

**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO**  
**DOUTORADO**

THIAGO ARRUDA QUEIROZ LIMA

**GOVERNAMENTALIZAÇÃO DA JUSTIÇA NO BRASIL: MODO  
GOVERNAMENTAL DE SUBJETIVAÇÃO, DISPOSITIVO JURISDICIONAL DE  
EXCEÇÃO E A CONSTITUIÇÃO COMO UM CUSTO**

**Brasília/DF**  
**2019**

THIAGO ARRUDA QUEIROZ LIMA

**GOVERNAMENTALIZAÇÃO DA JUSTIÇA NO BRASIL: MODO  
GOVERNAMENTAL DE SUBJETIVAÇÃO, DISPOSITIVO JURISDICIONAL DE  
EXCEÇÃO E A CONSTITUIÇÃO COMO UM CUSTO**

Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB) como requisito parcial à obtenção do Título de Doutor em Direito, sob a orientação do Professor Doutor Alexandre Bernardino Costa.

**Brasília/DF**

**2019**

THIAGO ARRUDA QUEIROZ LIMA

**GOVERNAMENTALIZAÇÃO DA JUSTIÇA NO BRASIL: MODO  
GOVERNAMENTAL DE SUBJETIVAÇÃO, DISPOSITIVO JURISDICIONAL DE  
EXCEÇÃO E A CONSTITUIÇÃO COMO UM CUSTO**

Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB) como requisito parcial à obtenção do Título de Doutor em Direito, sob a orientação do Professor Doutor Alexandre Bernardino Costa.

Brasília-DF, agosto de 2019.

---

Prof. Dr. Alexandre Bernardino Costa (Orientador)  
*Universidade de Brasília – UnB*

---

Prof. Dr. Argemiro Cardoso Moreira Martins  
*Universidade de Brasília – UnB*

---

Prof. Dr. José Geraldo de Sousa Júnior  
*Universidade de Brasília – UnB*

---

Prof. Dr. Márcio Ferreira Rodrigues Pereira (Membro Externo)  
*Universidade Federal do Ceará*

## **AGRADECIMENTOS**

A Cecília, pelo amor, pela cumplicidade e pelo companheirismo, sem os quais esta tese não seria possível.

À minha família, pelo suporte permanente, pelo cuidado e pela paciência.

Ao Professor Alexandre Bernardino Costa, pela parceria, pelo apoio ao longo do curso e pela orientação deste trabalho.

Aos Professores José Geraldo, Argemiro Cardoso e Márcio Pereira, que aceitaram gentil e prontamente integrar a banca de avaliação e contribuir com o aperfeiçoamento desta pesquisa.

Aos colegas de doutorado, especialmente a Roberta Gonçalves, a Jairo Ponte e a Talita Furtado, pelas ideias trocadas e pelas preocupações partilhadas.

A todos os professores da Universidade de Brasília que, com muita dedicação e sabedoria, ofertaram disciplinas à turma do DINTER UnB-UFERSA.

Aos meus alunos do curso de Direito da UFERSA, por me possibilitarem uma reflexão e um intercâmbio constante sobre as ideias que orientam esta pesquisa.

Aos servidores da UnB e da UFERSA que, através de seu trabalho cotidiano, criam as condições para que a Universidade realize sua missão.

À UnB e à UFERSA, como instituições, como Universidades Públicas, como símbolos vivos, em tempos sombrios, da importância do conhecimento, da cultura, da diversidade e da democracia.

*“O clamor por um guardião e defensor da Constituição é, na maioria das vezes, um sinal de delicadas condições constitucionais”.*  
(Carl Schmitt, em “O guardião da Constituição”)

*“Talvez esta seja uma boa explicação para o recurso recorrente aos prefixos pós e neo: pós-modernidade, pós-positivismo, neoliberalismo, neoconstitucionalismo. Sabe-se que veio depois e que tem a pretensão de ser novo. Mas ainda não se sabe bem o que é. Tudo é ainda incerto. Pode ser avanço. Pode ser uma volta ao passado. Pode ser apenas um movimento circular, uma dessas guinadas de 360 graus”.*  
(Ministro Luís Roberto Barroso, em “Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito – o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)

*“Eu tenho dito que a gente tem que rezar sempre para que Deus não nos permita perder o senso de justiça, mas, se as nossas rezas não ajudarem, pelo menos que rezemos para que a gente não perca o senso do ridículo”.*  
(Ministro Gilmar Mendes, em voto proferido no julgamento da Q.O./A.P.937)

## RESUMO

A presente tese busca verificar a hipótese da governamentalização da justiça no Brasil. O referencial metodológico se apoia no método genealógico desenvolvido por Michel Foucault e pelo conceito de paradigma abordado por Giorgio Agamben. Em termos de procedimentos técnicos de pesquisa, a investigação recorre à pesquisa bibliográfica e à análise documental, com destaque para o exame de decisões judiciais. Apresentam-se inicialmente os conceitos de governo e de governamentalidade liberal e neoliberal sob a perspectiva da biopolítica de Foucault e, em seguida, um conceito preliminar de governamentalização da justiça. Aborda-se o conceito de estado de exceção na perspectiva agambeniana de uma indiscernibilidade entre aquilo que é externo e interno ao direito, correlacionando-o ao conceito foucaultiano de governo. Discute-se a possibilidade teórica de se compreender a decisão judicial a partir do conceito de estado de exceção. Explora-se a teoria da derrotabilidade das regras jurídicas e o tema da guarda da Constituição, correlacionando-os ao conceito de estado de exceção. Feito isso, são levantados os elementos discursivos de um conjunto de casos, em sua maioria julgados pelo Supremo Tribunal Federal, concluindo-se ao final que há um processo de governamentalização da justiça no Brasil, marcado especialmente por um modo governamental de subjetivação e de normalização, por uma concorrencialização da vida, por uma intervenção ambiental sobre uma população, por uma factualização dos problemas jurídicos, por uma alternância estratégica entre regra e exceção e por uma alteração morfológica do discurso jurídico.

**PALAVRAS-CHAVE:** Governamentalidade. Liberalismo. Neoliberalismo. Estado de Exceção. Justiça. STF.

## ABSTRACT

This research aims to verify the hypothesis of governmentalization of jurisdiction in Brazil. The methodological approach is supported by Michel Foucault's genealogical method and the concept of paradigm developed by Giorgio Agamben. As technical proceedings of research, the investigation is based on bibliographical analysis and documental analysis, especially judicial decisions. It presents initially the concepts of government and liberal and neoliberal governmentality under the perspective of Foucault's biopolitics and, after that, a preliminary concept of governmentalization of jurisdiction. It approaches the concept of state of exception under an Agambenian point of view, based on an indistinction between what is inside and outside law. It discusses the theoretical possibilities of understanding judicial decisions through the concept of state of exception. It explores the theory of rules defeasibility and the theme of the constitutional guardianship, connecting it to the concept of state of exception. Then, it brings the discursive elements of a group of cases, mostly decisions taken by the Brazilian Supreme Court, concluding that there is a process of governmentalization of jurisdiction in Brazil, characterized by a governmental mode of subjectivation and normalization, by an expansion of competition, by an environmental intervention over a population, by a factualization of juridical matters, by an strategic alternance between rule and exception and by a morphological change of the juridical discourse.

**KEYWORDS:** Governmentality. Liberalism. Neoliberalism. State of Exception. Jurisdiction. STF.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO</b> .....	<b>11</b>
<b>1 GENEALOGIA DAS TECNOLOGIAS DE PODER, GOVERNAMENTALIDADE LIBERAL E NEOLIBERAL E A GOVERNAMENTALIZAÇÃO DA JUSTIÇA</b> .....	<b>17</b>
1.1 BIOPOLÍTICA, LIBERALISMO E O PROBLEMA DA GOVERNAMENTALIDADE EM MICHEL FOUCAULT .....	17
1.2 SUJEITO DE DIREITO OU <i>HOMO OECONOMICUS</i> ? TENSÕES ENTRE JURISDIÇÃO E VERIFICAÇÃO SOB A GOVERNAMENTALIDADE .....	36
1.3 A GOVERNAMENTALIDADE NEOLIBERAL: <i>CONCORRENCIALIZAÇÃO</i> DA SOCIEDADE, GENERALIZAÇÃO DA FORMA EMPRESA E REPROGRAMAÇÃO DO <i>HOMO OECONOMICUS</i> .....	42
1.4 SOBERANIA, DISCIPLINA, GOVERNO: SOBRE AS CORRELAÇÕES DAS TECNOLOGIAS DE PODER EM FOUCAULT E A GOVERNAMENTALIZAÇÃO DA JUSTIÇA .....	54
<b>2 O PARADOXO TOPOLÓGICO DA SOBERANIA E O ESTADO DE EXCEÇÃO COMO ZONA DE INDISTINÇÃO ENTRE DIREITO E FATO</b> .....	<b>63</b>
2.1 <i>DENTRO E FORA</i> DO ORDENAMENTO: NORMA, DECISÃO E CONDIÇÕES DE VIDA SOB A EXCEÇÃO SOBERANA .....	63
2.2 ACERCA DOS CRUZAMENTOS ENTRE ESTADO DE EXCEÇÃO E RAZÃO DE GOVERNO, A PARTIR DE SCHMITT .....	81
2.3 A ESTRUTURA TOPOLÓGICA DO ESTADO DE EXCEÇÃO: ZONA DE INDISTINÇÃO ENTRE DIREITO E FATO E A CONSTRUÇÃO POLÍTICO-DISCURSIVA DA EMERGÊNCIA.....	86
2.3.1 A relação de exceção em Agamben, a partir de <i>Homo Sacer I</i> .....	88
2.3.2 A relação de exceção em Agamben, a partir de <i>Homo sacer II, 1</i> .....	97
2.3.3 O conceito de <i>vida nua</i> e as características da biopolítica agambeniana .....	109
<b>3 ESTADO DE EXCEÇÃO E APLICAÇÃO JUDICIAL DO DIREITO</b> .....	<b>117</b>
3.1 ESTADO DE EXCEÇÃO ATÍPICO: A DECISÃO JUDICIAL E O DISPOSITIVO JURISDICIONAL DE EXCEÇÃO .....	117
3.2 A TEORIA DA <i>DERROTABILIDADE</i> DAS REGRAS: UM IMPASSE FUNCIONAL À EXCEÇÃO SOBERANO-GOVERNAMENTAL .....	128



3.3 EXCEÇÃO, JURISDIÇÃO E GOVERNO SOB A INDISTINÇÃO ENTRE <i>GUARDAR</i> E <i>SUSPENDER</i> A CONSTITUIÇÃO .....	149
<b>4 ENTRE <i>BONS</i> E <i>ESPERTOS</i>: O <i>HABEAS CORPUS</i> 126.292 E A DESTRUIÇÃO CRIATIVA DA CONSTITUIÇÃO POR UMA JUSTIÇA-EMPRESA .....</b>	<b>169</b>
4.1 O VOTO DO MINISTRO RELATOR TEORI ZAVASCKI E A INVERSÃO GOVERNAMENTAL DA CONSTITUIÇÃO.....	169
4.2 À EXCEÇÃO ESTATÍSTICA, CORRESPONDE UMA EXCEÇÃO JURÍDICO-GOVERNAMENTAL: O VOTO DO MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO NO HC 126.292 .....	177
4.3 OS VOTOS DOS MINISTROS FACHIN, FUX, CÁRMEN LÚCIA E GILMAR MENDES NO HC 126.292 .....	199
4.4 AS DIVERGÊNCIAS APRESENTADAS POR ROSA WEBER, MARCO AURÉLIO, CELSO DE MELLO E LEWANDOWSKI.....	214
<b>5 “A JUSTIÇA ESTÁ PARA A ALMA COMO A SAÚDE ESTÁ PARA O CORPO”: CONSTITUIÇÃO PATOGÊNICA E JURISDIÇÃO BIOPOLÍTICA NO JULGAMENTO DA Q.O. NA AP 937 .....</b>	<b>220</b>
5.1 O VOTO DO MINISTRO RELATOR LUÍS ROBERTO BARROSO: UM COMBATE GOVERNAMENTAL À “DISFUNCIONALIDADE” DO SISTEMA E AO “DESPRESTÍGIO” DO SUPREMO .....	221
5.2 OS VOTOS DE FUX, ROSA WEBER, CELSO DE MELLO, CÁRMEN LÚCIA E FACHIN .....	236
5.3 OS VOTOS DIVERGENTES NA Q.O./A.P. 937 .....	247
<b>6 OUTROS CASOS ILUSTRATIVOS DA GOVERNAMENTALIZAÇÃO DA JUSTIÇA E DA PRODUÇÃO DE DISPOSITIVOS JURISDICIONAIS DE EXCEÇÃO .....</b>	<b>254</b>
6.1 <i>NÃO EXISTE PROCESSO GRÁTIS</i> : A GOVERNAMENTALIZAÇÃO DA JUSTIÇA DO TRABALHO DIANTE DO DUELO ENTRE DOIS LUÍSES E UM RICARDO .....	255
6.2 A <i>UBERIZAÇÃO</i> DO DIREITO: INTERPRETAÇÃO NEOLIBERAL DA CONSTITUIÇÃO E O JUDICIÁRIO COMO FIADOR DA CONCORRÊNCIA NA ADPF 449 .....	270
6.3 O <i>HABEAS CORPUS</i> 124.306: A CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO E A MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE COMO TESTE DE <i>CUSTO X BENEFÍCIO</i> .....	282
6.4 MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE COMO TESTE DE <i>CUSTO X BENEFÍCIO</i> E O RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659.....	287

6.5	<i>ENTROSANDO</i> INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E GOVERNAMENTALIDADE: A MC NA ADI 5.948 E A EXCEÇÃO COMO MAXIMIZAÇÃO DA EFICIÊNCIA .....	291
6.6	O INQUÉRITO 4.781: O STF COMO TRIBUNAL DE EXCEÇÃO EM SENTIDO ESTRITO E O “BRASIL COMO DEPENDÊNCIA DO SUPREMO” .....	297
6.7	GOLPE, MOVIMENTO OU CONTRA-REVOLUÇÃO? PLURALISMO, INEVITABILIDADE DA EXCEÇÃO E LEGÍTIMA DEFESA DA ORDEM NUM DISCURSO SEM DESFECHO.....	300
6.8	<i>PRENDER, DELATAR E PUBLICIZAR</i> : O ENCONTRO ENTRE SUJEITOS ECONÔMICOS EM MEIO A UMA <i>CRUZADA</i> JURÍDICO-GOVERNAMENTAL.....	303
6.9	GOVERNO E EXCEÇÃO NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA <i>OU</i> SOBRE COMO JOGAR O DIREITO CONTRA SI .....	330
6.10	O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS E OS ACÓRDÃOS 396/2011 E 353/2012: A CRISE ECONÔMICA COMO ELEMENTO FÁTICO-CONSTITUCIONALIZANTE .....	334
	<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS</b> .....	344
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	349

## INTRODUÇÃO

Em uma tarde de quinta-feira, no Plenário do Supremo Tribunal Federal, o Ministro Luís Roberto Barroso afirmou: “a aritmética não é nem de esquerda nem de direita. (...) se o custo individual é menor do que o custo social, você incentiva um determinado comportamento. Não tem nada de ideológico nisso. É um fato” (STF, 2017, 1h42min57s – 1h43min45s). Com ele, o Ministro Luiz Fux asseverou: “num ambiente de escassez, é preciso ter instrumentos que gerem uma eficiência da prestação judicial” (STF, 2017, 1h44min24s – 1h45min10s). Reagindo, o Ministro Lewandowski argumentou: “a hermenêutica jurídica tem que ter outra interpretação, outro viés, outro fundamento, que não uma base simplesmente numerológica, ou uma base de eficiência ou de vantagem ou aumento de riqueza” (STF, 2017, 1h45min53s – 1h46min10s).

Em 12 de junho de 2019, o relator dos processos referentes à *Lava Jato* no STF, Ministro Edson Fachin, afirmou que “a operação trouxe um novo padrão normativo, jurídico e também de natureza ética ao Brasil e à administração pública” (RICHTER, 2019). “Estou de acordo”, disse o ex-Presidente do Supremo, Carlos Velloso (2019): “aqueles jovens procuradores e o próprio juiz Moro absorveram muito do pragmatismo jurídico norte-americano”.

