

**UNIVERSIDADE DE SANTA CRUZ DO SUL – UNISC
CURSO DE DIREITO**

Francisco Kliemann a Campis

**UMA TEORIA DEMOCRÁTICA DO DIREITO COMO PRESSUPOSTO DO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO: AMEAÇAS DECISIONISTAS E SOLIPSISTAS**

Santa Cruz do Sul
2020

Francisco Kliemann a Campis

**UMA TEORIA DEMOCRÁTICA DO DIREITO COMO PRESSUPOSTO DO ESTADO
DEMOCRÁTICO DE DIREITO: AMEAÇAS DECISIONISTAS E SOLIPSISTAS**

Trabalho de Curso, modalidade monografia, apresentado ao Curso de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul, UNISC, como condição para aprovação na disciplina de Trabalho de Curso II.

Orientadora: Prof. Dra. Caroline Muller Bitencourt

Santa Cruz do Sul

2020

AGRADECIMENTOS

O emérito professor de Direito da UNISC, Luís Alberto Warat (2000, p. 15), já dizia “Somos sujeitos castrados quando não sentimos a necessidade de um confronto com o instituído, quando não vemos a importância de expor os poderes estabelecidos frente aos conflitos que os desestabilizam, quando não podemos fazer (porque não percebemos a necessidade) uma prática descentrada e desierarquizada do político e, sobretudo na medida em que não sabemos transformar o político, o saber e os sentimentos em um espaço simbólico sem proprietários”. Acho que é isto que move este trabalho, uma condição de re-velar as relações estabelecidas no âmbito do Direito e da Democracia brasileira, para explicitar como esse frágil equilíbrio, que permite que tenhamos acesso às maravilhas da Democracia, acaba sendo usado para manifestar arbitrariedades de alguns poucos, pois ao olharmos para a História, “os regimes totalitários e as atrocidades cometidas sob o pálio do Direito deveriam ter-nos ensinado que o Direito deve ser mais do que instrumento, técnica ou procedimento” (STRECK, 2017, p.9).

O Direito nas democracias é o que garante todas as conquistas políticas, como o direito à liberdade de expressão, o direito ao voto, o direito ao devido processo legal, e todos os direitos sociais que permitem milhões de pessoas viverem com dignidade, e em momento algum toda esta tradição humanista, que o Direito assegura, pode ser quebrada para que os impulsos momentâneos de alguns poucos sejam atendidos.

Dedico este trabalho aos estudantes massacrados na praça da paz celestial, aos assassinados e desaparecidos durante as ditaduras militares da América Latina e a todos que são ou foram vítimas de alguma arbitrariedade em terras onde o Direito atende a vontade de alguns poucos.

Francisco Campis, novembro de 2020

RESUMO

Este trabalho busca demonstrar a relação intrínseca entre a Teoria do Direito e a Democracia brasileira, de forma a evidenciar o que acontece quando essa relação se rompe ou o direito passa a ser um instrumento da política. Para tanto, a questão que orienta esta pesquisa é: Para quais rumos a democracia brasileira segue diante de Decisionismos e Solipsismos? O trabalho será dividido de forma contemplar duas correntes anti-iluministas que degradam a legalidade¹: a primeira delas é a solipsista², consolidada quando o direito é utilizado pelo juízes como ferramenta para fazer valer as suas próprias convicções a respeito de como as coisas deveriam ser, de forma que a coerência e a integridade do Direito são deixadas de lado. A segunda delas é a decisionista ou Schmittiana, que ocorre quando o direito é aparelhado por um grupo que desfruta de grande poder político. Ambas usam de artifícios argumentativos para se camuflar e aparentarem estar de acordo com as regras democráticas, mas são elementos de regressão da argumentação jurídica que respectivamente remontam a períodos pré- Hobbesianos e Hobbesianos da mentalidade jurídica, esquecendo de toda a tradição iluminista da filosofia ocidental, principalmente as lições acerca do desenvolvimento do que temos como Direito em nossa sociedade, pois estes movimentos esquecem ou buscam destruir as bases lógicas e institucionais que mantem o estado democrático de Direito. Uma vez compreendidos do que se tratam estes fenômenos busca-se analisar como se manifestam dentro da democracia brasileira, qual o grau de regressão atingem na história do pensamento ocidental e quais os reais riscos que oferecem ao estado democrático direito. Quanto ao método de abordagem deste estudo, será utilizado o método hermenêutico. Sendo assim, por meio da fenomenologia hermenêutica, a linguagem e os fatos não são analisados em um sistema fechado de referências, mas no plano da historicidade. Os métodos de procedimento se constituem no histórico e no monográfico, ao passo que a técnica de pesquisa empregada será a bibliográfica, baseada em autores que têm contribuído com o tema das teorias da democracia e sobre a situação que o meio jurídico brasileiro

¹ Normas como a lei, a constituição e princípios constitucionais. Este trabalho não entende a legalidade da maneira do positivismo, e sim entende que esta é um conceito interpretativo, mas que existem limites à interpretação, de forma que não se pode dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa.

² Concepção filosófica que encontra forte respaldo na filosofia contemporânea, em especial na obra do professor Lenio Streck.

se encontra. As conclusões deste trabalho indicam que alguma racionalidade jurídica é necessária para sustentar o projeto de democracia que perseguimos até aqui, e por essa razão, os sentido das palavras são um dos pilares de nossa democracia, de forma que diante dos ataques que a racionalidade jurídica vêm sofrendo a democracia brasileira persiste, mas se enfraquece.

Palavras-chave: Decisionismo. Estado Democrático de Direito Solipsismo. Teoria do Direito.

ABSTRACT

This work seeks to demonstrate the intrinsic relationship between the Theory of Law and Brazilian Democracy, in order to highlight what happens when this relationship breaks or the right becomes an instrument of politics. Therefore, the question that guides this research is: For what directions does Brazilian democracy go by facing Decisionisms and Solipsisms? The work will be divided in a way that contemplates two anti-Enlightenment currents that degrade legality: the first of these is the solipsist, consolidated when the right is used by judges as a tool to assert their own convictions about how things should be, so that the coherence and integrity of the law are left aside. The second is the decisionist or Schmittian, which occurs when the right is equipped by a group that enjoys great political power. Both use argumentative devices to camouflage themselves and appear to be in accordance with democratic rules, but they are elements of regression of legal argumentation that respectively date back to pre-Hobbesian and Hobbesian periods of the legal mentality, forgetting the whole Enlightenment tradition of Western philosophy, especially the lessons about the development of what we have as law in our society, because these movements forget or seek to destroy the logical and institutional bases that maintain the democratic rule of law. Once understood from what these phenomenous are about, we seek to analyze how they manifest themselves within Brazilian democracy, what degree of regression they achieve in the history of Western thought and what are the real risks they offer to the right democratic state. As for the method of approach of this study, the hermeneutic method will be used. Thus, through hermeneutic phenomenology, language and facts are not analyzed in a closed system of references, but in the plane of historicity. The methods of procedure are constituted in history and monographic, while the research technique employed will be the bibliographic, based on authors who have contributed to the theme of theories of democracy and on the situation that the Brazilian legal environment is in. The conclusions of this work indicate that some legal rationality is necessary to sustain the project of democracy that we have pursued so far, and for this reason, the meaning of words are one of the pillars of our democracy, so that in the face of attacks that legal rationality has been suffering brazilian democracy persists, but weakens.

Keywords: Democratic Rule of Law. Decisionism. Solipsism. Theory of law.

ZUSAMMENFASSUNG

Diese Arbeit versucht, die intrinsische Beziehung zwischen der Rechtstheorie und der brasilianischen Demokratie aufzuzeigen, um aufzuzeigen, was passiert, wenn diese Beziehung zerbricht oder das Recht zu einem Instrument der Politik wird. Daher lautet die Frage, die diese Forschung leitet: Für welche Richtungen geht die brasilianische Demokratie vor Entscheidungs- und Solipsismen? Die Arbeit wird in einer Weise geteilt werden, die zwei Anti-Aufklärungsströmungen betrachtet, die die Legalität herabsetzen: Die erste ist der Solipsist, der konsolidiert wird, wenn das Recht von Richtern als Werkzeug benutzt wird, um ihre eigenen Überzeugungen darüber zu bekräftigen, wie die Dinge sein sollten, so dass die Kohärenz und Integrität des Gesetzes beiseite gelassen werden. Die zweite ist die Entscheidungistin oder Schmittiana, die auftritt, wenn die Rechte von einer Gruppe ausgestattet wird, die große politische Macht genießt. Beide benutzen argumentative Vorrichtungen, um sich zu tarnen und scheinen im Einklang mit demokratischen Regeln zu sein, aber sie sind Elemente des Rückschritts der juristischen Argumentation, die jeweils auf vorhobbesische und hobbesische Perioden der Rechtsmentalität zurückgehen und dabei die gesamte Aufklärungstradition der westlichen Philosophie vergessen, insbesondere die Lektionen über die Entwicklung dessen, was wir als Gesetz in unserer Gesellschaft haben, weil diese Bewegungen die logischen und institutionellen Grundlagen vergessen oder zu zerstören versuchen, die die demokratische Rechtsstaatlichkeit aufrechterhalten. Sobald wir aus diesen Phänomenen verstanden haben, versuchen wir zu analysieren, wie sie sich in der brasilianischen Demokratie manifestieren, welchen Grad an Regression sie in der Geschichte des westlichen Denkens erreichen und welche realen Risiken sie für den richtigen demokratischen Staat bieten. Was die Methode des Ansatzes dieser Studie betrifft, so wird die hermeneutische Methode verwendet. So werden Sprache und Fakten durch hermeneutische Phänomenologie nicht in einem geschlossenen System von Referenzen analysiert, sondern in der Ebene der Historizität. Die Verfahrensmethoden sind in der Geschichte und monographischen konstituiert, während die Forschungstechnik verwendet wird, wird die bibliographische sein, basierend auf Autoren, die zum Thema der Theorien der Demokratie und auf die Situation, dass die brasilianische nerische rechtliche Umgebung befindet beigetragen haben. Die Schlussfolgerungen dieser Arbeit zeigen, dass eine gewisse rechtliche Rationalität

notwendig ist, um das Projekt der Demokratie aufrechtzuerhalten, das wir bisher verfolgt haben, und aus diesem Grund ist die Bedeutung von Worten eine der Säulen unserer Demokratie, so dass angesichts der Angriffe, dass die rechtliche Rationalität unter der brasilianischen Demokratie leidet, aber schwächt.

Schlagworte: Demokratischer Rechtsstaat. Entscheidungismus. Solipsismus. Rechtstheorie.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	09
2	O DESENVOLVIMENTO DE UMA SOCIEDADE A PARTIR DOS IDEAIS ILUMINISTAS.....	11
2.1	Uma breve reconstituição do significado de Direito e da evolução pós-iluminista do Direito	15
3	O CONTEXTO TEÓRICO E O CONTEXTO HISTÓRICO DE DOIS FENÔMENOS QUE ENFRAQUECEM A DEMOCRACIA ATRAVÉS DO DIREITO	22
3.1	Solipsismo: a regressão do pensamento jurídico	23
3.2	Decisionismos: a apropriação do direito como mero instrumento da política	29
4	UMA ANÁLISE QUANTO AOS RISCOS QUE AS INSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS SOFREM NO BRASIL	36
4.1	Disrupção democrática, o decisionismo Schmittiano no Brasil ..	36
4.2	Solipsismo à brasileira	41
4.3	Quais os reais riscos de tais ameaças às instituições democráticas e o que impulsiona tais projetos?	46
5	CONCLUSÃO	51
	REFERÊNCIAS	54

1 INTRODUÇÃO

O tema desta pesquisa é a relação intrínseca entre a Teoria do Direito e a Democracia brasileira, de forma a evidenciar o que acontece quando essa relação se rompe ou o direito passa a ser um instrumento da política. O período de análise se situa no Brasil, em um período que compreende meados de 2017 até outubro de 2020.

Neste trabalho, procura-se investigar os rumos da democracia brasileira diante de decisões jurídicas em desconformidade com a coerência e com a integridade do Direito. Para isso, busca-se ilustrar, através de exemplos atuais, de que formas Solipsismos e Decisionismos se manifestam no Brasil. A hipótese é que existe um enfraquecimento das instituições democráticas no Brasil que acontece simultaneamente por meio de juízes que usam seus próprios critérios morais para embasar decisões judiciais (em contradição com o texto legal) e também através da intimidação da suprema corte, para que esta se submeta ao poder político de um grupo que busca ter o domínio da decisão judicial e utiliza-la para ascender ao poder absoluto. Para tanto, a questão que orienta esta pesquisa é: Qual o futuro da democracia brasileira diante de Decisionismos e Solipsismos?

O objetivo deste projeto é identificar qual papel a teoria do Direito e a justificação de critérios jurídicos exercem sobre a estabilidade da democracia brasileira.

A monografia se desenvolve a partir de três objetivos específicos, cada um deles em formato de um capítulo: o primeiro dos objetivos específicos consiste em demonstrar como a relação entre direito e democracia surgiu através de ideais iluministas e como a construção da teoria do Direito fez com que atingíssemos estágios de democratização e desenvolvimento nunca antes vistos. O segundo objetivo é demonstrar no que consistem solipsismos e decisionismos e como esses fenômenos se manifestaram na história. Por fim, o último objetivo específico é compreender como os fenômenos descritos no capítulo anterior se manifestam dentro da democracia brasileira e quais os seus reais riscos para o Estado democrático de direito e suas garantias individuais.

A democracia política foi e é até agora necessária para que um povo não seja governado despoticamente. Talvez até não seja suficiente, mas é condição mínima para que que direitos e garantias individuais e sociais previstos em nossa constituição federal existam e possam ter sua efetividade cobrada. Essa mesma democracia

política encontra-se em risco no Brasil (e, por conseqüente, todas as conquistas democráticas dos cidadãos brasileiros) na medida em que alguns de seus pilares, como a força normativa da constituição, a separação de poderes e as liberdades individuais, vêm se deteriorando. Este trabalho, portanto, surge como uma defesa da democracia e do Estado democrático de Direito e tem relevância para o curso de Direito porque o Direito existe para que o ser humano consiga se organizar e desenvolver sua vida, de modo a ter liberdades, condições materiais mínimas e dignidade, algo que, pela experiência histórica do ser humano, só se deu para a enorme maioria dos casos nas democracias. Democracias essas que têm como um de seus pilares o império da lei, que proíbe arbitrariedades e afasta possibilidades de totalitarismo.

Para tanto, a busca é por compreender a natureza do Estado Democrático de Direito e como este se relaciona com os avanços da Teoria e da Filosofia do Direito. Isso porque não existe Democracia sem um conjunto de regras e procedimentos, no caso das democracias contemporâneas procedimentos estes submetidos a séculos de evolução. Diversos relatos de outros países, como Venezuela, Hungria, Polônia e até mesmo a Alemanha sob o terceiro Reich, mostram o que aconteceu com democracias que deixaram de lado critérios jurídicos no âmbito dos tribunais em nome de critérios morais, políticos e econômicos: essas democracias morreram ou estão morrendo, levando diversas pessoas consigo.

