

UNIVERSIDADE DE SANTA CRUZ DO SUL - UNISC
CURSO DE DIREITO

Caroline Ferreira Osório

**O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO EM UM ESTADO PÓS - DEMOCRÁTICO E AS
CONTRIBUIÇÕES DA PÓS - VERDADE EM SUA CONFIGURAÇÃO**

Santa Cruz do Sul
2020

Caroline Ferreira Osório

**O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO EM UM ESTADO PÓS - DEMOCRÁTICO E AS
CONTRIBUIÇÕES DA PÓS - VERDADE EM SUA CONFIGURAÇÃO**

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso
de Direito da Universidade de Santa Cruz do
Sul para obtenção do título de Bacharel em
Direito.

Profª. Pós Dra. Caroline Muller Bitencourt
Orientadora

Santa Cruz do Sul

2020

AGRADECIMENTOS

Agradeço à minha família, em especial aos meus pais, ao meu padrasto e minha madrasta, pela atenção e carinho constantes durante a trajetória como discente no curso de direito. À minha irmã e ao meu cunhado, que sempre foram exemplos na construção de minha trajetória.

Ao meu namorado, companheiro e amigo agradeço pelo incentivo diário e por todo o companheirismo durante o curso. Sempre estive ao meu lado e possibilitou que o caminho percorrido se tornasse mais fácil.

Aos meus grandes amigos, que de alguma forma ou de outra contribuíram ao longo de todo o tempo que estive na UNISC, em especial a minha grande amiga Hannah Kist.

Por fim, e não menos importante, um agradecimento especial e carinhoso à minha extraordinária orientadora, Dra. Caroline Muller Bitencourt, com quem tive o imenso privilégio de aprender mais, discutir e compartilhar ideias. És uma pessoa inigualável, que possui minha admiração e de todos que lhe conhecem. Eternamente grato por cada conhecimento compartilhado, por todo apoio e incentivo na vida acadêmica.

RESUMO

O presente trabalho tem como discussão a influência das decisões do poder judiciário para a consolidação do Estado Pós-Democrático, em um contexto de pós-verdade e quais são os efeitos gerados na democracia brasileira. O objetivo será analisar as consequências das decisões do judiciário, por meio do ativismo judicial, na materialização do Estado Pós-Democrático em um contexto de pós-verdade. A metodologia utilizada será a dialética, visto que será realizada uma análise crítica dialogando com diferentes doutrinas e autores. Primeiramente, o estudo passa pelo significado de Estado Democrático de Direito, para possibilitar uma melhor compreensão do que venha ser o Estado Pós-Democrático e qual a distinção deste. Posteriormente, é analisado o impacto da pós-verdade na sociedade brasileira e o quanto isto contribui para a atuação ativista do judiciário. Ademais, é realizada uma crítica ao abandono da racionalidade. Por fim, o trabalho analisa o exercício ativista do Poder Judiciário e realiza um debate acerca da sua atuação arbitrária e subjetiva, a qual acaba transformando juízes em legisladores. Em conclusão, demonstra-se que o Brasil está vivendo no Estado Pós-Democrático, o qual é fortemente influenciado pela figura do ativismo judicial.

Palavras-chave: Ativismo Judicial. Constituição. Estado Pós-Democrático. Pós-verdade.

ABSTRACT

This monograph discusses the influence of the judiciary's decisions for the consolidation of the Post-Democratic State, in a post-truth context and which are the effects generated in Brazilian democracy. The objective will be to analyze the consequences of the decisions handed down by the Judiciary Branch, through judicial activism, in the materialization of the Post-Democratic State in a post-truth context. The methodology used will be dialectics, since a critical analysis will be carried out in dialogue with different doctrines and authors. Firstly, the study goes through the meaning of the Democratic State of Law, to enable a better understanding of what the Post-Democratic State will be and which is its distinction. Subsequently, it is analyzed the impact of the post-truth on Brazilian society and how much it contributes to the activist performance of the judiciary. Furthermore, it is conducted a critique of the abandonment of rationality. Finally, the monograph analyzes the activist performance of the Judiciary Branch and carries out a debate about its arbitrary and subjective performance, which ends up transforming judges into legislators. In conclusion, it demonstrates that Brazil is living in a Post-Democratic State, which is largely influenced by the figure of judicial activism.

Keywords: Constitution. Judicial activism. Post-Democratic State. Post-truth.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	06
2 DEFINIR O CONCEITO DE ESTADO PÓS – DEMOCRÁTICO E OS PRINCIPAIS IMPACTOS NA PERSPECTIVA DE FUNCIONAMENTO.....	08
2.1 Os traços do Estado Democrático de Direito.....	08
2.2 Os vários significados de Estado de Exceção	13
2.3 Brasil um Estado Pós Democrático?	17
3 A PÓS – VERDADE COM PARADIGMA DE FUNDO DO ESTADO DEMOCRÁTICO.....	23
3.1 Caracterizando a pós – verdade.....	23
3.2 A influência da pós – verdade na solidificação do Estado Pós-Democrático na sociedade brasileira.....	27
3.3 As ameaças a democracia e aos direitos fundamentais no paradigma da pós – verdade	31
4 A ATUAÇÃO JUDICIAL NA CONSOLIDAÇÃO DO ESTADO PÓS – DEMOCRÁTICO: O GUARDIÃO OU O ALGOZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS?.....	36
4.1 Os limites da atuação judicial no Estado Pós Democrático!.....	36
4.2 Juízes legisladores? Um debate crítico da atuação judicial como legislador positivo e negativo.....	41
4.3 O papel do Poder Judiciário na consolidação do Estado Pós - Democrático.....	45
5 CONCLUSÃO.....	52
REFERÊNCIAS.....	54

O presente trabalho pretende investigar a atuação do Poder Judiciário na consolidação do Estado Pós-Democrático, bem como o papel da pós-verdade neste modelo de Estado. Para tanto, o estudo inicia-se com uma análise acerca do conceito de Estado Pós-Democrático e o seu panorama de funcionamento no Brasil.

Observa-se o risco a integridade do direito e da própria democracia, daí a importância do presente trabalho, para que assim seja possível construir conhecimentos por meio do estudo acadêmico, de modo a possibilitar a busca por elementos que assegurem os direitos constitucionais e os princípios democráticos.

Este trabalho está regido, portanto, pelo seguinte problema: qual é a influência das decisões do poder judiciário para a consolidação do Estado Pós-Democrático, em um contexto de pós-verdade, e quais são os efeitos gerados na democracia brasileira?

A hipótese é que estamos vivendo no Estado Pós-Democrático o qual foi fortemente influenciado pelas decisões judiciais que passaram a colocar os direitos fundamentais e princípios constitucionais em segundo plano. Ademais, os juízes, dotados de discricionariedade, passaram a atuar como legisladores.

A metodologia utilizada será a dialética, de modo que será realizada uma análise crítica dialogando com distintas doutrinas e autores. A técnica de pesquisa será a bibliográfica, que compreenderá na busca em livros, artigos e periódicos de revistas científicas.

Inicialmente, será analisado como a Constituição da República de 1988 inaugurou um novo paradigma no cenário nacional, na medida em que trouxe inúmeros dispositivos de cunho democrático, bem como assentou importantes direitos sociais à população.

Contudo, em que pese os vários direitos fundamentais trazidos pela Constituição, observa-se que o Brasil vive um momento de pós-democracia, no qual as instituições permanecem apenas no âmbito formal, de modo que se distanciam da concretização na realidade fática.

Em um segundo momento, será estudado o paradigma da pós-verdade no Estado Pós-Democrático e a forma como aquela influencia na consolidação deste. Ademais, será analisado o modo como a pós-verdade interfere nas decisões judiciais, as quais passam a ter conteúdo predominantemente moral no Estado Pós-Democrático e, além disso, ficam sujeitas à discricionariedade de seus agentes.

Ato contínuo, será estudado o papel do Poder Judiciário na consolidação do Estado Pós-Democrático. Para tanto, será investigada a forma como as suas decisões interferem no assentamento deste modelo de Estado.

Ademais, será explorada a maneira como as deliberações passam a ter conteúdo predominantemente moral e discricionário, de tal forma que os princípios constitucionais são suspensos, causando uma insegurança jurídica e, por conseguinte, instabilidade democrática.

Por fim, será abordada a atuação judicial como legislador positivo e negativo e, além disso, serão apresentados exemplos do exercício do judiciário que demonstram a influência deste na consolidação do Estado Pós-Democrático.

O tema busca demonstrar as efetivas consequências causadas pelas decisões do judiciário quando fundadas em pretensões morais e políticas, não observando a fundamentação baseadas em consonância com os direitos fundamentais e princípios constitucionais.

2 ESTADO PÓS-DEMOCRÁTICO E OS PRINCIPAIS IMPACTOS NA PERSPECTIVA DE FUNCIONAMENTO

O Estado Pós-Democrático é marcado pela normalização das medidas excepcionais e, por conseguinte, pela ausência de limites do poder. Há uma desconstitucionalização por parte do poder judiciário, quando são proferidas suas decisões. Assim, vive-se em um constante estado de Exceção (CASARA, 2018, p. 70).

Em razão dessas violações constitucionais, bem como dos impactos que delas decorrem, este capítulo logrará demonstrar as consequências provocadas no Brasil pelo Estado Pós-Democrático e o seu modo de funcionamento.

Assim, passará a demonstrar os aspectos do Estado Democrático de Direito, para permitir uma melhor compreensão do que vem a ser o Estado Pós-Democrático. Além disso, será estudado o Estado de Exceção e qual a sua relação com os tempos atuais, para, finalmente, ser feita uma análise da situação do caso brasileiro.

2.1 Os traços do Estado Democrático de Direito

Para entender a caracterização do Estado Democrático de Direito, é necessário, inicialmente, compreender um pouco de seus elementos constitutivos, conquistados ao longo da trajetória histórica, para que, ao final seja possível conceber seu real significado e a partir daí, ser feita uma análise deste modelo de Estado no momento em que estamos vivendo, bem como a sua aplicação.

Para tanto, inicia-se a partir do conceito originário de Estado. Este, dentre inúmeras definições, é um modo histórico de organização jurídica de determinado território, que surgiu, basicamente, a partir de três elementos fundamentais: soberania, população e território (MORAES, 2012, p. 2).

Desde a sua origem, o significado de Estado se transformou constantemente, de acordo com a evolução de cada sociedade, de modo que foi se readaptando conforme a organização política e jurídica de cada época, em razão da mudança de racionalidade.

Um dos marcos históricos acerca do significado de Estado foi a Declaração de Direitos da Constituição Francesa, que tinha como princípios a liberdade, a igualdade e a fraternidade. Foi nesse contexto, inclusive, que nasceu o constitucionalismo escrito, o qual buscou trazer a racionalização e a humanização para os cidadãos, bem como a garantia de direitos (MORAES, 2012, p. 3)

Assim foi que chegou ao chamado de Estado Democrático de Direito, em razão da aspiração do povo de garantir, respeitar e regular a liberdades individuais. Desse modo, o Estado Democrático de Direito buscava um equilíbrio político-social, capaz de combater a autocracia absolutista. Ou seja, o Estado Democrático de Direito buscou conter o absolutismo e fez com que a lei não fosse mais a expressão de vontade do governante, mas sim a emanção da vontade dos cidadãos (BONAVIDES, 2008, p. 36).

Em razão disso, verifica-se que houve uma nova forma de exercício do poder, a qual buscava assegurar a liberdade individual e controlar de eventuais abusos do Poder Público. Nesse encadeamento de ideias foi que surgiu a democracia representativa, mormente quando se consolidou a universalização do voto.

Por meio dessa perspectiva, de que o povo é soberano, bem como é a fonte legítima dos poderes do Estado, que emerge a concepção de Estado Democrático de Direito, que pretendia afastar o autoritarismo e a concentração de poder (BONAVIDES, 2008, p. 38)

Assim, a partir deste momento, serão analisadas as características do Estado Democrático de Direito, bem como quais são as suas bases e fundamentos, para que seja, posteriormente, investigada a forma como está acontecendo a sua execução - ou não, na atualidade.

Inicialmente, pode-se afirmar que a noção de Estado Democrático de Direito passa, sobretudo, pela análise da eficácia e legitimidade dos procedimentos empregados no exercício de gestão dos interesses públicos, a fim de assegurar a legitimação e a limitação de poder, ampliando-se a ideia de controle.

No caso brasileiro, esses direitos foram sendo conquistados e construídos ao longo dos anos, mormente após a Segunda Guerra Mundial quando surgiu o movimento constitucionalista que acabou refletido na atual Constituição.

A Constituinte de 1946 adveio do repúdio e da exaustão ao Estado Novo, que havia sido marcado por uma ditadura de motivação fascista e totalitária, a qual foi capaz de imobilizar a vida constitucional do país (BONAVIDES, 2008, p.355).

A Carta de 1946 foi um importante passo para a existência constitucional, uma vez que recuperou direitos no plano formal, tais como a liberdade de culto, de pensamento, autonomia para os Estados e Municípios, dentre outros. Cumpre salientar que a Carta de 1946 ainda possuía um viés conservador, contudo, os

direitos nela previstos não devem ser desconsiderados, de maneira que deve ser conhecido o avanço no campo constitucional.

Em razão do pensamento autoritário que ainda marcava a sociedade brasileira, a Carta de 1946, em que pese os direitos conquistados, não se fez efetivamente presente no cotidiano da população, de modo que não houve a sua execução fática (BONAVIDES, 2008, p. 416).

A Carta de 1967 conservou formalmente os direitos e garantias já previstos, embora na realidade tenha deixado a cargo da lei ordinária estabelecer a forma como seria aplicado esses direitos.

Ato contínuo, notadamente no ano de 1984, se verificou um forte movimento da população pela democracia e por direitos. A sociedade passou a buscar soluções democráticas como respostas ao autoritarismo até então vivenciado. Houveram manifestações reivindicando uma nova Assembleia Nacional Constituinte para impulsionar o processo redemocratizador, bem como protestos exigindo eleições diretas em todas as esferas (BONAVIDES, 2008, p. 449).

