como nas análises de Foucault e Deleuze, em que instituições públicas tinham um papel muito relevante nos modelos de sociedade disciplinar e de controle, mas que instituições privadas – como a

²⁸⁵ SNOWDEN, Edward. *Eterna Vigilância: Como montei e desvendei o maior sistema de espionagem do mundo*. São Paulo: Ed. Planeta do Brasil, 2019.

fábrica e a empresa – também funcionavam dentro da mesma lógica, Snowden deixa claro que a vigilância exercida sobre os cidadãos é também um modelo de negócio. Ele narra que as primeiras empresas que começaram a operar na Internet buscaram lucrar através da venda de produtos de uma maneira muito semelhante àquela que era feita no comércio presencial. Todavia, o ambiente da Internet não era propício, naquele momento, para esse tipo de comercialização, pois a maior parte das pessoas que dedicava uma parte considerável do seu tempo a navegar pela rede estava muito mais interessada em estabelecer ou restabelecer conexões do que em comprar. Desse modo, os “sucessores das empresas de comércio eletrônico que fracassaram – por não terem encontrado nada que estivéssemos interessados em comprar – passaram a ter um novo produto para vender. E esse novo produto éramos nós”. Assim, nossas atividades, nossos desejos, nossa localização, “tudo que revelamos sobre nós, conscientemente ou não, estava sendo vigiado e vendido em segredo, a fim de retardar a inevitável sensação de violação que a maioria de nós só sente agora”²⁸⁶.

Evidentemente, esses dois processos de incremento dos níveis de vigilância realizada sobre as pessoas não se deram de maneira independente, já que a coleta massiva de dados realizada pelas empresas “continuaria sendo ativamente encorajada e até financiada por um exército de governos ávidos pelo vasto volume de informação que obteriam”. Além disso, esses processos nunca se deram de maneira transparente. Isso revela, ainda, um aspecto que diferencia essa vigilância dos modelos até então utilizados. Mesmo que não se possa dizer que havia um amplo debate social sobre as técnicas de vigilância analisadas por Foucault e Deleuze, essas eram, pelo menos em grande medida, conhecidas, não apenas por aqueles que eram vigiados, mas também pelos demais integrantes da sociedade, o que permitia algum nível de reflexão e de debate sobre a legitimidade desses. Já nos meios utilizados atualmente, o nível de transparência varia entre uma significativa opacidade até o total sigilo das técnicas empregadas. De fato, “nós, o público – o público não apenas de um país, mas do mundo todo – nunca tivemos voz nem voto, nunca tivemos a chance de dar nossa opinião nesse processo”. Assim, Edward Snowden revelou que o governo estadunidense havia estruturado um sistema quase universal de vigilância “de uma maneira que ocultava deliberadamente de nosso conhecimento todos os aspectos de seus programas. A cada passo, os procedimentos variáveis e suas consequências eram escondidos de todos, inclusive da maioria dos legisladores”²⁸⁷.

²⁸⁶ SNOWDEN, Edward. *Eterna Vigilância: Como montei e desvendei o maior sistema de espionagem do mundo*. São Paulo: Ed. Planeta do Brasil, 2019.

²⁸⁷ SNOWDEN, Edward. *Eterna Vigilância: Como montei e desvendei o maior sistema de espionagem do mundo*. São Paulo: Ed. Planeta do Brasil, 2019.

Apenas para termos uma ideia do nível de sigilo em que se dão muitos desses processos de vigilância – frise-se, não apenas de potências estrangeiras potencialmente hostis ou de alvos específicos que poderiam ser considerados perigosos, mas de todo e qualquer indivíduo no planeta que tenha acesso a uma rede de telefonia ou à Internet – é necessário lembrar que Snowden é até hoje perseguido pelo governo dos Estados Unidos da América por ter revelado essas informações, enfrentando acusações extremamente graves que podem levá-lo a ficar o resto da vida na prisão, caso seja capturado e levado a julgamento.

Não seria esse modelo de vigilância quase absoluta, associada ao sigilo na forma como é realizada – confirmada na perseguição implacável àqueles que a revelam – uma confirmação da imoralidade e da falta de escrúpulos dominantes em nossa sociedade, nos termos em que preceitua Baudrillard? De fato, esse autor defende que essa imoralidade está tão intrinsecamente ligada ao nosso modelo de sociedade que mesmo aqueles que denunciam um escândalo não estão colocando em questão o modelo vigente, mas apenas ajudando a legitimá-lo. Ele cita como exemplo o caso Watergate²⁸⁸:

A denúncia do escândalo é sempre uma homenagem que se rende à lei. E Watergate conseguiu sobretudo impor a ideia de que Watergate era um escândalo – nesse sentido foi uma operação de intoxicação prodigiosa. Uma boa dose de reinjeção de moral política à escala mundial. [...] o capital, imoral e sem escrúpulos, só pode exercer-se por detrás de uma superestrutura moral, e quem quer que seja que regenere esta moralidade pública (pela indignação, pela denúncia, etc.) trabalha espontaneamente para a ordem do capital. Foi esse o caso dos jornalistas do Washington Post²⁸⁹.

Assim sendo, a revelação de um evento como esse não seria verdadeiramente uma infâmia, já que indicaria apenas a real natureza do capital. De fato, é isso que Baudrillard quer dizer quando afirma que *Watergate não é um escândalo*. Isso seria, na verdade, o que todos querem esconder, mascarando nessa dissimulação “um aprofundamento da moralidade, do pânico moral, à medida que nos aproximamos da en(cena)ção primitiva do capital: a sua

²⁸⁸ O Caso Watergate foi um escândalo político que ocorreu nos Estados Unidos durante a década de 1970. O episódio teve início em 17 de junho de 1972, quando cinco homens foram presos por invadirem o escritório do Comitê Nacional do Partido Democrata, localizado no edifício Watergate, em Washington, D.C. O escândalo envolveu não apenas o arrombamento do escritório do Partido Democrata, mas também a tentativa de obstrução da justiça por parte da administração Nixon. Diante disso, em 8 de agosto de 1974, Richard Nixon tornou-se o primeiro presidente dos Estados Unidos a renunciar ao cargo.

²⁸⁹ BAUDRILLARD, Jean. *Simulacros e Simulação*. Trad. de Maria João da Costa Pereira. Lisboa: Ed. Antropos, 1991, p. 23.

crueldade instantânea, a sua ferocidade incompreensível, a sua imoralidade fundamental – é isso que é escandaloso”²⁹⁰.

Lembremos, aqui, que uma das principais características da crise do Estado moderno é o fenômeno identificado por Jacques Chevallier como crise de representação, que tem como seu mais importante elemento a perda da confiança dos eleitores em seus representantes²⁹¹, causada, entre outros fatores, pelas chamadas “mentiras de Estado” e pelo desenvolvimento de procedimentos de manipulação da opinião pública.

3.3.6 O poder relacional no contexto judiciário brasileiro

Nos limites do presente trabalho, dois pontos até aqui desenvolvidos são fundamentais. O primeiro é a forma relacional do poder ou, em outras palavras, a constatação de que o poder não é algo vertical, que emana somente de um ponto central da sociedade em direção à periferia, mas sim algo que se desenvolve e se constrói continuamente através de um complexo conjunto de relações. O segundo ponto é o significativo deficit de transparência na maneira como se desenvolvem as relações de poder, especialmente em determinados meios, nas sociedades hipermodernas.

Esses aspectos devem ser aplicados a uma análise relativa ao funcionamento do Poder Judiciário brasileiro. Algumas reflexões podem ser levantadas nessa linha, como, por exemplo, a grande reivindicação da OAB pela volta, depois da pandemia, do trabalho presencial dos magistrados e das reuniões presenciais com esses. Em notícia de janeiro de 2023, o presidente nacional da Ordem dos Advogados do Brasil declara que o órgão estava acompanhando os trabalhos do Conselho Nacional de Justiça no processo de retomada dos trabalhos presenciais nos tribunais após a pandemia de COVID-19. Nessa ocasião o presidente da OAB declarou que o órgão não se opunha à tramitação 100% digital dos processos. Pelo contrário, esse sempre apoiaria a modernização do Poder Judiciário. Entretanto, a OAB não poderia admitir que aqueles que optassem pela instrução presencial não tivessem a possibilidade de fazê-lo, bem como ressaltou a relevância dos “despachos” presenciais entre advogados e magistrados. Em suas palavras “não podemos admitir que o

²⁹⁰ BAUDRILLARD, Jean. *Simulacros e Simulação*. Trad. de Maria João da Costa Pereira. Lisboa: Ed. Antropos, 1991, p. 24.

²⁹¹ O tema foi desenvolvido no capítulo referente aos direitos humanos e à crise de representação.

jurisdicionado seja compelido a atuar digitalmente, bem como não tenha a possibilidade de despachar com juízes e desembargadores em razão da ausência destes na referida comarca”²⁹².

Chama a atenção, de fato, que apenas dois pontos foram levantados. O primeiro – e mais óbvio – é a possibilidade de instrução presencial dos processos. Ainda que tenha se tornado comum a realização de audiências virtuais em todo o país, não há dúvida de que ainda existem situações que demandam a realização de audiências presenciais. O segundo ponto, entretanto, pode soar muito estranho para quem não está habituado à dinâmica do Poder Judiciário Brasileiro. Apesar de, em tese, o magistrado só poder decidir com base no que está nos autos²⁹³ são corriqueiras as reuniões agendadas pelo advogado de alguma das partes e com o juiz do caso. É o que se chama, na linguagem forense brasileira, de “despachar com o juiz”.

A Lei nº 8.906/94, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia, prevê, em seu artigo 7º, inciso VIII, ser um direito do advogado “dirigir-se diretamente aos magistrados nas salas e gabinetes de trabalho, independentemente de horário previamente marcado ou outra condição, observando-se a ordem de chegada”. Assim sendo, não há, a princípio, qualquer ilegalidade nesse contato direto entre os advogados e os juízes. Mas, por que isso seria tão relevante para os advogados, como vimos nas declarações do presidente da OAB, se os elementos que o juiz usará para fundamentar a sua decisão devem estar nos autos? Qual é a diferença entre uma reunião pessoal e uma petição escrita, onde os mesmos argumentos jurídicos podem ser apresentados? Poderíamos pensar na possibilidade do convencimento do magistrado através de um debate em tempo real. Entretanto, não é o que comumente ocorre nessas reuniões. O caso não é amplamente debatido entre o advogado e o juiz, sendo muito mais comum que esse adote uma postura mais passiva, apenas ouvindo os argumentos do causídico e tirando algumas dúvidas pontuais – uma postura diferente seria, de fato, bastante questionável, já que um efetivo debate pormenorizado sobre o caso, visando ao convencimento do juiz, deveria necessariamente incluir o advogado da parte adversa.

Um outro motivo que poderia ser invocado é a possibilidade de atrair atenção para o processo, tendo em vista o gigantesco número de processos em trâmite no Poder Judiciário

²⁹² Disponível em <<https://www.oab.org.br/noticia/60675/oab-acompanhara-os-trabalhos-do-cnj-para-retomada-do-trabalho-presencial-do-judiciario>>, acesso em 26/11/2023.

²⁹³ Existem algumas exceções, como, por exemplo, as hipóteses previstas no artigo 374 do Código de Processo Civil brasileiro, que prevê que: “Não dependem de prova os fatos: I – notórios; II - afirmados por uma parte e confessados pela parte contrária; III - admitidos no processo como incontroversos; IV - em cujo favor milita presunção legal de existência ou de veracidade”. Percebe-se, entretanto, que mesmo nessas situações não seria útil, em tese, uma reunião entre o magistrado e o advogado de uma das partes.

brasileiro. Segundo dados do próprio Conselho Nacional de Justiça, apenas no ano de 2022 foram iniciados 31,5 milhões de casos novos. No total, tramitaram no Brasil, nesse mesmo ano, 81,4 milhões de processos²⁹⁴. Uma das razões para esse número tão significativo é o fenômeno das demandas de massa, ou seja, processos ajuizados por pessoas em situação jurídica idêntica ou muito semelhante, mas que ingressam individualmente com seus pedidos. Isso faz com que ocorra também uma massificação na análise dos feitos. Em outras palavras demandas aparentemente idênticas a outras já julgadas acabam por receber menos atenção, sendo aplicado o mesmo entendimento jurídico de maneira quase automática. Entretanto, não é raro que alguns desses casos possuam particularidades que impõem uma atenção especial a determinados processos. Como nem sempre é fácil destacar suficientemente esses pontos nas petições escritas, muitos advogados buscam reuniões pessoais com os magistrados para explicar particularidades das demandas e evitar um julgamento equivocado.

Contudo, é possível argumentar que existem instrumentos jurídicos para resolver esse tipo de problema também por escrito. O mais evidente diz respeito aos embargos declaratórios. De fato, a desconsideração de algum elemento relevante do feito por parte do juiz dá azo à apresentação desses embargos que podem, inclusive, ter efeitos infringentes, mudando o sentido da decisão anteriormente tomada. O segundo ponto a ser mencionado, que em parte se confunde com o anterior, é a questão recursal. Os próprios embargos de declaração são legalmente classificados como um recurso – ainda que persista alguma divergência doutrinária sobre essa questão –, mas estão longe de serem o único recurso possível. A via recursal no direito brasileiro é bastante ampla e os meios de impugnação de decisões judiciais são diversos, variando significativamente a depender do ramo do Poder Judiciário em que se está atuando. Houve, ainda, no Código de Processo Civil brasileiro de 2015 a consagração expressa do princípio da cooperação, bem como dispositivos específicos sobre o dever do magistrado de ouvir as partes em diversas situações, como, por exemplo, o artigo 10, que prevê que “o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

Mesmo que haja certa resistência por parte de muitos magistrados na efetivação de alguns desses instrumentos, é necessário questionar se não há outras razões que expliquem a grande relevância que assumiu o acima citado “despacho” no quotidiano forense.

²⁹⁴ Dados disponíveis em <<https://www.cnj.jus.br/com-315-milhoes-de-casos-novos-poder-judiciario-registra-recorde-em-2022/>>, acesso em 26/11/2023.

Paralelamente, é importante lembrar que alguns dos escritórios de advocacia mais importantes do país são formados por ex-magistrados ou por parentes de magistrados, bem como que esse é um fenômeno que se repete em escala local em muitas das grandes cidades brasileiras. Além disso, é fato notório no meio jurídico nacional a relevância do chamado “trânsito” nos tribunais, ou seja, um conjunto de relações que permita ao advogado ter acesso célere aos juízes nos diversos níveis do poder judiciário, especialmente em momentos importantes da tramitação dos processos.

Repise-se que ser recebido pelo magistrado é um direito do advogado. Entretanto, na maioria das vezes isso não ocorre com a imediatidate que a disposição contida no artigo 7º, inciso VIII, do Estatuto da OAB – já anteriormente transcrito – pode levar a crer. Ademais, exigir que a previsão legal seja cumprida pode criar alguma animosidade entre o causídico e o órgão do Poder Judiciário, o que pode culminar por ter o efeito contrário ao pretendido com a reunião solicitada. Por todas essas razões, o sucesso profissional no meio jurídico exige bem mais do que as qualidades comumente associadas a essa área profissional – conhecimento jurídico, boa oratória, capacidade de convencimento, etc. – indo além, mesmo, de outras qualidades que também tem ganhado importância nas últimas décadas, como a capacidade de prospecção de clientes. Esse sucesso está ligado a um complexo conjunto de relações, que podem ser construídas ao longo da carreira do profissional ou estarem ligadas às suas relações familiares e ao seu contexto social como um todo.

Não há, nisso, nenhuma grande peculiaridade. Desde o início desse capítulo procuramos compreender como as relações de poder em geral se desenvolvem e, evidentemente, existem relações de poder dentro do Poder Judiciário. O que se busca demonstrar, nesse momento, é que grande parte daquilo que ocorre dentro do Poder Judiciário e que é apresentado como a expressão de uma racionalidade jurídica é, de fato, apenas mais uma expressão das relações de poder que permeiam toda a sociedade. As decisões trazem uma fundamentação aparentemente jurídica – um “verniz jurídico” – mas, muitas vezes, o processo que levou àquela tomada de decisão é muito mais complexo. Necessário frisar que não se está a falar, aqui, de casos de corrupção, como o pagamento por alguma das partes para obter uma decisão judicial favorável. É evidente que existem casos de corrupção dentro do Poder Judiciário, assim como existem em quaisquer outras esferas do Estado, mas a reflexão aqui apresentada refere-se à própria lógica de funcionamento do Poder Judiciário no Brasil, lógica essa que está intrinsecamente conectada a uma racionalidade mais ampla, de manutenção e reprodução de estruturas sobre as quais desenvolvem-se relações de poder dentro do Estado brasileiro.

3.3. A relação dos tratados de direitos humanos com o garantismo e o ativismo no Brasil

3.3.1 Os direitos humanos

Ainda que várias pautas tenham sido bastante relevantes para a realização de um grande número de acordos internacionais, especialmente a partir de meados do século XX, poucas foram tão decisivas para a criação de uma nova noção de soberania quanto a proteção internacional dos direitos humanos. Veremos, a seguir, algumas das principais características desse fenômeno.

3.3.1.1. A construção internacional dos direitos humanos no contexto da crise do Estado

A visão tradicional sobre o Estado foi construída, como já mencionado anteriormente, dentro de uma perspectiva de soberania quase absoluta desses sujeitos de direito internacional. Entretanto, a atual conjuntura mundial tem apresentado significativas mudanças no cenário desenhado quando da formação dos Estados Nacionais, tornando insustentável a definição referida. O nível de interdependência entre os Estados que se observa no presente indica uma significativa conexão entre as ideias de soberania e de cooperação, o que afeta significativamente a pretensa autonomia desses sujeitos de direito internacional. Mesmo que se compreenda que a formação de blocos de países tem se dado por meio de tratados fundados na própria soberania de cada participante, fica evidente a necessidade de revisão dos postulados que sempre sustentaram o conceito de Estado.

Segundo Chevallier, a globalização exerceu um efeito corrosivo sobre a soberania estatal de três maneiras diferentes. Primeiramente, ela reduziu a margem de liberdade dos Estados, levando-os a se submeter às restrições de uma ordem mundial que os ultrapassa. Além disso, ela favoreceu o surgimento de novos atores, que quebraram o monopólio tradicional mantido pelos Estados sobre as relações internacionais e com os quais eles são obrigados a lidar. Por fim, esse processo levou à formação de entidades mais amplas, que quebraram o quadro muito estreito do Estado-Nação. Envolvido, portanto, em um jogo complexo e multidimensional de interações, “o Estado não possui mais aquele poder supremo,

aquela autoridade incontestada que se supunha ser sua: as relações internacionais não podem mais ser compreendidas apenas através do prisma da soberania”²⁹⁵.

Na concepção moderna do direito, baseada no princípio da soberania, o Estado aparece como a fonte exclusiva do direito. Assim como o direito internacional público é concebido como um direito entre Estados, fundamentado no acordo desses, o direito internacional privado também se apresenta como produto da iniciativa dos Estados. Cada Estado define os termos de sua convivência com outras ordens jurídicas e mantém o poder de determinar as regras aplicáveis em casos de conflitos de leis ou jurisdições. Essa visão foi desafiada, inicialmente, pela mundialização do comércio. O bom funcionamento do mercado pressupõe o estabelecimento de regras, solicitadas pelos próprios operadores, e essas regras não podiam mais ser exclusivamente produto dos Estados. Desse modo, o processo de mundialização teria levado ao surgimento de um “direito global”, concebido e aplicado por iniciativa dos operadores econômicos. Os intercâmbios econômicos cada vez mais envolvem a elaboração de regras e o recurso a mecanismos de resolução de disputas que evitam a mediação estatal. Consequentemente, assistiu-se à criação, seguindo o modelo estadunidense, de grandes escritórios de consultoria, encarregados de fornecer aos operadores econômicos os recursos jurídicos necessários para a resolução de disputas²⁹⁶.

Essa mudança no papel do Estado, entretanto, não se restringiu ao âmbito do comércio. Ela se operou nas mais diversas áreas, indo desde acordos de cooperação jurídica internacional – relativos, por exemplo, à compatibilização de procedimentos persecutórios no âmbito penal – até a formação de grandes blocos econômicos transnacionais. Nesse sentido:

As chamadas comunidades supranacionais – Comunidade Econômica Europeia/CEE/União Europeia, NAFTA, MERCOSUL etc. particularmente a primeira, impuseram uma nova lógica às relações internacionais e, consequentemente, atingiram profundamente as pretensões de uma soberania descolada de qualquer vínculo ou limitação. O que se percebe, aqui, é uma radical transformação nos poderes dos Estados-Membros, especialmente no que se refere a tarifas alfandegárias, aplicação de normas jurídicas de direito internacional sujeitas à apreciação de Cortes de Justiça supranacionais, emissão de moeda, alianças militares, acordos comerciais etc²⁹⁷.

²⁹⁵ CHEVALLIER, Jacques. *L'État postmoderne*. 6ª ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2023, p. 40.

²⁹⁶ CHEVALLIER, Jacques. *L'État postmoderne*. 6ª ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2023, p. 156-157.

²⁹⁷ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. STRECK, Lenio. *Ciência Política e Teoria do Estado*. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 83.

Os contornos de uma ordem mundial também surgiram em áreas como o meio ambiente e, mais especificamente, o clima. A *Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas*, adotada no Rio em 1992, levou à organização de conferências anuais das partes – identificadas pela sigla COP²⁹⁸. A COP 21, realizada em Paris em dezembro de 2015, alcançou um acordo geral entre os Estados, que se comprometeram com o objetivo de limitar o aumento da temperatura a patamares abaixo de 2°C (e, preferencialmente, abaixo de 1,5°C) em relação aos níveis pré-industriais. No entanto, os compromissos assumidos revelaram-se insuficientes e o balanço das últimas COPs tem sido, na visão de Chevallier, decepcionante. Houve a criação de um fundo para ajudar os países em desenvolvimento "particularmente vulneráveis" a lidar com os danos causados pelo aquecimento global – na conferência de Sharm El-Sheikh, em novembro de 2022 – não compensando a falta de novas medidas para reduzir as emissões de gases de efeito estufa. Por outro lado, um acordo para a proteção da biodiversidade em áreas terrestres e marinhas foi alcançado em dezembro de 2022, na conferência global sobre biodiversidade (COP 15)²⁹⁹.

A concepção de soberania sobre a qual o sistema internacional clássico – a ordem de Westfália – foi fundado, está sendo questionada não apenas pelo fortalecimento dos laços de interdependência entre os Estados, mas também pelo fim do monopólio estatal sobre as relações internacionais. Os indivíduos e as sociedades vêm ocupando a arena internacional por meio da formação progressiva de uma "opinião pública internacional", exercendo uma espécie de supervisão das estratégias implementadas por vários grupos em escala global. Essa presença, que coloca a ordem mundial sob o signo da complexidade, impõe aos Estados diferentes tipos de restrições. Como estão obrigados a lidar com atores que escapam à sua autoridade, que desenvolvem estratégias autônomas e não precisam mais de sua mediação para participar da vida internacional, os Estados são levados a manter relações de interação e troca com eles, seja diretamente ou por meio das estruturas de cooperação que estabeleceram. A globalização é caracterizada pela proliferação de *híbridos*, ou seja, de sujeitos privados que têm algum nível de autoridade. Essa autoridade é reconhecida pelos próprios Estados e podem abranger uma grande variedade de temas, relacionados a diversos aspectos da vida coletiva³⁰⁰.

²⁹⁸ A sigla COP significa *conference of the parties*, sendo o órgão supremo de uma convenção internacional.

²⁹⁹ CHEVALLIER, Jacques. *L'État postmoderne*. 6ª ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2023, p. 47.

³⁰⁰ CHEVALLIER, Jacques. *L'État postmoderne*. 6ª ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2023, p. 52.

Não é difícil perceber que muitos desses atores estão ligados à defesa de direitos humanos. Cruz Vermelha, Médicos sem fronteiras, *Human Rights Watch* são apenas alguns dos inúmeros exemplos que poderíamos citar. Entretanto, não é apenas através desses novos atores que a proteção dos direitos humanos se dá no plano internacional, mas também através dos compromissos firmados entre os próprios países e de todas as interações a partir daí originadas. De fato, o movimento de proteção internacional dos direitos humanos baseia-se na compreensão de que toda nação tem a obrigação de respeitar os direitos de todos os cidadãos e de que a comunidade internacional está autorizada a protestar se um Estado não cumprir suas obrigações. Segundo Flávia Piovesan³⁰¹, o “Direito Internacional dos Direitos Humanos” surge em decorrência da Segunda Guerra Mundial e seu desenvolvimento pode ser atribuído às graves violações de direitos humanos do Nazismo e à convicção de que, pelo menos, parte desses fatos poderiam ter sido evitados se houvesse um efetivo sistema de proteção internacional de direitos humanos.³⁰²

Fortaleceu-se, portanto, a ideia de que a proteção dos direitos humanos não deve se reduzir ao âmbito interno do Estado, ou seja, não deve se restringir à competência nacional exclusiva ou à jurisdição doméstica exclusiva, porque diz respeito a tema de legítimo interesse internacional. Essa concepção impõe, obviamente, a revisão da noção tradicional de soberania absoluta do Estado, “que passa a sofrer um processo de relativização, na medida em que são admitidas intervenções no plano nacional, em prol da proteção dos direitos humanos”, ou seja, são admitidas e concebidas formas de monitoramento e responsabilização internacional em caso de violação de direitos humanos³⁰³.

Prenunciava-se, assim, o fim da era em que o tratamento que o Estado dava a seus nacionais era concebida como um problema de jurisdição doméstica, decorrência de sua soberania. Inspirada por estas concepções, surge, com o fim da Segunda Guerra Mundial, em 1945, a Organização das Nações Unidas. Em 1948 é adotada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, pela aprovação unânime de quarenta e oito Estados, com oito abstenções. A Declaração de 1948 é um marco e consolida a afirmação de uma ética internacional, ao consagrar um consenso sobre valores de cunho universal, a serem seguidos pelos Estados. Ela

³⁰¹ PIOVESAN, Flávia. *Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos: Jurisprudência do STF*, disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/16470-16471-1-PB.pdf>, acesso em 24/02/2024, p. 1.

³⁰² Nesse sentido, ver a pesquisa de PIOVESAN, Flávia. Sistema Interamericano de Direitos Humanos: impacto transformador, diálogos jurisdicionais e os desafios da reforma. *RECHTD. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, Vol. 6, n. 2, 2014, p. 142-154.

³⁰³ PIOVESAN, Flávia. *Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos: Jurisprudência do STF*, op. cit., p. 2.

introduz a concepção contemporânea de direitos humanos, caracterizada pela universalidade e indivisibilidade desses direitos. Universalidade pois clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a titularidade de direitos. Indivisibilidade porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa. Os direitos humanos compõem, desse modo, “uma unidade indivisível, interdependente e inter-relacionada, capaz de conjugar o catálogo de direitos civis e políticos com o catálogo de direitos sociais, econômicos e culturais”³⁰⁴.

A partir da aprovação da Declaração Universal de 1948 e da concepção contemporânea de direitos humanos por ela introduzida, assistimos ao desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos, através da adoção de diversos tratados internacionais voltados à proteção desses direitos. Piovesan afirma que os instrumentos internacionais de proteção refletem a consciência ética contemporânea compartilhada pelos Estados, na medida em que invocam o consenso internacional acerca de temas centrais aos direitos humanos. Ao lado do sistema normativo global, desenvolve-se também o sistema normativo regional de proteção, que busca internacionalizar os direitos humanos no plano regional, particularmente na Europa, América e África. É estruturada, desse modo, a convivência do sistema global com instrumentos do sistema regional, sendo este integrado pelos sistemas interamericano, europeu e africano de proteção aos direitos humanos. Necessário ressaltar que os sistemas global e regional não são dicotômicos, mas complementares – inspirados pelos valores e princípios da Declaração Universal, compõem o conjunto instrumental de proteção dos direitos humanos no plano internacional³⁰⁵.

Esse significativo desenvolvimento de sistemas internacionais de proteção de direitos humanos, associado ao extenso conjunto de instrumentos comerciais, ambientais, sociais, etc., que trouxeram uma nova visão sobre o conjunto das relações internacionais, fizeram alguns autores – como Stefano Rodotà³⁰⁶ – chegar a trabalhar com uma perspectiva de “fim da geografia”, pensando os direitos, de maneira geral, em uma dimensão sem fronteiras e sem limites geográficos. Essa visão traz à tona problemas inéditos, que afetam decisivamente o direito e todos os seus atores, bem como seus locais de produção. Isso não implica, obviamente, uma perda do próprio direito, mas uma busca por novas formas de trabalhá-lo e

³⁰⁴ PIOVESAN, Flávia. *Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos: Jurisprudência do STF*, op. cit., p. 2.

³⁰⁵ PIOVESAN, Flávia. *Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos: Jurisprudência do STF*, op. cit., p. 3.

³⁰⁶ Sobre o tema, ver RODOTÀ, Stefano, *El derecho a tener derechos*. Ed. Trotta: Madri, 2014.

até mesmo de pensá-lo. Em outras palavras, “esse deslocamento não indica o *fim* do direito, mas sua realocação, agora *sconfinata*, assim como sua readequação a novos conteúdos”³⁰⁷.

Os aspectos até aqui comentados demonstram a necessidade de revisar o caráter soberano atribuído ao Estado contemporâneo, ou, pelo menos, os termos em que se dá essa pretensa soberania. Nas palavras de Bolzan de Moraes e Streck, “não se trata mais da constituição de uma ordem todo-poderosa, absoluta. Parece, indubitavelmente, que se caminha para o seu esmaecimento e/ou transformação como elemento caracterizador do poderio estatal”. E prosseguem os referidos doutrinadores, afirmando que “em nível de relações externas, mais visivelmente, percebe-se a construção de uma ordem de compromisso(s), e não de soberania(s)”³⁰⁸.

É necessário referir que, nos últimos anos, presenciamos a emergência de movimentos de renacionalização em várias partes do mundo, sendo uma das principais manifestações desse fenômeno a saída do Reino Unido da União Europeia³⁰⁹, o que poderia levar a um questionamento sobre a continuidade do processo relativização da soberania estatal. Günther Teubner afirma estarem esses movimentos em ambos os lados do espectro político, motivados, em grande parte, por questionamentos sobre a legitimidade democrática dos regimes transnacionais³¹⁰. No mesmo sentido, Chevallier lembra que, se os anos 1990 foram marcados pela consolidação de uma ordem mundial, essa ordem dá, agora, alguns sinais de fragilidade. A ascensão do protecionismo econômico e o declínio do multilateralismo levaram à sua desestabilização, enquanto a visão de uma ordem internacional baseada na soberania dos Estados, defendida especialmente pela China, voltou à tona. Por fim, a invasão da Ucrânia pela Rússia em fevereiro de 2022 teria sido um severo golpe na ideia de uma ordem mundial³¹¹.

³⁰⁷ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. BRUM, Guilherme Valle. *Políticas Públicas e Jurisdição Constitucional: Entre direitos, deveres e desejos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 49.

³⁰⁸ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. STRECK, Lenio. *Ciência Política e Teoria do Estado*. 8^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 84.

³⁰⁹ Além do chamado *Brexit*, outra evidência nesse sentido foi a eleição de Donald Trump para a presidência dos EUA, utilizando uma plataforma claramente conservadora, baseada – ao menos retoricamente – em frases como “uma América [EUA] para os americanos [estadunidenses] em primeiro lugar” e “fazer a América [EUA] grande outra vez”.

³¹⁰ Sobre o tema, em especial sobre a alegada carência de legitimidade democrática dos regimes internacionais, ver TEUBNER, Gunther. *Quod omnes tangit: Transnational Constitutions Without Democracy?*, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3094088, acesso em 19/01/2023, onde o autor trabalha com extensa bibliografia.

³¹¹ CHEVALLIER, Jacques. *L'État postmoderne*. 6^a ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2023, p. 41.

Entretanto, no que se refere à legitimidade democrática dos organismos internacionais, o próprio Teubner lembra que é do interesse dessas instituições confrontar os seus problemas de legitimidade, já que eles dependem, em grande medida, da cooperação voluntária de seus membros – ainda que existam, evidentemente, mecanismos de persuasão. Desse modo, os organismos internacionais devem gerar a sua própria legitimidade para conseguir implementar suas regras, especialmente tendo em vista que a capacidade desses para resolver problemas de uma maneira eficaz depende de sua aceitação como atores legítimos na visão das partes interessadas³¹². Lembre-se, ainda, que propostas que levariam a um enfraquecimento significativo da União Europeia estão tendo cada vez menos suporte, como, por exemplo, o chamado *Frexit*, ou seja, a saída da França do bloco, proposta que foi oficialmente abandonada pela candidata Marine Le Pen antes mesmo das eleições presidenciais na França em 2022.

No mesmo sentido, o movimento dos Estados Unidos durante o governo Trump, mencionado por Chevallier, de recolherem-se “em si mesmos em nome do *America First*, desvinculando-se das restrições do multilateralismo e retirando-se de certos mecanismos de cooperação internacional” foi também bastante relativizado no governo de Joe Biden. Basta mencionar, nessa senda, que já em 2021 os Estados Unidos voltaram oficialmente ao acordo de Paris sobre o clima. A saída dos EUA do referido acordo havia sido uma das principais medidas efetivadas durante o governo Trump no que diz respeito ao enfraquecimento dos mecanismos de cooperação internacional. Mesmo que logo depois de sua nova posse, em janeiro de 2025, Trump tenha assinado um decreto para, mais uma vez, retirar os Estados Unidos do tratado, isso não pode ser visto como um movimento consistente da política externa norte-americana, mas sim como um movimento dentro de uma série de posturas erráticas de um determinado líder – o que se adéqua, aliás, à perspectiva de caos explicitada no início dessa tese.

É, portanto, bastante questionável se estamos assistindo a um recrudescimento dos Estados nacionais ou apenas a uma nova manifestação do caos – ou, dentro de uma perspectiva mais tradicional, da crise – das democracias modernas. Nesse sentido, David Runciman defende que tanto o *Brexit* quanto a primeira eleição de Donald Trump para a presidência dos EUA são consequências diretas da crise econômica de 2008, bem como das

³¹² TEUBNER, Gunther. *Quod omnes tangit: Transnational Constitutions Without Democracy?*, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3094088, acesso em 19/01/2023, p. 2. Nesse sentido, ver também TEUBNER, Gunther. *Fragments constitucionais*: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016, especialmente as reflexões desenvolvidas no capítulo IV.

medidas que foram tomadas para amenizar seus efeitos. Runciman afirma que o que aconteceu em 2008 mudou a dinâmica da democracia ocidental. Passados alguns anos do ápice da crise econômica, a crença de que ninguém havia sido punido pela quase-calamidade – e, além disso, de que aqueles que deveriam ter sido punidos estavam ganhando mais dinheiro do que nunca – precisava de uma resposta. As medidas tomadas pelos governos evitaram piores consequências para a economia, mas também protegeram os responsáveis. Então, a resposta veio através das votações que elegeram Trump e decidiram pela saída do Reino Unido da União Europeia. Apesar das diferentes circunstâncias e consequências desses dois processos, eles têm isso em comum: foram oportunidades nas quais um número suficientemente grande de pessoas pode registrar que a crise não havia acabado para elas. Como resultado, elas próprias produziram uma nova crise³¹³.

Se os desdobramentos que assistimos nos últimos anos nas relações internacionais afastam a realidade atual do modelo de um “mundo sem fronteiras” e sem limites geográficos, cogitado por Rodotà, parece também inquestionável que não estamos vendo a ressurreição de uma concepção de soberania virtualmente absoluta. É muito pouco provável que os Estados Nacionais deixem de existir ou mesmo que percam a sua relevância no cenário internacional, mas a capacidade de ação e mesmo a legitimidade desses no contexto mundial apresentam-se de maneira significativamente diferente do que existia até meados do século XX. Essas diferenças estão profundamente associadas a outras transformações que ocorreram no plano interno dos Estados e que mudaram drasticamente as relações sociais no seio desses.

3.3.1.2. O impacto da crise de representação

Uma das principais facetas da crise do Estado Moderno é o que Jacques Chevallier chama de crise de representação, que se caracteriza pela erosão do capital de confiança que cerca os representantes: Ele afirma que “na ausência desse vínculo de confiança, essencial para o bom funcionamento do sistema representativo, toda a dinâmica das transações políticas desmorona”³¹⁴. Sem essa relação, o vínculo político se desfaz, inviabilizando um padrão mínimo de aceitação da democracia representativa, já que a desconfiança não atinge apenas os políticos eleitos, mas os próprios poderes estatais que esses representam.

³¹³ RUNCIMAN, David. *The Confidence Trap: A History of Democracy in Crisis from World War I to the Present*. Princeton: Princeton University Press, 2017, p. 336.

³¹⁴ CHEVALLIER, Jacques. *L'État postmoderne*. 6^a ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2023, p. 213.

Alguns fatores colaboraram decisivamente para essa crise. O primeiro foi a incapacidade dos representantes de atender às expectativas dos cidadãos. Essa incapacidade está ligada ao crescente distanciamento dos políticos do resto da sociedade. Segundo Chevallier, os políticos são considerados corruptos por 77% dos cidadãos europeus e 79% dos americanos³¹⁵. Associadas à proliferação de escândalos de corrupção em diversos países do mundo, estão as chamadas “mentiras de Estado” – como, por exemplo, as falsas alegações de existência de armas de destruição em massa em territórios que foram alvos de ataques pelas potências internacionais – e a implantação de procedimentos de manipulação da opinião pública.

É evidente que diversos tipos de procedimentos de manipulação da opinião pública já foram ensaiados e executados, tendo as mídias de massa, como o rádio e a televisão, sido usadas em diversos cenários ao longo do século XX. É conhecida, por exemplo, a importância que teve o rádio para a propaganda nazista na Alemanha na década de 1930 e durante todo o período da Segunda Guerra Mundial. Houve, de fato, uma política governamental para facilitar o acesso aos aparelhos de rádio, especialmente através do *Volksempfänger*, ou “Receptor do Povo”, um equipamento mais barato cujo primeiro modelo foi lançado poucos meses após a chegada de Hitler ao poder, ainda em 1933.

Em relação à televisão, Giovanni Sartori fez, ainda na década de 1990, uma relevante construção sobre o papel do que ele chama de “vídeo-política” nos sistemas liberal-democráticos. O pensador italiano lembra que a democracia tem sido frequentemente definida como um governo de opinião, mas que, atualmente, o “povo soberano ‘opina’ sobretudo em função de como a televisão o induz a opinar”. A televisão exerceria, assim, uma forte influência em todo o processo político, podendo ser percebida em diversos níveis, inclusive sobre o processo eleitoral. Essa influência iria desde a escolha dos candidatos e a forma como se desenvolve a batalha eleitoral até o próprio resultado, ou seja, a vitória dos eleitos³¹⁶.

Sartori defende que, para a democracia representativa existir e funcionar, é suficiente o fato de o público ter suas opiniões. Nada mais e, esse é um aspecto fundamental, *nada menos*. Então, para que se constitua uma opinião pública autônoma, que seja verdadeiramente

³¹⁵ CHEVALLIER, Jacques. *L'État postmoderne*. 6^a ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2023, p. 215.

³¹⁶ SARTORI, Giovanni. *Homo videns: la sociedad teledirigida*. Buenos Aires: Taurus, 1998. p. 66. Segundo caminho diverso, mas análogo em vários pontos, vai BOURDIEU, Pierre. *Sur la télévision*. Paris: Éditions Raisons d'Agir, 1996. De fato, Bourdieu concentra sua crítica na atividade jornalística, mas afirma, já no começo da obra, que considera que a televisão expõe a grande perigo diferentes esferas da produção cultural, arte, literatura, ciência, filosofia e direito, bem como a vida política e a democracia.

do público, essa opinião deve estar exposta a fluxos de informações sobre o estado e sobre a coisa pública. Se fosse demasiadamente fechada e preconcebida no que concerne ao andamento da *res publica*, então não serviria. Por outro lado, quanto mais se abre e se expõe a opinião pública a fluxos de informação exógenos – que são fornecidos pelo próprio poder político ou por instrumentos de informação de massas – maior é o risco de manipulação dessa opinião. Assim, a *videocracia* fabricaria uma opinião solidamente heterodirigida, que aparentemente reforça, mas que, em essência, esvazia a democracia como governo de opinião. Isso ocorre pois a televisão se apresenta como representante de uma opinião pública que, na realidade, é o eco de sua própria voz³¹⁷.

Mesmo considerando o papel fundamental que tiveram e, alguma medida, ainda têm o rádio e a televisão, podemos dizer que as novas tecnologias, especialmente a informática, revolucionaram as estratégias utilizadas para angariar o voto democrático. Graças à informática, os partidos políticos podem projetar campanhas diretamente ligadas às expectativas dos futuros eleitores. Os computadores permitem a elaboração de uma quantidade inimaginável de dados e informações em comparação com épocas anteriores, e facilitam a realização de pesquisas, enquetes e simulações eleitorais. Dessa forma, propostas políticas podem ser direcionadas ao público, sendo passíveis de modificações e adaptações sucessivas à medida que os meios informáticos e telemáticos permitem processar rapidamente as reações dos cidadãos em relação a esses programas e propostas que são elaboradas pelos partidos³¹⁸.

Outro fator constantemente citado como central na crise de representação das sociedades democráticas é justamente o protagonismo abusivo dado aos partidos no processo político. Os partidos políticos se tornaram, em regime quase monopolístico, os principais atores da vida política democrática. Muitas vezes, os partidos operam à margem das preocupações, necessidades e expectativas dos cidadãos, transformando-se em máquinas burocráticas, carentes de democracia interna e direcionadas para a criação de lideranças, e, portanto, para estruturar o culto personalista e hegemônico de seus dirigentes. Também são consideradas quebras do princípio da representação democrática a experiência, não totalmente incomum, de os partidos realizarem "pactos *contra natura*", ou seja, formarem alianças

³¹⁷ SARTORI, Giovanni. *Homo videns: la sociedad teledirigida*. Buenos Aires: Taurus, 1998. p. 70-72.

³¹⁸ LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *Teledemocracia, ciberciudadania y derechos humanos*. In Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 4, n. 2, 2014, p. 14. É importante ressaltar que Pérez Luño não vê a utilização das novas tecnologias como algo necessariamente negativo – pode-se dizer, mesmo, que suas reflexões são predominantemente otimistas. Entretanto, ele desenvolve uma argumentação evidenciando os riscos e as potencialidades de diferentes modelos de utilização das novas tecnologias na vida política.

parlamentares por razões de conveniência e em prejuízo flagrante de sua ideologia, bem como o descumprimento sistemático de seus próprios programas eleitorais, o que é percebido como uma traição por eleitores que desejavam apoiar opções ou medidas políticas específicas e determinadas com seu voto. Tudo isso resulta, segundo Pérez Luño, em uma lamentável "colonização" da sociedade civil pelos partidos políticos: a democracia se transforma em partidocracia. No debate atual sobre a crise da representação política, argumenta-se que o sistema de democracia indireta contribuiu para limitar abusivamente a participação política. Apenas os militantes ativos dos partidos ou, mais precisamente, seus quadros e líderes, desfrutam de verdadeiras cotas de intervenção³¹⁹.

Os comportamentos eleitorais também mudaram. A eleição é, evidentemente, um momento crucial no funcionamento do sistema representativo. Como meio privilegiado de identificação coletiva, o ato de votar também testemunha o grau de adesão dos cidadãos a esse tipo de sistema. No entanto, o aumento da abstenção é um fenômeno amplo, como se observa na Europa quando analisadas as eleições legislativas. Embora a participação seja alta nos países do Norte da Europa, bem como na Alemanha (76,6% em 2021), Itália (72,9% em 2018), Reino Unido (67,6% em 2019), nos países da Europa Oriental a taxa de abstenção aumentou regularmente após o entusiasmo eleitoral inicial gerado pela queda do comunismo. A abstenção atingiu níveis recordes na França em todas as eleições a partir do início dos anos 2000 (até 69,81% no referendo de 24 de setembro de 2000 sobre a introdução do mandato de cinco anos). A taxa foi de 26,31% no primeiro turno das eleições presidenciais de 2022, de 52,49% no primeiro turno das eleições legislativas de 2022, de 66,72% nas eleições regionais de 2021, de 55,25% nas eleições municipais de 2020. Necessário considerar, ainda o aumento dos votos brancos ou nulos, fenômeno que atinge especialmente as gerações mais jovens (70% para aqueles entre 17 e 34 anos), levando a temores de uma nova ampliação no futuro. Essa crescente abstenção é um sinal tangível da perda de confiança nos representantes e, mais comumente, de um desinteresse em relação ao sistema representativo³²⁰.

No caso da França, as eleições legislativas de 2024 representaram uma quebra nessa tendência de abstenção, registrando significativo aumento na participação em comparação com a eleição anterior. Todavia, esse fato está diretamente ligado à possibilidade real de vitória do Rassemblement National, amplamente divulgada antes das eleições, que gerou uma

³¹⁹ LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. *Teledemocracia, ciberciudadania y derechos humanos*. In Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 4, n. 2, 2014, p. 22.

³²⁰ CHEVALLIER, Jacques. *L'État postmoderne*. 6^a ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2023, p. 217.

grande mobilização no eleitorado francês para impedir que um partido considerado pela maioria como de extrema direita chegasse ao poder. Fica claro, portanto, que esse aumento na participação não vai contra a ideia de crise de representação, ele apenas apresenta um outro aspecto dessa crise, que é o crescimento do populismo e do extremismo político.

Outro elemento bastante significativo é o desenvolvimento da volatilidade eleitoral. O voto agora depende menos de orientações políticas estáveis, relacionadas à posição social ou a uma identificação partidária, e mais de uma lógica de arbitragem individual. Como lembra Chevallier, o eleitor individualista se comporta cada vez mais como um "consumidor" exigente, cuja escolha depende do conteúdo da oferta política e das condições de condução das campanhas. O aumento do voto de protesto também reflete a crescente insatisfação gerada pelo funcionamento do sistema político. Ele está intimamente ligado também a um novo eco encontrado pelos discursos populistas que, exaltando a figura do povo contra a dos representantes, pretendem reavaliar os fundamentos da democracia liberal:

Recorrentes na América Latina, as ondas populistas se manifestaram na Europa pelo surgimento de partidos de extrema direita (França, Áustria, Dinamarca, Suécia, Holanda, Bélgica...) que agora ocupam um lugar de destaque no campo político, e até mesmo ascendem ao exercício do poder (Itália, 2022); mas, embora seja característica de alguns partidos, a retórica populista tende a se espalhar por todo o espectro político, com partidos e governantes de todas as tendências inclinando-se a utilizá-la para fortalecer uma base política que se tornou frágil³²¹.

Outro fenômeno relacionado é a instrumentalização da cidadania com o intuito de excluir determinadas pessoas ou grupos, apontada por Pérez Luño. Em alguns países, os poderes políticos nacionalistas impõem uma visão fechada da identidade nacional e do vínculo de pertencimento político, excluindo parte substancial da população. Esses nacionalismos são responsáveis por uma espécie de “exílio interior”, fazendo com que muitos cidadãos se sintam estrangeiros em seus próprios países e servindo como justificativa, muitas vezes, até mesmo para o uso da violência³²².

³²¹ No original: “Récurrentes dans les pays d’Amérique latine, les poussées populistes se sont traduites en Europe par la montée de partis d’extrême-droite (France, Autriche, Danemark, Suède, Pays-Bas, Belgique...) qui occupent désormais une place de choix dans le champ politique, voire accèdent à l’exercice du pouvoir (Italie, 2022) ; mais, si elle est la marque de certains partis, la rhétorique populiste tend à se diffuser dans tout le champ politique, partis et gouvernants de tous bords tendant à s’y référer pour conforter une assise politique devenue friable.” In CHEVALLIER, Jacques. *L’État postmoderne*. 6^a ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2023, p. 218.

³²² PÉREZ LUÑO, Antonio-Henrique. *¿Ciberciudadani@ o ciudadani@.com?*. Barcelona: Gedisa, 2004, p. 42.

Essa crise da representação política é ilustrada pela promoção de novos atores. O recurso a especialistas, para esclarecer o significado das decisões a serem tomadas, enunciar soluções viáveis e buscar caminhos para um consenso, bem como a implementação de autoridades reguladoras independentes para garantir uma melhor proteção das liberdades e fazer a arbitragem dos interesses em jogo, revelam uma espécie de humildade nova na política. A legitimidade eleitoral da qual os eleitos se orgulham sofre agora a concorrência de outros tipos de legitimidade – como, por exemplo a legitimidade advinda de uma alegada imparcialidade, da reflexividade ou mesmo da proximidade, como, nesse caso, nos processos de participação popular direta – daí a questão da coexistência e articulação desses atores, colocados em um contexto de interação mútua³²³.

A quebra de confiança representada pela crise de representação, associada ao fato de que, nas sociedades contemporâneas, o procedimento democrático está circunscrito por regras jurídicas – capazes, em tese, de proteger o povo dos abusos daqueles que os representam – já que os representantes fundamentam seu poder na Constituição, que estabelece os limites de suas competências, trouxe uma importância crescente aos mecanismos jurídicos. Isso evidencia uma profunda alteração na lógica democrática: “em nome de um conceito sempre mais exigente do ‘Estado de Direito’, conduz a democracia a transformar-se em ‘democracia jurídica’, fundada sobre esse culto do direito, que se encontra nas outras esferas da sociedade”³²⁴. De fato, Chevallier aponta que o Estado de Direito se tornou, a partir da década de 1980, um *standard*, sendo uma das principais referências do discurso político. Já no início dos anos 1990, ele foi objeto de “uma consagração no plano internacional: explicitamente incorporado em uma série de textos e documentos internacionais, ele desfruta de um processo de *rotulagem* que lhe confere uma nova relevância”. Transformou-se, então, o Estado de Direito em uma espécie de selo de garantia necessário no plano internacional, tornando-o um dos pilares da nova ordem internacional, juntamente com a democracia e os direitos humanos, com os quais forma uma imagem cujos elementos são considerados indivisíveis³²⁵.

Mas a promoção do tema do Estado de Direito não está apenas ligada à perda da confiança nos representantes. Ela tem íntima conexão com a ênfase colocada sobre o indivíduo e sobre a defesa de seus direitos contra a “ditadura” da maioria. Em outras palavras,

³²³ CHEVALLIER, Jacques. *L'État postmoderne*. 6^a ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2023, p. 216.

³²⁴ CHEVALLIER, Jacques. *L'État postmoderne*. 6^a ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2023, p. 226.

³²⁵ CHEVALLIER, Jacques. *L'État postmoderne*. 6^a ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2023, p. 227-229.

o fortalecimento da ideia de Estado de Direito está ligado ao crescimento do individualismo, à defesa de cada pessoa não apenas contra um Estado conduzido por políticos que não mais merecem confiança, mas também contra a própria maioria social, ainda que legitimamente representada nas instituições democráticas.

A democracia pressupõe a existência de uma comunidade política, ou seja, o fato de que os indivíduos que compõem a sociedade possam se reconhecer e se identificar por meio da referência a valores comuns. É essa comunidade que sustenta a instituição do poder e fundamenta sua legitimidade, é ela que torna possível a integração social, superando diferenças e particularismos. O vínculo político repousa em uma ideia ampla de pertencimento, que se conecta às raízes da identidade individual e coletiva, refletida no conceito de cidadania, sobre o qual foi construído o vínculo político no mundo ocidental. A cidadania une os diferentes elementos constitutivos da sociedade e permite que ela permaneça coesa. Todavia, essas ideias de comunidade política e de cidadania estão cada vez mais frágeis, o que contribui para minar o fundamento do poder político. A explosão do individualismo, em primeiro lugar, questiona o delicado equilíbrio entre o espaço democrático e a esfera de autonomia individual. A lógica de realização individual, que não apenas domina a vida privada, mas também determina as formas de investimento na ação coletiva, coloca em termos novos o problema do vínculo social e político, bem como determina uma rediscussão da governabilidade nas sociedades onde a visão coletiva de política está em declínio³²⁶.