2 O DESENVOLVIMENTO DE UMA SOCIEDADE A PARTIR DOS IDEAIS ILUMINISTAS

O que é o Iluminismo? Em um ensaio com esse título escrito em 1784, Immanuel Kant (1990) respondeu que é a “saída do ser humano da menoridade de que ele próprio é culpado”, de sua submissão “preguiçosa e covarde” aos “Dogmas e fórmulas” da autoridade religiosa ou política. Seu lema ele proclamou, é ouse entender. E sua exigência fundamental é a liberdade de pensamento e expressão. Uma época não pode firmar um pacto que impeça épocas posteriores de ampliar sua visão, ampliar seu conhecimento e reabilitar-se dos seus erros. Isso seria um crime contra a natureza humana, cujo destino apropriado reside precisamente nesse progresso. (STEVEN PINKER, 2020)

Se existiu algo que os pensadores do iluminismo tinham em comum foi a exigência de que se aplicasse vigorosamente o critério da razão para compreender o mundo, em vez de recorrer a geradores de ilusão como a fé, o dogma, a revelação, a autoridade, o carisma, o misticismo, o profetismo, ou a análise interpretativa de textos sagrados. Os avanços proporcionados pelo período iluminista ocorrido na Europa e nos Estados Unidos dos séculos XVIII e XIX se traduzem hoje em dia em forma de uma crescente qualidade de vida proporcionado por avanços quase inimagináveis em tratamentos médicos, melhores técnicas de engenharia, desenvolvimento econômico acentuado, mas sobretudo em instituições políticas que garantem liberdades individuais e direitos sociais como nunca antes, isto proporcionado por um formato democrático de estado, que a partir de agora este trabalho tentará delimitar.

Habermas (2012), pontua que a partir de uma ação comunicativa entre a população, proporcionada por avanços iluministas como o desenvolvimento científico, a liberdade de expressão e a liberdade de imprensa as instituições modernas conseguiram tomar forma e a nossa sociedade se desenvolveu de uma maneira nunca vista. Após muitos anos de construção de instituições às quais possamos delegar nosso poder soberano, chegamos no modelo de democracia liberal vigente em grande parte das nações ditas democráticas, como Estados Unidos, Alemanha, África do Sul e Brasil, por exemplo. A democracia é geralmente vista como o sistema político mais capaz de assegurar a igualdade política, de proteger a liberdade e os direitos e de defender o interesse comum, de satisfazer às necessidades dos cidadãos, de

promover o autodesenvolvimento moral e de permitir uma tomada de decisões eficaz que leve em consideração os interesses de todos. (HELD, 1996).

Segundo Manuel Castells (2019) as democracias, para merecerem ser chamadas assim, devem preencher alguns requisitos de caráter formal: respeito pelos direitos básicos das pessoas e aos direitos políticos dos cidadãos, incluídas as liberdades de associação, reunião e expressão mediante **o império da lei** protegida pelos tribunais; **separação de poderes** entre executivo, legislativo e judiciário; eleição livre periódica e contrastada dos que ocupam os cargos decisórios nos poderes legislativo e executivo; submissão do Estado e de todos os seus aparelhos àqueles que receberam a delegação do poder dos cidadãos; e possibilidade de rever e atualizar a Constituição na qual se plasmam os princípios das instituições democráticas; exclusão dos poderes econômicos ou ideológicos na condução dos assuntos públicos mediante a sua influência secundária sobre o sistema político. Sem tais requisitos, não existe uma democracia, talvez uma versão deturpada³ de uma como a que existe na Hungria, na Rússia ou na Venezuela.

Anthony Giddens (2005, p. 343), afirma que os conceitos de democracia assumem formas diferentes em diferentes sociedades: “Em algumas sociedades, a versão oficialmente aceita de democracia limita-se à esfera política, ao passo que em outras, estende-se a âmbitos mais amplos da vida social.” Demonstrando assim que a democracia pode ser vista como mais do que um simples emaranhado de direitos individuais e instituições. A forma que a democracia assume em determinado contexto é sobretudo um resultado de como seus valores e metas são entendidos e priorizados.

Bobbio (2017, p.184), sempre defendeu a democracia como a melhor forma de exercício do poder, e acreditava que:

Os traços pelos quais a democracia é considerada forma boa de governo são essencialmente os seguintes: é um governo não a favor dos poucos mas dos muitos; a lei é igual para todos, tanto para os ricos quanto para os pobres e portanto é um governo de leis, escritas ou não escritas, e não de homens; a liberdade é respeitada seja na vida privada seja na vida pública, onde vale não o fato de se pertencer a este ou àquele partido mas o mérito.

O elo entre as pessoas e o estado na democracia é um contrato social, que, nas palavras de Para Boaventura de Sousa Santos (2008, p. 317), “é a expressão de

³ Um modelo de democracia onde as instituições não estão a serviço da população e existem fortes restrições a liberdades individuais. Algo que autores como Manuel Castells (2019) vêm classificando como democracias iliberais

uma tensão dialéctica (sic) entre regulação social e emancipação social que se reproduz pela polarização constante entre vontade individual e vontade geral, colectiva (sic), entre o interesse particular e o bem comum”, preconizado por Rousseau. Tal definição vai ao encontro de Norberto Bobbio (2000), que apresenta uma concepção procedimental da democracia: para o autor, a democracia é um procedimento para a formação de decisões coletivas. Nesse sentido, por regime democrático, entende-se um conjunto de regras de procedimento que estabelecem quem está autorizado a tomar as decisões vinculatórias para todos os membros do grupo e com quais procedimentos isso deve se dar. Em relação à democracia, o que este trabalho busca desnudar é sobretudo o papel das regras do jogo, como as normas devem ser respeitadas e como a legitimidade e a arbitrariedade dentro de um estado de direito estão separadas por uma linha tênue. Bobbio (2000, p. 77) demonstra essa relação com precisão:

Sendo assim, o discurso sobre as regras do jogo é extremamente importante, e não pode ser eliminado se não se deseja cair diante de um problema mal posto e, nesta medida, insolúvel. E isto ao menos por duas razões. Antes de mais nada, porque o que distingue um sistema democrático dos sistemas não democráticos é um conjunto de regras do jogo. Mais precisamente, o que distingue um sistema democrático não é apenas o fato de possuir as suas regras do jogo (todo sistema as tem, mais ou menos claras, mais ou menos complexas), mas sobretudo o fato de que estas regras, amadurecidas ao longo de séculos de provas e contraprovas, são muito mais elaboradas que as regras de outros sistemas e encontram-se hoje, quase por toda parte, constitucionalizadas [...].

O Direito e a Constituição (regras do jogo) são, portanto, fundamentais a qualquer democracia, devendo ser levados a sério pelos demais poderes. Isso porque, se esta relação deixar de ser harmônica, um dos outros poderes existentes dentro do estado tentará se sobrepor à lei e à constituição. Contextualizando a importância de um sistema jurídico em uma sociedade George Orwell (2018, p. 23) pontua que:

Numa sociedade sem lei e, em teoria, sem compulsão o único árbitro do comportamento é a opinião pública. Mas a opinião pública, devido à tremenda necessidade de conformidade dos animais gregários, é menos tolerante que um sistema de leis. Quando seres humanos são governados por “não poderás”, o indivíduo pode praticar uma certa quantidade de excentricidades: quando supostamente governado pelo “amor” ou pela “razão” (pela moralidade como um todo), acha-se sujeito a uma pressão contínua para se comportar e pensar exatamente como todo mundo.

A citação acima traz à tona um dos pontos chave para o problema desta pesquisa, na medida que a democracia é um conceito procedimentalista (BOBBIO,

2000) para tomadas de decisões. E quando esses procedimentos são desobedecidos por quem tem uma prerrogativa de poder, uma parte da democracia é danificada, mais temeroso ainda é quando apenas a regra da maioria se sobrepõem às outras, pois:

[...] quem não se deu conta de que por sistema democrático entende-se hoje preliminarmente um conjunto de regras procedimentais, das quais a regra da maioria é a principal mas não a única, não compreendeu nada e continua a não compreender nada a respeito da democracia. (BOBBIO, 2000, p. 77).

Um sistema de organização social que não possua as regras do jogo bem definidas e devidamente respeitadas trata-se de uma tirania, e não de uma democracia. Dessa forma, “qualquer discurso sobre a democracia não pode prescindir de determinar as relações entre a democracia e as outras formas de governo, pois somente assim é possível individualizar o seu caráter específico.” (BOBBIO, 2017, p. 177). Ademais, um sistema em que a lei é desrespeitada e a Constituição é apenas uma folha de papel não pode ser tido como uma democracia. Lênio Streck e Pedro Serrano (AZEVEDO, 2020) bem lembram que a Constituição é em si um projeto conservador, pois:

A natureza da Constituição é conter o poder, submetê-lo a princípios próprios da democracia liberal, conformar no âmbito dos governantes e agentes públicos, na expressão de Max Weber, uma ética da responsabilidade em detrimento da ética das convicções pessoais. Se assim se quiser dizer, o constitucionalismo é um projeto conservador.

A Constituição em uma democracia deve possuir um papel impositivo que confronte o poder político e o discipline, de outra forma teríamos caos, pois não existiria segurança jurídica, política e nem econômica de forma que os outros poderes presentes dentro de uma sociedade, como o capital econômico individualista, a religião e a moral impor-se-iam sobre a coletividade e os direitos individuais, sociais e transindividuais. Isso aconteceria rompendo com a própria ideia de democracia, pois o poder não emanaria mais do povo e se constituiria em apenas uma iniciativa individual exercida exclusivamente por quem tivesse o acesso ao poder.

Ideias gestadas durante o Iluminismo, como a separação de poderes, a diferenciação de direito e moral, a soberania popular e os sistemas de pesos e contra pesos, e permitiram as condições para que a nossa sociedade democrática ascendesse. Essa talvez seja a maior história (quase nunca contada) de todos os tempos. E, como seu triunfo é tão pouco alardeado, os ideais fundamentais da razão, da ciência, do humanismo e da democracia também são pouco valorizados (PINKER,

2020). E os problemas dessa pouca valorização começam a se manifestar, principalmente em forma de ataques às instituições democráticas e do uso do Direito como um mero instrumento de poder guiado pela moral subjetiva de um certo grupo, para compreender o tamanho do recrudescimento da racionalidade jurídica (e por consequência do funcionamento das instituições democráticas) se faz necessário compreender como essa racionalidade se desenvolveu e por quais razões, por isso no próximo subcapítulo tentarei trazer a tona alguns dos maiores avanços no âmbito da teoria do Direito que tiveram como largada as ideias iluministas, e como esses avanços tornaram possível a existência de democracias como as que temos hoje.

2.1 Uma breve reconstituição do significado de Direito e da evolução pós-iluminista do Direito

Ludwig Wittgenstein (2005), dizia que se as palavras não tivessem relevância, não haveria qualquer razão para escolhermos uma em vez de qualquer outra. O principal resultado de sua obra “observações filosóficas” é no entanto que existe algo que transcende a rotulação pela rotulação, para ele se fosse excluída da linguagem o elemento intenção⁴ toda a sua função desmoronaria, essas conclusões, desenvolvidas posteriormente por outros pensadores como Heidegger (2000), Gadamer (1997) e trazidas para dentro do Direito pelo interpretativismo de Dworkin (2002) permitiram uma melhor compreensão e efetivação do fenômeno jurídico. Mas se as palavras não podem ser simplesmente interpretadas a partir de seus rótulos, mas sim através da sua intenção como se pode ter uma determinação segura de seus significados e por consequência termos segurança jurídica? Como atribuir sentido ao texto dentro do direito? Para responder a estas perguntas farei uma breve remontagem das principais discussões filosóficas dentro daquilo que Dworkin (2011) chamou de conceito doutrinário de Direito.

Pode-se dizer que Thomas Hobbes (1981) em 1651 no seu *Leviatã* foi quem firmou as bases do Estado e do Direito moderno, ao instituir um modelo de estado em que o poder e o direito não eram mais justificados por um direito divino ou por uma mera moral popular, mas sim por um contrato social onde as partes cediam sua

⁴ Neste sentido este trabalho não se refere à mera intenção do autor, mas sim a intenção da integridade do Direito.

liberdade em troca da proteção do soberano. Streck (2017a) pontua que com Hobbes nascem as raízes do positivismo, pois ele funda a ideia de que não será qualquer concepção de justiça, substantiva, o critério a partir do qual se identifica o Direito.

Com John Locke a ideia de uma origem terrena para a autoridade governamental foi aprimorada, o que segundo Bertrand Russell (2018) gerou um sistema de pesos e contrapesos onde a simples vontade do soberano não pode ser o critério para a lei, Russell (2018, p. 187) em 1946 escreveu que:

O país em que o princípio Lockiano da divisão dos poderes foi aplicado de maneira mais completa é os Estados Unidos, onde o presidente e o congresso são inteiramente independentes entre si e a suprema corte é independente de ambos. Por acaso a constituição fez da suprema corte uma ramificação do legislativo, uma vez que nada é lei se está assim disser.”

Percebemos aí a ideia de que o estado civil tenha que estar baseado no consenso. É justamente por isso que Locke se diferencia radicalmente de Hobbes, pois para ele:

Os homens são todos livres por natureza, iguais e independentes, ninguém pode ser tirado desta condição e sujeitado ao poder político de outro, sem o próprio consenso. O único modo pelo qual uma pessoa se despe de sua liberdade natural e se investe dos vínculos da sociedade civil, consiste no acordo com outros homens para juntar-se e unir-se numa comunidade, para viver em união com a comodidade, segurança e paz[...] (LOCKE, 2020, p.315)

Jeremy Bentham é conhecido por ter sido um dos fundadores do conceito de utilitarismo, filosofia segundo a qual, o governo para realizar um ato de maneira correta deve atentar para o princípio da felicidade, buscando, através de suas ações, o maior contingente de felicidade para o maior número de pessoas. (RUSSELL, 2018). Suas contribuições à teoria do Direito são muito abrangentes, e partem de uma união entre o utilitarismo e positivismo jurídico. Seus esforços incidem no sentido de buscar maior determinação ao que era tido por direito, a fim de evitar arbitrariedades e incoerências por parte do aplicador da lei. Para isso utilizava-se do princípio de Hume (DWORKIN, 2011, p.44) que afirmava que o fato de algo dever ser (*ought*) de certa maneira não mudava o fato de um fenômeno ser (*is*) da forma que era, e que particularmente dentro do direito o respeito a este preceito era importante, pois direito não poderia ser algo determinado pelo dever ser individual de cada aplicador da lei.

Bentham tinha a visão de que os fundamentos do Direito estão no costume ou em uma espécie de convenção. Ao contrário dos teóricos clássicos e concordando com Hobbes, Bentham insistiria que o critério de validade de uma convenção (o

direito) não estava em qualquer padrão substantivo ou do julgador, mas no fato simples e próprio de vir do soberano (MORBACH, 2020). Essa opção de Bentham por um concepção de Direito que está atrelada a vontade do soberano tem suas bases em Hobbes, mas se diferencia, por Bentham ter uma visão de estado totalmente diferente, onde o que realmente importa é a máxima felicidade dos cidadãos e não uma imposição de força contra o anarquismo. O que Bentham realmente quer com essa delimitação é bem constado por Dworkin (2004, p. 174) para quem o positivismo de Bentham era uma teoria do Direito baseada na eficiência, que seria ameaçada, comprometida quando testes morais são incluídos entre os testes para determinar o que é direito válido. Uma vez que esses testes, estes juízos morais, permitiriam que aqueles que discordam, “frequentemente com veemência”, acerca daquilo que a moralidade requer substituíssem os padrões públicos estabelecidos pelos seus próprios juízos subjetivos. De certa forma podemos dizer que o formato de estado focado no bem dos cidadãos e a separação de Direito e Moral em Bentham, formam a base do positivismo moderno.

Se John Stuart Mill pode ser considerado o grande discípulo de Bentham no que diz respeito ao utilitarismo, John Austin (1790-1859) talvez seja o seu maior discípulo no Direito. (MORBACH, 2020). Austin, que é considerado o maior jurista inglês do Século XIX, tinha como maior interesse construir uma teoria do direito que identificasse o fenômeno jurídico como ele efetivamente era e, a partir daí, descrevê-lo (STRECK, 2017a). É por isso que se credita a Austin a fundação daquilo que se convencionou chamar posteriormente de *analytical jurisprudence*, que nada mais é do que a abordagem analítico-descritiva do Direito.