A Carta Magna de 1988 nasceu do desejo do povo brasileiro, que se demonstrava esgotado com o sistema de exceção e autoritarismo. Nessa toada, a sociedade civil, entidades, estudantes, imprensa e diversos outros, buscavam a consolidação do Estado Democrático de Direito no Brasil, fato que fez com que a Constituição inovasse largamente na concretização de direitos aos cidadãos (BONAVIDES, 2008, p. 456).

Veja-se que, no preâmbulo da atual Constituição, é possível extrair uma série de direitos que vieram a ser assegurados, tais como “a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social [...]” (BRASIL, 1988, <http://www.planalto.gov.br/>).

Outrossim, no seu art. 1º, inciso III, a Carta Magna assegura que um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito no Brasil, é a dignidade da pessoa humana. Este ponto é, sem dúvidas, um dos grandes alicerces da ordem jurídica democrática e justa (BRASIL, 1988, <http://www.planalto.gov.br/>).

Todavia, a expressão dignidade da pessoa humana não é de simples concepção, haja vista a grande carga de abstração e matéria que carrega consigo. Para tanto, na tentativa de elucidar a questão, Sarlet (2012, p. 37) asseverou que tem-se por dignidade da pessoa humana:

A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

A partir disso, verifica-se que a igualdade entre os homens deve ser assegurada pelos poderes públicos, notadamente quanto à elaboração da norma - igualdade na lei, e quanto em relação à sua aplicação - igualdade perante a lei. Contudo, cumpre ressaltar que esse tratamento isonômico não anula a existência de discriminação, porquanto, é necessário tratar de modo desigual àqueles desiguais, no sentido de criar direitos sociais que assegurem um mínimo existencial (JÚNIOR, 2000. p. 241).

Nesse sentido, no Estado Democrático de Direito, que tem como objetivos erradicar a pobreza e construir uma sociedade justa e solidária, a dignidade da pessoa humana deve ser a orientadora de todo o ordenamento jurídico (GOMES; FREITAS, 2010, p. 187)

Observa-se que a dignidade da pessoa humana no Estado Democrático de Direito, assume um papel primordial, em razão do seu valor supremo, de modo que serve como um elemento base para todos os outros direitos fundamentais dos cidadãos e, também, como parâmetro para a aplicação e interpretação constitucional e do ordenamento jurídico (SILVA, 2007, p. 38).

O Estado Democrático de Direito exige a garantia dos direitos fundamentais, os quais devem estar assentados na dignidade da pessoa humana. Nessa linha, verifica-se que há uma profunda relação entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, uma vez que estes, de algum modo, possuem algum conteúdo ou pretensão daquela (SARLET, 2004, p. 84).

Entretanto, apenas a previsão legislativa não basta, porquanto é necessário que o Estado promova políticas públicas ativas que permitam seu efetivo cumprimento.

Os juristas ao aplicarem este princípio, devem ter cautela para que não ocorra a sua utilização de forma negligente. É necessário que o judiciário conheça a abrangência deste princípio, bem como a sua conexão com os direitos

fundamentais, para que não ocorra o emprego descabido, trivial, de maneira que acarrete na sua desvalorização.

A dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais, não devem ser tratados como uma arbitrariedade, baseados em interpretações infundadas que provoquem a sua banalização e um cenário de insegurança jurídica, circunstâncias que são opostas à finalidade do Estado Democrático de Direito.

A partir disso, observa-se que se está diante de um grande problema no Estado Democrático de Direito, visto que a interpretação constitucional é, atualmente, utilizada baseada na vontade popular, quando se trata de decisões de restrição aos direitos fundamentais, de forma que valem-se de impulsos subjetivos moralistas como justificativa da ordem pública.

Por essa razão, passa-se ao Estado Pós-Democrático, este, por sua vez, caracteriza-se pela ausência de limites do poder. Essa ausência se torna possível em razão do processo de desconstitucionalização, sobretudo, no que se refere ao sistema de justiça (CASARA, 2018, p. 70)

No Estado Pós-Democrático houve uma crescente desconsideração dos valores constitucionais tanto da consciência do povo brasileiro, quanto do sistema jurisdicional. Isso se deu, mormente, em função do abandono de vínculos legais impostos aos poderes, fato que acarretou na violação dos princípios constitucionais, caracterizadores do Estado Democrático de Direito (MORAES, 2012, p. 4).

No Estado Pós-Democrático há um empobrecimento subjetivo da razão e da ausência de reflexão. Esse cenário favoreceu a solidificação de poderes sem limites ou controles e, por conseguinte, contribuiu para a instituição de uma regressão pré-moderna.

Esse contexto de Estado Pós-Democrático nos denota a ideia de Estado de Exceção, sendo este anterior àquele, em razão do declínio da democracia e de seus elementos constitutivos, embora estes ainda permaneçam no campo retórico, mas não na realidade fática (AGAMBEN, 2007, p. 24).

Observa-se que no Estado Pós-Democrático os poderes excepcionais funcionam constantemente, como justificativa para garantir a segurança jurídica e amparar a “normalização da exceção”, porém sem qualquer declaração formal (BERCOVICI, 2004, p. 327).

No Estado Pós-Democrático não há mais aquela absoluta e perceptível diferença entre o estado de exceção e a normalidade. O que ocorre neste modelo de

Estado é que a exceção deixa de ser temporária, como estabelecido pela Constituição, e passa ser usada como um pretexto permanente.

O Estado Pós-Democrático é caracterizado pela normalização da violação aos limites democráticos, ou seja, há um desaparecimento de tais limites, à medida em que, o que era exceção, vira a regra e, como consequência disso, aumenta o âmbito de incidência do autoritarismo. Nesse sentido:

No Estado democrático de direito, cabia ao Judiciário assegurar o respeito às regras democráticas e, em especial, aos direitos e garantias fundamentais. Na pós-democracia, ele deixa de exercer a função de assegurar a concretização do projeto constitucional para se tornar, por um lado, um mero homologador das expectativas do mercado e, por outro, um instrumento de gestão dos indesejáveis, daqueles que não interessam à razão neoliberal. O sistema de justiça pós-democrático, portanto, passa a reforçar o neo-obscurantismo na medida em que relativiza os direitos, espetaculariza os processos e trata os valores “verdade” e “liberdade” como mercadorias e, portanto, como objetos que podem ser sacrificados ou negociados. (POMPERMAIER, 2017, < <https://revistacult.uol.com.br/>).

Veja-se que a exceção faz com que o significado do Estado Democrático seja alterado, além disso, o seu objetivo se perde. A utilização de uma crise permanente como pretexto, faz com que haja uma justificação à desconexão com os direitos fundamentais.

Por fim, cumpre destacar que, além dos fatores acima demonstrados, contribui também para a consolidação de um Estado Pós-Democrático, a racionalidade da coletividade. Os detentores do poder se beneficiam e ganham forças com suas medidas de exceção à proporção que aumenta a ausência de racionalidade e desinformação na sociedade. A democracia, que existe apenas no plano formal, é manipulada como explicação para o afastamento das garantias constitucionais, como se fosse em prol de algo maior à população.

Nesse sentido, é imperiosa a análise dos inúmeros conceitos e características do Estado de Exceção, para que seja possível entender qual a sua conexão com o Estado Pós-Democrático, bem como o atual cenário vivido no Brasil.

2.2 Os vários significados de estado de exceção

O estado de exceção, conforme menciona Agamben (2003, p. 12), se apresenta como uma forma legal daquilo que não pode ter forma legal e, além disso, tende a se exibir cada vez mais como o paradigma de governo dominante, ou seja,

há uma tendência em se transformar em uma prática duradoura de governo. Para o referido autor, o estado de exceção é como um patamar de indeterminação entre a democracia e o absolutismo.

Para Schmitt (1921, p. 137) o estado de exceção é uma suspensão da ordem jurídica, todavia, para ele, mesmo assim ainda existe uma ordem, mesmo que não seja jurídica.

Schmitt (1921, p.137) faz uma distinção entre ditadura comissária e a ditadura soberana. A ditadura comissária seria aquela em que o estado da lei não se aplica, mas a lei permanece em vigor. Já a ditadura soberana, seria um estado de lei que se aplica, todavia, não está formalmente em vigor, nesta, o autor considera que soberano é quem pode decidir sobre o estado de exceção, ele seria o responsável pela decisão de suspender a constituição.

O estado de exceção seria, portanto, a separação da norma de sua aplicação, isto é, ocorre uma oposição entre a norma e a sua realização fática (SCHMITT, 1921, p. 19).

Nesse sentido, Agamben (2003, p. 63) asseverou:

O estado de exceção é, nesse sentido, a abertura de um espaço em que aplicação e norma mostram sua separação e em que uma pura força-de-lei realiza (isto é, aplica desapplicando) uma norma cuja aplicação foi suspensa. Desse modo, a união impossível entre norma e realidade, e a consequente constituição do âmbito da norma, é operada sob a forma da exceção, isto é, pelo pressuposto de sua relação. Isso significa que, para aplicar uma norma, é necessário, em última análise, suspender sua aplicação, produzir uma exceção. Em todos os casos, o estado de exceção marca um patamar onde lógica e práxis se indeterminam e onde uma pura violência sem *logos* pretende realizar um enunciado sem nenhuma referência real.

Veja-se que o estado de exceção não se refere a uma indeterminação normativa ou uma dúvida sobre o alcance de sua norma, haja vista que se trata de uma incompatibilidade entre a finalidade da norma jurídica e o resultado alcançado pela sua aplicação (VALIM, 2017, p. 17).

No Brasil, conceito legal de Estado de Exceção é aquele previsto na Constituição da República, o qual estabelece medidas excepcionais – Estado de Defesa e Estado de Sítio, à legalidade, para restauração da ordem em períodos de anormalidades (BRASIL, 1988, <http://www.planalto.gov.br/>).

Essas medidas excepcionais permitem que sejam suspensas certas garantias constitucionais, por determinado tempo e em lugares específicos, de modo

que possibilita, conseqüentemente, o poder de repressão do Estado, condição esta justificada pela gravidade da perturbação da ordem pública (MORAES, 2012, p. 839).

O Estado de Defesa é caracterizado por medidas de emergência, o qual é decretado pelo Presidente da República e não requer autorização do Congresso Nacional para sua decretação. As hipóteses de sua decretação estão previstas no art. 136, caput da Constituição Federal, quais sejam: ordem pública ou paz social ameaçada, instabilidade institucional ou calamidade natural (BRASIL, 1988, <http://www.planalto.gov.br/>).

Para isso, o decreto presidencial deverá, ainda, estabelecer o prazo de sua duração, especificar as áreas abrangidas, bem como indicar quais serão as medidas coercitivas.

Quanto ao Estado de Sítio, este apresenta maior gravidade em relação ao Estado de Defesa, evidenciada, inclusive, pelo fato de que o Presidente da República deve solicitar autorização do Congresso Nacional, por maioria absoluta, para consumir o decreto (BRASIL, 1988, <http://www.planalto.gov.br/>).

As hipóteses para decretar o Estado de Sítio estão previstas no art. 137, incisos I e II, da Constituição, são elas: comoção nacional, ineficácia do Estado de Defesa, declaração de guerra ou resposta à agressão armada estrangeira (BRASIL, 1988, <http://www.planalto.gov.br/>).

No que se refere às restrições de direitos, no Estado de Defesa, podem ser restringidas as previsões do art. 5º, nos seus incisos XII (sigilo de correspondência e de comunicações telegráficas e telefônicas), XVI (direito de reunião), LXI (prisão somente por flagrante delito ou ordem judicial competente), conforme determinado pelo art. 136, ambos da Constituição Federal (BRASIL, 1988, <http://www.planalto.gov.br/>).

Quanto às restrições no Estado de Sítio, se este for decretado em razão de comoção nacional ou ineficácia do Estado de Defesa, as restrições serão, além das supramencionadas, as previstas no art. 5º, nos incisos XI (inviolabilidade domiciliar), XXV (direito de propriedade) e no art. 220, que trata da liberdade manifestação de pensamento, criação, expressão e informação, todos da Constituição Federal (BRASIL, 1988, <http://www.planalto.gov.br/>).

No caso do Estado de Sítio ser decretado por motivo de declaração de guerra ou resposta à agressão armada estrangeira, em tese, poderão ser restringidas todas

as garantias constitucionais, desde que presentes três requisitos, quais sejam, necessidade de efetivação da medida, de que o tema tenha sido objeto de deliberação no Congresso Nacional e, por fim, estar prevista expressamente no decreto presidencial, conforme dispõe os arts. 138 e 139, caput, ambos da Constituição Federal (MORAES, 2012, p. 840)

Cabe destaque, ainda, que essas medidas excepcionais são passíveis de controle de legalidade, ou seja, é possível que o poder judiciário reprima eventuais abusos ou ilegalidades cometidas durante as medidas de exceção, pois a excepcionalidade não permite a total supressão de direitos e garantias automaticamente, devendo ser obedecidos uma série de requisitos para cada caso (MORAES, 2012, P. 841).

Outrossim, cumpre salientar que, este conceito de estado de exceção é notadamente caracterizado pelo seu caráter temporário, provisório e determinado.

Todavia, os institutos jurídicos excepcionais previstos pela Constituição não são utilizados, o que se verifica, na era pós-moderna, é o emprego de medidas excepcionais muito além das regularizadas juridicamente para os casos de necessidade.

No contexto de Estado Pós-Democrático, as medidas excepcionais são usadas como técnicas de governo, operadas por práticas difusas mascaradas de legalidade do Direito. Assim, nota-se que as técnicas excepcionais que permeiam o ordenamento jurídico brasileiro, não são claramente declaradas, de modo que demonstram a permanência do Estado Democrático de Direito apenas no seu âmbito formal (CASARA, 2018, p. 63).