Pérez Luño chega a referir que muitos juristas, economistas e filósofos se debruçam, atualmente, sobre o que consideram o *cadáver* do Estado social, que teria como implicação o fim das condições de cidadania surgidas em seu seio³²⁷. Não é outra a razão pela qual Chevallier coloca o sucesso obtido pelo tema do Estado de Direito como “intimamente ligado à crise do Estado-Providência”. O individualismo, que foi uma das características definidoras da modernidade, havia perdido força com o crescimento do Estado de bem-estar social. Entretanto, o enfraquecimento desse culminou no recrudescimento do individualismo, que, por sua vez, colaborou decisivamente para a centralidade da temática dos direitos fundamentais, especialmente na perspectiva dos direitos individuais. Assim, com a transição “para uma concepção substantiva, a hierarquia das normas foi, de fato, colocada a serviço da proteção de um conjunto de direitos, chamados ‘fundamentais’, os quais, por esse meio, são

³²⁶ CHEVALLIER, Jacques. *L'État postmoderne*. 6^a ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2023, p. 221.

³²⁷ PÉREZ LUÑO, Antonio-Henrique. *¿Ciberciudadaní@ o ciudadani@.com?*. Barcelona: Gedisa, 2004, p. 34.

colocados fora do alcance do domínio político”. A inscrição desses direitos em textos de valor jurídico superior, constitucionais e internacionais, consagrou-os explicitamente.³²⁸.

É evidente o quanto essa ênfase nos direitos fundamentais está relacionada ao garantismo, especialmente ao garantismo penal, já que os direitos assegurados aos acusados em qualquer investigação ou processo criminal possuem clara feição de direitos individuais, os chamados direitos de primeira geração ou dimensão, já que representam direitos negativos do cidadão em face do Estado ou, em outras palavras, direito à contenção do poder estatal em face do indivíduo. Não se está aqui, obviamente, a defender que o reconhecimento da importância de se garantir direitos aos acusados surgiu com a crise do Estado-Providência, mas apenas que essa crise trouxe um novo olhar sobre a questão, dando reforçada ênfase aos direitos de cunho individual, entre os quais se encontram as garantias penais.

Outra faceta do Estado de Direito é a de que a atividade de todos os órgãos e entes estatais é disciplinada por normas jurídicas, cujo respeito é garantido pela possibilidade intervenção de um juiz. Isso significa uma evidente limitação na autoridade dos representantes eleitos, já que esses devem se submeter aos ditames constitucionais, bem como às regras que eles mesmos estabeleceram. Em todo o ocidente, o juiz constitucional tornou-se, qualquer que seja o sistema de controle adotado, um ator profundamente integrado ao jogo político, influenciando de maneira cada vez mais clara os equilíbrios institucionais. Segundo Chevallier, esse papel desempenhado pelo juiz constitucional “é agora considerado não apenas como um mecanismo corretivo, mas como um elemento de aprofundamento da exigência democrática”. O juiz constitucional existe para contrabalançar a lei da maioria pelo respeito às normas jurídicas superiores, aparecendo como o defensor dos direitos dos cidadãos contra possíveis abusos dos eleitos³²⁹. Importa ressaltar que o prestígio desses magistrados faz parte de um movimento mais amplo, de reavaliação das formas da democracia – sendo, portanto, indissociável da crise de representação. Significa que a legitimidade dos representantes eleitos é, de agora em diante, concomitante à legitimidade a outros títulos, por outras formas de investidura de agentes públicos.

Esse movimento supera os limites da jurisdição constitucional, fazendo com que as relações entre direito e política conheçam uma profunda transformação a partir da década de 1990. Segundo Chevallier, não ocorreu propriamente uma mudança súbita. No final dos anos

³²⁸ CHEVALLIER, Jacques. *L'État postmoderne*. 6^a ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2023, p. 233.

³²⁹ CHEVALLIER, Jacques. *L'État postmoderne*. 6^a ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2023, p. 234.

1960, especialmente na Itália na França, questões colocadas quanto ao conteúdo da Lei e ao papel do juiz contribuíram para o desenvolvimento de novas práticas judiciais, levando uma parcela de magistrados engajados – os chamados juízes vermelhos – a entrar em conflito com o poder político. Dessa vez, entretanto,

Uma outra etapa foi alcançada quando, em nome da luta contra a corrupção, os magistrados começaram a investigar as práticas de corrupção política, não hesitando em questionar diretamente os representantes eleitos. Essa mudança está intrinsecamente ligada, evidentemente, ao movimento mais amplo, previamente mencionado, de transferência à justiça da responsabilidade de regular os conflitos sociais de todos os tipos.³³⁰

Esse movimento, entretanto, suscitaria fortes oposições: “ir-se-á até denunciar o ‘golpe de Estado dos juízes’ que, protegidos pela inamovibilidade e pela irresponsabilidade, procurariam impor a sua supremacia”³³¹. É possível verificar, desse modo, que o ativismo judicial, assim como a ênfase dada ao garantismo penal, está intimamente ligado ao contexto da crise de representação e de crescimento do Poder Judiciário. Ainda que não se possa confundir a judicialização da política com o ativismo judicial, fica claro que o contexto que ensejou o primeiro acabou por abrir espaço para o segundo, estando ambos ligados, desse modo, no plano analítico, à crise do Estado.

3.3.2. A posição dos tratados de direitos humanos no Brasil

Apresentado, em linhas gerais, o processo de construção internacional dos tratados de direitos humanos e o impacto desses nos fenômenos estudados, impõe-se a análise da interpretação que é feita no direito brasileiro sobre esses pactos. Lembremos, portanto, que esse tema tem uma posição central na revisão da noção tradicional de soberania – e, consequentemente, do próprio conceito de Estado. Para além de qualquer tentativa de

³³⁰ No original: “Une autre étape a été franchie à partir du moment où, au nom de la lutte contre la corruption, des magistrats se sont mais cette fois à traquer les pratiques de corruption politique, en n'hésitant pas à mettre directement en cause les élus. Ce basculement est évidemment indissociable du mouvement plus général, précédemment évoqué, de transfert à la justice de la responsabilité de réguler les conflits sociaux de tous ordres”. In CHEVALLIER, Jacques. *L'État postmoderne*. 6^a ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2023, p. 235.

³³¹ CHEVALLIER, Jacques. *L'État postmoderne*. 6^a ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2023, p. 237.

utilização pragmática do tema, é necessário compreender a lógica da proteção, nacional e internacional, desses direitos.

3.3.2.1. O contraste entre a posição doutrinária e o entendimento firmado no STF

As Constituições contemporâneas tendem a assumir uma abertura expansionista, abarcando direitos humanos previstos em tratados internacionais. Esse fenômeno pode se dar de forma implícita – pela mera aceitação da eficácia dos tratados internacionais de direitos humanos firmados pelos representantes dos Estados – ou, como no caso brasileiro, de forma expressa. De fato, a Constituição Federal de 1988 prevê, no § 2º do artigo 5º, que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Esse dispositivo, presente no texto originário da Constituição Federal de 1988, levou muitos autores a defenderem uma tese de que todos os tratados internacionais de direitos humanos incorporados à ordem jurídica brasileira teriam *status* de norma constitucional.

Nessa linha, Flávia Piovesan defende que, à luz do disposto no art. 5º, § 2º, da Carta de 1988, os direitos fundamentais podem ser organizados em três distintos grupos: a) o dos direitos expressos na Constituição Federal; b) o dos direitos implícitos, decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Carta constitucional; e c) o dos direitos expressos nos tratados internacionais dos quais o Brasil faz parte. Assevera, assim, a referida autora, que a Constituição de 1988 inovou ao incluir, entre os direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais de que o Brasil seja signatário: “ao efetuar tal incorporação, a Carta está a atribuir aos direitos internacionais uma hierarquia especial e diferenciada, qual seja, a de norma constitucional”³³².

Essa posição perdeu força com a incorporação do § 3º ao artigo 5º da Constituição, por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004, que passou a dispor que “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”. Assim, criou-se um regime específico para a incorporação dos tratados de direitos humanos à ordem constitucional brasileira.

³³² PIOVESAN, Flávia. *Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos: Jurisprudência do STF*, disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/16470-16471-1-PB.pdf>, acesso em 10/01/2024, p. 8.

A referida alteração, no entanto, não fez com que os doutrinadores abandonassem a tese da hierarquia constitucional das normas previstas em tratados de direitos humanos. Pelo contrário, muitos continuaram defendendo que todos os tratados de direitos humanos de que o Brasil é signatário e que foram internalizados em nosso ordenamento são normas materialmente constitucionais, independentemente do quórum de aprovação a que foram submetidos no Congresso Nacional. A diferença residiria apenas no fato de que os tratados aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, seriam normas formalmente constitucionais.

Nesse sentido, Valério Mazzuoli afirma que, tecnicamente, os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados pelo Brasil já têm status de norma constitucional, em virtude do disposto no § 2º do art. 5º da Constituição, pois, se a Constituição não exclui os direitos humanos provenientes de tratados, pode-se concluir que ela própria os inclui no seu catálogo de direitos protegidos, ampliando o seu “bloco de constitucionalidade” e atribuindo-lhes hierarquia de norma constitucional. Mazzuoli exclui, já em seu ponto de partida, o entendimento de alguns autores, de que os tratados de direitos humanos não aprovados na forma prevista no § 3º do art. 5º da Constituição equivaleriam hierarquicamente à lei ordinária federal, uma vez que os mesmos teriam sido aprovados apenas por maioria simples e não pelo quorum que lhes impõe o mencionado parágrafo. Conclui, assim, que “o quórum que o § 3º do art. 5º estabelece serve tão-somente para atribuir eficácia formal a esses tratados no nosso ordenamento jurídico interno, e não para atribuir-lhes a índole e o nível materialmente constitucionais que eles já têm em virtude do § 2º do art. 5º da Constituição”³³³.

Ele acrescenta, ainda, que apesar de o artigo 5.º, § 3.º, da Constituição ter tido, aparentemente, um objetivo louvável, esse acabou por se constituir em um dispositivo incongruente. Se o objetivo foi “colocar termo às controvérsias (doutrinárias e jurisprudenciais) sobre o nível hierárquico dos tratados de direitos humanos no Brasil, parece que a tal desiderato não conseguiu chegar”. Mazzuoli afirma que também sempre entendeu necessária a mudança do texto constitucional brasileiro, objetivando eliminar os debates sobre o grau hierárquico conferido pela Constituição aos tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil. Todavia, a proposta por ele defendida era muito diferente daquela adotada pela Emenda Constitucional nº 45/2004, indo no sentido de que os tratados

³³³ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Curso de direito internacional público*, 3ª ed. São Paulo: RT, 2009, p. 764.

internacionais de direitos humanos, uma vez ratificados, deveriam incorporar-se automaticamente à ordem interna brasileira com hierarquia constitucional. Desse modo, pretendia incluir em nossa Carta Magna não um dispositivo que hierarquizasse os tratados de direitos humanos, mas sim um que reforçasse o significado do § 2º do art. 5º, dando-lhe “verdadeira interpretação autêntica”³³⁴.

Sobre o ponto, Cançado Trindade apresentou, à época, uma dura crítica, qualificando a Emenda Constitucional nº 45/2004 como “bisonha e patética”. Segundo esse autor, a referida emenda:

Mal concebida, mal redigida e mal formulada, representa um lamentável retrocesso em relação ao modelo aberto consagrado pelo artigo 5(2) da Constituição Federal de 1988. No tocante aos tratados anteriormente aprovados, cria um imbróglio tão a gosto de nossos publicistas estatocêntricos, insensíveis às necessidades de proteção do ser humano. Em relação aos tratados a aprovar, cria a possibilidade de uma diferenciação tão a gosto de nossos publicistas míopes, tão pouco familiarizados, - assim como os parlamentares que lhes dão ouvidos, - com as conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Este retrocesso provinciano põe em risco a interrelação ou indivisibilidade dos direitos protegidos em nosso país (previstos nos tratados que o vinculam), ameaçando-os de fragmentação ou atomização, em favor dos excessos de um formalismo e hermetismo jurídicos cívados de obscurantismo. Os triunfalistas da recente emenda constitucional n. 45/2004, não se dão conta de que, do prisma do Direito Internacional, um tratado ratificado por um Estado o vincula ipso jure, aplicando-se de imediato, quer tenha ele previamente obtido aprovação parlamentar por maioria simples ou qualificada. Tais providências de ordem interna, - ou, ainda menos, de interna corporis, - são simples fatos do ponto de vista do ordenamento jurídico internacional, ou seja, são, do ponto de vista jurídico internacional, inteiramente irrelevantes³³⁵.

No mesmo sentido, Flávia Piovesan rejeita a ideia de que, em face do § 3º do art. 5º, todos os tratados de direitos humanos já ratificados seriam recepcionados como lei federal, pois não teriam obtido o quorum qualificado de três quintos previsto pelo texto constitucional. Ela lembra que os tratados de proteção dos direitos humanos ratificados antes da Emenda Constitucional nº 45/2004 contaram com ampla maioria na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, excedendo, na maior parte dos casos, o quórum dos três quintos dos membros em cada Casa. Todavia, não foram aprovados por dois turnos de votação, já que – obviamente – não havia previsão para o procedimento de dois turnos. Afirma, ainda, que

³³⁴ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional de convencionalidade das leis*. 1. ed em e-book baseada na 4. ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, parte II, cap. 1.

³³⁵ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Desafios e conquistas do direito internacional dos direitos humanos no início do século XXI, in CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.), *Desafios do direito internacional contemporâneo*, Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007, p. 209, nota n. 6.

todos os tratados de direitos humanos, independentemente do quorum de sua aprovação, são materialmente constitucionais, por força do art. 5º, § 2º, e compõem, assim, o bloco de constitucionalidade. O quorum qualificado serviria apenas para reforçar essa natureza, propiciando a “constitucionalização formal” dos tratados de direitos humanos no cenário jurídico interno³³⁶.

No âmbito jurisprudencial, por outro lado, houve a consolidação do entendimento do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento, em 3 de dezembro de 2008, do Recurso Extraordinário nº 466.343-SP, onde se questionava a possibilidade da aplicação da prisão civil do depositário infiel em face do Pacto de San José da Costa Rica. Na ocasião, a maioria dos Ministros acompanhou o voto-vista do Ministro Gilmar Mendes, que considerou serem os tratados de direitos humanos normas suprategais, estando, portanto, abaixo da Constituição, mas acima de toda a legislação infraconstitucional.

Apesar de definida a posição da Suprema Corte, o referido julgado não encerrou a celeuma no campo doutrinário. A maior parte dos autores que defendia o caráter materialmente constitucional de todos os tratados de direitos humanos assinados pelo Brasil não modificou sua posição e espera uma mudança jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal.

José Luis Bolzan de Moraes, por exemplo, em sua obra *As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espaço temporal dos Direitos Humanos*, após referir a inserção do § 3º no artigo 5º da Constituição Federal, por meio da Emenda Constitucional nº 45/2004, bem como a jurisprudência do STF que localizou os tratados internacionais de direitos humanos como normas suprategais, afirma que é necessário perceber o caráter inovador da norma prevista no § 2º do artigo 5º, constituindo-se essa “como cláusula constitucional aberta, pois, a partir dela pode-se construir a hipótese que se assenta na perspectiva de que a mesma atribuiria natureza de norma constitucional aos tratados internacionais de direitos humanos”³³⁷. Ele faz isso a partir de uma interpretação teleológica e sistemática do texto de 1988, que considera a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais como axiomas do fenômeno constitucional, vinculados à legitimidade material da Constituição.

Entretanto, está consolidado, até os dias atuais, o entendimento do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que os tratados internacionais de direitos humanos que não foram

³³⁶ PIOVESAN, Flávia. Op. cit. p. 19.

³³⁷ BOLZAN DE MORAIS, José Luis. *As Crises do Estado e da Constituição e a Transformação Espaço temporal dos Direitos Humanos*. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 117.

aprovados com o procedimento análogo ao das emendas constitucionais são normas supralegais³³⁸.

3.3.2.2. O duplo controle

É fundamental, nesse momento, colocar a questão sob o prisma do direito internacional dos direitos humanos. A prática reiterada das Cortes Internacionais é considerar as normas internas – mesmo as normas constitucionais – como “meros fatos”, que expressam a vontade do Estado. Não é reconhecido nem mesmo o caráter jurídico dessas normas. Isso ocorre pois o Direito Internacional possui suas próprias fontes normativas, independentes, em regra, das fontes internas dos Estados³³⁹. Desse modo, o direito interno só será utilizado se houver remissão da norma internacional.

De fato, não é difícil perceber que seria praticamente impossível conciliar todas as fontes normativas de todos os Estados que compõem os organismos internacionais e, ainda, as próprias normas criadas em âmbito internacional, a não ser que restasse estabelecida uma rígida hierarquia entre estas e aquelas – o que, ainda assim, não resolveria todos os problemas. Além disso, as leis de um país, bem como seus atos administrativos e suas decisões judiciais, certamente representam a vontade desse, principalmente quando criadas ou proferidas de acordo com as regras procedimentais previstas em seu ordenamento jurídico.

³³⁸ Vale frisar que essa não foi a posição de todos os ministros da Suprema Corte. No mesmo julgado em que restou definida a atual posição do STF, o Ministro Celso de Mello reavaliou seu próprio entendimento, explicitado em julgados anteriores, sobre a hierarquia dos tratados de direitos humanos, para sustentar a existência de um regime jurídico misto, baseado na distinção entre os tratados tradicionais e os tratados de direitos humanos, conferindo aos últimos hierarquia constitucional. Neste sentido, argumentou: As razões invocadas neste julgamento, no entanto, convencem-me da necessidade de se distinguir, para efeito de definição de sua posição hierárquica em face do ordenamento positivo interno, entre as convenções internacionais sobre direitos humanos (revestidas de "suprlegalidade", como sustenta o eminentíssimo Ministro Gilmar Mendes, ou impregnadas de natureza constitucional, como me inclino a reconhecer) e tratados internacionais sobre as demais matérias (compreendidos estes numa estrita perspectiva de paridade normativa com as leis ordinárias). (...) É preciso ressaltar, no entanto, como precedentemente já enfatizado, as convenções internacionais de direitos humanos celebradas antes do advento da EC n.45/2004, pois, quanto a elas, incide o parágrafo 2º do art.5º da Constituição, que lhes confere natureza materialmente constitucional, promovendo sua integração e fazendo com que se subsumam à noção mesma de bloco de constitucionalidade".

³³⁹ André de Carvalho Ramos cita a histórica decisão da Corte Permanente de Justiça Internacional que estabeleceu que “Do ponto de vista do Direito Internacional e da Corte que é seu órgão, leis locais são meramente fatos que expressam a vontade e constituem as atividades dos Estados, da mesma forma que as decisões legais ou medidas administrativas”. Lembra, ainda, o referido doutrinador que “assim, mesmo a norma constitucional de um Estado é vista não como “norma suprema”, mas como mero fato, que, caso venha a violar norma jurídica internacional, acarretará a responsabilização internacional do Estado infrator”. RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos: Análise dos Mecanismos de Apuração de Violações de Direitos Humanos e a Implementação das Decisões no Brasil*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 381.

Todavia, segundo André de Carvalho Ramos³⁴⁰, não há qualquer incompatibilidade entre o ordenamento jurídico interno e o sistema internacional de proteção dos direitos humanos. Esses direitos estão, na verdade, albergados por um “duplo controle”, em que a validade de qualquer norma deve ser aferida tanto com base na Constituição, sendo a sua guardiã a Suprema Corte, quanto em relação aos tratados internacionais de direitos humanos, cabendo a última palavra, nesse caso, às cortes internacionais.

Quando, por exemplo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos decide uma questão de forma diversa ao pronunciamento do Supremo Tribunal Federal, ela o está fazendo com base em um parâmetro diferente da decisão do STF. É evidente que a Suprema Corte nacional também considera em seus julgamentos os tratados internacionais de direitos humanos incorporados ao nosso ordenamento jurídico, *justamente* por esses já fazerem parte de nosso ordenamento. Entretanto, os considera normas suprategais, como acima explicitado – exceto, obviamente, aqueles aprovados nos termos do § 3º do artigo 5º da Constituição Federal.

Por outro lado, a Corte Interamericana de Direitos Humanos utiliza como parâmetro de validade os tratados internacionais, especialmente a Convenção Americana de Direitos Humanos, considerando, como já mencionado, as normas internas como meros fatos, inclusive as disposições de ordem constitucional. Repise-se, portanto, que o Supremo Tribunal Federal dá a última palavra sobre a constitucionalidade dos atos normativos, mas não sobre a sua *convencionalidade*, já que a análise da compatibilidade das leis com os tratados internacionais, especialmente os de direitos humanos, cabe, em última instância, às cortes internacionais. Nisso consiste o duplo controle a que todos os atos normativos estão submetidos em matéria de proteção de direitos humanos.

Poder-se-ia, evidentemente, questionar a compatibilidade com a nossa Constituição – e, consequentemente, com o nosso ordenamento jurídico como um todo – da própria possibilidade de uma decisão, proferida por uma corte internacional, considerar a legislação

³⁴⁰ Segundo o referido autor, “adoto a teoria do duplo controle ou crivo de direitos humanos, que reconhece a atuação em separado do controle de constitucionalidade (STF e juízos nacionais) e do controle de convencionalidade (Corte de San José e outros órgãos de direitos humanos do plano internacional). Os direitos humanos, então, no Brasil possuem uma dupla garantia: o controle de constitucionalidade nacional e o controle de convencionalidade internacional. Qualquer ato ou norma deve ser aprovado pelos dois controles, para que sejam respeitados os direitos no Brasil.” RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos: Análise dos Mecanismos de Apuração de Violações de Direitos Humanos e a Implementação das Decisões no Brasil*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 404.

interna e a própria Constituição Federal como meros fatos, para efeitos de responsabilização internacional do país.

A resposta, entretanto, encontra-se no próprio texto constitucional. Inicialmente, a possibilidade firmar tratados internacionais implica, evidentemente, a necessidade de cumprilos. Além disso, a importância dada à temática dos direitos fundamentais/direitos humanos pela Constituição demonstra que a sua proteção é um valor fundante de nossa ordem jurídica, devendo guiar toda e qualquer interpretação do texto constitucional. Entretanto, a mais evidente demonstração de que inexiste, na Constituição Federal de 1988, qualquer incompatibilidade com o cumprimento de decisões proferidas por cortes internacionais, especialmente relativas à temática dos direitos humanos, é previsão expressa de sua defesa pelo Brasil no ADCT. De fato, prevê o artigo 7º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias que “O Brasil propugnará pela formação de um tribunal internacional dos direitos humanos”. Não há, portanto, margem para dúvidas: o Brasil não deverá apenas aderir a eventual corte de direitos humanos existente, mas, em sua falta, *propugnar* pela sua criação.

Necessário ressaltar que não há sentido na defesa de posição diversa – ou seja, de que eventual decisão proferida por corte internacional que interprete de forma diversa o conteúdo e alcance de tratado internacional não deve ser cumprida – já que, para provocar as cortes internacionais, é necessário o esgotamento dos recursos internos, tendo em vista ser a subsidiariedade³⁴¹ uma das principais características da jurisdição internacional dos direitos humanos. Assim, se a corte internacional repetisse o que o STF disse, seria inútil, se dissesse o contrário, seria desrespeitada.

Em outras palavras, tendo em vista a necessidade, em regra, de esgotamento dos meios internos para que se abra a possibilidade de provação das cortes internacionais, o pronunciamento dessas ocorrerá após o esgotamento da jurisdição interna, o que

³⁴¹ A subsidiariedade dos mecanismos internacionais de apuração de violações de direitos humanos consiste no reconhecimento do dever primário dos Estados em prevenir violações a direitos protegidos, ou, ao menos, reparar os danos causados às vítimas, para somente após o seu fracasso, ser invocada a proteção internacional. Por isso, as vítimas de violações de direitos humanos devem, em geral, esgotar os meios ou recursos internos disponíveis para a concretização do direito protegido, para, após o insucesso da tentativa nacional, busca o remédio no plano internacional. RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos: Análise dos Mecanismos de Apuração de Violações de Direitos Humanos e a Implementação das Decisões no Brasil*. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 78. Cançado Trindade acrescenta, ainda, que “a regra do esgotamento dos recursos internos dá testemunho da interação entre o Direito Internacional e o Direito Interno da subsidiariedade, que é implícita, do procedimento internacional”, (p. 55).TRINDADE, Antônio Augusto Cançado (ed.). *A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro*. San José da Costa Rica/Brasília: Instituto Interamericano de Direito Humanos, Comitê Internacional da Cruz Vermelha, Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, Comissão da União Europeia, 1996, p. 55.

provavelmente incluirá – especialmente em questões conexas aos direitos humanos – a jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal. Já havendo, portanto, um pronunciamento da Suprema Corte, é evidente que a viabilidade da provocação de uma instância internacional traz consigo a possibilidade de que esse pronunciamento seja diverso do que foi decidido pelo STF no âmbito interno – e, obviamente, a necessidade de cumprimento da decisão proferida em âmbito internacional – sob pena de tornar completamente inócuas a jurisdição internacional. Assim sendo, as decisões proferidas pelas cortes internacionais devem ser cumpridas, mesmo que sejam contrárias ao que foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal.

Necessário frisar que o reconhecimento da necessidade de cumprimento das decisões proferidas no âmbito internacional, mesmo quando contrariem frontalmente o que foi decidido no âmbito interno pela Suprema Corte, não implica uma fragilização da Constituição Federal. De fato, é possível pensar que, tendo sido uma questão decidida através da jurisdição constitucional do STF, o reconhecimento da validade e da eficácia de qualquer decisão proferida, posteriormente, em sentido contrário, colocaria em cheque a própria supremacia da Constituição. Essa conclusão, todavia, não resiste a uma análise mais atenta do texto constitucional de 1988. Como dito anteriormente, a própria Carta Magna prevê a existência de tratados internacionais de direitos humanos e, mais do que isso, a jurisdição internacional dos direitos humanos.

Não se pode esquecer, ainda, que os direitos fundamentais/direitos humanos constituem um dos alicerces sobre o qual se ergue toda a principiologia constitucional³⁴². Assim, o fortalecimento da defesa desses direitos através do reconhecimento da jurisdição internacional de proteção aos direitos humanos, longe de fragilizar a Constituição, auxilia na proteção de um de seus principais valores.

De fato, a negação da validade ou da eficácia, no território brasileiro, de uma decisão proferida por uma corte internacional em matéria de direitos humanos somente pode ser sustentada dentro de uma lógica completamente presa à noção tradicional de soberania – que, como dito anteriormente, nunca chegou a existir da forma como foi desenhada nos modelos teóricos – onde o poder estatal não admite qualquer tipo de questionamento, sendo capaz de

³⁴² A título de exemplo, pode ser citada a exposição relativa aos direitos fundamentais feita por Gustavo Binenbojm em obra onde defende que a ordem constitucional inaugurada com a Constituição Federal de 1988 tem como principais pilares a democracia e os direitos fundamentais. BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. – 3^a Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

definir o conteúdo e o espectro de aplicação de todos os atos normativos, justamente por ser uno, indivisível, inalienável e imprescritível.

3.3.3 A incompatibilidade do ativismo judicial e do garantismo penal com o contexto internacional

Nesse momento, é cabível questionar: estariam, nos dias atuais, o garantismo penal praticado no Brasil e o ativismo judicial em sintonia com o contexto internacional anteriormente desenhado? A resposta parece ser negativa.

Não é apenas a completa negação de eficácia das decisões proferidas pelos tribunais internacionais que revela uma linha de pensamento conexa a conceitos mais amplos e já bastante questionados. Mesmo entre os que compreendem a relevância da jurisdição internacional, não é incomum que essa seja, ainda, analisada dentro de um conjunto de instrumentos teóricos essencialmente moderno, que relega a um segundo plano as importantes transformações ocorridas no mundo nas últimas décadas.

O garantismo penal, no Brasil, segue essa linha. Inicialmente, é necessário repisar que o garantismo não se limita ao âmbito do Direito Penal e Processual Penal³⁴³. Todavia, apesar da amplitude do constitucionalismo garantista, os ramos do direito em que o garantismo tem maior repercussão em nosso país são, sem dúvida, o Direito Penal e o Direito Processual Penal. Ainda que a doutrina produzida em torno do garantismo penal, no Brasil, reconheça a importância dos tratados internacionais e da jurisdição internacional para a efetivação das garantias dos acusados em processos penais ou em investigações criminais, a análise feita por esses doutrinadores ainda é completamente centrada na legislação interna e na Constituição, bem como nos procedimentos da jurisdição nacional, mesmo quando trazem à baila a questão dos pactos internacionais.

Nesse sentido, vale citar a obra de Cezar Roberto Bitencourt³⁴⁴. Em seu *Tratado de Direito Penal*, Bitencourt dedica uma parte do capítulo referente à “lei penal no espaço”

³⁴³ O referido ponto é aprofundado no quarto capítulo da presente dissertação.

³⁴⁴ Cezar Roberto Bitencourt é um reconhecido defensor do garantismo penal no Brasil. Necessário destacar, nesse momento, que entendemos que qualquer autor que desenvolva estudos sobre o sistema penal brasileiro no campo da dogmática, exclusivamente ou não, trabalhará dentro de uma perspectiva garantista, tendo em vista que nosso sistema constitucional – e, consequentemente, nosso direito penal – é garantista. Considerando, entretanto, que essa posição não é consensual na doutrina brasileira, entendemos ser válido trazer ao debate a posição de autores que defendem expressamente o garantismo penal. A título de exemplo, podemos citar a seguinte passagem, onde Bitencourt afirma que: “[...] é no art. 5º da nossa *Carta Magna*

especificamente ao “controle jurisdicional de convencionalidade das leis”. Nesse subtítulo, o referido autor aborda, obviamente, a possibilidade de controle de validade dos atos normativos produzidos em nosso país tendo como parâmetro os tratados internacionais assinados pelo Brasil. Em nenhum momento, entretanto, é referida a possibilidade de controle por parte de uma corte internacional. De fato, Bitencourt, ao tratar do controle de convencionalidade, trabalha apenas com a possibilidade de realização desse controle pelo Poder Judiciário brasileiro.

Poder-se-ia afirmar que a questão é meramente terminológica, e que o doutrinador não se referiu a decisões proferidas por cortes internacionais por entender que o conceito de controle de convencionalidade engloba apenas o controle interno que utiliza como parâmetro de validade não o texto constitucional, mas sim os tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário. Entretanto, essa interpretação – limitando o alcance do controle de convencionalidade – está longe de ser consensual na doutrina brasileira, como demonstrado anteriormente. Esse fato, associado à quase completa ausência de esclarecimentos sobre o referido ponto na obra, torna pouco provável ser realmente essa a razão de terem sido ignoradas as decisões proferidas por cortes internacionais. Ademais, ainda que seja esse o caso, é sintomático que o autor referido dedique uma parte de sua obra especificamente a analisar o controle de convencionalidade realizado internamente sem fazer uma análise minimamente aprofundada das decisões proferidas pelos tribunais internacionais em qualquer ponto de seu *Tratado*³⁴⁵.

Outro aspecto que merece destaque é que Bitencourt afirma, em duas oportunidades apenas no subtítulo mencionado, que o controle de convencionalidade surgiu com a Emenda Constitucional nº 45/2004. Primeiramente, fazendo expressa referência à obra de Valério Mazzuoli, ele assevera que “esse acréscimo constitucional trouxe ao ordenamento jurídico brasileiro uma nova modalidade de controle à normalidade interna, até então desconhecida em nosso meio, qual seja, o controle de convencionalidade das leis”³⁴⁶. Em um segundo momento, Bitencourt afirma que:

onde encontramos princípios constitucionais específicos em matéria penal, cuja função consiste em orientar o legislador ordinário para a adoção de um sistema de controle penal voltado para os direitos humanos, embasado em um Direito Penal da culpabilidade, um Direito Penal mínimo e garantista, como veremos nas seguintes epígrafes”. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Vol. 1 - Parte Geral, 23^a ed. São Paulo. Saraiva, 2017, p. 52.

³⁴⁵ Deve-se excetuar, aqui, o ponto referente ao Tribunal Penal Internacional, ao qual Bitencourt dedica também um subtítulo de seu *Tratado de Direito Penal*. Entretanto, a questão nada tem a ver com a possibilidade do controle de validade de atos normativos com base em tratados internacionais.

³⁴⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Vol. 1 - Parte Geral, 23^a ed. São Paulo. Saraiva, 2017, p. 259.

Sintetizando, a partir da Emenda Constitucional n. 45, a validade de toda lei ordinária está condicionada à dupla compatibilidade vertical material, isto é, deve ser compatível com a Constituição e com os Tratados de Direitos Humanos vigentes no País. Em outros termos, se conflitar com aquela ou com qualquer destes, não terá validade, a despeito de estar vigente: em relação à primeira, por inconstitucionalidade, e, em relação a qualquer destes, por inconvencionalidade, neologismo resgatado por Mazzuoli³⁴⁷.

É certo, entretanto, que a possibilidade de controle dos atos normativos internos com base nos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário não surgiu com a Emenda Constitucional nº 45/2004, ainda que essa tenha alterado significativamente o ordenamento jurídico pátrio nesse ponto.

Todavia, tendo em vista que a citada emenda trouxe expressamente a previsão de que os tratados internacionais aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais, a afirmação de que essa inaugurou, no ordenamento jurídico nacional, o controle de convencionalidade é bastante reveladora. De fato, demonstra um pensamento ainda completamente centrado apenas no texto constitucional, onde é necessária uma *autorização expressa* da Constituição para que seja possível pensar em qualquer interferência no desenho de nosso ordenamento jurídico por um tratado internacional.

Outro conhecido defensor do garantismo penal em nosso país é Aury Lopes Jr. Em sua obra intitulada *Fundamentos do processo penal*, o referido autor explicita, especialmente no primeiro capítulo, o que chama de “fundamento de existência do processo penal”. Nesse, a referência à Constituição é uma constante. De fato, toda a argumentação construída nesse capítulo desenvolve-se em torno da Constituição, a começar pelo primeiro subtítulo, chamado de “Constituindo o processo penal desde a Constituição”. O citado autor inicia seu pensamento afirmando que a primeira questão a ser enfrentada por quem se dispõe a pensar o processo penal contemporâneo é referente ao fundamento da sua existência. Prossegue, então, afirmando que:

Buscar a resposta a essa pergunta nos conduz à definição da lógica do sistema, que vai orientar a interpretação e a aplicação das normas processuais penais. Noutra dimensão, significa definir qual é o nosso paradigma de leitura do processo penal, buscar o ponto fundante do discurso. Nossa opção é pela leitura constitucional e,

³⁴⁷ BITENCOURT, Cesar Roberto. *Tratado de Direito Penal*. Vol. 1 - Parte Geral, 23^a ed. São Paulo. Saraiva, 2017, p. 261.

dessa perspectiva, visualizamos o processo penal como instrumento de efetivação das garantias constitucionais.³⁴⁸

Note-se que Aury Lopes Jr. afirma expressamente a necessidade de buscar uma “lógica do sistema”, capaz de orientar a interpretação e aplicação das normas. Essa necessidade foi suprida de maneira clara e objetiva pelo autor através da referência ao texto constitucional. Fica claro, portanto, que a lógica do sistema, em sua obra, é dada pela Constituição. Frise-se que o autor não ignora, evidentemente, a existência de tratados internacionais – esses apenas não ocupam uma posição central em seu texto. Ele chega a citar os tratados em algumas oportunidades, inclusive no capítulo referente aos fundamentos do processo penal. Esses servem, todavia, quase que somente como um reforço da defesa desenvolvida sobre valores já presentes no texto constitucional. Ao falar da liberdade individual, por exemplo, ele diz que essa “por decorrer necessariamente do direito à vida e da própria dignidade da pessoa humana, está amplamente consagrada no texto constitucional e tratados internacionais”³⁴⁹. Posteriormente, ao abordar o poder de intervenção estatal, ele afirma que “nossa atual Constituição e, antes dela, a Declaração Universal dos Direitos Humanos consagram certas limitações necessárias para a coexistência e não toleram tal submissão do homem ao ente superior”³⁵⁰.

A leitura da construção feita pelo citado doutrinador sobre os fundamentos do processo penal não confirma, portanto, a ideia indicada por esse em sua nota à 3ª edição da obra em comento, quando ele coloca, como um dos pilares básicos para a análise dos fundamentos do processo penal, a “filtragem constitucional e de convencionalidade (imprescindibilidade de leitura conforme a Constituição e a Convenção Americana de Direitos Humanos)”³⁵¹, indicando uma equivalência entre os planos interno e externo.

Os exemplos acima mencionados representam apenas uma pequena amostra de um fenômeno corrente entre os doutrinadores que trabalham dentro da perspectiva do garantismo penal em nosso país. Esses autores, quando baseiam-se também em tratados internacionais, mas com evidente proeminência, em sua abordagem, para a Constituição, ainda estão fazendo

³⁴⁸ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*, 3ª ed., São Paulo. Saraiva, 2017.

³⁴⁹ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*, 3ª ed., São Paulo. Saraiva, 2017, p. 31.

³⁵⁰ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*, 3ª ed., São Paulo. Saraiva, 2017, p. 37.

³⁵¹ LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*, 3ª ed., São Paulo. Saraiva, 2017, p. 21. A mesma ideia é repetida no primeiro capítulo da obra, quando afirma o autor que “A luta é pela superação do preconceito em relação à eficácia da Constituição no processo penal. Mais do que isso, é necessário fazer-se um controle judicial da convencionalidade das leis penais e processuais penais” (*ibidem*, p. 32). Todavia, como dito anteriormente, a construção feita nas páginas que se seguem dão clara ênfase ao aspecto constitucional, utilizando os tratados internacionais majoritariamente como um reforço argumentativo.

uma análise de cunho essencialmente moderno. Repise-se: a tensão entre a territorialidade e a mundialidade perpassou todo o período da modernidade. O que caracterizou o período anterior ao que atualmente muitos chamam de *pós-modernidade*³⁵² não foi a completa rejeição do plano internacional, mas sim a notável proeminência do aspecto interno.

Ou seja, esses autores, ao realizar uma apreciação que leva em consideração tanto o aspecto interno quanto o internacional, mas claramente focada no primeiro, desenvolvem uma concepção que apenas aparenta ser pós-moderna ou hipermoderna – legitimando-se e justificando-se por meio da referência a um contexto internacional que evidentemente se mostra cada vez mais relevante – mas que não altera a estrutura dos fundamentos apresentados para realmente englobar e compreender as transformações do mundo atual.

Seguindo a mesma linha, o ativismo judicial brasileiro está em completa dissintonia com o atual cenário internacional, de notória relativização da soberania e progressiva “eliminação” de muitas fronteiras, ao menos no sentido dado a esses termos durante a modernidade. De fato, no mundo atual, fatos ocorridos em partes distantes do globo são cada vez mais relevantes. Crises em países do oriente, por exemplo, afetam diretamente a vida das pessoas no Brasil, seja em razão de questões migratórias – com relevante repercussão humanitária – ou por causa de oscilações no mercado, que podem determinar a intensa diminuição na importação de determinadas mercadorias e até mesmo a quebra de várias empresas. O direito internacional, evidentemente, não está alheio a isso, existindo um sem-número de tratados transnacionais de cunho comercial, vedando algumas formas de protecionismo e outras medidas que podem afetar empresas de outros países, bem como em matéria de direitos humanos, fixando regras para o tratamento de imigrantes e estrangeiros em diversas situações.

Entretanto, o ativismo judicial praticado no Brasil segue uma racionalidade completamente diversa. Sua íntima conexão com a tradição autoritária brasileira – que será aprofundada na segunda parte dessa tese – lhe dá um caráter tipicamente provinciano. As práticas autoritárias de muitos de nossos juízes remetem, de fato, a uma lógica feudal, onde cada magistrado é o senhor de sua jurisdição, criando seu próprio ordenamento jurídico. Supõem, esses magistrados, cumprir o mandamento constitucional da fundamentação das

³⁵² A questão da nomenclatura utilizada, bem como as diferentes análises que são feitas no campo da sociologia sobre o momento em que vivemos já foi feita anteriormente nesse estudo, no capítulo dedicado ao tema.

decisões judiciais³⁵³ através de argumentos que apenas guardam uma aparência jurídica – e, por vezes, nem isso³⁵⁴ –, baseados no princípio da livre convicção motivada, já extirpado de nosso ordenamento processual, mas, aparentemente, impregnado de forma indelével na consciência de muitos agentes públicos.

Ambos os fenômenos – o garantismo penal e o ativismo judicial – estão inseridos em um contexto de crescimento do Poder Judiciário na dinâmica institucional de diversos países ao redor do mundo. Esse crescimento conecta-se diretamente à crise de representação nesses territórios, bem como ao grande desenvolvimento dos debates internacionais sobre direitos humanos, que levou, em associação a outros temas, à relativização da noção tradicional da soberania, característica da pós-modernidade. A primeira contradição resta, desde já, evidente. São fenômenos que devem a sua relevância à pós-modernidade, mas que funcionam de maneira essencialmente moderna ou mesmo pré-moderna.

4. Conclusões parciais

É intuitiva a conexão entre a noção de autoritarismo e a de poder. Seria, de fato, difícil imaginar uma concepção de autoritarismo que não envolvesse algum tipo de abuso do que muitos consideram ser o poder. Entretanto, quando retiramos da equação o próprio poder – ou, pelo menos, a noção tradicional do que esse seria – a análise se torna muito mais complexa, mas também mais adequada para descrever as instituições e os fenômenos analisados.

Como já dito anteriormente, Foucault entende que não há algo como o poder. Existem, entretanto, relações de poder, bem como estruturas sobre as quais essas relações se desenvolvem de maneira preferencial. Entre essas estruturas estão as instituições de Estado,

³⁵³ Prevê o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988 que: Art. 93. Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: [...] IX - todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

³⁵⁴ Cite-se, por exemplo, a sentença proferida no Processo nº: 001/2.12.0089261-3, que tramitou na 1ª Vara Criminal do Foro Regional Tristeza da Comarca de Porto Alegre, onde o magistrado citou, como um dos fundamentos da decisão – a fim de sustentar seu posicionamento sobre direitos humanos –, trecho de entrevista concedida pela atriz Paolla Oliveira à revista *Marie Claire*, onde afirmou que “Direitos Humanos é para quem sabe o que isso significa. Não para quem comete atrocidades de forma inconsequente”. O juiz referiu, ainda, outro trecho da mesma entrevista, onde a atriz assevera que “O sistema é muito frágil. Tem que haver mais rigidez na punição”.

incluído aí o Poder Judiciário. Sem tentar fazer aqui nenhum jogo de palavras, não há poder no Poder Judiciário, mas há um fluxo contínuo de relações de poder que se desenvolvem dentro do Judiciário. Essa ausência de um poder estático, possuído ou “apropriado”, faz com que a dinâmica das relações mencionadas seja bastante diversa do que muitos creem. As relações que se desenvolvem dentro das instituições e entre as instituições se dão, portanto, de uma maneira muito mais fluida. Os indivíduos e as instituições agem constantemente para que sua capacidade de ação e de influência, seus direitos e, por vezes, seus privilégios não sejam prejudicados e, quiçá, sejam até incrementados.

Essa percepção é fundamental para que se possa compreender o que é o autoritarismo relacional e como ele é veiculado dentro de nosso Poder Judiciário. Esse autoritarismo é constituído, pelo menos sob certo aspecto, por um conjunto de práticas que tenta se adequar à forma como as relações de poder se desenvolvem nessa instituição, buscando a manutenção e o incremento de sua capacidade de ação no plano individual ou institucional. Em outras palavras, o autoritarismo relacional, na forma como é caracterizado nessa tese, não é uma demonstração de força daqueles envolvidos nessas práticas, mas sim o resultado da ausência de força – ausência de um poder “possuído” e não passível de questionamento.

Somente através dessa reflexão que se pode entender como, em um contexto pós-moderno, caracterizado pelo profundo questionamento das instituições que compõem o Estado, ainda é possível falar-se em autoritarismo dentro dessas mesmas instituições. É verdade que a própria crise de representação também contribuiu com o processo de crescimento do Poder Judiciário, mas isso ajuda apenas a compreender como esse Poder ganhou força nas últimas décadas em relação aos Poderes compostos por representantes eleitos. De fato, em um contexto de fragilização das instituições modernas, o desenvolvimento de qualquer uma delas é sempre relativo. Como visto, a crise da modernidade é uma crise ampla, que coloca em questão até mesmo as bases de uma racionalidade que se construiu através dos séculos e que culminou no fenômeno que costumamos chamar de modernidade. Nenhuma instituição está fora dessa dinâmica.

Ao falar-se dessa racionalidade construída através dos séculos não se está a invocar uma concepção idealista, que colocaria as ideias em uma posição de proeminência sobre os aspectos materiais de nossa existência. Entende-se, de fato, que a percepção mais apurada dessa crise que hoje vivemos vem justamente de Baudrillard e de sua crítica à sociedade do consumo. É, mesmo, impossível compreender adequadamente a hiper-realidade exposta por Baudrillard sem conhecer sua crítica à sociedade capitalista pós-industrial, ou seja, uma

sociedade em que o controle do sistema de consumo passou a ser tão ou mais importante do que o controle do sistema de produção.

A centralidade do consumo em nossa sociedade teve consequências dramáticas. Consumir deixou de ser apenas adquirir ou utilizar algo. Consumir tornou-se comunicar algo e, em última análise, confundiu-se com ser algo. Mas a simulação que começou com o consumo não se ateve a ele. A hiper-realidade é o novo mundo em que vivemos e as redes sociais são a sua forma mais bem acabada nos dias de hoje. Assim, o descolamento da realidade – ou substituição da realidade – nas redes sociais seria, na verdade, a concretização da simulação descrita por Baudrillard. Além disso, é importante compreender que essa simulação nascida da perda de referencial, diretamente ligada à sociedade do consumo, é que possibilitou a nova versão do extremismo político que presenciamos nos dias atuais, caracterizada pelo total descolamento da realidade – ou, novamente, pela substituição da realidade. É possível dizer, portanto, que a simulação do consumo, pelo menos em alguma medida, deu origem à simulação da política.

As estratégias utilizadas por esses grupos políticos – ainda que sejam beneficiadas pelos próprios algoritmos das redes sociais, que frequentemente recomendam conteúdos mais radicalizados e não necessariamente fiéis à realidade, já que são os conteúdos com maior poder de engajamento – baseiam-se na desinformação, impossibilitando um debate público consistente sobre qualquer questão relevante. Plataformas políticas são construídas sobre notícias falsas, buscando controlar as pautas através do apelo ao pânico. Entretanto, quando fazemos uma análise sobre o caráter do marketing comercial, percebemos que a estratégia é, muitas vezes, essencialmente a mesma. Diversos produtos apostam em comerciais completamente inverossímeis, como ervas e chás alegadamente capazes de curar qualquer tipo de doença. O importante não é ser crível, mas ter um impacto suficiente para chamar a atenção de quem ouve, sendo que o convencimento não se dá pela razão, mas sim pela emoção e pela repetição. Há muito tempo que campanhas políticas são coordenadas, em muitos países, por profissionais de propaganda oriundos do marketing comercial, mas talvez nunca tenha sido tão evidente a confusão existente entre a forma de vender um produto e a maneira de *vender* uma concepção política.

O crescimento desse novo populismo reforça, ainda, a ideia de simulação através de um outro aspecto. Seguindo uma linha já conhecida dos movimentos fascistas da primeira metade do século XX, esses novos líderes políticos frequentemente buscam uma ligação direta com o povo. Evidentemente, esse *povo* refere-se muito mais a um símbolo, a uma imagem idealizada dentro dos padrões concebidos por aquele grupo político – o povo alegre,

o povo trabalhador, o povo cristão – do que efetivamente à população real do país, repleta de diferenças e contradições. Entretanto, essa imagem abstrata do povo acaba perdendo completamente sua diferenciação com o real, pois a máquina de propaganda desses grupos, conduzida especialmente através dos meios eletrônicos/virtuais, acaba por convencer seus eleitores de todo um conjunto de inverdades que são propagadas, chegando, por vezes, quase que a delírios – basta lembrar do exemplo do QAnon, já mencionado, ou da mamadeira erótica que teria sido distribuída em creches pelo Brasil³⁵⁵, invenção que acabou por ter impacto relevante nas eleições brasileiras de 2018. Assim, desenha-se o hiper-real, em que o “povo” abstrato, inicialmente apenas um símbolo discursivo do populismo, acaba por se tornar, em alguma medida, o povo real, pelo menos entre os adeptos desse grupo político, em uma simulação que apaga os limites entre o plano simbólico e a realidade.

As individualidades e as contradições são artificialmente apagadas por meio de uma propaganda ideológica intensa e constante. Essa espécie de controle tem muitos traços em comum com a hipervigilância desenhada por Foucault. A diferença mais relevante talvez esteja nos meios utilizados, já que as principais ferramentas não fazem mais parte do aparato estatal, estando centradas em grandes empresas de tecnologia. Assim, as atuais estruturas de controle conectam-se com a ideia de um poder – ou estruturas preferenciais sobre as quais se desenvolvem as relações de poder – menos centralizado nas instâncias tradicionais, com o fortalecimento relativo de algumas instituições do próprio Estado, como o Poder Judiciário, mas também com o crescimento da relevância de vários atores privados, tornando necessária a constante justificação dessa nova conformação das estruturas de controle. Poder-se-ia pensar que o autoritarismo é um fenômeno que não necessita de legitimação racional, mas isso não é verdade. O intrincado jogo de relações sobre o qual se estrutura o autoritarismo relacional faz com que seja fundamental que instrumentos de justificação, como o ativismo e o garantismo, no contexto brasileiro, sejam utilizados para trazer alguma explicação racional para fenômenos que, em linhas gerais, apenas repetem a lógica de desigualdade própria do país.

É necessário, portanto, colocar a questão sobre como se dá essa tentativa de racionalização e até que ponto nela, apesar de ser um produto da pós-modernidade, está evidenciado algum grau de compreensão desse processo. No que se refere ao garantismo penal, não há dúvida sobre a relevância desse no cenário jurídico brasileiro, nem sobre a consistência de muitos dos fundamentos defendidos pelos seguidores dessa linha de

³⁵⁵ Sobre o tema, ver <<https://g1.globo.com/fato-ou-fake/noticia/2021/10/28/e-fake-que-pt-distribuiu-mamadeiras-eroticas-para-criancas-em-creches-pelo-pais.ghtml>>, acesso em 27/08/2024.

pensamento. Entretanto, a clara primazia dada à Constituição e à jurisdição interna pelos doutrinadores garantistas pátrios – que utilizam os pactos internacionais e a jurisdição internacional majoritariamente como um reforço argumentativo na defesa dos valores já presentes em nosso texto constitucional – denota que esses ainda estão presos a uma concepção essencialmente moderna.

As referências que esses autores fazem aos tratados internacionais de direitos humanos e às cortes internacionais certamente não são capazes de dar um caráter nem sequer hipermoderno à sua análise, já que a tensão entre a territorialidade e a mundialidade foi uma constante durante todo o período moderno. Ou seja, esses estudos nem mesmo incluem adequadamente em sua perspectiva o próprio reconhecimento da crise do Estado moderno. A mera recognição do cenário internacional dentro de uma análise completamente centrada no aspecto interno é a materialização do pensamento moderno e não um indício de sua transformação ou radicalização. Essas referências, já que não alteram a estrutura dos fundamentos apresentados, apenas servem como uma legitimação do discurso, que aparenta compreender a complexidade de um cenário de relações internacionais que cada vez mais evidencia a sua relevância.

Construções doutrinárias completamente baseadas na análise dos atos normativos internos – incorporando a essas apenas breves referências aos pactos internacionais e às cortes internacionais –, podem ter consequências bastante deletérias na compreensão de qualquer fenômeno analisado. De fato, essa é uma abordagem que revela a inadequação de muitos de nossos instrumentos jurídicos para auxiliar na intelecção do mundo atual, já que são produzidos dentro de uma visão de mundo já superada, baseada na inquestionável centralidade estatal e em um conceito já insustentável de soberania.