Em 22 de março de 2018, o Professor Joaquim Falcão escrevia que “uma nova geração de magistrados pede passagem” (FALCÃO, 2018b). Em 6 de fevereiro do mesmo ano, o Professor José Eduardo Faria (2018) diagnosticava a emergência de um novo “conceito de prova, de processo e de delito” e uma “renovação da mentalidade da justiça brasileira”. O ex-juiz Sérgio Moro, por sua vez, defende, ao menos desde 2010, uma “nova política criminal” (MORO, 2010). Ora, o que tudo isso quer dizer? Que influxo de mudança se quer produzir sobre o direito brasileiro? Qual a natureza dessa ofensiva em favor de uma pretensa *modernização* da justiça e do pensamento jurídico? Em que se baseia essa nova racionalidade jurídica que se quer fazer valer?

É essa inquietação que move e conforma esta tese. Se é verdade que não há um processo acabado de transformação do direito nacional, é inegável que há vetores, há forças, dentro e fora das instituições, que pressionam por uma metamorfose da mentalidade ou da razão jurídica. Pelas razões que apresentarei ao longo dos seis capítulos que compõem esta tese, penso ser adequado afirmar que esse influxo pode ser compreendido sob os termos da governamentalidade ou, mais precisamente, de uma governamentalização da justiça.

Falar em um processo, numa ofensiva ou num influxo de governamentalização da justiça, como se pode notar, não equivale a falar em uma justiça governamental de modo acabado. Há algo em andamento, há uma luta, uma disputa que atravessa a maneira como se compreende o papel do jurídico e do jurista e sua relação com o político e o econômico. Há um embate entre racionalidades distintas, que se apresenta de maneira ostensiva mesmo no plenário da Suprema Corte. O desfecho do duelo epistêmico é desconhecido e, no limite, imprevisível, mas é possível cartografá-lo, conhecer os seus termos, seus conceitos, seus efeitos, suas estratégias, seus agentes, suas operações. Esta tese, nos seus limites, representa um esforço para apresentá-los ao leitor.

Falar em um duelo de racionalidades implica, necessariamente, em uma recusa ao apelo à divisão binária entre o *racional* e o *irracional*. Mesmo ao constatar anomalias dogmáticas evidentes no discurso judicial analisado, o propósito desta pesquisa não consiste em separar o joio irracional do trigo racional, mas em decifrar *que racionalidade*, ou seja, em radiografar de que maneira uma razão jurídico-governamental pode produzir tais anomalias, que são, no fundo, funcionais ou úteis à nova racionalidade que informa a jurisdição.

O ponto de vista teórico-metodológico adotado ao longo da investigação passa por dois conceitos. Em primeiro lugar, pelo método genealógico foucaultiano, ao menos no sentido de que se trata de compreender as decisões judiciais (1) não a partir das suas regras de formação discursiva, mas da “programação política” (FOUCAULT, 2008b, p 158) que sugerem. Isso indica a necessidade de (2) “passar por fora da instituição” (FOUCAULT, 2008b, p. 156), o que significa, para esta tese, ir além da dogmática jurídica para reposicionar essa mesma dogmática como parte de uma problemática mais ampla, a partir da grade de inteligibilidade sugerida pela genealogia foucaultiana das tecnologias de poder. Exploro com um pouco mais de detalhe o método genealógico no início do Capítulo 1.

O outro conceito teórico-metodológico remete a Foucault, mas também a Agamben. Trata-se da opção por um método paradigmático. Abordar um problema pela ótica do paradigma significa recorrer a um exemplo ou a um conjunto de exemplos paradigmáticos capaz de tornar inteligível um processo mais abrangente. Exploro com mais atenção o conceito metodológico de paradigma no Capítulo 2. Mas ele é importante para as observações a seguir, relativas à escolha dos casos e às razões que me levam a crer que sua análise conduz a uma confirmação da hipótese de investigação.

O que trago nos capítulos a seguir poderia ser visto, no mínimo, como um conjunto de situações em que se fez operar uma razão jurisdicional de governo. Penso que um resultado

como esse se justificaria por si mesmo. No entanto, pelas razões abaixo, estou disposto a sustentar mais, ou seja, que o que ocorre no Brasil é um influxo de governamentalização da justiça. Sustento-o pelo seguinte:

- 1) Pela análise de um conjunto de casos julgados pela Suprema Corte do país, ou seja, os casos analisados se referem ao entendimento do órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro.
- 2) Tratam-se de casos indiscutivelmente emblemáticos, de inquestionável relevância jurídica e política.
- 3) Em razão do peso adquirido pelos argumentos governamentais nos casos analisados. Nos dois principais julgados tomados como objeto por esta tese, a razão de governo é capaz de operacionalizar a derrota de regras constitucionais, em nome da eficiência, da *concorrencialização da sociedade* e de um modo governamental de subjetivação. Isso demonstra a força do influxo governamental sobre a justiça.
- 4) Pela forma como esses argumentos se anunciam, enquanto proclamação de uma transformação de grandes proporções no direito brasileiro, seja através do discurso de ministros do STF ou de intelectuais do campo jurídico. Esse quase profético *anúncio de transformação*, bem como a própria transformação em curso, é confirmado pelo choque que produz com outras racionalidades jurídicas, a partir de situações emblemáticas que se criaram dentro do próprio Supremo (com destaque para os embates em torno do HC 126.292, da AP 937, mas especialmente o confronto em torno da ADI 5.766.
- 5) O *anúncio de mudança* se relaciona ainda com transformações institucionais, através das quais o Poder Judiciário tem transformado sua gestão e seus próprios argumentos jurídicos, a partir da produção de estatísticas que denotariam o modo de funcionamento da jurisdição. A importância desse aspecto deve ser sublinhada a partir do trabalho não apenas das assessorias dos Ministros, mas principalmente da Assessoria de Gestão Estratégica do STF e da relação com outras instituições interessadas no tema da gestão da justiça;
- 6) Pela relação entre o fenômeno da governamentalização da justiça no Brasil e a mais importante operação policial da história nacional – a *Lava Jato*. Argumentarei que é no seio de uma “cruzada judiciária” (termos utilizados pelo próprio ex-juiz Sérgio Moro), a qual eleva exponencialmente a relevância dos atores do sistema de justiça na vida política nacional, que a jurisdição tem sido objeto desse conjunto de transformações.

A exposição acima é relevante pelo fato de que a tese de uma governamentalização da justiça no Brasil dificilmente poderia ser demonstrada por meios quantitativos. Isso porque, para os fins desta investigação, é necessário analisar os elementos discursivos a partir do significado que assumem quando contrastados com os aspectos conceituais da *governamentalidade*. Tal análise requer, necessariamente, um exame detido e qualitativo dos votos dos Ministros.

Do ponto de vista da metodologia em ciências sociais, o presente trabalho seria classificado como um estudo de caso. Com isso, a generalização dos resultados poderia consistir apenas em uma generalização analítica. Mas o que quero argumentar é que a hipótese aqui apresentada não representa uma generalização de nenhuma espécie – nem mesmo uma generalização analítica ou qualitativa. Não se trata de estender a explicação dada aos casos analisados nesta tese para outros casos, tampouco de inferir aspectos teóricos gerais a partir do caso estudado. Trata-se, menos do que isso, de *interpretar* um conjunto de fenômenos (os julgados analisados e aquilo que os cerca – isso, sim, tomado desde um ponto de vista qualitativo) como um processo em curso, no Brasil, que se define por um fortalecimento da razão governamental no interior da jurisdição. Essa *ofensiva de governo* tem encontrado estranhamento e resistências, o que termina por revelar com mais clareza sua existência e a novidade que representa. Evidentemente, essa argumentação só pode ser aceita fora dos quadros de uma concepção positivista de ciência<sup>1</sup>.

Em termos de procedimentos técnicos de pesquisa, esta tese recorre à (1) pesquisa bibliográfica, contando com o suporte teórico pertinente às áreas de Teoria do Direito, Filosofia do Direito, Filosofia Política e Teoria da Argumentação Jurídica; e (2) à análise documental, o que passa pelo exame de decisões judiciais (no que se incluem os debates no Plenário do Supremo); artigos de opinião, discursos públicos e entrevistas concedidas por juristas e, em particular, por magistrados<sup>2</sup>; relatórios de pesquisa sobre o Poder Judiciário brasileiro e matérias jornalísticas.

Quanto à estrutura do trabalho, ele se encontra dividido em seis capítulos. Embora a estrutura de exposição – com três capítulos teóricos seguidos de três capítulos voltados à análise dos casos – sugira uma aplicação unilateral da teoria aos casos, a verdade é que, enquanto modo

---

<sup>1</sup> Para uma instigante discussão acerca das relações entre o quantitativo e o qualitativo na pesquisa em Ciências Sociais e o problema da generalização dos resultados da investigação científica sob a base de uma concepção não positivista de ciência, ver artigo de Mattos (2011).

<sup>2</sup> O leitor perceberá que os artigos de opinião, discursos públicos e entrevistas concedidas por Ministros e outros juristas não serão tomados, em geral, como referencial teórico. Por isso, não se enquadram na dimensão da pesquisa bibliográfica, mas, sim, na análise documental.

de investigação, tratou-se de uma reciprocidade permanente, uma relação circular em que a observação das decisões impactou sobre o trabalho teórico tanto quanto o contrário. Nesse sentido, inclusive, parece-me vazia qualquer classificação da presente pesquisa como dedutiva ou indutiva. Tampouco seria esclarecedor adjetiva-la como uma pesquisa dialética, termo que, apesar de escapar da oposição entre dedução e indução, carrega consigo outro conjunto de marcas que aqui não se aplicam. O que gostaria de destacar é somente que, apesar de a *forma de exposição* sugerir que a teoria teria precedência sobre os casos, a *forma de investigação* não se desenvolveu dessa maneira.

No primeiro capítulo, abordo o conceito de governo a partir de quatro ângulos. Num primeiro, trata-se de, após situar o tema na obra de Foucault, decompô-lo em *população*, *dispositivos de segurança* e *economia política*. Em segundo, proponho que sejam sublinhadas a relação entre direito e governamentalidade, jurisdição e veridição, sujeito de direito e *homo oeconomicus*. Sob um terceiro ângulo, o governo deve ser visto a partir da reprogramação neoliberal do repertório da governamentalidade, feita de uma generalização da forma empresa, da concorrencialização da vida, de um modo governamental de subjetivação ancorado no *homo oeconomicus empresário de si* e num intervencionismo social emoldurador da sociedade sob o princípio regulador do mercado. Por último, deve-se observar o governo no quadro geral da genealogia das tecnologias de poder foucaultiana para estabelecer seu sistema de correlação. Com isso, faz-se possível falar em uma governamentalização do Estado e, finalmente, numa governamentalização da justiça.

O segundo capítulo se propõe a discutir o conceito de estado de exceção. Isso é realizado, primeiro, situando-se o paradoxo topológico da soberania em Schmitt a partir de sua *Politische Theologie*, o que pode ser complementado pelo seu pensamento jurídico da ordem concreta, firmado na década de 1930. Em seguida, trago a crítica de Giorgio Agamben, pela qual se pode definir o estado de exceção como zona de indistinção entre direito e fato. Ao final desse capítulo, faço alguns comentários sobre a relação entre a biopolítica foucaultiana e a biopolítica agambeniana, diferenciando-as.

No terceiro capítulo, desço ao ambiente da teoria do direito e do Poder Judiciário, já lançados os elementos conceituais do estado de exceção. Busco demonstrar porque a relação de exceção pode reproduzir-se através de um dispositivo jurisdicional de exceção, produzindo um estado de exceção atípico. Em seguida, faço um levantamento da teoria da derrotabilidade (*defeasibility*) das regras, com o objetivo de demonstrar os impasses com que se depara a teoria do direito diante da desaplicação de normas-regra jurídicas. É nessa altura que fixo que um

dispositivo jurisdicional de exceção se caracteriza por uma derrota da regra em nome do aprimoramento ou da conservação da ordem social. Por fim, abordo o problema da guarda da Constituição, sob a base de uma indistinção entre *guarda-la* e *suspendê-la*.

No quarto e no quinto capítulos, realizo os exames de caso mais verticais pertencentes a esta investigação. Tratam-se do *Habeas Corpus 126.292* (Capítulo 4) e da *Questão de Ordem na Ação Penal 937* (Capítulo 5), ambos julgados pelo Supremo Tribunal Federal. De modo geral, quando me refiro, nos capítulos 1, 2 e 3, aos casos analisados, é aos capítulos 4 e 5 que me dirijo. Penso ser bastante visível, nesses dois julgados, a maneira como uma razão governamental consubstancia os argumentos jurídicos, de tal maneira que regras constitucionais são derrotadas em nome do bom funcionamento (ou, em alguns apelos, da própria conservação) da ordem governamental.

O Capítulo 6 traz nove novos casos aptos a sustentar a hipótese de governamentalização da justiça no Brasil – além de um caso oriundo do Tribunal Constitucional português. Todos eles são, sem dúvida, relevantes para essa finalidade, fazendo emergir temas como os custos sociais do processo, a questão da concorrência, o exame de proporcionalidade em sentido estrito como teste de *custo x benefício*, entre outras questões. Contudo, sem dúvida, devem ser destacados os pontos 6.1, 6.2, 6.4 e 6.8, pela maneira como interagem com o argumento geral da tese



## **GENEALOGIA DAS TECNOLOGIAS DE PODER, GOVERNAMENTALIDADE LIBERAL E NEOLIBERAL E A GOVERNAMENTALIZAÇÃO DA JUSTIÇA**

Neste primeiro capítulo, serão abordados os conceitos de governo e governamentalidade em Michel Foucault, o qual, como veremos, entrelaçam-se com a tematização do liberalismo e de uma biopolítica moderna pelo autor. Primeiramente, situarei os conceitos na obra de Foucault e tratarei da sua definição a partir de seus componentes – população, economia política e dispositivos de segurança. Segundo, buscarei demonstrar que a própria genealogia da governamentalidade desenvolvida por Foucault o faz passar pela tensão, constitutiva do liberalismo, entre o jurídico e o econômico, jurisdição e veridicação, via utilitária e via jurídica, sujeito de direito e *homo oeconomicus*. Em terceiro lugar, trarei o que há de novo e específico numa governamentalidade neoliberal, desenvolvida a partir do século XX, em contraste com o liberalismo dos séculos XVIII e XIX. Num quarto ponto, abordarei a relação entre as tecnologias de poder em Foucault – soberania, disciplina, governo – para, finalmente, tecer os primeiros comentários sobre o que configuraria um processo de governamentalização da justiça.

### **1.1 BIOPOLÍTICA, LIBERALISMO E O PROBLEMA DA GOVERNAMENTALIDADE EM MICHEL FOUCAULT**

A obra de Foucault é comumente compreendida a partir de três eixos: o período arqueológico, o período genealógico e, por último, a sua genealogia da ética (cf. KRAEMER, 2014, p. 13; LEITE FERREIRA NETO, 2015, p. 365). Uma arqueologia do saber que se desenvolve ao longo da década de 60, uma genealogia do poder que percorre os anos de 1970 e um governo de si que acompanha o autor até o final de sua vida seriam as peças, em síntese, que integram o *corpus* foucaultiano.

É com a *História da loucura na idade clássica (Histoire de la folie à l'âge classique)*, defendida em 1961 como tese principal de doutorado<sup>3</sup> e publicada em 1972, que Foucault demarca a natureza arqueológica de suas pesquisas<sup>4</sup>. Essa tendência atravessará ainda obras como *Nascimento da Clínica (1963)*, *As palavras e as coisas (1966)* e *Arqueologia do saber (1969)* e se caracteriza por oferecer explicações à maneira como diferentes saberes podem

<sup>3</sup> A sua *Introdução à Antropologia de Kant* figurou como tese complementar de doutoramento.

<sup>4</sup> De acordo com Machado (2007, p. 135), “*História da loucura* inicia a série de análises históricas que, desde o primeiro momento, são denominadas “arqueológicas”, por Foucault, para distingui-las da história das ciências e das ideias”.

emergir e transformar-se a partir de elementos intradiscursivos, interdiscursivos e extradiscursivos.