O Estado de Exceção tem forte ligação com o ordenamento jurídico, haja vista que este se favorece dessas medidas para sua própria manutenção, nas palavras de Agamben (2003, p. 48) “É como se o direito contivesse uma fratura essencial entre o estabelecimento da norma e a sua aplicação e que, em caso extremo, só pudesse ser preenchido pelo estado de exceção [...]”.

Há uma falta de correspondência entre a norma jurídica e a decisão proferida, isto é, no Estado de Exceção o poder político é algo diferente do resultado da sua fundamentação. Por conseguinte, o poder judiciário ao recorrer a essas medidas excepcionais, faz com que suas decisões tenham força de lei, como um efeito jurídico decorrente de uma legislação formalmente válida (GOMES; MATOS, 2017, p. 1777)

Por essa razão, a expressão “força de lei” seria um conceito integrante do Estado de Exceção, pois este é caracterizado, justamente, pela manifesta desconexão entre a norma jurídica e a sua aplicação na decisão. Assim, no Estado Pós-Democrático, marcado pelo Estado de Exceção permanente, surge a figura do pós-positivismo, em substituição do positivismo jurídico (GABARDO, 2017, p. 68).

No Brasil inclusive, não são só apenas decisões que reforçam a ideia de “força de lei”, porquanto, há decretos que desempenham este mesmo papel, como exemplo, as Medidas Provisórias, as quais são justificadas pela urgência das demandas públicas e que, por esse motivo, não poderiam aguardar os trâmites do processo legislativo. Entretanto, na realidade prática, tem-se aberto um grande espaço para a utilização abusiva dessas medidas, de modo que passam a se tornar como regras.

No positivismo havia uma decorrência lógica entre a norma jurídica e a decisão, sendo essa a premissa maior para o julgamento, e a análise do caso concreto seria a premissa menor, de forma que, ao somar essas premissas, chegaria ao resultado da decisão. Todavia, o que ocorre no Estado de Exceção – pós-positivismo, é justamente o oposto, haja vista a incongruência entre o julgamento e os direitos e garantias positivadas (CASARA, 2018, p. 83)

A sociedade brasileira possui na sua história uma tradição autoritária, caracterizada na crença de que é necessário o uso da força para resolver os problemas sociais, bem como apoiar pactos elitistas. Nessa linha, a racionalidade neoliberal permite a naturalização de um autoritarismo, sem qualquer resistência.

Nesse sentido, a falta de observação crítica, reflexiva, faz com que seja mais simples relativizar as garantias constitucionais, extinguir direitos dos mais hipossuficientes. Somado a isso, deve-se levar em conta, ainda, a dominação empregada através dos meios de comunicação em massa, que fabricam e vendem ao povo ilusões que convencem que o Estado Pós-Democrático e suas medidas excepcionais são razoáveis e necessários.

2.3 Brasil, um país Pós-Democrático?

A Constituição brasileira de 1988 resultou de um amplo processo democrático que foi sendo construído historicamente ao longo dos anos, foi ela que trouxe a

inovação e possibilitou de fato o desenvolvimento da democracia, bem como assegurou uma série de direitos e garantias fundamentais.

A atual Constituição foi uma reação aos regimes autoritários que, até então, eram prevalentes. Desse modo, a Carta Magna criou um sistema político altamente democrático, com organizações partidárias fragmentadas e, principalmente, viabilizou o fortalecimento das instâncias de controle e aplicação da lei.

Ademais, a Constituição originou direitos sociais de caráter progressistas, a fim de promover a igualdade, erradicar a pobreza e construir uma sociedade justa e solidária, motivos pelos quais, inclusive, é denominada como uma Constituição cidadã.

Ocorre que há aproximadamente sete anos iniciamos uma crise constitucional, notadamente quanto ao processo democrático, em que se instaurou uma crise política e institucional.

Inúmeros foram os fatores que colaboraram no desencadeamento da instabilidade, dentre eles, a crise econômica que passou a eclodir a partir do ano de 2013, que resultou em uma profunda recessão dos direitos sociais. Aliado a isso, ampliou-se explicitamente a desigualdade e, ainda, o conflito entre classes, o que favoreceu o advento de condutas populistas e oportunistas (COELHO; BORBA, 2016, p. 221)

Ademais, houve os sucessivos escândalos de corrupção, fato que gerou desestabilização do governo e, por conseguinte, uma insegurança no sistema político. A partir disso, desenrolou-se um forte alvoroço político, com o aumento da hostilidade e da intolerância da população.

Nesse contexto, as prerrogativas institucionais, sobretudo do judiciário e os mandatos políticos, passaram a ser aplicados de modo mais incisivo, muitas vezes com o objetivo de atingir adversários no poder.

Assim, os direitos constitucionais passaram a sofrer uma relativização, de modo que os detentores do poder os usam de acordo com o que lhes favorece. Destarte, ferramentas que eram previstas na Constituição, com o objetivo de assegurar a estabilização democrática, começaram a ser empregadas como estratégias para a obtenção do poder (CASARA, 2018, p. 52).

Nessa perspectiva, o Brasil deu início a uma vivência de regressão no seu modelo de Estado Democrático de Direito.

Para ilustrar brevemente, cabe citar alguns exemplos que demonstram fatos da crise constitucional, dentre eles, as manifestações que ocorreram em junho de 2013, marcada pela deficiência nas políticas públicas sociais, ampla corrupção eleitoral e impunidade.

Outros fatores, passíveis de exemplo, que evidenciam a crise na democracia são o impeachment da ex-presidente Dilma Rousseff, bem como o julgamento de sua chapa no Tribunal Superior Eleitoral, o lançamento de uma desconfiança, pelo candidato Aécio Neves acerca da seriedade do processo eleitoral e, também cabe citar, o atentado à vida do candidato à presidência na época, Jair Bolsonaro (VIEIRA, Oscar, p. 16).

Veja-se foram ocorrendo inúmeros casos de batalhas, conflitos em busca pelo poder, e conseqüentemente, ao decorrer desses acontecimentos os princípios e as garantias constitucionais passaram a serem colocados em segundo plano.

Inclusive, houve grupos de pessoas que reivindicaram a volta dos militares ao poder político, fazendo com que ressurgisse a figura do autoritarismo, situação que demonstrou que a democracia estava, mais uma vez, ameaçada.

Esse cenário facilitou o advento de violência, crescimento da intolerância da sociedade, bem como favoreceu o fortalecimento de líderes que se valiam se discursos hostis, os quais atacavam expressamente os valores constitucionais.

Por conseguinte, essa desconstitucionalização no Estado Pós-Democrático, fez com que aumentasse a ausência de limites do exercício do poder, tanto político quanto o jurisdicional. Em razão disso, o sistema de vinculação legal imposto aos poderes é abandonado, de modo que se instaura uma desordem argumentativa e oportunista.

Nesse sentido, verifica-se que no Brasil Pós-Democrático há um empobrecimento subjetivo, característico da razão neoliberal, que provoca uma crise nas instituições. Nessa linha, surgem debates hostis os quais apresentam verdades que não admitem reflexões e, como consequência, dividem a população em uma espécie de rivalidade entre si, por isso, pode-se dizer também que a sociedade brasileira vive uma regressão pós-moderna GABARDO, 2017, p. 73).

Um dos grandes picos desse fenômeno foi o impeachment da ex-presidente Dilma Rousseff, que foi marcado pela desconfiança na democracia representativa e, portanto, em relação aos direitos e garantias postos na Constituição, os quais foram, inclusive, entendidos como obstruções à vontade da população.

Nesse fenômeno, foi assentada uma das fissuras no modelo democrático, haja vista que o aumento da razão neoliberal nos discursos proferidos pelos atores sociais, bem como a ausência de fundamentação jurídica das decisões, favoreceu o aparecimento de novos líderes que se colocavam na posição de salvadores da pátria.

Além, de dividir a população, abriu espaço para o autoritarismo. Ademais, viu-se que grande parcela da sociedade brasileira apoiou o impeachment sem qualquer base de cunho jurídico, científico ou constitucional, de tal forma que o que efetivamente importava, era a verdade que cada um carregava consigo.

Neste cenário, surgiu os novos líderes que se apresentavam como heróis que satisfariam a vontade da maioria da população, mesmo que para isto fosse necessário abandonar limites constitucionais, políticos e violar direitos. Assim, verifica-se que no Estado Pós-Democrático não há uma atenção voltada para a inclusão social das minorias, redução da desigualdade, comprometimento com as normas jurídicas e garantias constitucionais. Nesse sentido:

[...] Para dar uma resposta simbólica aos pleitos por segurança e, ao mesmo tempo, atender aos fins do mercado, ocorre o endurecimento das políticas policiais, penitenciárias e judiciárias. A retração dos investimentos sociais, que poderia ser fonte de conflitos, é compensada pela expansão das medidas penais, aplicadas cada vez com maior intensidade em resposta às mutações do campo do trabalho, ao crescente desemprego, ao desmantelamento do proletariado, à mutação da correlação de forças entre as classes, dentre outros fenômenos que se dão sob a bandeira do neoliberalismo e que estão ligados à reconfiguração do poder político de acordo com os interesses materiais e simbólicos dos detentores do poder econômico. (CASARA, 2018, p. 144)

O sistema de justiça conduzido pelo Poder Judiciário também contribui, de sobremaneira, para a solidificação do Estado Pós-Democrático, porquanto, deixa de reconhecer e aplicar os limites do exercício do poder, a medida em que profere decisões fundamentadas não em argumentos jurídicos, mas sim em um moralismo político, de modo que os agentes jurídicos se tornam protagonistas na sociedade. Nesse sentido, as democracias vão sendo corroídas, a medida em que as instituições se mantêm formalmente, mas seus papéis não são colocados em prática (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 33).

Conforme observou Casara (2018. p. 46), a razão neoliberal passou a condicionar a atuação dos atores jurídicos que, ainda que inconscientemente, abandonam a pretensão de servirem como garantidores dos direitos fundamentais.

Veja-se que o assentamento de juízos moralistas faz com que haja uma desconsideração do material probatório e uma desvinculação com a norma, permanecendo como prevalente a discricionariedade do julgador. À vista disso, inúmeras vezes os direitos e garantias fundamentais são vistos como obstáculos ou então são ignorados sob a justificativa de que se trata para algo maior, se apresenta como em nome da vontade da população.

Um exemplo desse fenômeno foi a Operação Lava Jato, na circunstância em que foi vazado, em rede nacional, o teor de diversas conversas telefônicas que estavam sob investigação, inclusive, da ex-presidente Dilma com o, também ex-presidente, Lula. Veja-se que nesta ocasião ocorreu explicitamente violações há garantias constitucionais.

Observa-se que além desse ambiente de fragilização dos direitos fundamentais e de garantias, o Estado Pós-Democrático também é marcado pela indústria da informação em massa, bem como pelas fontes de informação produzem mecanismos de direcionamento, seleção de notícias para influenciar na opinião pública.

É construído um senso comum dominante sobre a sociedade, de modo que a ciência e o conjunto probatório jurídico, bem como as normas, perdem força visivelmente.

Os líderes se utilizam das propagandas e das informações como instrumentos a seu favor, no sentido produzir conteúdo em massa, direcionado ao público maior com o objetivo de controlar a opinião pública, se apresentando como figura carismática.

Todavia, isso influencia a população negativamente, uma vez que a maioria dessas informações não possuem compromisso com a verdade e, além disso, desconsideram os valores democráticos.

Nessa linha, a pós-democracia é caracterizada pela transformação exacerbada das coisas em mercadoria, sob interferência das formas como as notícias são transmitidas, de modo que os valores constitucionais perdem sua importância e passam a serem tratados como instrumentos que ora são convenientes e ora são julgados como obstáculos aos desejos da sociedade (SEVERO, 2018, <<http://estadodedireito.com.br/>>)

A partir daí, é possível dizer que a pós-democracia também é fortalecida pelo fenômeno da pós-verdade, na medida em que esta desconsidera o cientificismo e emprega atenção em pretensões ideológicas e crenças.

Por essa razão, cabe analisar a forma como a pós-verdade influencia na concretização do Estado Pós Democrático, bem como o modo que contribui para o crescimento do autoritarismo e dos conflitos entre diversas camadas da sociedade.

3 A PÓS-VERDADE COMO PARADIGMA DE FUNDO DO ESTADO PÓS-DEMOCRÁTICO

A verdade atualmente, foi transformada em pós-verdade, sendo que esta figura ganhou ainda mais força com a consolidação do Estado Pós-Democrático.

À vista disso, é necessário um estudo acerca do que vem a ser a pós-verdade, bem como qual o seu papel como paradigma de fundo no Estado Pós-Democrático.

Para tanto, será estudado ao longo deste capítulo a conceituação da pós-verdade e no que ela se difere, bem como qual a sua influência na pós-democracia e as consequências acarretadas.

3.1 Caracterizando a pós-verdade

A era da pós-democracia trouxe uma série de mudanças na vida das pessoas de um modo geral, essa modificação provocou inúmeras transformações nas garantias democráticas, nos direitos sociais, no Estado, no modo de governar e, além disso, houve também o retorno predominante da razão neoliberal e o fortalecimento do individualismo.

O Estado Pós-Democrático é marcado por uma mudança de paradigma, nele há a ascensão de ideias e partidos conservadores, acentuação de violência e hostilidade nos discursos da população. Conseqüentemente, a razão neoliberal e a ausência de reflexão voltam a ter um papel destaque na sociedade.

À vista disso, verifica-se que a figura da pós-verdade tem forte influência na consolidação do Estado Pós-Democrático e, ademais, faz com que ele se fortaleça ainda mais. Para tanto, é necessário abordar, então, o que consiste na pós-verdade, qual o seu significado e de que modo ela efetivamente interfere no assentamento desse modelo de Estado.

Apesar da expressão “pós-verdade” já existir há tempos, apenas no ano de 2016 o termo ganhou força e largo destaque nas discussões políticas, acadêmicas e sociais. Desde então, o debate em torno da pós-verdade alcançou notoriedade em inúmeros países, inclusive no Brasil.