Essa afirmação pode soar estranha, já que, no Brasil, até mesmo a defesa da efetividade das normas constitucionais pode parecer, por vezes, uma postura revolucionária, tendo em vista o majoritário conservadorismo de nossa tradição jurídica. Todavia, o reconhecimento da relevância dos pactos internacionais e da jurisdição internacional em uma análise jurídica não é capaz de diminuir a importância da Constituição, especialmente se considerarmos as características próprias do ordenamento constitucional pátrio. De fato, a compreensão de que uma corte internacional pode, com base em um tratado internacional de direitos humanos, proferir uma decisão em sentido diverso da jurisdição interna – e que essa decisão tem eficácia no plano interno –, constitui um legítimo fortalecimento de um dos valores fundamentais da Constituição Federal de 1988, já que robustece a proteção dada aos direitos humanos.

Importa notar que esse conservadorismo de nossa tradição jurídica, há pouco mencionado, encontrou uma conveniente justificativa no ativismo judicial – mesmo que de maneira evidentemente contraditória. Sob o rótulo de “ativistas” e baseados no princípio da livre convicção motivada, muitos magistrados externam uma postura claramente autoritária, deturpando a lei, a Constituição e criando seu próprio ordenamento jurídico. É evidente que, em relação ao ativismo, existe uma diferença significativa quanto ao que foi colocado sobre o garantismo. Até mesmo a delimitação do que seria uma prática ativista gera grande controvérsia no meio jurídico. O simples aumento do número de temas debatido nos tribunais é considerado por alguns como parte do fenômeno do ativismo, enquanto outros fazem uma diferenciação clara entre o que seriam os elementos fáticos relativos à judicialização da política e a postura do julgador referente ao ativismo judicial.

Essa definição, ainda que seja um pressuposto para a discussão a ser feita sobre o ativismo, está longe de constituir o seu aspecto principal, já que a discussão aqui proposta se centra na forma como o autoritarismo relacional brasileiro encontrou uma nova conformação no mundo pós-moderno, conformação essa que, no que se refere ao direito, tem como principais fenômenos o garantismo penal e o ativismo judicial.

PARTE 2 – O AUTORITARISMO NO CONTEXTO JUDICIAL BRASILEIRO

Ao adentrar a segunda parte do trabalho, são necessários alguns novos esclarecimentos. Essa parte é constituída basicamente de discussões conceituais sobre os dois fenômenos, já citados na primeira parte do trabalho, que constituem, nos dias atuais, as duas principais manifestações do autoritarismo relacional no cenário jurídico brasileiro – o ativismo judicial e o garantismo penal –, bem como de análises de casos concretos. Essas análises se dão principalmente através do estudo dos fundamentos de julgados de juízes e tribunais brasileiros, mas também de algumas pesquisas jurimétricas, associadas, do mesmo modo, à observação de fundamentos utilizados em algumas das decisões resultantes dessas pesquisas, buscando compreender o contexto em que foram proferidas e qual é o sentido da utilização daqueles fundamentos naqueles casos.

É imperioso destacar, entretanto, que não espera que as decisões analisadas constituam a prova cabal dos fenômenos analisados. Isso seria, de fato, inviável. Para que fosse comprovado, de forma incontestável, que as decisões proferidas pelo Poder Judiciário brasileiro representam majoritariamente manifestações do ativismo judicial e de uma práxis distorcida do garantismo penal, seria necessário analisar os fundamentos de uma parcela considerável das decisões proferidas ao longo dos últimos anos. Frise-se, não apenas os “resultados” das decisões – procedências ou improcedências, absolvições ou condenações, etc. – mas um estudo detido dos fundamentos de cada uma delas. Considerando que foram julgados no Brasil cerca de 41 milhões de processos só no ano de 2024³⁵⁶, mesmo que fossemos analisar apenas um por cento desses casos, ainda estariamos falando em centenas de milhares de decisões. Mesmo um grupo grande de pesquisadores teria muita dificuldade para realizar um trabalho dessa magnitude. Além disso, também não seria suficiente fazer um recorte de apenas um ou alguns tribunais, pois isso demonstraria, no máximo, que esses tribunais possuem as características referidas e não o Poder Judiciário brasileiro como um todo.

³⁵⁶ Disponível em <https://portal.tjpe.jus.br/-/judiciario-brasileiro-julga-quase-41-milhoes-de-casos-em-2024#:~:text=O%20Poder%20Judici%C3%A1rio%20brasileiro%20manteve,que%20chegou%20a%2035.600.225>. Acesso em 25/03/2025. Frise-se que isso não significa o número total de decisões. A cifra total de decisões é muito superior ao número de processos julgados.

Assim sendo, optou-se por analisar um conjunto de decisões que contasse com casos de diversos graus de jurisdição e diferentes ramos do Poder Judiciário brasileiro, ainda que em número relativamente pequeno. Ademais, especialmente em relação ao ativismo, foram utilizadas decisões que expressam diferentes aspectos desse fenômeno, buscando-se investigar diferentes maneiras através das quais ele se manifesta em nosso Poder Judiciário.

Por fim, é necessário esclarecer que se optou por não focar a análise em casos que tiveram uma grande repercussão no meio político-partidário brasileiro nos últimos anos – ainda que algumas considerações a respeito tenham sido feitas em determinados momentos. A razão é, evidentemente, evitar que qualquer debate sobre os temas aqui propostos se transforme em uma discussão eminentemente partidária ou que seja interpretado por algum leitor dessa forma. Apenas para que essas colocações não fiquem completamente descontextualizadas, é relevante mencionar, nesse momento, os referidos casos – mesmo que não se tratem de processos específicos, mas sim conjuntos de investigações e ações penais.

O primeiro caso refere-se à chamada “Operação Lava Jato”, no seio da qual foram realizadas prisões de um significativo número de empresários e políticos, entre eles o ex-presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva. Essa foi deflagrada em 17 de março de 2014, quando foram unificadas quatro investigações que apuravam a prática de crimes financeiros e desvio de recursos públicos. O nome Lava Jato faz referência a uma rede de lavanderias e a um posto de combustíveis de Brasília que era utilizado para movimentação financeira por uma das supostas organizações criminosas investigadas inicialmente, mesmo que, posteriormente, as investigações tenham tomado proporções muito maiores³⁵⁷. Ao todo, ela contou com setenta e nove “fases” até o ano de 2021, quando foi encerrada – o que, na prática, correspondeu a diversas operações diferentes, todas agrupadas sob a denominação genérica de “Lava Jato”, ainda que muitas operações tenham recebido nomes específicos referentes a cada uma dessas fases. Considerando que muitos dos presos nessa operação eram pessoas de grande poder aquisitivo, há quem tenha defendido, naquele momento, que a Lava Jato representaria uma mudança positiva no perfil do sistema de justiça brasileiro.

Entretanto, outros entendiam que a referida operação evidenciava uma deterioração do ponto de vista do respeito à Constituição. Lenio Streck, por exemplo, chamou atenção para como os defensores dos procedimentos adotados na Lava Jato viam “[...] com naturalidade, sem qualquer problema, a ruptura de garantias constitucionais processuais, caracterizadoras da diferença entre processo civilizado e barbárie”, como – no caso do julgamento do ex-

³⁵⁷ Disponível em <http://www.pf.gov.br/imprensa/lava-jato>, acesso em 25/07/2022.

presidente Luiz Inácio Lula da Silva pelo Tribunal Regional Federal da 4^a Região – o desrespeito ao paradigma de que o ônus da acusação recai sobre o acusador e o fato de que foi negado ao réu o direito de produzir provas, bem como ignoradas as suspeições do juiz, do presidente do TRF-4 e até mesmo do relator, e, ainda, “o tempo recorde em que o recurso foi julgado”.³⁵⁸

Quanto às mencionadas alegações de suspeição do magistrado, é importante mencionar que Sergio Moro, o juiz da operação Lava Jato em seus primeiros – e mais notórios – anos, teve algumas condutas que foram bastante questionadas. Em 2018, uma semana antes do primeiro turno das eleições presidenciais, Moro retirou o sigilo da delação do ex-ministro de Luiz Inácio Lula da Silva, Antônio Palocci, que apontou a suposta cobrança de propina para aprovação de medidas provisórias nos governos anteriores de Lula. Após a eleição daquele ano, vencida por Jair Bolsonaro sobre Fernando Haddad, candidato apoiado por Lula, Moro pediu demissão do cargo de juiz, onde havia permanecido por 22 anos. Em seguida, aceitou o convite de Bolsonaro para ser ministro da Justiça do novo governo. Em 2019, reportagens divulgadas pelo site *Intercept* revelaram diálogos por meio de aplicativos eletrônicos que mostraram as conversas entre Moro e os membros do Ministério Público Federal que atuavam na Lava Jato³⁵⁹. As mensagens levaram o Supremo Tribunal Federal a considerar Sergio Moro parcial na condução de casos contra Lula, o que levou, entre outras razões, à anulação dos processos, permitindo a participação deste nas eleições presidenciais brasileiras de 2022.

O segundo caso a ser mencionado é relativo às investigações do 8 de janeiro³⁶⁰ e ao chamado inquérito das *Fake News*, ambos tendo como figura central o ministro do Supremo Tribunal Federal Alexandre de Moraes e, dentre os investigados, muitos aliados do ex-presidente Jair Bolsonaro. As principais polêmicas³⁶¹ envolvendo essas investigações referem-se, em primeiro lugar, ao fato do inquérito das *Fake News* ter sido aberto sem um requerimento do Ministério Público. Entretanto, o inquérito não foi iniciado sem qualquer fundamentação jurídica. O Supremo Tribunal baseou-se em uma previsão do

³⁵⁸ STRECK, Lenio. LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto. OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. O que é isto “o novo que pede passagem” do TRF4 e Joaquim Falcão. In PRONER, Carol, Comentários a um acordão anunciado: o processo Lula no TRF4. São Paulo: Outras Expressões, 2018.

³⁵⁹ Disponível em <https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2024-03/dez-anos-da-lava-jato-o-que-aconteceu-com-os-personagens-da-operacao>, acesso em 26/06/2025.

³⁶⁰ A expressão refere-se aos ataques de 8 de janeiro de 2023, realizados por adeptos do ex-presidente Jair Bolsonaro aos prédios dos três poderes da República, em Brasília.

³⁶¹ Sobre o ponto, mais informações em <https://www.bbc.com/portuguese/articles/c14zjp3l6d7o>, acesso em 26/06/2025.

regimento interno da corte que permite a abertura de investigação quando se trata de crime cometido nas dependências do tribunal e considerou que, por estarem sendo investigados supostos crimes cometidos através da Internet, esse requisito estaria preenchido – fundamento que foi muito atacado pelos críticos da investigação. Outro ponto constantemente mencionado é a alegada parcialidade do ministro Alexandre de Moraes para a condução desses feitos, tendo em vista os supostos conflitos entre ele e o ex-presidente Jair Bolsonaro e boa parte de seus aliados. Entretanto, muitos alegam que, se existem realmente esses conflitos, eles foram motivados pelos constantes ataques do ex-presidente ao ministro do STF³⁶², especialmente depois que esse já havia sido escolhido para conduzir o feito. Assim, não seria possível falar em reconhecimento de impedimento ou suspeição do juiz, pois esses institutos não podem ser provocados pelas partes, de acordo com diversos dispositivos do ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, por exemplo, prevê o artigo 256 do Código de Processo Penal que “a suspeição não poderá ser declarada nem reconhecida, quando a parte injuriar o juiz ou de propósito der motivo para criá-la”.

Esclarecidos, brevemente, os critérios adotados para a escolha dos casos analisados, passemos aos comentários sobre o ativismo judicial no Brasil.

5. O autoritarismo relacional no ativismo judicial

Uma das principais questões a ser formulada refere-se a como a tradição autoritária brasileira, abordada no capítulo anterior, influencia na maneira como se desenvolvem ideias e fenômenos que tem uma importância central em nosso Poder Judiciário nos dias atuais. Para a adequada compreensão desse problema, é necessário entender também o desenvolvimento dos próprios fenômenos estudados. Desse modo, além do percurso histórico já traçado no capítulo anterior sobre as diversas teorias que foram importadas para o nosso país, é importante também a contextualização do próprio ativismo judicial, através da análise de alguns aspectos relevantes para a evolução do conceito estudado. Montesquieu, ainda que tenha atribuída uma função secundária ao Poder Judiciário, já havia previsto, n’*O Espírito das Leis*, mecanismos de controle mútuo entre os poderes, como as chamadas “faculdade de estatuir” e “faculdade de impedir”. A aplicação dessas faculdades daria ao Executivo o poder de frear as iniciativas

³⁶² Alguns exemplos estão disponíveis na reportagem <https://www.estadao.com.br/politica/jair-bolsonaro-alexandre-moraes-stf-ataques/>, acesso em 26/06/2025. É importante lembrar, ainda, que muitos aliados do ex-presidente Jair Bolsonaro também fizeram diversos ataques ao ministro Alexandre de Moraes.

do Legislativo, evitando a sua transformação em um poder despótico. O Legislativo, por sua vez, poderia examinar o modo como foram executadas as leis que elaborou³⁶³. O objetivo destes mecanismos caminhava no mesmo sentido que a própria separação dos poderes - Executivo, Legislativo e Judiciário – ou seja, evitar a concentração de poder, mantendo a coerência com a posição de Montesquieu de fervoroso crítico do absolutismo monárquico.

Mesmo que obra do pensador francês tenha se mantido como sempre como uma referência nesse tema, a forma como se daria essa separação e a função de cada um dos poderes se complexificaria consideravelmente nos séculos seguintes. A crescente importância dada aos textos constitucionais trouxe o Judiciário para centro desse debate, especialmente com a evolução do conceito de Estado constitucional. Esse conceito se consolidou, na Europa continental, a partir do final da II Guerra Mundial. Até então vigorava, segundo Luís Roberto Barroso, um modelo geralmente identificado como Estado legislativo de direito. Nele, a Constituição era compreendida como um documento essencialmente político, cujas normas não eram aplicáveis diretamente, ficando na dependência de desenvolvimento pelo legislador ou pelo administrador. Também era incipiente o controle de constitucionalidade das leis pelo Judiciário. Dominava, então, a centralidade da lei e a supremacia do parlamento. Já no Estado constitucional de direito, a Constituição passa a valer como norma jurídica, “não apenas disciplinando o modo de produção das leis e atos normativos, como estabelecendo determinados limites para o seu conteúdo, além de impor deveres de atuação ao Estado”.³⁶⁴ É, desse modo, característica do Estado Constitucional de Direito a supremacia da Constituição, com a primazia de um tribunal constitucional ou suprema corte na interpretação final e vinculante das normas constitucionais.

A “nova” hermenêutica constitucional surgida, na Europa, em meados do século XX, traz em seu bojo o conceito de força normativa da Constituição, desenvolvido por Konrad Hesse, ao identificar o texto constitucional não apenas como uma carta de intenções, mas como um documento com força normativa e eficácia imediata, servindo de fundamento para todo ordenamento jurídico. Hesse afirma que a força normativa da Constituição não reside

³⁶³ A interdependência entre os poderes é sintetizada por Montesquieu na seguinte passagem: Voici donc la constitution fondamentale du gouvernement dont nous parlons. Le corps législatif y étant composé de deux parties, l'une enchaînera l'autre par sa faculté mutuelle d'empêcher. Toutes les deux seront liées par la puissance exécutive, qui le sera elle-même par la législative". MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. *De l'esprit des lois*. Texte de 1758, dernier état du texte revu par Montesquieu. Édition établie par Laurent Versini. Paris: Éditions Gallimard, 1995, p. 116.

³⁶⁴ BARROSO, Luis Roberto. *Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro . Vol. 2, N. 21 (2012), p. 4..

apenas na adaptação a uma dada realidade. Defende também que, ainda que a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir uma legítima disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida³⁶⁵. No Brasil, esse movimento ganhou força com a promulgação da Constituição Federal de 1988, levando muitos magistrados a adotar uma postura ativista. O pretexto era, e ainda é, a superação do positivismo jurídico através de uma hermenêutica capaz de favorecer a concretização de direitos fundamentais e o projeto democrático previsto no texto constitucional. Entretanto, é necessário lembrar que a própria existência da Constituição é um fator de limitação do poder. É, mesmo, possível dizer que o próprio constitucionalismo é um movimento que visa à limitação do exercício do poder. Nesse sentido, afirma Lenio Streck que “o constitucionalismo pode ser concebido como um movimento teórico jurídico-político em que se busca limitar o exercício do Poder a partir da concepção de mecanismos aptos a gerar e garantir o exercício da cidadania”³⁶⁶.

7.1 Em busca de uma definição: o que é o ativismo judicial?

Ao contrário do outro fenômeno jurídico estudado no presente trabalho – o garantismo penal, que será abordado com mais vagar no próximo capítulo – a definição de ativismo judicial é bastante tormentosa. De acordo com Keenan D. Kmiec, o ativismo judicial não é um conceito monolítico. A expressão “ativismo judicial”, invocada isoladamente, significa pouco ou nada, tendo em vista que o termo adquiriu muitos conceitos diferentes e até mesmo contraditórios entre si³⁶⁷.

³⁶⁵ Conclui Hesse que “a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem- se presentes na consciência geral - particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional - não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*)”. HESSE, Konrad. A Força Normativa da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: S. A. Fabris Editor, 1991, p. 19.

³⁶⁶ STRECK, Lenio. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 6^a ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 69. Streck afirma, ainda, que *o fato de não existir um método que possa dar garantia à “correção” do processo interpretativo - denúncia presente, aliás, já no oitavo capítulo da Teoria Pura do Direito, de Hans Kelsen - não autoriza o intérprete a escolher o sentido que mais lhe convier, o que seria dar azo à discricionariedade e/ou ao decisionismo típico do modelo positivista propugnado pelo próprio Kelsen. A “vontade” e o “conhecimento” do intérprete não constituem salvo-conduto para a atribuição arbitrária de sentidos e tampouco para uma atribuição de sentidos arbitrária (que é consequência inexorável da discricionariedade)*. Ibidem, p. 70.

³⁶⁷ KMIEC, Keenan D., *The Origin and Current Meanings of "Judicial Activism"*, California Law Review, Vol. 92, No. 5 (Oct., 2004), p. 1476-1477.

Pode-se dizer, contudo, que a origem do ativismo judicial é encontrada nos Estados Unidos, mais precisamente na decisão do caso *Lochner v. New York*, quando a Suprema Corte decidiu que o princípio de liberdade contratual estava implícito na noção de devido processo legal, declarando inconstitucional a lei do Estado de Nova York que estabelecia 60 horas como limite para a jornada de trabalho semanal dos padeiros³⁶⁸. O termo “ativismo judicial”, entretanto, não surgiu em uma decisão de um juiz ou tribunal, como muitos poderiam pensar. Ele foi introduzido por um historiador, Arthur Schlesinger Jr., em uma matéria dirigida ao grande público na revista Fortune, intitulada *The Supreme Court: 1947*. Nessa, Schlesinger traçou o perfil de todos os nove ministros da Suprema Corte americana daquele período, dividindo-os em três diferentes linhas: os “ativistas judiciais” (*judicial activists*), os “campeões do autocomedimento” (*champions of self-restraint*) e, por fim, uma posição intermediária, incluindo nessa última aqueles magistrados que não se incluíam em nenhuma das linhas anteriores³⁶⁹.

Ainda que, no texto de Schlesinger, a expressão – ativismo judicial – apareça sem um caráter valorativo, já que não é apontada qual seria a “melhor” postura para um juiz da Suprema Corte, é necessário notar que, para muitos, o ativismo judicial adquiriu um significado positivo, tendo em vista que essa postura foi associada à defesa dos direitos de grupos socialmente vulneráveis, como explica Teixeira:

Todavia, as dúvidas existentes quanto ao caráter positivo ou pejorativo da expressão foram reduzidas à medida que a postura “ativista” era incorporada por diversos juízes não apenas da Suprema Corte: durante a década de 1950 a jurisdição ordinária passou a desempenhar papel significativo na defesa dos direitos civis para as minorias sociais, sobretudo minorias raciais.³⁷⁰

É com base nessa visão, que atribui um caráter positivo ao ativismo judicial, que muitos magistrados, no Brasil, sustentam uma postura ativista, defendendo que essa postura teria, também no contexto brasileiro, a possibilidade de auxiliar na concretização de direitos fundamentais.

Entretanto, como já mencionado, essa posição está longe de ser consensual. De fato, como lembra Kmiec, apesar de ser o ativismo judicial um tópico relevante, que merece uma profunda reflexão de cunho acadêmico, a expressão é frequentemente utilizada em tom

³⁶⁸ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política*, Revista Direito GV, vol. 8, n. 1, 2012, p. 37.

³⁶⁹ KMIEC, Keenan D., *The Origin and Current Meanings of "Judicial Activism"*, California Law Review, Vol. 92, No. 5 (Oct., 2004), p. 1446.

³⁷⁰ TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política*, Revista Direito GV, vol. 8, n. 1 2012, p. 40.

pejorativo, quase que como uma ofensa. O “ativismo judicial” significaria, nesse contexto, uma forma de identificar os “juízes que se comportam mal”³⁷¹.

Dentro de uma perspectiva crítica de cunho acadêmico, Ronald Dworkin afirma que o ativismo é “uma forma virulenta de pragmatismo jurídico”. Para ele, um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la, bem como as tradições, “impondo aos outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima”³⁷². Já Lenio Streck, na linha da Crítica Hermenêutica do Direito, afirma que “um juiz ou tribunal pratica ativismo quando decide a partir de argumentos de política, de moral, enfim, quando o direito é substituído pelas convicções pessoais de cada magistrado (ou de um conjunto de magistrados)”³⁷³.

Fica claro, desse modo, que a ideia de supremacia constitucional é completamente incompatível com o decisionismo. A Constituição é o fundamento de todo o ordenamento jurídico e, de acordo com a Crítica Hermenêutica do Direito, ela deve ser respeitada em cada decisão proferida pelo Poder Judiciário, sendo que estas decisões devem buscar a resposta constitucionalmente mais adequada ao caso concreto. Portanto, de acordo com Streck, a exigência de fundamentação das decisões, prevista na Constituição, não se dá em quaisquer termos. Não existe, assim, discricionariedade na função do juiz. Cada caso tem uma resposta constitucionalmente adequada, que deve ser buscada pelo magistrado. Os juízes não possuem poder discricionário e, por consequência, não possuem “livre convencimento” e tampouco podem fazer “livre apreciação da prova”. Juízes e tribunais não devem nem podem julgar segundo a consciência pois isso não é democrático nem republicano, devido ao fato de que o que se passa na consciência do juiz pode não coincidir com a estrutura legal-constitucional do país.³⁷⁴

Tendo em vista a diversidade de interpretações sobre o tema, impõe-se diferenciar a judicialização da política e ativismo judicial, nos limites do presente trabalho. Demarcar essa

³⁷¹ KMIEC, Keenan D., *The Origin and Current Meanings of "Judicial Activism"*, California Law Review, Vol. 92, No. 5 (Oct., 2004), p. 1477.

³⁷² DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.452.

³⁷³ STRECK, Lenio. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 6^a ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 651, nota de rodapé n. 155.

³⁷⁴ STRECK, Lenio. *Na democracia, decisão não é escolha: os perigos do solipsismo judicial – o velho realismo e outras falas*. In STRECK, Lenio, ENGELMANN, Wilson, ROCHA, Leonel Severo. *Constituição Sistemas Sociais e Hermenêutica N° 09 - Anuário do Programa de Pós Graduação em Direito da UNISINOS*. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2018.

diferenciação é fundamental, pois há autores que, ao conceituar o ativismo, claramente desenham um fenômeno que engloba também – ou somente – a judicialização da política. Luís Roberto Barroso, por exemplo, entende o ativismo como “uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes”³⁷⁵.

Sobre a questão, Clarissa Tassinari afirma tratar-se a judicialização da política de um fenômeno contingencial e inexorável, enquanto que o ativismo judicial consolida-se como uma postura, um comportamento de juízes e tribunais, que, através de um ato de vontade proferem seus julgamentos, extrapolando os limites de sua atuação³⁷⁶. Compreender essa diferenciação é fundamental, pois estes dois conceitos são tratados, muitas vezes, em nosso país, como sinônimos. Assim, o ativismo judicial é visto por muitos apenas como o crescimento do âmbito de atuação do poder judiciário, em razão de uma série de mudanças ocorridas na sociedade. Conceituado dessa forma, é impossível tecer qualquer crítica consistente ao ativismo judicial. Porém, Tassinari demonstra – inclusive recorrendo à doutrina norte-americana, onde o debate sobre o ativismo judicial é bem mais antigo –, que o crescimento da atuação do judiciário em função de um dado contexto social é o fenômeno referente à judicialização da política, enquanto o ativismo judicial refere-se tão somente ao comportamento dos juízes, que decidem utilizando-se de critérios não jurídicos, apesar de, na maioria das vezes, tentarem dar uma “roupagem jurídica” aos seus julgados.

É necessário lembrar, ainda, que o ativismo judicial deve, no Brasil, ser compreendido dentro de nosso contexto histórico. A tradição autoritária de nosso país encontrou uma bela justificativa no ativismo judicial. Todos os dias, em nosso Poder Judiciário, magistrados decidem questões com base em critérios morais, mas justificam seus julgados através de uma falsa obediência a princípios ou máximas de interpretação que, na verdade, servem apenas para legitimar qualquer tipo de decisão.

Nesse sentido, é valiosa a assertiva de Alexandre Morais da Rosa, na apresentação feita à obra de Clarissa Tassinari: “O ativismo tupiniquim é uma farsa onde se escondem os decisionistas de sempre. [...] empulhadores teóricos que se vendem na embalagem de presente ‘ativismo’, mas que guardam práticas totalitárias”³⁷⁷. Ou, nas palavras de Streck, referindo-se

³⁷⁵ BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Revista [Syn]Thesis. Rio de Janeiro . Vol. 5, N. 1 (2012), p. 25-26.

³⁷⁶ TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 36-37.

³⁷⁷ TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da atuação do Judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 18.

ao cenário jurídico brasileiro: “[...] a ponderação, no fundo, vem servindo mais para legitimar decisões pragmaticistas do que para resolver, efetivamente e qualitativamente, os problemas que a concretude apresenta ao direito”³⁷⁸. É importante perceber que, sob o pretexto de concretizar direitos fundamentais e realizar o projeto democrático da Constituição, a postura (ativista) dos magistrados vai, muitas vezes, exatamente no sentido oposto. Ou seja, ignora aquilo que está previsto na Constituição, bem como a legislação com ela condizente – que representam a produção democrática do direito – deslocando o protagonismo na direção do intérprete, que, em regra, possui legitimidade democrática bastante limitada.

Portanto, o ativismo judicial, no sentido aqui compreendido, configura uma prática antidemocrática, que oculta uma postura autoritária de parte dos magistrados, que decidem de acordo com suas convicções pessoais e não em consonância com as normas vigentes no ordenamento jurídico-constitucional. É, de fato, irônico que, como dito acima, essa postura seja defendida por muitos como uma forma de superação do positivismo jurídico e concretização do projeto democrático previsto na Constituição.

O ativismo, entretanto, não se compatibiliza com a democracia. Friedrich Müller, mesmo dentro de uma linha pós-positivista, defende o respeito ao texto normativo, já que esse deve ser tratado como limite do processo interpretativo, ou, na terminologia utilizada por Müller, da concretização. É claro que, para as posturas pós-positivistas, uma norma jurídica é mais do que o seu teor literal, entretanto – dentro da Teoria Estruturante do Direito –, o teor literal faz parte, juntamente com os recursos interpretativos auxiliares, do “programa da norma”, tendo, assim, grande importância.

Os limites semânticos do texto normativo não podem ser ignorados. Esses limites constituem uma garantia do Estado Democrático de Direito. A norma não se confunde com o texto normativo, mas também não há uma cisão completa entre eles. A norma é construída sempre no caso concreto, em um processo que envolve a seleção dos dados da realidade juridicamente relevantes para o caso em tela e a reunião dos textos normativos pertinentes para o referido caso; ou seja, o texto e o caso são constitutivamente dados de entrada na concretização da norma. Nas palavras de Müller, “a norma jurídica não pode ser aceita pela metódica simplesmente como algo dado, o texto normativo estabelece, em todo caso, os limites extremos de possíveis suposições. Aqui existe uma ligação com tendências do

³⁷⁸ STRECK, Lenio. *Hermenêutica Jurídica e(m) Crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 422.

positivismo científico que visam à clareza do Estado de Direito”³⁷⁹. Dito de outra forma, Müller deixa claro que o limite estabelecido pelo texto normativo é uma garantia do Estado de Direito. Isso evidencia quão incongruente é a postura de um magistrado que ignora o texto legal sob o pretexto de *concretizar* o Estado Democrático de Direito.

Percebe-se, aqui, a semelhança com o que defende a Crítica Hermenêutica do Direito. Ao mesmo tempo em que a CHD reconhece que os textos não são “plenipotenciários”, carregando seu próprio sentido como algo pronto e acabado, também entende que o texto é algo fundamental no processo interpretativo. Segundo Streck, “texto é evento; textos não produzem ‘realidades virtuais’; textos não são meros enunciados linguísticos; textos não são palavras ao vento, conceitos metafísicos que não digam respeito a algo (algo como algo). Eis a especificidade do direito: textos são importantes”. Segundo o referido autor, não podemos permitir que os textos “sejam ignorados pelas posturas pragmatistas-subjetivistas, em que o sujeito assujeita o objeto (ou, simplesmente, o inventa)”³⁸⁰.

Não se está a defender, evidentemente, o regresso a um modelo positivista exegético, onde o juiz é a boca da lei – de fato, não se busca sustentar aqui qualquer forma de positivismo jurídico. Mas qual seria, então a alternativa? A resposta é simples e reside exatamente naquilo que se propõe a ser a Crítica Hermenêutica do Direito: uma teoria da decisão³⁸¹. Explicar, em detalhes, a estrutura da referida teoria não constitui o objetivo da

³⁷⁹ MÜLLER, Friedrich. *Teoria Estruturante do Direito*. São Paulo: Revista do Tribunais, 2008, p. 197.

³⁸⁰ STRECK, Lenio. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 6^a ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 254.

³⁸¹ Nas palavras de Streck: “Em largas linhas, a CHD caracteriza-se pela exploração do elemento hermenêutico que se apresenta no cerne do fenômeno jurídico colocando enfoque, como objeto privilegiado de análise, nos problemas relativos à decisão jurídica. É por isso que a CHD pode também ser interpretada como uma teoria da decisão”. STRECK, Lenio. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 6^a ed. São Paulo: Saraiva, 2017, livro eletrônico, p. 52. De fato, ainda que muitos críticos brasileiros busquem associar a obra de Streck e a Crítica Hermenêutica do Direito ao positivismo jurídico – tendo em vista suas críticas ao solipsismo nas decisões judiciais – o fato é que as diferentes formas de positivismo constituem exatamente um dos principais elementos de crítica da CHD: “Um dos pontos centrais dessa proposta teórica encontra-se relacionado com o diálogo – realizado ao estilo do confrontação (Auseinandersetzung) heideggeriana – com a tradição do positivismo jurídico. Mais especificamente, o que proponho é algo que podemos nomear, com Ernildo Stein a partir de Harold Bloom, de uma desleitura. Cuida-se de um processo que pretende interpretar ou superar, por meio de outro texto, uma determinada tradição do pensamento que se torna possível graças à condição de “tardividade” (Bloom) que se possui com relação à produção anterior. Essa condição acaba ‘possibilitando um ato de revisão original, em competição com a realidade de que fala o texto teórico da tradição’. Assim, essa confrontação ou desleitura tem como objeto a tradição que podemos nomear, partindo da distinção proposta por Bobbio, como positivismo conceitual ou metodológico – que em outros lugares pode aparecer nomeado como positivismo doutrinário – e que possui como marco iniciador o positivismo normativista de Hans Kelsen. Todavia, minha análise, por vezes, tem sido objeto de mal-entendidos e interpretações errôneas em face de um déficit com relação à compreensão da tradição que me proponho a analisar: o positivismo jurídico. Todas as minhas análises sempre buscaram desnudar as diversas formas que o

presente tese³⁸², mas é importante falar de alguns elementos básicos. Primeiramente, é importante esclarecer que não se trata de um método³⁸³ de elaboração ou verificação de qualquer decisão. Não é dado um passo a passo, ao final do qual será dado um resultado, como uma operação matemática. Por outro lado, resultam da discussão jurídico-filosófica proposta os cinco princípios que norteiam a teoria da decisão formulada pela Crítica Hermenêutica do Direito, quais sejam: (a) a preservação da autonomia do Direito; (b) o controle hermenêutico da interpretação constitucional; (c) o respeito à integridade e à

positivismo foi assumindo no decorrer da história, desde o seu nascimento stricto sensu no século XIX. Portanto, positivismo é muito mais do que aquilo que foi a sua formulação original – o legalismo (exegetismo francês, jurisprudência dos conceitos alemã e jurisprudência analítica inglesa)". Ibidem, p. 52-54.

³⁸² Diversas são as obras em que elementos da teoria da decisão judicial da Crítica Hermenêutica do Direito são apresentados, sendo algumas das principais *Verdade e Consenso, Dicionário de Hermenêutica, Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica e Hermenêutica Jurídica e(m) Crise*.

³⁸³ A destruição do método está, aliás, na base da reflexão filosófica proposta no âmbito da CHD. Ao comentar as críticas à hermenêutica feitas por Castanheira Neves, Streck esclarece que "No fundo, parece que ambos concordamos que a hermenêutica contribui em muito no que toca à realização do Direito como um processo constante, inacabado diacronicamente, mas que, do ponto de vista sincrônico, na sua concreta e singular aplicação, reivindica respostas corretas. De todo modo, uma insistência com relação à cobrança de uma validade (ou das condições para a sua aferição) pode levar a um prestigimento excessivo de uma metodologia – que, na especificidade, registre-se, não é o caso de Castanheira Neves –, mas que, no contexto da teoria do Direito, dia a dia ganha adeptos, correndo-se o risco de repristinar uma hermenêutica subsunção do direito, retomando-se um caminho que de há muito buscamos abandonar.

Dizendo de outro modo – e venho insistindo nesse ponto –, essa problemática da "validade da explicitação da compreensão" (portanto, da validade da interpretação) deve ser analisada a partir da destruição do método que é proporcionada por Gadamer. Com efeito, não há nisso um déficit de metodologia ou de racionalidade. Essa ruptura não significou um ingresso na irracionalidade ou no relativismo filosófico. Muito pelo contrário. Assim como a integridade em Dworkin, a hermenêutica está fundada na autoridade da tradição, que pode ser autêntica e inautêntica, além da importância do texto (que, em Gadamer, é um evento, como já demonstrei alhures). Gadamer deixa claro que a ausência do método não significa que se possa atribuir sentidos arbitrários aos textos. Na medida em que a interpretação sempre se dá em um caso concreto, não apenas fica nítida a impossibilidade de cisão entre *quaestio facti* e *quaestio juris*, como também confere a essa matriz a dimensão problemática tão enaltecidamente pelo próprio Castanheira Neves. A hermenêutica não trata apenas da faticidade; ela não apenas explica como se dá o sentido ou as condições pelas quais compreendemos. Na verdade, por ela estar calcada na circularidade hermenêutica, fato e direito se conjuminam em uma síntese, que somente ocorre concretamente, na *applicatio* (lembremos sempre que não se cinde conhecimento, interpretação e aplicação). Se interpretar é explicitar o que compreendemos, a pergunta que se faz é: essa explicitação seria o locus da validade? Se verdadeira essa assertiva – e creio que não é –, então, estariámos diante de outro problema: o que fazer com a *quaestio facti*?

Em terceiro e último, tenho que a hermenêutica filosófica, assim como a teoria integrativa dworkiniana, trata, sim, de uma teoria da decisão, problemática que retrabalhei como o nome de Crítica Hermenêutica do Direito, colocando, inclusive, uma criteriologia decisória. A diferença é que ambas não admitem aquilo que está no cerne da expressiva maioria das teorias jurídicas contemporâneas: a *discretionariedade* dos juízes. Se a hermenêutica e a teoria integrativa não se preocupassem com a decisão, estas seriam relativistas, admitindo várias respostas para cada problema jurídico. Não há dúvida de que uma teoria jurídica democrática deve preocupar-se com a validade normativo-jurídica do concreto juízo decisório. O que não se pode aceitar é que, para alcançar esse juízo decisório, sejam possíveis juízos *discretionários*, o que reforça(ria) novamente o solipsismo interpretativo a partir de uma subjetividade particularista." In STRECK, Lenio. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, livro eletrônico, p. 1161.

coerência do Direito; (d) o dever fundamental de justificar as decisões; e (e) o direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada.

Evidentemente, cada um desses princípios traz em sua formulação diversas reflexões e questionamentos. A preservação da autonomia do direito, por exemplo, impõe a análise do possível comprometimento da decisão com argumentos morais, políticos ou econômicos. O controle hermenêutico da interpretação constitucional traz o questionamento sobre a discricionariedade da decisão, bem como sobre a realização ou não de uma reconstrução da história institucional da regra aplicada. O respeito à integridade e à coerência do Direito suscita a perquirição sobre a possibilidade de universalização do que foi decidido. O dever fundamental de justificar as decisões traz a necessidade, entre outros aspectos, da análise de todos os argumentos levantados pelas partes envolvidas. O direito fundamental a uma resposta constitucionalmente adequada estabelece que a resposta consignada na decisão tenha sido alcançada com fundamento no Direito, entendido como aquilo que é emanado pelas instituições jurídicas, sendo que as questões a ele relativas encontram, necessariamente, respostas nas leis, nos princípios constitucionais, nos regulamentos e nos precedentes baseados na Constituição, e não na vontade individual do aplicador. Há, ademais, alguns aspectos práticos, como as seis hipóteses pelas quais o Poder Judiciário pode deixar de aplicar uma lei (*lato sensu*) ou dispositivo legal³⁸⁴.

³⁸⁴ Nesse contexto, o primeiro passo – ou o principal – para preservar a autonomia do Direito pode/deve ser dado a partir do teste das seis hipóteses pelas quais o Poder Judiciário pode deixar de aplicar uma lei (*lato sensu*) ou dispositivo legal. Não estando diante de nenhuma delas, estar-se-á diante do dever fundamental de aplicar a lei votada pelo parlamento (ou o ato normativo emanado de outras esferas legítimas de poder), preservando-se, destarte, o elevado grau de autonomia do direito no paradigma do Estado Democrático. Assim, o Judiciário somente pode deixar de aplicar uma lei a) quando a lei (o ato normativo) for inconstitucional, caso em que deixará de aplicá-la (controle difuso de constitucionalidade *stricto sensu*) ou a declarará inconstitucional mediante controle concentrado; b) quando for o caso de aplicação dos critérios de resolução de antinomias. Nesse caso, há que se ter cuidado com a questão constitucional, pois, v.g., a *lex posterioris*, que derroga a *lex anterioris*, pode ser inconstitucional, com o que as antinomias deixam de ser relevantes; c) quando aplicar a interpretação conforme a Constituição (*verfassungskonforme Auslegung*), ocasião em que se torna necessária uma adição de sentido ao artigo de lei para que haja plena conformidade da norma à Constituição. Nesse caso, o texto de lei (entendido na sua “literalidade”) permanecerá intacto; o que muda é o seu sentido, alterado por intermédio de interpretação que o torne adequado à Constituição; d) quando aplicar a nulidade parcial sem redução de texto (*Teilnichtigerklärung ohne Normtextreduzierung*), pela qual permanece a literalidade do dispositivo, sendo alterada apenas a sua incidência, ou seja, ocorre a expressa exclusão, por inconstitucionalidade, de determinada(s) hipótese(s) de aplicação (*Anwendungsfälle*) do programa normativo sem que se produza alteração expressa do texto legal. Assim, enquanto, na interpretação conforme, há uma adição de sentido, na nulidade parcial sem redução de texto ocorre uma abdução de sentido; e) quando for o caso de declaração de inconstitucionalidade com redução de texto, ocasião em que a exclusão de uma palavra conduz à manutenção da constitucionalidade do dispositivo. f) quando – e isso é absolutamente corriqueiro e comum – for o caso de deixar de aplicar uma regra em face de um princípio, entendidos estes não como standards retóricos ou enunciados performativos. Claro que isso somente tem sentido fora de qualquer pamprincipiologismo. É ‘por meio da aplicação principiológica que será possível a não

Desnecessário dizer que qualquer proposta no sentido da adoção de uma teoria da decisão enfrenta enorme resistência dentro do Poder Judiciário brasileiro. Mesmo que questões relativas à própria teoria do direito sempre estejam presentes no debate, não há como deixar de lado a percepção de que qualquer forma de controle efetivo das decisões iria contra a própria tradição autoritária de nosso Poder Judiciário – e de nossa sociedade –, que constitui justamente o objeto da presente tese.

5.2 Compreensão através da diferença: outras visões sobre a atividade jurisdicional

5.2.1 Os limites da atividade jurisdicional

Traçados, em síntese, os contornos conceituais do ativismo judicial, bem como feito um rápido histórico desse, faz-se mister adentrar no que alguns autores consideram os limites da atividade jurisdicional ou, mesmo, nos elementos que expressam a própria natureza da referida atividade. Não há dúvida de que se trata apenas de um outro olhar sobre o mesmo tema. Falar de ativismo judicial é, em alguma medida, tratar da atividade jurisdicional, de seus limites e de sua natureza. É interessante notar, ainda, que muitos dos autores que trabalham nessa perspectiva apresentam uma visão muito mais positiva do que pode ser identificado como ativismo judicial – ainda que nem todos utilizem essa expressão. A análise da forma como são desenvolvidos esses argumentos ajuda a compreender como se desenvolvem os debates sobre o ativismo.

Aqui, devemos começar com a própria ideia de liberdade de pensamento dos magistrados. Jorge Malem Seña afirma que, independentemente do período histórico

aplicação da regra a determinado caso (a aplicação principiológica sempre ocorrerá, já que não há regra sem princípio e o princípio só existe a partir de uma regra – pensemos, por exemplo, na regra do furto, que é “suspensa” em casos de “insignificância”). Tal circunstância, por óbvio, acarretará um compromisso da comunidade jurídica, na medida em que, a partir de uma exceção, casos similares exigirão – mas exigirão mesmo – aplicação similar, graças à integridade e à coerência. Trata-se de entender os princípios em seu caráter deontológico e não meramente teleológico. Como uma regra só existe – no sentido da applicatio hermenêutica – a partir de um princípio que lhe densifica o conteúdo, a regra só persiste, naquele caso concreto, se não estiver incompatível com um ou mais princípios. A regra permanece vigente e válida; só deixa de ser aplicada naquele caso concreto. Se a regra é, em definitivo, inconstitucional, então se aplica a hipótese 1. Por outro lado, há que ser claro que um princípio só adquire existência hermenêutica por intermédio de uma regra. Logo, é dessa diferença ontológica (*ontologische Differenz*) que se extrai o sentido para a resolução do caso concreto. Fora dessas hipóteses, isto é, se a hipótese não se enquadrar em um dos elementos acima especificados, violado estará o primeiro princípio, o da autonomia do Direito. In STRECK, Lenio. *Verdade e Consenso: Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas*. 6^a ed. São Paulo: Saraiva, 2017, livro eletrônico, p. 1437-1440.

analisado e da origem ou fundamento da sua atividade, sempre se exigiu dos juízes comportamentos, inclusive na sua vida privada, que não correspondem às mesmas exigências de outras práticas jurídicas ou de outras profissões, incluindo as denominadas humanistas. É como se a “virtuosa vida privada” que os juízes devem levar do ponto de vista moral fosse condição necessária para que eles desenvolvessem corretamente, do ponto de vista técnico, sua própria função jurisdicional³⁸⁵.

É certo, porém, que, enquanto cidadãos, magistrados também possuem o direito fundamental à liberdade de pensamento, sendo esse uma das bases de qualquer sociedade democrática. A questão, como lembra Seña, é determinar se a liberdade ideológica de que gozam os cidadãos é usufruída com idêntico conteúdo por juízes e magistrados e se tem algum impacto na atividade de julgar e executar o julgado. O ponto é relevante uma vez que, nos Estados democráticos, a lei tenta evitar que as decisões judiciais sejam determinadas ou influenciadas pela subjetividade de juízes e magistrados. Busca-se ignorar aspectos pessoais que desempenham um papel decisivo na jurisdição. A exigência de fundamentação e a possibilidade de afastamento ou impugnação de juízes são mecanismos destinados a assegurar a objetividade, sempre relativa, da prática judiciária³⁸⁶.

No entanto, ninguém está alheio ao fato de que muitos juízes e magistrados deixam transparecer parte da sua ideologia em pelo menos alguns dos aspectos relacionados com a atividade de julgar, seja na interpretação dos textos legais que conduzirão ao veredito, na formulação das hipóteses e na apreciação das provas que posteriormente constituirão os factos provados ou na aplicação da lei. Tudo isso é mais ou menos favorecido dependendo dos sistemas jurídicos específicos e do grau de discricionariedade legalmente permitido com que atuam. Assim, a ideologia impacta com força diversa na solução dos conflitos levados ao Poder Judiciário³⁸⁷.

Segundo Taruffo, o elemento novo que tem rompido com a forma tradicional de entender a atividade do juiz é constituído pela emergência, em termos cada vez mais claros, do problema dos valores na jurisprudência, no momento em que o juiz deixa de ser visto como uma “função” pura e abstrata ou como uma “máquina” neutra, e aparece, ao contrário,

³⁸⁵ MALEM SEÑA, Jorge F. *Los jueces: ideología, política y vida privada*. 1 ed. Cidade do México: Tirant lo Blanch; 2017, p. 83.

³⁸⁶ MALEM SEÑA, Jorge F. *Los jueces: ideología, política y vida privada*. 1 ed. Cidade do México: Tirant lo Blanch; 2017, p. 28.

³⁸⁷ MALEM SEÑA, Jorge F. *Los jueces: ideología, política y vida privada*. 1 ed. Cidade do México: Tirant lo Blanch; 2017, p. 29.

como portador de valores ético-políticos e como protagonista de conflitos sociais. Surge, assim, a necessidade de superar as meras afirmações de princípio sobre o papel dos valores na interpretação e aplicação do direito, típicas da abordagem estritamente jurídica, para abordar o problema com instrumentos metodológicos adequados. Consequentemente, por um lado é a figura do juiz, com os seus valores e ideologias, que se torna objeto de investigação sociológica, enquanto, por outro, o objeto dessa investigação são as decisões como expressão concreta, para além das capas dogmáticas axiologicamente “neutras” dos valores e ideologias de que o juiz é portador³⁸⁸.

Taruffo ainda ressalta a necessidade de falar da atividade do juiz em termos políticos, afirmando ser escasso o valor dos argumentos com os quais se tenta negar o caráter científico e, portanto, a legitimidade dos estudos políticos sobre a justiça, sustentando que uma abordagem deste tipo permite identificar elementos na atividade do juiz que, não por acaso, escapam ao filtro jurídico-dogmático e desempenham um papel essencial tanto na formação da decisão como na sua expressão e justificação. Assim, as definições de motivação que se expressam no campo estritamente jurídico seriam totalmente incapazes de resolver os problemas relativos à motivação das decisões judiciais e sequer forneceriam elementos adequados para enfocá-los. Essas definições têm sido elaboradas com pouco aprofundamento no campo dos fenômenos jurídicos, com uma atenção ainda mais precária às inevitáveis implicações de natureza metajurídica presentes na motivação. Seu alcance de operacionalidade e validade científica seria, desse modo, extremamente limitado, sendo essas definições capazes apenas para descrever uma pequena parte do fenômeno cuja análise eles tentam esgotar³⁸⁹.

Considerar a motivação como ato do juiz não implica, porém, apenas atribuir maior peso ao papel que o juiz desempenha como "emissor" do signo linguístico que compõe a motivação, mas também inserir o fenômeno em um quadro conceitual diferente de um ponto de vista essencialmente semiológico, cujas linhas mestras são constituídas pelas normas e princípios jurídicos que regulam as características relevantes da motivação na esfera do processo. Importa, ainda, precisar que a existência desta outra classificação possível da motivação, baseada na referência ao sujeito que a origina e ao procedimento em que se insere,

³⁸⁸ TARUFFO, Michele. *La Motivacion de la Sentencia Civil*. Tr. Lorenzo Córdova Vianello. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federacion, 2006, p. 12-13.

³⁸⁹ TARUFFO, Michele. *La Motivacion de la Sentencia Civil*. Tr. Lorenzo Córdova Vianello. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federacion, 2006, p. 13-14.

não significa apenas uma ampliação do conjunto de pontos de vista a partir dos quais a motivação não pode ser estudada, mas tem influência decisiva na solução do problema na escolha da perspectiva mais adequada para a investigação, e que antes permanecia sem solução. É claro que, na medida em que se pretende identificar a natureza jurídica da motivação, essa escolha não deve orientar-se no sentido de refutar todas as visões que não sejam rigorosamente jurídicas, mas, ao contrário, adotar as perspectivas que são úteis para resolver o problema jurídico. Por outro lado, a necessidade de uma integração deste tipo não decorre apenas da pluralidade de pontos de vista válidos, mas principalmente do facto de o conjunto de normas e princípios jurídicos relativos à motivação não parecer fornecer elementos suficientes para uma definição aceitável do fenômeno³⁹⁰.

Taruffo nos diz que a racionalidade da fundamentação do juiz não decorre da existência de uma estrutura formal obrigatória, nem de sua unilateralidade e homogeneidade lógica. Esta racionalidade subsiste, pelo contrário, na medida em que os vários factores que entram no referido raciocínio têm uma racionalidade própria relativamente às suas diferentes formas de funcionamento e na medida em que se organizam num contexto flexível em cada caso; contexto que é coerente com o papel que o raciocínio do juiz pretende desempenhar, conforme se trate do processo decisório, visando formular uma decisão racional, ou do procedimento justificativo – buscando formular uma motivação racional da decisão. O problema, portanto, é também o de desenvolver modelos que sejam representativos da estrutura desses procedimentos, nos quais a renúncia a uma homogeneidade e coerência interna absolutas deveria permitir alcançar uma maior eficácia representativa do modelo em relação ao fenômeno sob análise. A estrutura global do raciocínio do juiz decorre, portanto, da inter-relação entre a função do raciocínio considerado globalmente e a função que cada um dos elementos que o compõem desempenha em seu âmbito. Não se trata, obviamente, de uma estrutura simples e homogênea, mas permite identificar aquelas que poderiam ser consideradas como as constantes formais de um fenômeno cuja natureza concreta conhece uma variedade praticamente infinita de manifestações³⁹¹.

A partir desse perfil, ficam claras as conexões entre a obrigação de motivar e a “participação do povo na administração da justiça”. Por um lado, as formas de participação

³⁹⁰ TARUFFO, Michele. *La Motivacion de la Sentencia Civil*. Tr. Lorenzo Córdova Vianello. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federacion, 2006, p. 37.

³⁹¹ TARUFFO, Michele. *La Motivacion de la Sentencia Civil*. Tr. Lorenzo Córdova Vianello. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federacion, 2006, p. 199-200.

direta no processo materializam (com os limites do caso) formas de controle no decorrer do processo, ideais para garantir indiretamente uma espécie de influência externa sobre o juiz, mas, com a única e discutível exceção do júri popular, não concretizam a participação (e, portanto, o controle sobre o julgador) no momento específico da decisão. Tratam-se, pois, de formas de ingerência antecipadas e, portanto, indiretas, sobre o processo, além das quais volta a existir o "monopólio do poder" do juiz como órgão do Estado. Em sistemas desse tipo, a eventual extensão das formas de participação no processo – mas não no julgamento – pode tornar a interferência indireta mais intensa, mas não afasta a separação entre participação e poder monopolístico do juiz, fenômeno que corre o risco de degenerar em sentido autoritário, na medida em que o juiz seja ideologicamente pouco receptivo aos resultados da participação no processo dos sujeitos que idealmente representam o meio social externo. Então, aquela forma especial de participação do povo na administração da justiça que se expressa no controle democrático *a posteriori* do grau de fundamentação do ato com o qual o juiz “faz” justiça, por motivação, adquire uma importância particular, de natureza política³⁹².