De forma breve pode-se descrever a teoria de John Austin (2001, p.157) através de sua clássica máxima positivista:

A existência do Direito é uma coisa; seus méritos ou deméritos, outra. Existir é uma questão; estar de acordo com um determinado padrão é outra. Uma lei que de fato existe é uma lei, ainda que eventualmente desgostemos dela, ou venha de um texto que aprovamos ou desaprovamos.

Para se compreender a teoria de Austin, o leitor deve estar atento à época em que o autor a escreveu, e o que buscava dizer com a obra. No caso de Bentham e de Austin não era de qualquer forma tentar justificar uma ditadura de um soberano que criasse lei como bem o agradasse, muito pelo contrário pois ambos eram adeptos do Parlamentarismo e o que queriam era na verdade evitar arbitrariedades por parte de

membros do judiciário que usavam critérios pessoais de julgamento em decisões que o poder de julgar do estado era cedido a estas pessoas (MORBACH, 2020).

Até este ponto da história do Direito podemos perceber que Hobbes, Locke, Bentham e Austin sugerem uma teoria imperativista do Direito, concebendo o fenômeno jurídico como um comando de uma autoridade soberana dotada de certas prerrogativas de poder, que a partir de Locke passam a ter limites que devem obedecer, não justificando apenas o poder pela capacidade de proteger a integridade dos cidadãos, mas sim para certos direitos considerados por ele inalienáveis, essas duas teorias são aprimoradas em Bentham que determina que o Estado deve operar para garantir a maior felicidade para o maior número de cidadãos e que também ajuda a determinar melhor o conceito de direito, no que é precedido por Austin que através da *analytical jurisprudence* fortalece o Positivismo moderno tornar mais determinada a separação entre direito e moral, que já tinha sido desenvolvendo por Hobbes para dentro de um formato moderno de estado. Da *analytical Jurisprudence* de Austin passando pelo ensaio analítico jurídico - pela sociologia descritiva de Hart, o foco do positivismo jurídico tem sido o de, de uma forma ou outra, aprofundar a compreensão do Direito, da coerção e da moralidade como fenômenos sociais distintos embora relacionados (MORBACH, 2020). Assim foram traçados os parâmetros centrais do Juspositivismo moderno, do qual Herbert Hart foi sem dúvidas o mais importante pensador.

Neil Duxbury (2005) diz que entre 1832, quando Austin deixou o posto de professor Teoria do Direito na *University College London*, e 1952, quando Hart foi indicado à cátedra de *jurisprudence* de Oxford, poucos foram os avanços na teoria do Direito dignos de nota.

Hart (2009) é considerado por muitos o mais importante jus-filosofo do século XX, e tem como principal façanha trazer elementos da filosofia da linguagem ordinária para dentro do Direito. Hart tinha como principal preocupação definir através da análise linguística as delimitações do que seria o direito. Sua teoria tinha como finalidade reduzir e conter o número de arbitrariedades dentro do Direito, em 1961 publicou o Livro "O conceito de Direito". O propósito por trás de sua obra é o desenvolvimento de uma teoria descritiva do Direito, a partir de uma atenção dedicada à linguagem jurídica e a partir disso, à atitude interna com relação à prática que aquilo que chamamos de Direito implica. Para Hart nem o direito nem nenhuma outra forma de estrutura social podem ser compreendidos sem que se tenham em conta certas

distinções cruciais entre dois tipos diferentes de enunciados, chamados pelo autor "internos" e "externos", que podem ambos ser feitos sempre que normas sociais sejam observadas.

Em sua obra Hart (2005) reduz a grande questão de “**o que é o Direito?**” em três perguntas essenciais às quais se esforça em responder: I) O que diferencia o Direito de mera coerção? II) Quais são as relações, semelhanças e diferenças entre obrigações morais e jurídicas? III) O que são regras sociais e em que medida o Direito é por elas constituído?

A ideia Hobbesiana que Austin aprimora, de que o Direito depende apenas de um comando do soberano preocupa muito Hart, que a compara com o caso de um assaltante que diz ao funcionário de um banco: “entregue-me o dinheiro ou atiro”. Para isso Hart diferencia o verbo “*to order*” (“ordenar”) de “*give an order*” (“dar uma ordem”), sustentando que o segundo caso sugere uma espécie de Direito, uma espécie de autoridade ou competência para emitir ordens, o que definitivamente não está presente no caso do assaltante. Segundo Morbach (2020, p.139) “Shapiro, em uma frase que diz ter ouvido de Waldron, diz que enquanto para Austin e Bentham o soberano faz as regras, para Hart, *as regras fazem o Soberano*”. Por isso para ele o que diferencia o Direito de mera coação é a existência de regras primárias e secundárias, as regras primárias estabelecem deveres e obrigações, enquanto as regras secundárias indicam como reconhecer as regras primárias existentes (regras secundárias de reconhecimento), como alterá-las (regras de secundárias de modificação) e como resolver as pendências que surgem diante da questão sobre se uma determinada regra foi ou não violada (Regras secundárias de julgamento). Com a introdução das regras secundárias, passa-se de um mero conjunto de normas para aquilo que seria um sistema propriamente jurídico.

Hart (2009) como qualquer positivista pregava a separação entre o Direito e moral, de forma que a Moral seria a criadora do Direito, mas uma vez criado ela não incidiria nele, pois uma das principais razões de descrever o direito adequadamente é para justamente possibilitar que sua crítica do ponto de vista moral seja mais vigorosa. A busca de Hart sobre a determinação do conceito de Direito como um sistema de regras primárias e secundárias encontra porém exceções nos *hard cases*, casos difíceis sobre os quais a lei não possui previsibilidade, para Hart nestes casos a decisão deve ser dos juízes que decidem “[...]do modo que nos seja mais satisfatório,

uma escolha entre os interesses conflitantes” (HART, 2009, p. 126), ou seja escolha deles é discricionária, algo que Ronald Dworkin não pode aceitar.

Como dito no princípio deste subcapítulo Ludwig Wittgenstein (2005) dizia que se as palavras não tivessem relevância, não haveria qualquer razão para escolhermos uma em vez de qualquer outra. O principal resultado de sua obra “observações filosóficas” é, no entanto, que a linguagem transcende o elemento etimológico das palavras, isso pois “Se você excluir da linguagem o elemento da intenção, toda a sua função desmorona” (WITTGENSTEIN, 2005, p. 49). Ronald Dworkin percebeu isso, e sua obra surgiu como um enorme ataque ao positivismo, justamente por ignorar diversos aspectos centrais da filosofia da linguagem e por isso caía em arbitrariedades como nos *Hard cases*. A partir daí criou a teoria Interpretativista do Direito e travou com Hart o debate Hart-Dworkin, considerado um dos mais importantes debates da história do Direito, dissertando sobre o debate Dworkin (2011, p.614) afirma que:

O positivismo declara a independência absoluta entre os dois sistemas. O Direito depende somente de questões factuais históricas: depende em última análise, daquilo que a comunidade em questão aceita como direito em matéria de costume e de prática. Se uma lei injusta atende aos critérios aceitos para determinar o que é Direito – se foi promulgada por um órgão legislativo e todos os juízes concordam em que esse órgão legislativo tem o poder supremo de fazer lei - a lei injusta é lei e ponto-final. O interpretacionismo, por outro lado nega que o direito e a moral sejam sistemas totalmente independentes. Afirma que o Direito inclui não somente as regras específicas postas em vigor de acordo com as práticas aceitas pela comunidade, mas também os princípios que proporcionam a melhor justificativa moral para essas regras promulgadas.

O leitor ao compreender a passagem acima pode pensar que Dworkin esquece os séculos de evolução da separação entre direito e moral e as razões para as quais tal separação foi feita (essa é a posição de alguns neo-positivistas como Scott Shapiro), mas os motivos para Dworkin desenvolver essa teoria são justamente os mesmo que motivaram a separação entre o Direito e a moral nos séculos passados, pois para Dworkin (2011, p. 614-615):

O Direito, também inclui as regras que decorrem de princípios justificadores, muito embora tais regras nunca tenham sido promulgadas. Em outras palavras, o interpretacionismo trata o raciocínio jurídico do modo pelo qual afirmo, neste livro, que devemos tratar todo o raciocínio interpretativo: trata o conceito de Direito como um conceito interpretativo.

Para Dworkin, assim como para Wittgenstein as palavras carregam um peso semântico, seu sentido não é solto e a partir da análise dos seus significados e intenções, a construção moral em torno de certa legislação fica clara e podemos

extrair melhores significados que não se resumem a intenção do autor. Assim não cairemos em arbitrariedades como nos *Hard Cases* que para Hart podiam ser resolvidos como o juiz achasse ser mais conveniente.

O estabelecimento do Direito como um conceito interpretativo fez com que Dworkin trouxesse os princípios para dentro do Direito, o que o tornava mais equânime e justo, pois um simples artigo de uma lei não poderia contrariar a coerência e a integridade de todo o Direito (DWORKIN, 2017). As construções doutrinárias de Dworkin são justamente o resultado da aplicação de séculos de evolução da teoria do Direito e do estado, bem como da Filosofia moral e linguística, algo muito diferente dos fenômenos aos quais o próximo capítulo se dedica.

3 O CONTEXTO TEÓRICO E O CONTEXTO HISTÓRICO DE DOIS FENÔMENOS QUE ENFRAQUECEM A DEMOCRACIA ATRAVÉS DO DIREITO

Os ideais do iluminismo são produtos da razão humana, mas vivem em conflito com outras facetas da nossa natureza: Lealdade à tribo, acato à autoridade, pensamento mágico, atribuição de infortúnio a elementos malfazejos. E nos últimos anos, podemos testemunhar a ascensão de movimentos políticos segundo os quais seus países estão sendo empurrados para uma distopia infernal por facções malignas (no Brasil o PT, o comunismo, etc) que só podem ser combatidas por um líder forte, capaz de forçar um retrocesso no país a ponto de torná-lo “grande de novo”. (PINKER, 2020).

De alguns anos para cá, países tradicionalmente democráticos testemunham a ascensão de movimentos políticos violentos e pautados em um combate aos valores iluministas, como o caso do partido da “lei e justiça” (Polônia), do governo de Viktor Orban (Hungria), no governo de Donald Trump (EUA) e em nosso país no governo de Jair Bolsonaro. (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018). Esses movimentos foram favorecidos por uma narrativa compartilhada por muitos de seus mais ferrenhos oponentes (como os comunistas radicais): a de que **instituições da modernidade fracassaram e todos os aspectos da vida** e estão em crise acelerada o que justificaria a ideia de que destruir essas instituições democráticas farão do mundo um lugar melhor. (PINKER, 2020).

No Brasil, uma das principais ameaças ao estado democrático e da razão enquanto orientadora das atitudes tomadas é o fim da prevalência de critérios jurídicos de decisão frente a critérios políticos ou solipsistas⁵, e isto por uma razão bastante simples: os critérios solipsistas levam em consideração apenas os critérios morais de julgadores. Isso acontece através de decisões de ministros, desembargadores, juízes, promotores e procuradores federais que se vêm acima das instituições que representam e do próprio direito e do significado das palavras. Condenando pessoas com base em critérios e juízos extremamente pessoais e destituídos de rigor jurídico. (STRECK, CARVALHO, 2020).

Mas para além do Solipsismo, a democracia, o direito e o senso crítico brasileiro enfrentam ataques proveniente de um projeto autoritário de poder que

⁵ Ver no capítulo 2 a definição de Solipsismo do professor Lênio Streck.

remonta às ideias do Jurista do Reich, Carl Schmitt em oposição às ideias de Hans Kelsen, sobre o papel da Constituição e da guarda da lei e da ordem dentro de um estado constitucional.

A detalhada explicação do Desenvolvimento do conceito de Direito realizada no capítulo anterior tem como finalidade dentro deste trabalho demonstrar qual o ponto de regressão da racionalidade jurídica dentro das lógicas solipsistas e decisionistas, para sobretudo deixar claro como esses retrocessos podem afetar nossas vidas, ferindo direitos fundamentais como a liberdade de expressão, a liberdade de associação, a liberdade física, os direitos sociais, e em casos extremos do Decisionismo o Direito à vida.

Na medida em que o solipsismo busca uma regressão da argumentação jurídica a períodos anteriores ao iluminismo onde fatores como a “voz das ruas” e o “sentimento social” valem mais do que o império da lei, do que a segurança jurídica e até mesmo mais do que direitos individuais, um projeto Schmittiano de poder, com um *ethos* reacionário que remonta a Thomas Hobbes tenta ser posto prática pelo Poder executivo federal, que ameaça invadir o Supremo Tribunal Federal e assumir o controle da Justiça e legalidade como bem compreender.

Portanto, guardadas as devidas proporções, critérios solipsistas e políticos (decisionistas) são manifestações autoritárias que rompem com a tradição lógica e com a democracia, de maneira que vêm oferecendo graves riscos às instituições brasileiras. Períodos históricos em que o Direito servia a certos objetivos foram caracterizados por violência e instabilidade, “Os regimes totalitários e as atrocidades cometidas sob o pálio do Direito deveriam ter-nos ensinado que o Direito deve ser mais do que instrumento, técnica ou procedimento.” (STRECK, 2017a, p.9). Nas próximas páginas este trabalho demonstra duas correntes de pensamento pelas quais o Direito passa a ser um mero instrumento e seus impactos na história recente.

3.1 Solipsismo: a regressão do pensamento jurídico

As análises acerca do Solipsismo neste capítulo de certa forma são uma crítica à filosofia desenvolvida no período Iluminista, mas de forma alguma contrariam as raízes dos ideais iluministas, pois o solipsismo é uma forma de exercício arbitrário do poder, e sua existência é incompatível com vários ideais Iluministas, bem como com

diversos avanços conquistados no período iluminista como o estado democrático de Direito, a separação entre Direito e Moral e os freios e contrapesos.

A superação de um realismo filosófico, onde uma *illuminatio* divina se sobrepõe à razão humana, dá-se através de uma ruptura histórico-filosófica, onde ocorre uma busca da explicação sobre os fundamentos do homem, e essa ruptura deu-se com o iluminismo e com o antropocentrismo resultante de seus avanços (STRECK, 2017b). No entanto essa ruptura não foi suficiente, pois a transferência da sujeição do homem às estruturas da metafísica religiosa para a sujeição das coisas à razão do indivíduo, apesar de representar um enorme avanço criou uma hipertrofia em relação ao sujeito, especificamente em relação à consciência (STRECK, 2017b). Isso pois a crítica iluminista (desenvolvida por Kant (1990)) ligou o transcendental à figura do sujeito, que conseqüentemente passou a ser o lugar último e o fundamento da verdade. Na filosofia hermenêutica, no entanto o elemento transcendental (da verdade) é deslocado do sujeito para um contexto de significâncias e significados. Para o direito, isto significa que “a manifestação da vontade no próprio ato judicante não pode se reduzir a um exercício da vontade do intérprete (julgar conforme a sua consciência), como se a realidade fosse reduzida à sua representação subjetiva” (STRECK, 2017b, p.19). É neste contexto que se insere o giro-linguístico. Pois esse giro “liberta” a filosofia do *fundamentum incocussum absolutum veritatis* (um fundamento definitivo e indubitável que sustenta todo o conhecimento possível, encontrando a sua morada a partir das meditationes de Prima Philosophia de Descartes, na subjetividade individual do Sujeito). Tal libertação foi possível, pois com a filosofia da linguagem, principalmente nos avanços perpetuados por Wittgenstein (2005) e Heidegger (2000), descobriu-se que para além do elemento lógico-analítico, a compreensão de um fenômeno pressupõe sempre uma dimensão de caráter prático-pragmático

Nesse sentido para Streck (2017b, p.17) “a linguagem passa a ser entendida não mais como terceira coisa que se coloca entre o sujeito e o objeto e, sim como condição de possibilidade”. A linguagem é o que está dado e, portanto, não pode ser produto de um sujeito Solipsista (*Selbstüchtiger*⁶), que constrói o seu próprio objeto de conhecimento.