Nesse sentido, é necessário avançar na conceituação da expressão, para tanto, é preciso também dissociar o que se trata e o que não é o fenômeno da pós-verdade, pois, muito se confunde o que vem a ser esse termo. Inicialmente, cabe

destacar que esse fenômeno não necessariamente sinônimo de mentira, tampouco de *fake News*, embora esses elementos possam constituir uma face da pós-verdade.

A pós-verdade pode ser definida como uma verdade formada a partir de crenças e ideologias e que, na maioria das vezes, nega a realidade dos fatos apresentados, de modo que a sua cultura de difusão afeta a credibilidade da ciência, as provas no âmbito jurídico e os valores democráticos (DUNKER, 2018, p. 15).

Nesse sentido, a pós-verdade é caracterizada pela explícita ausência de preocupação com o conteúdo, com a fundamentação das exposições, fato este que provoca a disseminação em massa, pela sociedade, do senso comum como premissa. A pós-verdade acarreta em uma verdadeira desinformação da sociedade, na medida em que a ciência é enfrentada por elementos morais subjetivos e o conteúdo intelectual é degradado. (DUNKER, 2018, p. 17).

Veja-se que a verdade, os discursos, devem ser pautados por fundamentação adequada, baseados em fatos, conexões, racionalidade, cientificismo, dentre outros. Contudo, na pós-verdade, essas reflexões não acontecem, a ciência e a intelectualidade são rigorosamente diminuídas. Assim, todas as conquistas alcançadas até então, com movimentos como o iluminismo, na pós-verdade e no Estado Pós-Democrático, voltam a perder força e dar espaço ao individualismo, egocentrismo e superstições.

Há uma inexistência de fundamentação, ou então, há uma ausência de evidências para tanto, de tal forma que basta a ideologia que está presente no indivíduo, sua crença, sua superstição. Nesse caso, não há necessidade referências, explicações entre as causas e as conexões, de modo que basta simplesmente a verdade individual que cada um carrega consigo, daí a figura do egocentrismo (SEIXAS, 2019, p. 124).

Basta qualquer fundamentação baseada em mitos, superstições, argumentos de cunho religioso ou moral, desde que isso vá de encontro à vontade individual do cidadão. Assim é criada a sua própria verdade, mesmo que isso seja contrária a qualquer evidência.

Neste contexto é que a ciência é diminuída, pois as proposições morais e ideológicas não permitem que sejam analisadas e trabalhadas cientificamente as matérias. Destarte, mesmo que a ciência mostre um resultado diverso, para o indivíduo que carrega a pós-verdade, isso não surtirá efeitos, porquanto, isso será

considerado como uma mera formalidade em razão do conflito que apresenta com sua opinião.

[...] a era da pós-verdade, entretanto, é a indisponibilidade ao diálogo entre as distintas opiniões, pela consideração, valorativa, por certo, de já se conhecer a “única verdade possível” sobre determinada questão. Isso se dá devido à existência de um conjunto de vieses cognitivos, dentro os quais o viés de confirmação, a saber, a tendência em tratar, preferencialmente, as informações que confirmem nossas crenças em detrimento das que as invalidam (BRONNER, 2013, p.53)

Por esse motivo, diz-se que a pós-verdade recupera aspectos da era pré-moderna, haja vista a grande subjetividade e irracionalidade que a acompanha, uma vez que possui como suporte convicções contextuais e ideológicas.

Nessa perspectiva, é também que ocorrem diversas implicações políticas, institucionais, porquanto estas dependem de descrições e narrativas, mas também afeta a própria relação cotidiana entre as pessoas.

Veja-se que, mormente nas políticas, por sua natureza, exige-se que haja discurso, lógica, racionalidade, todavia, na pós-verdade, quando as ideias vão em contrariedade às opiniões subjetivas dos indivíduos, estes reagem com discursos hostis.

Há, portanto, uma cultura da indiferença, não resta espaço para escutar o outro, refletir, reconhecer sua concepção e mudar de posicionamento, como se exigia na era da modernidade, na qual prevalecia a racionalidade.

Esse fator faz com que os meios de comunicação se utilizem dessa ferramenta para promover opiniões em massa, mesmo que não haja uma fundamentação concreta, com o fim de controlar a opinião pública. Aliado a isso, está a rotina acelerada provocada pela era digital, na qual as pessoas não possuem tempo, tampouco interesse, em investigar de modo mais profundo as informações que lhes são passadas.

A facilidade de acesso promovida pela tecnologia permite que sejam acessados pacotes de informações, compostos por textos, vídeos, imagens, tudo em um mesmo momento, em uma única só vez. Esse fato diminui a profundidade da narrativa, haja vista que a mente passa a selecionar informações.

Consoante a isso, conforme menciona Duncker (2018, p. 23), o raciocínio acolhe ou descarta, inibe ou estimula rapidamente o progresso da comunicação com o próximo, no sentido de que, da mesma maneira em que é imediato o acesso à

informação, é também o desligamento dela. Isso gera uma grande quantidade de falas interrompidas, cruzadas e sem destinatários, de modo que contribui profundamente para a propagação da pós-verdade.

A concentração dos meios de comunicação em massa, a fábrica da informação, transmitidas através das novas tecnologias, tornam os consumidores, no contexto da pós-verdade, indivíduos acrílicos. À vista disso, o que ocorre é uma verdadeira era da desinformação.

Nesse sentido, Duncker (2018, p. 32), observa sobre a pós-verdade:

[...] Não se trata de pedir ao interlocutor que acredite em premissas extraordinárias ou contraintuitivas, mas de explorar preconceitos que o destinatário cultiva e que, gradualmente, nos levam a confirmar conclusões tendenciosas. Por exemplo, tendemos a achar que uma coisa é a ciência, com sua autoridade neutra e imparcial, e outra coisa é o que nós fazemos com a ciência, disputando ideológica ou politicamente suas implicações ou traduzindo suas descobertas em aplicações tecnológicas.

A pós-verdade, portanto, não significa o relativismo desenfreado, ela está ligada estritamente ao irracionalismo, ela é composta pelas verdades óbvias.

Com efeito, a pós-verdade é a ultrapassagem do desejo de obter a verdade, quando esta é divergente do entendimento do indivíduo. Ou seja, há um forte desinteresse das pessoas em verificar os fatos das verdades, em nome das suas próprias convicções e das suas ideologias.

Conforme analisa Emediato (2016, p.17), as verdades, em razão das suas relatividades, necessitam que sejam validadas. A partir daí, o autor menciona alguns critérios: na esfera científica, como exemplo, os critérios são metodológicos e epistemológicos, a validação se dá por meio das bases *epistêmicas*; no jurídico, as bases são *deônticas*; e no político as bases para validação *ideológicas*.

Isso faz com que o discurso social não tenha uma verdade absoluta, uma vez que ele é composto por verdades relativas, por possibilidades e probabilidades, de modo que depende da validação de cada um. Relacionado a isso, Emediato (2016, p. 16), afirma que as verdades são construções sociais e humanas e, em razão disso, podem ser explicadas, justificadas, relativizadas, validadas e também, falseadas.

Abre-se espaço para que os indivíduos aceitem somente aqueles discursos que vão de encontro as suas crenças e ideologias. Por conseguinte, os demais fatos

e evidências que estão em contrariedade com suas identidades, são por eles meramente invalidados.

A partir disso, verifica-se que a pós-verdade revela, portanto, uma indisposição para o diálogo quando se trata de opiniões contrárias, haja vista o poder de invalidação que cada pessoa tem sobre o discurso diverso de suas convicções.

Há previamente uma construção de um juízo de valor, a pessoa da pós-verdade carrega consigo única verdade possível sobre determinado assunto. Assim, observa-se que há um certo autoritarismo na interpretação, que faz com que os indivíduos possam rejeitar as ideias contrárias às suas e compartilhar concepções que se assemelham (SEIXAS, 2019, p. 133).

Todavia, essa predisposição, provoca uma ausência de reflexão sobre o que é informado, fazendo com que não haja uma busca do que efetivamente é verdadeiro. Assim, há no sujeito um desejo por determinada verdade, e não pela verificação da sua veracidade e relação com os fatos e fundamentos.

As crenças e ideologias do indivíduo possuem uma característica sólida, de tal maneira que há uma indisposição de investigação. Consoante a isso, para a pessoa que carrega a pós-verdade, renunciar a sua verdade, seria como renunciar a si mesmo, à sua identidade.

À vista disso, percebe-se que o fenômeno da pós-verdade apresenta grande complexidade, na medida em que as pessoas não verificam a realidade dos fatos de determinada informação, não buscam evidências, fundamentos. Ademais, fazem com que esteja presente no mundo contemporâneo a irracionalidade em nome de suas próprias ideologias e convicções.

Verifica-se que a pós-verdade traz inúmeras repercussões para a sociedade, dentre elas está a forte influência na consolidação do Estado Pós-Democrático. Nessa linha, observa-se também forte interferência nos sistemas das instituições, notadamente na política e no mundo jurídico.

Em razão disso, é necessário abordar qual a efetiva relação da pós-verdade com o Estado Pós-Democrático, bem como de que modo ocorre esta influência nas instituições que acarretam na violação de normas e garantias constitucionais.

3.2 A influência da pós-verdade na solidificação do Estado Pós-Democrático na sociedade brasileira

O Estado Pós-Democrático é marcado por um Estado sem limites ao exercício do poder, no qual se abre espaço para o neoliberalismo. Do mesmo modo, o poder econômico e o poder político se aproximam de tal forma que se se identificam. Em razão disso, as ações passam a ser voltadas para o mercado, não só no âmbito político, mas também no judiciário.

O irracionalismo que se instaurou na sociedade brasileira influenciou, de sobremaneira, no estabelecimento da pós-democracia. Nesse sentido é que se verifica que a pós-verdade é um dos elementos que estimulou o Estado Pós-Democrático.

Veja-se que o Estado Pós-Democrático revela a exclusão social de grande parte da sociedade, apresenta forte violação de direitos e garantias constitucionais, os quais são rompidos sob justificativas de ser em nome de algo maior. Além disso, inúmeras normas constitucionais são exibidas pelos detentores do poder como obstáculos (LEAL, 2001, p. 218).

A partir desses elementos, verifica-se que a pós-verdade dá condições para o exercício do Estado Pós-Democrático, uma vez que a ausência de reflexão, a falta de interesse pela busca de referências e fundamentos, facilita os detentores do poder de praticar ações que vão em contrariedade as normas jurídicas, bem como favorece a manipulação da sociedade sobre determinadas questões (CASARA, 2018, p. 29).

Assim, a pós-verdade desenvolve caminhos que propicia o avanço do Estado Pós-Democrático, pode-se dizer que ela, de certa forma, facilita as execuções de atividades voltadas à consolidação deste modelo de Estado.

Além disso, as tecnologias atuais aceleram os tempos, o mundo se globaliza em uma velocidade imensa. Em decorrência disso, os meios de comunicação se multiplicam e carregam consigo um acúmulo de informações emaranhadas.

Esses fatores auxiliam no assentamento da pós-verdade, bem como abrem espaço para a individualização e para a busca pela realização de aspirações pessoais, haja vista que o indivíduo, cada vez mais, possui acesso a dezenas de informações simultâneas e seleciona apenas aquilo que corresponde as suas convicções (DUNKER, 2018, p. 47).

À vista disso, verifica-se que são uma série de elementos que interferem na propagação da pós-verdade e, conseqüentemente, na estabilização do Estado Pós-Democrático.

A individualização na pós-verdade, impulsionada pelas ideologias e convicções que cada um possui, faz com que seja prejudicado o senso de coletividade da sociedade e, por conseguinte, ocasiona-se uma apatia pela coisa pública.

Ato contínuo, essa apatia torna-se uma base para abandonar os valores democráticos, de modo que muitas vezes o direito é colocado frente aos cidadãos como obstáculos e não um instrumento de garantias.

É nessa linha que, inúmeras vezes, utiliza-se como justificativa a violação de um direito constitucional, para satisfazer um anseio de certa parcela da população, e assim, em diversos casos o direito é colocado em segundo plano.

Os indivíduos, não procuram refletir sobre as irregularidades que levam isso a ocorrer, tampouco os meios e as fontes utilizadas para tanto, para eles basta apenas o conteúdo da informação, independentemente de qualquer violação constitucional. Veja-se, portanto, que mais uma vez há uma despreocupação com a fundamentação empregada.

Assim, torna-se explícito o fenômeno da pós-verdade, na medida em que basta a correspondência entre o teor da informação e a ideologia ou convicção que o indivíduo carrega consigo, demonstrando, mais uma vez, a figura do egocentrismo. Aliado a isso, fica evidente também o assentamento do Estado Pós-Democrático, ao passo que condutas de violação normativas são aceitas e assimiladas como algo dentro da normalidade.

A pós-verdade inaugura uma reflexão prática e política sobre o que devemos entender por verdade e sobre a autoridade que lhe é suposta. O traço maior da subjetividade em tempos de pós-verdade será exatamente esta aptidão para a inversão sem transformação. Inversão que vai da posição “pós-moderna” para a posição “pós-verdadeira”, sem que ambas entrem propriamente em conflito. [...] Surgiu assim a versão nacional da aliança entre um neoliberalismo mitigado em matéria de economia e uma nova pauta de liberalização dos costumes. Em nossas pequenas decisões linguísticas ou comportamentais, de consumo e de estilo, no campo do trabalho, do saber e do amor, há um jogo envolvendo o poder (DUNCKER, 2018, p.72)

Na pós-verdade, os indivíduos se apresentam como capazes de construir suas próprias verdades e crenças de modo independente e que, por conseguintes, tornam-se indiscutíveis.

Esses fatores fazem com que a manipulação seja facilitada e ainda, abre caminho para que população seja enganada com a divulgação em massa de

notícias falsas, as chamadas *Fake News*, uma vez que a sociedade passa a considerar falas infundadas como reais e, além disso, apoia em grande escala posturas extremas, baseadas no egocentrismo, em superstições, ideologias, dentre outros.