É necessário ressaltar, desse modo, que, na visão de Taruffo, é evidente a existência de fatores metajurídicos que fazem parte do processo de formação das decisões judiciais. O fato desses elementos que ultrapassam a dogmática jurídica serem inevitáveis, associada à existência do referido “monopólio do poder” do juiz quando do exercício do seu ofício, trazem o perigo evidente de uma degeneração autoritária da atividade. Entretanto, para esse autor, esse risco pode ser evitado através da fundamentação das decisões, associado, evidentemente, à obediência de um *iter processual*. Em outras palavras, o caráter democrático da Justiça se expressa na fundamentação – e na consequente possibilidade de controle – das decisões.

Para Mauro Cappelletti, não há dúvida sobre o papel criativo que exerce o juiz. Já na apresentação de sua obra *Juízes Legisladores?* ele afirma que o referido estudo “não tem a finalidade de demonstrar a verdade banal, embora infinitas vezes negada ou ocultada, em todas épocas e com inexaurível perseverança, da criatividade da jurisprudência”. O seu objetivo é apenas investigar as razões pelas quais essa criatividade veio a ser cada vez mais necessária nas sociedades atuais, bem como identificar as peculiaridades “do processo jurisdicional, que, no fundamental, permanece distinto do processo legislativo, com todas as

³⁹² TARUFFO, Michele. *La Motivacion de la Sentencia Civil*. Tr. Lorenzo Córdova Vianello. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federacion, 2006, p. 356-357.

consequências - ‘debilidades’ e ‘virtudes’, reais ou potenciais – decorrentes de tal diferença”³⁹³.

O ponto principal, portanto, não seria a oposição conceitual entre interpretação e criação do Direito. O verdadeiro problema estaria no “grau de criatividade e dos modos, limites e aceitabilidade da criação do direito pelos tribunais”. Capelletti afirma que:

O intento ou o resultado principal desta amplíssima discussão foi o de demonstrar que, com ou sem consciência do intérprete, certo grau de discricionariedade, e pois de criatividade, mostra-se inerente a toda interpretação, não só à interpretação do direito, mas também no concernente a todos outros produtos da civilização humana, como a literatura, a música, as artes visuais, a filosofia etc.. Em realidade, interpretação significa penetrar os pensamentos, inspirações e linguagem de outras pessoas com vistas a compreendê-los e no caso do juiz, não menos que no do musicista, por – exemplo reproduzi-los, "aplicá-los" e "realizá-los" em novo e diverso contexto, de tempo e lugar³⁹⁴.

Na mesma linha, Olivo afirma ser necessário reconhecer que “o Direito Judiciário assume um papel muito mais relevante do que uma mera prática hermenêutica”, bem como que, no moderno constitucionalismo, os juízes assumem de forma cada vez mais clara a função de legisladores, já que necessitam reafirmar seu poder diante do crescimento da presença do Poder Executivo nas ações do Estado. Afirma, ainda, que não mais se justifica a postura pretensamente neutra e imparcial que o Poder Judiciário, durante longo período, manteve, estando afastado dos principais debates ocorridos na sociedade³⁹⁵.

Entretanto, quando se afirma que não existe clara oposição entre interpretação e criação do direito, torna-se, contudo, necessário fazer uma distinção. Cappelletti lembra que o reconhecimento de que é intrínseco a todo ato de interpretação “certo grau de criatividade ou, o que vem a dar no mesmo, de um elemento de discricionariedade e assim de escolha”, não pode ser confundido com a afirmação de total liberdade do intérprete. Discricionariedade não significa arbitrariedade, e o juiz, “embora inevitavelmente criador do direito, não é necessariamente um criador completamente livre de vínculos”. É necessário ressaltar, de fato,

³⁹³ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 10.

³⁹⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 21.

³⁹⁵ OLIVO, Luiz Carlos Cancellier de. Juízes Legisladores: *O controle de constitucionalidade das leis como forma de exercício do direito judiciário*. Seqüência Estudos Jurídicos e Políticos, [S. I.], v. 21, n. 41, p. 83–112, 2000. DOI: 10.5007/%x. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15417>. Acesso em: 30 jan. 2023.

que os sistemas jurídicos em geral procuraram estabelecer e aplicar certos limites, tanto processuais quanto substanciais, à atividade judicial³⁹⁶.

Argumentação semelhante é desenvolvida pelos autores que defendem a corrente do monismo. De acordo com a teoria monista do ordenamento jurídico, não existe direito subjetivo antes da sentença. Assim sendo, o juiz hermeneuticamente cria o direito (*ius*), sendo que, antes disso, existe apenas a lei (*lex*). Segundo Darci Guimarães Ribeiro, na fase anterior ao processo, não há propriamente um direito subjetivo, mas apenas uma vantagem objetiva. É uma vantagem porque o ordenamento jurídico, por meio de sua função principal de priorizar os interesses da sociedade, favorece o interesse de uma pessoa para em detrimento do outro. Ainda, é objetiva porque está prevista no próprio ordenamento jurídico. Essa vantagem objetiva, para que seja um “direito subjetivo”, adquirindo o verdadeiro status de tutela definitiva, no sentido estritamente técnico da palavra, precisa ser confirmada por sentença³⁹⁷.

No mesmo sentido, afirma Ramos Mendez que a estrutura do juízo jurisdicional confirma que é aí que se dá a conjunção direito-processo, e que para além da simples atividade das partes e do juiz está a luta pelo direito: ou seja, a geração do direito pela dinâmica de ação e jurisdição. A predominância dos juízos de valor e seu caráter eminentemente criativo é um claro argumento que nos convida a superar o dualismo direito substantivo/direito processual³⁹⁸. De fato, ele sustenta que o juiz deve sempre escolher a solução do caso, deve participar da criação do direito da parte. Isto permite concluir que, embora numa perspectiva dualista da relação juiz/norma, o fenômeno pode acentuar o caráter criativo da jurisdição, sob a ótica monista, limita-se a ser uma consequência lógica da função atribuída ao juiz no ordenamento jurídico³⁹⁹.

Se a lei é identificada com a norma jurídica, então a função judicial é obviamente reduzida a uma aplicação da lei. Mas se tal identidade for negada, a resposta deve obviamente ser outra. A relação juiz/lei no julgamento, para Ramos Mendez, é sempre resolvida em seu sentido original: a criação judicial do direito. Isso não quer dizer que o juiz ao criar a lei atue

³⁹⁶ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 23-24.

³⁹⁷ RIBEIRO, Darci Guimarães. La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho. Local: J.M. Bosch, 2004, p. 44.

³⁹⁸ MENDEZ, Francisco Ramos. Derecho y proceso. Barcelona: Librería Bosch, 1979, p. 185.

³⁹⁹ MENDEZ, Francisco Ramos. Derecho y proceso. Barcelona: Librería Bosch, 1979, p. 207.

como legislador. O juiz que cria a lei desenvolve justamente uma função jurisdicional e não legislativa⁴⁰⁰.

Todavia, não há dúvida de que, mesmo dentro de uma perspectiva monista, um dos elementos a ser levado em consideração pelo magistrado no momento da criação do direito (*jus*) é o texto legal que lhe deu origem (*lex*). Esse texto, porém, não define a interpretação, devendo integrar o processo interpretativo diversos outros fatores, estando incluída, entre outros, a própria experiência do magistrado⁴⁰¹. Mas criação judicial do direito no momento da sentença não se confunde com arbitrariedade. O magistrado não está autorizado a dizer qualquer coisa, ignorando completamente os precedentes, as possibilidades semânticas do texto legal e a razoabilidade.

Percebe-se, portanto, que o traço comum mais marcante entre os autores mencionados é a preocupação com o arbítrio. Isso fica mais evidente, é claro, entre aqueles defendem a necessidade de padrões decisórios mais estreitos para os juízes. Entretanto, mesmo os que defendem um espaço de discricionariedade mais significativo na atividade judicial, englobando os valores pessoais e ideologias dos magistrados, sempre marcam uma linha muito importante antes da arbitrariedade.

5.2.2 A democracia contínua de Dominique Rousseau

Resta evidente, a partir de todos os elementos já expostos, que a definição de ativismo judicial adotada no presente trabalho vem acompanhada de uma forte crítica àquilo que está sendo apresentado, mas, ao mesmo tempo, também fica claro que existem diversas visões sobre o assunto – algumas bastante diferentes do que é aqui defendido. Ainda que já tenha sido dito que a crítica adotada não se dirige a uma maior ou menor presença do Poder Judiciário no processo de decisão de questões relevantes na sociedade, mas sim a uma determinada postura dos juízes, é relevante trazer à discussão uma outra visão sobre o papel que o Judiciário pode exercer na sociedade, a fim de esclarecer algumas questões. Na obra

⁴⁰⁰ MENDEZ, Francisco Ramos. Derecho y proceso. Barcelona: Librería Bosch, 1979, p. 202-203.

⁴⁰¹ Segundo Ramos Mendez, *aun a pesar del dato extremo de la norma, hay que tener en cuenta que el derecho está formado fundamentalmente “por una serie de experiencias vividas o experiencias existenciales, que son rigorosamente hablando decisiones de casos concretos, aunque en algunos momentos puedan aparecer como generalizaciones de tales experiencias o decisiones hipotéticas.* In MENDEZ, Francisco Ramos. Derecho y proceso. Barcelona: Librería Bosch, 1979, p. 201-202.

Radicalizar a democracia: Proposições para uma refundação, o autor francês Dominique Rousseau constrói uma interessante crítica ao atual contexto político de seu país, propondo, ainda, uma alternativa institucional para o cenário de crise de representatividade que ele identifica na França – alternativa essa que passa pela atuação do Poder Judiciário.

Ao criticar especificamente o instituto do referendo – ou, pelo menos, a leitura que muitos pensadores fazem desse – Rousseau afirma que o mencionado instituto é frequentemente colocado como “a expressão direta da vontade do povo”, bem como que o Conselho Constitucional francês validou esse pensamento quando, em 1962, recusou-se a controlar as leis adotadas pelo povo por meio de referendo. Entretanto, ele lembra que esse instituto já foi utilizado para legitimar processos políticos que dificilmente poderiam ser tidos como positivos para a democracia dos países que o adotaram, como quando, em 2017, o presidente turco Recep Erdogan conseguiu aprovar, por meio de referendo, uma reforma da Constituição que permitiu a ele concentrar todos os poderes constitucionais em suas mãos⁴⁰².

Outro importante exemplo que é mencionado refere-se ao tratamento jurídico entre pessoas do mesmo sexo em alguns países. Na Croácia, no ano de 2013, foi lançada uma petição apelando a um referendo com o objetivo de consagrar na Constituição daquele país o princípio segundo o qual o casamento só pode ser celebrado entre um homem e uma mulher. Tendo esta petição reunido 750.000 assinaturas, ou seja, mais de um décimo do eleitorado, o Parlamento tinha a obrigação de organizar o referendo, o que ocorreu ainda no mesmo ano e 66% dos eleitores croatas votaram a favor da emenda constitucional que proíbe o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Na França, no mesmo período, uma petição assinada por 700.000 pessoas foi submetida ao Conselho Econômico, Social e Ambiental, exigindo a organização de um referendo sobre o assunto. Tendo em vista que a Constituição francesa não obriga as autoridades públicas a organizar um referendo, a questão foi decidida pelo Parlamento, sendo aprovada, em maio de 2013, a lei que permite o casamento entre pessoas do mesmo sexo. No Brasil, o Conselho Nacional de Justiça decidiu – com base no julgado paradigmático da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132 sobre uniões homoafetivas – que o artigo 226 da Constituição brasileira, que concede proteção estatal apenas à união entre

⁴⁰² ROUSSEAU, Dominique. *Radicalizar a democracia: Proposições para uma refundação*. Trad. de Anderson Vichinkeski Teixeira. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2019, p. 99-100.

homem e mulher, era contrário ao princípio da igualdade e, assim, conferiu poderes aos cartórios para celebrar casamentos entre pessoas do mesmo sexo⁴⁰³.

Dominique Rousseau conclui, portanto, que:

Croácia: referendo; França: Parlamento; Brasil: juiz. Se o critério de avaliação é a ideia segundo a qual “um democrata não pode rejeitar a ideia de um referendo que seja a expressão direta da vontade do povo”, a resposta é óbvia: a Croácia é o país mais democrático, o Brasil o ao menos; a proibição do casamento entre pessoas do mesmo sexo na Croácia é uma decisão democrática, sua autorização no Brasil não. E, no entanto, independentemente de sua posição pessoal sobre o casamento para todos, essa resposta gera desconforto na medida em que o juiz brasileiro fundamentou sua decisão em um princípio eminentemente democrático, o princípio da igualdade, o que poderia justificar qualificar seu julgamento como “democrático”, enquanto o povo croata tomou uma decisão discriminatória com base na orientação sexual, portanto contrária ao princípio da igualdade e, portanto, de modo não democrático⁴⁰⁴.

Não haveria, assim, com base nas mencionadas experiências croata, francesa e brasileira uma identificação direta entre as ideias de referendo e de democracia. Mas a crítica de Dominique Rousseau não se refere, evidentemente, apenas ao instituto do referendo. Ele afirma, de fato, ao falar do governo representativo, que todas as instituições, instrumentos ou mecanismos apresentados como veículos para a participação direta do cidadão na tomada de decisões políticas “são também instituições, instrumentos, mecanismos que reforçam e aperfeiçoam a delegação de poderes”. Não é por outra razão que Rousseau defende que, em um regime representativo, a democracia está sempre em estado de carência⁴⁰⁵.

Ao novo modelo institucional que propõe, Dominique Rousseau dá o nome de “democracia contínua”, deixando claro, já na abertura de sua obra, que “a democracia contínua não é um desenvolvimento da democracia representativa. Ela opera uma ruptura que se manifesta em seus três princípios de legitimidade”⁴⁰⁶. Os princípios referidos são o

⁴⁰³ ROUSSEAU, Dominique. *Radicalizar a democracia: Proposições para uma refundação*. Trad. de Anderson Vichinkeski Teixeira. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2019, p. 104-105.

⁴⁰⁴ ROUSSEAU, Dominique. *Radicalizar a democracia: Proposições para uma refundação*. Trad. de Anderson Vichinkeski Teixeira. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2019, p. 106.

⁴⁰⁵ ROUSSEAU, Dominique. *Radicalizar a democracia: Proposições para uma refundação*. Trad. de Anderson Vichinkeski Teixeira. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2019, p. 27-28.

⁴⁰⁶ ROUSSEAU, Dominique. *Radicalizar a democracia: Proposições para uma refundação*. Trad. de Anderson Vichinkeski Teixeira. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2019, p. 23.

princípio político, o princípio jurídico e o princípio sociológico. Entretanto, mais relevante, nesse momento, do que detalhar os conceitos apresentados por Rousseau é perceber que sua proposta busca a completa superação da lógica que rege as relações institucionais da V República francesa.

A originalidade do referido autor não está, entretanto, propriamente no objeto de sua crítica, nem mesmo na ideia do esgotamento das instituições políticas francesas na atualidade – ponto frequentemente referido no debate público francês – mas sim no papel que seria exercido pelo Poder Judiciário⁴⁰⁷. Ainda que a proposta apresentada seja complexa e portanto, não se limite ao mero aumento da participação desse poder na vida política do país, é inegável a centralidade dada a ao Judiciário no desenho institucional proposto pelo autor, bem sintetizada quando esse afirma que “se o Parlamento foi e ainda é a instituição da democracia representativa, a justiça é e será a instituição da democracia contínua”. Prossegue, ainda, Rousseau, explicando:

Os juízes e, em particular, os juízes constitucionais, também contribuíram para colocar o povo-todos-em-cada-um na cena política, reconhecendo constantemente novos direitos que permitam reivindicar contra as leis do povo-corpo-político. Mais ainda, eles edificaram o código da atividade comunicativa do espaço público onde a deliberação normativa se alimenta. Representação-separação, povo-todos-em-cada-um, espaço público, os juízes participam de todos os princípios constitutivos da democracia contínua⁴⁰⁸.

Entretanto, com base nos pressupostos já enunciados nos capítulos anteriores, faz-se necessário refletir sobre essa opção pelo Judiciário como Poder capaz de centralizar o processo de incorporação de novos direitos e de constante aprimoramento do regime democrático.

Como esse processo refere-se ao reconhecimento de novos direitos frente aos princípios enunciados na Constituição de um determinado país – seja a França, o Brasil ou qualquer outro – parece-nos desnecessário, em um primeiro momento, questionar a

⁴⁰⁷ A originalidade da “aposta” aqui referida diz respeito, evidentemente, ao contexto francês. Não há dúvida de que a judicialização da política é um fenômeno mundial e que vários autores ao redor do mundo – inclusive, claro, no Brasil – já defenderam modelos institucionais com uma participação mais intensa do Poder Judiciário nos processos de tomada de decisões relevantes na sociedade. Entretanto, a histórica desconfiança dos franceses com os juízes é bastante conhecida, sendo referida pelo próprio Dominique Rousseau, o que torna incomum uma proposta como a defendida pelo autor naquele país.

⁴⁰⁸ ROUSSEAU, Dominique. *Radicalizar a democracia: Proposições para uma refundação*. Trad. de Anderson Vichinkeski Teixeira. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2019, p. 125.

legitimidade democrática dos membros desse Poder pelo fato de não terem sido eleitos, já que não se trata de defender propriamente a criação de direitos, mas sim o seu reconhecimento através de uma hermenêutica constitucional baseada em um texto constitucional já estabelecido. Todavia, o ponto ainda merece atenção, pois é evidente que, ao falarmos do processo contínuo de reconhecimento de *novos* direitos, os limites entre o trabalho do intérprete e o do legislador tornam-se menos claros.

Além disso, sempre que se atribui a uma determinada instituição o poder de decidir sobre uma questão relevante dentro da sociedade, é necessário lembrar que essa decisão pode vir a ser *boa* ou *ruim* – avaliação que, certamente, também vai depender de quem a fizer. Não se pode crer, entretanto, que o Poder Judiciário sempre trabalhará pela inclusão de novos direitos no rol das garantias fundamentais ou pelo constante fortalecimento desses. Basta lembrar da decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos no ano de 2022 sobre a questão do aborto, quando foi superado o precedente Roe v. Wade que, em 1973, havia permitido a interrupção da gravidez em todo o país.

Por fim, deve ser citado o exemplo da decisão do Conselho Constitucional francês, proferida no ano de 2023, que considerou válidos os pontos essenciais da intensamente debatida reforma do sistema previdenciário, que elevou a idade das aposentadorias na França de 62 para 64 anos, associados a 43 anos de contribuições. O próprio Dominique Rousseau afirmou, poucos dias antes da decisão, que o Conselho tinha consistentes fundamentos para anular a reforma⁴⁰⁹, não apenas em razão da questão de fundo que estava em debate, mas também pela forma como o projeto foi aprovado⁴¹⁰. É difícil, portanto, não considerar que o Conselho Constitucional, nesse caso, permitiu o enfraquecimento de relevantes direitos do provo francês. Em artigo publicado depois da decisão, Rousseau afirmou que essa era mal fundamentada, além de, considerando o contexto jurídico, insuficientemente motivada e que, portanto, não poderia encerrar a discussão. De fato, ele começa o referido texto afirmando que:

⁴⁰⁹ Disponível em <<https://www.actu-juridique.fr/constitutionnel/reforme-des-retraites-annulera-annulera-pas-le destin-du-conseil/>>, acesso em 15/02/2025. No mesmo sentido vai a crítica publicada por Rousseau após a decisão, disponível em <https://www.lemonde.fr/idees/article/2023/04/16/reforme-des-retraites-la-decision-du-conseil-constitutionnel-s-impose-mais-parce-qu'elle-est-mal-fondee-et-mal-motivee-en-droit-elle-ne-peut-pas-clore-le-contentieux-des-retraites_6169709_3232.html>, acesso em 12/03/2025.

⁴¹⁰ O presidente da França utilizou-se de uma previsão da Constituição francesa para aprovar a reforma sem uma votação prévia na Assembleia Nacional.

Não há necessidade de se aprofundar no método de nomeação dos membros do Conselho Constitucional, no seu passado político, na exposição dos interesses particulares e na conivência de alguns e outros para quem quiser discutir a decisão de sexta-feira, 14 de abril. Basta ler para que as críticas apareçam.⁴¹¹

Tendo em vista as características apontadas, é legítimo questionar: se Rousseau adotasse a mesma definição de ativismo judicial sustentada no presente trabalho, ele não definiria essa decisão como um exemplo de ativismo? Perceba-se que ele voluntariamente não aborda quais seriam os possíveis critérios exteriores ao direito que poderiam ter levado os membros do Conselho de Estado a tomar a decisão – mesmo que não tenha evitado por completo o assunto, tendo em vista, certamente, a grande repercussão social dessas questões – mas diz claramente que os argumentos jurídicos da decisão são insuficientes para fundamentá-la.

Em outras palavras, ainda que, em vários aspectos, a visão de Dominique Rousseau sobre o Poder Judiciário seja diferente daquela apresentada, por exemplo, pela Crítica Hermenêutica do Direito, não há verdadeira cisão no que se refere aos problemas daquilo que aqui é definido como ativismo judicial.

5.3 Análise crítica de possíveis casos de ativismo judicial no Poder Judiciário brasileiro

Diversas são as dificuldades quando se busca demonstrar a amplitude do fenômeno do ativismo judicial no âmbito do Poder Judiciário brasileiro. É quase impossível fazer um estudo estatístico – ainda que alguns recortes jurimétricos sejam propostos nesse trabalho – pois, em regra, não basta verificar o resultado do julgamento, sendo necessária a verificação detalhada da fundamentação da decisão. Além disso, o número de processos e de decisões proferidas é muito superior ao que se vê na maioria dos países. O Supremo Tribunal Federal, por exemplo, proferiu, apenas no primeiro semestre de 2024, 52.066 decisões⁴¹² – lembre-se que é um tribunal que possui apenas onze magistrados. O Superior Tribunal de Justiça

⁴¹¹ Disponível em <https://www.lemonde.fr/idees/article/2023/04/16/reforme-des-retraites-la-decision-du-conseil-constitutionnel-s-impose-mais-parce-qu-elle-est-mal-fondee-et-mal-motivee-en-droit-elle-ne-peut-pas-clore-le-contentieux-des-retraites_6169709_3232.html>, acesso em 12/03/2025. No original “Inutile d’aller chercher dans le mode de nomination des membres du Conseil constitutionnel, dans leur passé politique, dans la mise au jour des intérêts particuliers et connivences des uns et des autres pour qui veut discuter la décision du vendredi 14 avril. Il suffit, simplement, de la lire pour qu’en sorte la critique”.

⁴¹² Disponível em <<https://noticias.stf.jus.br/postsnoticias/stf-aumenta-numero-de-decisoes-colegiadas-em-2024/>>, acesso em 20/04/2025.

também apresenta números impressionantes. Como veremos no capítulo seguinte, no final do ano de 2024, apenas uma das turmas do tribunal, que conta com três membros, proferiu cerca de três mil acórdãos no período de dois meses. Assim sendo, a fim de esclarecer as afirmações até aqui feitas, são trazidos alguns exemplos, retirados de diversas instâncias de nosso Poder Judiciário, buscando ir além da aparente juridicidade dos fundamentos apresentados em cada decisão. Nesse sentido, não será feita uma crítica somente de decisões do Supremo Tribunal Federal, como é bastante comum em textos sobre o ativismo judicial.

Mesmo que, nesses termos, a porcentagem de decisões analisadas em relação às proferidas por cada instância do Poder Judiciário seja menor do que a de um trabalho que analise julgados de uma única corte, entendemos que essa escolha ajuda a demonstrar os argumentos até aqui expostos. Repõe-se não se tratar de uma pesquisa meramente estatística, sendo necessária, assim, uma crítica pormenorizada de cada decisão coligida ao trabalho. Desse modo, mesmo se limitássemos a apreciação a um único tribunal, ultrapassaria em muito os limites da presente tese o exame de todas as decisões proferidas em um determinado período de tempo. Em outras palavras, mesmo se a análise realizada nesse trabalho estivesse circunscrita a uma única corte, a sua representatividade, frente ao total de decisões proferidas por essa seria bastante limitada. Além disso, o fato de estarem comumente dirigidas ao Supremo Tribunal Federal as críticas feitas às posturas ativistas ajuda a disseminar, no imaginário jurídico nacional, a ideia de que esse fenômeno – o ativismo – estaria concentrado na Suprema Corte ou que seria somente dessa a responsabilidade pelos eventuais efeitos negativos dessa prática⁴¹³. Todavia, essa visão é, no mínimo, bastante questionável.

É claro que o impacto individual de cada decisão é muito maior no Supremo Tribunal Federal, tendo em vista o alcance dos julgados dessa corte. Entretanto, devemos lembrar que cada vez mais questões são amplamente judicializadas no Brasil e que a imensa maioria das decisões proferidas pelo Poder Judiciário origina-se do primeiro e do segundo graus de jurisdição – sendo relativamente pequeno o número de processos que são decididos na jurisdição extraordinária. Assim sendo, é bastante plausível que, apesar da maior

⁴¹³ Um recente exemplo é o artigo do de Conrado Hübner , publicada no Jornal Folha de São Paulo, com o título *Na prática, ministros do STF agredem a democracia*, onde esse autor atribui ao STF a responsabilidade por diversas mazelas de nosso sistema jurídico. O artigo está disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/01/1953534-em-espiral-de-autodegradacao-stf-virou-poder-tensionador-diz-professor.shtml>, acesso em 13/05/2018. Vale lembrar que esse artigo motivou, inclusive, resposta de Lenio Streck, publicada no Consultor Jurídico, com o nome de *O perigo da simplista crítica de que "tudo é culpa do STF"*. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-fev-04/lenio-streck-perigo-critica-tudo-culpa-stf/>, acesso em 13/05/2023.

visibilidade do STF, o ativismo praticado na jurisdição ordinária atinja um número bem maior de pessoas. É importante lembrar, ainda, que a linha defendida no presente trabalho é justamente a de que o autoritarismo está disseminado pela sociedade brasileira, reinventando-se constantemente, mas mantendo razoavelmente estáveis as estruturas desiguais de nossa sociedade. Não haveria sentido, portanto, em concentrar a análise relativa ao ativismo judicial apenas em decisões do Supremo Tribunal Federal.

No que se refere às decisões proferidas em primeiro grau, um exemplo interessante a ser analisado encontra-se nos autos dos Embargos à Execução Fiscal nº 5001573-56.2017.4.04.7109, da Primeira Vara de Apoio Itinerante em Bagé – repetida em diversos processos da competência do mesmo magistrado –, nos seguintes termos:

1. Re却bimento destes Embargos

Recebo os presentes Embargos, por tempestivos e garantidos.

2. Efeitos do despacho que recebe os Embargos à Execução Fiscal

O art. 919, §1º, do novo Código de Processo Civil (de redação similar ao antigo 739-A, §1º, aplicável às Execuções Fiscais consoante decidido pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp nº 1.272.827, submetido à sistemática dos recursos repetitivos), elenca os seguintes pressupostos ao deferimento de efeito suspensivo nos embargos à execução: existência dos requisitos à concessão da tutela provisória (relevância dos fundamentos e potencial risco de dano de difícil ou incerta reparação) e garantia do juízo.

Dito isto, passo a analisar a possibilidade de conceder efeito suspensivo à execução fiscal em decorrência da propositura dos presentes embargos.

De início, sinalo que o requisito relevância dos argumentos não pode ser aferido de plano, sem possibilitar a formação do contraditório e a produção de provas porventura necessárias à solução da lide. Ao mesmo tempo, entendo que essa impossibilidade de análise prévia, obstáculo alheio à vontade das partes, não pode resultar em prejuízo da Embargante com o pronto afastamento da concessão de efeito suspensivo à execução. Resta tipificado, nesse caso, risco de dano irreparável ou de difícil reparação, na hipótese de expropriação dos bens penhorados e incerta possibilidade de reversão desse ato.

Quanto à garantia do juízo, verifico que a penhora efetuada garante integralmente o débito exequendo, restando preenchido o aludido pressuposto à concessão da suspensão. Assinalo apenas que a suspensão terá o único efeito de obstar o ato final de expropriação do bem.

Logo, com base na ponderação dos valores em litígio, mediante critérios de razoabilidade e proporcionalidade, decido pela suspensão do feito principal até o julgamento definitivo dos presentes embargos.

Registro que tal medida não implicará prejuízo ao Exequente, uma vez que o bem já constrito se encontra cercado das garantias legais pertinentes à vinculação ao processo (registro em órgão competente e depósito judicial), limitando-se a suspensão ora deferida a obstar a expropriação propriamente dita.

[...]

Como se pode verificar no excerto acima transcrito, o magistrado afirma que “o requisito relevância dos argumentos não pode ser aferido de plano, sem possibilitar a formação do contraditório e a produção de provas porventura necessárias à solução da lide”, asseverando, posteriormente, que isso não pode impedir a concessão do efeito suspensivo. Dispõe, todavia, o artigo 919, § 1º, do Código de Processo Civil, que o juiz poderá atribuir

efeito suspensivo aos embargos quando verificados os requisitos para a concessão da tutela provisória e desde que a execução já esteja garantida por penhora⁴¹⁴. Previu o legislador, portanto, a necessidade da presença de alguns requisitos – dentre eles, os necessários para a concessão da tutela provisória – para que seja viável a atribuição de efeito suspensivo aos embargos à execução.

Vale lembrar que, na sistemática do Código de Processo Civil de 2015, a tutela provisória pode ser de urgência ou de evidência. A tutela de evidência poderá ser concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando estiver caracterizada alguma das hipóteses previstas no artigo 311 do referido diploma legal⁴¹⁵. Os fundamentos do *decisum* acima transcrito evidenciam não ser a situação do processo em comento. Tratava-se, portanto, de analisar a eventual presença – além da garantia do juízo – dos requisitos necessários para a concessão da tutela de urgência. O próprio magistrado reconhece isso, ao asseverar que os pressupostos ao deferimento de efeito suspensivo nos embargos à execução são a “existência dos requisitos à concessão da tutela provisória (relevância dos fundamentos e potencial risco de dano de difícil ou incerta reparação) e garantia do juízo”.

Desse modo, dispõe o artigo 300 do diploma processual que a “tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”. Suficientemente demonstrado, portanto, que a atribuição de efeito suspensivo aos embargos à execução fiscal, no caso em análise, exigiria a *demonstração* da probabilidade do direito. Todavia, ao invés de avaliar os elementos trazidos aos autos pelo embargante, a fim de averiguar se estava ou não demonstrada a probabilidade do direito no caso concreto, o julgador faz apenas uma suposta ponderação em abstrato, afirmando que “a relevância dos fundamentos não pode ser aferida de plano”.

⁴¹⁴ Art. 919. Os embargos à execução não terão efeito suspensivo.

§ 1º O juiz poderá, a requerimento do embargante, atribuir efeito suspensivo aos embargos quando verificados os requisitos para a concessão da tutela provisória e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes.

⁴¹⁵ Art. 311. A tutela da evidência será concedida, independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, quando:

I - ficar caracterizado o abuso do direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório da parte;

II - as alegações de fato puderem ser comprovadas apenas documentalmente e houver tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante;

III - se tratar de pedido reipersecatório fundado em prova documental adequada do contrato de depósito, caso em que será decretada a ordem de entrega do objeto custodiado, sob cominação de multa;

IV - a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável.

Parágrafo único. Nas hipóteses dos incisos II e III, o juiz poderá decidir liminarmente.

Sublinhe-se: o requisito referente à relevância dos fundamentos foi considerado preenchido sem *qualquer* análise dos elementos juntados ao feito. Ora, se o legislador optou por prever a necessidade da demonstração da probabilidade do direito para a atribuição de efeito suspensivo aos embargos, não se pode aceitar que essa seja deixada de lado em nome de uma suposta ponderação de valores feita em abstrato, desconsiderando completamente os elementos de prova presentes nos autos.

Não se pode justificar uma decisão como essa com argumentos pós-positivistas. Mesmo Friedrich Müller assevera que o texto normativo orienta todo o processo da concretização. Ele afirma que “o programa da norma formulado no teor literal orienta no sentido da delimitação e limitação”. Müller enfatiza que o texto normativo guia “não apenas o processo da seleção de pontos de vista materiais a partir do âmbito genérico de regulamentação da prescrição (âmbito material) e a partir do âmbito do caso (conjunto de fatos do caso jurídico), mas todo o processo da concretização”.⁴¹⁶

Na mesma esteira, Ronald Dworkin sustenta ser necessário um respeito às regras, não sendo possível a utilização de qualquer princípio para justificar a superação da literalidade do texto normativo:

Porém, não é qualquer princípio que pode ser invocado para justificar a mudança; caso contrário, nenhuma regra estaria a salvo. É preciso que existam alguns princípios com importância e outros sem importância e é preciso que existam alguns princípios mais importantes que outros. Esse critério não pode depender das preferências pessoais do juiz, selecionadas em meio a um mar de padrões extrajurídicos respeitáveis, cada um deles podendo ser, em princípio, elegível. Se fosse assim, não poderíamos afirmar a obrigatoriedade de regra alguma. Já que, nesse caso, sempre poderíamos imaginar um juiz cujas preferências, selecionadas entre os padrões extrajurídicos, fossem tais que justificassem uma mudança ou uma reinterpretação radical até mesmo da regra mais arraigada⁴¹⁷.

Sobre a “ponderação” que alegadamente foi realizada pelo magistrado, é necessário tecer algumas considerações. Em primeiro lugar, sequer restaram adequadamente esclarecidos quais seriam os princípios em colisão no caso concreto, já que inexiste um “princípio da impossibilidade da análise de provas quando do ajuizamento da ação”. Importa notar que a construção lógica da decisão se apoia nessa impossibilidade, que, na verdade, não existe. Já em relação ao princípio do contraditório, invocado no *decisum*, não foi feita qualquer análise sobre como esse é afetado pela solução proposta – a concessão de efeito suspensivo sem a oitiva da parte contrária e sem a análise dos elementos de prova presentes nos autos. É

⁴¹⁶ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 2^a ed., São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 94.

⁴¹⁷ DWORAKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 60.

evidente, portanto, que não restaram obedecidos os parâmetros fornecidos pela chamada “máxima da proporcionalidade”, já que não foi realizada a análise de qualquer uma das suas três submáximas, quais sejam, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito⁴¹⁸.

Além disso, dificilmente se poderia afirmar que foi feita uma ponderação no caso concreto, ao menos no sentido dado ao termo por Robert Alexy. A lei da ponderação, segundo Alexy, prevê que *quanto maior o grau de descumprimento de ou de interferência em um princípio, maior deve ser a importância do cumprimento do outro princípio*. Todavia, o raciocínio não se esgota aí. Pelo contrário, a ponderação é dividida em passos ou níveis e, para a sua realização, é necessária não apenas a individualização dos princípios em colisão, mas também que sejam identificados os pesos abstratos dos princípios colidentes, a intensidade da interferência da medida em cada um desses princípios e uma série de outros aspectos. De fato, Alexy apresenta fórmulas para demonstrar como deve ser levado a cabo esse processo de maneira racional⁴¹⁹, não havendo, na decisão em comento, qualquer fundamento que sequer se aproxime disso.

Vale frisar que com essa “ponderação”, o magistrado está, na verdade, mantendo a sistemática que vigeu em nosso ordenamento jurídico até a edição da Lei nº 11.382, de 2006⁴²⁰. Guardadas as devidas proporções, o paralelo aqui é claro com a postura dos juízes franceses no período anterior à revolução de 1789, quando esses, após a morte de Luís XIV, usaram suas prerrogativas para se opor a todas as reformas iniciadas pelo rei. Um processo que levou Dominique Rousseau a concluir que “1789 deve ser lido menos como uma revolução contra a monarquia do rei absoluto do que como uma revolução contra a monarquia

⁴¹⁸ Sobre o tema, ver a argumentação elaborada em DALLA BARBA, Rafael Giorgio. A (in)transparência dos direitos fundamentais: das origens aos limites da teoria discursiva em Robert Alexy. 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2017.

⁴¹⁹ Alexy afirma que “A lei da ponderação mostra que a ponderação pode ser dividida em três passos ou níveis. No primeiro nível trata-se do grau de descumprimento de ou de interferência em um princípio. A ele se segue, no próximo nível, a identificação da importância do cumprimento do princípio oposto. Finalmente, no terceiro nível, identifica-se se a importância do cumprimento do princípio oposto justifica o descumprimento do outro princípio ou a interferência nele. [...] No caso de subsunção sob uma regra, o sistema de conclusões subjacente pode ser expresso através de um esquema dedutivo, o esquema da “justificação interna”, que se formula com a ajuda dos enunciados e predicados da lógica e da lógica deontica, e que pode ser inserido em uma teoria do discurso jurídico. Tem importância central tanto para a teoria do discurso jurídico quanto para a teoria dos direitos fundamentais que exista, para a ponderação, uma contraparte desse esquema dedutivo. Essa contraparte é a fórmula do peso”. ALEXY, Robert, Teoria discursiva do direito. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 164.

⁴²⁰ Previa o Código de Processo Civil de 1973, em sua redação anterior à Lei nº 11.382/2006: Art. 739. [...] § 1º Os embargos serão sempre recebidos com efeito suspensivo. § 2º Quando os embargos forem parciais, a execução prosseguirá quanto à parte não embargada.

dos magistrados”⁴²¹. No caso, vemos o exemplo de um juiz que usa a “ponderação” para se opor a uma reforma legal com a qual ele não concorda. Ironicamente, faz isso com base em um princípio – não mencionado, mas claramente utilizado – que também foi extirpado do Código de Processo Civil, mas que continua povoando o imaginário de nossos juristas, especialmente de nossos juízes: o livre convencimento motivado.

Nossos tribunais também são pródigos no que tange à prolação de decisões ativistas. Nesse sentido, pode ser citado o julgamento dos Embargos Infringentes nº 1.0024.02.810824-9/003, pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, especialmente o voto proferido pelo Desembargador Mauro Soares de Freitas. Seguem, abaixo, alguns trechos do referido voto:

Mas quero deixar aqui, de público, um alerta a todos, uma vez que se percebe, pela discussão desse processo, que os homens pensam deter o poder de gerar filhos, e quando falo homens, estou falando a espécie humana. Não são. Geração de filhos é projeto divino, não dos homens, tanto que todos os métodos contraceptivos são falhos, isso porque é a vontade de Deus que irá sempre prevalecer. [...] Mas vim ressaltar que o projeto é de Deus e não dos filhos de Deus. Com isso, me deixo muito mais tranquilo quando julguei, porque sei também, como Juiz, que é muito fácil fazer da lei rigorosa, fazer da lei arbitrária, fazer da lei injusta, coisa mais fácil para um Juiz é isso. Mas o Juiz cristão, e aqui nós somos todos cristãos, deve fazer o contrário, deve fazer com que a aplicação da lei seja feita com amor e misericórdia e, no caso aqui, nós podemos perceber que a geração deste filho foi fruto do amor e da misericórdia do pai celestial [...]. (TJMG, EI 1.0024.02.810824-9/003, 16a C.Cív., Rel. Des. Nicolau Maselli, J. 26.03.2008, publ. DJ 11.04.2008)⁴²²

O caso julgado versava sobre o pedido de indenização de uma mulher que engravidou mesmo com o uso de um anticoncepcional injetável. Independentemente do resultado do julgamento – cada um dos votos adotou uma linha diferente para sustentar o seu posicionamento – é indubitável que, em um Estado laico, não pode um magistrado fundamentar seu convencimento na “vontade de Deus”. Fica evidente também o completo desrespeito pela diversidade, essencial em qualquer democracia, quando afirma que “aqui nós

⁴²¹ Segundo Dominique Rousseau “Ces critiques trouvent un écho encore plus favorable en France où l’expression « République des juges » peut résonner comme une réplique de la « monarchie des Parlements », ce système politique de l’Ancien Régime où, suite à la non-convocation des états généraux à partir de 1614, le pouvoir judiciaire avait acquis, par son droit d’enregistrement des ordonnances royales, un droit de remontrance utilisé, après la mort de Louis XIV, pour s’opposer à toutes les réformes initiées par le roi. C’est pourquoi 1789 doit se lire moins comme une révolution contre la monarchie du roi absolu qu’une révolution contre la monarchie des magistrats auxquels la loi de 1790 coupe la tête – avant celle du roi – en leur interdisant désormais de s’immiscer dans les affaires législatives et exécutives.” In ROUSSEAU, Dominique. *Radicaliser la démocratie: Propositions pour une refondation*. Paris, Éditions du Seuil, 2015. Livro eletrônico, p. 118.

⁴²² BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais - Embargos Infringentes 1.0024.02.810824-9/003. Relator Nicolau Maselli. DJ 11.04.2008. Disponível em http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=CDAB4D7062AC6777B2EC73022DE14BDE.juri_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.02.810824-9%2F003&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar. Acesso em 29/07/2023.

somos todos cristãos”, buscando justificar seu posicionamento. Não há como atribuir um caráter jurídico – para além do aspecto puramente formal, de ter sido proferida em um tribunal – a uma fundamentação como essa.

Vale repisar que, como explica Tassinari, o ativismo não se caracteriza necessariamente por uma ampliação do âmbito de atuação do Poder Judiciário dentro da sociedade (que é a definição de judicialização da política), mas sim como um ato de vontade dos julgadores, que decidem com base em critérios não jurídicos, ainda que suas decisões tenham uma aparência de juridicidade. Desse modo, é plenamente possível que existam julgados no sentido de uma não intervenção do Poder Judiciário que mostrem um perfil ativista, pois as razões de decidir não são jurídicas. É o que Tassinari diz ao dissertar sobre o caso *Locher v. New York*. Nas palavras da autora: “Dessa forma, fica claro que, mesmo um comportamento conservador do Judiciário, de não intervenção, pode revelar um perfil ativista”⁴²³. É exatamente o caso da decisão ora comentada. Apesar de ter julgado improcedente o feito, ou seja, de não intervindo no caso concreto, o magistrado deixou claro o seu ativismo, pois a decisão foi tomada com base em critérios exclusivamente morais e religiosos.

Infelizmente, este tipo de julgamento é sustentado, em nosso meio jurídico, pelo princípio do livre convencimento motivado⁴²⁴, que faz com que seja admitida como legítima qualquer decisão, contanto que esta seja “motivada”, ou seja, tenha uma aparência jurídica.

Cabe a análise, ainda, de uma decisão proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Pará, em janeiro de 2025. Trata-se decisão monocrática tomada no âmbito da Ação Declaratória de Ilegalidade de Greve nº 0801300-26.2025.8.14.0000, a qual foi ajuizada pelo estado do Pará contra o Sindicato dos Trabalhadores em Educação Pública no Pará. O estado alegava que a deflagração da greve geral anunciada pela entidade sindical configurava um movimento abusivo e ilegal. A decisão tomada pela corte foi no sentido de afirmar a ilegalidade da greve e determinar o retorno ao trabalho dos professores.

Consta da própria decisão que o referido sindicato comunicou a deflagração de uma greve geral por tempo indeterminado, com a paralisação das atividades escolares a partir de 23 de janeiro de 2025, bem como que “a decisão pela suspensão coletiva das atividades

⁴²³ TASSINARI, Clarissa. Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da atuação do Judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 89.

⁴²⁴ Importante repisar que o princípio do livre convencimento motivado restou fragilizado com o novo Código de Processo Civil. Sobre o tema, ver <http://www.conjur.com.br/2015-mar-19/senso-incomum-dilema-dois-juizes-diante-fim-livre-convencimento-ncpc> . Acesso em 10/01/2023.

funcionais, segundo a referida comunicação, ocorreu após ampla discussão com a categoria, que considerou insatisfatório o resultado das negociações com o Governo do Estado”.

Em seguida, a magistrada que proferiu a decisão citou a previsão constitucional do direito de greve no serviço público, que consta do artigo 37, inciso VII, da Constituição Federal de 1988, a ser exercida nos termos definidos em lei específica. Referiu, ainda, que como essa lei ainda não foi elaborada pelo Congresso Nacional, o Supremo Tribunal Federal decidiu que, na ausência da legislação específica, são aplicáveis ao setor público as leis federais nº 7.701/1988 e nº 7.783/1989, que regulam questões relativas ao direito de greve no setor privado. Foi citado, então, o rol de atividades consideradas essenciais, que consta do artigo 10 da Lei nº 7.783/1989.

É importante lembrar que quaisquer greves relativas aos trabalhadores que laboram nessas atividades, justamente por serem assim consideradas, sofrem uma série de restrições, visando à preservação do interesse público.

A questão é que a atividade de educação não consta da referida lista. Isso não ocorre por acaso. Essa ausência existe e é mantida em razão da mobilização de diversas categorias de professores a fim de que não sejam inviabilizados os movimentos grevistas por elas organizados. Existem, inclusive, projetos legislativos que buscam alterar esse estado de coisas, tais como a Proposta de Emenda à Constituição nº 53/2016 e o Projeto de Lei nº 5.594/2020, que enfrentam a constante resistência de diversos sindicatos ligados aos educadores⁴²⁵.

Entretanto, a magistrada considerou, assim mesmo, a educação como uma atividade essencial para fins de limitação ao direito de greve, sem que tenham sido desenvolvidos

⁴²⁵ Podemos citar, nesse sentido, matéria publicada no site do ANDES – Sindicato Nacional dos Docentes das Instituições de Ensino Superior, publicada no ano de 2022, intitulada “Após pressão, votação de PL 5594 que torna educação ‘essencial’ e restringe direito de greve é adiada”, onde consta que “O Projeto de Lei (PL) 5594/2020 que torna a educação um "serviço essencial", inclusive em tempos de pandemia, teve a sua análise adiada na Comissão de Educação da Câmara dos Deputados. A apreciação que ocorreria na última terça-feira (12) foi adiada para agosto, mês em que as deputadas e deputados federais retornam do recesso parlamentar. O resultado foi considerado uma vitória da Jornada de Lutas realizada pelas servidoras e servidores públicos federais nas últimas semanas, em Brasília (DF), em defesa de mais recursos para a Educação, por recomposição salarial e melhores condições de trabalho e contra o desmonte dos serviços públicos. O ANDES-SN convocou, por meio de circular, a participação de docentes para fortalecer a luta e a pressão junto às e aos parlamentares para barrar a votação do PL 5594/2020. O PL é considerado uma ameaça ao direito de greve da categoria docente e demais trabalhadoras e trabalhadores da educação ao considerar a Educação como um “serviço essencial” e, portanto, não poderá ter suas atividades presenciais interrompidas, uma vez que a legislação traz diferenças entre a greve de serviços essenciais e a de não essenciais. Com esse novo entendimento, as greves no setor podem ficar restritas. O PL 5594 é assinado pelas deputadas Adriana Ventura (Novo-SP), Paula Belmonte (Cidadania-DF) e Aline Sleutjes (PSL-PR)”. Disponível em <<https://andes.org.br/conteudos/noticia/apos-pressao-votacao-de-pL-5594-que-torna-educacao-essencial-e-restringe-direito-de-greve-e-adiada1>>, acesso em 10/04/2025.

quaisquer argumentos além da seguinte frase: “É inegável que a atividade de educação constitui serviço público essencial, premissa fática que norteará todo o exame de legalidade proposto ao caso”. Especificamente em relação à ausência de previsão legal nesse sentido, restou consignado na decisão que o Supremo Tribunal Federal, “no que se refere à definição dos serviços essenciais, assentou que o rol previsto no art. 10 da Lei nº 7.783/1989 é meramente exemplificativo”, sendo transcrita, a seguir, parte do precedente da Suprema Corte, nos seguintes termos:

4.2 Considerada a omissão legislativa alegada na espécie, seria o caso de se acolher a pretensão, tão-somente no sentido de que se aplique a Lei nº 7.783/1989 enquanto a omissão não for devidamente regulamentada por lei específica para os servidores públicos civis (CF, art. 37, VII). (...) 4.4. O sistema de judicialização do direito de greve dos servidores públicos civis está aberto para que outras atividades sejam submetidas a idêntico regime. Pela complexidade e variedade dos serviços públicos e atividades estratégicas típicas do Estado, há outros serviços públicos, cuja essencialidade não está contemplada pelo rol dos arts. 9º a 11 da Lei nº 7.783/1989. Para os fins desta decisão, a enunciação do regime fixado pelos arts. 9º a 11 da Lei nº 7.783/1989 é apenas exemplificativa (*numerus apertus*). (...) 6.7. Mandado de injunção conhecido e, no mérito, deferido para, nos termos acima especificados, determinar a aplicação das Leis nos 7.701/1988 e 7.783/1989 aos conflitos e às ações judiciais que envolvam a interpretação do direito de greve dos servidores públicos civis.” (MI 670, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 25/10/2007, DJe-206 DIVULG 30-10-2008 PUBLIC 31-10-2008) (grifos no original)

O precedente citado é bastante extenso, discutindo várias questões que foram levantadas no âmbito da Suprema Corte. Entretanto, como é possível perceber da leitura do próprio trecho citado na decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, ora em comento, a conclusão de que o rol de atividades não pode ser considerado exaustivo foi alcançada com base em certas premissas. O STF fixou esse entendimento em razão da “complexidade e variedade dos serviços públicos e atividades estratégicas típicas do Estado”. Ou seja, é justamente por causa das especificidades de algumas atividades típicas do Estado que um rol de serviços pensado para o setor privado não pode ser considerado exaustivo quando aplicado ao serviço público. Carece, portanto, de sustentação a utilização desse precedente para a qualificação da educação, apesar de sua evidente relevância, como uma atividade essencial justamente para limitar o direito de greve dos profissionais da área, especialmente tendo em vista que a educação é uma atividade compartilhada entre os setores público e privado, cuja ausência no mencionado rol de atividades não se dá, repise-se, por acaso.

Mesmo que a inexistência de previsão legal não tenha sido um empecilho para que o Tribunal de Justiça do Pará considerasse a atividade de educação como essencial para fins de

limitação do direito de greve, constou da decisão uma interessante análise sobre o movimento grevista:

O que emerge dos autos, ao menos por enquanto, é a existência de uma verdadeira insatisfação com uma lei estadual aprovada pelo Poder Legislativo, isto é, pelos representantes da sociedade paraense, da qual os profissionais da educação também fazem parte, sendo, portanto, legítima e presumivelmente válida.
Assim, neste juízo prévio, pelos motivos expostos, **reputo abusiva e ilegal a greve deflagrada pelo SINTEPP.** (grifo no original)

Nesse momento, portanto, foi demonstrada uma grande deferência pelo Poder Legislativo, deixando de lado o fato de que reivindicações no setor público muitas vezes demandam alterações legislativas e que uma forma de buscar o convencimento da sociedade para tanto é justamente através de movimentos paredistas. Não há, desse modo, nenhuma incompatibilidade – do ponto de vista democrático – entre a existência de previsão legal em um determinado sentido e a estruturação de um movimento grevista buscado a mudança dessa lei. Além disso, é necessário lembrar da função contramajoritária do Poder Judiciário em um Estado Democrático de Direito, não cabendo aos juízes defender apenas a vontade da maioria expressa diretamente ou através de seus representantes, mas também dar sustentação aos direitos e garantias dos grupos minoritários.

Não obstante, restou determinado, na decisão em comento, o retorno de *todos* os professores ao trabalho, nos seguintes termos “[...] manter 100% dos professores em atividade, sob pena de multa no valor de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), por dia e por ato de descumprimento”, ante o reconhecimento da “aparente ilegalidade e abusividade do movimento grevista”.

Faz-se mister, portanto, compreender não apenas a conceituação, mas também as consequências jurídicas da definição de um serviço como atividade essencial pela Lei nº 7.783/1989. Essa compreensão deve passar pela análise dos próprios dispositivos desse diploma legal, em especial de seu artigo 11, que assim dispõe:

Art. 11. Nos serviços ou atividades essenciais, os sindicatos, os empregadores e os trabalhadores ficam obrigados, de comum acordo, a garantir, durante a greve, a prestação dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

Parágrafo único. São necessidades inadiáveis, da comunidade aquelas que, não atendidas, coloquem em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população.