A investigação arqueológica consiste, então, em uma análise de discursos (MACHADO, 2007, p. 103), que se interroga acerca das “regras de formação” (FOUCAULT, 1987, p. 43) discursiva. Mas aí reside o ponto decisivo do deslocamento que será operado pelo autor. Se, até 1969, sua preocupação centrava-se na constituição e modificação do saber, Foucault, de 1970 em diante, pretende focalizar o próprio problema do poder, entendido não enquanto uma substância ou propriedade de alguém que o deteria, mas como uma relação social<sup>5</sup>. O que antes aparecia como o extradiscursivo (ou como o não-discursivo), passa a ser, ele mesmo, o objeto privilegiado de uma genealogia.

Como se pode notar, existe uma continuidade entre a fase arqueológica e a fase genealógica percorridas por Foucault, inclusive pelo fato de que, sob a genealogia, Foucault permanecerá interessado no problema do saber – assim como se deve reconhecer que o problema do poder não estava, de modo algum, ausente em seus trabalhos publicados ao longo dos anos 60. O que ocorre é um “deslocamento”<sup>6</sup> (CASTRO, 2015, p. 57), uma mudança de ênfase: o autor convenceu-se de que, para compreender o próprio saber, decisivo é – percorrendo o discurso “por fora” – decifrar o funcionamento do poder, sem que isso remonte a uma relação universal de precedência do segundo sobre o primeiro. Trata-se de compreender o discurso como parte de um dispositivo político (MACHADO, 1998, p. X), considerando saber e poder como dimensões “imanescentes” (MACHADO, 1998, p. X) uma a outra. Não é a transcendência, mas a coextensividade que caracteriza o modo como se relacionam.

Nos termos de Roberto Machado, enquanto o trabalho arqueológico concernia a “*como* os saberes apareciam e se transformavam”, a genealogia impõe um *porquê* (MACHADO, 1998, p. X). É o próprio Foucault, já ao escrever sobre a arte liberal de governar, que aponta a natureza de sua reorientação, referindo-se ao texto intitulado *Carta de um negociante sobre a natureza*

---

<sup>5</sup> Foucault (2006, p. 384) afirma que “o poder não é uma substância. Tampouco é um misterioso atributo do qual se precisaria escavar as origens. O poder não é senão um tipo de relação particular entre indivíduos”.

<sup>6</sup> Nas palavras de Edgardo Castro (2015, p. 57), “(...) no pensamento de Foucault, sempre houve deslocamentos: se introduzem novos temas, os já estudados são abordados em novas perspectivas, se formulam novas hipóteses, se estabelece uma relação crítica com os trabalhos precedentes etc. Porém, seria errôneo pensar que em determinado momento, Foucault introduz um problema que antes estava ausente, como o de poder, e tudo muda, o arqueólogo se torna de um golpe genealogista e as investigações precedentes são deixadas de lado. Ao contrário, por um lado, um percurso por *História da Loucura* ou *O nascimento da clínica* são suficientes para mostrar como a questão do poder já aparecia desde muito antes. E, por outro, a questão das ciências humanas, por exemplo, seguirá estando presente. Por isso, esses deslocamentos no pensamento de Foucault não são rupturas, mas torsões, movimentos em torno de um eixo. Por vezes, é possível encontrar um ponto diametralmente oposto a outro, porém o central é o eixo desses deslocamentos e o modo em que surge a possibilidade de leva-los a cabo. A nosso ver, esse eixo não está representado nem pelo saber, nem pelo poder, nem pelo sujeito, mas pela maneira em que eles se correlacionam”.

*do comércio dos cereais*, escrito por Louis-Paul Abeille e à maneira como pretende explorá-lo. Também se deve observar de que maneira a passagem abaixo revela o uso de um método paradigmático por Foucault, problema ao qual retornarei no Capítulo 2, a partir de Agamben.

Mais uma vez, poderíamos retomar o texto de Abeille numa análise do campo teórico, procurando descobrir quais são os princípios diretores, as regras de formação dos conceitos, dos elementos teóricos, etc., e seria preciso sem dúvida retomar a teoria do produto líquido. Mas não é assim que eu gostaria de retomar esse texto. Não, portanto, como no interior de uma arqueologia do saber, mas na linha de uma genealogia das tecnologias de poder. E então creio que poderíamos reconstituir o funcionamento do texto, em função não das regras de formação desses conceitos, mas dos objetivos, das estratégias a que ele obedece e das programações de ação política que sugere. (FOUCAULT, 2008b, pp. 157-158)

Ao estabelecer, na passagem acima, um contraste entre arqueologia e genealogia, Foucault consegue escancarar a diferença entre as duas abordagens. Cartografar não mais as “regras de formação dos conceitos”, mas, sim, o seu sentido estratégico e a maneira como fazem funcionar “programações de ação política”: é isso que constitui o núcleo de uma “genealogia das tecnologias de poder”, na qual será inserida uma investigação genealógica da governamentalidade.

A passagem citada acima é datada de 1978. Um ano antes, em entrevista concedida a Alexandre Fontana, Foucault fora bastante franco quanto à torsão que se havia operado em seu pensamento. Ele aponta que sua arqueologia do saber não se interrogava sobre “o poder que age do exterior sobre a ciência”, apenas sobre o seu “regime interior de poder”. O “problema central do poder” (sublinhe-se o termo “central”) havia sido “isolado” de maneira “muito deficiente”.

Neste nível não se trata de saber qual é o poder que age do exterior sobre a ciência, mas que efeitos de poder circulam entre os enunciados científicos; qual é seu regime interior de poder; como e por que em certos momentos ele se modifica de forma global. São estes regimes diferentes que tentei delimitar e descrever em *As Palavras e as Coisas*, esclarecendo que no momento não tentava explicá-los e que seria preciso tentar fazê-lo num trabalho posterior. Mas o que faltava no meu trabalho era este problema do “regime discursivo”, dos efeitos de poder próprios do jogo enunciativo. Eu o confundia demais com a sistematicidade, a forma teórica ou algo como o paradigma. No ponto de confluência da História da Loucura e *As Palavras e as Coisas*, havia, sob dois aspectos muito diversos, este problema central do poder que eu havia isolado de uma forma ainda muito deficiente. (FOUCAULT, 1998, p. 04)

A investigação genealógica, para responder a essas questões, deverá observar as “relações de força”, as “lutas”, as “estratégias” e as “táticas” (FOUCAULT, 1998, p. 05) postas em funcionamento. Para Foucault, esse é o sentido possível de uma história sem sentido<sup>7</sup>. Sendo assim, a genealogia, nos rastros de Nietzsche, não se confunde com uma busca pela origem, na qual se encontraria a essência secreta dos fenômenos. Eles são construídos “peça a peça” e de modo sempre acidentado, sem a linearidade ou pureza que a metafísica lhes atribui.

Por que Nietzsche genealogista recusa, pelo menos em certas ocasiões, a pesquisa da origem (*Ursprung*)? Porque, primeiramente, a pesquisa, nesse sentido, se esforça para recolher nela a essência exata da coisa, sua mais pura possibilidade, sua identidade cuidadosamente recolhida em si mesma, sua forma imóvel e anterior a tudo o que é externo, acidental, sucessivo. Procurar uma tal origem é tentar reencontrar "o que era imediatamente", o "aquilo mesmo" de uma imagem exatamente adequada a si; é tomar por acidental todas as peripécias que puderam ter acontecido, todas as astúcias, todos os disfarces; é querer tirar todas as máscaras para desvelar enfim uma identidade primeira. Ora, se o genealogista tem o cuidado de escutar a história em vez de acreditar na metafísica, o que é que ele aprende? Que atrás das coisas há "algo inteiramente diferente": não seu segredo essencial e sem data, mas o segredo que elas são sem essência, ou que sua essência foi construída peça por peça a partir de figuras que lhe eram estranhas. (FOUCAULT, 1998, pp. 17-18)

Na aula de 8 de fevereiro de 1978 (*Segurança, território, população*), Foucault defende uma metodologia que efetua um “tríplice deslocamento”, ao “passar para o exterior” de três maneiras: em relação à instituição, à função e ao objeto (FOUCAULT, 2008b, p. 156 e ss.). Em específico, “passar para fora da instituição” significa encontrar, “por trás” dela, uma tecnologia de poder. Também aí, Foucault recusa a pesquisa pela origem ou a “análise genética” (FOUCAULT, 2008b, p. 157). O que a genealogia busca é reconstituir “toda uma rede de alianças, de comunicações, de pontos de apoio” (FOUCAULT, 2008b, p. 157), porque o que procura explicar é uma programação política.

Por essas mesmas razões, a genealogia não pode representar a busca por um “sujeito constituinte”. Ela se caracteriza precisamente por operar no sentido oposto, investigando modos de subjetivação ou modos de produção da subjetividade: “é preciso se livrar do sujeito constituinte, livrar-se do próprio sujeito, isto é, chegar a uma análise que possa dar conta da

---

<sup>7</sup> Para Foucault (1998, p. 05), “o problema é ao mesmo tempo distinguir os acontecimentos, diferenciar as redes e os níveis a que pertencem e reconstituir os fios que os ligam e que fazem com que se engendrem, uns a partir dos outros. Daí a recusa das análises que se referem ao campo simbólico ou ao campo das estruturas significantes, e o recurso às análises que se fazem em termos de genealogia das relações de força, de desenvolvimentos estratégicos e de táticas. (...) A história não tem "sentido", o que não quer dizer que seja absurda ou incoerente. Ao contrário, é inteligível e deve poder ser analisada em seus menores detalhes, mas segundo a inteligibilidade das lutas, das estratégias, das táticas”.

constituição do sujeito na trama histórica. E isto que eu chamaria de genealogia (...)”. Esse aspecto será fundamental para o desenvolvimento desta tese, pois será necessário falar, a partir dos casos, em um *modo governamental de subjetivação*.

O próprio Foucault reconhece que seu deslocamento genealógico não pode ser dissociado da situação política francesa. Em um balanço acerca da recepção de sua obra, ele aponta que seus primeiros trabalhos não interessaram àqueles para quem ele os escrevia, até o ano de 1968 (FOUCAULT, 1998, p. 02). Mas a partir daí, não apenas cresceu o interesse pelos seus estudos sobre a medicina, a psiquiatria, a loucura. Nas palavras do autor, essas “questões adquiriram uma significação política” tal que ficou demonstrada, para ele, a timidez e o acanhamento (FOUCAULT, 1998, p. 03) de seus primeiros escritos. Foucault chega a afirmar que “sem a abertura política realizada naqueles anos, sem dúvida eu não teria tido coragem para retomar o fio destes problemas e continuar minha pesquisa no domínio da penalidade, das prisões e das disciplinas”. Em outras palavras, para o próprio Foucault, sem o peso político de 68 não poderia ter lugar sua investigação genealógica.

Sob uma tentativa de fixar de maneira aproximada a duração de cada período constitutivo da obra foucaultiana, pode-se dizer que a fase arqueológica vai de 1961, com a defesa da tese sobre a história da loucura, até 1969, ano em que é publicada a *Arqueologia do saber*. Embora *Vigiar e punir*, marco do deslocamento genealógico operado por Foucault, só tenha sido publicada em 1974, os cursos oferecidos no Collège de France a partir de 1970 – com destaque para as *Lições sobre a vontade do saber (1970-1971)* e *A sociedade punitiva (1972-1973)* – já indicavam a torsão, assim como a conferência de 2 de dezembro de 1970, intitulada *A ordem do discurso* (cf. CASTRO, 2015, p. 63) . No curso intitulado *Do governo dos vivos*, ministrado em 1980, o autor chega, finalmente, ao tema da ética, com o qual se preocupará até 1984, ano em que vem a falecer. Em síntese:

-	<b>Período arqueológico</b>	<b>Período genealógico</b>	<b>Genealogia da ética</b>
Intervalo (anos)	1961-1969	1970-1979	1980-1984
Marco inicial (obra)	<i>História da loucura</i>	<i>A ordem do discurso / Lições sobre a vontade do saber</i>	<i>Do governo dos vivos</i>

O problema teórico que diz respeito diretamente a esta tese remonta a um corte interno à fase genealógica dos ditos e escritos de Foucault. Se em *Vigiar e Punir* o autor tematizou a sociedade disciplinar, no mesmo ano de sua publicação (1974), Foucault, em conferência realizada no Brasil (mais precisamente, no Instituto de Medicina Social da Universidade do Estado da Guanabara – a atual UERJ) começou a sugerir uma aproximação ao problema do biopoder, afirmando que “o corpo é uma realidade bio-política. A medicina é uma estratégia bio-política” (FOUCAULT, 1998, p. 80). No primeiro volume de sua *História da Sexualidade*<sup>8</sup>, publicado em 1976, ele retorna à questão (FOUCAULT, 1988, pp. 131 e ss.), assim como nos cursos de 1975-1976 (na verdade, na última aula desse conjunto, em 17 de março de 1976), publicados na forma da obra *Em defesa da sociedade*:

Parece-me que um dos fenômenos fundamentais do século XIX foi o que se poderia denominar a assunção da vida pelo poder: se vocês preferirem, uma tomada de poder sobre o homem enquanto ser vivo, uma espécie de estatização do biológico ou, pelo menos, uma certa inclinação que conduz ao que se poderia chamar de estatização do biológico. (FOUCAULT, 1999, pp. 285-286)

Foucault destaca, assim, a ascensão da biopolítica no contexto das mudanças ocorridas no século XVIII europeu, sem rejeitar, no entanto, as articulações entre o que vê como as três principais tecnologias de poder – soberania, disciplina e dispositivos de segurança (estes últimos ligados diretamente ao biopoder). Em outra passagem, consta uma definição um pouco mais concreta da biopolítica oferecida por Foucault: trata-se de estabelecer as formas através das quais se pode incidir sobre uma dada *população*, a qual é tomada como um conjunto que

---

<sup>8</sup> Deve-se ressaltar que, ao tratar do biopoder em *História da Sexualidade I*, Foucault o faz ainda sem apresentar uma diferenciação clara entre disciplina e dispositivos de regulação (os quais serão tratados como “dispositivos de segurança” a partir dos cursos de 1977-1978). Assim, a biopolítica englobaria essas duas tecnologias (ver a esse respeito, por exemplo, FOUCAULT, 1988, p. 132). Já na aula que compõe a obra *Em defesa da sociedade*, essa distinção é feita de maneira expressa e bem desenvolvida, na forma de uma diferenciação entre anátomopolítica e biopolítica: “ao que essa nova técnica de poder não disciplinar se aplica é – diferentemente da disciplina, que se dirige ao corpo vida dos homens, ou ainda, se vocês preferirem, ela se dirige não ao homem-corpo, mas ao homem vivo, ao homem ser vivo; no limite, se vocês quiserem, ao homem-espécie. Mais precisamente, eu diria isto: a disciplina tenta reger a multiplicidade dos homens na medida em que essa multiplicidade pode e deve redundar em corpos individuais que devem ser vigiados, treinados, utilizados, eventualmente punidos. E, depois, a nova tecnologia que se instala se dirige à multiplicidade dos homens, não na medida em que eles se resumem em corpos, mas na medida em que ela forma, ao contrário, uma massa global, afetada por processos de conjunto que são próprios da vida, que são processos como o nascimento, a morte, a produção, a doença, etc. Logo, depois de uma primeira tomada de poder sobre o corpo que se fez consoante o modo da individualização, temos uma segunda tomada de poder que, por sua vez, não é individualizante mas que é massificante, se vocês quiserem, que se faz em direção não do homem-corpo, mas do homem-espécie. Depois da anátomo-política do corpo humano, instaurada no decorrer do século XVIII, vemos aparecer, no fim do mesmo século, **algo que já não é uma anátomo-política do corpo humano, mas que eu chamaria de uma "biopolítica" da espécie humana** (FOUCAULT, 1999, p. 289, com grifo nosso). Há quem considere (ESPOSITO, 2004, p. 57) que a biopolítica inclui os dispositivos político-disciplinares. Contudo, não é este o entendimento que orienta esta tese, tendo em vista as passagens de Foucault a que fiz referência.