⁶ Interessante lembrar que a tradução literal de *Selbstüchtiger* é “viciado em si mesmo”.

É partindo desta tradição que o conceito de solipsismo adotado neste trabalho se remete ao construído no Dicionário de Hermenêutica de Lenio Streck (2017a, p. 273):

Do latim solus (sozinho) e Ipse (mesmo), o solipsismo pode ser entendido como a concepção filosófica de que o mundo e o conhecimento estão submetidos estritamente à consciência do sujeito. Ele assujeita o mundo conforme seu ponto de vista interior. Epistemologicamente, o Solipsismo representa o coroamento da radicalidade do indivíduo moderno em seu sentido mais profundo. Isso quer dizer que o solipsismo é, de certa forma, o resultado da própria modernidade, ou seja, derivado do paradigma filosófico que encontrou na subjetividade do homem o ponto de fundamentação última para todo o conhecimento do mundo. Trata-se de um fundamentum incocussum absolutum veritatis, um fundamento definitivo e indubitável que sustenta todo o conhecimento possível, encontrando a sua morada a partir das meditationes de Prima Philosophia de Descartes, na subjetividade individual do Sujeito.

Decisões judiciais que levem em conta apenas os critérios morais pessoais de um julgador e que deixam de lado a construção normativa, são típicas decisões solipsistas.

A fim de apontar como arbitrariedades se constituem em decisões tomadas por juízes dentro de estados democráticos, Lenio Streck (2017a), traz à tona um interessante exemplo que explica como contradições discursivas, que buscam apenas afirmar sentimentos individuais dos julgadores se constituem dentro de sentenças e acórdãos, trata-se do caso do touro de Osborne, ocorrido na Espanha, julgado pelo superior tribunal de justiça da Espanha: Em 1988, foi aprovada a Lei das Carreteras, que em um de seus dispositivos (art.24), proibiu a colocação de publicidade nas zonas vizinhas e visíveis da estrada. A pena pelo descumprimento era uma pesada multa. A empresa Osborne, antes da entrada em vigor da lei, retirou a palavra “veterano” dos imensos touros à beira da estrada (eram imensos outdoors, contendo ao centro a marca do conhaque “Veterano”). Entrando em vigor a lei, a Empresa fabricante do conhaque foi multada. A querela chegou ao STJ espanhol⁷, a discussão: o que é publicidade? O “imenso touro negro” é publicidade, mesmo sem a palavra veterano?

A partir deste caso o professor aponta como deve ser desenvolvido um critério para aferição da validade de um discurso que fundamenta uma decisão judicial:

O tribunal deu ganho de causa ao fabricante do conhaque utilizando argumentos como “o touro já não transmite qualquer mensagem aos espectadores, na medida em que a palavra “veterano” fora apagada; “para a generalidade dos cidadãos o touro se transformou em algo decorativo, que já

⁷ Corte máxima no âmbito de discussões legais, equivale ao STF no Brasil.

faz parte da paisagem”; a presença da expressão “veterano” não fez com que aumentasse o consumo de conhaque”; “o touro é esteticamente bonito” [...] Percebe-se, aqui, nitidamente, o modo como a decisão foi exarada sobre o crivo da discricionariedade. O tribunal decidiu sem qualquer respeito à integridade e à coerência do Direito [...]. (STRECK, 2017a, p.260)

Em sequência, pontua que para a aferição da validade discursiva das decisões dos magistrados acerca do caso do touro cabe um simples critério, basta inverter o sentido da frase para por exemplo: “o touro não é esteticamente bonito”, ou “a presença da expressão veterano fez com aumentasse o consumo de conhaque”. [...] Está-se diante de um enunciado empírico, em que o “sim” e o “não” são absolutamente arbitrários. E isso é extremamente problemático no âmbito do Direito, em que um caso jurídico exige uma decisão. (STRECK, 2017a, p. 261).

O caso acima descrito representa um impacto político e social pequeno, visto que Outdoors na beira de estradas não necessariamente vão gerar fatalidades ou grandes prejuízos a muitas pessoas, o busílis da questão é: a coerência e a integridade foram deixadas de lado e por consequência a ordem democrática foi rompida, as decisões políticas foram atropeladas, e a arbitrariedade aconteceu. Os julgadores detém uma prerrogativa enorme de poder no âmbito da decisão, e esse poder deve ser usado de forma responsável, de forma a obedecer a critérios, por isso, compreender o conceito de coerência e integridade de Ronald Dworkin se faz necessário para compreender o que o Direito deve ser em uma democracia.

Dworkin (1986) explica a prática judiciária (processo decisório dos juízes) em uma analogia com o processo de escrita de um romance em cadeia, um empreendimento coletivo entre autores que se propõem à escrita conjunta de uma única obra. Um processo que pressupõe, necessariamente, a obrigação daquele que escreve de manter a coerência com os elementos que já fazem parte da obra, (adaptando à civil law), os juízes na hora de julgar devem ter como referência a lei, a constituição e os princípios constitucionais. Os juízes, portanto, seriam coautores (na medida que aplicam a lei no caso particular, dando continuidade ao que os políticos decidiram) e críticos (na medida que não devem apenas aplicar a “letra fria da lei” e sim analisar, através de um processo interpretativo o que é mais coerente com o sistema legal para aquele caso em específico).

Lenio Streck (2017a, p. 34) de forma sucinta define que:

Analicamente pode-se dizer: a) coerência liga-se a consistência lógica que o julgamento de casos semelhantes deve guardar entre si. Trata-se de um ajuste que as circunstâncias fáticas que o caso deve guardar com os

elementos normativos que o Direito impõe ao seu desdobramento; e b) a integridade é a exigência de que os juízes construam seus argumentos de uma forma integrada ao conjunto do Direito, numa perspectiva de ajuste de substância.

O caso da teoria da interpretação de Adrian Vermeule é um caso extremo de desconsideração dos avanços filosóficos construídos durante o iluminismo, e exemplifica como práticas jurídicas antidemocráticas podem alcançar espaços de poder. Vermeule é um conhecido professor de *Jurisprudence* de Harvard, que até recentemente sustentava uma tese textualista do Direito (STRECK, 2020^a, www.conjur.com.br), o que significa que, até então, o que valia era simplesmente o que estava escrito no papel, ou seja, o texto deveria ser interpretado à luz do que os pais fundadores da Constituição norte-americana quiseram dizer com isso. Essa primeira tese, apesar de ser extremamente problemática e contrariar princípios básicos da filosofia da linguagem (WITTGENSTEIN, 2005), não é o que mais impressiona nesse teórico, uma vez que, recentemente, Vermeule passou por uma grande conversão religiosa e, logo em seguida, publicou um artigo em que

[...] decreta o fim do originalismo. Não há mais utilidade nessa teoria. E, para tanto, propõe o “novo”: um constitucionalismo do bem comum (Common-Good Constitutionalism), algo como uma teologia constitucional. O significado será aquele que promove... o “bem comum”. E como seria o bem comum vermeuleano? Vejamos: Na pandemia, diz ele, um governo justo deve ter amplos poderes. E como se faz isso? É fácil, responde Vermeule: Isso se faz por meio de um *illiberal legalism* (sim, o leitor leu corretamente: um legalismo iliberal) que não seja meramente conservador, porque o conservadorismo padrão se contenta em jogar defensivamente do jogo liberal ou das regras deste. Ou seja, um direito com garantias liberais atrapalha um bom governo. (STRECK, 2020a, www.conjur.com.br).

Essa indeterminação da norma legal leva necessariamente para a aplicação de valores morais subjetivos do intérprete, como o bem comum, fazendo o Direito regredir até antes mesmo do Solipsismo pois invoca a ideia de uma *illuminatio divina*. Pois para Vermeule o constitucionalismo – esse que ele propõe - se tornará mais direto, mais abertamente moral (menos textual), menos dependente ou ligado a doutrinas tendenciosas (ou a escritórios de advocacia). Um constitucionalismo de *valores morais substantivos*. O próprio Vermeule indica seus valores morais substantivos (sem demonstrar por meio de critérios de verificação, claro): hierarquia, autoridade. Boas maneiras. (STRECK, 2020a, www.conjur.com.br).

Digamos que a proposta de Vermeule fosse de fato aprovada e passasse a ser a regra dentro da interpretação legal, imagine um juiz poder decidir como aplicar

a lei através de interpretações religiosas que ele mesmo faz. Estaríamos vivendo em uma ditadura fundamentalista em que os conceitos substantivos de justiça e bem comum de alguns juízes seriam determinantes para a aplicação da lei. Algo que Hobbes no século XVI, já havia identificado como problemático. Ainda, lembrando que Vermeule possui o posto de professor na Universidade de Harvard, uma das mais conceituadas do mundo e seu poder de alcance dentro da academia é enorme.

Portanto: “O problema é quando setores do Judiciário desprezam os limites do texto Constitucional sob pretexto da voz das ruas (medida onde?), da justiça (qual?), do bem comum (de quem?).” (STRECK, 2019, www.conjur.com.br)

Proposições jurídicas devem necessariamente seguir critérios que respeitem a tradição jurídica, devendo esta ser interpretada para se adequar da melhor forma possível em cada caso, e por isso que para Dworkin (1986, p. 225), o direito como integridade:

Nega que proposições jurídicas sejam descrições factuais, de olhar retrospectivos, do convencionalismo, ou os programas instrumentais, prospectivos, do pragmatismo jurídico. O Direito como integridade insiste que reivindicações jurídicas são juízos interpretativos e, sendo assim, combinam elementos retro e prospectivos.

Dworkin (1986) tem o Direito como um conceito interpretativo, esse conceito interpretativo tem ligação direta com a ideia de integridade, na medida que esta interpretação deve se basear no conjunto inteiro do Direito, e não apenas em frações, por isso Morbach (2020, p. 179) escreve que o Direito como integridade é para Dworkin:

Uma concepção interpretativa do conceito interpretativo que é o Direito: Uma concepção que entende o Direito como um estrutura de princípios coerentes de justiça, equidade, e devido processo; que entende que os juízes devem reforçar e guardar coerência com esses princípios, subjacentes à tradição jurídica, diante de novos casos que se apresentem – de modo que, precisamente por uma questão de equidade, as novas situações sejam julgadas com os mesmos padrões.

Portanto: a integridade traz em si um aspecto valorativo/moral enquanto a coerência seria um *modus operandi*, a forma de alcançá-la. A compreensão destes aspectos é fundamental para que uma teoria da decisão respeite de maneira eficiente as decisões democraticamente construídas e as garantias constitucionais de forma a descartar outros aspectos que não a finalidade da lei e da constituição. Dworkin revela

que não se pode tentar atender certos objetivos dentro do Direito (que não a própria legalidade), isso pois:

[...]ficou demonstrado ser impossível estabelecer os objetivos do processo judicial sem que esses problemas reaparecessem em um estágio posterior. Se formularmos o objetivo do processo de uma maneira vaga, afirmando que a lei deve fazer justiça ou promover o estado justo, então torna-se inevitável perguntar-se, como muitos supõem, a justiça requer decisões de acordo com regras preexistentes. Essa questão, por sua vez, requer uma análise do que é seguir uma regra. Se tentarmos formular algum objetivo, mais objetivo ou preciso – o processo legal deve aumentar o produto bruto, por exemplo – então o exercício perde sua razão de ser, pois nada nos autoriza a pressupor que tal objetivo específico seja preocupação exclusiva e peculiar do Direito. (DWORKIN, 2017, p. 13).

A coerência e a integridade, assim sendo, guardam origem no fato de que os limites jurídicos não oferecem apenas previsibilidade e/ou justiça procedimental, esses limites não são mero instrumentalismo, e sim, antes de tudo, são o que garante um tipo de igualdade entre cidadãos que torna sua comunidade mais genuína e melhora a justificação moral que sustenta o exercício do poder político e a existência das instituições democráticas. (DWORKIN, 1986). Decisões que não levam em conta esses critérios podem ser classificáveis como decisões, antidemocráticas, na medida em que deixam de lado a legitimidade democrática para decidirem conforme suas próprias concepções morais.

Streck (2019a, www.conjur.com.br) lembra que Michael Stolleis, com apoio em Bernd Rüthers, bem denunciava um período no qual a interpretação no Direito era unrestrained, ou seja, não-constrangida. Alertava igualmente para a moralização que instrumentalizava o Direito para determinados fins políticos, um período que ficou conhecido como III Reich. Alemanha Nazista.

Uma onda antidemocrática de raiz solipsista está avançando dentro das instituições democráticas brasileira e causando danos irreversíveis à Democracia e às suas prerrogativas, tal avanço é o objeto central do último capítulo desta monografia, pois no próximo subcapítulo serão reconstituídas as raízes históricas de outro movimento que ameaça a democracia através do Direito.

3.2 Decisionismos: a apropriação do direito como mero instrumento da política

O Decisionismo tem sua origem nas teorias de Thomas Hobbes (1981), mas foi adaptado à modernidade nas teorias de Carl Schmitt (1934), a sua característica

principal enquanto teoria do Estado e do Direito é a de simplesmente deixar de lado enormes avanços que remontam ao período iluminista como separação entre os poderes, sistemas de pesos e contra pesos entre as instituições do estado e principalmente a total desconsideração do Direito como um ramo próprio, pois ele passa a ser apenas uma manifestação da vontade de um soberanos, seja ele Hitler ou Hugo Chávez. As teorias de Carl Schmitt aplicadas à prática vêm demonstrando um enorme potencial para desestabilizar democracias constitucionais.

Franz Neumann, jurista que viveu na república de Weimar durante a ascensão de Hitler, constatou que “Não existe mais lei na Alemanha, porque a lei é agora exclusivamente uma técnica de transformar a vontade política do líder em realidade constitucional. A Lei não é nada mais do que uma *arcanum dominationis*”⁸ (NEUMANN, 1986, p. 311).

Esse estado de coisas teve um mentor intelectual, Carl Schmitt (1934), para quem as instituições e o direito que nelas se fundamentam reportam-se a um poder soberano. O poder soberano seria um conceito correlato e essencial para a definição do direito.

Para o jurista de tipo decisionista a fonte de todo o 'direito', isto é de todas as normas e os ordenamentos sucessivos, não é o comando enquanto comando, mas a autoridade ou soberania de uma decisão final, que vem tomada junto com o comando. (SCHMITT, 1934).

Macedo Junior (1994, p. 201) pontua que Schmitt se aproxima das ideias de Hobbes (1981), pois para Schmitt:

[...] o fundamento do direito não é qualquer espécie de razão prática, mas sim uma decisão soberana que instaura, a partir do nada, uma ordem pondo fim ao caos. Daí a proximidade que encontramos entre o decisionismo e o romantismo político, temas aos quais Schmitt dedicou alguns estudos.

Schmitt (1934), famoso por sua inclinação nazista, teve como um dos seus principais rivais o judeu Hans Kelsen. Com Kelsen (1987), Schmitt travou o famoso debate sobre quem deveria ser o Guardião da Constituição (a expressão "guarda da Constituição" aparece na Constituição Federal brasileira em seu art. 102, que a atribui ao STF, bem como em seu art. 23, I, portanto no Brasil somos adeptos da teoria de Kelsen).

⁸ Tradução livre de : We therefore sum up: That law does not exist in Germany, because law is now exclusively a technique of transforming the political will of the Leader into constitutional reality. Law is nothing but an *arcanum dominationis*. (NEUMANN, 1986, p. 311).