É nesse sentido, pois, que a pós-verdade propicia um ambiente favorável para a consolidação do Estado Pós-Democrático. Os detentores do poder se valem desse espaço para difundir propagandas com objetivos de manipular a opinião pública e, a partir daí, empreender condutas que lhes sejam favoráveis, mesmo que isso esteja em contrariedade com os dispositivos constitucionais.

Como a população cria verdades absolutas, baseadas em suas crenças e ideologias individuais, não há qualquer tipo de objeção a essas condutas tomadas, desde que não estejam em contrariedade às convicções dos indivíduos. Nessa linha, atuações que deveriam ser refutadas, são consideradas naturais e, como consequência, o que era exceção passa a ser aceita como regra.

Por esse motivo, é fundamental a distinção daquele Estado de Exceção, anteriormente estudado, que é originário da Constituição e por ela previsto, em relação a este, que é caracterizado por medidas excepcionais, que violam os direitos, porém, essas deliberações deixam de ser exceção e passam a ser paradigma no Estado Pós-Democrático.

Se no Estado Democrático de Direito, como exemplo, o impeachment é uma medida excepcionalíssima, que só pode se consumir mediante a existência indubitável do crime de responsabilidade, no modelo pós-democrático, juntamente com o fenômeno da pós-verdade, não há a necessidade dessa comprovação indiscutível, basta que os detentores do poder político e econômico desconsiderem os requisitos impostos pela Constituição.

Em razão disso, diz-se que no Estado Pós-Democrático há uma ausência de limites ao exercício do poder, uma vez que práticas como a violação do devido processo legal, desconsideração de valores democráticos, a utilização de provas ilícitas, o vazamento ilegal de interceptações, tudo isso passam a ser naturalizadas e vistas, aos olhos dos cidadãos, como condutas normais (AGAMBEN, 2007, p. 19).

Assim, os detentores do poder, valem-se da irracionalidade, da ausência de reflexão, da despreocupação com a fundamentação, para manipular a sociedade e, ato contínuo, justificar o abandono de direitos e garantias fundamentais, bem como justificar a violação dos valores constitucionais democráticos.

A democracia continua valendo formalmente, porém a sua aplicação e o seu conteúdo desaparecem em razão da acrítica produzida pela pós-verdade. É assim, que se vive as mortes das democracias. A pós-verdade, baseada nas superstições e no senso comum, provoca um cenário de demonização da política, na medida em que esta deixa de ser percebida como um meio de concretização e conquistas de direitos e passa a ser assimilada como algo negativo (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 33).

Veja-se, portanto, que a pós-verdade leva ao afastamento da consciência de Estado Democrático de Direito. Isso faz com que a sociedade aceite a naturalização do Estado Pós-Democrático e, por conseguinte, a desconstitucionalização do sistema de justiça em razão do abandono dos vínculos legais impostos aos poderes, inclusive no que se refere ao poder jurisdicional.

Ante o contexto exposto, nota-se que a pós-verdade influencia profundamente na consolidação do Estado Pós-Democrático, de tal maneira que traz inúmeras consequências negativas para as garantias constitucionais e os valores democráticos.

Assim, além de analisar a forma como a pós-verdade motiva solidificação do Estado Pós-Democrático, é imprescindível também, para este estudo, investigar sua consequência, qual seja, colocar em risco a democracia e os direitos fundamentais.

3.3 As ameaças à democracia e aos direitos fundamentais no paradigma da pós-verdade

A pós-verdade, caracterizada pela verdade formada a partir de crenças e ideologias e que, além disso, apresenta despreocupação com as fundamentações, motivou o fortalecimento do Estado Pós-Democrático e a principal consequência disso é a ameaça aos valores democráticos conquistados ao longo dos anos e aos direitos fundamentais assegurados pela Constituição (DUNKER, 2018, p. 23).

A pós-verdade criou um irracionalismo na sociedade brasileira em que há uma desconsideração em relação à verdade. As pessoas não buscam mais a realidade dos fatos, elas procuram tão somente a “verdade” que lhes interessa, baseada em suas crenças e ideologias.

Além disso, a pós-verdade provoca uma indiferença com o outro, de modo que para o indivíduo interessa apenas a sua própria verdade e quando esta se vê ameaçada, o pós-verdadeiro reage com ódio ou violência.

Consequentemente, a sociedade deixa de possuir o costume de reflexão, de se reposicionar ou discutir por meio de diálogos produtivos, de modo que há um desinteresse pela prática da racionalidade. Isso faz com que seja instituído um ambiente hostil, mormente na esfera política e jurídica, em que são lançados discursos de ódio e que, por vezes, recuperam a figura pré-moderna do inimigo, fato este que traz uma regressão a padrões de pensamentos (SEIXAS, 2019, p. 132).

Isso oferece uma série de risco à democracia, na medida em que há um empobrecimento subjetivo e aumenta o desconhecimento da população e, por conseguinte, torna mais fácil a manipulação e a prática de medidas violadoras de direitos. É nesse sentido que pode-se dizer que a pós-verdade ameaça a democracia e as garantias constitucionais.

Neste cenário da pós-verdade, que os valores constitucionais são perdidos, bem como as verdades absolutas e o pensamento autoritário dominam, os direitos sociais perdem força visivelmente, fato que evidencia a forte crise democrática.

Veja-se que na pós-democracia, impulsionada pela pós-verdade, as instituições perdem força e, ademais, as regras postas são ultrapassadas em nome de anseios individuais dos detentores do poder, o que causa um ambiente agressivo e de desconfiança entre a população, fazendo com que os valores democráticos que sejam colocados em uma posição de desconfiança.

E isso, no lugar de ser questionado e analisado, na pós-verdade passa a se tornar um pensamento dominante, de tal maneira que as práticas dessas condutas violadoras de direitos passam a se tornar corriqueiras, usadas como manobras e, por conseguinte, a concepção autoritária volta a ganhar espaço na sociedade brasileira.

Os indivíduos que se inserem na pós-verdade, muitas vezes possuem tendências antidemocráticas, as quais são baseadas nas suas ideologias e nas suas “verdades absolutas”. Nesse sentido, as pessoas por vezes, negam a cultura democrática em relação aos direitos e garantias do povo, em nome de suas próprias opiniões, atitudes e valores, que por sua vez, são indiscutíveis (GABARDO, 2017, p. 68).

Observa-se então, que a pós-verdade influencia na consolidação do Estado Pós-Democrático mas, mais do que isso, ela coloca em risco a própria democracia e todos os direitos conquistados e assegurados pela Constituição.

Nesse sentido Dunker (2018, p. 24) analisou:

Fica claro que a pós-verdade não pode ser pensada apenas como expressão e desdobramento de uma cultura pós-moderna. Ela inverte as narrativas da cidade, da viagem e do corpo em uma disciplina personalista da vontade. Ela parasita a educação com valores regressivos ligados à família. Ela retorna à figura arcaica do pai-chefe administrador eficiente como forma de desviar-se da política.

A pós-verdade afetou o Estado Democrático de Direito não só por meio da população, ela atingiu também as instituições, notadamente no âmbito do judiciário. Com a constante aplicação de medidas excepcionais, as decisões judiciais passaram a ter conteúdo predominantemente moral, assentados em concepções individuais, discricionárias e que buscam uma adesão da sociedade (GABARDO, 2017, p. 74).

Veja-se, portanto, que a pós-verdade atinge outra esfera que também coloca em risco os valores democráticos e as garantias constitucionais, na medida em que as decisões passam a ter cunho moral e não fundamentações propriamente normativas, alicerçadas nos princípios constitucionais, como deveriam.

Assim, emerge então uma grande subjetividade e discricionariedade nas decisões judiciais, acompanhadas de uma insegurança jurídica, o que provoca na sociedade uma desconfiança ainda maior quanto à ordem democrática e seus institutos, circunstância que cria um ambiente ainda mais hostil.

Com isso, a própria democracia fica sujeita à opinião popular, a qual está dominada pela pós-verdade, fragmentada no individualismo, subjetivismo e ideologias, uma vez que a aplicação do Direito passa a ser sustentada no moralismo do senso comum e dos interesses individuais de seus operadores (STRECK, 2013, p. 25).

Nesse contexto, há uma substituição do positivismo por convicções morais da sociedade, fazendo com que a realização do direito se dê por meio do neoconstitucionalismo.

Observe-se que a pós-verdade consiste na ausência de preocupação com o conteúdo e com a fundamentação das exposições, baseada em uma verdade

formada a partir de crenças e ideologias. A partir disso, quando se está diante de decisões judiciais com conteúdo predominantemente moral e que ainda satisfaz o senso comum, não há qualquer questionamento sobre a fundamentação utilizada.

Assim, ocorre um emaranhado na ordem democrática de difícil dissolução, ao passo que vai sendo criado um círculo vicioso entre as esferas da sociedade de aplicação de medidas excepcionais, em contrariedade com a ordem constitucional e baseadas ideologias e convicções, sem que haja qualquer refutação da população.

Nesta senda, juízes passam a deliberar com base nas suas pretensões morais, deixando considerar a necessidade das decisões serem fundamentadas na faticidade de cada caso e nas normas. Veja-se que, deste modo, a pós-verdade, por abandonar a racionalidade e a fundamentação, ameaça a própria integridade do direito.

Nesse sentido, Gabardo (2017, p. 72), analisa com maestria:

Por outro lado, não só o juiz é o ator deste novo modelo jurídico de tomada de decisões. Os “moralistas hermenêuticos” estão em todos os poderes quando se trata de deliberações no exercício da função pública – e não se constroem em aplicar uma justiça baseada na moral social que acreditam ser a mais proeminente. O problema é que a “moral social” é perigosa e nem sempre tem respaldo constitucional. E também não se pode olvidar que algumas vezes a tradução de determinadas concepções morais da sociedade em normas jurídicas produz resultados desastrosos.

Com a pós-verdade, abre caminho para a aceitação popular nas decisões judiciais e nas medidas excepcionais empregadas, como se estas estivessem sempre de acordo com a Constituição. Aliado a isso, não há interesse, por parte dos cidadãos, em averiguar a fundamentação aplicada, desde que estejam em consonância às suas convicções ideológicas, mesmo que isso esteja em confrontação com os direitos constitucionais.

Consequentemente, expande também o grau de discricionariedade empregada nas decisões e, ainda, é alcançado um poder maior ao judiciário. Assim, por vezes, os juízes atuam como legisladores, tomando medidas excepcionais que satisfaçam o senso comum, porém que são incompatíveis com o ordenamento jurídico constitucional.

A pós-verdade fez com que fosse abandonado o receio das autoridades públicas tomarem decisões baseadas na moralidade que elas elegem como dominantes. Isso ganhou um protagonismo tão elevado na sociedade, sem que

houvesse qualquer irresignação, que as ideologias, a moralidade passou a ter força e a concorrer com a mesma autoridade em relação ao interesse público e aos direitos fundamentais.

Assim, a pós-verdade influenciou o Estado Pós-Democrático também por meio do poder judiciário, que passou a atuar ultrapassando os limites, aplicando medidas excepcionais, por vezes, agindo como legisladores e, por conseguinte, ferindo garantias constitucionais.

É desse modo que ocorre o desmanche do Estado Democrático de Direito, na medida em que o próprio Estado e, principalmente, as suas instituições, se valem dos discursos para irem em contrariedade aos direitos fundamentais, como se houvessem interesses que estivessem acima deles. Implementa-se, portanto, no imaginário da sociedade que é necessário abandonar alguns direitos em proveito de algo maior.

À vista disso, é necessário investigar atuação judicial na consolidação do Estado Pós-Democrático, a forma como interfere na garantia dos direitos fundamentais, bem como estudar o fenômeno chamado ativismo judicial.

4 A ATUAÇÃO JUDICIAL NA CONSOLIDAÇÃO DO ESTADO PÓS-DEMOCRÁTICO: O GUARDIÃO OU O ALGOZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS?

O poder judiciário a importante função de resguardar e fazer se concretizar os direitos e princípios previstos na Constituição, por esse motivo que diz-se que é o guardião.

Contudo, o que se verifica é que o judiciário tem atuado extrapolando seus limites e suas competências, motivo pelo qual influência na consolidação do Estado Pós-Democrático.

O judiciário toma decisões baseadas no individualismo moral e ideológico do julgador, fatos que permitem que as medidas excepcionais se tornem uma constante no Estado Pós-Democrático. É Nesse sentido que o Judiciário demonstra ser, muitas vezes, o algoz dos direitos fundamentais, na medida em que deixam de aplicar as normas constitucionais e ainda, em alguns casos, colocam como obstáculo a concretização de direitos.

Para tanto, o presente capítulo analisará os limites da atuação judicial na pós-democracia, bem como as suas consequências.

4.1 Os limites da atuação judicial no Estado Pós-Democrático!

Com a Constituição da República de 1988, houve uma ampliação nos direitos sociais, trazendo inovações nos princípios constitucionais e fortalecendo os valores democráticos. Aliado a isso, a Carta Magna propiciou importante destaque em relação ao princípio da dignidade humana.

Outrossim, considerando que no Estado Democrático de Direito presume-se a superação do poder absolutista e das práticas autoritárias pelos detentores do poder, a Constituição inovou e trouxe inúmeros direitos fundamentais, baseada em princípios e regras constitucionais que, conseqüentemente, concedeu maior jurisdição ao poder judiciário, aumentando as formas de controle concentrado com o fim de reprimir as irregularidades dos demais poderes.

Neste viés, a Constituição de 1988 buscou proteger os princípios democráticos, bem como os bens e interesses fundamentais da sociedade para evitar deliberações que violassem seus direitos.

Embora o Judiciário já fosse o guardião das Constituições anteriores, na de 1988 essa função se tornou ainda maior. Mais do que nunca, assumiu o papel de fazê-la valer na realidade fática, em nome dos princípios e valores democráticos, para toda sociedade brasileira, inclusive frente aos outros poderes. Para tanto, suas decisões devem respeitar suas fronteiras de atuação e respeitar os procedimentos de aplicação do Direito: racionalidade, motivação, correção e justiça.