tem sua própria regularidade, seus fenômenos próprios, seu próprio fluxo. A *população* é o objeto da biopolítica, é ela a *zoé* que será inscrita na *pólis*:

De que se trata nessa nova tecnologia do poder, nessa biopolítica, nesse biopoder que está se instalando? Eu lhes dizia em duas palavras agora há pouco: trata-se de um conjunto de processos como a proporção dos nascimentos e dos óbitos, a taxa de reprodução, a fecundidade de uma população, etc. São esses processos de natalidade, de mortalidade, de longevidade que, justamente na segunda metade do século XVIII, juntamente com uma porção de problemas econômicos e políticos (os quais não retorno agora), constituíram, acho eu, os primeiros objetos de saber e os primeiros alvos de controle dessa biopolítica. É nesse momento, em todo caso, que se lança mão da medição estatística desses fenômenos com as primeiras demografias. É a observação dos procedimentos, mais ou menos espontâneos, mais ou menos combinados, que eram efetivamente postos em execução na população no tocante à natalidade; (...) Não é de epidemias que se trata naquele momento, mas de algo diferente, no final do século XVIII: *grosso modo*, aquilo que se poderia chamar de endemias, ou seja, a forma, a natureza, a extensão, a duração, a intensidade das doenças reinantes numa população” (FOUCAULT, 1999, p. 290)

No entanto, Foucault só aprofundará o tratamento da questão nos cursos de 1977-1978 e 1978-1979 (respectivamente publicados na forma das obras *Segurança, território, população* e *Nascimento da biopolítica*), exatamente a partir do conceito de *governo*. Em outras palavras, é apenas no encontro entre governo e biopolítica que se torna possível um desenvolvimento da genealogia para além dos dispositivos disciplinares. É assim que o biopoder pode passar a receber uma definição que já passa a incluir a governamentalidade<sup>9</sup>:

O tema escolhido era portanto a “biopolítica”: eu entendia por isso a maneira como se procurou, desde o século XVIII, racionalizar os problemas postos à prática governamental pelos fenômenos próprios de um conjunto de viventes

---

<sup>9</sup> Além das passagens acima citadas, há outros dois importantes fragmentos do texto de Foucault, já em *Segurança, território, população*, que se dirigem expressamente a definir o que seria a biopolítica: “o curso teve por objeto a gênese de um saber político que ia colocar no centro das suas preocupações a noção de população e os mecanismos capazes de assegurar sua regulação... Passagem de um “Estado territorial” a um “Estado de população”? Certamente não, porque não se trata de uma substituição, mas antes de um deslocamento de tônica e do aparecimento de novos objetivos, logo de novos problemas e de novas técnicas (FOUCAULT, 2008b, p. 489). Em outra passagem, afirma que “este ano gostaria de começar o estudo de algo que eu havia chamado, um pouco no ar, de biopoder, isto é, essa série de fenômenos que me parece bastante importante, a saber, o conjunto dos mecanismos pelos quais aquilo que, na espécie humana, constitui suas características biológicas fundamentais vai poder entrar numa política, numa estratégia política, numa estratégia geral de poder. Em outras palavras, como a sociedade, as sociedades ocidentais modernas, a partir do século XVIII, voltaram a levar em conta o fato biológico fundamental de que o ser humano constitui uma espécie humana. É em linhas gerais o que chamo, o que chamei, para lhe dar um nome, de biopoder. Então, antes de mais nada, um certo número de proposições, por assim dizer, proposições no sentido de indicações de opção; não são nem princípios, nem regras, nem teoremas”. (FOUCAULT, 2008b, p. 03).

constituídos em população: saúde, higiene, natalidade, longevidade, raças...<sup>10</sup>  
(FOUCAULT, 2008a, p. 431)

Mas a própria abordagem do problema do governo exige, para o autor, uma compreensão do liberalismo e do neoliberalismo. O governo representa, ao fim e ao cabo, a arte política desenvolvida pelo liberalismo – ainda que a partir de um repertório de práticas de poder anteriores às próprias concepções liberais. Por essa razão, o caminho tomado por Foucault ao associar biopolítica e liberalismo, que poderia assemelhar-se a uma digressão da qual o autor teria perdido o controle, foi, na verdade, sustentado por ele sob uma dimensão metodológica, no sentido de demonstrar como sua análise a partir de uma microfísica do poder poderia conectar-se a transformações históricas de grandes proporções e ao problema do Estado<sup>11</sup>. Não são incomuns, no entanto, análises biopolíticas que pouca importância oferecem a essa relação.

---

<sup>10</sup> É difícil recusar que haja, na passagem citada, uma sugestão durkheimiana ao pensamento de Foucault. N'As *Regras do Método Sociológico*, particularmente no capítulo (DURKHEIM, 2007, pp. 49 e ss.) que trata da “distinção entre normal e patológico” (tema, aliás, caro a Foucault, que trabalhará constantemente com o problema da normação e da normalização social), é Durkheim quem, trabalhando uma classificação das sociedades em “espécies” (“vê-se que um fato só pode ser qualificado de patológico em relação a uma espécie dada”, cf. DURKHEIM, 2007, p. 59) num texto repleto de analogias entre o saber social e saber biológico, afirmará ao final que “nosso método aliás tem a vantagem de regular a ação ao mesmo tempo que o pensamento. (...) Não se trata mais de perseguir desesperadamente um fim que se afasta à medida que avançamos, mas de trabalhar com uma regular perseverança para manter o estado normal, para restabelecê-lo se for perturbado, para redescobrir suas condições se elas vierem a mudar. O dever do homem de Estado não é mais impelir violentamente as sociedades para um ideal que lhe parece sedutor, mas seu papel é o do médico: ele previne a eclosão das doenças mediante uma boa higiene e, quando estas se manifestam, procura curá-las” (DURKHEIM, 2007, p. 76). Nesse capítulo da obra de Durkheim, podemos encontrar alguns elementos retomados por Foucault, embora não enquanto simples incorporações. Diríamos que, enquanto Durkheim biologiza o político em sua ciência social, Foucault toma a própria análise de Durkheim como objeto (ainda que implicitamente) e como sugestão: sugestão de que o que Durkheim sustenta expresse uma racionalidade política em ascensão ou em vias de generalização. Durkheim está a apontar a necessidade de um modelo político novo: ao invés da predominância do modelo da soberania, a predominância do modelo do governo; ao invés do monarca absoluto, o médico, que governa ao administrar a saúde de uma população.

<sup>11</sup> Sobre isso, segundo Foucault, “tratava-se, portanto, de testar essa noção de governamentalidade e tratava-se, em segundo lugar, de ver como essa grade da governamentalidade – podemos supor que ela é válida quando se trata de analisar a maneira como se conduz a conduta dos loucos, dos doentes, dos delinquentes, das crianças -, como essa grade da governamentalidade também pode valer quando se trata de abordar fenômenos de outra escala, como por exemplo uma política econômica, como a gestão de todo um corpo social etc. O que eu queria fazer – e era esse o objeto da análise – era ver em que medida se podia admitir que a análise dos micropoderes ou dos procedimentos da governamentalidade não está, por definição, limitada a uma área precisa, que seria definida por um setor da escala, mas deve ser considerada simplesmente um ponto de vista, um método de decifração que pode ser válido para a escala inteira, qualquer que seja a sua grandeza. Em outras palavras, a análise dos micropoderes não é uma questão de escala, não é uma questão de setor, é uma questão de ponto de vista. Era essa, por assim dizer, a razão de método” (FOUCAULT, 2008a, p. 258). Em outra passagem, afirma que: “o curso deste ano acabou sendo inteiramente consagrado ao que devia formar apenas a sua introdução. O tema escolhido era portanto a “biopolítica”: eu entendia por isso a maneira como se procurou, desde o século XVIII, racionalizar os problemas postos à prática governamental pelos fenômenos próprios de um conjunto de viventes constituídos em população: saúde, higiene, natalidade, longevidade, raças... Sabe-se o lugar crescente que esses problemas ocuparam desde o século XIX (e que desafios políticos e econômicos eles vêm constituindo até hoje. Pareceu-me que não se podia dissociar esses problemas do âmbito de racionalidade política no interior do qual eles apareceram e adquiriram sua acuidade. A saber, o “liberalismo”, já que foi em relação a ele que adquiriram o aspecto de um verdadeiro desafio (FOUCAULT, 2008a, 431)”. Ou seja, para o autor, era necessário situar bem o problema do liberalismo e do neoliberalismo, constituindo esse procedimento um pressuposto para a compreensão do que é a biopolítica.



Na verdade, o que Foucault comenta sobre o liberalismo/neoliberalismo é constantemente deixado de lado, embora constitua peça indispensável para entender o conjunto do seu pensamento. O liberalismo em Foucault, afinal, como destaca Michel Senellart (2008, p. 523), é “condição de inteligibilidade da biopolítica”.

Enquanto uma apertada síntese da relação entre os três elementos (biopolítica, governo e liberalismo), é possível afirmar que *o liberalismo é uma arte de governar, caracterizada pela assimilação dos fenômenos de população à razão política*. Para Foucault, o liberalismo não simplesmente *inclui* um modo de realizar o governo dos homens. Ele *é* precisamente isso. Não se trata apenas de uma ideologia ou algo equivalente: o liberalismo é uma programação política, uma tecnologia de poder, é ele mesmo uma arte de governar. Nos termos foucaultianos, a “física do poder” (FOUCAULT, 2008b, p. 64) que caracteriza a gestão liberal de populações “não é uma ideologia (...). É primeiro e antes de tudo uma tecnologia de poder” (FOUCAULT, 2008b, p. 64).

Em uma passagem que torna seu ponto de vista mais explícito, Foucault afirma que “o liberalismo no sentido em que eu o entendo, esse liberalismo que podemos caracterizar como a nova arte de governar formada no século XVIII, implica em seu cerne um relação de produção/destruição [com a] liberdade” (FOUCAULT, 2008a, p. 87). Portanto, liberalismo, para o autor, é essencialmente *governo*. Com isso, e ao menos em um dos sentidos<sup>12</sup> que Foucault utiliza o termo *governo*, *governar* é uma arte liberal e o liberalismo é a arte do governo.

Isso transparece na própria maneira como Foucault monta esse conceito. Para ele, o governo (*gouvernement*) teria a população (*population*) como “alvo principal” (FOUCAULT, 2008b, p. 143) e recorreria, como “mecanismos essenciais”, aos dispositivos de segurança (*dispositifs de sécurité*) (FOUCAULT, 2008b, p. 143), ao mesmo tempo em que “isola a economia como domínio específico de realidade” e toma a economia política “como ciência e como técnica de intervenção do governo”. (FOUCAULT, 2008b, p. 143).

População, dispositivos de segurança e economia política: é essa a triangulação que permite a reprodução social daquela que seria a tecnologia política predominante na

---

<sup>12</sup> Thomas Lemke (2017a, pp. 127-128), ao comentar o uso do termo “governo” por Foucault, afirma que o autor o utiliza em dois diferentes sentidos: no primeiro, enquanto “conduzir condutas”, o governo se liga às relações de poder de maneira geral; e, em segundo lugar, de maneira mais específica, à gestão liberal e neoliberal de populações. É sob esse segundo significado que se explora o conceito nesta tese. Nesse mesmo sentido, observa Michel Senellart (2008, p. 517): “a análise dos dispositivos de segurança relativos à população levou Foucault a pôr progressivamente em destaque o conceito de “governo”. Se inicialmente este último é empregado em seu sentido tradicional de autoridade pública ou de exercício da soberania, vai adquirindo porém pouco a pouco, graças ao conceito fisiocrático de “governo econômico”, um valor discriminante, designando as técnicas específicas da gestão de populações. O “governo”, nesse contexto, adquire então o sentido estrito de “arte de exercer o poder na forma [...] da economia”, o que permite a Foucault definir o liberalismo econômico como uma arte de governar”.

modernidade. Se o governo pode ser representado dessa forma, a ele se articula a governamentalidade (*gouvernementalité*) de que fala Foucault. O neologismo produzido pelo autor não deve ser confundido com o termo *governabilidade*, pois não se trata de definir se algo é passível de ser governado. Como observa Thomas Lemke e como indica Roberto Machado<sup>13</sup>, a governamentalidade sugere a ligação entre *governo* e *mentalidade* (*gouvernement* e *mentalité*). Dessa forma, o conceito pode ser entendido – ao menos em parte, como explicarei adiante – como a mentalidade ou a razão que informa uma prática de governo.

Não é casual o uso dessa “estranha palavra” (SENELLART, 1995, p. 02). Para Foucault, decisivo era compreender o tipo de racionalidade que ativa e reativa o poder – e que é por ele ativada e reativada. Ao mesmo tempo, perguntar-se sobre *que razão* é um contraponto foucaultiano a pergunta sobre *se há razão* no poder. Mais do que demarcar a linha que divisa o racional e o irracional, Foucault está interessado em descobrir e dissecar qual racionalidade informa um certo conjunto de práticas políticas. Nessa perspectiva, o que caberia à filosofia seria não só a “vigilância em relação às práticas efetivas do poder”, mas também a “desmontagem de seus mecanismos” e a “análise da racionalidade à qual obedecem” (SENELLART, 1995, p. 01). Por essa via, Foucault também se inscreve numa tradição teórica de crítica e desconfiança perante à racionalização da vida<sup>14</sup>. As observações feitas neste parágrafo serão relevantes para se compreender o modo como será analisado o discurso judicial nesta tese. O esforço, como se verá, consistirá na compreensão acerca de *qual racionalidade* programa as decisões, mais do que numa cisão entre o racional e o irracional.

Foucault (2008b, p. 143) chega a afirmar que o curso *Segurança, território, população* teria recebido um título mais exato se fosse chamado de “história da governamentalidade”. Em seguida, define a governamentalidade em três sentidos. Primeiro, como algo que se aproxima da noção de uma razão de governo, mas que também a extrapola, por dizer respeito a um

Conjunto constituído pelas instituições, os procedimentos, análises e reflexões, os cálculos e as táticas que permitem exercer essa forma bem específica, embora muito complexa, de poder que tem por alvo principal a

---

<sup>13</sup> De acordo com Lemke (2017b, p. 195), “Foucault cunha o conceito de “governamentalidade” como um “guia” para a análise que ele oferece por meio de reconstruções históricas que abrangem um período iniciado na Grécia Antiga até o neoliberalismo moderno (...). O elo semântico entre governo (*gouverner*) e modos de pensamento (*mentalité*) indica que não é possível estudar as tecnologias de poder sem uma análise da racionalidade política que as sustentam”. Machado (2007, p. 129), nesse mesmo sentido, aponta que “essa emergência de uma “governamentalidade” política moderna, ou de uma racionalidade própria da arte moderna de governar, se manifesta através da doutrina da “razão de Estado”, de uma nova razão governamental no sentido de um governo racional capaz de reconhecer e aumentar a potência do Estado”.

<sup>14</sup> Para Senellart (1995, p. 05), “como reação, a questão da *Aufklärung*, desde a esquerda hegeliana até a Escola de Frankfurt, tomou a forma de uma desconfiança crescente em relação à racionalização e a suas recaídas dominadoras. É nesta linhagem que Foucault se situa”.

população, por principal forma de saber a economia política e por instrumento técnico essencial os dispositivos de segurança. (FOUCAULT, 2008b, p. 143)

Quer dizer, a governamentalidade incorpora o amplo repertório que informa e compõe o exercício do governo. Ela é sua razão, mas não apenas: é também seu corpo institucional. Num segundo sentido, a governamentalidade é uma “linha de força” (FOUCAULT, 2008b, p. 143) que conduz o governo ao predomínio sobre as demais tecnologias de poder (soberania e disciplina). E, num terceiro sentido, ela significa o “resultado do processo” de governamentalização do Estado (FOUCAULT, 2008b, p. 144).

Afirmei acima que o governo é composto por três elementos: dispositivos de segurança, população e economia política. Para uma melhor compreensão do conceito, é preciso, então, atravessar cada um desses pontos. Começo pelos dispositivos de segurança. No quadro geral de uma genealogia das tecnologias de poder, Foucault busca explicar esses instrumentos técnicos através dos quais se realiza o governo a partir da sua distinção perante o poder soberano e o poder disciplinar (FOUCAULT, 2008b, p. 08). Enquanto o primeiro se orienta por um “código legal com divisão binária entre o permitido e o proibido” (FOUCAULT, 2008b, p. 07), o segundo, estendendo-se para além da lei, institui “uma série de técnicas adjacentes, policiais, médicas, psicológicas, que são do domínio da vigilância, do diagnóstico, da eventual transformação dos indivíduos” (FOUCAULT, 2008b, p. 07).