Para Schmitt (2007), em obra publicada originalmente em 1929 sob o título "*Das Reichgerichts als Hüter der Verfassung*", e republicada em uma versão ampliada em 1931, sob o título de "O Guardião da Constituição " (*Der Hüter der Verfassung*), a Guarda da Constituição era uma função de **natureza política, e não jurídica**, e, portanto, somente o presidente do *Reich* poderia desempenhar essa função, e, com a rápida ascensão do Partido Nazista, em pouco tempo o presidente do Reich passaria a ser ninguém menos que Adolf Hitler. Ainda no ano de 1931, Kelsen (2000) publicou uma resposta com o título "Quem deve ser o guardião da Constituição?". Em tal obra, refutou o argumento de Schmitt, expressando que, se, por "natureza política", Schmitt entendia a solução de controvérsias de grande repercussão social, isso não a diferenciava da "natureza jurídica", pois o Direito, assim como a política, sempre teve a função de solucionar questões sociais controversas de grande repercussão. Ademais, o autor defendeu a importância de tal função ser desempenhada por um Tribunal Constitucional em uma democracia moderna, formado por magistrados, profissionais preparados, o que garantiria maior imparcialidade nas decisões, especialmente quando se tratasse de minorias ou de questões relacionadas a opositores do governo, sendo a sua inspiração para a redação da Constituição Austríaca de 1920. Entretanto, a teoria que triunfou na época foi a de Schmitt (1936), devido à ascensão do III *Reich* alemão. A teoria de Kelsen (1987) só veio a triunfar no pós-guerra, com o restabelecimento da democracia.

Bertrand Russell (2019, p. 176), em seu livro sobre história da Filosofia Ocidental, pontua que, para John Locke: "O governo bom é o remédio para as inconveniências que surgem no estado de natureza em decorrência de serem todos juízes da própria causa.". Locke, quase 300 anos antes, já havia percebido um grave problema na teoria de Schmitt (1934), de maneira que é temeroso e equivocado, dentro da estrutura de um Estado, transferir um poder de julgar seus próprios interesses para uma parte, ainda mais quando esse poder de decidir envolve direitos fundamentais alheios, como a liberdade de expressão, de associação e locomoção. Isso porque o principal papel do Estado liberal, desde sua criação, é justamente reduzir as arbitrariedades.

Rodriguez (2004, p. 60), em uma análise da obra de Franz Neumann, professor de teoria do Direito que fugiu da Alemanha durante a ascensão do terceiro *Reich*, pontua que:

Franz Neumann dirá em *The Rule of Law...* que o nazismo é a realização efetiva do decisionismo schmittiano. [...] o monstro do decisionismo schmittiano torna-se carne na Alemanha, efetivando o que poderia parecer impossível à luz da teoria. Trata-se então de *examinar o monstro*; explicar como ele foi possível, juntando os cacos teóricos que ainda mantêm algum poder de figuração.

O terceiro *Reich* foi um período único na história e possui diversas particularidades. A seu turno, guardadas as devidas proporções à ascensão de Hitler ao poder, os mecanismos para a instalação de um governo totalitário possuem diversas semelhanças com casos recentes de democracias desestabilizadas, a começar pelo enfraquecimento da constituição de Weimar.

Em um estudo detalhado, Levitsky e Zibblat (2018) mostram que, em países com democracias desestabilizadas, as Cortes Constitucionais, representantes máximas da autonomia do Direito, foram as primeiras instituições a serem atacadas: a Hungria, por exemplo, em meados de 2018, criou um sistema judicial paralelo controlado pelo presidente, que tem o poder de decidir questões sensíveis, como crimes de corrupção, leis eleitorais, o direito à manifestação. Atualmente, o presidente da Hungria, Victor Orbán, está livre para fazer tudo o que tem feito, como fechar universidades, perseguir opositores, jornalistas e todos que o desafiam.

Governos incapazes de afastar juízes independentes podem contorná-los através de mudanças na composição da corte. Na Hungria, por exemplo, o governo Orbán aumentou o número total de membros da Corte Constitucional, mudou as regras de nomeação, de modo que o partido governante Fidesz pudesse indicar sozinho os novos magistrados, e encheu a corte de partidários. (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 82).

Na Polônia, houve uma reforma que tentou forçar mais de um terço dos juízes da Suprema Corte a se aposentarem. Essa alteração só foi barrada depois de fortes manifestações e ameaças da União Europeia, isso pois o Partido da Lei e da Justiça, governante, teve várias de suas iniciativas bloqueadas pelo Tribunal Constitucional – a mais alta autoridade do país em questões constitucionais – entre 2005 e 2007. Quando retornou ao poder, em 2015, o partido tomou medidas para evitar perdas semelhantes no futuro. Na época, havia duas vagas abertas no Tribunal Constitucional de quinze membros e três magistrados que o Parlamento, cujo mandato expirava, já aprovara, mas que ainda precisavam prestar juramento. Numa manobra constitucional dúbia, o novo governo do Lei e Justiça se recusou a receber o juramento dos três magistrados e, em vez disso, impôs cinco novos juízes. Com boa margem, foi então aprovada uma lei exigindo que todas as decisões obrigatórias do Tribunal

Constitucional tivessem maioria de dois terços. Na prática, isso deu aos aliados do governo um poder de veto dentro do tribunal, limitando a capacidade do órgão de servir como um controle independente do poder governamental. (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018)

Esses ataques à autonomia do Direito para desestabilizar democracias não são uma ideia recente. Neumann (1986), por exemplo, já dizia que o direito na Alemanha da década de 30 passava por uma supressão do direito, o que significava para Neumann (in RODRIGUEZ, 2004), que o conflito político também havia sido suprimido da sociedade, isso porque o regime fascista promoveu, ao mesmo tempo, a materialização do direito e a eliminação do conflito político, subtraindo o conteúdo ético que caracterizaria o Direito como tal, o que o teria transformado em mera técnica. Foram acrescentadas aos textos jurídicos expressões indeterminadas como "a vontade do Führer ", capazes de tornar completamente arbitrárias as decisões do aplicador da norma, abrindo espaço para a eliminação sistemática do antagonismo político e, portanto, transformando a forma direito em forma vazia.

Esses ataques à autonomia do Direito não acontecem somente em governos de extrema direita, governos autoritários de esquerda também acabam com a autonomia do Direito e o colocam a serviço da política. Na Venezuela, em 2004, Hugo Chávez, para ter controle sobre o Direito em seu país aumentou o número de ministros da Suprema Corte de 20 para 32. Isso se deu ao longo de duas detalhadas manobras políticas que atropelaram a legalidade e a autonomia do Direito que teve começo em 1999, quando o governo Chávez convocou eleições para uma Assembleia Constituinte que, violando uma decisão anterior da Suprema Corte, concedeu a si mesma o direito de dissolver todas as demais instituições do Estado, inclusive a Suprema Corte. Temendo pela própria sobrevivência, a Suprema Corte aquiesceu e decretou que a iniciativa era constitucional. A presidente do órgão, Cecilia Sosa, renunciou, declarando que a corte tinha "cometido suicídio para evitar ser assassinada. Mas o resultado é o mesmo. Ela está morta". Dois meses depois, a Suprema Corte foi dissolvida e substituída por um novo Tribunal Supremo de Justiça. Contudo, nem isso foi capaz de garantir um Judiciário dócil, de modo que, em 2004, o governo Chávez expandiu o Tribunal Supremo para 22 membros e preencheu as novas cadeiras com lealistas "revolucionários", isso produziu o efeito desejado. Ao longo dos nove anos seguintes, nem sequer uma única decisão do Tribunal Supremo foi contra o governo. (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018).

O que vem acontecendo na Venezuela desde então é de conhecimento internacional. O trecho acima, em especial, deixa claro o papel que uma suprema corte e a teoria do Direito desempenham em uma democracia. Percebendo a importância da autonomia do Direito e o pouco valor que a esquerda autoritária dá a ela, Franz Neumann (1986) afirmava que:

O processo de ascensão do nazismo buscou varrer da face da Alemanha a legalidade liberal, igualmente desprezada pela tradição socialista como o supra-sumo da alienação. Mais do que isso, do ponto de vista do marxismo, apenas na sociedade socialista futura é que o Direito liberal-burguês seria suprimido. Ao afirmar que o Direito foi *atualmente* suprimido pelo nazismo, Neumann contribui para desarticular essa versão da crítica marxista ao Estado de Direito. (RODRIGUEZ, 2004, p. 65).

O enfraquecimento e o desvio de finalidade das Cortes Constitucionais é um sintoma para o fim de uma democracia saudável e, no Brasil, esse sintoma está começando a se manifestar. Levitsky e Ziblatt (2018, p. 17) mostram que:

Muitos esforços do governo para subverter a democracia são “**legais**”, no sentido de que são aprovados pelo Legislativo ou aceitos pelos tribunais. Eles podem até mesmo ser retratados como esforços para *aperfeiçoar* a democracia – tornar o Judiciário mais eficiente, combater a corrupção ou limpar o processo eleitoral. Os jornais continuam a ser publicados, mas são comprados ou intimidados e levados a se autocensurar. Os cidadãos continuam a criticar o governo, mas muitas vezes se veem envolvidos em problemas com impostos ou outras questões legais.

O teor do que falam Levitsky e Ziblatt (2018) é correto. No entanto, os autores incorrem em erro quando usam o termo “legais”, pois o que no âmbito dos tribunais é algo pretensamente ilegal, que desvia a finalidade do Direito e rompe com a sua coerência e integridade, não pode ser tratado como legal. O objetivo deste trabalho é apontar que, dentro do âmbito da decisão judicial, o aplicador deve seguir critérios e, caso fuja desses critérios, estaremos diante de uma manobra mais do que ilegal, inconstitucional e contrária à própria ideia da ordem democrática, justamente por romper com a lógica jurídica vigente. Com os dados acima está demonstrado que:

UMA VEZ QUE OS ÁRBITROS estejam dominados, os autocratas eleitos podem se voltar para seus oponentes. A maioria das autocracias contemporâneas não eliminou todos os traços de dissensão, como fez Mussolini na Itália fascista ou Fidel Castro na Cuba comunista. Porém, muitos fizeram esforços para garantir que jogadores importantes – qualquer um realmente capaz de prejudicar o governo – fossem marginalizados, obstruídos ou pagos para entregar o jogo. Jogadores importantes podem incluir políticos de oposição, líderes empresariais que financiam a oposição, meios de comunicação importantes ou outras figuras culturais que desfrutam de certo status moral público. (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018, p. 84).

Os exemplos levantados por Levitsky e Ziblatt (2018) e as análises feitas por Neumann (1986) servem para mostrar o que acontece quando a separação dos poderes se rompe e o poder político se sobrepõem ao império da lei: ditadura. Esse processo de transição de uma teoria do direito democrática para o decisionismo schmittiano, não é nada mais do que a regressão da racionalização do direito, para simplesmente virar a materialização da vontade de um líder autoritário e populista, que suprime o Direito em nome de suas convicções autoritárias. Foi isto que aconteceu na Alemanha nazista, na Venezuela e na Hungria, e que agora começa a se manifestar no Brasil.

4 UMA ANÁLISE QUANTO AOS RISCOS QUE AS INSTITUIÇÕES DEMOCRÁTICAS SOFREM NO BRASIL

Nos últimos capítulos este trabalho buscou explicar o contexto histórico do Desenvolvimento das Democracias Liberais e do Direito enquanto instrumento fundamental para a manutenção de uma democracia saudável. Em seguida mostrou-se o que acontece quando essa relação se rompe ou se degenera nos casos do Solipsismo e do Decisionismo. No presente capítulo faremos uma aproximação entre a realidade brasileira e os riscos oferecidos por decisionismo e solipsismos.

4.1 Disrupção democrática, o decisionismo Schmittiano no Brasil

O decisionismo, como já demonstrado, encontra respaldo nas teorias de Schmitt (1934), que, por sua vez, se inspirou em Hobbes (1981), consistindo em uma teoria política em que as decisões judiciais estão submetidas, simplesmente, à vontade do soberano, que não precisa fundamentá-la de forma racional, bastando a sua ordem para uma lei ser aplicada. Sendo assim, o poder político seria, em última instância, o protetor da Constituição e poderia intervir no âmbito judicial e decidir através de critérios políticos. Exemplos de Democracias que entraram em colapso recentemente em razão desta transferência de poderes estão demonstrados nos casos da Venezuela e da Hungria. E vários fatores que aconteceram nestes países começam a se materializar no Brasil.

No Brasil o decisionismo já está presente, podemos percebê-lo nas diversas ameaças à Suprema Corte e aos seus ministros, bem como em protestos que pedem o fechamento da Suprema Corte. Se essas manifestações fossem isoladas e não tivessem apoio de qualquer agente do Estado, não haveria razão para preocupação. Todavia, diversos são os casos de pessoas em posição de poder que compactuam deste sentimento, abaixo estão listados 6 indícios de que existe/existiu um projeto decisionista, ou pelo menos ele seria de enorme agrado para diversas autoridades do governo federal brasileiro: 1) em plena reunião ministerial do executivo, o atual ex-ministro da educação pediu a prisão dos 11 ministros da suprema corte sem ser contestado por nenhum dos presentes (MACEDO, 2020); 2) em 2018, o filho do Presidente da república afirmou que, para fechar o STF, bastavam “um cabo e um soldado” (FOLHA DE SÃO PAULO, 2018, www1.folha.uol.com.br); 3) em 2017, o atual

vice-presidente da república disse ser favorável a uma intervenção militar para combater a corrupção dos outros poderes (RODAS, 2017); 4) o presidente participou, em maio de 2020, de protestos em que manifestantes portavam cartazes pedindo o fechamento da suprema corte (DUTRA; CAIXETA, 2020, www.metropoles.com); 5) quando o plenário do supremo tribunal federal votou pela inconstitucionalidade da prisão em segunda instância, o então comandante das forças armadas, General Eduardo Villas Boas, ameaçou a corte com uma intervenção militar (CONJUR, 2018, www.conjur.com.br); 6) 90 militares da reserva de alta patente da reserva fizeram uma carta de apoio ao ministro de Segurança institucional, o qual insinuou que convocaria as forças armadas a intervirem caso a suprema corte decidisse pela apreensão do celular do presidente (GAZETA DO POVO, 2020, www.gazetadopovo.com.br). Os seis casos revelam bastante sobre as ameaças ao Supremo Tribunal Federal, mas dois outros casos merecem maior destaque.

O caso das *fake news*: diversas pessoas na órbita do presidente são suspeitas de participação em um esquema de produção em massa de *fake news* e ataques nas redes sociais contra ministros do STF (G1, 2020, g1.globo.com). Por isso, foi aberto um inquérito e foram determinadas buscas e apreensões contra influenciadores digitais e empresários apoiadores do presidente Jair Bolsonaro. Parlamentares aliados de Bolsonaro também foram chamados a dar explicações. O inquérito ainda é preliminar, mas as respostas dos investigados a sua abertura e aos atos de investigação foram duras, com ameaças à integridade e à vida de ministros. O que se apurou até então foi que:

[...] canais no Youtube que atacam o STF e pedem intervenção militar receberam verbas publicitárias de empresas estatais. Os dados, obtidos por meio da Lei de Acesso à Informação, revelam que, "ao todo, mais de 28 mil anúncios da Petrobras e da Eletrobras foram veiculados nesses canais entre janeiro de 2017 e julho de 2019, antes e durante o governo Bolsonaro". (G1, 2020, g1.globo.com).

Quando as investigações forem concluídas, será possível ter certeza sobre o que realmente aconteceu. Entretanto, existem fortes indícios de que o governo articulou uma rede de difamação à Suprema Corte e aos seus adversários.