Essa expansão de competência do Poder Judiciário para realizar o controle dos atos dos poderes públicos, fez com que as questões políticas e sociais fossem reduzidas à esfera jurídica. Consequentemente, houve um aumento no poder de atuação do judiciário de tal forma que suas decisões possuem o condão de realizar transformações sociais, impactando diretamente na vida da população (STRECK, 2013, <<https://www.conjur.com.br>>).

Em que pese a Constituição tenha objetivado controlar o autoritarismo, por outro lado concedeu poderes abrangentes ao judiciário, os quais permitem que os julgamentos judiciais sejam dotados de discricionariedade fato este que, por conseguinte, criou um protagonismo dos juízes (STRECK, 2013, <<https://www.conjur.com.br>>).

Ato contínuo, esse ativismo judicial causa uma crise de legitimidade e representatividade democrática, de tal modo que acarreta em uma insatisfação entre as instituições e a sociedade, circunstância que provoca um distanciamento hostil entre eles.

Essa circunstância fomenta uma apatia por parte da população quanto à fiscalização acerca da atuação poderes públicos e, em contrapartida, o paternalismo do judiciário em relação a tomar decisões efetivas que consolidem os direitos sociais previstos na Constituição.

À vista disso, verifica-se que a atuação do Poder Judiciário motiva uma insegurança jurídica e democrática na sociedade brasileira, fazendo com que haja uma desconfiança em relação às instituições.

A partir disso, para melhor compreender a influencia do Poder Judiciário na consolidação do Estado Pós-Democrático, é necessário, inicialmente, observar as formas de controle de constitucionalidade pelo Judiciário e os limites de sua atuação, para, posteriormente, fazer uma análise acerca do seu exercício e o modo como as decisões são deliberadas.

No ordenamento jurídico brasileiro há dois sistemas de controle de constitucionalidade, quais sejam, o difuso e o concentrado. O controle difuso possui a característica de que qualquer juiz ou tribunal do judiciário poderá apreciar a alegação de inconstitucionalidade. A ação não busca objetivamente a declaração de constitucionalidade, todavia, é necessário reconhecê-la para que um direito específico seja garantido (BITENCOURT; RECK, 2019, p. 325)

Assim, nesse caso, é possível o exercício do controle de constitucionalidade pelo judiciário em todas suas esferas. Porém, cumpre salientar que se trata de um incidente de inconstitucionalidade, na medida em que não é a via direta para a declaração desta, ou seja, não é a centralidade da ação, mas para analisar a causa de pedir é preciso, anteriormente, analisar o referido incidente. Ademais, o controle difuso possui efeitos *inter partes*, isto é, vale apenas para as partes do processo (BITENCOURT; RECK, 2019, p. 326)

Já o controle concentrado é caracterizado pela competência originária do Supremo Tribunal Federal, neste tipo de controle de constitucionalidade, ao contrário do controle difuso, não se analisa a aplicação da lei em um caso concreto, mas sim o texto normativo em tese, independentemente de sua aplicação, discute-se, portanto, o conteúdo normativo. O controle concentrado se dá através da ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) e Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) (BITENCOURT; RECK, 2019, p. 377).

As principais características do controle concentrado é que este possui efeito *erga omnes*, ou seja, a decisão de constitucionalidade ou inconstitucionalidade de determinada norma é aplicada para todos os demais casos e, assim sendo, possui força vinculante, de modo que as outras instâncias do judiciário devem decidir em conformidade com o julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal.

Verifica-se, assim, que a Constituição de 1988 trouxe largas ferramentas que transmitiram ao Poder Judiciário o importante papel de fiscalizar as demais esferas do poder público e preservar os princípios constitucionais e democráticos nela estabelecidos.

A jurisdição constitucional concebida designou a interpretação e a aplicação das normas e princípios constitucionais aos órgãos judiciais, por meio de seus juízes e tribunais, sendo, em última instância, o Supremo Tribunal Federal.

À vista disso, cabe aos juízes e tribunais a aplicação direta da Constituição, mormente quanto ao exercício de controle de constitucionalidade das leis e dos atos do Poder Público, bem como quanto a aplicação das leis infraconstitucionais por meio de suas decisões para os casos concretos.

Veja-se que para o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito é necessário que haja um Judiciário forte e independente dos demais poderes, notadamente da política, haja vista sua importante atribuição de controlar os atos públicos em nome da salvaguarda da Constituição.

A separação entre o direito e a política é essencial para a democracia, de modo que na política deve vigorar a soberania popular e no direito deve vigorar a lei, a primazia dos direitos fundamentais, bem como o domínio da razão.

A Constituição da República de 1988, ao reconhecer a importância do Judiciário no controle da aplicabilidade dos dispositivos constitucionais, bem como a relevância para frear os atos autoritários do poder público e, além disso, o papel fundamental para o desenvolvimento da democracia, trouxe a expansão da atuação do Poder Judiciário.

Por outro lado, isso não pode significar uma sobreposição em relação aos demais poderes, o Judiciário não deve assumir o papel de legislador, tampouco de gestor de políticas públicas. Assim, o Poder Judiciário tem o papel fundamental na concretização da Constituição, porém, deve reconhecer os limites de sua atuação, a fim de preservar a democracia e o Estado Democrático de Direito.

No Estado Pós-Democrático a ampliação do exercício do Judiciário teve como consequência uma maior ascensão institucional de juízes e tribunais. Aliado a isso, operou-se uma desilusão dominante em relação à política, a qual restou acompanhada de uma crise de representatividade e funcionalidade do governo, fatores esses que também contribuíram para o alargamento da atuação judicial (BEZERRA NETO, 2018, <<https://www.conjur.com.br>>)

Esses elementos originaram o que é denominado de ativismo judicial, o qual consiste em uma participação mais ampla e intensa do judiciário na aplicação dos direitos, com maior interferência no espaço de atuação do Poder Executivo e Poder Legislativo (BARROSO, 2012, p.10)

No Estado Pós-Democrático, combinado com a ampliação da atuação judicial, os limites que eram impostos ao Poder Judiciário foram ultrapassados e passaram a

ter uma contenção mais imperceptível. Nesse sentido, os limites do exercício do judiciário estabelecidos pela Constituição, na pós-democracia perdem sua força.

O direito tem seu exercício demarcado pela Constituição da República, os caminhos seguidos pelos seus operadores são delineados pelas leis infraconstitucionais. Os juízes e tribunais devem aplicar as normas positivadas pelo constituinte e pelo legislador.

De acordo com o caso concreto, quando demandadas interpretações, estas devem ser feitas à luz dos princípios constitucionais e democráticos. A interpretação no direito é sempre necessária, contudo é preciso delimitar o âmbito da interpretação para que o judiciário não atue no sentido de legislador positivo.

Ademais, o Direito deve ser, dentro do possível, imune às influências políticas, de modo a buscar sua independência e autonomia de suas instituições, para que os valores democráticos sejam preservados.

Todavia, no Estado Pós-Democrático essa rigorosa pretensão autônoma do Judiciário em relação à política e também à economia não ocorre.

O ativismo judicial nas políticas públicas gera um grandioso protagonismo do judiciário impulsionado pelo voluntarismo dos operadores do Direito e que ultrapassa os limites de sua função jurisdicional, invadindo, inúmeras vezes as áreas de atuação dos outros dois poderes, Executivo e Legislativo (GABARDO, 2017, p. 73).

Nessa toada, o judiciário brasileiro deixam de decidir especificamente com base em aplicação de normas positivadas, de forma que passam a deliberar conforme seus próprios entendimentos, usando lacunas para atuar de modo discricionário e não a luz dos valores constitucionais. O ativismo é praticado individualmente e “em nome da justiça”, para isso, muitas vezes são extrapolados os limites interpretativos.

No Estado Pós-Democrático, o judiciário ao extrapolar os limites de exercício estabelecidos pela Constituição, causa um problema para a sociedade brasileira, uma vez que o ativismo judicial é carregado de pragmatismo, fato que torna a interferência judicial uma insegurança jurídica, na medida em que a decisão fica vinculada a um ato de vontade do julgador.

Isso causa uma instabilidade democrática, pois como os limites da atuação judicial se tornam sutis e, a partir daí o judiciário se vê diante de um largo campo de interpretação e exercício, de forma que passam a ter condutas que excedem sua

fronteira, tais como imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, mormente quanto as matérias de políticas públicas (CASARA, 2018, p. 70).

O problema do ativismo judicial é que este é expressado, principalmente, pela postura do intérprete, ou seja, do julgador, de modo proativo e expansivo, de tal modo que faz com que a interpretação da Constituição e de suas normas alcance um sentido maior que o estabelecido e, conseqüentemente, faz com que sua decisão vá além de julgador (BARROSO, 2012, p. 42).

O ativismo e, portanto, os tênues limites do judiciário no Estado Pós-Democrático, faz com que haja, conforme afirma Barroso (2012, p. 44), riscos para a legitimidade democrática e também ocasiona na falta de capacidade institucional deste poder para decidir sobre determinadas matérias.

O formalismo exigido do direito, que deve ser pautado pela racionalidade, objetividade e motivação das decisões judiciais, obedecendo aos princípios constitucionais na interpretação, passa a existir apenas no campo retórico. Na realidade fática, os operadores do direito deixam de atentar para a necessidade dos julgamentos respeitarem a integridade do direito.

Essa insegurança jurídica e expansiva atuação do Poder Judiciário faz com que este, por vezes atue como legislador. Para tanto, é necessário ser feito um debate acerca deste tópico, para que seja possível compreender a forma como o ativismo judicial pode causar efeitos negativos para sociedade.

4.2 Juízes legisladores? Um debate crítico da atuação judicial como legislador positivo e negativo

O Legislativo e o Executivo são efetivamente poderes políticos, cujos membros são eleitos pelo voto da população e, portanto, tem a função de representar a maioria. Nessa linha, o Judiciário não pode ter um crescimento ilimitado sob os demais poderes, para tanto, deve agir sempre dentro dos parâmetros de razoabilidade delimitados pela Constituição.

Inicialmente, não se pode deixar de reconhecer que o Judiciário deve atuar com o objetivo de garantir a efetividade dos direitos políticos, econômicos e sociais, mesmo quando os outros dois poderes deixarem de cumprir suas obrigações. Assim, observa-se que o Judiciário possui o papel de resguardar a Constituição e assegurar a eficaz aplicação de suas normas (CAPPELLETTI, 1993, p.19)

Nessa linha é que entra a temática da função do Poder Judiciário atuar como legislador positivo ou negativo e também a busca pelo equilíbrio entre o ativismo e a autocontenção.

A partir da Constituição de 1988 o papel do Judiciário no país passou a sofrer profundas transformações em razão das diversas inovações que ocorreram no âmbito dos direitos fundamentais e da própria democracia. Nesse sentido, houve a ampliação do acesso à justiça, o aumento das competências originárias do Supremo Tribunal Federal no controle de constitucionalidade, bem como uma maior consciência, por parte dos cidadãos em relação aos seus direitos, em decorrência das liberdades democráticas concedidas (BARROSO, 2012, p. 5).

Esses elementos, combinados com a maior litigiosidade na sociedade, bem como a judicialização da política, fez com que houvesse um empoderamento do Poder Judiciário, motivo pelo qual abriu-se margem para que este exercesse uma postura mais ativista em relação à conflitos de cunho econômico, sociais, institucionais e políticos (STRECK, 2013, < <https://www.conjur.com.br/>>).

O fortalecimento do ativismo judicial revela um limite tênue entre o Direito e a Política, isto é, os julgadores, ao tomarem decisões judiciais de cunho político, baseadas em discricionariedade ou moralismo social, ultrapassam esse limite de fronteiras e ingressam em um território que não é de sua competência.

É nesse sentido que o Judiciário atuaria como legislador positivo, uma vez que sua função não seria apenas aplicar no caso concreto as normas positivadas, porquanto, ademais disso, faria com que suas decisões inovassem no campo jurídico e criassem uma nova denotação, além de adentrar na esfera de um dos outros dois poderes.

A postura ativista do judiciário, no seu modo proativo de interpretação da Constituição, seria também uma forma de atuar como legislador positivo, na medida em que o Poder Judiciário, conforme observa Barroso (2012, p. 10), aplica diretamente a Constituição, mesmo que não haja disposição legislativa, declara inconstitucionalidade de alguma norma em critérios menos rígidos, bem como impõe condutas ao Poder Público.

Assim, quando o judiciário, por meio de suas decisões, apresenta uma postura mais ampla e intensa na busca pela concretização dos direitos, princípios constitucionais, bem como gera uma maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes, ele revela, portanto, uma postura de legislador positivo.

Esses fatores decorrem, principalmente, do poder do judiciário de revisar/ controlar a constitucionalidade, do aumento do volume das demandas judiciais, bem como da abertura do espaço para a discricionariedade no ato decisório. Essas circunstâncias revelam uma supremacia do Poder Judiciário e, por conseguinte, isso se traduz, algumas vezes, na atuação deste em competências que não lhes são reconhecidas constitucionalmente (ARAÚJO, 2017, p. 135)

Nesse sentido, Streck (2009, <<https://www.conjur.com.br/>>), observou o exercício do Poder Judiciário:

O problema do que eu chamo de Justiça lotérica é outro: a desatenção e falta de comprometimento dos julgadores com as determinações constitucionais e, ainda, com a integridade e a coerência do Direito. O que ocorre é que, a partir da desculpa dos termos vagos, ambíguos ou de textura aberta, tomam-se decisões de conveniência ou com base em argumentos de política, de moral ou de economia. Acabamos por confundir a era dos princípios e a abertura semântica, que sempre existe, com autorização para uma livre atribuição de sentido, como se existisse um grau zero de sentido. Assim, enfraquece-se a autonomia do Direito e a doutrina. Um exemplo que ilustra bem esse já referido estado de natureza hermenêutico consiste numa conhecida decisão do então ministro Humberto Gomes de Barros, do STJ, na qual ele afirmou julgar de acordo com a sua consciência, sustentando que a doutrina deveria se amoldar ao pensamento dos membros do respectivo tribunal.