Para Foucault, nenhuma dessas formas desaparece. Ao contrário, a sociedade de governo, ao subordiná-las, faz com que funcionem de novo modo, podendo até mesmo multiplicá-las (FOUCAULT, 2008b, pp. 10-11). Mas, ao lado desses mecanismos, encontram-se os dispositivos de segurança, que se caracterizam, preliminarmente, por três aspectos. Primeiro, o objeto do governo é inserido “numa série de acontecimentos prováveis” (FOUCAULT, 2008b, pp. 08). Segundo, um dispositivo de segurança só pode ser concebido através de um “cálculo de custo” (FOUCAULT, 2008b, pp. 08) – na verdade, complementando-se a afirmação de Foucault, trata-se, desde já, de um cálculo de *custo x benefício*. Em terceiro lugar, a normalização governamental vai além tanto da divisão binária (soberana) entre proibido e permitido como do modo de separação disciplinar entre normal e anormal. O que se espera obter é um resultado ótimo ou, no mínimo aceitável, sob a consciência de que mesmo os fenômenos tidos como indesejáveis reproduzem-se socialmente em certa medida.

Foucault recorre a exemplos paradigmáticos para dar maior concretude a essas premissas genéricas. O primeiro deles explora o elemento espacial. Para ele, os dispositivos de

segurança se orientam pela noção de *meio*<sup>15</sup>. Ao invés de atuar, como a soberania, sobre um sujeito de direito localizado em um território, ou, como a disciplina, sobre os corpos, o governo incide sobre o ambiente no qual vive uma população. Para atingir essa “multiplicidade de indivíduos” (FOUCAULT, 2008b, pp. 28), o governo atua indireta ou mediatamente, ou seja, transformando a ambiência social e natural e as variáveis que nela se incluem, com as quais se deparam os sujeitos.

Antes de se fazer uma síntese teórica, devem ser somados os outros dois exemplos oferecidos por Foucault. O segundo se dirige à questão da escassez alimentar na Europa dos séculos XVII e XVIII. Foucault explica que esse tema era tratado, antes de receber uma abordagem de economia política, sob as fórmulas morais ou teológicas da má fortuna ou da má natureza do homem (FOUCAULT, 2008b, p. 40). O Estado o enfrentava a partir de um sistema que combinava dispositivos soberanos e disciplinares, controlando os preços, limitando a estocagem, limitando o cultivo, limitando a exportação (FOUCAULT, 2008b, p. 42).

É a doutrina fisiocrática que expõe o fracasso da política mercantilista, sustentando que a melhor maneira de lidar com a questão passaria pela liberdade de produção e circulação. Aí, Foucault enxerga não apenas uma “consequência prática de uma teoria”, mas uma nova “programação da regulação econômica”, uma “fase de uma grande mudança nas técnicas de governo e um dos elementos dessa instauração do que chamarei de dispositivos de segurança” (FOUCAULT, 2008b, p. 45). O princípio da livre circulação dos cereais é, portanto, um dispositivo de segurança desenvolvido para enfrentar o problema da escassez.

Foucault, ao analisar a *Carta de um negociante sobre a natureza do comércio dos cereais (1763)*, escrita pelo fisiocrata Louis-Paul Abeille, aponta que a solução da economia política, recusando uma qualificação moral do fenômeno, vai conectar-se à própria realidade do mercado e da produção e circulação dos cereais para que a escassez seja anulada. Quer dizer, o governo deve velejar o próprio curso dos acontecimentos, sem negá-los ou desnaturá-los.

---

<sup>15</sup> Para Foucault, “os dispositivos de segurança trabalham, criam, organizam, planejam um meio antes mesmo da noção ter sido formada e isolada. O meio vai ser portanto aquilo em que se faz a circulação. O meio é um conjunto de dados naturais, rios, pântanos, morros, é um conjunto de dados artificiais, aglomeração de indivíduos, aglomeração de casas etc. O meio é certo número de efeitos, que são efeitos de massa que agem sobre todos que aí residem. É um elemento dentro do qual se faz um encadeamento circular dos efeitos e das causas (...). E, enfim, o meio aparece como um campo de intervenção em que, em vez de atingir os indivíduos como um conjunto de sujeitos de direito capazes de ações voluntárias – o que acontecia no caso da soberania –, em vez de atingí-los como uma multiplicidade de organismos, de corpos capazes de desempenhos, e de desempenhos requeridos como na disciplina, vai-se procurar atingir, precisamente, uma população. Ou seja, uma multiplicidade de indivíduos que são e que só existem profunda, essencial, biologicamente ligados à materialidade dentro da qual existem. O que vai se procurar atingir por esse meio é precisamente o ponto em que uma série de acontecimentos, que esses indivíduos, populações e grupos produzem, interfere com acontecimentos de tipo quase natural que se produzem ao redor deles”. (FOUCAULT, 2008b, p. 28)

Deve jogar com os próprios elementos imanentes ao meio em que se reproduz uma população. Afetando as variáveis ambientais socionaturais, ele é capaz de produzir o resultado mais útil e eficiente possível. Isso é o que define um dispositivo governamental de segurança.

O que Abeille e os fisiocratas e teóricos da economia no século XVIII procuraram obter foi um dispositivo que, conectando-se à própria realidade dessas oscilações, vai atuar de tal modo que, por uma série de conexões com outros elementos da realidade, esse fenômeno, sem de certo modo nada perder da sua realidade, sem ser impedido, se encontra pouco a pouco compensado, freado, finalmente limitado e, no último grau, anulado. Em outras palavras, é um trabalho no próprio elemento dessa realidade que é a oscilação abundância/escassez, carestia/preço baixo, é apoiando-se nessa realidade, e não tentando impedir previamente, que um dispositivo vai ser instalado, um dispositivo que é precisamente, a meu ver, um dispositivo de segurança e não mais um sistema jurídico-disciplinar. (FOUCAULT, 2008b, p. 49)

Revela-se desde aí a natureza potencialmente contraintuitiva do argumento econômico. O que os fisiocratas conseguiram estabelecer foi que as duras medidas tomadas para reduzir a escassez tinham precisamente o efeito de reproduzi-la. E, paradoxalmente, agir menos e permitir mais – quer dizer, *deixar fazer (laissez-faire)* – aproximaria o Estado, nesse caso, de resultados mais efetivos. Ganha-se, portanto, em eficiência, na medida em que se consegue demonstrar que, atuando menos (e, portanto, poupando recursos), pode-se obter mais – mais resultado, mais efetividade, mais riqueza para o Estado e para sociedade. É um teste de eficiência, um permanente cálculo de *custo x benefício* – no qual devem interagir o fim visado, os recursos presumidamente escassos e a situação empírica de uma população em dado *meio* – que os economistas propõem ao funcionamento da máquina estatal. Nesse sentido, gerir uma população carrega, sempre, uma dupla dimensão, pois significa gerir também o próprio aparelho estatal de que dispõe o governante. Em outras palavras, o governo consiste em uma gestão de populações através da gestão do Estado.

Todo esse quadro apenas se faz possível a partir do momento em que o próprio sujeito humano – tal como o agricultor que produz o cereal ou o comerciante que o negocia – é concebido sob a forma de um *homo oeconomicus*<sup>16</sup>, quer dizer, de um sujeito autointeressado cujo comportamento é orientado por um cálculo que visa à maximização de seus ganhos e a minimização das perdas. Todo o argumento fisiocrático depende, portanto, de um *modo governamental de subjetivação*.

---

<sup>16</sup> Foucault (2008b, p. 54) levanta, já nessa passagem, essa questão: “é isso tudo, isto é, esse elemento de comportamento plenamente concreto do *homo oeconomicus*, que deve ser levado igualmente em consideração”. Retornarei ao problema do sujeito econômico adiante.

O terceiro exemplo paradigmático oferecido por Foucault diz respeito à vacina contra a varíola e às campanhas de inoculação do século XVIII, a partir do qual emerge o tema da normalização com centralidade. O autor observa desde logo que, para além da legalidade, pretende “mostrar como, a partir e abaixo, nas margens e talvez até mesmo na contramão de um sistema da lei se desenvolvem técnicas de normalização” (FOUCAULT, 2008b, p. 74). Com isso, quer diferenciar conceitualmente soberania e governo, normatização jurídica e normalização governamental.

Já ao falar da tecnologia disciplinar, Foucault vê, nela, uma *normação* e não uma *normalização*. Isso porque a norma antecede ao normal: o normal, sob a disciplina, só é dado através da norma. E não é isso que ocorre com o dispositivo de segurança, como o demonstraria a variolização – ou a vacinação contra a varíola. Nesse dispositivo, de saída, encontra-se a mesma “morfologia” (FOUCAULT, 2008b, p. 78) da liberdade econômica: trata-se de fazer com que atuem os elementos de realidade de modo a produzir o mais útil resultado – afinal, a vacina faz com que a varíola atue contra si própria (FOUCAULT, 2008b, p. 78).

Foucault argumenta que a normalização governamental perante a doença não passará pela separação disciplinar entre doentes e não doentes, mas buscará atingir uma “taxa de mortalidade normal” (FOUCAULT, 2008b, p. 81). A governamentalidade admite, portanto, que, no interior de uma população, eliminar a mortalidade por varíola – assim como outros fenômenos, como a criminalidade, por exemplo – é virtualmente impossível ou, no mínimo, excessivamente custoso. Sob os cálculos de *custo x benefício*, a meta deve ser não (ao menos não necessariamente) extinguir os fenômenos indesejáveis, mas regulá-los, em busca de uma *homeostase*. Os dispositivos de segurança são, por isso, essencialmente, regulatórios do corpo social, e a forma como se estabelece e se busca a norma governamental é essencialmente prática e empirizante, condicionando a norma ao normal: “o normal é que é primeiro, e a norma se deduz dele, ou é a partir desse estudo das normalidades que a norma se fixa e desempenha seu papel operatório. Logo, eu diria que não se trata mais de uma normação, mas sim, no sentido estrito, de normalização” (FOUCAULT, 2008b, p. 83).

Isso não quer dizer que não haja norma sob o governo. O que Foucault afirma é que a norma é fortemente condicionada pelo elemento empírico, condensado, sob a forma estatística, na taxa normal. Mas há norma. Há, ainda, algo que ficará mais claro através da exposição de Foucault sobre a verificação de mercado, a ser tratada adiante: o mercado funciona como um regulador social geral sob o governo, e é um permanente teste de eficiência ou um cálculo de *custo x benefício* que orienta a atividade política. Essa é uma espécie de *norma social geral*, ligada a uma constante *eficientização* do Estado e da sociedade.

Dessa maneira, pode-se estabelecer, enquanto síntese, que a normalização governamental inclui 1) uma empiricização da política, com o condicionamento da norma pelo normal; 2) a regulação, em busca da *homeostase social*, com o conseqüente acatamento da reprodução de acontecimentos indesejáveis, desde que sob taxas toleráveis; 3) a maximização da eficiência e da riqueza, sob o modelo do mercado, concebido como norma social geral. Diante dos casos analisados nesta tese, será particularmente interessante observar a maneira como concorrem, no discurso judicial, a normalização governamental e a normatização jurídica.

A essa altura, apresentados os exemplos paradigmáticos, deve-se retornar ao conceito de dispositivo de segurança para condensar os elementos decisivos para sua definição. Nesse sentido, penso que é necessário ir além dos três pontos listados preliminarmente por Foucault e aos quais fiz referência – a consideração pelo governo de “acontecimentos prováveis”, o “cálculo de custo” que organiza seus dispositivos e o tema da normalização (FOUCAULT, 2008b, pp. 08).

Entendo, então, que há quatro elementos indispensáveis para a definição dos dispositivos de segurança. Primeiro, eles se orientam por uma “ação ambiental”<sup>17</sup> (FOUCAULT, 2008a, p. 354), quer dizer, por uma atuação estatal que incide sobre as variáveis do meio em que vive uma população. Para tanto, eles devem partir da própria natureza do objeto sobre o qual atuam, jogando, como se viu, com os elementos de realidade. Em segundo lugar, esse procedimento só pode ter lugar a partir de um *modo governamental de subjetivação*, a partir do qual, ao mesmo tempo, se reconhece e se produz um sujeito concebido sob a forma de um *homo oeconomicus*. Em terceiro, os mecanismos de governo são compostos por um permanente cálculo de *custo x benefício*, por estarem calcados em uma premissa de *eficientização* do Estado e da sociedade. Quarto, a normalização governamental pressupõe o condicionamento da norma pelo normal; a regulação em busca da *homeostase social*, com o conseqüente acatamento da reprodução de acontecimentos indesejáveis, desde que sob taxas toleráveis; e a maximização da riqueza como norma social geral. Isso caracteriza um *modo governamental de normalização*.

Algumas das questões levantadas acima ficarão mais claras à medida que se abordam os outros dois elementos que compõem o governo: a população e a economia política. Também facilitará sua compreensão a apresentação, que será feita adiante, da renovação neoliberal da arte de governar. Ao mesmo tempo, o tratamento dos dispositivos governamentais que se

---

<sup>17</sup> Essa expressão será recuperada quando for abordado, adiante, o neoliberalismo americano.

realizou acima supre fração relevante do esforço necessário ao esclarecimento dos demais elementos constitutivos do governo.

A população é um “personagem político absolutamente novo” no século XVIII, afirma Foucault (2008b, p. 88). Ela já aparecia antes disso nas reflexões sobre o Estado, mas não da mesma maneira. Enquanto os mercantilistas a tomavam como uma força produtiva disciplinarmente enquadrada, os fisiocratas a entenderão como um “conjunto de processos que é preciso administrar no que têm de natural e a partir do que têm de natural” (FOUCAULT, 2008b, p. 92), sob uma relação de heterogeneidade com o modelo do sujeito de direito e com a figura do súdito.

Isso pode ser desdobrado em três aspectos. Primeiro, a população é o resultado de uma “série de variáveis” (FOUCAULT, 2008b, p. 92), ligadas ao meio social e natural em que se reproduz – problema ao qual já se fez referência quando foi conceituado o dispositivo de segurança. Isso necessariamente significa que ela não pode ser conformada livremente pelo soberano. Tal problema não pode ser reduzido – como seria comum ao modelo da soberania – à noção de *desobediência*, mas diz respeito justamente ao jogo que se estabelece entre a decisão política e os elementos de realidade. A população, pela sua própria lógica, escapa à vontade soberana. No entanto, para os fisiocratas, isso não significa que seja impossível atuar sobre ela. O que se exige é que a intervenção atinja “uma série de fatores, de elementos que estão aparentemente longe da própria população, do seu comportamento imediato, longe da sua fecundidade, da sua vontade de reprodução” (FOUCAULT, 2008b, p. 94). Trata-se, portanto, de uma ação ambiental<sup>18</sup>.

Em segundo lugar, os fisiocratas sustentarão que a população é movida pelo desejo (FOUCAULT, 2008b, p. 95). O desejo é seu “motor de ação” (FOUCAULT, 2008b, p. 95). Nesse sentido, o governo deve aceitar a realidade de que os indivíduos agem para concretizar seus interesses. De nada adianta atuar no seu contrafluxo: deve-se governar a partir do desejo, ou melhor, deve-se governar o próprio desejo como elemento de realidade, velejando-o na direção da produção de resultados os mais úteis possíveis. Por essa via, e deixando o interesse pessoal agir, “em certo limite e graças a certo número de relacionamentos e conexões, ele acabará produzindo o interesse geral” (FOUCAULT, 2008b, p. 95). O que se universaliza,

---

<sup>18</sup> Outra passagem de Foucault (2008b, p. 94) deixa claro do que se trata: “é portanto uma técnica totalmente diferente que se esboça, como vocês veem: não se trata de obter a obediência dos súditos em relação à vontade do soberano, mas de atuar sobre coisas aparentemente distantes da população, mas que se sabe, por cálculo, análise e reflexão, que podem efetivamente atuar sobre a população. É essa naturalidade penetrável da população que, a meu ver, faz que tenhamos aqui uma mutação importantíssima na organização e na racionalização dos métodos de poder”.



assim, é o modelo do *homo oeconomicus*, cuja busca pela maximização dos ganhos é, ao fim e ao cabo, irreprimível.