Nessas atividades, consideradas essenciais, deverá ser garantido – mesmo durante as greves – a prestação dos serviços indispensáveis à manutenção da saúde, segurança ou sobrevivência da população. Ou seja, não há uma vedação à deflagração de movimentos grevistas nessas atividades, mas apenas a garantia legal de que essas greves não ameaçarão os bens jurídicos citados. É evidente que, a depender da atividade e do contexto, o número de trabalhadores necessários para que isso seja garantido vai variar consideravelmente. Entretanto, não é difícil perceber que mesmo quando há claro risco à segurança ou à saúde, dificilmente será necessária a manutenção de todos os trabalhadores em atividade – o que equivale, na prática, à completa interdição do direito de greve.

Essa determinação de manutenção de 100% dos trabalhadores em atividade chama ainda mais atenção no caso concreto, por se tratar de serviço que, ainda que fundamental para uma sociedade, não é capaz, pelo menos a princípio, de colocar em risco a vida, a saúde ou a segurança da população. Em outras palavras, não apenas a conceituação da educação como atividade essencial no contexto da decisão carece de um fundamento sólido, como também a definição das consequências jurídicas dessa conceituação no caso concreto é bastante problemática.

O que se percebe, de fato, é que os fundamentos utilizados na decisão levam à conclusão de que qualquer greve de professores seria ilegal. Se isso tivesse sido expressamente consignado no pronunciamento judicial, evidentemente tornaria o *decisum* insustentável juridicamente. É por isso que magistrada *diz sem dizer*, ou seja, elabora fundamentos que, se analisados com um pouco de distanciamento, deixam clara uma posição que vai muito além do direito, mas sem nunca expressá-la abertamente.

Outro exemplo muito interessante vem do Processo nº 0800694-55.2022.8.14.0015, também da Justiça Estadual do Pará. A demanda se originou em uma ação de reintegração de posse formulada pela empresa Agropalma S.A. contra a Associação dos Remanescentes de Quilombos da Comunidade da Balsa, Turiaçu, Gonçalves e Vila Palmares do Vale do Acará – ARQVA e outros. Na origem do conflito estava a reivindicação da terra por várias comunidades quilombolas da região. Nesse feito, foi homologado um acordo entre as partes, ainda no ano de 2022, que previa a desocupação da área pelos membros das comunidades, enquanto era garantida a sua livre circulação na região, até o pronunciamento do Instituto de Terras do Pará – ITERPA sobre a questão em debate.

No ano de 2024 houve uma nova ocupação das terras, dessa vez por membros da comunidade indígena Turiwara. Entretanto, os representantes judiciais da empresa decidiram requerer o desarquivamento da ação de reintegração de posse mencionada, alegando o descumprimento do acordo, reiterando o pedido de reintegração de posse e afirmando que “no dia 19 de agosto de 2024, próximo às 16hs, a Fazenda Roda de Fogo, de reconhecida posse da AGROPALMA S/A, voltou a ser invadida por cerca de 30 (trinta) membros da ARQVA”. Logo em seguida ao pedido de desarquivamento a Associação Indígena Turyuará Itapeua do Alto Acará e a Associação Indígena Ita Pew do Alto Acará vieram aos autos, esclarecendo que “a ocupação não foi feita pela ARQVA e sim pelas associações ora peticionantes”.

Contudo, em nova manifestação, a empresa Agropalma reiterou o pleito possessório, afirmando que “há evidência nestes autos de que membros da ARQVA também compõem as associações indígenas”. Asseverou, ainda, que “não se pretende entrar no mérito de uma eventual discussão antropológica sobre a possibilidade de alguém se autodeclarar ora indígena, ora quilombola, discussão esta que escapa o Direito Processual Civil”.

É interessante notar, primeiramente, que a segunda manifestação da empresa alterou sensivelmente os termos da primeira, ainda que essa mudança tenha passado, aparentemente, desapercebida. No pedido de desarquivamento fora afirmado que a região havia voltado “a ser invadida por cerca de 30 (trinta) membros da ARQVA”, dando a entender que todos os invasores pertenciam ao mesmo grupo que havia feito parte do acordo anteriormente assinado. Já da manifestação subsequente, consta que “membros da ARQVA também compõem as associações indígenas”. Ora, há uma diferença fundamental entre, por um lado, uma suposta identidade integral das pessoas envolvidas na nova ocupação com os signatários do acordo e, por outro, o alegado fato de alguns dos envolvidos fazerem parte das diferentes associações.

Todavia, o ponto principal está no outro trecho acima transcrito, no sentido de que a empresa não pretendia “entrar no mérito de uma eventual discussão antropológica sobre a possibilidade de alguém se autodeclarar ora indígena, ora quilombola”. Impressiona que a requerente não queira entrar nesse mérito, já que esse constitui, de fato, um dos aspectos mais relevantes a serem discutidos naqueles autos. Sendo o Brasil um país pluriétnico e multicultural, não chega a ser nenhuma surpresa que existam pessoas que sejam, ao mesmo tempo, descendentes de indígenas e de quilombolas, bem como que a identificação cultural com alguma dessas tradições possa se alterar com o passar do tempo e da vivência de alguns indivíduos. Entretanto, também é possível que essa identificação não esteja realmente configurada e que o direito alegado sobre as terras não exista, mas é fundamental notar que não há como decidir uma questão dessa natureza sem analisar o fundamento antropológico.

Essa é, sem dúvida, uma das razões que levou o poder constituinte originário a escolher um *locus* diferenciado para tratar das questões sobre direitos indígenas, qual seja, a Justiça Federal. De fato, a Constituição Federal de 1988 é clara ao prever, em seu artigo 109, que compete aos juízes federais processar e julgar “a disputa sobre direitos indígenas”.

Houve, então, a manifestação do Ministério Público Federal no feito, postulando o reconhecimento da incompetência absoluta do juízo estadual para a análise do pleito. Entretanto, o juízo de primeiro grau, em um primeiro momento, não se manifestou sobre a questão da competência e nem sobre o pedido de reintegração de posse, apenas designando “audiência de conciliação”, buscando, nos termos da própria decisão, “a necessária compreensão e identificação da motivação da nova ocupação”.

Em face desse quadro, houve a interposição de agravo de instrumento por parte da empresa Agropalma postulando, perante o Tribunal de Justiça do Estado do Pará, a reintegração de posse da área. De maneira surpreendente, o pedido foi monocraticamente deferido, sendo que a questão da competência foi abordada em três linhas, seguidas de um precedente judicial, afirmando apenas que “no que tange à possibilidade de dúvidas acerca competência, até o presente momento, não havendo terras indígenas ou processo demarcatório em curso, não há indícios de interesse da Justiça Federal”. O precedente citado foi o seguinte:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. ÁREA OCUPADA POR INDÍGENAS. INEXISTÊNCIA DE RESERVA INDÍGENA OU PROCESSO DEMARCATÓRIO DA REGIÃO. AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE PASSIVA DA FUNAI E DA UNIÃO FEDERAL. Inexiste no processo em tela interesse indígena a ser tutelado pela União Federal ou pela FUNAI, considerando-se que a área invadida não constitui reserva indígena nem é objeto processo demarcatório. (TRF-4 - AG: 50164230520174040000 5016423-05.2017.4.04.0000, Relator: SÉRGIO RENATO TEJADA GARCIA, Data de Julgamento: 07/04/2021, QUARTA TURMA)

Porém, ainda que a ementa do precedente faça referência especificamente à questão do processo demarcatório, a leitura de seu inteiro teor deixa claro que não é esse o fundamento da decisão. Nesse sentido, vale citar o seguinte trecho:

Conforme constou da decisão agravada, (1) a própria FUNAI *reconhece que o objetivo da ocupação não é a discussão sobre a tradicionalidade indígena da área no município de Sertão, mas sim questão de segurança de um grupo de indígenas dissidente de acampamento às margens da BR 285 em Mato Castelhano, onde*

pende decisão definitiva de processo demarcatório, e (2) a posse da área discutida não diz respeito a direito inerente - ou que possa atingir - a toda uma comunidade indígena, notadamente porque a invasão deu-se por algumas famílias (10 até o momento) que utilizam a área esbulhada como endereço temporário, até que as demarcações iniciadas na região de Mato Castelhano tenham trânsito.

Nesse diapasão, impende seja negado provimento ao recurso.

Ou seja, o sentido dado à eventual existência de processo demarcatório na região refere-se, no precedente citado, ao fato de não ser invocado pelos ocupantes o direito à terra com base no argumento de ser essa tradicionalmente utilizada pelos indígenas. Não restam dúvidas, portanto, que a discussão jurídica feita no precedente utilizado como fundamento é completamente diferente daquela presente nos autos da decisão.

Ademais, a previsão constitucional presente no artigo 109, inciso XI, não traz qualquer limitação, dizendo apenas que cabe à Justiça Federal julgar “a disputa sobre direito indígenas”. De fato, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento, quando do julgamento do AgRg no CC n. 175.037/AM, em 07/11/2022, que não é necessário perquirir sobre a demarcação da área dos fatos para a apuração da eventual competência da Justiça Federal, desde que exista, no caso concreto, impacto nas tradições e terras ocupadas pelos indígenas. Nesse sentido, segue o seguinte trecho do voto do relator do julgado:

Quanto ao local dos crimes, não obstante os fundamentos apresentados pelo Juízo suscitante, é despiciendo discutir se ocorreu ou não a efetiva demarcação da terra como território indígena, pois o que importa para configurar a violação dos direitos indígenas e, por conseguinte, atrair a competência da Justiça Federal para o processamento do feito, é o impacto negativo da atuação dos acusados nas tradições, modo de viver e terras que os indígenas habitam e utilizam, o que, no caso, o inquérito concluiu de forma positiva.

Fica claro, desse modo, que a decisão em comento ignorou o ordenamento jurídico para possibilitar uma decisão que revela apenas a convicção pessoal da julgadora. Essa, em vez de reconhecer a incompetência da Justiça Estadual para decidir o pedido que havia sido levado a juízo naquele momento, preferiu buscar um fundamento aparentemente jurídico para possibilitar que a causa fosse decidida de acordo com as suas preferências, independentemente das normas em vigor sobre a matéria.

Não pensemos, porém, que decisões baseadas em critérios não jurídicos acontecem apenas na jurisdição ordinária. No fim da década de 1980, firmou o Tribunal Superior do Trabalho entendimento, através da Súmula nº 294, no sentido de que a prescrição aplicável, na seara trabalhista, a pleito que envolva prestações sucessivas é a total – ou seja, a prescrição do próprio fundo de direito – exceto quando o direito também esteja previsto em lei. Prevê, portanto, a Súmula nº 294 do TST:

PREScriÇÃO. ALTERAÇÃO CONTRATUAL. TRABALHADOR URBANO
Tratando-se de ação que envolva pedido de prestações sucessivas decorrente de alteração do pactuado, a prescrição é total, exceto quando o direito à parcela esteja também assegurado por preceito de lei.⁴²⁶

Firmou-se nesse sentido também o entendimento doutrinário. Maurício Godinho Delgado, em seu *Curso de Direito do Trabalho*, explica que:

[...] conforme o título jurídico da parcela, a *actio nata* firma-se em momento distinto. Assim, irá se firmar no instante da lesão – e do surgimento consequente da pretensão -, caso não assegurada a parcela especificamente por preceito de lei (derivando, por exemplo, de regulamento empresarial ou contrato). Dá-se, aqui, a prescrição total, que corre desde a lesão e se consuma no prazo quinquenal subsequente (se o contrato estiver em andamento, é claro).

Consistindo, entretanto, o título jurídico da parcela em preceito de lei, a *actio nata* incidiria em cada parcela especificamente lesionada. Torna-se, desse modo, parcial a prescrição, contando-se do vencimento de cada prescrição periódica resultante do direito protegido por lei⁴²⁷.

No mesmo sentido, leciona Luciano Martinez que a prescrição total, no âmbito trabalhista consiste na inexigibilidade das pretensões relacionadas a fatos jurídicos anteriores à barreira dos últimos cinco anos de relação de emprego, que se refiram a alterações contratuais, enquanto que a prescrição parcial diz respeito às parcelas previstas em lei, citando o exemplo – em relação a esta última modalidade de prescrição - de um empregado que tivesse sofrido a supressão do décimo terceiro salário, afirmando que “[...] ele poderia invocar o restabelecimento da vantagem a qualquer tempo, vendo tragados pela prescrição parcial apenas os créditos cujos fatos geradores tivessem mais de cinco anos”⁴²⁸.

A distinção, portanto, produz-se “em função do título jurídico a conferir fundamento e validade à parcela pretendida (preceito de lei ou não)”, como afirma Delgado, no trecho acima mencionado. Porém, apesar do entendimento firmado tanto no âmbito doutrinário

⁴²⁶ Disponível em http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-294. Acesso em 30/07/2023.

⁴²⁷ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 9ª ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 255.

⁴²⁸ MARTINEZ, Luciano. *Curso de direito do trabalho*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p 633.

quanto no âmbito jurisprudencial pelo próprio Tribunal Superior do Trabalho, tal critério nunca foi aplicado de maneira uniforme pelos tribunais trabalhistas, incluindo o próprio TST.

Um exemplo claro foi a posterior edição da Súmula nº 452 pelo Tribunal Superior do Trabalho, que assim dispõe:

DIFERENÇAS SALARIAIS, PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS.
DESCUMPRIMENTO, CRITÉRIOS DE PROMOÇÃO NÃO OBSERVADOS.
PREScrição PARCIAL. (conversão da Orientação Jurisprudencial nº 404 da
SBDI-1) – Res. 194/2014, DEJT divulgado em 21, 22 e 23.05.2014
Tratando-se de pedido de pagamento de diferenças salariais decorrentes da
inobservância dos critérios de promoção estabelecidos em Plano de Cargos e
Salários criado pela empresa, a prescrição aplicável é a parcial, pois a lesão é
sucessiva e se renova mês a mês.⁴²⁹

Desse modo, quando se está a tratar de planos de cargos e salários – frise-se, instituído pela própria empresa – a prescrição aplicável, segundo o Tribunal Superior do Trabalho, é a parcial. Ignorou, desse modo, o TST, o critério anteriormente instituído, baseado no título jurídico a conferir fundamento e validade à parcela pretendida – preceito de lei ou não.

Ressalte-se que Delgado, no trecho acima citado (tendo escrito anteriormente à edição da Súmula nº 452) afirma expressamente que a prescrição total aplicar-se-ia a determinada parcela “caso não assegurada a parcela especificamente por preceito de lei (derivando, por exemplo, de regulamento empresarial ou contrato)”. Ou seja, é aplicável a prescrição total às parcelas previstas em regulamento empresarial, englobando, por óbvio, aquelas previstas em plano de cargos e salários.

Não se está aqui a defender, evidentemente, que a jurisprudência de um tribunal não pode se modificar. Está o Tribunal Superior do Trabalho autorizado a rever seu entendimento sobre qualquer matéria, especialmente tendo em vista eventuais alterações nas estruturas sociais que servem de base para a compreensão de determinado assunto ou, mesmo, a evolução da discussão doutrinária e jurisprudencial sobre esse. Todavia, para tanto, seria necessária a realização do chamado *overruling*, ou seja, de nova análise do entendimento firmado na Súmula nº 294, com o seu consequente cancelamento – o que, frise-se, não foi feito.

De fato, limitou-se o Tribunal, nos julgados que deram origem à Súmula nº 452, a dizer que os casos em análise não se enquadravam na previsão contida na Súmula nº 294, sem

⁴²⁹ Disponível [em
http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-294](http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-294). Acesso
em 30/07/2023.

enfrentar o cerne da questão, ou seja, a natureza do título jurídico que deu origem à parcela guerreada. Em outras palavras, não foi feito um verdadeiro *distinguishing*, cingindo-se o tribunal a afastar a aplicação da Súmula nº 294 com base em fundamentos diversos, claramente insuficientes para demonstrar a inaplicabilidade do referido enunciado sumular.

Cite-se, exemplificativamente, o seguinte trecho, extraído do voto condutor do acórdão proferido no Processo nº 161500-51.2003.5.03.0070:

Outrossim, não há que se falar em contrariedade à Súmula 294 desta Corte, eis que o Tribunal Regional salientou que o pedido formulado pelo reclamante envolve prestações de trato sucessivo, renovando-se a cada vencimento. Sendo a lesão do direito continuada, a prescrição é sempre parcial, contando-se do vencimento de cada uma delas e não do direito do qual se originam.

No mesmo sentido, o excerto do voto condutor do acórdão proferido no Processo nº 133900-12.2002.5.04.0022: “assim, inaplicável se mostra à hipótese a Súmula n.º 294 do TST, sendo de se reconhecer a prescrição apenas parcial para a hipótese, renovando-se mês a mês a lesão, enquanto não efetuada a promoção a que tinha direito o Empregado”. E, ainda, o trecho referente ao Processo nº 717395-77.2000.5.03.5555: “tratando-se de pedido de diferenças salariais decorrentes do descumprimento dos critérios do Plano de Cargos e Salários a prescrição é parcial, pois a lesão se renova mês a mês, não havendo se falar em prescrição com base na Súmula 294 do C. TST”.

É utilizado como fundamento, portanto, pelo Tribunal Superior do Trabalho, para a aplicação da prescrição parcial – fundamento este repetido na maioria das decisões que deram origem ao enunciado sumular -, o fato de que o pleito envolve prestações de trato sucessivo, sendo a lesão renovada mês a mês. De fato, essa parte final consta do próprio enunciado da Súmula nº 452.

Não é difícil perceber que esse argumento é ilógico, por justificar a aplicação da prescrição parcial com base em uma característica que é *comum* tanto a esta quanto à prescrição total. Ora, só há sentido em discutir se a prescrição é parcial ou total dentro de uma relação jurídica continuativa, com prestações de trato sucessivo, como restou evidenciado nos excertos doutrinários acima colacionados.

Fica claro, portanto, que em relação à aplicação da prescrição total ou parcial, vem os tribunais, inclusive o TST, decidindo não com base nos critérios jurídicos estabelecidos doutrinaria e jurisprudencialmente, mas sim em critérios outros, dando apenas uma “roupagem jurídica” às suas decisões, através de fundamentos que claramente não são suficientes para sustentá-las.

Vale mencionar que, ainda que o exemplo da Súmula nº 452 do TST possa não parecer um exemplo tão claro de ativismo judicial quanto os outros já mencionados, ele caracteriza claramente uma das espécies de condutas ativistas que, segundo Teixeira, mais lesam o equilíbrio da ordem constitucional e da estabilidade interinstitucional, que é a desconsideração por precedentes jurisprudenciais. De acordo com esse autor, a referida conduta

ocorre quando, sobretudo em se tratando de precedentes do mesmo Tribunal, a decisão desconsidera ou colide com entendimentos consolidados em jurisprudência firmada sobre matéria análoga ou idêntica, sem que, para tanto, tenha ocorrido alguma circunstância nova a ensejar mudança de orientação jurisprudencial. Trata-se também de espécie de ativismo judicial nocivo difícil de ser caracterizada, pois as decisões judiciais são o espaço adequado para que inovações possam surgir, mas tais inovações não podem carecer de sólida fundamentação normativa (não apenas legal) e adequação às exigências do caso concreto.

Outro caso que pode ser mencionado é o do Recurso Especial nº 2097324-SP, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça em 24/09/2024 e publicado em 21/10/2024. Trata-se de caso que versava sobre o falecimento de um dos cônjuges de um casamento em regime de separação obrigatória de bens. Entretanto, pouco tempo antes da morte do marido, a esposa havia ganho um vultoso prêmio na loteria. Os filhos do cônjuge falecido, sabendo do prêmio, argumentaram que parte desse dinheiro deveria ser incluída no inventário, pois se trataria de um bem comum do casal, mesmo com o regime de separação obrigatória.

A ementa do referido julgado foi elaborada nos seguintes termos:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INVENTÁRIO. QUESTÕES DE DIREITO. MATÉRIA INCONTROVERSA. DILAÇÃO PROBATÓRIA. DESNECESSIDADE. REMESSA ÀS VIAS ORDINÁRIAS. DESCABIMENTO. CPC/2015, PRÊMIO DE LOTERIA. AQUISIÇÃO. FATO EVENTUAL. COMUNHÃO. ESFORÇO COMUM. PROVA. DESNECESSIDADE. DECISÃO MANTIDA.

1. Ofende o art. 612 do CPC/2015 a ordem para que a discussão sobre a comunicabilidade do patrimônio do de cujus seja resolvida nas vias ordinárias quando todos os elementos necessários para o julgamento da questão litigiosa - a pretendida comunhão de prêmio de loteria obtido por um dos cônjuges - são incontrovertíveis, não subsistindo questões de alta indagação que exijam dilação probatória.

2. Conforme orientação firmada pela Quarta Turma do STJ, "o prêmio de loteria é bem comum que ingressa na comunhão do casal sob a rubrica de 'bens adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anterior' (CC/1916, art. 271, II; CC/2002, art. 1.660, II)" (REsp n. 1.689.152/SC, relator Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 24/10/2017, DJe de 22/11/2017), solução aplicável ao regime da separação legal de bens (CC/1916, art. 258, § ún., II; CC/2002, art. 1.641, inciso II).

2.1. No entendimento desta Corte Superior, portanto, em se tratando de bem comum, porque adquirido por fato eventual, o exame sobre a participação de ambos os cônjuges para sua obtenção (esforço comum) é desnecessário.

2.2. Além disso, tratando-se de casal que viveu em união estável por cerca de vinte (20) anos até quando formalizado o casamento, a imposição da separação obrigatória não se afigura razoável, na medida em que agrava o regime de bens que vigia anteriormente sem que os cônjuges tivessem manifestado opção por essa mudança. Precedente do STJ.

3 . Recurso especial a que se dá provimento.

(REsp n. 2.097.324/SP, relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 24/9/2024, DJe de 21/10/2024.)

Verifica-se, portanto, que o entendimento que prevaleceu foi o de que "o prêmio de loteria é bem comum que ingressa na comunhão do casal sob a rubrica de 'bens adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anterior' (CC/1916, art. 271, II; CC/2002, art. 1.660, II)".

Todavia, essa posição não se sustenta, pois o artigo 1.660 do Código Civil, expressamente citado como fundamento decisão, está dentro do capítulo intitulado “Do Regime de Comunhão Parcial”, que possui uma lógica completamente diferente do regime de separação de bens. De fato, o referido capítulo começa com a definição do regime de comunhão parcial, nos seguintes termos: “Art. 1.658. No regime de comunhão parcial, comunicam-se os bens que sobrevierem ao casal, na constância do casamento, com as exceções dos artigos seguintes”. O artigo seguinte, art. 1.659, prevê o rol dos bens que se excluem da comunhão e o artigo 1.660 prevê os bens que entram na comunhão, nos seguintes termos:

Art. 1.660. Entram na comunhão:

I - os bens adquiridos na constância do casamento por título oneroso, ainda que só em nome de um dos cônjuges;

II - os bens adquiridos por fato eventual, com ou sem o concurso de trabalho ou despesa anterior;

III - os bens adquiridos por doação, herança ou legado, em favor de ambos os cônjuges;

IV - as benfeitorias em bens particulares de cada cônjuge;

V - os frutos dos bens comuns, ou dos particulares de cada cônjuge, percebidos na constância do casamento, ou pendentes ao tempo de cessar a comunhão.

Há, portanto, previsão de que os bens adquiridos por fato eventual entram na comunhão justamente por se tratar de um regime de comunhão de bens. Necessário frisar que não se está a analisar um artigo genérico, cuja interpretação majoritária é a de que se aplicaria apenas a esse regime, mas sim de um artigo expressamente dedicado pelo legislador a um regime de bens completamente diferente do que o verificado no caso concreto.

Outro fundamento utilizado na decisão é aquele referente à obrigatoriedade do regime de separação de bens, associada à anterior união estável do casal. Em relação a esse último ponto, um dos votos do julgado registrou que a alegada união estável era um fato

controverso sobre o qual não foi produzida prova pela parte que alegou. O aspecto mais relevante a ser analisado, porém, é a obrigatoriedade do regime de separação de bens. No ordenamento jurídico brasileiro uma das hipóteses de adoção obrigatória do regime de separação de bens é a de um dos nubentes contar com mais de setenta anos quando do casamento (artigo 1.641, inciso II, do Código Civil). Essa é uma previsão legal que já constava, em essência, do Código Civil de 1916, ainda que tenham ocorrido alterações legislativas no tocante à idade e às condições de aplicação.

Considerando os questionamentos sobre a constitucionalidade do referido dispositivo – por instituir, na prática, uma espécie de “incapacidade parcial” em razão da idade – o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Tema n. 1.236 da Repercussão Geral, deu interpretação conforme à Constituição ao artigo 1.641, inciso II, do Código Civil, no sentido de que “nos casamentos e uniões estáveis envolvendo pessoa maior de 70 anos, o regime de separação de bens previsto no art. 1.641, II, do Código Civil, pode ser afastado por expressa manifestação de vontade das partes, mediante escritura pública”. Essa decisão do Supremo Tribunal Federal foi, inclusive, expressamente mencionada no Recurso Especial julgado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Entretanto, nunca houve questionamento dos nubentes sobre o regime de bens do casamento, qual seja, a separação de bens – inexiste, pelo menos, qualquer referência nesse sentido. Mesmo que a decisão do Supremo Tribunal Federal em sede de Repercussão Geral tenha sido proferida depois do óbito do marido, resta evidente que era plenamente possível o questionamento sobre a obrigatoriedade do regime de separação de bens – o que, frise-se, não foi feito. Em outras palavras, mesmo que tenham vivido em união estável em período anterior ao casamento, foi uma decisão dos nubentes a própria realização do casamento, com a ciência de que esse importaria em um regime de separação de bens, bem como a ausência de qualquer questionamento que poderia ter sido feito, por exemplo, em juízo, sobre o mencionado regime.

Não há, portanto, como pressupor que o cônjuge falecido não concordou com esse estado de coisas e que, agora, parte do prêmio deve ir para os seus filhos. Resta evidente que a decisão foi motivada por um senso abstrato de justiça, tendo prevalecido o entendimento de que seria mais justo destinar uma parte do prêmio aos filhos, já adultos, do marido.

É interessante notar que até mesmo essa conclusão é questionável. Não há, de fato, nenhum valor universal aqui considerado, nenhum direito humano inalienável em discussão, mas apenas a ideia de que os filhos deveriam receber uma parte do prêmio em detrimento, ainda que parcial, da viúva. Em uma análise de cunho puramente moral, nenhum dos

caminhos parece absurdo. Essa consideração, entretanto, apenas reforça a onipresença do ativismo no cenário jurídico brasileiro. Mesmo sem nenhuma questão ética fundamental em debate, o ordenamento jurídico foi ignorado – ou, como alguns podem preferir, “livremente interpretado”. Interpretação, de fato, tão livre que permite que se alcance qualquer conclusão, a depender da vontade daqueles que decidem.

Outra decisão que merece referência é a proferida pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.249.095, julgada em 27/11/2024 e publicada em 27/02/2025. O Plenário do Supremo Tribunal Federal decidiu, por unanimidade, que a presença de símbolos religiosos, como imagens e crucifixos, em prédios e órgãos públicos não fere a laicidade ou a neutralidade estatal em relação às religiões, nem a liberdade de crença das pessoas. Como o processo tem repercussão geral (Tema nº 1.086), a tese fixada deverá ser aplicada em todas as instâncias do Poder Judiciário. A tese de repercussão geral fixada foi a seguinte:

A presença de símbolos religiosos em prédios públicos, pertencentes a qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, desde que tenha o objetivo de manifestar a tradição cultural da sociedade brasileira, não viola os princípios da não discriminação, da laicidade estatal e da impessoalidade.

O julgado recebeu a seguinte ementa:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. MÉRITO DE REPERCUSSÃO GERAL. TEMA 1.086. DIREITO CONSTITUCIONAL. PRESENÇA DE CRUCIFIXO EM PRÉDIO PÚBLICO DA UNIÃO. USO DE SÍMBOLOS RELIGIOSOS. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA NÃO DISCRIMINAÇÃO (ARTS. 3º, IV; E 5º, CAPUT, DA CF/88), DA LAICIDADE (ART. 19, I, DA CF/88) E DA IMPESSOALIDADE (ART. 37, CAPUT, DA CF/88). LAICIDADE COLABORATIVA. INEXISTÊNCIA DE IMPOSIÇÃO DE RELIGIÃO ESPECÍFICA. PLURALISMO E LIBERDADE RELIGIOSA ASSEGURADOS. RECONHECIMENTO DO ASPECTO HISTÓRICO CULTURAL PRESENTE NA CONSTRUÇÃO DA SOCIEDADE BRASILEIRA. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL (ART. 5º, XXXV, DA CF/88). INEXISTÊNCIA. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. REPERCUSSÃO GERAL (TEMA 339). RECURSO EXTRAORDINÁRIO CONHECIDO E DESPROVIDO, COM FIXAÇÃO DE TESE.

I — A lealdade aos valores e princípios democráticos defendidos pela Constituição da República reclamam a identificação e o compromisso com os ideais de igualdade, liberdade e justiça ali presentes, independentemente de diferenças culturais ou religiosas, de modo que a exposição de símbolos religiosos católicos em órgãos públicos não é incompatível com tais valores, garantida a autodeterminação dos cidadãos. modo que a exposição de símbolos religiosos católicos em órgãos públicos não é incompatível com tais valores, garantida a autodeterminação dos cidadãos.

II — A ação do administrador público ou a convicção do julgador não são guiadas por simbologias religiosas, mas, sim, pela aplicação da lei e pela fundamentação jurídica adequada ao caso concreto.

III — A formação educacional, moral e cultural da sociedade brasileira teve influência histórica do Cristianismo católico, com traços marcantes no cotidiano social.

IV — Quanto à alegada afronta ao art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, não há negativa de prestação jurisdicional se a parte valeu-se dos meios recursais cabíveis e teve a jurisdição devidamente prestada por decisões fundamentadas, ainda que contrárias aos seus interesses.

V — No julgamento do AI 791.292-QO-RG/PE (Tema 339), relatado pelo Ministro Gilmar Mendes, reconheceu-se a repercussão geral e reafirmou-se a orientação no sentido de que a exigência do art. 93, IX, da Constituição não impõe seja a decisão exaustivamente fundamentada. O que se busca é que o julgador indique, de forma clara, as razões de seu convencimento.

VI — Recurso extraordinário CONHECIDO e DESPROVIDO.

Ainda que a tese fixada mencione, de maneira ampla, símbolos religiosos, o que estava em discussão no processo era, sem dúvida, a grande presença de crucifixos nas mais diversas repartições públicas no Brasil, conforme se depreende desde a narração dos fatos “Concretamente, a controvérsia nasceu em razão da existência de um crucifixo no Plenário do Tribunal Regional Eleitoral do Estado de São Paulo e de representação oferecida por um cidadão [...]”.

É fato público e notório que a presença de crucifixos nos prédios públicos brasileiros é algo extremamente comum em todas as esferas – federal, estadual e municipal –, não se limitando, ainda, ao Poder Executivo ou Legislativo, mas também marcando sua presença em diversas repartições do Poder Judiciário, do Ministério Público, etc. Além disso, são praticamente inexistentes quaisquer representações de outras religiões nesses locais. Importa esclarecer, ainda, que não se está a tratar apenas de locais de circulação interna de funcionários, mas também de salas de atendimento ao público, ambientes em que são realizadas sessões de julgamento, entre outras.

Antes de entrarmos nos fundamentos utilizados pelos ministros em seus votos, é necessário ressaltar dois elementos essenciais. O primeiro e mais importante refere-se ao objeto do julgamento. Por mais que isso possa parecer óbvio, não se está discutindo a constitucionalidade da presença da religião ou de representações religiosas na sociedade brasileira de maneira ampla. O que está em debate é apenas a presença de crucifixos e outros possíveis símbolos religiosos dentro de repartições públicas. Esse ponto, apesar de aparentemente trivial, será importante para compreender o porquê de boa parte dos fundamentos utilizados pelos ministros não se relacionarem verdadeiramente com o objeto da discussão.

Em segundo lugar, se o Estado brasileiro é laico – e nenhum dos votos proferidos nega, pelo menos expressamente, essa característica – há uma necessária separação entre o

Estado e religião. Logo, as instituições estatais não devem demonstrar qualquer tipo de preferência por qualquer religião específica. Percebe-se, assim, que, mesmo que se possa pensar em exibição de símbolos dessa natureza, deveria ser buscada uma representatividade adequada da população (o que ainda seria problemático, pois excluiria aqueles que não possuem nenhuma vinculação religiosa) e nunca a quase exclusividade de uma única religião em detrimento de todas as outras. Em outros termos, o que está verdadeiramente em discussão nesse caso é se, ao menos no plano simbólico, o Estado brasileiro pode estabelecer a preferência de uma religião sobre as demais.

Não é essa, entretanto, a linha argumentativa seguida nos votos proferidos pelos ministros do Supremo Tribunal Federal.

Inicialmente, parece desnecessário fazer, nesse momento, uma extensa defesa da opção do constituinte de 1988 pela laicidade do Estado, já que isso, como mencionado acima, não foi questionado em nenhum dos votos. Vale dizer, entretanto, que em vários pontos da Constituição Federal de 1988 existem previsões nesse sentido, sendo provavelmente a mais clara aquela contida no artigo 19, inciso I, do texto constitucional, que assim dispõe:

Art. 19. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
I - estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público;
[...]

Ressalte-se que esse mesmo dispositivo já prevê expressamente uma ressalva, que é a colaboração de interesse público entre cultos religiosos e qualquer dos entes da federação. Esse é apenas um exemplo das várias previsões existentes na Constituição no sentido de que a religião faz parte da sociedade brasileira e que sua relevância é reconhecida institucionalmente. No mesmo sentido, o preâmbulo da Constituição Federal de 1988 dispõe que:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

A referência a Deus e, portanto, à religião é mais uma vez evidente. De fato, em vários votos os ministros do Supremo Tribunal Federal fizeram referência a essa disposição do preâmbulo, como, por exemplo, o ministro Flávio Dino, ao referir que “embora o Brasil seja um Estado laico, a Constituição reconhece e valoriza a dimensão religiosa do ser humano, considerando-a essencial para o bem comum. Essa valorização - constante desde o Preâmbulo, que invoca ‘a proteção de Deus’[...]”. Entretanto, o que não é feito em nenhum voto é explicar como o reconhecimento da existência e da relevância da religião dentro da sociedade brasileira pode justificar a presença de símbolos religiosos – ou, mais claramente, de símbolos de *uma religião* – dentro das instalações de boa parte dos prédios públicos do país. Há, aí, um evidente salto lógico que é confortavelmente ignorado.

Argumento muito semelhante e também constantemente utilizado é o da tradição cultural de nosso país. Esses fundamentos baseiam-se no fato de que a religião cristã foi fundamental na formação da sociedade brasileira desde o período colonial, passando pelo Império até chegar à República. Como exemplo, cito o seguinte trecho do voto do ministro relator Cristiano Zanin:

No início de meu voto, demonstrei como o Cristianismo — até então liderado pela Igreja Católica — esteve presente na formação da sociedade brasileira, registrando a presença jesuítica desde o episódio do descobrimento e, a partir daí, atuando na formação educacional e moral do povo que surgiu.

Mais uma vez, vale questionar: como a história brasileira – que, de fato, está ligada à tradição cristã desde o início do período colonial – pode justificar, em um estado laico, a escolha de uma religião como preferencial dentro das instituições públicas? Poderia, por exemplo, a nossa desigualdade social, que historicamente tem figurado como uma das maiores do mundo, justificar o argumento de que a desigualdade seria um valor constitucional? Ou, ainda, que a estruturação de nossa sociedade sobre a mão-de-obra escrava durante mais de trezentos anos é um fundamento para justificar que a escravidão estaria protegida pela Constituição Federal de 1988? A resposta é evidentemente negativa. Reconhecer a relevância sociológica de qualquer elemento de nossa história não pode justificar a automática atribuição de carga normativa a essa característica.

Outro fundamento, diretamente ligado a esse, que apareceu em alguns votos diz respeito às diversas referências religiosas que encontramos na sociedade, como feriados religiosos, nomes de ruas, de cidades, etc. Nesse sentido vai o seguinte trecho do voto do ministro Gilmar Mendes:

Aqui me ocorre uma dúvida interessante: será que precisaremos, em algum momento, chegar ao ponto de discutir a retirada da estátua do Cristo Redentor do Morro do Corcovado por simbolizar a influência cristã em nosso país? Ou a extinção do feriado nacional de nossa padroeira, Nossa Senhora Aparecida? A alteração do nome de Estados e de cidades, porque recebem o nome de santos, como São Paulo e Santa Catarina?

Ainda que se possa discutir se um Estado laico deve ou não ter tantas referências à religião⁴³⁰, não há como defender que a existência dessas referências ao cristianismo no Brasil – como em inúmeros outros países – é um fundamento jurídico para sustentar que a religião cristã seria um valor constitucional apto a justificar o estabelecimento de uma preferência dessa em relação às demais. Seria como afirmar que a existência de inúmeras ruas, praças e municípios pelo país com os nomes de Dom Pedro I e Dom Pedro II pode embasar a conclusão de que a monarquia é, ainda hoje, um valor constitucional ou, ainda, que as diversas ruas com nomes dos generais do período da ditadura militar servem para afirmar que a Constituição Federal de 1988 dá sustentação a esse tipo de regime, o que é evidentemente falso.

Outros dois fundamentos a serem comentados dizem respeito, ambos, a decisões judiciais. O primeiro é referente a decisões anteriormente proferidas pelo Supremo Tribunal Federal que seriam capazes de demonstrar a laicidade da corte e o segundo à suposta ausência de influência de símbolos religiosos em processos decisórios. Quanto ao primeiro, são desnecessárias maiores discussões. Mesmo que consideremos que todas as decisões citadas⁴³¹

⁴³⁰ De fato, existem países que buscaram se afastar dessa tradição, como é o caso do Uruguai, que substituiu todas as referências religiosas em seus feriados nacionais por outros valores considerados mais amplos. O dia 25 de dezembro, por exemplo, é o “Dia da Família”. In <<https://www.bbc.com/portuguese/articles/c0jx2knx40wo>>, acesso em 01/05/2025.

⁴³¹ Consta do voto do ministro relator que: “No que diz respeito à laicidade do Estado, o Supremo Tribunal Federal possui vasta jurisprudência que reforça o princípio. Em 2003, ao julgar a ADI 2.076/AC, da relatoria do Ministro Carlos Velloso (Pleno, DJ 8/8/2003), esta Suprema Corte concluiu que, apesar da invocação de Deus no preâmbulo da Constituição Federal e da presença de um sentimento deísta e religioso, o Estado é laico, garantindo que a “[...] Constituição é de todos, não distinguindo entre deístas, agnósticos ou ateístas”. No que diz respeito à laicidade do Estado, o Supremo Tribunal Federal possui vasta jurisprudência que reforça o princípio. Em 2003, ao julgar a ADI 2.076/AC, da relatoria do Ministro Carlos Velloso (Pleno, DJ 8/8/2003), esta Suprema Corte concluiu que, apesar da invocação de Deus no preâmbulo da Constituição Federal e da presença de um sentimento deísta e religioso, o Estado é laico, garantindo que a “[...] Constituição é de todos, não distinguindo entre deístas, agnósticos ou ateístas”. Essa chancela foi reafirmada, em 2010, no julgamento da ADI 3.510/DF, da relatoria do Ministro Ayres Britto (Pleno, DJe 28/5/2010), que, ao reconhecer a constitucionalidade das pesquisas com células-tronco, assentou: Essa chancela foi reafirmada, em 2010, no julgamento da ADI 3.510/DF, da relatoria do Ministro Ayres Britto (Pleno, DJe 28/5/2010), que, ao reconhecer a constitucionalidade das pesquisas com células-tronco, assentou: [...] A decisão por uma descendência ou filiação exprime um tipo de autonomia de vontade individual que a própria Constituição rotula como “direito

foram bem fundamentadas e caminharam no sentido de defender a laicidade do Estado, parece bastante claro que não estaria justificada, agora, uma decisão que atenta contra a neutralidade estatal em relação às religiões. Em relação ao segundo, consta do voto do ministro relator Cristiano Zanin que:

Posto isso, entendo que a presença de símbolos religiosos nos espaços públicos, ao contrário do que sustenta o recorrente, não deslegitima a ação do administrador ou a convicção imparcial do julgador — mesmo porque a fundamentação jurídica não se assenta em elementos divinos, ou seja, não impõe “[...] concepções filosóficas aos cidadãos”; não constrange o crente a renunciar à sua fé; não retira a sua faculdade de autodeterminação e percepção mítico-simbólica; nem fere a sua liberdade de ter, não ter ou deixar de ter uma religião.

Essa passagem parece ignorar a própria estrutura social e psicológica dos símbolos. Seria inviável, nos limites do presente trabalho, fazer um desenvolvimento completo dessa temática, mas algumas considerações mostram-se necessárias. Em primeiro lugar, é certo que não existe apenas um conceito de símbolo universalmente aceito. Ao tratar do tema, Clifford Geertz lembra que, para alguns, esse termo é usado para designar algo que signifique uma outra coisa para alguém. Outros o utilizam apenas como sinais explicitamente convencionais de um ou outro tipo. Em uma terceira abordagem, o conceito de símbolo “limita-se a algo que expressa de forma oblíqua e figurativa aquilo que não pode ser afirmado de modo direto e lateral”. Já na interpretação adotada por Geertz, ele significa “qualquer objeto, ato, acontecimento, qualidade ou relação que serve como vínculo a uma concepção”⁴³². Mais importante, entretanto, do que examinar os limites de cada uma das definições é compreender

ao planejamento familiar”, fundamentado este nos princípios igualmente constitucionais da “dignidade da pessoa humana” e da “paternidade responsável”. A conjugação constitucional da laicidade do Estado e do primado da autonomia da vontade privada, nas palavras do Ministro Joaquim Barbosa. O postulado também foi colocado à prova, quando o Supremo Tribunal Federal apreciou a constitucionalidade das uniões homoafetivas (ADI 4.277/DF, Rel. Min. Ayres Britto, Pleno, DJe 14/10/2011); da inexistência de crime, quando da interrupção da gravidez de feto anencéfalo (ADPF 54/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, Pleno, DJe 30/4/2013); do ensino religioso confessional como disciplina facultativa dos horários normais das escolas públicas de ensino fundamental (ADI 4.439/DF, Redator do acórdão Min. Alexandre de Moraes, Pleno, DJe 21/6/2018); da veiculação de discurso proselitista em serviço de radiodifusão comunitária (ADI 2.566/DF, Redator do acórdão Min. Edson Fachin, Pleno, DJe 23/10/2018); e da lei de proteção animal, que, a fim de resguardar a liberdade religiosa, permite o sacrifício ritual de animais em cultos de religiões de matriz africana (RE 494.601/ES, Redator do acórdão Min. Edson Fachin, Pleno, DJe 19/11/2019); e, mais recentemente, o reconhecimento do direito de Testemunhas de Jeová não se submeterem à transfusão de sangue (RE 979.742/AM, Rel. Min. Luís Roberto Barroso e RE 1212272/AL, Rel. Min. Gilmar Mendes, ambos com a ata de julgamento divulgada no DJe de 26/9/2024) [...].

⁴³² GEERTZ, Clifford. "A religião como sistema cultural". In: *A interpretação das culturas*. Rio de Janeiro: Zahar, 1978, p. 106.

a relevância que os símbolos possuem dentro dos sistemas culturais – o que inclui, claro, a nossa sociedade. Ao explicar alguns aspectos do funcionamento dos símbolos como modelos de processos, Geertz afirma que:

A percepção da congruência estrutural entre um conjunto de processos, atividades, relações, entidades e assim por diante, e um outro conjunto para o qual ele atua como um programa, de forma que o programa possa ser tomado como uma representação ou uma concepção — um símbolo — do programado, é a essência do pensamento humano. A intertransponibilidade dos modelos para e dos modelos de que a formulação simbólica torna possível é a característica mais distinta de nossa mentalidade⁴³³.

Não há, portanto, como afirmar que um símbolo religioso – especialmente um tão significativo como o crucifixo é para o cristianismo – presente dentro de grande parte dos espaços de tomada de decisão do Estado brasileiro não vá ter qualquer influência na percepção que os indivíduos têm do que está sendo decidido ou no conteúdo das decisões, apenas porque “a fundamentação jurídica não se assenta em elementos divinos”, como afirmou o ministro relator. É importante lembrar que um dos objetivos da presente tese é justamente demonstrar que, especialmente no Brasil, boa parte dos fundamentos apresentados em decisões judiciais constituem apenas um “verniz jurídico”, que busca dar uma aparente juridicidade para decisões que têm como real motivação elementos muito diferentes daqueles apresentados.

⁴³³ GEERTZ, Clifford. "A religião como sistema cultural". In: *A interpretação das culturas*. Rio de Janeiro: Zahar, 1978, p. 110-111. Ao comentar as concepções de Geertz sobre essa questão, Montero afirma que "Os sistemas simbólicos estariam, no entanto, fora do alcance das relações intersubjetivas, mas forneceriam um gabarito para a ação. Já os símbolos religiosos funcionariam para tornar o *ethos* (as disposições morais e estéticas de um povo) intelectualmente razoável e adaptado, do ponto de vista prático ao estado de coisas tal como ele é descrito pela visão de mundo. Na antropologia simbólica de Geertz, a função dos símbolos é ajustar as ações humanas a uma ordem cósmica imaginada e projetar imagens dessa ordem no plano da experiência". As considerações finais de Montero nesse estudo são também bastante interessantes para uma compreensão do aspecto simbólico das religiões: "O problema da abordagem cognitivista da religião, centrada no conceito de representação, é seu suposto implícito de que o mundo simbólico e o mundo social são duas dimensões separadas. Ao adotar acriticamente esse entendimento, essa abordagem reproduz sem perceber, como sugere Asad, o discurso teológico que transforma ocorrências, gestos e eventos em significados cosmológicos. [...] Se estivermos dispostos a aceitar que as religiões são formas discursivas que, nas sociedades contemporâneas, articulam lugares, pessoas, coisas e ideias as mais diversificadas, podemos concluir que as condições históricas que deram sustentação à ideia de "crença" como convicção íntima ou como aquilo que uma pessoa ou grupo considera verdadeiro se modificaram profundamente. Nesse caso, as proposições de Asad nos oferecem um caminho para que possamos desafiar as hipóteses fundamentais da teoria do simbolismo herdadas pelos clássicos, deslocando a primazia da noção da representação do campo do conhecimento para o campo do poder. MONTERO, Paula. *A teoria do simbólico de Durkheim e Lévi-Strauss: desdobramentos contemporâneos no estudo das religiões*. Revista Novos estudos CEBRAP. Março, 2014 (98):125–42.

Entretanto, há situações em que até mesmo o verniz desaparece. Um bom exemplo é o já citado voto proferido no julgamento dos Embargos Infringentes nº 1.0024.02.810824 9/003 pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em que o fundamento foi a vontade divina – voto que contou, ainda, com a afirmação de que “aqui nós somos todos cristãos”. Não é difícil perceber que decisões como aquela do TJ-MG são influenciadas por decisões como essa do Supremo Tribunal Federal, ora em comento. Ainda que se possa argumentar que a decisão do STF tenha sido proferida mais de quinze anos depois daquela, que é de 2008, e que, por isso, não teria como influenciá-la, é preciso lembrar que não é a primeira vez que o Poder Judiciário trata do tema. No ano de 2007, o Conselho Nacional de Justiça analisou os Pedidos de Providência n. 1.344; 1.345; 1.346 e 1.362, que questionavam exatamente a presença de crucifixos em dependências de órgãos do Poder Judiciário. Naquela ocasião, o CNJ manifestou-se contrariamente à retirada dos símbolos, entendendo que “[...] os objetos seriam símbolos da cultura brasileira e que não interferiam na imparcialidade e universalidade do Poder Judiciário”. É cabível o questionamento: será que sem a legitimação pelo Conselho Nacional de Justiça da presença de símbolos cristãos nos órgãos do Poder Judiciário nós teríamos, poucos meses depois, um desembargador utilizando, sem qualquer constrangimento, a vontade divina como um fundamento de uma decisão?

Por fim, são cabíveis alguns comentários sobre trechos do voto proferido pelo ministro André Mendonça. Antes, entretanto, é necessária uma breve digressão, bastante elucidativa sobre como é compreendida a laicidade no Brasil. O ministro André Mendonça foi indicado ao Supremo Tribunal Federal pelo então presidente da República no ano de 2021. O principal critério para a escolha foi anunciado publicamente pelo presidente antes mesmo da indicação, qual seja, ser “terrivelmente evangélico”⁴³⁴. É importante frisar que ele não foi indicado *mesmo* tendo essa característica, a indicação ocorreu *justamente por causa dela*. Em outras palavras, um ministro do Supremo Tribunal Federal foi escolhido – e isso foi publicamente anunciado – não apenas por sua religião, mas por ter uma postura radical em favor dessa religião. Sobre o voto, os trechos são os seguintes:

Como se vê, a relação entre Estado e religião adotada na Carta de 1988, conquanto fincada na ideia basilar de que o Estado é laico — por quanto é a ele vedado estabelecer, subvencionar ou manter relações de dependência ou aliança com quaisquer cultos (art. 19, inc. I, da CF/88) —, não autoriza, ainda que sob o pretexto da neutralidade, utilizar instituições de Estado para uma descabida militância

⁴³⁴ Disponível em <<https://brasil.elpais.com/brasil/2021-07-12/andre-mendonca-o-nome-terrivelmente-evangelico-para-o-stf-de-bolsonaro.html>>, acesso em 02/05/2025.

antirreligiosa, como se houvesse algum dever, típico dos regimes totalitários, de perseguir e extirpar da esfera pública toda e qualquer manifestação ou expressão religiosa. O modelo de laicidade trazido pelo constituinte de 1988 é bem distinto dessa visão autoritária e antidemocrática.

[...]

Ademais do seu valor histórico-cultural — e que assim devem ser compreendidos pelos que não creem na divindade representada —, a simbologia ali expressa não é divisiva. Ao contrário, a cruz de Cristo, justamente por retratar o ápice do sacrifício divino em favor de toda a humanidade, é o elemento mais acolhedor (e, pois, inclusivo) da estética religiosa universal. E a presença desses símbolos tampouco induz a interpretação de que os atos praticados naquele recinto, regidos objetivamente por normas de natureza distinta, sejam parciais ou revestidos de viés religioso.

Em relação ao primeiro trecho, o ministro afirma que o Estado é laico, mas que a vedação a crucifixos em repartições públicas constituiria uma “descabida militância antirreligiosa, como se houvesse algum dever, típico dos regimes totalitários, de perseguir e extirpar da esfera pública toda e qualquer manifestação ou expressão religiosa”. Primeiramente, há uma clara confusão entre o que foi pedido nos autos e o que está sendo comentado. Vedar crucifixos em repartições públicas não equivale a extirpar da esfera pública toda e qualquer expressão religiosa. Mais importante, todavia, é a completa ausência de justificativa para o que é dito. Mesmo que a França seja expressamente citada em outro ponto de seu voto, não há qualquer esforço argumentativo para demonstrar o motivo de o modelo defendido pelo ministro ser mais democrático do que o modelo francês – esse, sim, muito mais próximo da completa vedação a referências religiosas na esfera pública. Nesse sentido, é importante perguntar: seria a França, na interpretação do ministro, um Estado totalitário?

Já no que se refere ao segundo trecho, é afirmado não apenas que “a cruz de Cristo, justamente por retratar o ápice do sacrifício divino em favor de toda a humanidade, é o elemento mais acolhedor (e, pois, inclusivo) da estética religiosa universal”, bem como que essa lógica deve ser aceita mesmo por aqueles “que não creem na divindade representada”. Esse fundamento, estando presente em um voto de um ministro da mais alta corte do país, já representa, por si só, uma ofensa à separação entre Estado e religião. Não é necessário grande esforço para perceber que essa interpretação se refere justamente àqueles que acreditam nos dogmas e símbolos da religião cristã. Esse mesmo símbolo pode ter um significado muito diferente – e até mesmo contrário – para pessoas de outras orientações religiosas.

Ironicamente, há aqui uma conexão direta com o há pouco mencionado voto proferido no julgamento dos Embargos Infringentes nº 1.0024.02.810824 9/003 pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais. A afirmação de que o crucifixo é o elemento mais acolhedor da

estética religiosa universal só poderia, de fato, ser aceita como um fundamento para uma decisão em um ambiente em que “somos todos cristãos”.