Verifica-se que o movimento de ampliação do exercício do Judiciário está intimamente ligado à retração simultânea do Poder Legislativo, o que revela, também, uma crise de representatividade e funcionalidade (BARROSO, 2012, p. 34).

O direito deve manifestar uma postura autônoma em relação à política, de modo que não interfira além de sua atribuição, sob pena de haver uma usurpação de poderes e competência.

No Brasil, é frequente a divulgação de decisões judiciais com escasso amparo na lei, ou mesmo, algumas vezes, em contradição a ela. Do mesmo modo, ocorrem julgamentos monocráticos que apresentam sentido contrário em relação a jurisprudência firmada pelo próprio tribunal. Além disso, órgãos judiciais superiores responsáveis pela uniformização jurisprudencial demonstram, em um curto espaço de tempo, oscilação de seus entendimentos (BEZERRA NETO, 2018, <<https://www.conjur.com.br/>>)

Fatos que revelam uma instabilidade no ordenamento jurídico, o que denuncia riscos para a sociedade brasileira, à democracia e ao próprio direito quando se fala

em legislador positivo, atuação judicial com base no moralismo do senso comum ou decisões dotadas de discricionariedade.

Ademais, essa conjunção demonstra que o comportamento de legislador positivo do Judiciário oferece riscos à legitimidade democrática, conquanto, os julgadores não são eleitos pelo povo, bem como não são os representantes diretos da população (BARROSO, 2012, p. 12).

Legislativo, Executivo e Judiciário, todos exercem um controle recíproco de atividades entre si, com o objetivo de impedir o surgimento de preponderância em alguma das instituições, que ofereça risco à integridade da Carta Magna e seus princípios. Veja-se que os três poderes possuem o condão de interpretar a Constituição e atuar no sentido de promover a efetiva aplicação dos direitos nela previstos (BARROSO, 2012, p. 18).

Todavia, quando ocorre uma divergência quanto à interpretação da Constituição, esta concedeu ao Judiciário o poder de dar a palavra final, porém, esse dever não concede autoridade para proferir escolhas arbitrárias, livres, com base em ideologias pessoais.

Por óbvio, cada pessoa tem suas convicções pessoais e ideologia própria, inclusive os juízes, isso é inerente ao ser humano. Contudo, a decisão judicial não pode refletir esse subjetivismo pessoal, haja vista que a população, ao recorrer ao Judiciário, busca uma resposta adequada à Constituição. Para tanto, o juiz precisa se valer de fundamentação com bases em normas positivadas, utilizando fontes e princípios constitucionais e democráticos (STRECK, 2013, p. 95).

A crítica ao Judiciário como legislador positivo se dá uma vez que as decisões tomam um alcance que não é assentido constitucionalmente. Veja-se que o Poder Judiciário, como guardião da Constituição, possui um papel primordial na sociedade, razão pela qual o exercício adequado de sua jurisdição é, antes de tudo, uma garantia para a democracia.

Em contrapartida a isso, apresenta-se a contenção judicial, com o objetivo de frear a generalização de decisões discricionárias e o ativismo do judiciário. Nessa linha, a autocontenção judicial seria uma postura de legislador negativo adotada pelo Judiciário, com o propósito de respeitar o espaço de atuação do Poder Legislativo e do Executivo (BRANDÃO, 2014, p. 190).

Observados os valores e os fins constitucionais, cabe a norma, votada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo Presidente da República positivarem os direitos

da população e prever soluções para os conflitos. Por essa razão, cabe ao Judiciário interferir quando for necessário para preservar a democracia e os direitos fundamentais.

Como legislador negativo, compete ao Judiciário retirar a eficácia jurídica dos dispositivos, total ou parcialmente, que foram impugnados e sejam consideradas inconstitucionais. Caso o Judiciário adicionasse novos conteúdos às normas examinadas, no sentido de criar ou alterar a essência da regra, estaria atuando como legislador positivo.

Na qualidade de legislador negativo o Judiciário assume a função de eliminar eventuais inconstitucionalidades que venham a surgir no campo constitucional. Assim, a autocontenção judicial e, conseqüentemente, a postura de legislador negativo, busca cautela no âmbito de atuação do Judiciário, de tal forma que procura evitar que as decisões tenham um alcance superior ao designado constitucionalmente por meio do ativismo judicial (BRANDÃO, 2014, p. 193).

O debate acerca da atuação do Poder Judiciário como legislador positivo ou negativo remete à importante reflexão acerca de sua atuação. A partir disso, verifica-se o quanto o ativismo judicial pode trazer riscos para a democracia, uma vez que se abre espaço para atuação mais autônoma e mais interferência no âmbito dos outros dois poderes.

Ademais, o ativismo judicial possibilita que o Judiciário, por possuir mais liberdade e interposição, profira decisões de cunho mais discricionário e, por vezes, baseadas em ideologias pessoais do julgador, circunstância que provoca riscos ao Estado Democrático, uma vez que a aplicação do Direito fica sujeita a uma vontade individual.

Nesse sentido, para melhor ilustrar a influência negativa que o Judiciário provoca na democracia e nos valores constitucionais a partir de seu posicionamento ativista e arbitrário, é necessário que seja feita uma análise minuciosa de alguns casos práticos que ocorreram, para que se possa analisar suas as conseqüências na sociedade brasileira.

4. 3 O papel do Poder Judiciário na consolidação do Estado Pós-Democrático

O poder judiciário recebeu o importante papel de guardião da Constituição e da democracia, por essa razão, a sua atuação é imprescindível para assegurar os

direitos previstos aos cidadãos. Assim, verifica-se que o judiciário possui forte influência na concretização das normas constitucionais e dos valores democráticos da sociedade brasileira.

Quando o exercício do Judiciário se dá por meio do ativismo, em que as decisões tomam uma alcance superior ao da sua jurisdição, inclusive interferindo nas esferas dos outros dois poderes há uma ameaça para o Estado Democrático de Direito.

Ato contínuo, a expansão de atuação do Judiciário resulta em maior autonomia e, por conseguinte, aumenta o nível de discricionariedade nos julgamentos, bem como a vinculação da decisão à ideologia pessoal do operador do direito.

A partir disso, no momento em que o Judiciário passa a empreender o ativismo judicial, vinculando a decisão não a lei positivada, mas sim a vontade pessoal e subjetiva do julgador, começa a ser desdobrado o Estado Pós-Democrático, e conseqüentemente, o Estado Democrático de Direito vai sendo colocado em segundo plano e expirando.

O que era exceção no Estado Democrático de Direito, passa a ser a regra no Estado Pós-Democrático e a sua aplicação é produzida sem maiores obstáculos.

Nesse sentido, para melhor demonstrar a influência do Poder Judiciário na consolidação do Estado Pós-Democrático, este tópico será dedicado para tratar de casos concretos que ocorreram, os quais elucidam de forma clara como a atuação do judiciário se deu de modo ativista, demonstrando uma não sujeição à lei e ao Estado Democrático de Direito e, por conseguinte, o quanto os julgadores se utilizaram de exceções para justificar suas decisões (FERREIRA FILHO, 2019, <<https://www.justificando.com>>)

Inicialmente, para melhor ilustrar a influência do judiciário na solidificação do Estado Pós-Democrático, cita-se exemplificativamente alguns casos de punitivismo extrapolado feito pelo poder judiciário.

Como exemplo, são os casos das inúmeras conduções coercitivas desempenhadas na Operação Lava-Jato, ocorridas no ano de 2016, mormente no que se refere ao caso do Ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva.

Veja-se que a condução coercitiva deve ser feita em casos excepcionais e que possuem fundamentação jurídica e fática, do contrário, essas medidas ultrapassam os limites constitucionais. Um dado que evidencia o punitivismo do judiciário e a sua sobreposição às garantias constitucionais, foi o grande número de condução

coercitiva desempenhada na Operação Lava-Jato, foram precisamente 210 conduções coercitivas em curto espaço de tempo (<<http://www.pf.gov.br/>>).

A Constituição da República de 1988 trouxe, no seu art. 5º, como um dos princípios mais importantes do ordenamento jurídico, o da liberdade, incluído nele, está o direito à liberdade do cidadão de ir e vir. Ademais, a Carta Magna assegurou, no mesmo dispositivo, que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (BRASIL, 1988, <http://www.planalto.gov.br/>).

O artigo 218 do Código de Processo Penal prevê que “se, regularmente intimada, a testemunha deixar de comparecer sem motivo justificado, o juiz poderá requisitar à autoridade policial a sua apresentação ou determinar seja conduzida por oficial de justiça, que poderá solicitar o auxílio da força pública” (BRASIL, 1941, <http://www.planalto.gov.br/>).

Ato contínuo, o artigo 260, do mesmo diploma legal, estabelece que “se, regularmente intimada, a testemunha deixar de comparecer sem motivo justificado, o juiz poderá requisitar à autoridade policial a sua apresentação ou determinar seja conduzida por oficial de justiça, que poderá solicitar o auxílio da força pública” (BRASIL, 1941, <http://www.planalto.gov.br/>).

Veja-se que ambos os casos se trata de interpretação restritiva aos dispositivos e, portanto, não cabe interpretação analógica ou extensiva. Ademais disso, a lei exige que haja intimação prévia.

Em março do ano de 2016, foi realizada a condução coercitiva do Ex-presidente Lula da Silva, por estar sendo investigado na operação Lava-Jato. Na ocasião, foi utilizada como fundamentação principal, dentre outras, que a condução se dava com o objetivo de resguardar a segurança do ex-presidente.

A partir disso, verifica-se de modo claro que as hipóteses supra não cabiam ao caso aqui tratado, por não preencher os requisitos necessários para a aplicação da norma, assim como ocorreu com as inúmeras outras conduções coercitivas.

Veja-se que a Constituição da República instituiu, em inúmeros de seus dispositivos, a tutela da liberdade de locomoção do cidadão, contemplando, inclusive, garantias formais descritas nos direitos fundamentais.

Nota-se, sem maiores digressões, que o caso relatado de condução coercitiva é conflitante com a norma constitucional, uma vez que o cidadão, ao ser conduzido perante a autoridade, pode fazer o uso do direito ao silêncio e, portanto, deixar de responder as perguntas que lhes forem formuladas.

A condução coercitiva revela uma supressão absoluta da liberdade de locomoção, ainda que seja temporária, ou seja, há uma clara interferência no direito de ir e vir do cidadão.

Outro ponto importante que deve ser considerado é que o investigado é conduzido em uma estratégia de demonstrar sua submissão à força, o que fere o direito a não autoincriminação, o qual decorre da prerrogativa do investigado manter-se em silêncio sem que isso seja interpretado como confissão da responsabilidade.

Além do caso aqui exemplificado, o debate se acentuou ainda mais a partir do momento em que operações investigatórias de grandes proporções passaram a expedir mandados, em razão de decisões judiciais baseadas em interpretações extensivas, para que os investigados fossem conduzidos compulsoriamente, independentemente de prévia intimação.

Nesses casos, fica evidente a ilegalidade dos procedimentos e das exceções aplicadas nos julgamentos do Poder Judiciário, as quais feriram os princípios constitucionais e os valores democráticos.

A decisão judicial acerca da condução coercitiva no caso aqui tratado, foi dotada de discricionariedade do julgador. A Constituição foi colocada em segundo plano e o Estado de Exceção foi imposto por quem tinha o poder de decidir.

A condução coercitiva, que é aplicada em casos excepcionais, se deu em função do livre convencimento do juiz, usando de sua livre apreciação da prova. Segundo Agamben (2010, p. 63) este tipo de Estado de Exceção pode ser definido pela máxima *necessitas legem non habet* – necessidade não tem lei.

A restrição temporária da liberdade, bem como a condução sob custódia por forças policiais em vias públicas não são procedimentos que devam ser aplicados normalmente, sem uma efetiva fundamentação positivada para um caso concreto. Veja-se que se dá ao investigado um tratamento de culpado sem que ainda houvesse qualquer decisão de mérito a este respeito.

Há um potencial de violação à presunção de não culpabilidade do investigado, há claramente um descumprimento do dispositivo constitucional que veda tratar pessoas não condenadas como culpadas, conforme seu art. 5º, LVII *“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”* (BRASIL, 1988, <http://www.planalto.gov.br/>).

Nesse sentido, Prado (2001, p. 129) observou o importante equilíbrio na posição do juiz durante o processo:

A posição equilibrada que o juiz deve ocupar, durante o processo, sustenta-se na ideia reitora do princípio do juiz natural – garantia das partes e condição de eficácia plena da jurisdição – que consiste na combinação de exigência da prévia determinação das regras do jogo (reserva legal peculiar ao devido processo legal) e da imparcialidade do juiz, tomada a expressão no sentido de estarem seguras as partes quanto ao fato de o juiz não ter aderido a priori, a uma das alternativas de explicação que autor e réu reciprocamente contrapõe durante o processo [...]. Ocorre que o devido processo legal só constitui, de fato, mecanismo civilizado de resolução de conflitos de interesses se o resultado não puder ser determinado antecipadamente, isto é, só há processo penal real se no início do procedimento ambas as teses – de acusação e de resistência – puderem ser apresentadas em condições de convencer o juiz (Otto Kirchheimer). É claro que, nestes termos, o juiz não estará em condições de julgar e, portanto, deverá ser excluído e substituído, se não oferecer às partes suficiente credibilidade quanto à sua imparcialidade.

Nessa esteira, considerando as inúmeras violações constitucionais ocorridas, foram ajuizadas perante o Supremo Tribunal Federal duas arguições de descumprimento de preceito fundamental, ADPF 395 e ADPF 444 buscando que fosse declarada a não recepção, pela Constituição Federal, do art. 260 do Código de Processo Penal.