Produção do interesse coletivo pelo jogo do desejo: é o que marca ao mesmo tempo a naturalidade da população e a artificialidade possível dos meios criados para geri-la. (FOUCAULT, 2008b, p. 95)

Foucault destaca que, por esse ponto de vista, é possível encontrar “a matriz de toda uma filosofia, digamos, utilitarista” (FOUCAULT, 2008b, p. 96) e que “a filosofia utilitarista foi o instrumento teórico que embasou esta novidade que foi, na época, o governo de populações” (FOUCAULT, 2008b, p. 96). Retornarei ao problema da utilidade adiante, inclusive quanto à relação que estabelece, sob a governamentalidade, com o direito.

Em terceiro lugar, essa naturalidade da população indica que ela tem sua própria regularidade (FOUCAULT, 2008b, p. 97). Embora seja tentador tomar o fluxo desse conjunto de viventes que escapa ao soberano como algo caótico, ele é dotado de uma lógica própria. E aqui é decisiva a emergência da estatística – e, conseqüentemente, das ciências sociais. Foucault explica que a etimologia do termo (“estatística”) remonta a um “conhecimento do Estado, o conhecimento das forças e dos recursos que caracterizam um Estado num momento dado” (FOUCAULT, 2008b, pp. 365). É a linguagem estatística a responsável por traduzir o fluxo de uma população para uma dialeto político-governamental. São as novas taxas relativas aos fenômenos demográficos e ao funcionamento do Estado, enquanto um conhecimento técnico sobre a situação efetiva enfrentada pelo governante, que permitem uma nova abordagem política<sup>19</sup>.

Foucault, então, sintetiza os três aspectos que caracterizam a população como objeto do poder governamental:

---

<sup>19</sup> Em outra passagem, Foucault explica como a governamentalidade construiu a população – e não a família – como seu objeto, o que passa pela produção e pelo uso das estatísticas: “de fato, como o problema da população vai possibilitar o desbloqueio da arte de governar? A perspectiva da população e a realidade dos fenômenos próprios da população vão possibilitar afastar definitivamente o modelo da família e recentrar essa noção de economia noutra coisa. De fato, essa estatística que havia funcionado até então no interior dos marcos administrativos e, portanto, do funcionamento da soberania, essa mesma estatística descobre e mostra pouco a pouco que a população tem suas regularidades próprias: seu número de mortos, seu número de doentes, suas regularidades de acidentes. A estatística mostra igualmente que a população comporta efeitos próprios da sua agregação e que esses fenômenos são irreduzíveis aos da família: serão as grandes epidemias, as expansões endêmicas, a espiral do trabalho e da riqueza. A estatística mostra [também] que, por seus deslocamentos, por seus modos de agir, por sua atividade, a população tem efeitos econômicos específicos. A estatística, ao possibilitar a quantificação dos fenômenos próprios da população, faz aparecer sua especificidade irreduzível [ao] pequeno âmbito da família” (FOUCAULT, 2008b, p. 139).

Não é portanto uma coleção de sujeitos jurídicos, em relação individual ou coletiva, com uma vontade soberana. A população é um conjunto de elementos, no interior do qual podem-se notar constantes e regularidades até nos acidentes, no interior do qual pode-se identificar o universal do desejo produzindo regularmente o benefício de todos e a propósito do qual pode-se identificar certo número de variáveis de que ele depende e que são capazes de modificá-lo. (FOUCAULT, 2008b, p. 97)

Regularidade, desejo e impossibilidade de mudança por decreto: essa é a figura da população a governar. Com isso, e conclusivamente, a população é o novo “correlato de poder” e “objeto de saber” (FOUCAULT, 2008b, p. 103). Ela é, enfim, o “correlativo privilegiado dos modernos mecanismos” (FOUCAULT, 2008b, p. 103) estabelecidos pela governamentalidade. Essa é a base, portanto, da conformação de toda uma nova racionalidade política, na qual o homem é concebido como uma “figura da população” (FOUCAULT, 2008b, p. 103). Esse novo “homem”, o homem que é parte de uma população, o homem econômico, está para o governo assim como o sujeito de direito está para a soberania<sup>20</sup>.

Já quanto à relação entre a nova tecnologia de poder e a economia/economia política, Foucault introduzirá o problema do regime de verdade no interior da governamentalidade. É no *Nascimento da biopolítica* (curso oferecido entre os anos 1978 e 1979) que o problema é explorado de maneira mais consistente. O fio seguido pelo autor é traçado a partir do problema da limitação do governo, sob um contraste entre direito e economia, jurisdição e veridificação.

Nesse sentido, Foucault aponta a forma como o direito havia aparecido, nos séculos XVII e XVIII, enquanto um discurso pronto a limitar, por fora da razão de Estado, o exercício do poder político. Se a justiça havia funcionado como multiplicadora do poder real até o século XVI europeu, daí em diante as instituições judiciárias e a filosofia do direito desempenharão uma função “subtratora” em relação ao soberano. A linha entre a legitimidade e a ilegitimidade do poder é traçada em oposição ao monarca, consubstanciando, assim, um princípio de limitação externo à razão de Estado.

O que a economia política produz é algo substancialmente novo e diverso. Emergindo como um saber dirigido à maximização das riquezas – no que se inclui o próprio enriquecimento estatal –, ela nasce no interior da razão do Estado. Mais precisamente, a teoria econômica é uma remodelação dessa razão de Estado, produzindo sua atualização ou sua reprogramação interna. Isso se comprova, segundo Foucault (2008a, p. 20), pela proposta fisiocrática de um despotismo econômico. Tratava-se de conceber um governo que tivesse na economia seu único princípio

---

<sup>20</sup> O paralelo feito por Foucault (2008b, p. 103) é, na verdade, o seguinte: “podemos dizer que o homem foi para a população o que o sujeito de direito havia sido para o soberano”. Como se vê, ele é compatível com a forma com que expus o problema acima.

de limitação. Quer dizer, não haveria lugar para nenhuma objeção externa – jurídica – ao poder, pois o Estado deveria estar livre para recorrer aos meios exigidos pelos seus objetivos, ligados à gestão de populações.

Para Foucault, ao diferenciar-se de uma razão jurídica, a razão de governo não se pergunta sobre direitos legítimos, mas sobre os efeitos que o governo produz sobre um conjunto de viventes. O consequentialismo da razão governamental não toma o elemento jurídico como limite. O jogo da realidade, em que a medida política interage com os fenômenos de população, é o que lhe interessa. O direito será, no máximo, um dos componentes, uma variável a compor os cálculos e os efeitos da ação político-governamental.

Evidentemente, portanto, a economia política não tocará na distinção entre legitimidade e ilegitimidade do poder, como faz o discurso jurídico. Ela se preocupará, de maneira utilitária, com as separações entre sucesso e fracasso, verdadeiro ou falso (FOUCAULT, 2008a, p. 23). Para o pensamento econômico, trata-se de conhecer para modificar. Em outras palavras, o conhecimento empírico revelaria a forma através da qual se poderia atuar de maneira a elevar a um nível ótimo a utilidade da atuação estatal, independentemente de limites jurídicos.

Essa oposição entre verdadeiro e falso que caracteriza a análise econômica sugere a Foucault a necessidade de abordar o regime de verdade próprio à governamentalidade. Ele tenta demonstrar como o mercado passou de um lugar de jurisdição a um lugar de veridicação. Na Idade Média e até o século XVII, o mercado teria funcionado como instância de justiça, de regulamentação (ou regulamentado), sendo também um lugar onde se deveria realizar a justiça – por exemplo, pelo preço justo, pela coibição da fraude etc. (FOUCAULT, 2008a, pp. 42-43). Já no século XVIII, ele passa a figurar como um lugar de verdade, que “obedecia e devia obedecer (...) mecanismos espontâneos, ainda que não seja possível apreendê-los em sua complexidade (...) tão espontâneos que quem tentasse modificá-los só conseguiria alterá-los e desnaturá-los” (FOUCAULT, 2008a, p. 44). Emblematicamente, então, o mercado teria deixado de ser a instância do “preço justo” para ser o *locus* a manifestar um “preço natural” ou “preço normal” (FOUCAULT, 2008a, p. 44).

Nessa perspectiva, é preciso agir – e não agir – de tal maneira que o mercado “possa formular a sua verdade e propô-la como regra e norma à prática governamental” (FOUCAULT, 2008a, p. 42). Ao fim e ao cabo, é esse lugar, com sua lógica, que permitirá a verificação ou a falsificação das medidas de governo. Em outras palavras, as medidas estatais, antes de um crivo jurídico, passam por um teste veridicional de mercado: esse é o critério decisivo para que se defina se um governo age com base no que é verdadeiro ou não.

Na medida em que, através da troca, o mercado permite ligar a produção, a necessidade, a oferta, a demanda, o valor, o preço etc., ele constitui nesse sentido um lugar de verificação, quero dizer, um lugar de verificabilidade/falsificabilidade para a prática governamental. Por conseguinte, o mercado é que vai fazer que um bom governo já não seja somente um governo justo. O mercado é que vai fazer que o governo, agora, para poder ser um bom governo, funcione com base na verdade. (FOUCAULT, 2008a, p. 45)

A importância assumida pela economia política é indissociável, portanto, dessa reconfiguração – da jurisdição à verificação – do papel do mercado na racionalidade política<sup>21</sup>. Por isso, onde se afirma que a nascente teoria econômica é uma peça fundamental, um vértice do triângulo que compõe o governo, deve-se considerar nela incluído um novo regime de verdade. E é aí que se inicia uma história em que a premissa da maximização da riqueza e da eficiência – emanando da verificação de mercado, que passa a regular a vida social e política – reprogramam toda a atividade estatal<sup>22</sup>.

## 1.2 SUJEITO DE DIREITO OU *HOMO OECONOMICUS*? TENSÕES ENTRE JURISDIÇÃO E VERIFICAÇÃO SOB A GOVERNAMENTALIDADE

É possível ver que as categorias de verificação e jurisdição em Foucault apontam, assim, para a relação entre economia e direito, assim como suas reflexões sobre os princípios de limitação – interno e externo – da razão de Estado. No manuscrito da aula de 10 de janeiro de 1979, Foucault havia escrito: “uma das formas da governamentalidade moderna. Ela se caracteriza pelo fato de que, em vez de chocar-se com limites formalizados por jurisdições, ela se [atribui] limites intrínsecos formulados em termos de verificação” (FOUCAULT, 2008a, p. 28). Foucault exporá ainda como a passagem da jurisdição à verificação caracterizou sua análise de outros objetos de investigação, como as instituições psiquiátricas, a prisão, o tratamento da sexualidade. É claro, aqui, que Foucault oferece um conteúdo teórico específico ao termo *verdade*. Não se trata de afirmar a cientificidade de determinado enunciado ou sua simples correspondência com a realidade que busca descrever. O que Foucault busca tecer é uma “genealogia dos regimes veridicionais”, interrogando-se sobre a forma como se põem critérios

<sup>21</sup> De acordo com Foucault (2008a, p. 45), “a economia política foi importante, inclusive em sua formulação teórica, na medida em que (somente na medida, mas é uma medida evidentemente considerável) indicou onde o governo deveria buscar o princípio da verdade da sua própria prática governamental” (FOUCAULT, 2008a, p. 45)

<sup>22</sup> Sob o neoliberalismo, esse processo será renovado sob a forma da *concorrencialização da sociedade* e de uma *verificação concorrencial de mercado*, como será abordado adiante.

(ou regras) através dos quais se faz possível distinguir, socialmente, o que é verdadeiro ou falso num dado discurso.

Tratar-se-ia da genealogia dos regimes veridicionais, isto é, da análise da constituição de certo direito da verdade a partir de uma situação de direito, com a relação direito/verdade encontrando sua manifestação privilegiada no discurso, o discurso em que se formula o direito e em que se formula o que pode ser verdadeiro ou falso; de fato, o regime de verificação não é uma certa lei da verdade, [mas sim] o conjunto das regras que permitem estabelecer, a propósito de um discurso dado, quais enunciados poderão ser caracterizados, nele, como verdadeiros ou falsos. (FOUCAULT, 2008a, p. 49).

O que fora esboçado no manuscrito da aula de 10 de janeiro de 1979 será desenvolvido na aula seguinte. Do problema *jurisdição-verificação*, Foucault chega, na segunda metade da aula de 17 de janeiro de 1979, ao problema da relação entre economia política e direito público. Ele indica que a verdade de mercado e as limitações de direito convivem e que mesmo a autolimitação liberal do governo deverá realizar-se por meios jurídicos: “não era portanto um desaparecimento do direito que eu evocava da última vez ao falar da autolimitação da razão governamental, mas o problema posto pela limitação jurídica de um exercício do poder político que os problemas de verdade impunham estabelecer” (FOUCAULT, 2008a, p. 53). Pode-se perceber que o ajuste aqui proposto pelo autor ao mesmo tempo em que evita reduzir o direito a um *status* de “desaparecimento”, demonstra a estatura do novo regime de verdade para a definição da arte de governar – a ponto de o autor precisar, de fato, fazer essa ressalva.

Foucault identificará, então, o que chama de “duas linhas” para a resolução do problema referente à relação economia política/direito público no interior da tradição liberal. A primeira é chamada pelo autor de via “axiomática”, “jurídico-dedutiva”, “revolucionária” ou “rousseauiana” (FOUCAULT, 2008a, p. 54). Nesta via, parte-se do direito para o estabelecimento dos limites do governo. O componente jurídico, na forma dos direitos humanos, tem precedência. Trata-se de tomar por base os “direitos do homem para chegar à delimitação da governamentalidade, passando pela constituição do soberano” (FOUCAULT, 2008a, p. 54).

“A outra via”, explica Foucault, “consiste não em partir do direito, mas em partir da própria prática governamental” (FOUCAULT, 2008a, p. 55). São os “limites de fato” (FOUCAULT, 2008a, p. 55), que estabelecem um critério não jurídico, não alicerçado em direitos, mas, sim, no que se argumenta constituir a utilidade da ação política. Foucault tenta sintetizar a diferença através de interrogações:

Colocar a um governo, a cada instante, a cada momento da sua ação, a propósito de cada uma das suas instituições, velhas ou recentes, a questão: é

útil? É útil para quê? Dentro de que limites é útil? A partir de que se torna útil? A partir de que se torna nocivo? Essa questão não é a questão revolucionária: quais são os meus direitos originais e como posso fazê-los valer em face de um soberano? Mas é a questão radical, é a questão do radicalismo inglês. O problema do radicalismo inglês é o problema da utilidade.” (FOUCAULT, 2008a, pp. 55-56)

A via axiomático-jurídica e a via utilitarista exporiam duas concepções diferentes da lei. Na primeira, ela aparece como expressão de uma vontade, uma vontade geral. Na segunda, aparecerá como aquilo que estabelece o limite entre a intervenção governamental e a liberdade dos indivíduos. Por sua vez, essas distintas percepções da lei conduziriam a distintas concepções de liberdade: uma liberdade juridicamente definida, por dedução dos direitos naturais e ligada a uma lógica contratualista; e outra liberdade, vista sob a ótica da independência dos governados (FOUCAULT, 2008a, p. 57). Para Foucault, essa “ambiguidade” marca o liberalismo europeu do século XIX e do século XX, sendo possível perceber na abordagem dos direitos humanos (e na demanda por sua proteção) essas duas atribuições de sentido, a depender de onde, como e porque esses direitos são reclamados.

O autor então argumenta – embora insistindo em importantes ressalvas, no que se inclui a observação de diversas “pontes”, “junções”, entre essas duas linhas (FOUCAULT, 2008a, pp. 59-60) – que uma das vias se fortaleceu, em detrimento da outra. O fortalecimento coube à via utilitária, em que o cálculo de utilidade da ação governamental é anterior à (e, ao mesmo tempo, põe a) definição jurídica. A via “revolucionária”, então, “regrediu”. Desse modo, é o “problema da utilidade, da utilidade individual e coletiva, (...) é esse problema que vai ser finalmente o grande critério de elaboração dos limites do poder público e de formação de um direito público e de um direito administrativo” (FOUCAULT, 2008a, p. 60).