Como referido acima, não devemos, contudo, analisar tais decisões – e o ativismo judicial nelas evidenciado – fora do contexto histórico brasileiro. O Brasil possui uma longa tradição autoritária, iniciada ainda durante a colonização e mantida após a independência. É comum vermos referências aos períodos de “governos autoritários” de nossa história, quando, na verdade, o mais correto seria falar-se em períodos democráticos dentro de uma quase contínua tradição autoritária.

Vale lembrar que, durante o período imperial, ainda que tenham existido partidos e casas legislativas, existia, além dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, o Poder Moderador, concentrado nas mãos do Imperador e que estava acima dos outros três. Desse modo, mesmo havendo eleições e representantes eleitos, o modelo de governo era claramente autoritário. Aliás, fenômeno semelhante ocorreu durante o período da ditadura militar (1964-1985), quando, apesar da existência de partidos políticos e de um Congresso Nacional, o governo era evidentemente ditatorial. Nesse sentido, esclarece José Murilo de Carvalho que:

Uma das razões para o fato foi que a mobilização política anterior ao golpe foi muito maior do que a que precedeu 1930. Como consequência, o custo, para o governo, de suprimir os direitos políticos foi também maior. O custo externo também foi maior, pois a situação internacional não era favorável ao autoritarismo, em contraste com a década de 30. Os custos interno e externo eram tão altos que os militares mantiveram uma fachada de democracia e permitiram o funcionamento dos partidos e do Congresso⁴³⁵.

Não é difícil perceber que em um país tão profundamente marcado por governos autoritários tendem a sobreviver práticas dessa natureza mesmo nos períodos democráticos, como o que vivemos atualmente, ainda que estas práticas necessitem de um “verniz democrático”. Essa é a ironia do ativismo judicial no Brasil: ele perpetua e legitima práticas autoritárias sob o argumento de fazer exatamente o inverso, ou seja, de colaborar para o fortalecimento da democracia. Assim, a tradição autoritária brasileira encontrou, no âmbito do Poder Judiciário, uma consistente justificativa no ativismo judicial. Afirmando buscar a concretização de direitos fundamentais e colaborar para a realização do projeto democrático da Constituição, através de uma atuação mais proativa, um sem-número de magistrados apenas repete e legitima práticas autoritárias que sempre fizeram parte de todos os poderes de nossa República.

⁴³⁵ CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: O Longo Caminho*. 8^a Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006, p.191.

6. O autoritarismo relacional no garantismo penal

Foi feita, no capítulo anterior, uma aproximação entre a nossa tradição autoritária e o ativismo judicial brasileiro. Entretanto, esse não é o único fenômeno a apresentar a referida característica. De fato, é possível identificar a práxis do garantismo penal no Brasil com as nossas estruturas sociais historicamente marcadas pelo autoritarismo e pela desigualdade.

6.1. Fundamentos teóricos: a desigualdade entre estado-acusador e indivíduo-acusado

A teoria do garantismo ultrapassa em muito o âmbito do Direito Penal e Processual Penal. É fácil perceber isso, pois, do ponto de vista lógico, ao falar-se em garantias constitucionais não se está designando apenas aquelas que o indivíduo possui quando está na posição de acusado ou de réu em um processo penal. No Brasil, por exemplo, a propriedade é um direito fundamental, previsto constitucionalmente, bem como o são os remédios constitucionais para defendê-la. Ainda que seja possível que o direito à propriedade seja invocado por um acusado no caso de serem tomadas medidas constitutivas de seu patrimônio dentro de uma investigação policial ou de um processo penal, na absoluta maioria das vezes em que o referido direito é defendido, judicialmente ou não, a lesão ou ameaça a este direito nada tem a ver com o Direito Penal.

Luigi Ferrajoli distingue três significados para o constitucionalismo garantista: modelo ou tipo de sistema jurídico, teoria do direito e filosofia política. No primeiro, o constitucionalismo garantista se caracteriza, em relação ao que ele chama de “paleo-juspositivismo”, pela positivação também dos princípios que devem subjazer toda a produção normativa. No segundo, ou seja, como teoria do direito, o constitucionalismo garantista tematiza a divergência entre o dever ser (constitucional) e o ser (legislativo) do direito, caracterizando-se pela distinção entre *validade* e *vigência*, já que admite a existência de normas vigentes ainda que inválidas, pois, apesar de terem sido produzidas de acordo com as normas procedimentais sobre a sua formação, são incompatíveis com as normas substanciais previstas constitucionalmente. Por fim, como filosofia política, o constitucionalismo garantista consiste em uma teoria da democracia. Não apenas uma abstrata teoria do bom

governo, mas sim uma teoria da democracia substancial, além de formal, ancorada empiricamente no paradigma de governo por ele apresentado⁴³⁶.

Todavia, no Brasil, os ramos do direito em que o garantismo teve maior repercussão são, sem dúvida, o Direito Penal e o Direito Processual Penal. As garantias dadas aos réus no processo penal são fruto de uma longa evolução histórica, na qual se percebeu que a violência perpetrada pelo Estado, apesar de ser a única legítima, é provavelmente a mais injusta, dada a desigualdade de forças entre as partes - Estado x cidadão⁴³⁷. De fato, a ideia de que o chamado *Estado de Direito* existe para proteger o indivíduo contra os arbítrios do poder estatal é cara a todos os ramos do direito público. Celso Antônio Bandeira de Mello afirma que “A razão mesma do Estado de Direito é a defesa do indivíduo contra o poder público”, asseverando, ainda, que a fórmula, por excelência, garantidora deste intento é a tripartição do exercício do Poder, graças à qual os cidadãos se garantem ante os riscos de demasiais do Executivo, negando-lhe qualquer força jurídica para estabelecer as regras de impliquem limitações à liberdade e propriedade das pessoas. Foi justamente para deter o poder do monarca, cujo sucessor é o Poder Executivo, que se concebeu este mecanismo, amplamente difundido no mundo atual⁴³⁸.

A teoria do Garantismo Penal também se estruturou sobre estas proposições. Dessa forma, o mesmo conjunto de ideias é explicitado também em diversas obras de importantes doutrinadores do garantismo. É sintomático, nesse sentido, que Cezar Roberto Bitencourt chame o capítulo referente aos princípios do Direito Penal em seu *Tratado de Direito Penal* de “Princípios limitadores do poder punitivo estatal”⁴³⁹. No mesmo sentido, Cláudio Brandão, ao dissertar sobre a relação entre Direito Penal e Estado de Direito, afirma que “o Princípio da Legalidade constitui-se em um limite da intervenção estatal, sendo indissociável da ideia do Direito Penal de um Estado Social e Democrático de Direito. A legalidade preserva a liberdade e a dignidade do homem, e assegura que esses valores não sejam arbitrariamente violados pelo *jus puniendi* do Estado”⁴⁴⁰.

⁴³⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo principalista e constitucionalismo garantista*. FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 13-56.

⁴³⁷ WEBER, Max. *A política como vocação*. GERTH, H. H.; MILLS, C. Wright (Org.). Max Weber – *Ensaios de Sociologia*. 5. ed. Rio de Janeiro: Guanabara, 1982. p. 55.

⁴³⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 332.

⁴³⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte geral*. v. 1. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

⁴⁴⁰ BRANDÃO, Cláudio. *Curso de direito penal: parte geral*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 49-50.

Cite-se, ainda, o seguinte trecho, da obra *Processo Penal e sua Conformidade Constitucional*, de Aury Lopes Junior:

W. Goldschmidt explica que os direitos fundamentais, como tais, dirigem-se contra o Estado, e pertencem, por conseguinte, à seção que trata do amparo do indivíduo contra o Estado. O processo penal constitui um ramo do Direito Público, e, como tal, implica autolimitação do Estado, uma soberania mitigada. Ademais, existe ainda o fundamento histórico-político para sustentar a dupla função do moderno processo penal, que foi bem abordado por Bettoli. (...) Por isso, Ferrajoli fala da *ley Del más débil*. No momento do crime, a vítima é o débil e, por isso, recebe a tutela penal. Contudo, no processo penal opera-se uma importante modificação: o mais débil passa a ser o acusado, que frente ao poder de acusar do Estado sofre a violência institucionalizada do processo e, posteriormente, da pena⁴⁴¹.

Construiu-se, assim, toda uma teoria - ou teorias - que baliza o raciocínio de que a aplicação da violência estatal, para ser legitimada, tem que ser precedida de um processo. No trecho acima, Aury Lopes Jr. cita uma importante ideia trazida por Luigi Ferrajoli. De fato, não há como falar sobre o tema sem abordar, ainda que brevemente, alguns conceitos apresentados por este, especialmente em sua obra basilar sobre o tema, *Direito e Razão*. Ferrajoli afirma que o processo penal existe não para proteger a vítima ou a sociedade, de maneira geral, contra a criminalidade, mas sim o acusado, justamente por ser este – como dito acima – o mais débil em sua relação com o Estado. Desse modo, o processo penal não serve para proteger a maioria, mas sim para proteger, ainda que contra a maioria, aqueles cidadãos individualizados que, não obstante suspeitos, não podem ser ditos culpados sem provas⁴⁴².

No entanto, dentro dessa ótica, não é qualquer tipo de processo capaz de legitimar a violência perpetrada pelo Estado. É necessário que seja seguido um sistema acusatório, garantindo-se ao acusado uma série de direitos. Dentre estes, um dos principais é a garantia à presunção de inocência, ou seja, cabe ao Estado – nos casos de ação penal de iniciativa pública – provar que determinado indivíduo é culpado, sendo que a inércia de ambas as partes levaria, logicamente, à absolvição: “Sendo a inocência assistida pelo postulado de sua presunção até prova em contrário, é essa prova contrária que deve ser fornecida por quem a nega formulando a acusação. Daí o corolário do ônus acusatório da prova expresso pelo nosso axioma *nulla accusatio sine probatione*”⁴⁴³.

⁴⁴¹ LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Vol. 1. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2011, p. 12-14.

⁴⁴² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 450.

⁴⁴³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 488.

É claro que a violência estatal também se verifica em outras áreas do direito. Em uma reintegração de posse, por exemplo, pode ser usada força policial. Na desapropriação de bens por utilidade pública, ainda que seja mediante prévia indenização, há a perda da propriedade, direito fundamental previsto constitucionalmente. No entanto, o Direito Penal é o ramo do direito que lida com as maiores restrições que o Estado pode impor aos indivíduos. Em nosso país, como são constitucionalmente vedadas penas cruéis ou a pena de morte – exceto em caso de guerra declarada –, como em qualquer sistema penal garantista, a pena de prisão é a pena por excelência.

Sobre o ponto, explica Salo de Carvalho, ao comentar os conceitos enunciados por Beccaria, que a estrutura penal baseada na teoria do contrato social impossibilita o Estado de executar aquilo que não foi previamente acordado e que não seria exigível que cada indivíduo cedesse mais do que uma parte do bem jurídico *liberdade*. Desse modo, a incidência da pena em qualquer outro bem jurídico, como a vida, por exemplo, seria ilegítima: “Não se pode, portanto, neste modelo, deliberar sobre a vida de um cidadão; somente sua liberdade (parcial) poderia ser negociada, sujeitando-a à sanção. Mais: a esfera da liberdade diria respeito tão-somente à liberdade de locomoção”⁴⁴⁴.

É com o constante risco da perda da liberdade que têm que lidar os acusados no processo penal. No entanto, segundo Ferrajoli, um inocente não poderia jamais ter esse tipo de temor, já que a prisão de um indivíduo que não é culpado é uma das maiores representações do arbítrio do poder estatal. Para esse autor, apenas a desconfiança de um inocente já é capaz de retirar a legitimidade de todo o sistema:

Disso decorre – se é verdade que os direitos dos cidadãos são ameaçados não só pelos delitos mas também pelas penas arbitrárias – que a presunção de inocência não é apenas uma garantia de liberdade e de verdade, mas também uma garantida de segurança ou, se quisermos, de defesa social: da específica “segurança” fornecida pelo Estado de Direito e expressa pela confiança dos cidadãos na justiça, e daquela específica “defesa” destes contra o arbítrio punitivo. Por isso, o sinal inconfundível da perda de legitimidade política da jurisdição, como também de sua involução irracional e autoritária, é o temor que a justiça incute nos cidadãos. Toda vez que um imputado inocente tem razão de temer um juiz, quer dizer que isto está fora da lógica do Estado de Direito: o medo e mesmo só a desconfiança ou a não segurança do inocente assinalam a falência da função mesma da jurisdição penal e a ruptura dos valores políticos que a legitimam⁴⁴⁵.

A justificativa moral do garantismo penal reside, portanto, na contenção do poder punitivo estatal, que decorre do reconhecimento da desigualdade de forças entre as partes

⁴⁴⁴ CARVALHO, Salo de. *Pena e garantias*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 123.

⁴⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 441.

envolvidas na relação Estado x Indivíduo. Esta ideia é bem sintetizada pelo pensador italiano Norberto Bobbio que, não por acaso, foi o escolhido para escrever o prefácio da primeira edição de *Direito e Razão*. Em ensaio intitulado *Contra a Pena de Morte*, Bobbio defende que o Estado não pode colocar-se no mesmo plano do indivíduo singular. O indivíduo age por raiva, por paixão, por interesse, em defesa própria, já o Estado responde de modo mediato, reflexivo, racional, ainda que também tenha o dever de se defender. Todavia, por ser muito mais forte do que o indivíduo singular, não tem necessidade de tirar a vida desse indivíduo para se defender: O Estado tem o privilégio do monopólio da força e deve sentir toda a responsabilidade desse privilégio⁴⁴⁶.

Vê-se, portanto, que um dos principais objetivos do garantismo é conter o arbítrio estatal, lógica especialmente aplicável àquele campo em que o Estado está mais propenso a praticar arbítrios: o Direito Penal. Necessário notar, todavia, que essa tarefa cabe, em grande parte, ao próprio Estado, através da atuação de órgãos do Poder Executivo, do Ministério Público, da elaboração de normas pelo Legislativo e, principalmente, através do Poder Judiciário. Cite-se, por exemplo, a função de garante que deve ocupar o juiz durante o inquérito policial⁴⁴⁷, ou, ainda, a função de guardião da Constituição do Supremo Tribunal Federal.

Ora, por que deve o Estado conter o próprio poder punitivo estatal? Além de uma questão de justificação do Estado – por que deveriam as pessoas aceitar um poder ilimitado? – há, também, um aspecto pragmático: porque ele é o único capaz de fazê-lo. A ideia que temos do Estado Moderno deve muito à obra dos contratualistas dos séculos XVII e XVIII – Locke, Hobbes e Rousseau. Mesmo que os séculos XIX e XX tenham nos dado notáveis exemplos de pensadores que defendem a tese de uma sociedade capaz de opor-se ao Estado⁴⁴⁸, o Garantismo Penal parte da concepção tradicional, na qual as pessoas abrem mão da liberdade inerente ao estado de natureza em troca da segurança proporcionada pelo Estado. As constantes referências aos textos de Hobbes na obra de Ferrajoli⁴⁴⁹ deixam isso evidente. Para compreender qual seria o poder do Estado dentro desta concepção, basta citar um trecho da obra *Leviatã*:

⁴⁴⁶ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Nova ed. Rio de Janeiro: Campus, 2004, p. 181.

⁴⁴⁷ Sobre o tema, a obra de Aury Lopes Jr. intitulada *Investigação preliminar no processo penal*, na qual o autor explica a função do juiz garantidor.

⁴⁴⁸ Ver, principalmente, o texto de Henry Thoreau, *A desobediência civil* e a obra de Pierre Clastres intitulada *A Sociedade Contra o Estado*.

⁴⁴⁹ Apesar do cap. 8 da obra *Direito e Razão* (intitulado: *O delito. Quando e como proibir*), de cerca de 40 páginas, Ferrajoli faz dez referências à obra de Hobbes.

Isto é mais do que consentimento, ou concórdia, é uma verdadeira unidade de todos eles, numa só e mesma pessoa, realizada por um pacto de cada homem com todos os homens, de um modo que é como se cada homem dissesse a cada homem: Cedo e transfiro meu direito de governar-me a mim mesmo a este homem, ou a esta assembléia de homens, com a condição de transferires a ele teu direito, autorizando de maneira semelhante todas as suas ações. Feito isto, à multidão assim unida numa só pessoa se chama Estado, em latim *civitas*. É esta a geração daquele grande Leviatã, ou antes (para falar em termos mais reverentes) daquele Deus Mortal, ao qual devemos, abaixo do Deus Imortal, nossa paz e defesa. Pois graças a esta autoridade que lhe é dada por cada indivíduo no Estado, é-lhe conferido o uso de tamanho poder e força que o terror assim inspirado o torna capaz de conformar as vontades de todos eles, no sentido da paz em seu próprio país, e ela ajuda mútua contra os inimigos estrangeiros⁴⁵⁰.

Nota-se, portanto, que Hobbes não fala de uma sociedade em que os indivíduos cedem apenas uma pequena parte de sua liberdade em troca dos benefícios proporcionados pelo Estado. Defende, sim, o referido pensador a ideia de um Estado absoluto, *todo-poderoso*, que reúne toda força e poder dos indivíduos que compõem a sociedade.

Dentro dessa ótica, não há falar em igualdade – seja no plano material ou processual – entre o Estado *todo-poderoso* (acusação) e o indivíduo (defesa) e, de fato, não há que se cogitar, em nosso sistema processual penal, a igualdade entre as partes. Enquanto no processo civil diversos autores defendem uma lógica dinâmica de produção das provas – que, de fato, foi incluída no texto do Código de Processo Civil de 2015⁴⁵¹ –, no sistema processual penal garantista é inquestionável que o ônus probatório cabe à acusação. A desigualdade no plano processual vem diretamente da desigualdade no plano fático. A racionalidade que daí transparece é a de que o Estado *todo-poderoso* teria muito mais condições de obter meios de prova do que qualquer cidadão e, considerando que o Direito Penal lida com os bens jurídicos mais importantes (não somente em relação às vítimas, mas também no que concerne aos acusados) é justamente neste campo em que o poder estatal deve demonstrar com mais clareza que sua atuação é legítima. Justifica-se, desse modo, a presunção de inocência dos indivíduos e o consequente deslocamento de toda a carga processual para a acusação.

6.2. O contexto nacional

⁴⁵⁰ HOBES, Thomas. Leviatã. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 153.

⁴⁵¹ Nesse sentido, prevê o § 1º do artigo 373 CPC de 2015: § 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

Não obstante a inegável correção dessas proposições, quando analisamos essa situação em um país em desenvolvimento, como o Brasil, onde a polícia judiciária possui parcisos meios de investigação (sem adentrar no mérito da corrupção policial) e o Ministério Público, apesar de muito melhor aparelhado, tem que lidar com um número infindável de processos, é cabível questionar se, para parte da população – deixemos claro, os setores economicamente mais favorecidos – essa lógica não acaba por se inverter. Será que as instituições encarregadas de promover a acusação têm mesmo melhores condições de obter meios de prova em cada investigação do que qualquer cidadão? Lembre-se que as condições de trabalho variam muito entre os pequenos e os grandes escritórios de advocacia, sendo que esses recebem elevados honorários, que os possibilitam trabalhar com um número bastante reduzido de processos⁴⁵², bem como que os recursos financeiros que possuem alguns réus os permitem contratar especialistas, como peritos e até mesmo investigadores particulares.

Essa constatação levou ao desenvolvimento, nos últimos anos, de algumas reflexões no sentido de uma relativização das garantias constitucionais, especialmente no que tange ao direito penal e ao direito processual penal. Uma das principais ideias subjacentes a essa linha argumentativa consiste no chamado “garantismo integral”, que se opõe, segundo seus defensores, ao “garantismo hiperbólico monocular”⁴⁵³. De acordo com essa construção, “a tese central do garantismo está em que sejam observados rigidamente não só os direitos fundamentais (individuais e também coletivos), mas também os deveres fundamentais (do Estado e dos cidadãos), previstos na Constituição”.⁴⁵⁴

Douglas Fischer, um dos autores que trabalham nessa linha, reconhece que normas de hierarquia inferior e interpretações judiciais “não podem solapar ou restringir o que já está

⁴⁵² Eses fatos foram reconhecidos expressamente pelo ministro do Superior Tribunal de Justiça Rogerio Schietti Cruz em julgamento proferido no ano de 2017, no Recurso Especial nº 1.349.935 – SE, julgado pelo rito dos recursos repetitivos, onde restou consignado que: *Ainda, não se descure de uma obviedade perceptível a todos os que possuem experiência de foro, nomeadamente o criminal: não se pode comparar, sequer remotamente, a quantidade de processos sob a responsabilidade de um membro do Ministério Público – normalmente calculada em centenas ou milhares – com a que normalmente ocupa a carteira de um escritório de advocacia, contada, se tanto, em dezenas.*

⁴⁵³ De fato, várias manifestações dos Procuradores da República ligados à Operação Lava Jato demonstram isso, como as declarações do então Procurador chefe da força-tarefa da operação, Deltan Dallagnol, veiculadas na seguinte entrevista, reproduzida em vários meios de comunicação: <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral/e-preciso-um-garantismo-integral-diz-procurador-deltan-dallagnol,70001653476>, acesso em 24/07/2023.

⁴⁵⁴ FISCHER, Douglas. *O que é garantismo penal (integral)?* Garantismo penal integral: questões penais e processuais penais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. Org. Bruno Calabrich, Douglas Fischer e Eduardo Pelella. 4^a ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, p. 59-93, 2017, p. 68.

(e bem) delineado constitucionalmente na seara dos direitos (e deveres) fundamentais”⁴⁵⁵. Entretanto, afirma ser papel do intérprete da Constituição compatibilizar os mandamentos constitucionais relativos à proteção dos cidadãos com os direitos assegurados aos acusados em processos penais. Para esse autor, isso não configuraria uma negação dos princípios garantistas da Constituição, mas apenas uma leitura “integral” do projeto constitucional: “denominado de garantismo positivo, esse dever de proteção (no qual se inclui a segurança dos cidadãos) implica a obrigação de o Estado, nos casos em que for necessário, adequado e proporcional em sentido estrito, restringir direitos fundamentais individuais dos cidadãos”.⁴⁵⁶

Assim sendo, o “garantismo hiperbólico monocular” seria, para esses autores, uma visão distorcida da teoria garantista de Luigi Ferrajoli. Seria *hiperbólico* pois supervaloriza a proteção dos acusados e *monocular* pois analisa essa de forma isolada, sem considerar os direitos dos demais cidadãos. Todavia, em relação a esses últimos, não é dada ênfase aos direitos sociais como um todo, buscando uma ação efetiva do Estado na criação de condições dignas para o pleno desenvolvimento dos indivíduos. É feita, na verdade, uma defesa quase exclusiva do direito à segurança.

De fato, é encontrada diversas vezes, no texto de Fischer, a menção genérica à necessidade de respeito aos direitos sociais – e não apenas aos individuais. Mas, ao explicar o que significaria a defesa dos direitos sociais, a referência a esses se transforma imediatamente em uma argumentação relativa apenas à necessidade da preservação da segurança pública e de punição dos responsáveis pelos supostos crimes. O seguinte trecho é exemplificativo nesse sentido:

Em nossa compreensão (integral) dos postulados garantistas, o Estado deve levar em conta que, na aplicação dos direitos fundamentais (individuais e sociais), há a necessidade de garantir também ao cidadão a eficiência e segurança.

Nesse momento do silogismo, é digno de nota que, também como imperativo constitucional (art. 144, caput, CF), o dever de garantir segurança (que se desdobra em direitos subjetivos individuais e coletivos) não está em apenas evitar condutas criminosas que atinjam direitos fundamentais de terceiros, mas também na devida apuração (com respeito aos direitos dos investigados ou processados) do ato ilícito e, em sendo o caso, da punição do responsável.⁴⁵⁷

⁴⁵⁵ FISCHER, Douglas. *O que é garantismo penal (integral)?* Garantismo penal integral: questões penais e processuais penais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. Org. Bruno Calabrich, Douglas Fischer e Eduardo Pelella. 4^a ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, p. 59-93, 2017, p. 68.

⁴⁵⁶ FISCHER, Douglas. *O que é garantismo penal (integral)?* Garantismo penal integral: questões penais e processuais penais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. Org. Bruno Calabrich, Douglas Fischer e Eduardo Pelella. 4^a ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, p. 59-93, 2017, p. 78.

⁴⁵⁷ FISCHER, Douglas. O que é Garantismo Integral?. Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, n. 9, p. 110–153, 2014. Disponível em:

<https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/77>. Acesso em: 25 jun. 2025.

Todavia, a preservação dos direitos sociais é algo que vai muito além da lógica da segurança pública. Os direitos sociais – geralmente identificados enquanto direitos fundamentais de segunda geração ou dimensão – referem-se a prestações positivas do Estado para com os cidadãos, como educação, saúde e moradia. É plenamente defensável que o poder público não deva estar centrado apenas uma lógica de proteção de direitos individuais e que essas prestações positivas possam ter um efeito benéfico também em relação ao fenômeno da criminalidade, já que formariam um colchão social capaz de amenizar umas das causas dessa criminalidade, que é a marginalização. Entretanto, não se pode transformar a necessidade de atenção aos direitos sociais em uma defesa apenas do direito à segurança pública, especialmente quando esse suposto incremento à segurança inclui a restrição de direitos individuais dos acusados.

Pelo que foi dito até aqui resta bastante claro que o “garantismo integral”, nos moldes acima enunciados, difere significativamente do que é defendido na presente tese. Entre outros fatores, está a já citada lei do mais débil, enunciada por Ferrajoli, que explica porque, enquanto ocupa a posição de acusado, os direitos do indivíduo criminalizado devem sobrepor-se a eventuais generalizações relativas à segurança pública. Necessário lembrar, mais uma vez, que muitos dos acusados não são culpados, o que reforça a necessidade de proteção desses indivíduos, a fim de minimizar as chances de condenação de inocentes. Há, ainda, a simples constatação de que temos a terceira maior população carcerária do mundo, com mais de 663 mil presos em celas físicas e cerca de 105 mil pessoas em monitoração eletrônica – sendo cautelares uma parte considerável dessas prisões –, o que torna difícil falar, genericamente, em “excesso de garantias” no Brasil.⁴⁵⁸

Entretanto, existe um fundamento em comum. Neste trabalho, bem como entre os defensores do chamado “garantismo integral”, está presente o reconhecimento de que há uma disfunção na práxis do garantismo penal em nosso país. Mas não há como criticar o nosso sistema penal sem abordar uma das características mais marcantes de nossa sociedade: a desigualdade. Essa é, no Brasil, tão significativa que temos praticamente um país dividido em

⁴⁵⁸ Dados divulgados pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias de outubro de 2024. O número total de custodiados no Brasil é, segundo esse levantamento, de 663.906 em celas físicas, aqueles que, independentemente de saídas para trabalhar e estudar, dormem no estabelecimento prisional. Em relação ao estudo anterior, também houve aumento na quantidade de presos em monitoração eletrônica: são 105.104 monitorados. A população em prisão domiciliar, que não usa equipamento de tornozeleira eletrônica, aumentou em 14,40%, saindo de 100.433 em dezembro/2023 para 115.117 em junho/2024. Disponível em <<https://www.gov.br/senappen/pt-br/assuntos/noticias/senappen-divulga-levantamento-de-informacoes-penitenciarias-referente-ao-primeiro-semestre-de-2024>>, acesso em 11/05/202025.

dois⁴⁵⁹. É evidente que um atributo como esse necessariamente se reflete no Direito Penal, criando também dois sistemas de justiça. Por isso que qualquer análise que não leve em consideração esse aspecto acaba por se tornar incompleta e até mesmo caricata: ou desenha um sistema garantista, mas com centenas de milhares de presos em péssimas condições, ou um sistema medieval que consegue, ao mesmo tempo, fundamentar parte de suas decisões – e até mesmo de sua legislação – nas mais avançadas reflexões teóricas produzidas ao redor do mundo.

Essa é, de fato, a maior distorção da lógica do direito/processo penal em nosso país. As garantias, especialmente as de cunho processual tem pouca valia para aqueles que não tem recursos suficientes para custear os honorários de profissionais (muito) bem qualificados. A maioria dos réus é atendida por advogados pouco preparados ou pela defensoria pública, que, se comparada aos grandes escritórios de advocacia ou mesmo ao Ministério Público, possui uma estrutura precária. A grande desigualdade social, que foi uma das marcas de nossa sociedade durante toda a história do Brasil pós-descobrimento mantém uma relação dialética com o precário acesso à justiça por boa parte da população. Gizlene Neder nos lembra que o “autoritarismo sempre esteve presente nas relações sociais basilares da formação histórica brasileira”⁴⁶⁰. Em uma sociedade fortemente estratificada, onde o acesso à cultura, à educação e aos bens de consumo sempre esteve amplamente disponível apenas para uma pequena parte dos cidadãos, o acesso ao judiciário também reflete a desigualdade e a tradição autoritária de nosso povo.

Sublinhe-se que, no quadro de valores de um país profundamente marcado pela mentalidade e pelas estruturas sociais erigidas durante o período da escravidão, a noção de ordem ganha mais relevo que a de justiça, com a prevalência de uma expectativa de obediência passiva⁴⁶¹. Ou seja, o sistema penal estruturado no Brasil tem servido como um instrumento para a manutenção do *status quo*. Frise-se, não apenas a manutenção da ordem pública, como em qualquer sistema penal, mas para a sustentação das estruturas de uma sociedade extremamente desigual, tendo o garantismo penal encontrado seu lugar dentro dessa lógica.

⁴⁵⁹ Expressões como *Belíndia* e *Dinamália* já foram utilizadas para definir o Brasil, como um país que comporta, ao mesmo tempo, uma sociedade avançada e outra miserável, uma mistura de Bélgica com Índia ou de Dinamarca com Somália.

⁴⁶⁰ NEDER, Gizlene. *Discurso jurídico e ordem burguesa no Brasil*. 2. ed. Niterói: Eduff, 2012, p. 72.

⁴⁶¹ NEDER, Gizlene. Iluminismo jurídico-penal luso-brasileiro: obediência e submissão. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000, p. 194.

6.3 O garantismo penal no Poder Judiciário brasileiro

Apesar de a diferença no tratamento recebido pelas pessoas que são submetidas ao sistema penal em nosso país, de acordo com o seu nível social, ser algo que circula no imaginário popular⁴⁶², sua demonstração prática não é simples. Basta lembrar que grande parte dos processos criminais tramita com algum nível de sigilo, bem como qualquer documento que diga respeito às condições financeiras dos indivíduos, como documentos fiscais e informações bancárias. É importante ressaltar que todas as dificuldades mencionadas anteriormente a respeito da análise do ativismo judicial continuam presentes, como o grande número de decisões proferidas e a necessidade de análise individual da fundamentação a fim de demonstrar qualquer distorção no uso das bases teóricas do garantismo penal. De fato, a questão relativa ao sigilo é a principal razão que fez com que vários dos processos aqui analisados refiram-se a casos de grande repercussão na mídia, o que facilita sobremaneira o acesso a elementos fáticos referentes a esses eventos.

O primeiro caso a ser mencionado é justamente um evento que teve grande repercussão nacional, no início do ano de 2024, relativo a um acidente de trânsito na cidade de São Paulo envolvendo o condutor de um Porsche e um motorista de aplicativo, tendo este último vindo a óbito⁴⁶³. Testemunhas contaram à polícia que o condutor do Porsche fez uma ultrapassagem em alta velocidade – um perito ouvido em uma das reportagens publicadas afirmou, com base nas imagens do acidente, que o Porsche estava a mais de 130 km/h, sendo que a velocidade máxima naquela via é de 50 km/h –, perdeu o controle do veículo e colidiu com a traseira do outro carro. O motorista de aplicativo foi levado ao hospital pelo Corpo de Bombeiros, mas não resistiu aos ferimentos. Ele deu entrada na entidade hospitalar com quadro de parada cardiorrespiratória, tendo a morte – segundo o médico que o atendeu – ocorrido devido a traumatismos múltiplos.

⁴⁶² Máximas muito difundidas como “só pobre vai pra cadeia” demonstram que o tratamento diferenciado recebido pelos setores mais abastados faz parte do senso comum.

⁴⁶³ Ainda que o feito corresse sob sigilo, alguns órgãos de imprensa tiveram acesso às decisões e foram feitas diversas reportagens sobre o fato no período imediatamente posterior ao acidente, sendo que as informações aqui citadas são oriundas dessas apurações jornalísticas. Podemos citar, nesse sentido, <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2024/04/01/justica-advogada-caso-porsche.htm>>, <<https://revistaoeste.com/brasil/juiza-que-liberou-condutor-do-porsche-manteve-preso-ladro-de-desodorante/>>, <<https://iclnoticias.com.br/juiza-que-livrou-dono-de-porsche/>>, <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2024/04/03/caso-porsche-decisao-juiza-negou-prisao-motorista.htm>>, <<https://www.poder360.com.br/justica/justica-nega-prisao-preventiva-a-motorista-de-porsche-pela-3a-vez/>>, acesso em 21/04/2025.

Mesmo que o motorista do Porsche apresentasse sinais claros de embriaguez, como ficou demonstrado através das imagens posteriormente divulgadas, ele foi liberado pelos policiais, sem que tenha sido realizado sequer um exame de alcoolemia⁴⁶⁴. A mãe do motorista do Porsche informou aos policiais que levaria o filho ao hospital devido ao leve ferimento que ele apresentava na região da boca, argumentando que ele havia batido o rosto no momento do acidente e precisava fazer exames para descobrir se havia alguma gravidade em sua lesão. Entretanto, conforme ficou demonstrado mais tarde, ele não foi levado a nenhum hospital.

Foram feitos, então, sucessivos pedidos de prisão cautelar do motorista tanto pela autoridade policial quanto pelo Ministério Público até que o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo efetivamente determinou a prisão preventiva desse. Sem entrar no mérito de quão importante foi a repercussão do caso ao longo das semanas seguintes ao acidente para que fosse deferido o pedido de prisão preventiva, o objetivo aqui é analisar uma das primeiras decisões proferidas, em que o pedido de prisão temporária foi, naquele momento, negado. A juíza que proferiu a decisão afirmou que a Polícia Civil não demonstrou os requisitos legais necessários para que a medida fosse determinada, asseverando, ainda, que o “clamor público” não seria suficiente para decretar a prisão. A juíza teria afirmado que “o ato de se evadir do local do acidente, indubitavelmente, torna os fatos mais graves [...], mas não basta para, neste momento prematuro das investigações, atestar a existência de indícios de dolo”.

O que chama a atenção é que essa mesma magistrada, em um outro caso, teve uma abordagem bastante diferente. Não se tratava, então, de um acidente de trânsito, mas de um furto, cometido por uma pessoa em situação de vulnerabilidade social. O caso aconteceu em agosto de 2022, em um supermercado de São Paulo. Um homem de 21 anos foi flagrado pelos seguranças do estabelecimento tentando levar três garrafas de bebida alcóolica e dois desodorantes, cujo valor somado era de R\$ 89,95 (oitenta e nove reais e noventa e cinco centavos). Os itens estavam escondidos sob sua camisa. Segundo relatos, o homem, ao ser abordado, teria feito ameaças e atirado uma garrafa contra um segurança. Esses fatos foram negados pela defensoria pública, argumentando que não foi feito exame pericial no segurança do estabelecimento e as supostas lesões não foram confirmadas, bem como que o réu “negou que tenha agredido o vigilante ou jogado uma garrafa. O segurança era grande, enquanto ele é fonzinho. Machucou a boca, o braço, a perna, a barriga. O vigilante machucou o braço, quando

⁴⁶⁴ No Brasil, o motorista não é obrigado a realizar esse exame, pois ninguém é obrigado a produzir provas contra si mesmo. Todavia, as outras evidências encontradas no momento do acidente, como indícios visíveis de embriaguez, podem levar à prisão em flagrante do motorista. Nada disso aconteceu no caso.

estava o esmurrando. Negou também que o tenha ameaçado". Os itens foram recuperados e o homem foi conduzido à delegacia, onde afirmou que trabalhava como lavador, tinha endereço fixo, mas estava desempregado e era usuário de crack.

Nesse caso, a mesma juíza – argumentando ainda que o homem já possuía uma condenação anterior – decidiu que o acusado devia permanecer preso durante a tramitação do processo, bem como, ao final, considerou suficientemente comprovada a subtração da mercadoria com o uso de violência, condenando o réu por roubo a uma pena bastante dura, considerando o contexto, de 5 anos, 5 meses e 10 dias de prisão. Verifica-se, portanto, que a magistrada adotou uma postura bastante diferente nos dois casos. No caso do motorista do Porsche, a dúvida militou em favor do réu e todos os fatos que não estavam devidamente comprovados não foram considerados para fundamentar uma decisão contrária ao acusado. Já no caso do furto das bebidas e desodorantes, as alegações contrárias ao réu foram suficientes tanto para a manutenção da prisão cautelar quanto para a condenação. É desnecessário lembrar que, no primeiro caso, tratava-se de empresário que dirigia um carro avaliado em mais de um milhão de reais. No segundo, estava sendo julgado um homem em situação de vulnerabilidade social defendido pela defensoria pública.

A grande disparidade entre as decisões proferidas pelo Poder Judiciário em nosso país já deixa claro que as garantias constitucionais estão longe de serem asseguradas de maneira uniforme a todos os réus. Citem-se como exemplo as diferenças entre as decisões proferidas pelas câmaras criminais do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul no que se refere à aplicação do princípio da insignificância – excludente de tipicidade que enseja a absolvição do réu. Uma pesquisa jurisprudencial no *site* do TJRS é capaz de demonstrar isso. Entretanto, são necessários alguns esclarecimentos a respeito da pesquisa realizada. Os limites temporais da pesquisa foram escolhidos em função da formação da 5ª Câmara criminal naquele período, sendo de conhecimento público que seus membros se caracterizavam por uma grande preocupação com a proteção dos direitos individuais dos réus. Isso não quer dizer, evidentemente, que esses foram os únicos magistrados com esse perfil a exercerem a profissão no Brasil ou no Rio Grande do Sul, mas a formação mais heterogênea dos colegiados – que geralmente ocorre nos tribunais – acaba mascarando as grandes diferenças entre os julgados do mesmo órgão colegiado ao longo do tempo. Essas diferenças indubitavelmente existem, mas são detectadas com maior dificuldade em uma pesquisa jurimétrica.

Desse modo, consultados os trinta últimos julgados referentes à quinta e à sétima câmaras criminais do citado tribunal até a data limite estabelecida, relacionados à aplicação

do princípio da bagatela no que concerne ao crime de furto⁴⁶⁵, o resultado obtido foi que, na 5ª Câmara Criminal, em 24 acórdãos foi reconhecida a aplicabilidade do princípio da insignificância ao caso concreto, enquanto em 6 acórdãos foi proferido o entendimento de que não deveria ser aplicado o referido princípio. Já em relação à 7ª Câmara Criminal, em nenhum dos trinta acórdãos consultados foi reconhecida a aplicabilidade do princípio da bagatela.

Essa discrepância poderia ser apenas fruto de uma coincidência, já que os casos analisados pelos órgãos colegiados da mencionada corte não são, obviamente, idênticos. Poderia ter ocorrido, portanto, que nos trinta últimos acórdãos publicados os casos analisados pela 7ª Câmara Criminal fossem de delitos mais graves do que os referentes aos acórdãos proferidos pela 5ª Câmara. Todavia, a análise crítica e detalhada de alguns dos julgados demonstra o contrário.

O julgamento referente ao Processo nº 70048499164 recebeu a seguinte ementa:

APELAÇÃO CRIME. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. CONDENAÇÃO MANTIDA. PENAS REDIMENSIONADAS. Os elementos de convicção colhidos durante a instrução demonstram a materialidade e a autoria do crime de furto simples. Inviável a absolvição fundada na incidência do princípio da insignificância, considerando que os objetos subtraídos foram avaliados em quantia equivalente a 25% do valor do salário-mínimo vigente ao tempo do fato. Da mesma forma, o réu é reincidente em crimes diversos. Tais informações, analisadas em conjunto, não permitem a aplicação da benesse. Penas redimensionadas. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. (Apelação Crime Nº 70048499164, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Naele Ochoa Piazzeta, Julgado em 19/07/2012) Data de Julgamento: 19/07/2012 Publicação: Diário da Justiça do dia 25/07/2012).⁴⁶⁶

O relatório do referido *decisum* evidencia, ainda, que o condenado subtraiu mercadorias de um supermercado, que, somadas, perfaziam um total de R\$ 138,53 (cento e trinta e oito reais e cinquenta e três centavos), conforme auto de avaliação, e que os objetos furtados foram apreendidos e devolvidos à vítima. Por sua vez, o acórdão proferido pela 5ª Câmara Criminal do TJRS no Processo nº 70044378354 recebeu a seguinte ementa:

⁴⁶⁵ Pesquisa realizada com os termos “insignificância” e “furto”, no site do TJRS referente a 08/08/2012. Frise-se que a data limite relaciona-se à composição da 5ª Câmara Criminal do TJRS, que pouco tempo depois foi substancialmente alterada.

⁴⁶⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – Apelação Crime nº 70048499164. Naele Ochoa Piazzeta. DJ 19/07/2012. Disponível em http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a_politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&partialfields=n%3A70048499164&as_q=#main_res_juris. Acesso em 30/07/2023.

FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICANCIA. ABSOLVIÇÃO. O valor dos bens subtraídos, avaliados em R\$ 180,00, a restituição das "res furtivae" à vítima, que não sofreu qualquer prejuízo e a pouca repercussão social do delito, frente à consequência para a vida do acusado da condenação, conduzem à convicção que deve ser acolhida a insignificância como suporte à absolvição do réu, com base no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal. RECURSO DEFENSIVO PROVIDO. (Apelação Crime Nº 70044378354, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Genacéia da Silva Alberton, Julgado em 04/07/2012).⁴⁶⁷

Ou seja, em ambos os casos o produto do crime foi devolvido à vítima, tendo os delitos, de fato, características bastante semelhantes. Porém, no caso julgado pela 5ª Câmara Criminal o valor das mercadorias furtadas foi superior ao dos bens referentes ao caso decidido pela 7ª Câmara e, mesmo assim, a primeira decidiu pela aplicabilidade do princípio da insignificância enquanto a segunda entendeu ser inviável a sua aplicação.

Do mesmo modo, no Processo nº 70048707111, a 7ª Câmara Criminal entendeu que: “O princípio da insignificância não pode ser aplicado ao caso em tela, uma vez que o bem subtraído foi avaliado em quantia que não pode ser entendida como ínfima ou irrisória”. A análise do relatório do acórdão revela que foi furtada mercadoria de um supermercado, no valor de R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais), bem como que o produto do crime foi apreendido pela Brigada Militar e devolvido à vítima. Já a 5ª Câmara Criminal explicitou, no julgamento do Processo nº 70049438658, entendimento no sentido de estar ausente: “a lesividade na conduta descrita na denúncia, dado que, aliado ao inócuo valor do bem subtraído, conforta a conclusão pelo reconhecimento do princípio da insignificância pela atipicidade do agir do apelante”. Nesse caso, segundo o relatório elaborado pelo relator, foi furtada mercadoria de estabelecimento comercial, avaliada em R\$250,00 (duzentos e cinquenta reais), que posteriormente foi apreendida e devolvida ao dono. Novamente, percebe-se que os fatos analisados são muito semelhantes e que o valor da mercadoria furtada é menor no caso julgado pela 7ª Câmara Criminal. Entretanto, mais uma vez, apenas a 5ª Câmara Criminal reconheceu a aplicabilidade do princípio da bagatela.

Fica claro, portanto, que a diferença não reside nas características dos casos julgados, mas sim na linha seguida pelos julgadores, que fez com que a 7ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul não reconhecesse a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância em nenhum dos trinta acórdãos consultados, enquanto a 5ª Câmara

⁴⁶⁷ BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – Apelação Crime nº 70044378354. Relator: Genacéia da Silva Alberton .DJ 04/07/2012. Disponível em http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a_politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&partialfields=n%3A70044378354&as_q=%23main_res_juris. Acesso em 02/10/2023.

entendeu pela aplicabilidade do referido princípio em 24 processos, ou seja, 80% dos casos analisados.

Mesmo que essa disparidade não tenha, a princípio, nenhuma relação com a condição financeira dos réus envolvidos nos processos, é necessário lembrar que a maioria das questões relacionadas ao direito penal no Brasil tem implicações constitucionais, o que permite, em tese, a interposição de recursos e outras formas de impugnação até mesmo no Supremo Tribunal Federal. Entretanto, as regras processuais vigentes, presentes na legislação ou nos regimentos internos das cortes, criam uma série de empecilhos ao acesso aos tribunais superiores – por razões óbvias, já que seria inviável a análise por esses de todos os processos em trâmite no país – somente superados, via de regra, por advogados hábeis e com bom trânsito nos respectivos tribunais.

Desse modo, mesmo que não haja, em um primeiro momento, qualquer conexão entre a condição financeira dos réus e a diferença de tratamento dada a estes – como provavelmente ocorre no exemplo acima citado – o acesso restrito aos tribunais superiores, que poderia assegurar o respeito às garantias constitucionais dos réus, faz com que apenas uma pequena parcela dos acusados tenha, de fato, seus direitos fundamentais garantidos.

Outra forma de demonstrar a diferença de tratamento recebida por alguns réus é a análise de decisões, proferidas pelos tribunais pátrios, que fogem do padrão jurisprudencial dos mesmos. Um exemplo interessante é o caso dos crimes societários ou de autoria coletiva. A jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4^a Região é pacífica no sentido de que, nesse tipo de delito, não há a necessidade da descrição detalhada de cada um dos réus na denúncia. Cite-se, nesse sentido, o seguinte trecho, da ementa do *Habeas Corpus* nº 2007.04.00.017910-9: “Nos crimes societários não há necessidade de uma descrição detalhada da conduta de cada um dos réus”⁴⁶⁸, ou, ainda, o seguinte excerto, retirado da ementa da Apelação Criminal nº 2002.70.03.000849-8: “a jurisprudência é pacífica no sentido de que, nos crimes societários ou de autoria coletiva, não é necessário que a denúncia descreva, pormenorizadamente, a ação de cada denunciado”⁴⁶⁹. Na mesma esteira, exemplificativamente, vão os julgados proferidos na ACR 5016537-37.2010.404.7000,

⁴⁶⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4^a Região – Habeas Corpus nº 2007.04.00.017910-9. Relator: Luiz Fernando Wowk Penteado. D.E. 09/04/2008. Disponível em https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=1785031. Acesso em 30/07/2023.

⁴⁶⁹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4^a Região – Apelação Criminal nº 2002.70.03.000849-8. Relator: Luiz Fernando Wowk Penteado. D.E. 18/04/2007. Disponível em https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=1427923. Acesso em 30/07/2023.

Sétima Turma, D.E. 01/06/2012; na ACR 0003783-45.2001.4.04.7201, Oitava Turma, D.E. 03/05/2016; e na ACR 0001903-59.2008.4.04.7205, Oitava Turma, D.E. 23/06/2016.

Entretanto, no *Habeas Corpus* nº 0005475-02.2011.404.0000, relatado pelo mesmo desembargador do HC e da Apelação Criminal cujos trechos foram acima citados, foi proferida decisão nos seguintes termos:

A circunstância de se cuidar de uma suposta sonegação fiscal empresarial exige da acusação descrição dos elementos objetivos e subjetivos da prática delituosa. É preciso definir, com base em evidências sólidas, a verdadeira posição daqueles que se pretende acusar, especialmente neste caso, em que envolvidas sociedades mercantis com um quadro administrativo sabidamente complexo.⁴⁷⁰

Fica claro que, nessa causa, patrocinada por um conhecido escritório do estado de Santa Catarina, o entendimento aplicado foi completamente diferente do apresentado nos casos anteriores. Desnecessário dizer que a obtenção de decisão que se opõe a entendimento que já vinha e continua sendo adotado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região exigiu, certamente, grande habilidade do procurador dos réus na exposição dos fatos.

Importante frisar, nesse ponto, que não há qualquer problema na utilização de todos os meios legais pelos grandes escritórios na defesa de seus clientes. Seria, de fato, ilógico pensar o contrário. O problema não está, como dito anteriormente, na atuação eficiente desses profissionais, mas sim no fato de que poucos réus têm acesso a esse tipo de defesa, extremamente qualificada, o que implica significativa diferença na forma como são tratados os que são submetidos à persecução penal no Brasil – gerando, como se verá adiante, importantes consequências sociais.

É nos casos de grande repercussão, entretanto, que fica mais clara a falta de coerência de nosso sistema punitivo. Enquanto pessoas ainda são presas e condenadas por roubar gêneros alimentícios, provas obtidas através de grandes operações da Polícia Federal são anuladas por meras irregularidades, deixando sem qualquer punição os envolvidos.

Não há que se pensar, entretanto, que este é um caso isolado. De fato, a maioria dos casos supramencionados, nos quais a Sétima Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul entendeu não ser devida a aplicação do princípio da insignificância, refere-se a

⁴⁷⁰ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – Habeas Corpus nº 0005475-02.2011.404.0000. Relator: Luiz Fernando Wowk Penteado. D.E. 13/09/2011. Disponível em https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=4244169. Acesso em 30/07/2023.

pequenos furtos. Em um, inclusive, foram levados apenas alguns desodorantes e barras de chocolate.

Em contrapartida, todas as provas produzidas na Operação Satiagraha, realizada pela Polícia Federal, foram anuladas pelo Superior Tribunal de Justiça, devido à “participação indevida, flagrantemente ilegal e abusiva, da ABIN”. Complementa, ainda, o relator do Habeas Corpus nº 149250/SP: “Não há se falar em compartilhamento de dados entre a ABIN e a Polícia Federal, haja vista que a hipótese dos autos não se enquadra nas exceções previstas na Lei nº 9.883/99”⁴⁷¹. Causa ainda maior estranheza a referida decisão quando analisada paralelamente a outras, também proferidas pelo mesmo órgão colegiado, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça. Cite-se, nesse sentido, o seguinte arresto:

PROCESSO PENAL. ADMISSÃO DO ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO. INTIMAÇÃO PARA PARTICIPAR DO PROCESSO. AUSÊNCIA. ATOS INSTRUTÓRIOS PRATICADOS POR ASSISTENTE DESCONSTITUÍDO EM VIRTUDE DE SUPERVENIÊNCIA DE NOVO MANDATO. NULIDADE. ALEGAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO PARA A DEFESA. AGRAVO DESPROVIDO. 1. A ausência de admissão ou intimação do novo assistente da acusação para participar do processo, assim como a presença do antigo assistente nos atos processuais não trouxe qualquer prejuízo à defesa, de forma que não se mostra prudente anular a ação penal em virtude de mera irregularidade. 2. Mesmo considerando que o vício citado acarretou prejuízo, este se deu em relação à própria acusação, não cabendo à defesa argui-la, conforme dispõe o art. 565, do Código de Processo Penal. 3. Agravo regimental desprovido.⁴⁷²

Necessário mencionar, ainda, trecho do relatório referente ao mencionado *decisum*:

Segundo o agravante, a decisão objurgada incorreu em erro ao negar seguimento ao seu recurso especial, haja vista que a assistente da acusação, Dra. Nara Rúbia, mesmo após ter substituído o assistente anterior, não teria praticado nenhum ato processual no curso do processo. Desta forma, seriam absolutamente viciados os atos em que houve intervenção do assistente de acusação já desconstituído, Dr. João Estrela e Silva, tais como as audiências de instrução.

Ou seja, o mesmo órgão que entendeu tratar-se de mera irregularidade a participação de assistente de acusação já desconstituído em diversos atos processuais, inclusive audiências de instrução – tendo participado, portanto, diretamente da produção das provas durante o processo –, considerou “flagrantemente ilegal e abusiva” a simples participação de agentes da

⁴⁷¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – Habeas Corpus nº 149250/SP. Relator: Adilson Vieira Macabu. DJe 05/09/2011. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200901925658&dt_publicacao=05/09/2011. Acesso em 30/07/2023.

⁴⁷² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – AgRg no REsp 941940 / PB. Relator: JORGE MUSSI. DJe 16/11/2010. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200700841625&dt_publicacao=16/11/2010. Acesso em 30/07/2023.