A ADPF 395 atacava a condução coercitiva tanto para o interrogatório quanto na fase de instrução criminal, bem como preteava a declaração de institucionalidade da medida como cautelar autônoma, a qual era concedida para inquirição de suspeitos, indiciados ou acusados (CUNHA, 2019 <<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/>>).

Já a ADPF 444 objetivava a declaração de inconstitucionalidade apenas da condução coercitiva no tocante ao interrogatório feito na fase de investigação policial e, subsidiariamente, postulava fosse declarada inconstitucional a interpretação extensiva para aplicação do art. 260 do CPP em situações que extrapolam os casos estritamente previstos no dispositivo (CUNHA, 2019 <<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/>>)

Por maioria dos votos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou, por maioria dos votos, a não recepção do artigo 260 do Código de Processo Penal pela Constituição Federal, no tocante a condução coercitiva de réu ou investigado para interrogatório (BRASIL, 2018, <<http://www.stf.jus.br/>>).

Outra experiência que evidencia de modo inequívoco o ativismo judicial preterido, que resultou em decisões ilegais, baseadas em moralismo social, discricionariedade e contribuiu para o assentamento do Estado Pós-Democrático é o

caso das interceptações telefônicas ocorridas na Operação Lava-Jato, na qual havia sido decretada a quebra de sigilo telefônico do ex-presidente Lula.

Na ocasião, o ex-presidente Lula estava sendo investigado, motivo pelo qual foi decretada a quebra de sigilo telefônico. Às 11h e 13min do dia 16 de março de 2016 o juiz federal determinou a interrupção das gravações por não haver mais necessidades. Às 11h e 44min, houve a publicação da certidão e a intimação do delegado da Polícia Federal, tendo sido comunicadas as operadoras de telefonia por volta do meio-dia (FERREIRA FILHO, 2019, <<https://www.justificando.com/>>).

Contudo, às 13h e 32min ocorreu uma conversa telefônica entre Lula e a então presidente na época, Dilma Rousseff, ou seja, após a determinação de interrupção das interceptações.

Ato contínuo, o juiz que conduzia o processo foi informado pela Polícia Federal o teor das conversas e após a ciência, determinou o levantamento do sigilo de todo o processo, bem como concedeu ao público acesso de todas informações que lá continham, inclusive a gravação feita após a determinação de cessamento das interceptações (FERREIRA FILHO, 2019, <<https://www.justificando.com/>>).

Em apenas uma situação, verifica-se que houveram fortes violações constitucionais.

Inicialmente, cabe destaque o fato que um dos participantes da conversa possuía prerrogativa de foro por função, no caso a ex-presidente Dilma. Portanto, caberia ao juiz de primeira instância encaminhar as provas colhidas ao Supremo Tribunal Federal, conforme estabelece o artigo 102, I, "b" da Constituição Federal, para que este decidisse o destino das provas (BRASIL, 1988, <<http://www.planalto.gov.br/>>)

Veja-se que não cabia ao juiz de primeiro grau tornar público este tipo de material, sem que tivesse qualquer decisão do Supremo Tribunal Federal, haja vista que se tratava de autoridade com foro privilegiado. Esta atitude é incompatível com a Constituição.

Outro ponto grave e não menos importante, é o fato de que havia um despacho determinando cessar as interceptações, tendo sido, inclusive, realizadas todas intimações necessárias. Mesmo assim, houve as gravações das conversas.

Nesse toada, fica evidente que a partir do momento em que foi encerrada as gravações, qualquer interceptação nesse sentido é ilegal, sendo que sua divulgação publicamente torna-se ainda mais ilegal.

Independentemente de culpa ou não dos sujeitos, o que se está a demonstrar é que não foram respeitadas as garantias fundamentais dispostas na Constituição, fato que revela o modo como o Brasil foi avançando para um discurso de cunho punitivista e ideológico.

Este caso escancara um típico caso de ativismo judicial e também demonstra a influência do Poder Judiciário na consolidação do Estado Pós-Democrático.

Observa-se que a posição do julgador foi de busca pela aceitação popular, pelo protagonismo de sua decisão. A legitimação para divulgar as conversas foi motivada pelo populismo e não amparada pela legislação como deveria ser.

A decisão desde sua origem estava juridicamente comprometida, haja vista a usurpação de competência, a ilegalidade das interceptações e a ilegalidade da divulgação das conversas.

Assim, fica visível a forma como o Judiciário agiu baseado na discricionariedade do julgador, na sua ideologia pessoal e forma como é buscada o seu protagonismo.

Cumprido destaque, ainda, que além das provas terem sido obtidas por meios ilícitos, o Tribunal Regional da 4ª Região se manifestou afirmando que a Operação Lava-Jato não necessita seguir as regras processuais comuns uma vez que “trazem problemas inéditos e exigem soluções inéditas” (Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-set-23/lava-jato-nao-seguir-regras-casos-comuns-trf>).

Isso se torna ainda mais grave uma vez que o Judiciário foi designado para ser o guardião da Constituição e, portanto, o responsável por fazer valer na realidade fática as normas ali regulamentadas.

Quem devia ser o guardião da Constituição é quem acaba por subtraí-la da sociedade brasileira, fazendo com que exceções virem regras e violando direitos fundamentais dos cidadãos sem qualquer embasamento jurídico.

5 CONCLUSÃO

Os tempos atuais trouxeram inúmeros desafios para a democracia, que mesmo sendo ameaçada, luta para se manter vigente. Ao que se concretiza nos últimos anos, observa-se que a democracia encontrará tempos obscuros, em razão da atuação ativista do Poder Judiciário que contribui, em grande escala, para a consolidação do Estado Pós-Democrático.

Essa compreensão se dá em função da análise do entendimento de grandes autores científicos e juristas da contemporaneidade.

Inicialmente, o presente trabalho logrou abordar os diversos conceitos em torno do Estado Democrático de Direito, para que fosse possível fazer uma discriminação do que se vive atualmente na sociedade brasileira, o Estado Pós-Democrático.

Na sequência, foi desenvolvida a forma como a pós-verdade contribui para a manutenção do exercício do ativismo judicial, sem que haja maiores obstáculos, bem como o modo como isso influencia na consolidação da pós-democracia.

Por fim, foi debatido o papel do Poder Judiciário, sendo que havia sido designada para este a função de guardião da Constituição, porém, nos tempos atuais se mostra o algoz das normas constitucionais e dos valores democráticos.

O estudo verifica, por meio da análise de casos paradigmas, que o ativismo judicial deprecia a Constituição da República, de tal modo que os julgamentos vão além de sua competência designada. As decisões são fundamentadas por argumentos de cunho pessoal, ideológico do julgador, o qual faz valer sua vontade.

O Judiciário se sente legitimado, material e juridicamente. O senso de justiça individual passa a ser tomado como critério de validade do Direito e da interpretação constitucional, sendo que, nessa linha, os direitos positivados tornam-se relativos.

A pós-verdade, por sua característica de ser uma verdade formada a partir de crenças e ideologias, ausência de preocupação com conteúdo da informação e da fundamentação, colabora para o desempenho do ativismo judicial, na medida em que a população crê que as medidas judiciais estarão de acordo com a constituição e, portanto, depositam sua confiança em juízes que se apresentam como heróis salvadores da pátria.

Nesse sentido, não há preocupação com o critério para a decisão, tampouco a fundamentação utilizada, basta que seja condizente com a ideologia pessoal do sujeito para que não haja qualquer questionamento.

A racionalidade perde força e no Estado Pós-Democrático abre-se espaço, novamente, para o individualismo, o egocentrismo e as ideologias pessoais, traduzidas pelas superstições.

Os julgadores do poder judiciário, diante desse cenário, se apresentam como justiceiros populistas, os quais estão à disposição da população para fazer valer sua vontade, ainda que isso esteja em contrariedade às normas constitucionais e aos valores democráticos.

Contudo, a interpretação constitucional não pode se sujeitar a vontade popular ou a argumentos irracionais quando se trata de violação de direito fundamental. Os impulsos subjetivos dos julgadores, a sua discricionariedade, devem ser contidos em nome da ordem constitucional e da democracia.

Se o ativismo judicial prevalece, por meio da usurpação de competência, decisões discricionárias e fundamentações ideológicas, a Constituição fica claramente degradada. Os direitos sociais conquistados, a racionalidade, o princípio da legalidade são abolidos da realidade fática, existem apenas no âmbito formal, para transparecer normalidade.

O Estado Pós-Democrático e, portanto, a Exceção se instauram de tal forma que são aplicados cotidianamente que, a exceção vira a regra sem maiores digressões.

Cada vez mais a ideia de que os fins justificam os meios faz parte da mentalidade nacional. Neste cenário o Poder Judiciário aumenta a sua liderança, seu espaço de atuação e, por conseguinte, o poder de arbitrariedade nos julgamentos, de modo que medidas inconstitucionais passam a ser empregadas cotidianamente.

Confirmou-se, assim, por meio dos exemplos demonstrados e casos paradigmas, que o Brasil está vivendo no Estado Pós-Democrático, o qual é fortemente influenciado pelo Poder Judiciário, na medida em que suas decisões passam a ter conteúdo de livre escolha do julgador, fato que acarreta na deterioração dos direitos fundamentais e dos princípios constitucionais conquistados. Ademais, ratificou-se que os juízes, dotados de arbitrariedades e com maior liderança na sociedade brasileira, atuam como legisladores.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, G. **Estado de Exceção**. 2 ed. São Paulo: Boitempo, 2004.

ARAÚJO, Luiz Fernando Diniz. O ativismo judicial e constrangimentos a posteriori. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 129-150, jan./abr. 2018.

BARBOSA, Rui. **O estado de sitio: sua natureza, seus efeitos, seus limites**. Rio de Janeiro: Companhia Impressora, 1892.

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. **RFD Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, Rio de Janeiro, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012.

BEZERRA NETO, Bianor. Limites dos juízes e tribunais em suas decisões judiciais. *Conjur*, São Paulo, 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/>. Acesso em: 29 abr. 2020.

BITENCOURT, Caroline Muller; RECK, Janriê Rodrigues. **Direito Constitucional teoria e prática**. São Paulo: Rideel, 2019.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 24. ed. São Paulo: Maglheiros, 2008.

BRANDÃO, Rodrigo. O STF e o Dogma do Legislador Negativo. **Revista Brasileira Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro, v.4, n.44, p.189-220, jan/jun. 2014.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso: 17 mar. 2020.

_____. Código de Processo Penal. **Decreto-Lei nº 3.689**. Brasília. 03 out.1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso: 04 mai. 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. 5. tir. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

CASARA, R. R. R. **Estado Pós-Democrático**. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

CASTELLS, Manuel. **Ruptura: A crise da democracia liberal**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

CUNHA, Rogério. STF publica acórdão sobre inconstitucionalidade de condução coercitiva para interrogatório. **Meu site jurídico**, São Paulo, 2019. Disponível em

<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/>. Acesso: 07 mai. 2020.

DUNKER, Christian. **Subjetividade em tempos de pós-verdade**. São Paulo: Boitempo, 2017.

EMEDIATO, Wander. **Dimensões e face da mentira no discurso político**. Belo Horizonte: NDA/FALE, 2016.

FERREIRA FILHO, Roberto. **(In)devido Processo Legal: uma sucessão de ilegalidades**. Campo Grande, 2019. Disponível em: <https://www.justificando.com>. Acesso: 07 mai, 2020.

GABARDO, Emerson. Os perigos do moralismo político e a necessidade de defesa do direito posto na Constituição da República de 1988. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 17, n. 70, p. 65-91.

_____. **Eficiência e legitimidade do Estado**. São Paulo: Manole, 2003.

_____. **Interesse público e subsidiariedade**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

_____. Emerson. O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado como fundamento do Direito Administrativo Social. **Revista de investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 4, n. 2, p. 95-130, maio/ago. 2017. DOI: 10.5380/rinc.v4i2.53437.

_____. Emerson. **Por um Direito público altruísta: crítica ao fenômeno metapositivista e sua impactação nas decisões públicas contemporâneas**. Curitiba, 2015. 189f. Tese (Concurso de Professor Titular). Escola de Direito. Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

GOMES, Ana. O Estado de Exceção no Brasil Republicano. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 08, a. 2017, p.1760-1787.

GOMES, Magno Federici; FREITAS, Frederico Oliveira. Conexão entre a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, a. 10, n. 41, p. 181-207, jul./set. 2010.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, v.1.

KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Trad. Alexandre Krug *et al.* São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LEAL, Rogério Gesta. **Cidadania e Poder Político na Modernidade**. 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2000. v. 4.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

_____. Alexandre de. **Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais: garantia suprema da Constituição**. São Paulo: Atlas, 2000.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **O direito brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 219, p. 237-251, jan./mar. 2000.

PEREIRA, Bruno Cláudio Penna Amorim. A legitimidade da jurisdição constitucional do processo legislativo face ao princípio da separação dos poderes no contexto do paradigma do Estado Democrático de Direito. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 11, n. 46, p. 179-197, out./dez. 2011

PÉREZ-LIÑÁN, A. **¿Podrá la democracia sobrevivir al siglo XXI?** Nueva Sociedad, Buenos Aires, n. 267, Febrero 2017.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007a.

_____. **Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p.15-43.

SEIXAS, Rodrigo. A retórica da pós-verdade: o problema das convicções. **EID&A – Revista Eletrônica de Estudos Integrados em Discurso e Argumentação**, Ilhéus, n. 18, p. 122-138, abr.2019.

SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual à Constituição**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

STRECK, Lenio. **O que é isto - Decido conforme minha consciência**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

_____. **O ativismo judicial existe ou é imaginação de alguns?**. São Paulo, 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/>. Acesso em: 03 mai. 2020.

_____. **Ativismo judicial não é bom para a democracia**. São Paulo, 2009. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/>. Acesso em: 03 mai. 2020.

VALIM, Rafael. **Estado de Exceção: a Forma Jurídica do Neoliberalismo**. São Paulo: Contracorrente, 2017.

VIEIRA, Oscar. **A batalha dos poderes: Da transição democrática ao mal-estar constitucional**. 1 ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.