Ou seja, a relação entre economia política e direito público – embora complexa, tensa, heterogênea, conflituosa – tem seu modo geral de funcionamento, desde o século XIX, alicerçado sobre a primeira e sobre seus apelos pelo recurso à utilidade como critério de ação governamental. Os problemas jurídicos então tendem a ser eles mesmos elaborados a partir dessa racionalidade utilitária, que lhe será matricial. É isso que permite a Foucault afirmar em seguida que “entramos, a partir do início do século XIX, numa era em que o problema da utilidade abrange cada vez mais todos os problemas tradicionais do direito” (FOUCAULT, 2008a, p. 60).

Ao finalizar seus comentários sobre o mercado como lugar de verificação, Foucault já havia sinalizado os termos dessa conclusão. Ao pronunciar sua verdade e funcionar como

regulador geral da sociedade e da atividade política, essa instância reprograma a dimensão jurisdicional a partir de si:

o mercado deve dizer a verdade, deve dizer a verdade em relação à prática governamental. Seu papel de verificação é que vai, doravante, e de uma forma simplesmente secundária, comandar ditar, prescrever os mecanismos jurisdicionais ou a ausência de mecanismos jurisdicionais sobre os quais deverá se articular. (FOUCAULT, 2008a, p. 45)

A tensão entre o jurídico e o econômico se estende ainda, sob a governamentalidade, através da relação entre o sujeito de direito e o *homo oeconomicus*. Entenda-se o *homo oeconomicus*, preliminarmente, como o modelo de subjetivação cujo comportamento é orientado pela maximização da satisfação do interesse próprio, a partir de um permanente cálculo de ganhos e perdas, custos e benefícios. Foucault explica que, até o momento em que se realiza sua aula (28 de março de 1979), não existe nem uma teoria sistemática nem uma história dessa figura. Mesmo assim, ela já encontrava uma aplicação anterior às primeiras noções conceituais mais precisas a seu respeito, que despontam entre os economistas neoclássicos (FOUCAULT, 2008a, p. 372). Isso porque o empirismo inglês havia feito emergir, especialmente através de Hume, um “sujeito de interesse” (FOUCAULT, 2008a, p. 372).

Contrapondo sujeito de interesse e sujeito de direito, Foucault (2008a, p. 373) demonstra que, apesar de certos empreendimentos teóricos que buscaram conciliá-los, um é irreduzível ao outro. A partir de um exemplo construído em torno da relação contratual, o autor aponta a continuidade, sob a ótica do empirismo inglês, do sujeito de interesse mesmo diante da contração formal de um conjunto de direitos e obrigações jurídicas<sup>23</sup>. O que ocorre, afinal, é que

---

<sup>23</sup> No exemplo de Foucault: “mas, uma vez que você contratou, por que você respeita o contrato? OS juristas dizem, em particular Blackstone dizia mais ou menos nessa época: respeita-se o contrato porque, a partir do momento em que os indivíduos, sujeitos de interesse, reconheceram que era interessante contratar, a obrigação do contrato constitui uma espécie de transcendência em relação à qual o sujeito se acha de certo modo submetido e constrangido, de modo que, tendo se tornado sujeito de direito, vai obedecer ao contrato. A que Hume responde: mas não é nada disso, porque, na verdade, se alguém ao contrato, não é porque é um contrato, não é porque a obrigação do contrato o aprisiona ou, em outras palavras, não é porque você se tornou bruscamente sujeito de direito deixando de ser sujeito de interesse. Se você continua a respeitar o contrato, é porque simplesmente faz o seguinte raciocínio: “O comércio com nossos semelhantes de que tiramos tão grandes vantagens, não teria nenhuma segurança se não respeitássemos nossos compromissos”. Ou seja, se respeita o contrato, não é porque há contrato, mas porque se tem interesse em que haja contrato. Ou seja, o aparecimento e a emergência do contrato não substituíram o sujeito de interesse por um sujeito de direito. Num cálculo de interesse, ele constitui uma forma, um elemento que vai continuar até o fim a apresentar certo interesse. E se, por outro lado, ele já não apresenta interesse, nada pode me obrigar a continuar a obedecer ao contrato”. (FOUCAULT, 2008a, pp. 373-374).

(...) interesse e vontade jurídica não se substituem. O sujeito de direito não vem tomar lugar no sujeito de interesse. O sujeito de interesse permanece, subsiste e continua enquanto há estrutura jurídica, enquanto há contrato. Por todo o tempo em que a lei existe, o sujeito de interesse continua a existir. Ele extrapola permanentemente o sujeito de direito. Ele é portanto irreduzível ao sujeito de direito. Não é absorvido por ele. Ele o extrapola, o rodeia, é sua condição de funcionamento em permanência. (FOUCAULT, 2008a, p. 374)

Além disso, as duas formas de subjetivação não seguem uma lógica comum (FOUCAULT, 2008a, p. 374). Enquanto o sujeito jurídico teria direitos aos quais poderia, a princípio e em certa medida, renunciar, a mecânica do homem econômico não permite que se lhe exija a renúncia a satisfação de seu interesse. Foi isso que demonstraram os economistas, desde os fisiocratas e desde, por exemplo, a questão dos cereais<sup>24</sup>. Ao contrário, não só não se deve exigir sua renúncia: é a mecânica da busca pela satisfação do interesse próprio que leva à realização do interesse coletivo (FOUCAULT, 2008a, p. 375).

Com isso, restaria caracterizada a “heterogeneidade” (FOUCAULT, 2008a, p. 376) entre *homo juridicus* e *homo oeconomicus*. No entanto, para Foucault, há mais. Há também uma “diferença essencial na relação que eles mantêm com o poder político” (FOUCAULT, 2008a, p. 376). Através desse problema, ele chega à discussão da obra de Adam Smith e da clássica questão da mão invisível. Para interpretar a metáfora, Foucault atenta não tanto para a “mão”, mas para sua invisibilidade: ela designa a impossibilidade de busca pelo bem comum, não só por parte dos indivíduos, mas especialmente através do governo, através da incognoscibilidade da totalidade do processo econômico. É isso que define um autêntico “princípio da invisibilidade” na economia: “o bem coletivo não deve ser visado. (...) porque não pode ser calculado, pelo menos não no interior de uma estratégia econômica” (FOUCAULT, 2008a, p. 380).

Em outras palavras, o bem comum seria atingido justamente através da impossibilidade de compreensão do funcionamento do mercado em sua generalidade. É nesse jogo, cujo conjunto a ninguém é dado conhecer, que os sujeitos, agindo apenas em acordo com seu próprio

---

<sup>24</sup> Para Foucault, “o que a análise do mercado mostrou, por exemplo, o que evidenciaram tanto os fisiocratas na França quanto os economistas ingleses, e inclusive teóricos como Mandeville, foi que, no fundo, na mecânica dos interesses, nunca se pede que um indivíduo renuncie ao seu interesse. Seja, por exemplo, o que acontece no caso do mercado de cereais – vocês se lembram, falamos disso na última vez –, suponhamos uma colheita abundante num país e escassez em outro. A legislação habitualmente estabelecida na maioria dos países proibia que se exportasse indefinidamente o trigo do país rico para os países em que faltava para que não houvesse escassez no país que tinha reservas. A que os economistas respondem: absurdo! Deixem a mecânica dos interesses agir, deixem os vendedores de cereais despejar sua mercadoria nos países em que há escassez, em que o cereal é caro e em que o vendem facilmente, e verão que, quanto mais eles seguirem seu interesse, melhor irão as coisas e vocês terão um ganho geral que vai se constituir a partir da própria maximização do interesse de cada um” (FOUCAULT, 2008a, p. 375).



interesse, produzem a felicidade geral. A invisibilidade do processo, portanto, não é um elemento acidental, mas a condição necessária à produção do interesse comum. O que resta, conseqüentemente, a ser preservado é o próprio cálculo autointeressado, em que se supõem certos ganhos e certas perdas, realizado pelo *homo oeconomicus*, concebido como a “única ilha de racionalidade possível no interior de um processo econômico cujo caráter incontrollável não contesta, mas funda, ao contrário, a racionalidade do comportamento atomístico” (FOUCAULT, 2008a, p. 380). E o que resta, assim, a ser reproduzido é um *modo governamental de subjetivação*, que põe e repõe um sujeito de interesse.

É essa discursividade da economia política que Foucault vê em íntima relação com o problema da soberania<sup>25</sup>. O que Foucault havia exposto como uma diferença entre princípios de limitação do poder externos e internos à razão de Estado é revisitado, então, sob uma nova ênfase. Foucault argumenta que aquela limitação interna ao poder pode apresentar-se agora como uma verdadeira destituição do soberano.

De fato, ante o *homo oeconomicus*, o soberano não se encontra na mesma posição que ante o sujeito de direito. O sujeito de direito pode, sim, pelo menos em certas concepções ou análises, aparecer como o que limita o exercício do poder soberano. Em compensação, o *homo oeconomicus* não se contenta em limitar o poder do soberano. Até certo ponto, ele o destitui. Ele o destitui em nome de quê? De um direito em que o soberano não deveria tocar? Não, não é isso. Ele o destitui na medida em que faz surgir no soberano uma incapacidade essencial, uma incapacidade maior e central, uma incapacidade para dominar a totalidade da esfera econômica. (FOUCAULT, 2008a, p. 398).

No fundo, através do movimento operado pela economia política, o *homo oeconomicus* que destitui o soberano é o mesmo que destitui a legalidade. O que a teoria econômica fez foi, precisamente, jogar o soberano contra si. Explorando a própria relação entre a atuação estatal e seus efeitos sobre uma população, os economistas esvaziaram a soberania, demonstrando, pela imanência, os limites de seu poder<sup>26</sup>. O fluxo da população não se conforma por decreto, dirão

---

<sup>25</sup> “O liberalismo, em sua consistência moderna, começou quando precisamente, foi formulada essa incompatibilidade essencial entre, por um lado, a multiplicidade não-totalizável dos sujeitos de interesse, dos sujeitos econômicos e, por outro lado, a unidade totalizante do soberano jurídico”, cf. Foucault (2008a, pp. 383-384).

<sup>26</sup> Foucault (2008a, pp. 384-385) simula o diálogo entre as duas formas de subjetivação e o soberano para demonstrar suas diferenças: “ao soberano jurídico, ao soberano detentor de direitos e fundador do direito positivo a partir do direito natural dos indivíduos, o *homo oeconomicus* é alguém que pode dizer: tu não deves, não porque eu tenha direitos e tu não tens o direito de tocar neles; e isto é o que diz o homem de direito, o que diz o *homo juridicus* ao soberano: tenho direitos, confiei alguns a ti, tu não deves tocar nos outros, ou: confiei-te meus direitos para este ou aquele fim. O *homo oeconomicus* não diz isso. Ele diz também ao soberano, é verdade: tu não deves; mas diz ao soberano: tu não deves, por quê? Tu não deves porque não podes. E tu não podes no sentido de que “tu és impotente”. E porque tu és impotente, por que tu não podes? Tu não podes porque tu não sabes e tu não sabes porque tu não podes saber”.

eles. No máximo, o poder político poderá interagir, da maneira mais eficiente possível, com as variáveis socionaturais que cercam o conjunto de viventes a governar. Ora, não é diferente o que se operará com o direito positivo.

De modo análogo, a análise econômica é capaz de derrotar o direito por esvaziamento, ao arguir para si um argumento de fato. Se a teoria econômica está apta a demonstrar que dada legislação ou dada decisão judicial – por mais bem intencionada e fundamentada jurídico-dogmaticamente que seja – produzirá resultados práticos desastrosos ou até mesmo efeitos contrários aos pretendidos; se, portanto, ela é capaz de, através de um argumento contraintuitivo empiricamente fundado, jogar o direito contra si; se isso ocorre, o que sobra do direito? O que sobra a uma regra constitucional, por exemplo, que não seja aprovada por esse *teste*?

Enquanto realiza um projeto de genealogia do governo, como se pode notar, Foucault precisa colocar em questão seguidas vezes um mesmo problema: princípio jurídico e princípio econômico, soberania e governo, sujeito de direito e sujeito econômico, via axiomático-jurídica e via utilitária. Talvez a forma mais abstrata com que Foucault o conceba seja através da contraposição entre jurisdição e veridicção (“temos aqui, nessa história do mercado jurisdicional, depois veridicional, um desses incontáveis cruzamentos entre jurisdição e veridicção que é sem dúvida um dos fenômenos fundamentais na história do Ocidente moderno”, cf. FOUCAULT, 2008a, p. 47).

Foucault acaba por produzir, assim, uma interpretação de uma tensão constitutiva do liberalismo e dos Estados ocidentais. Ele afirma que “a ideia de uma ciência econômico-jurídica é rigorosamente impossível e, aliás, efetivamente, nunca foi constituída” (FOUCAULT, 2008a, p. 384). As decisões analisadas nesta tese reciclam a questão e, no fundo, escancaram o mesmo impasse. Assim como uma “ciência econômico-jurídica” é “impossível”, um governo através da jurisdição precisa impor-se através de um estado de exceção atípico e da produção de anomalias jurídico-dogmáticas funcionais (à governamentalidade). São essas anomalias funcionais constitutivas do dispositivo jurisdicional de exceção que devem tornar possível o que seria, logicamente, impossível. Elas devem tornar solúvel o insolúvel, homogeneizar o heterogêneo, unificar o que não é passível de unificação. Portanto, dissolver a jurisdição na veridicção: em parte, é isso que será tratado nos capítulos 4, 5 e 6.

### 1.3 A GOVERNAMENTALIDADE NEOLIBERAL: *CONCORRENCIALIZAÇÃO DA SOCIEDADE, GENERALIZAÇÃO DA FORMA EMPRESA E REPROGRAMAÇÃO DO HOMO OECOMICUS*

Foucault tornará essa leitura mais complexa e, ao mesmo tempo, mais atual, ao analisar os neoliberalismos alemão e americano. O fio que Foucault lança e busca seguir consiste, antes de tudo, em fixar o que chama de “crise do dispositivo geral de governamentalidade” (FOUCAULT, 2008a, p. 95). É que, para ele, não há somente crises econômicas capitalistas, as quais seriam acompanhadas de certos impactos sobre o âmbito político. Pode haver, efetivamente, crises de governo.

Segundo Foucault, na primeira metade do século XX, o liberalismo é pressionado por três adversários: o socialismo, o fascismo e o keynesianismo. Instalada a crise, a resposta vem, da Alemanha e dos Estados Unidos, sob a forma de um novo liberalismo, que, para Foucault, tem como marca comum a ampliação das intervenções estatais e o abandono do *laissez-faire*. Ou seja, ao mesmo tempo em que o neoliberalismo enfrenta a planificação econômica e o alegado estatismo propostos por seus inimigos, ele mesmo amplia a espessura da atuação do Estado sobre a sociedade, na tentativa de retificar as falhas de uma arte de governar liberal que teria sido excessivamente passiva.

De antemão, vale observar que isso não significa que o liberalismo – e muito menos o neoliberalismo – deva ser reduzido à fórmula do *Estado mínimo*. É bem verdade que Foucault refere-se, em *Nascimento da biopolítica*, a uma “razão de Estado mínimo” (FOUCAULT, 2008a, p. 51) liberal, mas ele mesmo reconhece a multiplicidade de formas possíveis de intervenção estatal sobre uma população que haviam sido desenvolvidas desde o liberalismo clássico (FOUCAULT, 2008b, p. 29). Em nenhum caso, trata-se de *quanto menos Estado, melhor* simplesmente. O que ocorre, como já foi explicitado, é um permanente cálculo de *custo x benefício* que orienta a ação estatal. Obviamente, esse teste de eficiência quer conduzir a uma produção do máximo de resultados úteis com o mínimo de investimentos. Então, no fundo, a fórmula consiste em *produzir o máximo de efeitos úteis sobre uma população com o mínimo de recursos necessário*, o que, como se pode notar, torna enganosa ou, no mínimo, unilateral e incompleta, a tese do *Estado mínimo*.