ABIN ainda durante a fase de investigação policial, referente à Operação Satiagraha, fato este capaz de gerar a nulidade de todas as provas produzidas durante a referida operação. Lembre-se que um dos principais investigados na Operação Satiagraha era o banqueiro Daniel Dantas, tendo sido este defendido por Andrei Zenkner Schmidt.

Em artigo intitulado *Prevencionismo x Humanitarismo: Uma Perspectiva Sistêmico-Cultural do Direito Penal*, Andrei Schimdt diz que uma análise sem preconceitos da intervenção penal revela que o Direito penal é um sistema fadado à ineficácia, pois se as leis penais fossem realmente aplicadas a todos os fatos que se enquadram no tipo penal, a maior parte da população seria condenada criminalmente várias vezes todos os anos. Conclui, assim, que “o Direito penal seleciona arbitrariamente suas vítimas, revelando-se, pois, a nítida distinção entre ser criminoso e ser criminalizado: quem pode mais enquadra-se no primeiro grupo; quem pode menos, no segundo”⁴⁷³.

De fato, é exatamente a lógica enunciada pelo autor – a da seletividade do sistema penal – que vemos materializada no caso concreto.

Outro caso que ganhou considerável notoriedade foi a anulação do recebimento da denúncia na Ação Penal n.º 2009.61.81.006881-7, também pelo Superior Tribunal de Justiça, por considerar inválidas as provas produzidas durante a operação da Polícia Federal intitulada “Castelo de Areia”, que envolveu o nome de diversos congressistas brasileiros. A decisão proferida pelo STJ foi assim ementada:

HABEAS CORPUS. "OPERAÇÃO CASTELO DE AREIA". DENÚNCIA ANÔNIMA NÃO SUBMETIDA À INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR. DESCONEXÃO DOS MOTIVOS DETERMINANTES DA MEDIDA CAUTELAR. QUEBRA DE SIGILO DE DADOS. OFENSA ÀS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS. PROCEDIMENTO DE INVESTIGAÇÃO FORMAL. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DE MOTIVOS IDÔNEOS. BUSCA GENÉRICA DE DADOS. As garantias do processo penal albergadas na Constituição Federal não toleram o vício da ilegalidade mesmo que produzido em fase embrionária da persecução penal. A denúncia anônima, como bem definida pelo pensamento desta Corte, pode originar procedimentos de apuração de crime, desde que empreendida investigações preliminares e respeitados os limites impostos pelos direitos fundamentais do cidadão, o que leva a considerar imprópria a realização de medidas coercitivas absolutamente genéricas e invasivas à intimidade tendo por fundamento somente este elemento de indicação da prática delituosa. A exigência de fundamentação das decisões judiciais, contida no art. 93, IX, da CR, não se compadece com justificação transversa, utilizada apenas como forma de tangenciar a verdade real e confundir a defesa dos investigados, mesmo que, ao depois, supunha-se estar imbuída dos melhores sentimentos de proteção social. Verificada a incongruência de motivação do ato judicial de deferimento de medida cautelar, in casu, de quebra de sigilo de dados, afigura-se inoportuno o juízo de

⁴⁷³ SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Prevencionismo x humanitarismo: uma perspectiva sistêmico-cultural do direito penal*. Revista de Estudos Criminais, a. 4, n. 14, 2004, p. 151.

proporcionalidade nele previsto como garantia de prevalência da segurança social frente ao primado da proteção do direito individual. Ordem concedida em parte, para anular o recebimento da denúncia da Ação Penal n.º 2009.61.81.006881-7.⁴⁷⁴

A ementa acima transcrita refere-se ao julgamento conjunto de dois *habeas corpus*. O primeiro, com pedido liminar, é o de n.º 137.349/SP, e foi impetrado em 27/5/2009 pelos advogados Alberto Zacharias Toron, Carla Vanessa T. H. de Domenico e Claudia Maria Bernasconi, tendo como autoridade coatora Desembargadora do Tribunal Regional Federal da 3^a Região, Relatora do HC nº 2009.03.00.014446-1. O Segundo *habeas corpus*, o HC de n.º 159.159/SP, no qual foi requerido e decretado o sigilo dos autos, também com pedido de liminar, foi ajuizado pelos advogados Celso Sanchez Vilardi e Luciano Quintanilha de Almeida e autuado sob o n.º 159.159/SP.

A despeito do teor da decisão, sintetizada na ementa acima colacionada, é necessário frisar que, quando da análise do pedido liminar do HC nº 137.349/SP, restou registrado que:

Verifico, dentro desse contexto, que a decisão que deferiu a quebra do sigilo telefônico, na verdade, cingiu-se aos dados telefônicos, o que não se confunde com a inviolabilidade das comunicações havidas por telefone. Destaco que a decisão é expressa no sentido de determinar que as empresas operadoras de telefonia forneçam senhas para possibilitar aos agentes federais o acesso aos seus bancos de dados e à obtenção dos dados relativos ao cadastro de assinantes e usuários. Oportuno salientar, ainda, que os elementos que embasaram o início das interceptações telefônicas não estão restritos à denúncia anônima, como querem fazer os impetrantes. Com efeito, colho dos autos que, além da denúncia anônima, o procedimento de interceptação telefônica também está lastreado em indícios obtidos a partir de investigações preliminares levadas a efeito pelo Departamento de Polícia Federal.

Todavia, no momento da decisão final, preferiu a relatora ignorar tais dados, considerando insuficientes os fundamentos apresentados pelo magistrado de primeiro grau e afirmando a invalidade de todas as provas colhidas a partir da quebra de sigilo telefônico. Frise-se que a primeira medida autorizada judicialmente não foi sequer a interceptação das comunicações telefônicas do investigado, mas apenas a quebra de sigilo de dados telefônicos, já embasada em outros elementos de prova colhidos pela autoridade policial, a partir da qual foram obtidas provas que, juntamente com outros indícios, serviram de alicerce para a autorização das interceptações telefônicas.

⁴⁷⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – Habeas Corpus nº 137349 / SP. Relator: MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA. DJe 30/05/2011. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200901010385&dt_publicacao=30/05/2011. Acesso em 30/07/2023.

Ainda que os casos acima mencionados tenham atingido uma repercussão muito significativa quando das decisões, ele não são, de forma alguma, casos isolados. Há julgados recentes que demonstram a manutenção da mesma linha no âmbito do referido tribunal. Um importante exemplo a ser citado é o do Recurso Ordinário em Habeas Corpus 184.003-SP.

Trata-se de processo relativo à Operação Monte Cristo, que investigou fraudes envolvendo grupos empresariais responsáveis pela distribuição de medicamentos ao Estado e ao comércio varejista – redes de farmácias –, grupos esses que se beneficiavam de esquemas de sonegação fiscal e outros crimes. Os investigadores estimaram que o esquema montado havia causado um prejuízo aos erários estadual e federal de aproximadamente dez bilhões de reais no período de seis anos. A operação contou com participação de 160 agentes-fiscais de renda do Estado de São Paulo, além de mais de 50 promotores de Justiça, 29 auditores-fiscais da Receita Federal e 16 procuradores da Procuradoria-Geral do Estado (PGE). A ação teve ainda o apoio das polícias civil e militar⁴⁷⁵.

No que se refere especificamente à questão decidida pelo Superior Tribunal de Justiça, foi imputada a alguns réus – no caso, os recorrentes – a prática dos crimes de integrar organização criminosa (art. 2º da Lei nº 12.850/13) e de lavagem de dinheiro (art. 1º, e §§ 1º, 2º e 4º, da Lei nº 9.613/98). Ainda durante a deflagração da Operação Monte Cristo, o Ministério Público, em cumprimento de mandados de busca e apreensão, obteve dados digitais de computadores de réus colaboradores e colocou-os em um HD externo. Após a impetração de habeas corpus pela defesa dos réus, foi concedida ordem para que fosse realizada a digitalização de todo o material disposto no HD, bem como sua juntada aos autos, em respeito à garantia da ampla defesa. Em cumprimento a essa determinação, o Ministério Público apresentou cópia dos documentos apreendidos em todas as buscas e apreensões por meio de links para armazenamento em nuvem. A defesa dos acusados, ao acessar os links, verificou que parte dos dados digitais estava corrompido e seriam inacessíveis, conforme restou comprovado por meio de laudo técnico.

A defesa impetrhou, então, novo habeas corpus contra decisão do juízo de primeira instância que indeferiu seus requerimentos para a produção de provas adicionais, destinadas a esclarecer questões relativas à integridade dos dados eletrônicos obtidos pelo *Parquet* na diligência de busca e apreensão. Pleitearam os impetrantes a declaração de "inadmissibilidade de todo o conjunto probatório digital apreendido no bojo da medida cautelar nº 0014250-

⁴⁷⁵ Disponível em <<https://g1.globo.com/sp/presidente-prudente-regiao/noticia/2020/10/01/operacao-monte-cristo-contra-fraude-fiscal-e-sonegacao-no-setor-farmaceutico-tem-2-alvos-no-oeste-paulista.ghtml>>, acesso em 17/03/2025.

63.2017.8.26.0577", em virtude de falhas na obtenção do material e de corrupção de parte dos arquivos, que os tornou inacessíveis. A ordem foi denegada pela Corte local, tendo sido veiculado recurso ao Superior Tribunal de Justiça.

Inicialmente, o voto da ministra-relatora foi no sentido de negar provimento ao recurso. Várias informações importantes constam desse voto, destacando-se o trecho a seguir transscrito:

Do que se pode extrair da documentação dos autos, é possível verificar que aquilo que foi coletado nos locais relacionados aos investigados é exatamente de onde, posteriormente, se extraiu as provas apresentadas em juízo. Inclusive os erros no momento da cópia dos arquivos foram passíveis de constatação.

Porém, não se pode confundir erros de cópia de vestígios digitais com a contaminação de outros vestígios digitais que foram efetivamente copiados com o devido espelhamento. Em outras palavras, o fato de, no momento em que a SEFAZ copiou os vestígios digitais, com o devido espelhamento, ter ocorrido algum erro na cópia de determinados arquivos, não faz levantar qualquer desconfiança ou suspeita a respeito dos vestígios que foram efetivamente copiados e utilizados para a produção da prova em juízo.

E a inexistência de suspeita é garantida exatamente pelo fato de que a coleta seguiu a metodologia correta, com o devido espelhamento, que permite verificar que, após a coleta, não houve a inclusão ou exclusão de vestígio digital algum.

Situação diversa seria se os arquivos corrompidos tivessem sido utilizados para a produção de alguma prova nos autos. Nesse caso, sim, seria possível afirmar a contaminação no momento da coleta do vestígio e a desconfiança da prova produzida. Ou então se a coleta tivesse ocorrido sem o devido espelhamento e, dentre os vestígios digitais coletados, alguns estivessem corrompidos e outros não corrompidos. Nesse caso também seria possível afirmar a contaminação e a desconfiança por parte da prova produzida.

Traçando um paralelo com um vestígio mais simples: na cena do crime, várias manchas de sangue são encontradas. Os peritos realizam a coleta das amostras de todas as manchas, colocando-as em recipientes diferentes, individualizados e registrados. Porém, uma delas, no momento do processamento laboratorial, acaba sendo indevidamente contaminada. A prova decorrente desse vestígio não será confiável e, por consequência, inadmissível. No entanto, as demais provas colhidas a partir dos outros vestígios não estarão contaminadas.

Foi exatamente o que aconteceu no caso. A coleta de cada um dos vestígios digitais foi corretamente espelhada pelo código hash, garantindo a exata verificabilidade de que (i) a prova produzida em juízo saiu do vestígio colhido na sede da empresa; (ii) ocorreu erro na cópia de alguns vestígios; (iii) dos vestígios com erro de cópia não

foram produzidas provas aos autos e, por fim, (iv) que esses vestígios também não tiveram o condão de contaminar os vestígios a partir dos quais as provas dos autos foram produzidas⁴⁷⁶. (p. 10-11 do voto da ministra-relatora).

A relatora destaca que o erro ocorreu “no momento em que a SEFAZ copiou os vestígios digitais”, bem como que a coleta seguiu a metodologia correta, com o devido espelhamento, que permite verificar que não houve a inclusão ou exclusão de qualquer vestígio digital após a coleta. Ademais, ressalta que os arquivos corrompidos não foram utilizados para a produção de qualquer prova nos autos.

Entretanto, a linha seguida no voto divergente, que acabou sendo o voto vencedor, foi bastante diferente. Foi concedida a ordem de habeas corpus a fim de declarar inadmissíveis as provas digitais bem como todas as outras provas delas derivadas. É relevante a transcrição de alguns trechos do referido voto:

Na situação destes autos, seria necessário comparar, então, pelo menos as hashes dos arquivos disponibilizados à defesa em nuvem, no link enviado pelo Ministério Público, com as hashes daqueles constantes dos HDs de origem e do "HD do Fisco", onde foram armazenados. Sendo idênticos os códigos, aí sim poderíamos concluir que os arquivos constantes nesses suportes são também idênticos. Como a acusação e o juízo de origem se recusaram a adotar esse procedimento, há um prejuízo concreto à confiabilidade da prova, porque não sabemos se os arquivos são, de fato, os mesmos. Se fosse apenas essa a falha na gestão probatória deste processo, minha sugestão seria a concessão parcial da ordem, para determinar que se adotassem na origem os procedimentos técnicos necessários à conferência da autenticidade do material eletrônico, inclusive com a entrega do HD detido pelo Parquet. Isso porque aqui, ao contrário da situação julgada no sobredito precedente, houve ao menos a documentação das hashes no momento do espelhamento, o que em tese permitiria sua comparação futura.

No presente caso, porém, há um problema ainda maior, que prejudica inclusive a pretensão defensiva apresentada em primeira instância para analisar o HD guardado por anos pelo Ministério Público. É que, como se aponta no habeas corpus, no recurso ordinário e neste agravo regimental, há um fato incontrovertido: Ministério Público, juízo singular e acórdão recorrido reconhecem que parte do material apreendido é absolutamente inacessível, porque seus arquivos foram corrompidos

⁴⁷⁶ Disponível em <https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento_tipo=91&documento_sequencial=274358809®istro_numero=202302482249&peticao_numero=202400627326&publicacao_data=20241226&formato=PDF>, acesso em 25/03/2025.

por "algum tipo de erro", que se acredita ter acontecido no momento da extração dos dados na busca e apreensão. O problema principal da causa está, dessarte, na ofensa à integralidade da prova (grifei) (p. 6 do voto vencedor)

[...]

Ante o exposto, divergindo respeitosamente da Ministra relatora, dou provimento ao agravo regimental, para prover também o recurso ordinário e conceder a ordem de habeas corpus, a fim de declarar inadmissíveis as provas digitais (isto é, aquelas que tenham suporte digital ou que foram extraídas de aparelhos eletrônicos) obtidas na medida cautelar nº 0014250- 63.2017.8.26.0577, bem como todas as provas delas derivadas, na forma do art. 157, § 1º, do CPP.

Deverá o juízo de origem, imediatamente, indicar quais provas derivam das inadmissíveis, desentranhar todas elas dos autos e analisar se, com sua exclusão, remanescem nos autos outras provas da justa causa (art. 395, III, do CPP) para sustentar o recebimento da denúncia.⁴⁷⁷

Verifica-se, portanto, que nenhuma prova foi produzida diretamente com base em qualquer arquivo que apareceu como corrompido. Não existe, mesmo, sequer menção nos votos a qualquer indício nesse sentido. Entretanto, a mera possibilidade, em abstrato, de que isso pudesse acontecer levou à anulação de todas as provas digitais colhidas. Na verdade, o que conduziu à declaração de nulidade foi a possibilidade de que o conteúdo de qualquer arquivo corrompido pudesse, indiretamente, ter colaborado para a produção de alguma outra prova. Esse ponto foi colocado textualmente na decisão, nos seguintes termos: "Isso significa que, em tese, é possível que o Ministério Público tenha acessado o conteúdo dos arquivos e o tenha utilizado em suas investigações, dele obtendo outras provas, e que a corrupção do material digital só tenha acontecido posteriormente (p. 8)". Afirma, ainda, o magistrado que, nessa situação, estaria "quebrada a paridade de armas".

Vale lembrar, nesse ponto, que é no mínimo duvidoso que as informações presentes nos arquivos corrompidos também não tenham sido acessíveis, em algum momento, aos recorrentes, considerando que as provas foram recolhidas de computadores de outros réus – que, em tese, teriam atuado na mesma organização criminosa. Repise-se que foi exatamente a ausência de demonstração da integralidade da prova, capar de ocasionar a quebra da paridade de armas, que conduziu à anulação.

⁴⁷⁷ Disponível em

<https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/electronico/documento/mediado/?documento_tipo=64&documento_sequencial=287804203®istro_numero=202302482249&peticao_numero=202400627326&publicacao_data=20241226&formato=PDF>, acesso em 25/03/2025.

Todavia, chama a atenção que tenha constado expressamente do voto vencedor a possibilidade de realização, mesmo naquele momento, de perícia a fim de conferir a autenticidade do material eletrônico, ou seja, de verificar da identidade entre os arquivos presentes no HD externo e aqueles fornecidos às defesas, mas que essa perícia não tenha sido determinada. A razão expressa no voto é a de que, independentemente da realização ou não da prova pericial, já estaria consolidado o fato de que “parte do material apreendido é absolutamente inacessível, porque seus arquivos foram corrompidos por ‘algum tipo de erro’, que se acredita ter acontecido no momento da extração dos dados na busca e apreensão. O problema principal da causa está, dessarte, na ofensa à integralidade da prova”.

Não é difícil compreender que a linha interpretativa desenvolvida no referido voto vai no sentido de que uma parte da prova eletrônica foi perdida e, considerando ser impossível afirmar com total certeza que não houve nenhum tipo de acesso do Ministério Público a esses elementos de prova antes da perda do material, estaria configurada a possibilidade da quebra na paridade de armas.

Todavia, um aspecto importante pode passar desapercebido em uma primeira leitura da decisão. Se a nulidade advém da possibilidade de o Ministério Público ter tido algum nível de acesso às provas eletrônicas antes dessas terem sido perdidas – e, frise-se, o caso em análise trata sempre essa possibilidade em abstrato, pois o voto não menciona qualquer elemento de convicção nesse sentido – então em todos os casos em que houver a perda de parte da prova eletrônica coletada durante uma investigação necessariamente deverá haver a declaração de nulidade da integralidade dessa prova. Aqui, uma breve análise é essencial. Pelo menos no Brasil, a coleta de provas eletrônicas durante operações conduzidas pela polícia ou por outros órgãos públicos não se faz com o imediato fornecimento de cópia do que foi extraído para os investigados, até mesmo porque o que está sendo extraído já é uma cópia. Em outras palavras, estaria sendo fornecida uma reprodução do material colhido junto ao investigado para o próprio investigado. Ademais, outros interessados sequer estariam no local para receber uma cópia da prova colhida.

Assim sendo, quando algum dos arquivos copiados apresenta qualquer tipo de erro, esse problema só é percebido quando da análise dessa prova pelos investigadores. Além disso, essa questão só chegará até as defesas de cada acusado quando quaisquer delas buscarem acesso a essas provas. Independentemente desse acesso ser concedido em uma primeira decisão ou apenas em grau recursal, é indubitável que existirá um lapso temporal entre a disponibilidade da prova para os investigadores e o momento em que essa será fornecida para as defesas. Portanto, sempre que houver qualquer tipo de erro em algum dos arquivos

eletrônicos extraídos, esse arquivo ficará em poder dos órgãos de investigação antes de chegar até as defesas e, assim, existirá a possibilidade, em abstrato, de que haja o acesso a esse arquivo antes desse ter sido danificado, caso consideremos – como foi feito na decisão em análise – que a prova pericial para a conferência da autenticidade do material não é suficiente para eliminar essa dúvida. O que mudará será apenas o tempo em que os investigadores poderiam ter tido acesso a esses arquivos, mas não o fato de que, em tese, esse possível acesso teria o condão de influenciar nos rumos da investigação. Desse modo, a decisão em comento, apesar de citar o fato de que a realização da perícia foi indeferida em uma primeira decisão, utiliza-se de uma lógica que torna esse indeferimento praticamente indiferente, pois a alegada “quebra na paridade de armas” já estaria configurada mesmo se a perícia tivesse sido realizada no instante em que foi requerida.

Pouco importa, assim, o lapso temporal em que as informações possam ficar disponíveis para os investigadores antes dos arquivos eletrônicos sofrerem qualquer tipo de dano – em um caso análogo ao julgado na decisão em comento. Uma semana, um mês, ou alguns anos, o fato é que o acesso por parte dos investigadores a elementos que não foram disponibilizados pela defesa sempre ocorrerá e, em tese, sempre terá o potencial de influenciar nas diligências posteriores.

Não há como escapar da conclusão de que a decisão, da forma como foi elaborada, acaba por criar, implicitamente, um modelo decisório em que sempre que parte, mesmo que pequena, da prova digital coletada em alguma diligência for corrompida, a integralidade desse conjunto probatório será nula.

Vale lembrar que o Superior Tribunal de Justiça já havia proferido inúmeras decisões no sentido de que eventuais nulidades, mesmo no processo penal, só devem ser reconhecidas quando demonstrado o prejuízo, em atenção ao princípio “*pas de nullité sans grief*”. Aparentemente, essa decisão representaria uma mudança nesse entendimento, já que foi declarada a nulidade das provas colhidas mesmo sem qualquer evidência de prejuízo concreto à defesa. Entretanto, nos meses seguintes à referida decisão foram proferidas diversas outras na mesma linha da jurisprudência anterior. Podem ser citados, exemplificativamente, o AgRg no HC 962582/SP, de onde consta que “A defesa não suscitou a nulidade em momento oportuno, configurando preclusão consumativa, nem demonstrou o prejuízo sofrido, conforme o princípio *pas de nullité sans grief*” (AgRg no HC n. 962.582/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 5/3/2025, DJEN de 12/3/2025); o AgRg no AREsp 2497308 / PR, onde se decidiu que “A ausência de depoimento especial não demonstra prejuízo concreto à defesa, requisito indispensável para o reconhecimento de nulidade

processual, conforme o princípio *pas de nullité sans grief*" (AgRg no RHC n. 184.926/PE, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 11/3/2025, DJEN de 18/3/2025); e o AgRg no RHC n. 196.572/BA, de onde se extrai que "É entendimento pacífico desta Corte que a nulidade processual exige a demonstração de prejuízo concreto ('*pas de nullité sans grief*'), o que não se verifica no caso concreto" (AgRg no RHC n. 196.572/BA, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 11/3/2025, DJEN de 19/3/2025), todas da mesma turma que proferiu a decisão relativa à Operação Monte Cristo.

De fato, uma pesquisa utilizando como referência a utilização da expressão "*pas de nullité sans grief*" nos meses que antecederam e nos que sucederam o julgamento do Recurso Ordinário em Habeas Corpus 184.003-SP mostra que a linha das decisões da 5ª turma do Superior Tribunal de Justiça permaneceu praticamente inalterada. Dentre os 3.754 acórdãos proferidos pela 5ª turma nos dois meses anteriores, a pesquisa de jurisprudência do próprio STJ retornou 45 resultados referentes à expressão mencionada, sendo que em todos os julgados houve a interpretação de que não estaria demonstrado o prejuízo à defesa e, portanto, não deveria haver a declaração de nulidade. Já em relação aos 2.897 acórdãos proferidos nos meses seguintes⁴⁷⁸, a mesma pesquisa encontrou um total de 54 julgados, dentre os quais apenas dois foram no sentido de reconhecer a nulidade alegada, a partir da compreensão de que teria sido demonstrado o efetivo prejuízo à defesa.

Percebe-se, assim, que não houve efetiva mudança na decisão relativa à Operação Monte Cristo. A quase totalidade dos julgados em que era debatido o princípio do "*pas de nullité sans grief*" continuou sem reconhecer eventuais nulidades alegadas pelas defesas e, mesmo nas poucas em que houve o reconhecimento, a fundamentação foi no sentido de que o prejuízo concreto estaria demonstrado. Repise-se que, no RHC 184.003-SP, em nenhum momento foi sequer mencionada nas decisões a utilização de qualquer elemento que não tenha sido fornecido à defesa, bem como qualquer indício de que esses possam ter sido realmente

⁴⁷⁸ É importante ressaltar que a pesquisa foi feita utilizando a mesma expressão tanto em relação aos dois meses anteriores ao julgado de referência quanto ao período posterior, que foi de três meses, a fim de manter o mesmo período efetivo de atividade da corte, tendo em vista as férias coletivas do tribunal no mês de janeiro. Além disso, vale sublinhar também que não foram apenas esses os julgados em que foi debatida alguma nulidade. A utilização da expressão escolhida remete justamente à discussão específica do reconhecimento de eventual nulidade em razão da existência ou não de prejuízo para aquele que a alega, que é exatamente o ponto que se busca debater aqui. A referência aos totais de acórdãos proferidos serve para demonstrar o número extremamente alto de processos julgados nos tribunais brasileiros e a consequente grande dificuldade de fazer uma análise de todos os julgamentos de um órgão, mesmo em períodos relativamente curtos. Daí a opção pela utilização de cortes, tais como a referência a determinados princípios, como no caso concreto. A pesquisa pode ser realizada por meio do site <<https://scon.stj.jus.br/SCON/>>, acesso em 09/04/2025.

acessados pelos investigadores. Ou seja, o reconhecimento da nulidade deu-se sem a demonstração do efetivo prejuízo.

É interessante notar, ainda, que a referida decisão, caso seguida em todos os casos análogos, acabaria por criar um regime probatório insustentável já que, como mencionado antes, determinaria a anulação de toda a prova técnica coletada sempre que houvesse algum tipo de inconsistência em qualquer um dos elementos coletado. Também nesse sentido, ela se aproxima muito de outras decisões comentadas no presente trabalho. Podemos citar, por exemplo, a decisão mencionada no capítulo referente ao ativismo judicial, relativa ao reconhecimento da ilegalidade da greve dos professores estaduais no Pará. Naquele caso, os fundamentos utilizados serviriam para a declaração de ilegalidade de qualquer greve de profissionais da educação – o que, evidentemente, não se coaduna com o ordenamento jurídico brasileiro. Assim, essas decisões utilizam-se de certos fundamentos sem explorar quais seriam as consequências da aplicação desses mesmos fundamentos a todos os casos análogos – o que, no caso dos processos penais, colabora para a inconsistência no tratamento dos acusados frente ao Poder Judiciário.

A diferença no tratamento recebido pelos “clientes” do sistema penal em nosso país começa, porém, muito antes. A exposição na mídia da prisão de alguns “grandes contraventores”, como usualmente são chamados pela própria imprensa, motivou a edição, pelo Supremo Tribunal Federal, da Súmula Vinculante nº 11, referente ao uso de algemas, que prevê:

Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado.⁴⁷⁹

Apesar da decisão de editar a súmula ter sido, em tese, tomada pela Corte durante o julgamento do Habeas Corpus nº 91952 – quando foi anulada a condenação do pedreiro Antonio Sérgio da Silva pelo Tribunal do Júri de Laranjal Paulista (SP), pelo fato de ter ele sido mantido algemado durante todo o seu julgamento –, o verdadeiro motivo da edição da súmula foi explicitado ainda na mesma ocasião, conforme noticiado no próprio site do STF: “No mesmo julgamento, a Corte decidiu, também, deixar mais explicitado o seu entendimento

⁴⁷⁹ Disponível em <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=26&sumula=1220>. Acesso em 25/06/2025.

sobre o uso generalizado de algemas, diante do que considerou uso abusivo, nos últimos tempos, em que pessoas detidas vêm sendo expostas, algemadas, aos flashes da mídia”⁴⁸⁰.

Entretanto, que se refere à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o caso que ganhou maior notoriedade envolvendo princípios do garantismo penal nos últimos anos foi, provavelmente, a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no HC nº 126.292, em fevereiro de 2016, quando restou decidido ser possível a execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória⁴⁸¹. De fato, afirmou a Suprema Corte que a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da CF/88). Em outras palavras, segundo o Pretório Excelso, é possível o início da execução da pena privativa de liberdade após a prolação de acórdão condenatório em 2º grau e isso não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência, insculpido no artigo 5º, inciso LVII, que prevê expressamente que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Em seu voto, o ministro relator, Teori Zavascki, afirmou que o domínio mais expressivo de incidência do princípio da não-culpabilidade é o da disciplina jurídica da prova, bem como ser no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado. Concluiu, assim, que existindo um juízo de incriminação do acusado em segundo grau “fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência”. Disse, ainda, que “a presunção de inocência não impede que, mesmo antes do trânsito em julgado, o acórdão condenatório produza efeitos contra o acusado”, defendendo haver uma “evolução” da não culpabilidade de acordo com o estágio do procedimento, e, ainda, que o tratamento progressivamente mais gravoso é aceitável, desde que não se atinja o núcleo fundamental do direito.

Necessário questionar, entretanto, o que seria esse “núcleo fundamental” que não pode ser atingido e como funcionaria, exatamente, o mencionado tratamento “progressivamente mais gravoso”. Ora, se após a condenação em segunda instância o réu já

⁴⁸⁰ Disponível em: www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=94467, acesso em 06/04/2023.

⁴⁸¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal – Habeas Corpus nº 126.292. Relator Min. Teori Zavascki DJE 07/02/2017. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em 30/07/2023.

pode cumprir a pena privativa de liberdade que foi imposta – punição mais severa prevista em nosso ordenamento jurídico para tempos de paz –, o que restaria, então, a ser feito após o trânsito em julgado? Que direito estaria garantido ao réu no texto constitucional quando esse menciona expressamente o trânsito em julgado? É inegável que a interpretação apresentada esvazia completamente a garantia esculpida em nossa Constituição, atentando contra a literalidade do texto constitucional.

Repise-se, o texto normativo não pode ser ignorado, já que constitui a base do processo de interpretação. Este não se esgota naquele, mas também não pode prescindir dele. Como lembra Lenio Streck, “a ‘vontade’ e o ‘conhecimento’ do intérprete não permitem a atribuição arbitrária de sentidos, e tampouco uma atribuição de sentidos arbitrária. Afinal a lição está expressa em *Verdade e Método*, quem quer compreender um texto deve estar disposto a deixá-lo dizer alguma coisa”⁴⁸².

Refere, ainda, o ministro relator no citado voto, que o seu posicionamento encontra amparo no cenário internacional e que em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Corte Suprema. Cita, nesse sentido, estudo que descreve o quadro relativo ao tema em diversos países do mundo. Parece esquecer, entretanto, que esses países não tem seu ordenamento jurídico estruturado sobre a *nossa Constituição* e que o texto constitucional desses não conta com previsão idêntica à da Constituição Federal brasileira de 1988 em seu artigo 5º, inciso LVII – *ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*.

Diferentes ministros expuseram fundamentos semelhantes aos acima transcritos. Outra linha argumentativa apresentada nesse julgado foi aquela ligada à política criminal. Nesse sentido, o Ministro Luís Roberto Barroso afirmou que a possibilidade de execução da pena após a condenação em segundo grau diminui o grau de seletividade do sistema punitivo brasileiro, “tornando-o mais republicano e igualitário”, bem como promove a quebra do paradigma da impunidade do sistema criminal.

Asseverou, o referido ministro, que a necessidade do trânsito em julgado para o início da execução da pena “contribuiu significativamente para agravar o descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade” já que essa tem conduzido massivamente à prescrição da pretensão punitiva ou ao transcurso de grande lapso temporal entre a prática do

⁴⁸² STRECK, Lenio. *Dicionário de Hermenêutica*. 2ª ed. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2020, p. 139.

crime e a punição. Arrematou dizendo que “um sistema de justiça desmoralizado não serve ao Judiciário, à sociedade, aos réus e tampouco aos advogados”. Caberia questionar ao eminente ministro que efeitos tem sobre a sociedade uma *Constituição desmoralizada*, cujo texto é completamente ignorado em prol de qualquer argumento estatístico, moral ou de política criminal. Uma Constituição que não é capaz de gerar segurança jurídica ou de garantir qualquer direito, pois, se a próxima pesquisa publicada pela imprensa indicar – ou se essa for a interpretação de alguns sobre os números – que precisamos prender mais, ou quiçá torturar mais ou matar mais, a Suprema Corte estará sempre disposta a ignorar a Constituição e decidir de acordo com as tendências do momento.

Necessário frisar, ademais, que não cabe ao Supremo Tribunal Federal fazer política criminal. A implementação de políticas criminais – bem como de políticas públicas como um todo – é função do Poder Executivo, instrumentalizado por atos normativos aprovados pelo Poder Legislativo, sendo possível apenas o controle, em determinados casos, pelo Poder Judiciário. Resta evidente, portanto, que não pode o Judiciário ignorar uma garantia expressamente prevista no texto constitucional com base em argumentos de política criminal. Ainda que se acredite que o aparato punitivo estatal pudesse ser mais efetivo sem algumas das garantias previstas no texto constitucional, é função precípua da Suprema Corte zelar pela Constituição e não decidir o que será melhor par ao país *independentemente* da Constituição.

No ano de 2019, o próprio Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43, 44 e 54, mudou novamente o seu entendimento e decidiu, por maioria, que o cumprimento da pena deve começar após esgotamento de todos os recursos. Os ministros vencidos mantiveram, em essência, a linha argumentativa dos votos proferidos em 2016, enquanto os que sustentaram a posição majoritária defenderam a literalidade da previsão constitucional.

Entretanto, mesmo antes de fixada essa nova orientação pelo STF – ou seja, entre os anos de 2016 e 2019, foram prolatadas decisões por ministros da própria Suprema Corte sustentando a presunção de inocência. Exemplo disso é o *decisum* proferido pelo ministro Celso de Mello no HC nº 135.100/MG, concedendo liminar para suspender a execução do mandado de prisão expedido contra o réu, condenado em segundo grau, com base no princípio da presunção de inocência. Afirmou o ministro que o acórdão do Tribunal de Justiça local “parece haver transgredido postulado essencial à configuração do processo penal democrático, ao inverter a fórmula da liberdade, que se expressa na presunção constitucional de inocência (CF, art. 5º, inciso LVII), degradando-a à inaceitável condição de presunção de culpabilidade”. Asseverou, ainda, que o entendimento exposto pelo plenário do STF no

julgamento do HC nº 126292 foi proferido em processo de perfil eminentemente subjetivo, não se revestindo de eficácia vinculante.

Os fundamentos então invocados pelo ministro Celso de Mello estavam em harmonia com a garantia de presunção de inocência prevista na Constituição. Entretanto, é necessário referir que, do ponto de vista conceitual, quando as garantias não são aplicadas igualmente para todos os cidadãos elas perdem o seu caráter de garantias, justamente porque muitos indivíduos não terão acesso a elas, o que retira destas o caráter de certeza, necessário à sua configuração. As garantias acabam se convertendo, assim, em privilégios, os quais colaboram para a manutenção e até mesmo para o agravamento das desigualdades sociais, especialmente tendo em vista o estigma deixado pelo cárcere e as suas consequências sociais, como será visto a seguir.

6.4. O estigma na reprodução da desigualdade: as consequências sociais do cárcere

Inicialmente, cabe ressaltar que o sistema penal de uma determinada sociedade não está ligado apenas ao controle da criminalidade. Vários outros interesses podem influenciar diretamente nas práticas penais, como, por exemplo, a escassez ou abundância de mão de obra. As instituições de controle social visam a dissuadir os desempregados – que, perante a fome e as necessidades, se mostram mais propensos a cometer delitos – através de penas severas. Por outro lado, em uma sociedade onde os trabalhadores são escassos, a execução penal terá uma função diversa, pois não se trata apenas de impedir que as massas sufocadas pela fome satisfaçam suas necessidades mais elementares. Assim, a execução penal pode se limitar a obrigar os mais resistentes ao trabalho e a ensinar “delinquentes” que devem se contentar com o salário que recebe um “trabalhador honrado”⁴⁸³.

Como lembra Loïc Wacquant, a “penalidade neoliberal apresenta o seguinte paradoxo: pretende remediar com um ‘mais Estado’ policial e penitenciário o ‘menos Estado’ econômico e social que é a própria causa da escalada generalizada da insegurança objetiva e subjetiva em todos os países”. Esse modelo de sistema punitivo é ainda mais sedutor e mais nefasto quando aplicado em países marcados por fortes desigualdades de oportunidades e de condições de vida, bem como pela fragilidade de suas instituições democráticas, sendo,

⁴⁸³ NEDER, Gizlene. Discurso jurídico e ordem burguesa no Brasil. 2. ed. Niterói: Eduff, 2012, p. 73.

portanto, muito menos capazes de lidar adequadamente com as transformações da economia, dos mercados de trabalho e com os diversos problemas sociais por essas causados.⁴⁸⁴

Desse modo, aliamos, em nosso país, uma sociedade extremamente desigual, com um sistema penal que pretende suprir a ausência do Estado na área social, e um sistema constitucional garantista, que deveria assegurar – na seara penal – uma série de direitos a todos os réus e acusados. É evidente que essas duas facetas de nossa sociedade possuem lógicas completamente incompatíveis, sendo essa uma das principais razões para as diferenças no tratamento recebido pelos indivíduos criminalizados no Brasil. Alguns tem acesso a um processo de cunho verdadeiramente garantista, com o contraditório, a ampla defesa, o ônus probatório da acusação, etc., enquanto sobre outros recai o peso do aparato punitivo estatal, cada vez mais forte em razão da pífia atuação no Estado em outras áreas.

Além disso, o fato de haver, na prática, uma significativa diferença no tratamento recebido por cada indivíduo ao se deparar com o aparato punitivo estatal, de acordo com a classe social a que pertence, é um fator que colabora com a manutenção – ou até com o agravamento – da desigualdade social existente em nosso país. Isso se deve ao fato de que a simples passagem do indivíduo pelo sistema carcerário marca sua vida para sempre, diminuindo sobremaneira qualquer possibilidade de ascensão social. Ou seja, uma pessoa pobre, que ordinariamente já teria menos oportunidades, ao passar pelo sistema prisional vê serem praticamente eliminadas suas possibilidades de crescimento profissional, além de um sem-número de outras dificuldades criadas pelo estigma do cárcere.

Não é outra a razão da existência do projeto *Começar de Novo*, do Conselho Nacional de Justiça, que busca a criação de vagas de trabalho para ex-detentos, para que estes não voltem a delinquir⁴⁸⁵. Estudos mostram que o índice de reincidência no Brasil é de cerca de 40%, ainda que existam variações importantes a depender dos critérios adotados, tanto em relação ao período quanto à própria definição de reincidência⁴⁸⁶.

⁴⁸⁴ WACQUANT, Loïc. As prisões da miséria. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001, p. 7.

⁴⁸⁵ Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/comecar-de-novo/>>, acesso em 11/05/2025. Frise-se que esses dados variam significativamente de acordo com os critérios adotados em cada pesquisa realizada.

⁴⁸⁶ Um relatório divulgado pelo Departamento Penitenciário Nacional informa que “Se temos confiança que um interno saiu do sistema, a chance de qualquer movimentação em datas futuras do mesmo interno ser uma reincidência é extremamente elevada. Segundo essa definição, 37,6% dos egressos reincidem em até 5 anos. É importante notar que a definição 2 captura bem reincidência para os estados que possuem dados de boa qualidade, isto é, estados que possuem pouco erro na classificação de saídas por ordem judicial, progressão e fuga. A medida 2 é portanto nossa medida de referência, a que acreditamos mais fielmente refletir o fenômeno da reincidência entre os egressos do sistema prisional brasileiro. Nossos resultados revelam que no período de 2010 a 2021 42,5% dos indivíduos que deixam uma unidade de detenção voltam a ser presos. A reincidência se dá principalmente no primeiro ano, quando 23,1% desses egressos reincide”. Disponível em <

Wacquant alerta para os custos financeiros, sociais e humanos astronômicos do aprisionamento da miséria. Ainda que a curto prazo o aumento substancial da população carcerária possa reduzir artificialmente o índice de desemprego, omitindo das estatísticas uma significativa reserva de pessoas em busca de emprego, “a médio e a longo prazo, só pode agravá-lo ao tornar mais dificilmente empregáveis – até mesmo inempregáveis num mercado de trabalho desqualificado bastante concorrido – aqueles que estiveram presos”. Ademais, é necessário lembrar dos efeitos do encarceramento sobre as populações das localidades mais diretamente colocadas sob a tutela penal, como a estigmatização, prejuízo a estratégias escolares e profissionais, desestabilização de famílias, e, ainda, o surgimento, nas comunidades onde a prisão se banaliza, de “uma ‘cultura de resistência’, até mesmo de desafio, à autoridade, e todo o cortejo das patologias, dos sofrimentos e das violências (inter)pessoais comumente associadas à passagem pela instituição carcerária”.⁴⁸⁷

Sobre a questão do estigma de determinados grupos de indivíduos, como os ex-presidiários, Goffman esclarece que não apenas os estigmatizados sofrem os efeitos da marca carregada, mas também aqueles que vivem ao seu redor:

Um segundo tipo de pessoa "informada" é o indivíduo que se relaciona com um indivíduo estigmatizado através da estrutura social - uma relação que leva a sociedade mais ampla a considerar ambos como uma só pessoa. Assim, a mulher fiel do paciente mental, a filha do ex-presidiário, o pai do aleijado, o amigo do cego, a família do carrasco, todos estão obrigados a compartilhar um pouco o descrédito do estigmatizado com o qual eles se relacionam⁴⁸⁸.

E cita, ainda, o mencionado autor, um trecho de uma carta enviada a um jornal norte-americano, descrevendo a situação de uma criança de 12 anos que foi excluída de toda atividade social porque seu pai era um ex-presidiário. A menina relatou que tentava ser amável e simpática com todo mundo, mas o preconceito era mais forte: “Minhas colegas de escola me disseram que suas mães não querem que elas andem comigo, pois isso não seria bom para a sua reputação. Os jornais fizeram publicidade negativa de meu pai e apesar de ele ter cumprido sua pena ninguém esquecerá do fato⁴⁸⁹.

<https://www.gov.br/senappen/pt-br/assuntos/noticias/deten-divulga-relatorio-previo-de-estudo-inedito-sobre-reincidencia-criminal-no-brasil/reincidencia-criminal-no-brasil-2022.pdf> acesso em 11/05/2025.

⁴⁸⁷ WACQUANT, Loïc. As prisões da miséria. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001, p. 143.

⁴⁸⁸ GOFFMAN, Erving. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. 4. ed. São Paulo: LTC, 1989, p. 28.

⁴⁸⁹ GOFFMAN, Erving. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. 4. ed. São Paulo: LTC, 1989, p. 29.

A marca deixada pelo cárcere no indivíduo é algo tão profundo, com tantas implicações, especialmente no seu relacionamento social, que é comum que ex-detentos tentem ocultar esse aspecto de seu passado. De fato, são raras as situações em que o fato de já ter estado internado no sistema prisional pode beneficiar uma pessoa ou, mesmo, ser admitido por outras pessoas sem maiores implicações para o ex-presidiário. Por outro lado, o encobrimento do fato quase sempre trará consequências positivas, tendo em vista o preconceito quase generalizado que existe contra os ex-dententos, não só no Brasil, mas na maior parte das sociedades.

Goffman lembra que, devido às gratificações trazidas pelo fato de estar em uma situação considerada normal – ou seja, livre de um estigma social –, quase todos os que estão numa posição em que o encobrimento é necessário, tentarão fazê-lo em algum momento. Além disso, o estigma do indivíduo pode estar relacionado a questões que não convém divulgar a estranhos. Um ex-presidiário só pode revelar amplamente o seu estigma contando a outras pessoas fatos pessoais que vão além do que a maior parte das relações realmente justifica. Assim, “um conflito entre a sinceridade e o decoro será, quase sempre, resolvido em favor desse último”⁴⁹⁰.

No contexto francês, por exemplo, Adeline Hazan ressalta que, apesar de certos avanços consagrados na lei, e em particular na lei penitenciária de 2009, os objetivos declarados de ressocialização, trabalho, reinserção, manutenção dos laços familiares, expressão coletiva dos presos, preparação para a saída, ou seja, fortalecimento dos laços entre os detentos e o mundo exterior estão longe de ser alcançados⁴⁹¹.

Entretanto, os dados trazidos por Hazan demonstram que a situação das prisões francesas, apesar de justificarem as críticas apresentadas, estão muito distantes do que encontramos no Brasil. Cite-se, nesse sentido, o seguinte trecho:

Mas em qualquer caso podemos (e devemos) falar de fracasso. Fracasso quanto à superlotação carcerária que compromete toda a questão prisional. Em 1º de abril de

⁴⁹⁰ GOFFMAN, Erving. *Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada*. 4. ed. São Paulo: LTC, 1989, p. 66.

⁴⁹¹ HAZAN, Adeline. Préface. In FOUCARD, Isabelle; LORENZINI, Daniele. *Sociétés carcérales. Relecture(s) de Surveiller et punir*. Paris: Mare & Martin, 2017. Hazan afirma, ainda, que os poderes públicos parecem ter tomado conhecimento desta situação, mas não conseguem dar respostas satisfatórias, embora a aprovação da lei de 15 de agosto de 2014, cujas disposições podem reduzir o número de internamentos, deva ser bem-vinda. Ela enfatiza, todavia, que mesmo alguns anos após sua promulgação essa lei ainda não havia tido os efeitos esperados: “Cette situation, les pouvoirs publics semblent en avoir pris conscience mais ils sont incapables d'y apporter des réponses satisfaisantes, même s'il faut saluer l'adoption de la loi du 15 août 2014 dont certaines dispositions sont de nature à faire baisser le nombre d'entrées en prison. Mais cette loi n'a toujours pas eu trois ans après sa promulgation, les effets escomptés”.

2017, havia 70.230 pessoas detidas — um recorde sem precedentes — em 58.670 vagas. 1.883 presos dormiam em colchões no chão. Esta situação é inaceitável. Constitui tratamento desumano e degradante, na acepção do artigo 3º da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. No conjunto dos centros de detenção, a taxa de superlotação das prisões é de 137%. Alguns estabelecimentos, como os de Fresnes ou Fleury-Mérogis, estão atingindo taxas recordes de 200%! Os prisioneiros coabitam em três ou quatro em celas de dois, ou cinco ou seis em celas de três, e colchões são colocados no chão⁴⁹².

De acordo com uma reportagem da *Radio France*, em junho de 2025 essa situação permanecia praticamente inalterada. Os estabelecimentos prisionais franceses tinham, no mês indicado, 84.500 presos para apenas 62.566 vagas operacionais, o que representa uma densidade prisional média de 135%. Esse número chegou a ultrapassar 200% em 22 prisões. Além disso, esses estabelecimentos, muitas vezes mal conservados e inadequados para as mudanças climáticas, são lugares muito quentes, especialmente tendo em vista as ondas de calor e a superlotação⁴⁹³.

Já no Brasil, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, ao julgar a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 347 no ano de 2023, o estado de coisas inconstitucional de nosso sistema carcerário. De uma “informação à sociedade” publicada pelo próprio STF, consta que, entre os fatos que exemplificam o tratamento desumano dado aos presos, estão “celas superlotadas e imundas, falta de água e de materiais de higiene básicos, proliferação de doenças, mulheres dando à luz nas próprias penitenciárias, agressões e estupros, bem como a ausência de oportunidades de estudo e trabalho”. Há, ainda, nesse mesmo documento, uma síntese do resultado do julgamento, informando que, por unanimidade dos votos, o Plenário do STF reconheceu a existência de um cenário de violação massiva de direitos fundamentais no sistema prisional brasileiro, em que “são negados aos presos, por exemplo, os direitos à integridade física, alimentação, higiene, saúde, estudo e

⁴⁹² HAZAN, Adeline. Préface. In FOUCARD, Isabelle; LORENZINI, Daniele. Sociétés carcérales. Relecture(s) de Surveiller et punir. Paris: Mare & Martin, 2017. No original: “Mais en tout cas on peut (on doit) parler d'échec. Échec en ce qui concerne la surpopulation carcérale qui mine l'ensemble de la question pénitentiaire. Au 1 avril 2017, on comptait 70 230 personnes détenues - un record sans précédent - pour 58 670 places. 1 883 détenus dormaient sur des matelas par terre. Cette situation est inadmissible. Elle constitue un traitement inhumain et dégradant au sens de l'article 3 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Dans l'ensemble des maisons d'arrêt, le taux de surpopulation carcérale est de 137 %. Certains établissements, tels que ceux de Fresnes ou Fleury-Mérogis, atteignent des taux record de 200 % ! Les détenus cohabitent à trois ou quatre dans des cellules de deux, ou cinq ou six dans des cellules de trois, et on rajoute des matelas au sol”.

⁴⁹³ Disponível em <<https://www.radiofrance.fr/franceinter/podcasts/l-info-de-france-inter/l-info-de-france-inter-9474903>>, acesso em 13/07/2025.

trabalho. Afirmou-se que a atual situação das prisões compromete a capacidade do sistema de cumprir os fins de garantir a segurança pública e ressocializar os presos”⁴⁹⁴.

Durante o julgamento, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a incapacidade de nosso sistema prisional de ressocializar os presos ou mesmo de oferecer condições mínimas de dignidade ou segurança a esses, citando um dos maiores problemas do quadro atual de nossas penitenciárias. Como a integridade dos presos não é garantida, esses são frequentemente forçados a se associar a organizações criminosas – que atualmente controlam, em alguma medida, grande parte dos presídios do Brasil. Ou seja, não apenas a pena de prisão não auxilia na ressocialização, deixando um estigma social quase que insuperável, como também conduz os indivíduos presos a uma maior marginalização, já que se veem obrigados a comprometerem-se com organizações criminosas para que consigam garantir minimamente a sua segurança. Nesse sentido vai o seguinte trecho do voto do ministro Luís Roberto Barroso:

Portanto, o estado de coisas unconstitutional dos presídios conduz ao agravamento da situação da segurança pública fora do sistema prisional, quer porque os delitos passam a ser operados de dentro do cárcere, quer porque se devolvem à sociedade cidadãos que se sujeitaram por anos às condições mais aviltantes e que muitas vezes são forçados a se associar a organizações criminosas. Como o sistema não possui a capacidade de ressocializar o preso, ao contrário, presta-se a incrementar sua potencialidade delitiva, os índices de reincidência são elevados [24]. A dificuldade de voltar ao mercado de trabalho e de construir uma vida digna empurra os egressos do sistema de volta para a criminalidade. Há, portanto, um círculo vicioso: quanto pior é o sistema carcerário, maior é a criminalidade, maior é a falta de segurança pública, maior é a reincidência e, consequentemente, maior é a demanda de retorno ao cárcere. Em tais condições, o sistema prisional brasileiro é parte do problema da segurança pública – não é a sua solução (arts. 1º, 5º e 144, CF)⁴⁹⁵.

Assim sendo, se o sistema penal favorece a internação dos indivíduos de uma determinada classe social nas prisões, certamente esse segmento da sociedade terá maiores dificuldades em alcançar uma condição econômica mais favorável – não apenas aquelas pessoas que passaram diretamente pelo sistema carcerário, mas também o grupo de indivíduos que os rodeia, como anteriormente exposto. Gera-se, desse modo, um ciclo vicioso, onde aqueles que não possuem recursos financeiros tendem a ser os criminalizados, os selecionados pelo sistema penal, e a marca gerada por essa seleção colabora de forma decisiva para que continuem socialmente excluídos.

⁴⁹⁴ Disponível em <https://stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADPF347InformaosociedadeF11.pdf>, acesso em 14/05/2025.

⁴⁹⁵ Disponível em <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4783560>, acesso em 14/05/2025.

Percebe-se, portanto, que – por mais paradoxal que possa parecer, já que os próprios garantistas defendem que muitos dos problemas combatidos através Direito Penal só podem ser resolvidos com uma maior justiça social – o garantismo penal, em nosso país, ajuda a perpetuar as desigualdades econômicas e sociais, pois, na prática, não se aplica a todos. Isso se dá justamente porque, como anteriormente explicado, ao não serem as garantias constitucionais asseguradas a todos os cidadãos, perde-se o seu caráter de certeza e, desse modo, os direitos fundamentais (especialmente no que tange ao direito penal) acabam funcionando como uma espécie de privilégio ao qual apenas parte da população tem acesso “garantido”. Fica claro, desse modo, que o garantismo inclui-se na longa linha de teorias e ideologias, importadas pelos pensadores nacionais, mas que aqui adquiriram um novo significado, colaborando mais para a manutenção das estruturas fundamentais de nossa sociedade do que para a sua transformação.