Partindo para o segundo exemplo, o do artigo 142 da Constituição federal, um caso ímpar, pois combina o Solipsismo de juristas com devaneios autoritários com a materialização do Decisionismo. Esse caso se deu no âmbito em que ataques à

Suprema corte vinham sendo articulados, e diz respeito às interpretações dadas ao artigo 142 da constituição federal, segue o artigo:

Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem. (BRASIL, 1988, www.planalto.gov.br).

Este artigo, que pode parecer não gerar grandes problemas hermenêuticos, vem sendo alvo de interpretações enviesadas que “legitimariam” uma intervenção militar. Observe a recente opinião de Ives Gandra (2020, www.conjur.com.br), emitida no portal Conjur:

Não entro no mérito de quem tem razão (Bolsonaro ou Moro), mas no perigo que tal decisão traz à harmonia e independência dos poderes (artigo 2º da CF), a possibilidade de uma decisão ser desobedecida pelo Legislativo que deve zelar por sua competência normativa (artigo 49, inciso XI) ou de ser levada a questão — o que ninguém desejaria, mas está na Constituição — às Forças Armadas, para que reponham a lei e a ordem, como está determinado no artigo 142 da Lei Suprema”.

Vejamos outro exemplo de jurista que através de uma interpretação solipsista do art. 142, tenta legitimar a intervenção das forças armadas nos demais poderes, este comentário partiu de Adilson Abreu Dallari (2020, www.conjur.com.br), professor titular da PUC-SP:

[...]não há um desequilíbrio em favor do executivo, pois a proteção prevista no artigo 142 está disponível para todos os poderes, e completa: "Quando se analisa a dinâmica do seu funcionamento, resta inevitável a conclusão de que a intervenção das forças armadas prevista no artigo 142 faz parte do equilíbrio institucional desejado pelo constituinte de 1988". Ou seja: ambos os juristas concordam em que o artigo 142 deve ser aplicado para recompor o equilíbrio entre os poderes.

Mesmo depois de o ministro Luiz Fux declarar em liminar, que qualquer intervenção do exército nos poderes da república é inconstitucional (STF, 2020, portal.stf.jus.br) diversos juristas continuam favoráveis a tal interpretação. Pelas ruas em meio a protestos, é possível perceber diversos cartazes pedindo para o presidente convocar o artigo 142 da constituição (G1, 2020, g1.globo.com). Bustamante, Cattoni e Meyer (2017, www.conjur.com.br), são precisos em rechaçar essa possibilidade de uma intervenção militar através do art. 142:

[...] não é possível interpretar o artigo 142 para além de seu significado básico e sem uma consideração sistemática dos dispositivos que o cercam. Em

primeiro lugar, o artigo 142 se situa dentro do Título V da Constituição, intitulado “Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas.” [...]A ideia de um poder substitutivo que pudesse assumir ante a falha dos demais poderes é uma clara tentativa de romper com a ordem constitucional ou, mais diretamente, de promover um golpe. Como dois membros do Ministério Público Federal, Deborah Duprat e Marlon Weichert, reconheceram, uma “intervenção militar” soaria como uma clara configuração do que a mesma Constituição de 1988 prescreve em seu artigo 5º, inc. XLIV, como um crime inafiançável e imprescritível contra a ordem constitucional e o Estado democrático.

Nas passagens acima, analisado o teor e o conteúdo dos textos, percebe-se que Gandra e Dallari estão validando uma intervenção militar comandada pelo presidente, pois através de uma atribuição arbitrária de sentido as palavras, visam colocar toda a ordem legal (através de uma interpretação solipsista da constituição) nas mãos do poder executivo, o qual poderia chamar o exército quando fosse conveniente para manter a lei e a ordem. Isso é algo que contraria a **coerência** do Direito na medida em que não guarda qualquer relação com os elementos normativos que o Direito impõe ao seu desdobramento, assim como fere totalmente a **integridade** do Direito, porque um artigo não pode ser lido sem levar em consideração o conjunto do direito (DWORKIN, 2017). Essa interpretação contraria a constituição em uma infinidade de Dispositivos, e é Solipsista pois a manifestação da vontade no próprio ato judicante é reduzida a um exercício da vontade do intérprete (que julga apenas conforme a sua consciência), como se a realidade fosse reduzida à sua representação subjetiva, de modo que o poder executivo (na figura do presidente) é estabelecido como o poder máximo para interpretar a lei (e a ordem) e aplicá-la através do exército, exatamente como na teoria de Schmitt (2007), como na Venezuela de Chávez, na Hungria de Orbán ou na Alemanha de Hitler.

Hart (2009), dizia que a validade de uma norma não poderia ser como a ameaça de um assaltante armado, a lei não pode estar submetida à vontade de alguém que detém o monopólio da violência, simplesmente por que tem essa prerrogativa (da violência) à sua disposição, pois diferente do que dizia Hobbes (2020), nas democracias quem faz o soberano é a lei, e não é o soberano quem faz a lei. E esta interpretação dada ao artigo 142 da constituição esquece tudo isso, de forma que se ela fosse aplicada a sociedade estaria como que sobre a ameaça de um assaltante armado, pois não teríamos critério de aferição do que é lei e do que não é, estaríamos apenas submissos à consciência de quem detém o cargo do poder executivo.

Essa interpretação, iniciada com Gandra, esquece séculos de avanços políticos e mostra um desprezo pela organização da forma democrática do Estado de

Direito, e justamente por isso ganhou vários adeptos entre apoiadores do presidente nos quartéis, nas ruas e nas redes sociais.

Todos os exemplos anteriores, se lidos individualmente, são preocupantes. Já em conjunto, tornam clara uma tentativa do poder executivo de desmoralizar a suprema corte através de ameaças de militares por meio de conteúdo difamatório de blogueiros, que recebem verba pública, e de manifestantes pró regime militar. O artigo 142 da constituição federal seria apenas uma desculpa para dar ares de legitimidade a esse processo. O poder executivo promove isso com a finalidade de assumir os rumos das decisões judiciais, para controlar o que e como a suprema corte deveria decidir, principalmente no que concerne a interesses do governo e de processos contra oponentes políticos.

Porque o ponto é esse: se a campanha contra o Supremo fosse em razão de inobservância da lei e da Constituição, ela seria apenas apressada, precipitada. Isso já seria grave, porque não se distribui impeachment por aí como se distribui corrente de “Zap”.

Mas é ainda pior: a campanha é baseada em um, ou todos, desses três motivos: (i) acusações tão irresponsáveis quanto infundadas; (ii) efeito manada (neocavernas) e a busca por um inimigo para xingar e desqualificar; e, pior de tudo, (iii) quando o Supremo efetivamente cumpre com o que diz a lei e a Constituição, exercendo o papel contramajoritário que lhe cabe em um paradigma democrático.

Não para por aí. A quem interessa essa campanha difamatória contra o STF? A quem interessa fragilizar uma já frágil democracia? (STRECK, 2019a, www.conjur.com.br).

Parece claro que o Brasil se encontra em um processo de deterioração da democracia, processo em que o Direito deveria intervir como reserva democrática. Contudo, assim como em outros regimes democráticos que passaram por processos de ruptura democrática, há dificuldades na realidade brasileira, pois as instituições não estão respondendo como deviam. A análise do ministro Celso de Mello (BERGAMO, 2020) torna explícita a relação que este trabalho tenta mostrar

Guardadas as devidas proporções, o “ovo da serpente”, à semelhança do que ocorreu na República de Weimar (1919-1933), parece estar prestes a eclodir no Brasil! É preciso resistir à destruição da ordem democrática para evitar o que ocorreu na República de Weimar quando Hitler, após eleito por voto popular e posteriormente nomeado pelo Presidente Paul von Hindenburg, em 30/01/1933, como chanceler (primeiro ministro) da Alemanha, não hesitou em romper e em nulificar a progressista, democrática e inovadora constituição de Weimar, de 11/08/1919, impondo ao país um sistema totalitário de poder viabilizado pela edição, em março de 1933, da Lei (nazista) de Concessão de Plenos Poderes (ou Lei Habilitante) que lhe permitiu legislar sem a intervenção do Parlamento germânico! Intervenção militar, como pretendida por bolsonaristas e outras lideranças autocráticas que desprezam a liberdade e odeiam a democracia, nada mais significa, na nova língua bolsonarista,

senão a instauração, no Brasil, de uma desprezível e abjeta ditadura militar!

A existência de um projeto Decisionista no imaginário de membros do poder executivo federal é evidente, a sua aplicação no entanto é improvável, dada a possibilidade de seus idealizadores sem o apoio popular necessário acabaram presos, mas a simples cogitação de tal uso do Direito como uma mera técnica de transformar a vontade política do líder em realidade constitucional, já revela uma grande fragilização da Democracia e da força do Direito enquanto instrumento da Estado democrático de Direito. Os riscos Decisionistas à Democracia, apesar de existirem, são hoje em dia menores que os riscos oferecidos pelo Solipsismo no Brasil, o próximo subcapítulo mostrará o porquê.

4.2 Solipsismo à brasileira

Em 2019, 5 dos 11 ministros do Supremo Tribunal Federal (2019, portal.stf.jus.br) em dissonância com uma cláusula pétrea do texto constitucional, que, em seu artigo 5º, inciso LVII, afirma que “*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória*” (BRASIL, 1988, www.planalto.br), votaram a favor da prisão em segunda instância, ou seja, antes da confirmação da sentença condenatória. Vejamos o art. 283 do Código de processo penal, dispositivo que 5 ministros declararam ser inconstitucional através de seu voto em Ação Declaratória de Constitucionalidade:

Art. 283. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado. (BRASIL, 2011, www.planalto.br).

Segundo os ministros Luiz Fux, Roberto Barroso, Alexandre de Moraes, Carmem Lúcia e Edson Fachin, a parte do dispositivo que afirma que ninguém poderá ser preso senão em virtude de condenação criminal transitada em julgado é inconstitucional. Porém, o art. artigo 5º, inciso LVII, cláusula pétrea da Constituição federal, está em direta consonância com o artigo, vejamos:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; (BRASIL, 1988, www.planalto.br).

Este é um caso claro de solipsismo onde Direitos fundamentais foram restringidos, isto pois a manifestação da vontade no próprio ato judicante foi reduzida a um exercício da vontade dos intérpretes, e com isso a realidade da norma jurídica e de toda uma construção democrática consolidada em forma de cláusula pétrea foi reduzida à representação subjetiva de alguns poucos julgadores.

É certo que a decisão final do órgão foi de acordo com o que preceitua a cláusula pétrea, mas este caso serve para demonstrar a prerrogativa de poder que o judiciário detém sob direitos fundamentais, e que até mesmo na nossa corte constitucional, órgão máximo de proteção da Constituição e composto exclusivamente por pessoas que acreditam que a democracia é a melhor forma de governo, pode fazer valer autoritarismos em razão de um senso moral Solipsista.

Estes casos de Solipsismo, no entanto não se restringem à atuação da Suprema Corte, que na verdade é quem muitas vezes desconstitui decisões solipsistas. Dois casos práticos em que Direitos fundamentais foram feridos por Solipsismo de juízes ajudam a demonstrar como garantias fundamentais são ameaçadas por estas práticas no Brasil:

No dia 8 de janeiro de 2020, o Desembargador Benedicto Abicair julgou procedente um pedido de liminar em agravo de instrumento de uma entidade católica. Em sua decisão, o Desembargador afirmou que:

[...] me aparenta, mais adequado e benéfico, não só para a comunidade cristã, mas para a sociedade brasileira, majoritariamente cristã, até que se julgue o mérito do Agravo, recorrer-se à cautela, para acalmar ânimos, pelo que CONCEDO A LIMINAR na forma requerida. (RIO DE JANEIRO, 2020, www.conjur.com.br).

A liminar tinha como pedidos que a Netflix suspendesse imediatamente a exibição do “Especial de Natal Porta dos Fundos: A Primeira Tentação de Cristo” e toda e qualquer forma de sua divulgação.

Segundo matéria do El País (ROSSI, 2020), no dia 21 de janeiro, o Ministério Público Federal denunciou o jornalista Glenn Greenwald por supostamente ter auxiliado, incentivado e orientado a invasão de celulares de autoridades brasileiras. Para responsabilizar Greenwald pelo crime, o procurador da República Wellington Divino Marques de Oliveira argumentou que o jornalista conversou com hackers enquanto a invasão ocorria e, por isso, também seria responsável por ela. Não por coincidência, o mesmo procurador denunciou o presidente da OAB Felipe Santa Cruz

por calúnia contra o ministro Sérgio Moro (EXAME, 2019, exame.abril.com.br), denúncia que foi recusada em primeiro grau.

Algo realmente perverso transparece a decisão, pois o que realmente fundamentou os pedidos, conforme consta no próprio processo (RIO DE JANEIRO, 2020, www.conjur.com.br), foram as retratações de Jesus Cristo como um homossexual, Maria como uma adúltera desbocada e José como um idiota traído por Deus. A base dessa decisão, longe de ser uma ponderação entre valores, foi simplesmente preconceito das partes, do ministério público (que deu parecer favorável ao apelante) e do desembargador que a acatou-a na íntegra. Isso aconteceu de forma que, ao julgar, parece ter sido esquecido que vivemos em uma democracia laica, na qual a constituição, protegida pelos tribunais, deve nortear as decisões judiciais. Ao decidir apenas conforme a sua consciência a Juiz, além de demonstrar um enorme desconhecimento acerca das discussões dentro da filosofia do Direito, está em total descompasso com o cargo de representante do poder contramajoritário que ocupa, cargo que deveria, justamente, frear a sociedade majoritariamente cristã quando ela busca atentar contra liberdades individuais dos outros cidadãos.

Para Dworkin (1986), as decisões judiciais devem ser tomadas por princípio, e não por política ou moral; assim, agindo por princípio significa o contrário do agir estratégico, de fins e resultados. Agir por princípio quer dizer: mesmo que eu não goste do réu, tenho de lhe assegurar o seu Direito. No IX do artigo 5º da constituição está escrito: “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença” (BRASIL, 1988); portanto uma decisão judicial em descompasso flagrante com a constituição que ordene a retirada de um conteúdo sem nenhum embasamento jurídico concreto em sua decisão é ilegal, inconstitucional, arbitrária em síntese Solipsista.

Lenio Streck (2020b, www.conjur.com.br), em um artigo sobre essa decisão, afirma que: a decisão “demonstra duas coisas: primeiro, que o Judiciário pensa que pode ditar a moral e o comportamento da sociedade; segundo, mostra o fracasso da teoria do direito no Brasil”. Ainda, o autor completa que:

A determinação fala em ponderação de valores, coisa que não existe. Que ponderação? Quais valores? O julgador estaria falando na jurisprudência dos valores? Ou na jurisprudência dos interesses? Sim, porque da ponderação de [Robert] Alexy, com completa certeza, não é. Então, com base em que ele decidiu? Simples: com base na moral pessoal dele, julgador. Ele é o próprio fundamento. Típica decisão solipsista”. (STRECK, 2020b, www.conjur.com.br).

Os dois casos descritos acima têm muito em comum e servem para nos evidenciar que, quando a teoria do direito e a argumentação jurídica são deixadas de lado em nome da consciência moral de um julgador, direitos fundamentais e constitucionalmente assegurados são vilipendiados em nome de juízos morais de alguns poucos agentes do Estado. Todo o processo democrático, desde a eleição de parlamentares até a promulgação de uma lei e a caracterização de certos direitos como no rol de direitos fundamentais a partir de sua inclusão nas cláusulas pétreas da constituição, é deixado de lado por Solipsistas, é claro que isto causa um impacto sobre a democracia e a efetivação de Direitos, um impacto possivelmente imensurável e os fatos recentes acerca de decisões solipsistas não são os mais promissores, muito pelo contrário, demonstram uma tendência à sua concretização na esfera institucional do judiciário.

Em entrevista à revista Veja (2020, www.veja.abril.com.br) falando sobre a posse no cargo de presidente do Superior Tribunal Federal, o ministro Luiz Fux declarou que a justiça deve atender o anseio constitucional do povo, disse isso pois se dissesse que a justiça deveria ouvir a voz das ruas ficaria muito evidente a indeterminação e a total desconformidade com teoria do Direito de sua afirmação. As palavras não são as mesmas, mas a indeterminação de seus significados e o conseqüente apelo à consciência do julgador em oposição à devida aplicação da lei no momento de decidir estão muito aproximados, pois não existe uma ciência de aferição de anseio constitucionais momentâneos, que podem na verdade nem ser tão constitucionais assim, pelo menos se for levado em consideração o histórico de julgamentos contrários a cláusulas pétreas do Ministro Fux.

Apesar de todas estas manifestações solipsistas oferecerem riscos à segurança jurídica e romperem com a lógica democrática, o risco que elas oferecem ao Estado Democrático ainda está muito longe do que vêm sendo efetivado pela operação lava a jato. Em um profundo estudo sobre o tema, Fabio de Sa e Silva (2020), professor de estudos brasileiros na *University of Oklahoma*, codificou 194 entrevistas concedidas por membros da Lava a Jato e pelo juiz Sergio Moro de janeiro de 2014 a dezembro de 2018, somando mais de mil páginas de conteúdo e identificando diversas características em comum entre líderes populistas e a lava a jato, tais como a criação de um sentimento de oposição entre o povo e os "inimigos" do povo, idolatria de um líder (na lava jato Sérgio Moro), a desconsideração pelas

regras do jogo e pela legalidade, o uso da mídia e do aparelho do estado para criminalizar certo “adversários políticos”.

Sa e Silva (2020) destaca que existiram momentos em que os procuradores e demais agentes da Lava Jato enfrentaram diretamente restrições da lei. E sempre que isso aconteceu, eles decidiam que a lei poderia ser dobrada ou quebrada e alegaram que isso era totalmente justificável, dada a necessidade de prevalecer sobre o "mal" que a corrupção representava. Um conjunto de eventos que simbolizavam esse aspecto da gramática política da Lava-Jato envolveu a divulgação de conversas telefônicas entre os ex-presidentes Dilma e Lula. Quando o ex-presidente estava sob investigação dos procuradores da Lava-Jato. Onde um juiz de primeira instância determinou o grampeamento da presidente da República e vazou as suas conversas à mídia.

Houve muito debate sobre a legalidade da ação de Moro. A Suprema Corte acabou decidindo que as gravações tinham sido obtidas e divulgadas ilegalmente. Moro escreveu à Corte com 'sinceras desculpas', mas várias vezes depois disse que 'não se arrependeu do que fez'. Um grupo de 19 advogados pediu ao Tribunal de Apelações e pediu o afastamento de Moro da Lava-Jato. A Corte considerou que a Lava-Jato era um caso "excepcional, único" na legislação brasileira, que não poderia seguir 'leis gerais, destinadas a casos comuns'. Determinou assim que, nessas circunstâncias "excepcionais", o direito à privacidade poderia ser 'suplantado pelo interesse geral na administração da justiça e aplicação do direito penal', (SA E SILVA, 2020) o que se consiste em uma típica decisão Solipsista, que sem qualquer justificativa, que não a consciência do próprio julgador, permite que as maiores autoridades da República tenham seu sigilo violado, por uma operação 'judicial' que diversas vezes demonstrou que a exceção é seu modus operandi.

Alguns anos depois, os vazamentos da “vaza a jato” deixaram claro que esses eventos envolviam transgressões legais, mas que essas transgressões tinham sido acomodadas pela gramática política compartilhada pelos agentes da Lava a jato .Os vazamentos demonstram a atuação política dos agentes da lava a jato e as mais diversas violações do devido processo legal e das garantias constitucionais. (SA E SILVA, 2020).

A lava jato inicialmente surgiu como uma manifestação da lei, mas na perseguição de políticos acabou por ir justamente de encontro à lei e às garantias constitucionais, usando de elementos como prisões ilegais, denúncias crimes em

véspera de eleições, vazamentos ilegais de documentos para objetivos políticos (STRECK; CARVALHO, 2020) e tudo isso com imenso apoio da mídia e da população, o que a torna o mais perigoso elemento de exceção no uso do Direito no Brasil.

4.3 Quais os reais riscos de tais ameaças às instituições democráticas e o que impulsiona tais projetos?

Roger Scruton (2020), o mais notório pensador conservador do século XXI, em seu livro “Como ser um conservador” define que o conservadorismo consiste em uma doutrina política que busca defender ‘heranças admiráveis da sociedade ocidental’, principalmente esse movimento busca conservar:

A oportunidade de viver nossas vias como bem desejamos; **a segurança da lei imparcial** mediante a qual nossas queixas são solucionadas e os danos reparados; a proteção do nosso meio ambiente como um recurso natural compartilhado e que não pode ser apoderado e destruído de acordo com o capricho de poderosos; uma cultura aberta e questionadora que moldou nossas escolas e universidades; os procedimentos democráticos que nos permitem eleger nosso representantes e aprovar as próprias leis. (SCRUTON, 2020, p.9, grifos nossos)

Este trecho é reproduzido aqui justamente para mostrar como o decisionismo e solipsismo não são compatíveis com qualquer noção política que se diga pretensamente democrática, sequer podendo encontrar compatibilidade com qualquer forma de conservadorismo, pois não tem qualquer apreço pela segurança da lei imparcial, pelos procedimentos democráticos e tampouco pela independência de nossas escolas e universidade (este trabalho não entrará na pauta ambiental). Eles são outrossim movimentos reacionários que atacam as instituições democráticas, usando o Direito como a extensão da consciência de apenas uma pessoa. O decisionismo presente em alguns devaneios bolsonaristas em especial é o oposto de qualquer coisa que possa ser considerada conservadorismo, pois o fechamento das mais importantes instituições da república como o STF, que existe desde 1891, como demonstrados anteriormente neste capítulo, não podem de forma alguma ser considerados conservadores, pois não existe nada que buscam conservar, o que se busca é a condição de submissão do direito e das instituições republicanas ao líder absoluto, algo completamente diferente do conservadorismo de Roger Scruton (2020), para quem o desenvolvimento do Habeas Corpus enquanto garantia do exercício

pleno da liberdade é a principal razão para conservarmos a tradição e as instituições ocidentais.

Apesar destas posturas reacionárias do presidente, análises que falam do “fim dos direitos humanos e da lei”, da “superação da democracia” e do “crepúsculo do estado de Direito brasileiro” são equivocadas -o que de forma alguma significa dizer que regressos no campo democrático, principalmente nos direitos sociais (como a participação social, a transparência, a redução de programas sociais, etc.) e transindividuais (preservação da fauna e flora) não estejam acontecendo- isto significa dizer que numa disputa com as ameaças autoritárias do Decisionismo, a Democracia está se saindo muito melhor, marcas claras disto são a aprovação de projetos de lei que melhoram direitos e garantias individuais (como o pacote anti-crime, que inicialmente era um projeto de degeneração do Direito, mas que após debates no Congresso nacional criou mecanismo como o juiz de garantias), a atuação livre do Supremo Tribunal Federal (até para cometer ativismos em nome de minorias como na criminalização da LGBTQfobia). Muito disso talvez se deva ao fato de que o presidente da república e o poder executivo parecem ter desistido de executar seus planos de tomar o controle da lei através de um atentado ou de ameaças à Suprema corte. Isto, no entanto não desqualifica os crimes de responsabilidade que o presidente cometeu ao ameaçar os demais poderes. O fato de o presidente ter mudado a sua retórica diante dos outros poderes, talvez tenha relação com o seu desgaste político diante às denúncias de peculato e corrupção nas quais seus filhos estão envolvidos e à possibilidade de a execução de seu plano terminar com a sua prisão.

O “crepúsculo da democracia” brasileira parece um realidade distante do atual momento político, mas não podemos nos esquecer dos casos da Hungria e da Polônia, onde democracias Liberais tiveram suas normas e instituições subitamente corrompidas e não são mais modelos de Democracias Liberais (LEVITSKY; ZIBLATT, 2018).

Lopes (2020, estadodaarte.estadao.com.br), bem pontua que no Brasil extremistas vêm anunciando o fracasso da racionalidade jurídica e defendendo o fechamento das instituições encarregadas de implementá-la, como o STF. A polarização os leva à seguinte lógica: se os juízes não estão alinhados politicamente a seu grupo, é porque estão alinhados ao outro grupo. Não há uma terceira alternativa, uma posição jurídica acima do jogo de interesses. Esse ceticismo jurídico precisa ser combatido. É verdade que nossa Corte tem muitos defeitos. Mas isso não quer dizer

que ela não acerte, que seus membros se confundam com puros atores políticos, e que ela não seja uma instituição jurídica que valha a pena conservar. A luta pelo Direito enquanto instrumento da racionalidade deve ser mantida e a autoridade do STF pode (e deve) ser resgatada pela argumentação jurídica disciplinada. (LOPES, 2020, estadodaarte.estadao.com.br)

A solução para o projeto reacionário do Decisionismo já foi criada a muito tempo na forma das instituições democráticas, instituições que são fruto das ideias de vários séculos do pensamento ocidental, de pensadores como John Locke (2020), adaptada às democracias constitucionais por Kelsen (2000) e aperfeiçoada por Hart (2009), nas suas normas primárias e secundárias, pois para Hart é a lei que faz o soberano e não o soberano que faz as leis como o convier.

O solipsismo no Brasil e no mundo nunca deixou de existir e possivelmente sempre vai estar presente nas democracias liberais, os sistemas de justiça que temos hoje seriam um sonho distante séculos atrás, quando o poder era absoluto e as decisões judiciais não prestavam contas de seus fundamentos a outros intérpretes do direito. Por isso, por mais desanimados que estejamos com o funcionamento do Judiciário, não podemos perder de vista as conquistas que já alcançamos no sentido de racionalizar o direito, sem as quais nosso mundo seria inteiramente diferente.

As manifestações solipsistas em casos cotidianos, geram prejuízos inestimáveis a todas as suas vítimas e devem ser submetidas a um controle rigoroso, teses como a do livre convencimento deve ser desentranhadas de dentro dos anais da justiça e abusos devem ser punidos, o Solipsismo de juízes e aplicadores do Direito representam as dificuldades de consolidação de padrões democráticos de decisão, mas estes casos, quando isolados não chegam a gerar uma ameaça institucionalizada à democracia e ao império da Lei, o grande problema é quando o solipsismo, através do ativismo judicial começa a tomar para si características de populismo, tal como na operação lava jato, que no ímpeto de fazer avançar operações contra corrupção, acabou enfraquecendo a democracia e o Estado de direito reproduzindo estratégias adotadas por populistas e líderes iliberais, que buscam minar as instituições em benefício próprio. (SA E SILVA, 2020).

A lava jato inicialmente surgiu como uma manifestação da lei, mas na perseguição de políticos acabou por ir justamente de encontro à lei e às garantias constitucionais, usando de elementos como prisões ilegais, denúncias crimes em véspera de eleições, vazamentos ilegais de documentos para objetivos políticos

(STRECK; CARVALHO, 2020) e tudo isso com imenso apoio da mídia e da população, o que a torna o mais perigoso elemento de exceção no uso do Direito no Brasil. Esse projeto político assumido por membros do judiciário parece ter apenas um projeto para o Brasil, o combate à corrupção e a suspensão de Direitos e Garantias fundamentais, de forma que até o desenvolvimento nacional passa ser secundário diante da Lava Jato.

O combate à corrupção é importante, mas o objetivo de um país não pode ser o combate à corrupção, os objetivos da república federativa do Brasil são os dispostos no artigo 3 da constituição federal (BRASIL, 1988, planalto.com.br), quais sejam:

- I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II - garantir o desenvolvimento nacional;
- III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

E estes objetivos só podem ser alcançados através da política que vêm sendo criminalizada e inviabilizada pelo solipsismo de membros do judiciário. O solipsismo diário dificilmente deixará de existir dentro de uma democracia posto que os juízes devem ter certas liberdades- o que não significa dizer que as palavras não têm sentido e que juiz ou representante da lei pode interpretar a lei como o convier sem sofrer sanções, mas elementos de um estado de exceção como a Lava Jato devem ser desentranhados de dentro da Democracia e da Justiça brasileira, neste momento se faz fundamental uma retomada do debate sobre a evolução do conceito de Direito, pois parece que a Lava Jato e a mídia brasileira não entenderam algo que para Thomas Hobbes (2020) já estava muito claro a mais de 4 séculos: o fato de que dentro de um estado legítimo deve existir diferença entre direito e moral.

Para retomarmos um estado de garantias em oposição a um estado de exceção é preciso que ministros da suprema corte, juízes, promotores e demais aplicadores do Direito compreendam os avanços proporcionados por Bentham, por Austin, por Hart e por Dworkin e o que esses pensadores e a aplicação de suas ideias proporcionaram às democracias e sociedades modernas. Sem as ideias destes pensadores não teríamos as democracias que temos hoje, e como bem nos lembra Steven Pinker (2020), um bom governo democrático permite que o povo viva em segurança, protegido de violência da Anarquia, e em liberdade, protegido da violência da Tirania. Só por essa razão, a democracia é uma contribuição imensa para a prosperidade

humana. Mas há outras: Democracias também tem taxas maiores de desenvolvimento econômico, menos guerras e genocídios, povo mais saudável e instruído e praticamente nenhuma fome coletiva. Se o mundo se tornou mais democrático com o passar do tempo, isso é progresso.

O mundo de certa forma vêm avançando muito. E para que a democracia, a prosperidade e a dignidade continuem se desenvolvendo se faz necessária uma luta constante pelo papel do Direito democraticamente construído enquanto elemento de ligação e manual de funcionamento das instituições democráticas. Pensadores iluministas como Kant (1990) e Locke (2020) dedicaram as suas vidas à análise e ao estudo da razão, da lógica e da Filosofia visando construir um mundo mais digno e melhor pautado na razão, foi a partir de suas ideias e da tradição iluminista que chegamos nos modelos de Democracias que temos hoje, onde as palavras tem sentido, onde o os direitos são levados a sério e onde a razão e não os autoritarismos de alguns poucos prevalece, esta é a lição que pensadores como Kelsen (2000), Hart (2009) e Dworkin (2017) deixaram e que devem sempre prevalecer nas sociedades que se importam com a dignidade de seus cidadãos.

5 CONCLUSÃO

Pode-se pensar que a enorme maioria das ideias da modernidade iluminista nem sequer se concretizou, pode-se pensar também que a história está rumando para o seu fim em razão dos avanços perpetuados pelas instituições da Democracia Liberal, a posição mais adequada, no entanto está entre essas duas. Hoje as pessoas vivem em condições muito melhores do que as existentes a 20 anos, se compararmos com 200 anos atrás, as mudanças na qualidade de vida, nos direitos individuais e nos direitos sociais são quase inacreditáveis, muito disso em razão dos avanços desencadeados por ideias iluministas e por sua aplicação através das instituições democráticas. Essas instituições, entretanto, não estão livres de ameaças de retrocessos, os exemplos da Polônia, da Hungria, da Venezuela e Alemanha nazista servem para nos lembrar que nenhuma conquista democrática está garantida e que é preciso lutar pela manutenção das heranças admiráveis da sociedade ocidental.

Decisionismos e solipsismos são manifestações arbitrárias de poder, e não têm espaço em uma democracia, pois nesse sistema de governo, o Direito deve necessariamente existir com respeito à coerência e à integridade, mas também com autonomia. De forma que em uma democracia, pode-se discordar da forma como os juízes decidem, porém, não se pode defender o fechamento de uma suprema corte com o argumento de conter arbitrariedades, pois sem a Suprema Corte, o Direito perde seu valor e vira mero exercício arbitrário do poder.