É claro que este quadro, em nosso país, extrapola os limites do Direito Penal. Situação semelhante ocorre em relação a diversos outros direitos constitucionalmente previstos, que só possuem ampla eficácia para aqueles que podem se valer do poder judiciário, especialmente quando representados por advogados de notória competência. Cite-se, apenas como exemplo, os processos referentes à desocupação da localidade conhecida como “Pinheirinho”, bem como a própria operação de retirada dos moradores da área, narrada pelo Defensor Público Jairo Salvador durante audiência pública⁴⁹⁶. Todavia, é em relação ao Direito Penal que as consequências dessas disparidades são mais preocupantes, justamente em função do estigma deixado pelo cárcere na vida dos cidadãos que, além de importantes repercussões psicológicas, acaba colaborando com a perpetuação das diferenças econômicas, já que dificulta ainda mais a ascensão social dos indivíduos criminalizados e daqueles que os rodeiam.

⁴⁹⁶ Vídeo disponível em <http://www.youtube.com/watch?v=rqpe6zJH9Tk>, acesso em 06/04/2023.

7. CONCLUSÃO

Compreender o autoritarismo em um contexto de crise da modernidade pressupõe compreender a própria modernidade – ou, pelo menos, alguns de seus aspectos principais. Por isso, em um trabalho como o aqui realizado, é fundamental dar um passo atrás e iniciar a análise com um estudo de elementos fundamentais para este período. A democracia e o pensamento racional se tornam, portanto, objetos centrais de reflexão, já que constituem legados da antiguidade clássica que foram extremamente importantes no desenvolvimento de dinâmicas da modernidade e que, nesse momento, apresentam sérias fissuras. O enfraquecimento da democracia evidencia-se pelo crescimento do populismo em várias partes do mundo. Ao mesmo tempo, a adesão cada vez maior ao discurso anticientífico e a teorias da conspiração demonstram que o pensamento racional também foi recolocado em questão.

Democracia e pensamento racional estão simbolicamente reunidos na obra de Heródoto, conhecido como o pai da história. De fato, é impossível compreender a contribuição grega para a modernidade sem entender o processo de desenvolvimento do pensamento racional. Esse é, sem dúvida, também um processo de criação de uma explicação para o mundo. Mesmo que já existisse, por assim dizer, uma ordem anterior – o pensamento mítico – é inegável que o legado grego alcançou o status que tem entre nós justamente porque estabeleceu uma nova forma de explicar o real, que lançou as bases para todo o desenvolvimento subsequente do pensamento humano. Essa herança que recebemos dos antigos gregos constituiu o fundamento de toda a construção do pensamento ocidental e do avanço científico posterior. Mas é preciso lembrar que o pensamento racional é, enquanto uma explicação do mundo, um sistema que coloca ordem no caos formado pela a multiplicidade de acontecimentos que vivenciamos. Foi esse sistema que acabou por culminar na racionalidade moderna. É, por isso, fundamental sublinhar que a crise da modernidade – ou, o que consideramos ser uma expressão equivalente, a crise do Estado – não é apenas uma crise dos aspectos de nossa sociedade que surgiram durante a modernidade, mas sim uma crise profunda e ampla.

Vê-se, assim, que falar em *crise* da modernidade implica também questionar se esse processo é verdadeiramente uma crise. Esse conceito remete, geralmente, a algo momentâneo, a uma questão pontual ou a uma mudança súbita de uma situação. Ainda que, do ponto de

vista histórico, a ideia de algo pontual possa ter uma duração muito diferente do que, por exemplo, quando se pensa na vida de um ser humano, é necessário refletir sobre as características dessa alegada crise. Não seria ela já um novo momento, caracterizado pela instabilidade? O contexto que assistimos atualmente em nível mundial remete, de fato, a uma concepção de caos, que pressupõe que os elementos das estruturas sociais estão em ressignificação constante, desde suas bases. Percebe-se, portanto, que a ideia de crise, com as limitações da sua inerente contingência, é de difícil sustentação, no plano conceitual, quando buscamos explicar uma realidade global de eventos cada vez mais fortes, contínuos e inter-relacionados. Essa é a principal razão pela qual não podemos concordar com abordagens que enxergam em alguns movimentos erráticos de importantes líderes mundiais o fim da globalização ou um retorno ao modelo clássico dos Estados Nacionais. Quando abrimos mão de uma visão que tenta buscar, a qualquer custo, a afirmação de uma crise no cenário atual e trabalhamos com a ideia de caos, percebemos que esse tipo de movimento é esperado, ainda que seus traços precisos sejam extremamente difíceis de prever. Todavia, mesmo entendendo que a noção de caos se adéqua melhor para descrever a realidade atual do que a ideia de crise, é inegável que a consagração doutrinária desta última torna mais simples a compreensão e o debate dos temas propostos.

Há diversas linhas de pensadores que trabalham dentro de uma perspectiva de crise da modernidade e de crise do Estado moderno. A primeira delas é a dos autores que sustentam estarmos vivendo em um contexto que pode ser caracterizado como uma pós-modernidade. Essa pressupõe uma série de crises de valores que foram fundamentais durante a modernidade, como a crise da soberania e a crise de representação. Outros, mesmo sem negar a maior parte dos conceitos utilizados pelos pós-modernos, compreendem que aspectos como o inchaço dos volumes de capital em circulação no planeta, as aglomerações urbanas e suas gigantescas metrópoles e a troca constante e globalizada de informações em tempo real demonstram que não presenciamos a superação da modernidade, mas, pelo contrário, a sua exacerbação, em um contexto que pode ser chamado de hipermodernidade. Entendemos, de fato, que a melhor descrição do período em que vivemos nos é dada por Jean Baudrillard que, mesmo sendo geralmente caracterizado como um pós-moderno, possui concepções que podem ser associadas à ideia de hipermodernidade, já que se referem à exacerbação de uma das características marcantes da modernidade, que é o consumo.

Baudrillard explica que o problema fundamental da fase atual do capitalismo reside na contradição entre a produtividade virtualmente ilimitada e a necessidade de comercializar os produtos. Torna-se vital para o sistema, portanto, o controle não apenas do aparelho de

produção, mas também da procura do consumidor. Isso não significa, todavia, que as necessidades são o resultado da produção, mas sim que o sistema das necessidades é o produto do sistema de produção. Em outras palavras, não há uma produção individual das necessidades em relação aos respectivos objetos, mas sim a geração de uma força de consumo. As necessidades como sistema são muito diferentes da fruição e da satisfação, já que não se referem à relação de um indivíduo com um objeto, mas, ao contrário, são produzidas como elementos do sistema. Mas, o que poderia, inicialmente, ser considerado como a marca dessa era do consumo – a organização generalizada de um sistema de signs –, acabou por se desfazer. O consumo atingiu uma dimensão tal que chegou, mesmo, a perder o seu caráter simbólico, não por uma falta de importância, mas, ao contrário, por ter ocupado o espaço da própria realidade.

Permitimo-nos repetir a fórmula já anteriormente enunciada. Consumir deixou de ser apenas adquirir ou utilizar algo. Consumir tornou-se comunicar algo e, em última análise, confundiu-se com ser algo. Mas a simulação que começou com o consumo tomou proporções muito maiores. A hiper-realidade, que é como o próprio Baudrillard classifica a sociedade atual, é o novo mundo em que vivemos. O que ele não pôde prever, entretanto, é que as redes sociais se tornariam a sua forma mais clara. Assim, o descolamento da realidade (ou substituição da realidade) nas redes sociais seria, na verdade, a concretização da simulação descrita pelo sociólogo francês. Há, evidentemente, uma certa ironia em falarmos em concretização quando nos referimos ao mundo virtual. Mas é justamente a construção de uma outra realidade que é, ao mesmo tempo, inteiramente digital, mas que pode ser mais real do que os elementos tangíveis de nossa vida, que simboliza perfeitamente a substituição da realidade concebida por Baudrillard – é, portanto, um elemento que traz concretude para uma concepção que, para muitos, é demasiadamente abstrata. É, ao mesmo tempo, uma espécie de desvelamento da simulação que, paradoxalmente, ao invés de eliminá-la, apenas a fortalece.

É nesse caos hipermoderno e hiper-real que vivemos e, evidentemente, o direito não está alheio a isso. Os fenômenos jurídicos e as correntes interpretativas que obtém maior ou menor aceitação dependem diretamente do contexto sociológico em que surgem e se desenvolvem. Dependem também, é claro, das tradições de cada país e de quanto essas tradições estão ligadas aos processos de decisão adotados. Portanto, quando pensamos no cenário jurídico brasileiro e percebemos nesse os reflexos de nossa tradição autoritária, precisamos buscar explicações através desses parâmetros. Primeiramente, a historiografia brasileira nos revela uma tradição de transplantes institucionais que são utilizados como forma de legitimação no contexto nacional. Ao longo de nossa história, um sem-número de

conceitos foram transplantados de países em estágios de desenvolvimento econômico e social completamente diversos e aqui reproduzidos, sem qualquer preocupação com a aplicabilidade dos mesmos à nossa realidade social. Esse processo se deu em razão da necessidade de legitimação de nossas instituições e não em virtude de uma verdadeira preocupação em modificar nossas estruturas sociais. Assim, grande parte das teorias para cá trazidas serviu não como ferramenta de transformação de nossa sociedade, mas, paradoxalmente, como instrumento de manutenção do status quo local, legitimando as estruturas sociais vigentes.

É relevante repisar, nesse ponto, que não há nenhuma intenção de reproduzir os conceitos de transplantes legais e institucionais enunciados por alguns autores que aproximam demasiadamente a expressão de sua literalidade. Em outras palavras, a referência feita a transplantes institucionais não tem por objetivo afirmar que esses conceitos funcionam no Brasil como em seus países de origem. Nesse sentido, pode-se afirmar, inclusive, que não existem verdadeiros transplantes legais ou institucionais, pois em qualquer tipo de importação de conceitos sempre existirá um processo de adaptação às condições do país que recebe aquela norma ou aquela instituição. O que diferencia, portanto, a tradição brasileira de importação de conceitos de qualquer outro transplante institucional é justamente o intuito e a extensão das transformações das ideias em questão. Grande parte dos conceitos transplantados para o Brasil ao longo de nossa história não foram aqui adotados com a intenção de que, ainda que com as adaptações necessárias, pudessem funcionar de maneira análoga ao modelo que serviu de inspiração. Ao contrário, eles foram profundamente transformados – sendo, por vezes, descaracterizados completamente – para que pudessem servir ao seu propósito legitimatório.

Necessário, portanto, questionar: isso acontece no direito? Em caso positivo, quais conceitos foram transplantados para o território brasileiro buscando legitimar essa tradição autoritária no Poder Judiciário? Sim, o direito também conta com essas importações e os dois principais fenômenos jurídicos que, atualmente, são utilizados para legitimar a tradição autoritária brasileira e suas manifestações dentro do Poder Judiciário são o ativismo judicial e a práxis do garantismo penal.

A explicação para serem esses os dois fenômenos que ganharam relevância no Brasil está justamente no contexto mundial acima referido. Primeiramente, o ativismo judicial ganhou força em várias partes do mundo quando do relativo fortalecimento do Poder Judiciário devido, entre outros fatores, à crise de representação, que fragilizou o laime existente entre os cidadãos e os representantes eleitos. Vale frisar que esse contexto favoreceu tanto a judicialização da política, com o aumento de questões decididas pelo Poder Judiciário,

quanto o ativismo judicial, justificado por muitos como uma tentativa de superação do positivismo jurídico. Por seu turno, o garantismo é uma das teorias que sustenta uma defesa consistente dos direitos humanos/fundamentais⁴⁹⁷, em um processo de fortalecimento intimamente ligado à crise da soberania que, especialmente em relação aos direitos humanos, ganhou grande relevo após a Segunda Guerra Mundial. Assim sendo, esses eram conceitos conhecidos em vários países, que poderiam ser invocados no Brasil – e foram – para justificar diversas condutas. Isso esclarece a razão desses fenômenos terem sido transplantados para o território brasileiro, mas não fornece, ainda, a explicação de como eles passaram a funcionar aqui.

Na verdade, o ativismo judicial e o garantismo penal operam de forma conjunta no Brasil. É através de posturas ativistas – ou seja, de juízes que julgam de acordo com suas convicções pessoais – que decisões autoritárias são proferidas e fundamentadas. É evidente, contudo, que a maior parte das decisões não é abertamente fundamentada em argumentos morais. Há quase sempre uma “roupagem jurídica” no que é apresentado. São utilizados excertos doutrinários, retirados das obras de grandes autores, para servir como fundamento, sem qualquer preocupação com a coerência entre aquilo que está sendo decidido e o pensamento do autor utilizado. Ou, o que é mais comum, é feita uma ponderação de valores constitucionais supostamente envolvidos – sendo que quem “escolhe” os princípios em aparente conflito é, evidentemente, o magistrado – sem o necessário cuidado metodológico para a realização de uma verdadeira ponderação entre princípios. Em último caso, apela-se para um princípio com alto grau de abstração, capaz de se adaptar a qualquer decisão.

O ativismo judicial é defendido por muitos também como uma forma de atenuação da inércia dos outros poderes. Em um país onde a visão geral da população sobre o Poder Legislativo é bastante negativa, decisões de juízes que excedem os limites semânticos dos textos normativos podem não ser vistas, por muitos, como algo ruim. Ademais, não se pode duvidar que há, em muitos juízes que adotam essa postura, a vontade de resolver problemas existentes em nossa sociedade. Nem por isso, contudo, sua atuação deixa de ser autoritária. Ora, a função pública – como a do magistrado – está estruturada para funcionar dentro de um determinado número de competências. Excedê-las implica ferir a coisa pública e vai em sentido contrário à lógica que justifica a própria existência do cargo. Repise-se, portanto, que

⁴⁹⁷ Mesmo que o garantismo de Ferrajoli sustente a positivação dos direitos no âmbito interno de cada país – e, portanto, esteja mais claramente ligado à defesa dos direitos fundamentais do que com uma lógica de proteção internacional de direitos – não há dúvida de que a centralidade da discussão dos direitos humanos colocou em evidência diversas posições de defesa de direitos fundamentais.

não há discricionariedade na função do juiz. Cabe a este, sim, decidir de acordo com aquilo que o ordenamento jurídico determina para cada caso. O magistrado que decide com base em critérios morais, ainda que dê uma aparência jurídica à sua decisão, está criando a sua própria lei e subvertendo o ordenamento constitucional que tem por obrigação cumprir.

Isso só acontece, sem dúvida, em razão da ausência de uma teoria da decisão judicial ou de quaisquer parâmetros que possam garantir a coerência e a integridade do direito. Do mesmo modo, essas são as razões que possibilitam uma aplicação profundamente contraditória do garantismo penal no Brasil. Princípios do garantismo enunciados por Ferrajoli ou por outros célebres autores dessa linha são utilizados para fundamentar a absolvição em processos envolvendo acusados com alto poder aquisitivo ou oriundos de segmentos sociais específicos, enquanto esses mesmos princípios são completamente ignorados quando se tratam de outros réus, que não podem arcar com uma defesa consistente nos tribunais. Frise-se, portanto, que a crítica realizada no presente trabalho não é direcionada à produção teórica construída dentro dessa linha de pensamento, mas sim à transposição desta à realidade brasileira sem a devida consideração das especificidades de nosso desenvolvimento sociocultural e das diferenças materiais existentes entre o Brasil e os países nos quais a teoria foi produzida e consolidada. Isso faz com que os princípios do garantismo penal sirvam, aqui, frequentemente, para justificar racionalmente a impunidade de uma pequena parcela da população, em vez de garantir a todos a efetivação de seus direitos constitucionalmente previstos.

Assim, apesar de existirem diversos dispositivos em nossa Constituição que garantem um sistema penal de modelo garantista, conceitualmente, não podemos dizer que existam realmente garantias em nosso direito penal, já que, não sendo de fato assegurados para todos os cidadãos, os direitos constitucionalmente previstos perdem o seu caráter de certeza, necessário à configuração de qualquer garantia. Justamente por não serem garantidos a todos os cidadãos, independentemente de seu círculo social, os direitos previstos na Constituição em matéria penal funcionam como uma espécie de privilégios, servindo, contradiatoriamente, para perpetuar as mesmas estruturas sociais e a desigualdade econômica, já que favorecem a internação no sistema carcerário dos indivíduos dos setores menos favorecidos da população, sendo que o estigma deixado pelo cárcere faz com que estes cidadãos, bem como o grupo de indivíduos que os rodeia, tenha ainda menores chances de ascender socialmente.

Desse modo, é importante sublinhar que não se está aqui a defender um enrijecimento no sistema penal brasileiro, até porque, como mencionado anteriormente, a

diminuição da violência passa necessariamente por medidas no sentido de uma maior justiça social. O que deve ser ressaltado é que a forma como o garantismo penal é aplicado no Brasil contribui para a manutenção das mesmas estruturas sociais. Mas, mais do que isso, a aplicação seletiva dos princípios do garantismo penal ajuda, mesmo, a aumentar a desigualdade, já que a marca de já ter passado pelo sistema carcerário, o estigma de ex-presidiário, pesará com maior frequência sobre os mais pobres, o que colaborará para que estes estejam sempre à margem da sociedade. Segundo o mesmo raciocínio, há que se perceber que – se a violência está ligada à desigualdade social e, ainda, se a forma como são aplicados os princípios garantistas em nosso país colabora para a legitimação e manutenção desta desigualdade –, obviamente, a práxis do garantismo penal no Brasil contribui para a perpetuação da própria violência. Em suma, ao não serem de fato garantidos os direitos constitucionalmente previstos de maneira uniforme a todos os cidadãos, não apenas os princípios sobre os quais se estrutura o garantismo penal perdem o seu valor, como a sua aplicação distorcida acaba colaborando para conservar aquelas características da sociedade contra as quais estão voltadas as principais críticas dos autores que trabalham nessa linha.

Mesmo depois de compreendidas as razões das importações de conceitos, bem como os motivos de serem o ativismo judicial e o garantismo penal algumas das ideias que ganharam maior relevância, nas últimas décadas, no cenário jurídico brasileiro, precisamos lembrar, ainda, de como opera essa racionalidade no interior das instituições. Partiu-se, portanto, da noção de poder relacional em Foucault, no sentido de que não existe *o poder*, mas apenas relações de poder. Há, entretanto, estruturas de caráter permanente sobre as quais se desenvolvem essas relações, como, por exemplo, o Poder Judiciário. Essa ausência de um poder que possa ser apropriado faz com que as relações que se constroem dentro das organizações e entre essas ocorram com maior dinamicidade. Os indivíduos e as instituições agem constantemente para que sua capacidade de ação e de influência seja mantida e aprimorada. Além disso, existe um significativo déficit de transparência na forma como se desenvolvem as relações de poder, especialmente em determinados meios, o que colabora para a construção de uma série de conceitos equivocados sobre o funcionamento de diversas entidades, públicas e privadas, da sociedade.

Foram, portanto, enunciados todos os principais elementos que formam o que convencionamos denominar, na presente tese, de autoritarismo relacional. Ele representa a feição da tradição autoritária no Brasil, constituindo-se enquanto um conjunto de relações que, na prática, priva do efetivo acesso à cidadania grande parte dos indivíduos que não estão inseridos em determinados círculos sociais – que podem estar conectados a fatores diversos,

como a origem social ou a condição econômica –, ao mesmo tempo em que busca legitimação através de um discurso baseado em referências a ideias em voga nos grandes centros mundiais de produção cultural. No que se refere mais especificamente ao contexto jurídico, esse conjunto de relações muitas vezes define o tratamento que será recebido pelo indivíduo dentro do sistema judicial.

O autoritarismo relacional se estrutura sobre a mencionada tradição de transplantes de conceitos com o objetivo de legitimação do status quo. Mesmo que seja importante a ressalva de que em todos os processos históricos existiram pessoas legitimamente interessadas em transformar a realidade social através da utilização de conceitos estrangeiros, essa nunca foi a razão para a existência das importações e para o aparente sucesso de alguns conceitos no Brasil. O objetivo das elites locais sempre foi a utilização pragmática de conceitos consagrados em outros países apenas para justificar os seus privilégios, fazendo o mínimo possível de mudanças efetivas na dinâmica social existente em território brasileiro. É por isso que, ainda que entendamos que o autoritarismo relacional, com algumas adaptações, possa se aplicar a outros contextos, a construção feita nesse trabalho refere-se especificamente à realidade brasileira. Nossos aspectos históricos são essenciais para compreender a formação dessa feição particular do autoritarismo, que não se refere especificamente a um regime, mas sim a uma tradição. Isso ocorre pois nossas características históricas e sociológicas aproximam nossas manifestações autoritárias muito mais da racionalidade de nosso autoritarismo relacional do que de qualquer regime político específico. Assim sendo, essa tradição autoritária está presente tanto nos períodos democráticos quanto naqueles de regimes autoritários da história brasileira. Ao mesmo tempo em que ela mantém uma lógica autoritária nos primeiros, ela também busca de uma espécie de “legitimidade democrática” nos últimos.

A tentativa de caracterizar o Estado Novo enquanto uma “democracia autoritária”, além de ser provavelmente o caso mais simbólico da tradição brasileira de transplantes e profunda modificação de conceitos, é também o exemplo mais claro de que, mesmo nos períodos autoritários da história brasileira, era comum a busca por referências à democracia capazes de dar algum grau de legitimidade ao regime. Outras demonstrações nesse sentido foram a manutenção do funcionamento do Congresso Nacional durante a ditadura militar, entre 1964 e 1985⁴⁹⁸, e a referência expressa, no preâmbulo do AI-5, à garantia da “ordem

⁴⁹⁸ O Congresso Nacional foi fechado em algumas ocasiões, mas suas atividades foram mantidas durante a maior parte desse período, ainda que com uma capacidade de atuação bastante reduzida.

democrática, baseada na liberdade, no respeito à dignidade da pessoa humana”⁴⁹⁹. Fica claro, portanto, que o autoritarismo também é um fenômeno que necessita de legitimação racional. Especialmente no Brasil, o intrincado jogo de relações sobre o qual se estrutura o autoritarismo relacional faz com que seja fundamental que instrumentos de justificação sejam utilizados para trazer alguma explicação racional para os elementos que sustentam a lógica de desigualdade própria do país. Esses instrumentos são fundamentais também nos períodos democráticos, já que o autoritarismo relacional continua presente na sociedade. Todavia, como não há significativos questionamentos sobre a existência de um regime democrático no Brasil⁵⁰⁰ nos dias atuais, não são necessários argumentos mais elaborados para defender que vivemos em uma democracia. Entretanto, indagações sobre decisões que extrapolam os limites semânticos de nosso ordenamento constitucional são contantes, bem como críticas sobre a diferença no tratamento recebido, quando acusados em investigações criminais ou em processos penais, pelos representantes dos setores privilegiados da sociedade e por aqueles que integram grupos marginalizados.

Não é por outra razão pela qual, atualmente, o autoritarismo se legitima por meio de conceitos como o ativismo judicial e o garantismo penal, como outrora buscou validação na ideia de “democracia autoritária”. O autoritarismo relacional está presente agora como estava antes, pois os regimes políticos se sucedem, mas nossa tradição permanece. Defender a postura de magistrados que decidem de acordo com seus valores morais, ignorando o ordenamento jurídico, como um movimento que busca superar o positivismo jurídico, ou, ainda, legitimar a evidente desigualdade de tratamento dado pelo Poder Judiciário aos diferentes segmentos da sociedade, fundamentando decisões com base nos preceitos teóricos do garantismo penal para alguns e ignorando completamente esses mesmos princípios em relação a outros, são argumentos análogos àqueles que, durante o Estado Novo, fizeram a defesa de um regime autoritário, sustentando ser esse um tipo de democracia. Todas eles são manifestações de nosso autoritarismo relacional, buscando a legitimação necessária para cada período histórico.

⁴⁹⁹ Documento disponível em <<https://www.ibrade.org/wp-content/uploads/2018/06/Ato-Institucional-5-de-13-de-dezembro-de-1968.compressed.pdf>>, acesso em 11/08/2025. O Ato Institucional nº 5 (AI-5), de 13 de dezembro de 1968, inaugurou o período de maior fechamento da ditadura militar no Brasil.

⁵⁰⁰ Ainda que existam, de fato, alguns questionamentos em diferentes pontos do espectro político. Por um lado, parte da esquerda põe em dúvida o caráter democrático do país em razão da completa aceitação da lógica de mercado e da dependência do poder político frente ao poder econômico. Por outro, eleitores da extrema direita afirmam que o Brasil vive uma “ditadura do Supremo Tribunal Federal”, em razão das decisões contrárias a aliados do ex-presidente Jair Bolsonaro.

É preciso, pois, abandonar a ideia de que o autoritarismo brasileiro é simplesmente um “resquício da ditadura militar”. O autoritarismo relacional no Brasil é uma tradição que se mantém dentro e fora das ditaduras, mudando apenas sua apresentação e os instrumentos de legitimação. Nos dias atuais, os conceitos trazidos para o Brasil não se referem ao regime político em si, mas sim a manifestações mais específicas, sendo que, no contexto jurídico, os mais relevantes são o ativismo judicial e o garantismo penal, não por serem os mais capazes de proporcionar uma efetiva transformação social, mas, ao contrário, porque se mostraram mais adequados à manutenção de nossas estruturas sociais, tanto por terem características que os tornaram fenômenos conhecidos em vários países – e, portanto, foram capazes de gerar, em alguma medida, a validação que se buscava – quanto em relação aos fatos internos que necessitavam de legitimação.

BIBLIOGRAFIA

- ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. 5^a Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- ABREU, Luciano Aronne de. Estado Novo: Autoritarismo e Conciliação Política. **Justiça & História** (Impresso), v. 7, p. 113-124, 2010.
- ABREU, Luciano Aronne de. **Autoritarismo e democratismo**: uma leitura do Estado Novo. In: IX Encontro Estadual de História - Vestígios do Passado: a história e suas fontes, 2008, Porto Alegre.
- ABREU, Luciano Aronne de. O sentido democrático e corporativo da não-Constituição de 1937. **Revista Estudos Históricos**, vol. 29, n. 58, p. 461-480, 2016.
- ACKERMAN, Bruce. Oliver Wendell Holmes lectures: the living constitution. **Harvard Law Review**, Vol. 120, p. 1737-1812, 2007.
- ALEXY, Robert, **Teoria discursiva do direito**. 2^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- ARENDT, Hannah. **Da revolução**. São Paulo: Ática em coedição com a Universidade de Brasília, 1988.
- ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**: antisemitismo, imperialismo, totalitarismo. Tradução Roberto Raposo. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.
- ARISTOTE. **Poétique**. Trad. de J. Hardy. Paris: Gallimard, 1996.
- ARISTOTE. **La Politique**. Trad. de Pierre Pellegrin. Paris: Editions Flammarion, 2015.
- BARROSO, Luis Roberto. **Constituição, Democracia e Supremacia Judicial: Direito e Política no Brasil Contemporâneo**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Rio de Janeiro . Vol. 2, N. 21 (2012).
- BARROSO, Luis Roberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Revista [Syn]Thesis. Rio de Janeiro . Vol. 5, N. 1 (2012), p. 23-32.
- BAUDRILLARD, Jean. **L'échange symbolique e la mort**. Paris: Editions Gallimard, 1976.
- BAUDRILLARD, Jean. **Oublier Foucault**. Paris: Editions Galilée, 1977.
- BAUDRILLARD, Jean. **Simulacres e simulation**. Paris: Édition Galilée, 1981.
- BAUDRILLARD, Jean. **La société de la consommation**: ses mythes, ses structures. Paris: Éditions Denoël, 1970.
- BAUMAN, Zygmunt. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Editora Jorge Zahar, 1998.
- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Editora Jorge Zahar, 2001.
- BENTHAM, Jeremy. **O Panóptico**. Org. Tomaz Tadeu. 3^a ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2019.
- BINENBOJM, Gustavo. A Constitucionalização do Direito Administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Salvador. Março/abril/maio 2008.
- BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. – 3^a Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. Vol. 1 - Parte Geral, 23^a ed. São Paulo. Saraiva, 2017.
- BLOCH, Marc. **Apologia da história, ou, o ofício do historiador**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Nova Ed. Rio de Janeiro: Campus: 2004.
- BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **As crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço temporal dos direitos humanos**. 2^a Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- BOLZAN DE MORAIS, José Luis. BRUM, Guilherme Valle. **Políticas públicas e jurisdição constitucional: entre direitos, deveres e desejos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.
- BOLZAN DE MORAIS, José Luis. STRECK, Lenio. **Ciência política e teoria do Estado**. 8^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- BOUCOBZA, Isabelle. *La théorie du droit illégitime et les garanties des droits fondamentaux dans l'œuvre de Luigi Ferrajoli*. HERRERA, Carlos Miguel; PINON, Stéphane. **La démocratie, entre multiplication des droits et contre-pouvoirs sociaux**, Éditions Kimé, pp.41-60, 2012.
- BOURDIEU, Pierre. **Langage e poder simbólico**. Paris: Editions du Seuil, 2001.
- BOURDIEU, Pierre. **Sur la télévision**. Paris: Éditions Raisons d'Agir, 1996.
- BRANDÃO, Cláudio. **Curso de direito penal**: parte geral. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – AgRg no REsp 941940 / PB. Relator: Jorge Mussi. DJe 16/11/2010. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200700841625&dt_publicacao=16/11/2010. Acesso em 30/07/2023.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – Habeas Corpus nº 137349 / SP. Relator: Maria Thereza de Assis Moura. DJe 30/05/2011. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200901010385&dt_publicacao=30/05/2011. Acesso em 30/07/2023.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça – Habeas Corpus nº 149250/SP. Relator: Adilson Vieira Macabu. DJe 05/09/2011. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200901925658&dt_publicacao=05/09/2011. Acesso em 30/07/2023.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal – Habeas Corpus nº 126.292. Relator Min. Teori Zavascki DJE 07/02/2017. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em 30/07/2023.
- BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais - Embargos Infringentes 1.0024.02.810824-9/003. Relator Nicolau Maselli. DJ 11.04.2008. Disponível em http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=C DAB4D7062AC6777B2EC73022DE14BDE.juri_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.02.810824-9%2F003&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar. Acesso em 29/07/2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – Apelação Crime nº 70044378354. Relator: Genacéia da Silva Alberton .DJ 04/07/2012. Disponível em http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a_politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&partialfields=n%3A70044378354&as_q=+#main_res_juris. Acesso em 30/07/2023.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – Apelação Crime nº 70048499164. Relator: Naele Ochoa Piazzeta. DJ 19/07/2012. Disponível em http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a_politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&partialfields=n%3A70048499164&as_q=+#main_res_juris. Acesso em 30/07/2023.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – Apelação Criminal nº 2002.70.03.000849-8. Relator: Luiz Fernando Wowk Penteado. D.E. 18/04/2007. Disponível em https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=1427923. Acesso em 30/07/2023.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – Habeas Corpus nº 0005475-02.2011.404.0000. Relator: Luiz Fernando Wowk Penteado. D.E. 13/09/2011. Disponível em https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=4244169. Acesso em 30/07/2023.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região – Habeas Corpus nº 2007.04.00.017910-9. Relator: Luiz Fernando Wowk Penteado. D.E. 09/04/2008. Disponível em https://jurisprudencia.trf4.jus.br/pesquisa/inteiro_teor.php?orgao=1&documento=1785031. Acesso em 30/07/2023.

BRUM, Guilherme Valle. **Uma teoria para o controle judicial de políticas públicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Desafios e conquistas do direito internacional dos direitos humanos no início do século XXI*, in CACHAPUZ DE MEDEIROS, Antônio Paulo (org.), **Desafios do direito internacional contemporâneo**, Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto (ed.). **A incorporação das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no direito brasileiro**. San José da Costa Rica/Brasília: Instituto Interamericano de Direito Humanos, Comitê Internacional da Cruz Vermelha, Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, Comissão da União Europeia, 1996.

CANFORA, Luciano. *El Ciudadano* In VERNANT, Jean-Pierre. (Org.) **El Hombre Griego**. Madrid: Alianza Editorial, 1995.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Trad. de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993.

CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. 8ª Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

- CARVALHO, José Murilo de. **A formação das almas:** o imaginário da República no Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- CARVALHO, Salo de. **Pena e garantias.** 3^a Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- CHEVALLIER, Jacques. **L'État postmoderne.** 6^a ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2023.
- CLASTRES, Pierre. **A sociedade contra o Estado.** São Paulo: Cosac Naify, 2012.
- COSTA, Oswaldo Poll; VERAS NETO, Francisco Quintanilha. Garantismo à brasileira: uma análise crítica da aplicação do princípio da insignificância. **Revista da Faculdade de Direito da UFPR**, Vol. 61, n. 3, p. 165-187, 2016.
- DALLA BARBA, Rafael Giorgio. **A (in)transparência dos direitos fundamentais: das origens aos limites da teoria discursiva em Robert Alexy.** 2017. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Programa de Pós-Graduação em Direito, São Leopoldo, RS, 2017.
- DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **La nouvelle raison du monde:** Essai sur la société néolibérale. Paris, La Découverte, 2010.
- DELEUZE Gilles, **Les sociétés de contrôle.** EcoRev', 2018/1 (Nº 46), p. 5-12. DOI : 10.3917/ecorev.046.0005. URL : <https://www.cairn.info/revue-ecorev-2018-1-page-5.htm>
- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho.** 9^a ed. São Paulo: LTr, 2010.
- DETIENNE, Marcel. **Os Mestres da Verdade na Grécia Arcaica.** Rio de Janeiro: Zahar, s/d.
- DWORKIN, Ronald. **O império do direito.** 2^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FAORO, Raymundo Faoro. **Os donos do poder:** formação do patronato político brasileiro. Vol 1. 13^a ed. São Paulo: Globo, 1998.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo principalista e constitucionalismo garantista.** In FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lênio Luiz; TRINDADE, André Karam (org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 13-56, 2012.
- FINLEY, Moses I. **Democracia Antiga e Moderna.** Rio de Janeiro: Graal, 1988.
- FINLEY, Moses I. **Uso e Abuso da História.** São Paulo: Martins Fontes, 1989.
- FISCHER, Douglas. O que é garantismo penal (integral)? In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (org.). **Garantismo penal integral: questões penais e processuais penais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil.** 4^a ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, p. 59-93, 2017.
- FOUCAULT, Michel. **Histoire de la folie à l'age classique.** Paris: Éditions Gallimard, 1976.
- FOUCAULT, Michel. **Histoire de la sexualité I. La volonté de savoir.** Paris: Éditions Gallimard, 1976.
- FOUCAULT, Michel. **Histoire de la sexualité II. L'usage des plaisirs.** Paris: Éditions Gallimard, 1984.
- FOUCAULT, Michel. **Histoire de la sexualité III. Le souci de soi.** Paris: Éditions Gallimard, 1984.
- FOUCAULT, Michel. **L'archéologie du savoir.** Paris: Éditions Gallimard, 1969.

- FOUCAULT, Michel. **Les mots et les choses: Une archéologie des sciences humaines.** Paris: Éditions Gallimard, 1966.
- FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder.** Organização de Roberto Machado. 5^a ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2017.
- FOUCAULT, Michel. **O Sujeito e o poder.** In RABINOW, Paul & DREYFUS, Hubert. Michel Foucault – uma trajetória filosófica: para além do estruturalismo e da hermenêutica (pp. 231-249). Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.
- FOUCAULT, Michel. **Surveiller et punir: Naissance de la prison.** Paris: Éditions Gallimard, 1975.
- FRANKENBERG, Günter. Comparing constitutions: Ideas, ideals and ideology – toward a layered narrative. **International journal of constitutional law**, Vol. 4, n. 3, p. 439-459, 2006.
- FREYRE, Gilberto. **Ordem e progresso.** Vol. 1. Rio de Janeiro: José Olympio, 1959.
- GARGARELLA, Roberto. **La justicia frente al gobierno:** sobre el carácter contramayoritario del poder judicial. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011.
- GAUTHIER, Alain. **Jean Baudrillard: une pensée singulière.** Paris: Éditions Lignes, 2008.
- GIDDENS, Anthony, **As Consequências da Modernidade.** São Paulo: da UNESP, 1991.
- GOFFMAN, Erving. **Estigma: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada,** 4^a Ed. São Paulo: LTC, 1989.
- GRIMM, Dieter. **Constituição e política.** Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- HALPERIN, David. **Oublier Foucault. Mode d'emploi**, traduit de l'américain par Isabelle Châtelet, Paris, EPEL, 2004.
- HARTOG, François. **Le Miroir d'Hérodote: Essai sur la représentation de l'autre.** Paris: Folio Histoire, 2001.
- HARTOG, François. **Os antigos, o passado e o presente.** Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2003.
- HARTOG, François. Os antigos, o passado e o presente. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2003.
- HERÓDOTO. **História.** Introdução e tradução de Mário da Gama Kury. 2^a ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1988.
- HÉRODOTE. **Histoires.** Traduit par Pierre-Henri Larcher. Paris: PRB, 2015.
- HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S. A. Fabris Editor, 1991.
- HOBBES, Thomas. **Leviatã.** São Paulo: Martins Fontes: 2003.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Raízes do Brasil.** 26^a ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.
- HOLANDA, Sérgio Buarque de. **Visão do paraíso.** 5^a Ed. São Paulo: Brasiliense, 1992.
- HOMERO. **Ilíada.** Trad. Trajano Vieira. 1^a ed. São Paulo: Editora 34, 2020.
- HUMPHREY, John William; OLESON, John Peter; SHERWOOD, Andrew Neil. **Greek and Roman technology.** Abingdon: Routledge, 1997.
- KERSTENETZKY, Celia Lessa. **Estado do bem-estar social na idade da razão:** A reinvenção do Estado Social no mundo contemporâneo. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

- KMIEC, Keenan D. The Origin and Current Meanings of ‘Judicial Activism’. **California Law Review**, Vol. 92, n. 5, p. 1441-1477, 2004.
- KYMLICKA, Will. **Multicultural citizenship: a liberal theory of minority rights**. Oxford: Oxford University Press 1995.
- LANE, Richard J. **Jean Baudrillard**. London, Routledge, 2000.
- LEGRAND, Pierre. **Como ler o direito estrangeiro**. Trad. Daniel Wunder Hachem. São Paulo: Contracorrente, 2018.
- LEGRAND, Pierre. **Direito comparado: compreendendo a compreendê-lo**. Trad. Ricardo Martins Spindola Diniz. São Paulo: Contracorrente, 2021.
- LEGRAND, Pierre. **Le Droit Comparé**. 5e édition. Paris: Presses Universitaires de France, 2016.
- LEGRAND, Pierre. *The Impossibility of ‘Legal Transplants’*. Maastricht Journal of European & Comparative Law, Maastricht, v. 4, p. 111-124, 1997.
- LEGRAND, Pierre. **Pour la relevance des droits étrangers**, IRJS Éditions, 2014.
- LEONELLI, Ludovic. *Jean Baudrillard e Matrix: désaccord parfait*. In PENOT-LACASSAGNE, Olivier. **Back to Baudrillard**. Paris: CNRS Éditions, 2015.
- LIMBERGER, Têmis. BUNCHAFT, Maria Eugenia. **Novas tecnologias, esfera pública e minorias vulneráveis**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.
- LIPOVETSKY, Gilles e CHARLES, Sébastien. **Les Temps Hypermodernes**. Paris: Éditions Grasset & Fasquelle, 2004.
- LOPES JR. Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. Vol 1. 7^a ed., Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2011.
- LOPES JR. Aury. **Fundamentos do processo penal – Introdução crítica**, 3^a ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- LOPES JR. Aury. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- LUÑO, Antonio-Enrique Pérez. **Las gereraciones de derechos humanos**. In Revista da AGU, Brasília-DF, ano XIII, n. 42, p. 39-74, out./dez. 2014.
- LYOTARD, Jean-François. **La condition postmoderne: rapport sur le savoir**. Paris: Les Éditions de Minuit, 1979.
- MALEM SEÑA, Jorge F. **Los jueces: ideología, política y vida privada**. 1 ed. Cidade do México: Tirant lo Blanch; 2017.
- MARRAMAO, Giacomo. **Poder e secularização: as categorias do tempo**. São Paulo: da UNESP, 1995.
- MARRAMAO, Giacomo. *Sobre a síndrome populista: a deslegitimização como estratégia política*. **EXILIUM Revista de Estudos da Contemporaneidade**, [S. l.], v. 2, n. 2, p. 191–208, 2021. DOI: 10.34024/exilium.v1i2.12227. Disponível em: <https://periodicos.unifesp.br/index.php/exilium/article/view/12227>. Acesso em 28/03/2024.
- MARRAMAO, Giacomo. **Universais em Conflito: Identidade e Diferença na era Global**. Tradução de Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira. Belo Horizonte: Ed. Conhecimento, 2018.
- MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho**. 3^a ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O controle jurisdicional de convencionalidade das leis**. 1. ed em e-book baseada na 4. ed. impressa. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**, 3^a ed. São Paulo: RT, 2009.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- MENDES, Conrado Hübner. **O entulho autoritário era estoque**: o regime nascido da Constituição de 1988 não apenas incorporou práticas da ditadura, mas criou formas novas de autoritarismo. Quatro Cinco Um. [São Paulo]: Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. Disponível em: <https://laut.org.br/o-entulho-autoritario-era-estoque/>. Acesso em: 01 jul. 2025, 2020.
- MENDEZ, Francisco Ramos. **Derecho y proceso**. Barcelona: Libreria Bosch, 1979.
- MOMIGLIANO, Arnaldo. **La Historiografia Griega**. Barcelona: Editorial Crítica, 1984.
- MONSTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **De l'esprit des lois**. Texte de 1758, dernier état du texte revu par Montesquieu. Édition établie par Laurent Versini. Paris: Éditions Gallimard, 1995.
- MOORE, J. M. **Aristotle and Xenophon on Democracy and Oligarchy**. Los Angeles: University of California, 1986.
- MÜLLER, Friedrich. **Quem é o povo? A questão fundamental da democracia**. Tradução de Peter Naumann. 3. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.
- MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. 2^a ed., São Paulo: Max Limonad, 2000.
- MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. São Paulo: Revista do Tribunais, 2008.
- NABLI, Hamdi. **Foucault e Baudrillard: La fin du pouvoir**. Paris: Ed. L'Harmattan, 2015.
- NEDER, Gizlene. **Discurso jurídico e ordem burguesa no Brasil**. 2^a ed. Niterói: Eduff, 2012.
- NEDER, Gizlene. **Iluminismo jurídico-penal luso-brasileiro**: obediência e submissão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.
- NUNES, António José Avelãs. **O estado capitalista e as suas máscaras**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- OLIVO, Luiz Carlos Cancellier de. Juízes Legisladores: *O controle de constitucionalidade das leis como forma de exercício do direito judiciário*. Sequência Estudos Jurídicos e Políticos, [S. l.], v. 21, n. 41, p. 83–112, 2000.
- PEREIRA LIMA, Danilo. **Constituição e poder**: limites da política no Estado de Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- PÉREZ LUÑO, Antonio-Henrique. **¿Ciberciudadanía o ciudadanía@.com?**. Barcelona: Gedisa, 2004.
- PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Teledemocracia, ciberciudadanía y derechos humanos**. In **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 4, n. 2, 2014 p. 8-46.
- PESCHANSKI, Catherine. **Le Discours du Particulier**. Paris: Éditions du Seuil, 1987.
- PHILIPPE, Xavier. La légitimation constitutionnelle des démocratrices. Pouvoirs, 2019/2 n° 169, 2019. p. 33-45.
- PINÇON-CHARLOT, Monique. **Les Riches contre la planète**: Violence oligarchique et chaos climatique Paris, Editions Textuel, 2025.
- PIOVESAN, Flávia. **Tratados internacionais de proteção dos direitos humanos**: jurisprudência do STF. Disponível em <

- <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/16470-16471-1-PB.pdf>> acesso em 24/03/2023.
- PIOVESAN, Flávia. Sistema Interamericano de Direitos Humanos: impacto transformador, diálogos jurisdicionais e os desafios da reforma. **RECHTD. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, Vol. 6, n. 2, p. 142-154, 2014.
- Pirenne-Delforge, Vinciane. **Le polythéisme grec à l'épreuve d'Hérodote**. Paris: Les Belles Lettres, 2020.
- PONTHOREAU, Marie-Claire. **Le piège territorial en droit et par le droit**. Paris: Institut Francophone pour la Justice et la Démocratie, 2022.
- PRADO JÚNIOR, Caio. **História econômica do Brasil**, 30^a ed. São Paulo: Brasiliense, 1984.
- PRADO JÚNIOR, Caio. **Evolução política do Brasil: colônia e império**. 13^a ed. São Paulo: Brasiliense, 1993.
- RAMOS, Alberto Guerreiro. **Introdução crítica à sociologia brasileira**. Rio de Janeiro: UFRJ, 1995.
- RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 4^a ed., São Paulo: Saraiva, 2017.
- RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos: análise dos mecanismos de apuração de violações de direitos humanos e a implementação das decisões no brasil**. 5^a ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- RIBEIRO, Darcy Guimarães. **La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva**: hacia uma teoria procesal del derecho. Local: J.M. Bosch, 2004.
- RIBEIRO, Darcy. **Os brasileiros: Teoria do Brasil**. 10^a ed. Petrópolis: Vozes, 1990.
- ROBERTSON, Roland. *Glocalization: time-space and homogeneity-heterogeneity*. In: Featherstone, M., Lash, S. and Robertson, R., Eds., **Global Modernities**, London: Sage Publications, 25-44.
- RODOTÀ, Stefano, **El derecho a tener derechos**. Madrid: Trotta, 2014.
- ROMERO, Sílvio. **História da literatura brasileira**. 5^a ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1953.
- ROSANVALLON, Pierre. **A crise do Estado-providência**. Tradução de Joel Pimentel de Ulhôa. Goiânia: UFG, 1997.
- ROSANVALLON, Pierre. **Le siècle du populisme**. Histoire, théorie, critique. Paris: Seuil, 2020.
- ROUSSEAU, Dominique. **Radicaliser la démocratie**: Propositions pour une refondation. Paris, Éditions du Seuil, 2015.
- ROUSSEAU, Jean-Jaques. **O contrato social**. 3^a ed. São Paulo: Martins Fontes, 1996.
- ROUSSEL, Denis. **Les Historiens Grecs**. Paris: Presses Universitaires de France, 1973.
- RUNCIMAN, David. **The Confidence Trap: A History of Democracy in Crisis from World War I to the Present**. Princeton: Princeton University Press, 2017.
- SACCO, Rodolfo. **Antropologia giuridica**: Contributo ad una macrostoria del diritto. Bologna: Il Mulino, 2007.
- SANTOS, Rogerio Dultra dos. Francisco Campos e os Fundamentos do Constitucionalismo Antiliberal no Brasil. **DADOS – Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, Vol. 50, n. 2, p. 281-323, 2007.
- SARLET, Ingo W. **A Eficácia dos direitos fundamentais**. 10^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

- SARTORI, Giovanni. **Homo videns**: la sociedad teledirigida. Buenos Aires: Taurus, 1998.
- SANTOS, Rogerio Dultra dos. Oliveira Vianna e o Constitucionalismo no Estado Novo: corporativismo e representação política. **Revista Seqüência**, n. 61, p. 273-307, dez. 2010.
- SCHMIDT, Andrei Zenkner. Prevencionismo x humanitarismo: uma perspectiva sistêmico-cultural do direito penal. **Revista de Estudos Criminais**, a. 4, n. 14, 2004.
- SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.
- SILVA, Ricardo. Liberalismo e democracia na Sociologia Política de Oliveira Vianna. **Revista Sociologias**, ano 10, n. 20, p. 238-269, 2008.
- SIMONDON, Michèle. **La Mémoire et L'oubli**. Paris: Les Belles Lettres, 1982.
- SNOWDEN, Edward. **Eterna Vigilância**: Como montei e desvendei o maior sistema de espionagem do mundo. São Paulo: Ed. Planeta do Brasil, 2019.
- STRECK, Lenio. **Dicionário de Hermenêutica**. 2^a ed. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2020, p. 139.
- STRECK, Lenio. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- STRECK, Lenio. **O que é isso – decido conforme minha consciência?** 4^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- STRECK, Lenio. **Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 6^a ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- STRECK, Lenio. *Na democracia, decisão não é escolha: os perigos do solipsismo judicial – o velho realismo e outras falas*. In STRECK, Lenio, ENGELMANN, Wilson, ROCHA, Leonel Severo. **Constituição Sistemas Sociais e Hermenêutica Nº 09** - Anuário do Programa de Pós Graduação em Direito da UNISINOS. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2018.
- STRECK, Lenio. LIMA, Martonio Mont'Alverne Barreto. OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. *O que é isto “o novo que pede passagem” do TRF4 e Joaquim Falcão*. In PRONER, Carol, **Comentários a um acórdão anunciado: o processo Lula no TRF4**. São Paulo: Outras Expressões, 2018.
- TARUFFO, Michele. **La Motivacion de la Sentencia Civil**. Tr. Lorenzo Córdova Vianello. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federacion, 2006.
- TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial: Limites da atuação do Judiciário**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política*. **Revista Direito GV**, Vol. 8, n. 1, p. 037-058, 2012.
- TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *O caos como conceito jurídico-constitucional em um contexto de crises multissetoriais e sistêmicas*. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica: RIHJ**, Belo Horizonte, v. 21, n. 33, p. 59-71, jan./jun. 2023.
- TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Le concept de chaos en droit constitutionnel : au-delà des états d’exception*. **Questions constitutionnelles** - revue de droit constitutionnel. 2024, 1-18.
- TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Constitucionalismo transnacional: história, ontologia, epistemologia**. Belo Horizonte: Fórum, 2025.
- TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Teoria pluriversalista do Direito Internacional**. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

- TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Liberdade e Necessidade em Hobbes: Reflexões sobre o livre arbítrio nas origens do Estado moderno*. **Veritas** (Porto Alegre), 64(3), e33126.
<https://doi.org/10.15448/1984-6746.2019.3.33126>.
- TEUBNER, Gunther. Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016.
- TEUBNER, Gunther. **Quod omnes tangit: transnational constitutions without democracy?**, disponível em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3094088, acesso em 19/01/2024.
- THOREAU, Henry. **Desobedecendo**, Rio de Janeiro: Rocco. 1984.
- VERNANT, Jean-Pierre. Esboços da Vontade na Tragédia Grega. In VERNANT, Jean-Pierre & VIDAL-NAQUET, Pierre. **Mito e Tragédia na Grécia Antiga**. São Paulo: Perspectiva, 1999.
- VERNANT, Jean-Pierre. **As Origens do Pensamento Grego**. 3^a ed. São Paulo: Difel, 1981.
- VIANA, Francisco José de Oliveira. **Instituições políticas brasileiras**. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 1999.
- VIANA, Francisco José de Oliveira. **O idealismo da constituição**. 2a ed. São Paulo: Cia. Nacional, 1939.
- VIANA, Francisco José de Oliveira. **O ocaso do Império**. Brasília : Senado Federal, Conselho Editorial, 2004.
- VIANA, Francisco José de Oliveira. **Populações Meridionais do Brasil**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2005.
- WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.
- WALDRON, Jeremy. **Political Political Theory essays on institutions**. Cambridge/Massachusetts/London: Harvard University Press, 2016.
- WANG, Daniel Wei Liang (Org.). **Constituição e política na democracia: aproximações entre direito e ciência política**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.
- WATSON, Alan. **Legal transplants**: an approach to comparative literature. 2^a. ed. Athens, Georgia: University of Georgia Press, 1993.
- WEBER, Max. A política como vocação. In: GERTH, H. H.; MILLS, C. Wright (Org.). **Max Weber – Ensaios de Sociologia**. 5. ed. Rio de Janeiro: Guanabara, p. 55-89, 1982.
- WOLKMER, Antônio Carlos. **História do direito no Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1998.