O Brasil sob o governo de Jair Bolsonaro, em certos momentos flerta com um projeto Decisionista de poder, havendo diversas manifestações em favor do fechamento da Supremo Tribunal Federal e da instalação do exército como poder moderador através de uma interpretação enviesada do art. 142 da Constituição federal. Algo que dificilmente irá se consolidar, mas apenas indícios deste projeto mostram que é preciso que em todos os campos as forças democráticas façam frente a este projeto Schmittiano, é preciso que os conhecedores do Direito façam o seu papel de constrangimento epistemológico, para que autoritarismos não passem despercebidos. É fundamental lembrar que a democracia liberal é, antes de tudo, um projeto para conter arbitrariedades e garantir liberdades, mas que muitos, apesar de gostarem do que ela proporciona não compreendem seu funcionamento

A regressão da racionalização do direito para a simples materialização da vontade de uma pessoa é um traço em comum entre juízes solipsistas e governantes

autoritários, e o estado de exceção perpetuado pela Lava a Jato, oferece riscos semelhantes a projetos de governantes autoritários às instituições brasileiras. O atropelo de garantias e Direitos Fundamentais não é algo que pode ser tolerado dentro de uma democracia, e os avanços na Filosofia do Direito estão presentes justamente para servirem como barreira a autoritarismos e nos mostrarem os caminhos que os Direitos devem seguir para serem levados a sério.

Se os órgãos do judiciário continuarem a deixar de lado critérios jurídicos no âmbito da decisão judicial para fazer valer Solipsismos de juízes e membros do judiciário, cada vez mais estaremos no campo da injustiça, da arbitrariedade, justamente o que a constituição federal busca enfrentar. Por isso, a coerência e a integridade devem prevalecer para que o Estado de Direito e as suas garantias não sejam abandonados, junto com a justiça para muitas pessoas.

Pode-se discordar da forma como os juízes decidem, mas não se pode defender que o Direito perca sua autonomia e que o papel argumentativo em torno da construção do conceito interpretativo de Direito passe a ser de um líder com muitas características autoritárias, como é Jair Bolsonaro, ou apenas de certos membro de uma força tarefa que estabeleceu um estado de exceção para julgar oponentes políticos, como foi a lava a jato, mesmo que para combater a corrupção ou qualquer outro problema da república. Isso seria, nas palavras de Hanna Arendt (1999), como jogar fora a criança junto com a água suja do banho.

Se os critérios jurídicos de decisão judicial, representados (às vezes, de forma solipsista) pelo Supremo Tribunal Federal, forem deixados de lado em nome de Decisionismos, algo improvável, a Democracia brasileira já estará morta, pois alguns de seus mais importantes pilares, como a separação dos poderes e o império da lei, terão sido dizimados. Os exemplos históricos trazidos permitem concluir que apenas os poderes econômicos e ideológicos do grupo no poder irão ditar todas as regras do jogo, de forma que os direitos políticos dos cidadãos, como as liberdades de associação, reunião e expressão, ruião em seguida.

Alguma racionalidade jurídica é necessária para sustentar o projeto de democracia que perseguimos até aqui. (LOPES, 2020, estadodaarte.estadao.com.br) O sentido das palavras são um dos pilares de nossa democracia, e diante dos objetivos da Lava Jato vêm sendo desconsiderados em nome do solipsismo de alguns poucos agentes do estado, diante das arbitrariedades cometidas pela operação lava a jato a democracia brasileira persiste, mas se enfraquece.

REFERÊNCIAS

- AUSTIN, John. **The province of jurisprudence determined**. Cambridge: Cambridge University press, 2001.
- ARENDT, Hannah. **O que é política**. Tradução de Reinaldo Guarany. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1999.
- AZEVEDO, Reinaldo. Dois Constitucionalistas discordam deste Jornalista que fica mais sabido. **Uol Notícias**, [s./l.], 04 maio 2020. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/colunas/reinaldo-azevedo/2020/05/04/dois-constitucionalistas-discordam-deste-jornalista-que-fica-mais-sabido.htm>>. Acesso em: 10 maio 2020.
- BERGAMO, Mônica. Celso de Mello compara Brasil a Alemanha de Hitler. **Valor Econômico**, Rio de Janeiro, 31 maio 2020. Disponível em: <<https://valor.globo.com/politica/noticia/2020/05/31/celso-de-mello-compara-brasil-a-alemanha-de-hitler-e-diz-que-bolsonaristas-querem-abjeta-ditadura.ghtml>>. Acesso em: 11 jun. 2020.
- BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 7. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000.
- BOBBIO, Norberto. **Estado Governo e Sociedade**: fragmentos de um dicionário político. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 20. ed. revisada e atualizada. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2017.
- BOBBIO, Norberto. **Dicionário de Política**. Brasília: Editora UNB, 1995.
- 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 em: 16 abr. 2020.
- BRASIL. Lei 9.296/96. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 24 jul. 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9296.htm>. Acesso em: 08 maio 2020.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa; CATTONI, Marcelo Andrade; MEYER, Emilio Peluso. A Constituição protege o sistema político contra qualquer intervenção militar. **Conjur**, [s./l.], 11 out. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-out-11/opiniao-intervencao-militar-constitucionalmente-impossivel>>. Acesso em: 11 jun. 2020.
- CASTELLS, Manuel. **Ruptura**: a crise da Democracia Liberal. Tradução de Joana Angélica d'Avila. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

CONJUR. General Villas Bôas diz que calculou "intervir" caso STF desse HC a Lula. **Conjur**, [s.l.], 11 nov. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-nov-11/villas-boas-calculou-intervir-stf-hc-lula>>. Acesso em: 11 jun. 2020.

DUTRA, Francisco; CAIXETA, Fernando. Bolsonaro participa mais uma vez de ato que pede fechamento do STF. **Metrópoles**, [s.l.], 21 maio 2020. Disponível em: <<https://www.metropoles.com/brasil/politica-brasil/bolsonaro-participa-mais-uma-vez-de-ato-que-pede-fechamento-do-stf>>. Acesso em: 11 jun. 2020.

DUXBURY, Neil. English Jurisprudence between Austin and Hart. **Virginia Law review**, Virgínia, v. 91, n. 01, p. 155-170, mar 2005.

DWORKIN, Ronald. **O ouriço e a raposa**: Justiça e valor. Tradução de Marcelo Cipolla. São Paulo: WMF, 2014.

DWORKIN, Ronald. **Law's empire**. Cambridge: The Kelknap Press, 1986.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: WMF, 2017.

DWORKIN, Ronald. **Justice in Robes**. Cambridge: Cambridge Press, 2006.

EXAME. MPF denuncia presidente da OAB por chamar Moro de "chefe de quadrilha". **Exame**, [s.l.], 19 dez. 2019. Disponível em: <<https://exame.com/brasil/mpf-denuncia-presidente-da-oab-por-chamar-moro-de-chefe-de-quadrilha/>>. Acesso em: 11 jun. 2020.

FOLHA DE SÃO PAULO. Bastam um soldado e um cabo para fechar STF, disse filho de Bolsonaro em vídeo. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 21 out. 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2018/10/basta-um-soldado-e-um-cabo-para-fechar-stf-disse-filho-de-bolsonaro-em-video.shtml>>. Acesso em: 11 jun. 2020.

FOLHA DE SÃO PAULO. Chávez aumenta número de juízes na Corte Suprema venezuelana. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 25 out. 2003. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/fsp/mundo/ft2510200317.htm>>. Acesso em: 10 maio 2020.

G1. Inquérito das *fake news*: veja quem são os investigados e como funcionaria a estrutura. **Fantástico**, [s.l.], 31 maio 2020. Disponível em: <<https://g1.globo.com/fantastico/noticia/2020/05/31/inquerito-das-fake-news-veja-quem-sao-os-investigados.ghtml>>. Acesso em: 11 jun. 2020.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.

GANDRA, Ives. Harmonia e independência dos poderes? **Conjur**, [s.l.], 02 maio 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mai-02/ives-gandra-harmonia-independencia-poderes>>. Acesso em: 10 maio 2020.

GAZETA DO POVO. Oficiais da reserva divulgam nota de apoio a Heleno, atacam STF e falam em 'guerra civil'. **Gazeta do Povo**, [s.l.], 24 maio 2020. Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/republica/oficiais-da-reserva-divulgam-nota-de-apoio-a-heleno-atacam-stf-e-falam-em-guerra-civil/>>. Acesso em: 11 jun. 2020.

GLEENWALD, Glenn; REED, Betsy; DEMORI, Leandro. Como e porque o Intercept está publicando chats privados sobre a Lava Jato e Sérgio Moro. **The Intercept Brasil**, [s.l.], 09 jun. 2019. Disponível em: <<https://theintercept.com/2019/06/09/editorial-chats-telegram-lava-jato-moro/>>. Acesso em: 09 maio 2020.

HABERMAS, Jurgen. **Teoria do agir comunicativo**. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012.

HART, Herbert. **O conceito de Direito**. 1. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

HEIDEGGER, Martin. **Ser e tempo**. Tradução de Márcia Muller. Petrópolis: Editora Vozes, 2000.

HELD, David. **Models of democracy**. Cambridge: Polity, 1996.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Mendes. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2018.

HOBBS, Thomas. **Leviathan**. Londres: Penguin Books, 1981.

KANT, Immanuel. **Resposta à pergunta: o que é o iluminismo**. Lisboa: Edições 70, 1990.

KELSEN, Hans. **Quem deve ser o guardião da Constituição?** São Paulo: Martins Fontes, 2000.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1987.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

LOCKE, John. **Dois tratados sobre o governo**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2020.

LOPES, Ziel Ferreira. Democracia e Desacordos Jurídicos. **Estado da Arte – Estadão**, [s.l.], 01 out. 2020. Disponível em: <https://estadodaarte.estadao.com.br/democracia-desacordos-juridicos-ziel-lopes/?fbclid=IwAR21E7kmlAQqhQ0XjJ2sEXmpN-vPqjozifJNsuE-3i92eksFXXjXCBQipUA#_ftnref11>. Acesso em: 20 out. 2020.

MACEDO, Fausto. Weintraub afirma: 'botava na cadeia esses vagabundos todos, começando pelo STF'. **Estadão**, [s.l.], 21 jan. 2020. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/weintraub-pede-cadeia-para->

ministros-do-supremo/>. Acesso em: 11 jun. 2020.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. O decisionismo jurídico de Carl Schmitt. **Lua Nova**, São Paulo, n. 32, p. 201-215, abr. 1994. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451994000100011&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 10 junho 2020.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **O Espírito das leis**. Apresentação por Renato Janine Ribeiro. Tradução de Cristiana Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORBACH, Gilberto. **Entre o positivismo e o interpretativismo, a terceira via de Waldron**. Salvador: Juspodium, 2020.

NEUMANN, Franz. **The Rule of Law**. Political Theory and the Legal System in Modern Society. Leamington: 1986.

ORWELL, George. In: SWIFT, Jonathan. **Viagens de Gulliver**. Tradução de Paulo Henriques Brito. São Paulo: Penguin Company, 2018.

PINKER, Steven. **O novo iluminismo: em defesa da razão, da ciência e do humanismo**. Tradução de Laura Teixeira Motta e Pedro Maia Soares. São Paulo: Companhia das Letras, 2020.

RIBEIRO, Janaína. “Vamos fuzilar a petralhada”, diz Bolsonaro em campanha no Acre. *Exame*, [s.l.], 03 set. 2018. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/brasil/vamos-fuzilar-a-petralhada-diz-bolsonaro-em-campanha-no-acre/>>. Acesso em: 10 Maio de 2020.

RODAS, Sérgio. Ação militar para combater corrupção seria golpe, diz Marco Aurélio. *Conjur*, [s.l.], 20 set. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-set-20/acao-militar-combater-corrupcao-seria-golpe-marco-aurelio>>. Acesso em: 11 jun. 2020.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. Franz Neumann, o direito e a teoria crítica. **Lua Nova**, São Paulo, n. 61, p. 53-73, 2004.

ROSSI, Marina. Procuradoria denuncia Jornalista Glenn Greenwald. **El País**, [s.l.], 21 jan. 2020. Disponível em: <<https://brasil.elpais.com/politica/2020-01-21/procuradoria-denuncia-jornalista-glenn-grenwald-e-outras-seis-pessoas-acusadas-de-hackear-autoridades.html>>. Acesso em: 10 maio 2020.

RUSSELL, Bertrand. **História da Filosofia ocidental: v. 3. Filosofia Moderna**. São Paulo: Novo tempo, 2019.

SA E SILVA, Fabio de. From Car Wash to Bolsonaro: Law and Lawyers in Brazil's Illiberal Turn (2014–2018). **Journal of Law and Society**, Cardiff, n. 47 p. 90-110, 2020

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo**: por uma nova cultura política. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2008.

SCHMITT, Carl. **O Guardião Da Constituição**. Tradução de Gilmar Mendes. São Paulo: Editora Del Rey, 2007. v. 9.

SCHMITT, Carl. **Über die drei Arten des Rechts-wissenschaftlichen Denkens** (Sobre as Três Formas do Pensamento Jurídico). Hamburg: Hanseatische Verlagsanstalt, 1934.

SCRUTON, Roger. **Como ser um conservador**. Tradução de Bruno Garschagen. Rio de Janeiro: Record, 2020.

STRECK, Lenio; CARVALHO, Marco Aurélio de. **O livro das Suspeições**. Porto Alegre: Prerrogativas, 2020.

STRECK, Lenio. Professor de Harvard lança constitucionalismo Deus acima de todos. **Conjur**, [s.l.], 23 abr. 2020a. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-23/senso-incomum-professor-harvard-lanca-constitucionalismo-deus-acima-todos>>. Acesso em: 05 maio 2020.

STRECK, Lenio. Decisão que censurou Porta dos fundos é Absurda. **Conjur**, [s.l.], 8 jan. 2020b. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-jan-08/censura-porta-fundos-absurda-fundamento>>. Acesso em 05 maio 2020.

STRECK, Lenio. **Dicionário de Hermenêutica**: quarenta temas fundamentais da teoria do Direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte (MG): Letramento, 2017a.

STRECK, Lenio. **O que é isto**: decido conforme minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017b.

STRECK, Lenio. O STF sendo atacado e o MP fica arrumando o Van Gogh da parede. **Conjur**, [s.l.], 25 abr. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-abr-25/senso-incomum-stf-sendo-atacado-mp-fica-arrumando-van-gogh-parede>>. Acesso em: 01 maio 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Acórdão sobre a prisão em segunda instância**. Brasília, DF, 26 abr. 2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=429359&ori=1>>. Acesso em: 01 maio 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Liminar sobre as interpretações dadas ao art. 142 da Constituição Federal**. Brasília, DF, 29 jun. 2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5934738>>. Acesso em 14 jun 2020.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (Sexta Câmara Cível). **Agravo De Instrumento – Cível nº 0083896-72.2019.8.19.0000**. Agravante: Associação Centro Dom Bosco de Fé e Cultura. Agravado: Netflix Entretenimento

Brasil LTDA. Relator: Des. Benedicto Abicair. Julgado em: 07 jan. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/desembargador-tj-rj-censura-especial.pdf>>. Acesso em: 09 maio 2020.

VEJA. Luiz Fux diz que nada justifica derrubar a lava a jato. **Veja**, [s./l.], 11 set. 2020. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/paginas-amarelas/nada-justifica-derrubar-a-lava-jato-diz-luiz-fux/>>. Acesso em: 11 set. 2020.

WARAT, Luis Alberto. **A ciência jurídica e seus dois maridos**. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2000.

WITTGENSTEIN, Ludwig. **Observações filosóficas**. Tradução de Adail Sobral e Maria Stela Gonçalves. São Paulo: Edições Loyola, 2005.