Ao lado disso, deve-se considerar que liberais e neoliberais entendem que é no ambiente aberto do mercado que se maximiza a eficiência, pois é a competição quem conduz à inovação e à elevação da riqueza social. Isso implica, evidentemente, em uma retirada do Estado da atuação econômica direta. Ele não deve figurar como um jogador, mas como um fiador da concorrência e garante das regras do jogo. Se é verdade que, de um lado, isso tende a reduzir a intervenção estatal, de outro, acarreta em diversas outras tarefas. Como se verá através do neoliberalismo alemão, por exemplo, o Estado deverá não apenas cuidar permanentemente da

verificação concorrencial de mercado, como também deve, através de uma política de moldura, estender o princípio regulador da competição a domínios ainda não por ele alcançados.

Com isso tudo, pode-se notar que, embora o liberalismo e o neoliberalismo acossem e vigiem permanentemente a atividade política, o rótulo de *Estado mínimo* produz muito mais confusão do que esclarecimento. Ele não permite constatar a maneira específica através da qual o papel do Estado é desenhado pela governamentalidade e, dessa maneira, não é capaz de explicar que tipo de relação entre economia e política se desenvolveu na modernidade.

Quanto à novidade neoliberal, o que veremos a seguir é que, embora nenhuma das artes de governar (liberal e neoliberal) seja redutível a um projeto de *Estado mínimo*, há, sob o neoliberalismo, uma reprogramação do repertório da governamentalidade que, sem dúvidas, expande as possibilidades de intervenção do Estado sobre a população. Emerge todo um novo conjunto não apenas de conceitos, mas de técnicas aptas a tornar mais efetiva a gestão da sociedade, tomado o mercado como grade de inteligibilidade e como princípio regulador da totalidade social.

Dito isso, tracemos as linhas gerais das duas formas de neoliberalismo que emergiram no século XX: o alemão e o americano. O primeiro pôde emergir como um verdadeiro “gatilho para a formação de uma soberania política” na Alemanha do pós-guerra (FOUCAULT, 2008a, p. 113). Quer dizer, a própria refundação do Estado alemão e de sua legitimidade teria sido ancorada no jogo do mercado, conformando uma “genealogia permanente do Estado a partir da instituição econômica” (FOUCAULT, 2008a, p. 114). A livre iniciativa, a concorrência e a meta do crescimento econômico puderam figurar, assim, como produtoras de um consenso capaz de sustentar a nova forma de autoridade política (FOUCAULT, 2008a, p. 115).

Como se pode notar, essa refundação da soberania pelo jogo econômico representa o inverso do esforço promovido pelos primeiros economistas europeus no século XVIII. Na Alemanha de 1948, o empreendimento não consistia em limitar um Estado administrativo supostamente hipertrofiado, mas em dar origem a algo essencialmente novo, que deveria representar a realização da liberdade perante o totalitarismo hitlerista<sup>27</sup>. No fundo, o que centralmente está em jogo no neoliberalismo alemão, mas também no neoliberalismo

---

<sup>27</sup> Foucault afirma que “embora seja verdade que permanecemos numa governamentalidade de tipo liberal, vê-se o deslocamento que se deu em relação ao que era o liberalismo programado pelos fisiocratas, por Turgot, pelos economistas do século XVIII cujo problema era exatamente inverso, pois no século XVIII, eles tinham a seguinte tarefa a resolver: tomemos um Estado que existe, tomemos um Estado legítimo, um Estado que funciona já no estilo da plenitude, da completude administrativa, na forma de Estado de polícia. O problema era: dado esse Estado, como vamos poder limitá-lo e, principalmente, abrir espaço para a necessária liberdade econômica no interior desse Estado existente? Pois bem, os alemães tinham o problema exatamente inverso para resolver. Supondo um Estado que não existe, como fazê-lo existir a partir desse espaço não estatal que é o de uma liberdade econômica?” (FOUCAULT, 2008a, p. 117).

americano, é “uma formalização geral dos poderes do Estados da organização da sociedade a partir de uma economia de mercado” (FOUCAULT, 2008a, p. 160). Ou seja: é possível pensar – ou repensar – os alicerces sociais e políticos a partir da lógica econômica?

Foucault situa o Colóquio *Walter Lippmann*, realizado na França, em 1939, como o ponto de inflexão para a renovação da arte liberal de governar. Para o ordoliberalismo alemão, isso passa, antes de tudo, por um deslocamento, da troca à concorrência – da equivalência da troca à desigualdade da competição. Mas, para transformar esse princípio numa arte política, os alemães dirão que não basta um *laissez-faire*. A concorrência não consistiria em um elemento prévio ao Estado e puramente espontâneo, mas em um princípio de formalização (FOUCAULT, 2008a, p. 163), que precisa ser político-artificialmente preparado e cultivado. Ela “é, portanto, um objetivo histórico da arte governamental, não é um dado natural a respeitar” (FOUCAULT, 2008a, p. 163). O resultado disso é uma “governamentalidade ativa” (FOUCAULT, 2008a, p. 165) – e, nesse sentido, mas ativa do que o governo liberal – em que a economia de mercado “constitui o indexador geral sob o qual se deve colocar a regra que vai definir todas as ações governamentais” (FOUCAULT, 2008a, p. 165). Aquela soberania refundada a partir das liberdades econômicas gera, portanto, não um Estado que limita a economia, mas uma instituição-mercado que, cultivada pelo Estado, regula a política. Esse é o papel histórico de uma verificação concorrencial de mercado sob o governo neoliberal.

Como consequência da generalização da concorrência, a atuação do Estado deve estendê-la a territórios sociais por ela ainda não regulados. Quer dizer, o governo não é só o fiador da concorrência – garantindo uma ordem jurídico-econômica concorrencial – onde ela já se impõe como norma social. É seu papel, ainda, prorrogá-la, convertê-la em um dispositivo regulatório cada vez mais abrangente da vida de uma população. O exemplo paradigmático oferecido por Foucault a esse respeito remete à abordagem dada pelo ordoliberal Walter Eucken à política agrícola alemã e europeia em 1952. O texto de Eucken, segundo Foucault (2008a, p. 194), desponta como fundamento para a instituição do mercado comum agrícola europeu na década de 60 e indica que, no fundo, o sistema agrícola alemão nunca fora verdadeiramente integrado à economia de mercado. O problema, então, seria: como tornar o mercado o princípio regulador daquela política agrícola? Como impor uma lógica de mercado àquilo que não a tem?

A resposta de Eucken aponta para uma atuação estatal sobre a “moldura” (FOUCAULT, 2008a, p. 193) da agricultura alemã, o que significa uma intervenção sobre a população, sobre as técnicas, sobre a aprendizagem e a educação, sobre o regime jurídico das terras, sobre a disponibilidade dos solos e sobre o clima (FOUCAULT, 2008a, p. 193). Toda essa ampla modificação ambiental, que altera as variáveis com que os sujeitos econômicos se deparam em

um dado meio, deve pavimentar o caminho para um efetivo ambiente concorrencial de mercado, rompendo com a organização agrícola tradicional:

A ideia não era: dado o estado de coisas, como encontrar o sistema econômico capaz de levar em conta os dados básicos da própria agricultura europeia? Mas sim: dado que o processo de regulação econômico-político é e não pode ser senão o mercado, como modificar essas bases materiais, culturais, técnicas, jurídicas que estão dadas na Europa? Como modificar esses dados, como modificar essa moldura para que a economia de mercado intervenha? (...) afinal, tanto a intervenção governamental deve ser discreta no nível dos processos econômicos propriamente ditos, como, ao contrário, deve ser maciça quando se trata desse conjunto de dados técnicos, científicos, jurídicos, demográficos, digamos, grosso modo, sociais, que vão se tornar agora cada vez mais o objeto da intervenção governamental. (FOUCAULT, 2008a, pp. 193-194)

A política de moldura, como se pode notar, não tem absolutamente nada o que ver com um *Estado mínimo*. Ao contrário, ela conforma um verdadeiro intervencionismo social neoliberal, prorrogador de uma regulação concorrencial da vida, tendo como alvo biopolítico a população e o ambiente sicionatural no qual ela se move – e não o mercado propriamente. Diferentemente da política socialista ou keynesiana, não se desenvolve aí uma intervenção estatal a contrapelo da economia<sup>28</sup>, pois se trata precisamente de *concorrencializar* a sociedade através de uma *Gesellschaftspolitik*<sup>29</sup>, estendendo-se a lógica da concorrência para que ela possa emoldurar “cada ponto da espessura social”<sup>30</sup> sob o princípio regulador do mercado. A política social “verdadeira e fundamental” que resta, então, é o crescimento econômico (FOUCAULT, 2008a, p. 198) como resultado da competição e da inovação.

Uma última característica distintiva do neoliberalismo alemão, plenamente condizente com a *concorrencialização da vida*, é a generalização da forma *empresa*. Se o liberalismo havia

---

<sup>28</sup> Note-se como isso é congruente com um governo que atua *a favor* dos interesses e do desejo (velejando-os), e não *contra* eles – algo que foi tratado quando se falou do liberalismo clássico. Foucault (2008a, p. 199) aponta: “você veem que a intervenção governamental – e isso os neoliberais sempre disseram – não é menos densa, menos frequente, menos ativa, menos contínua do que num outro sistema. Mas o que é importante é ver qual é agora o ponto de aplicação dessas intervenções governamentais. O governo – nem é preciso dizer, já que estamos num regime liberal – não tem de intervir sobre os efeitos do mercado. Tampouco tem – e é isso que diferencia o neoliberalismo, digamos, das políticas de bem-estar e coisas assim, que se conheceu [dos anos 20 aos anos 60] – o neoliberalismo, o governo neoliberal não tem de corrigir os efeitos destruidores do mercado sobre a sociedade. Ele não tem de constituir, de certo modo, um contraponto ou um anteparo entre a sociedade e os processos econômicos. Ele tem de intervir sobre a própria sociedade em sua trama e em sua espessura. No fundo, ele tem de intervir nessa sociedade para que os mecanismos concorrenciais, a cada instante e em cada ponto da espessura social, possam ter o papel de reguladores – e é nisso que a sua intervenção vai possibilitar o que é seu objetivo: a constituição de um regulador de mercado geral da sociedade”.

<sup>29</sup> Trata-se da “política de sociedade” (*Gesellschaftspolitik*) que orientava os ordoliberais (FOUCAULT, 2008a, p. 200), sintetizada acima sob a forma da política de moldura.

<sup>30</sup> Nos termos de FOUCAULT (2008a, p. 199).

sido ancorado na troca e num homem consumidor, a nova programação governamental agora apoia-se na forma *empresa* como poder “enformador da sociedade” e num *homo oeconomicus empresário de si*, que é ligado, portanto, não mais tanto à troca como à produção (FOUCAULT, 2008a, p. 201). Para além de fortalecer um pequeno conjunto de grandes empresas, privadas ou estatais, o objetivo aqui é multiplicar as unidades empresariais que concorrem umas com as outras e, no fundo, conceber cada sujeito como uma dessas unidades: “é essa multiplicação da forma “empresa” no interior do corpo social que constitui, a meu ver, o escopo da política neoliberal. Trata-se de fazer do mercado, da concorrência e, por conseguinte, da empresa o que poderíamos chamar de poder enformador da sociedade” (FOUCAULT, 2008a, p. 203).

O neoliberalismo americano também partirá de um modo de subjetivação que toma o sujeito como um *homo oeconomicus empreendedor*, mas, segundo Foucault, aqui esfumaçam-se completamente as fronteiras da aplicação dessa grade de inteligibilidade. Isso porque há, no contexto estadunidense, uma tendência radical a estender o modelo da análise econômica – e, assim, o modelo do sujeito de interesse empresarial – para praticamente toda e qualquer conduta humana (DARDOT; LAVAL, 2016, p. 151). O objeto da economia, com isso, não seria mais a simples conduta desenvolvida pelo agente ou por um conjunto de agentes no mercado. Ele passa a abranger toda conduta humana racional, ou seja, toda conduta que envolva uma “escolha estratégica de meios, caminhos e de instrumentos” (FOUCAULT, 2008a, p. 366). Na sua versão mais extrema (nos termos do neoliberal americano Gary Becker), a análise econômica ultrapassa até mesmo essa linha, abarcando “toda conduta que responda de forma sistemática a modificações nas variáveis do meio” (FOUCAULT, 2008a, p. 368). Portanto, todo comportamento que não ignora a realidade (FOUCAULT, 2008a, p. 366) seria, em última instância, econômico.

Como saldo, a economia converte-se em uma verdadeira teoria da ação humana, como sugere o título do livro de L. Von Mises a que Foucault (2008a, p. 366) faz referência. É por essa via que ela poderá arguir para si a explicação do que antes seria um assunto não econômico – e tradicionalmente pertinente a outras disciplinas, como a demografia, a psicologia, a sociologia ou o direito –, funcionando como “princípio de decifração das relações sociais e dos comportamentos individuais” (FOUCAULT, 2008a, p. 334). Trata-se de uma “mutação epistemológica” (FOUCAULT, 2008a, p. 306), através da qual o economista passa a dirigir-se não mais somente às trocas, não mais somente à relação entre capital e trabalho, não mais somente às relações mercantis, mas à “programação estratégica da atividade dos indivíduos” (FOUCAULT, 2008a, p. 307). É evidente que, nesse sentido, chega-se a muito mais do que

uma teoria ou uma ideologia. O resultado desse processo é a reconfiguração da própria arte de governar.

Para demonstrar isso, Foucault recorre a dois exemplos paradigmáticos. Trata-se das abordagens neoliberais dadas à teoria do capital humano e à questão do crime. Quanto à primeira, o movimento essencial operado pelo neoliberalismo americano consistiu em especular de que maneira o trabalhador realiza seus próprios cálculos utilitários, maximiza seus interesses, investe em si e aloca seus recursos escassos de maneira a otimizá-los. Decisivo, para essa análise, é tomar o trabalhador como um “sujeito econômico ativo” (FOUCAULT, 2008a, p. 308) e “situar-se do ponto de vista de quem trabalha” (FOUCAULT, 2008a, p. 307) para decifrar sua conduta, tomando a figura do *homo oeconomicus empresário* enquanto grade de inteligibilidade do comportamento humano.

Sob esse ângulo, o trabalhador é um capital, cuja remuneração consiste num fluxo de renda – seus salários. Ele é “o conjunto de todos os fatores físicos e psicológicos que tornam uma pessoa capaz de ganhar este ou aquele salário” (FOUCAULT, 2008a, p. 308). Ele é uma “aptidão”, uma “competência”, uma “máquina” (FOUCAULT, 2008a, p. 307). Ele é, portanto, capital humano e um sujeito-empresa<sup>31</sup>, sendo a peculiaridade desse capital a sua indissociabilidade em relação ao indivíduo trabalhador.

A partir daí, então, abre-se um universo novo de problemas à análise econômica. Afinal, de que é composto esse capital humano e como ele é acumulado? Toda a vida do trabalhador, por essa fenda, pode ser introduzida na economia neoliberal. Em um primeiro plano, são economicizados os elementos biológico-hereditários. Há, então, um investimento necessário à produção de filhos com um material genético economicamente mais favorável (FOUCAULT, 2008a, p. 314) – tome-se em consideração as doenças geneticamente transmitidas, por exemplo. Por outro lado, e de modo mais relevante, há as características adquiridas, não genéticas, que constituem o capital humano. É aí que ganha destaque a educação, para além dos processos pedagógicos formais. O tempo que os pais despendem com os filhos; as horas que *investem*

---

<sup>31</sup> Para Foucault (2008a, p. 310), “não é uma concepção da força de trabalho, é uma concepção do capital-competência, que recebe, em função de variáveis diversas, certa renda que é um salário, uma renda-salário, de sorte que é o próprio trabalhador que aparece como uma espécie de empresa para si mesmo. Temos aqui, como vêm, levado ao extremo, esse elemento que já lhes assinaléi no neoliberalismo alemão e até certo ponto no neoliberalismo francês, a ideia de que a análise econômica deve encontrar como elemento de base dessas decifrações não tanto o indivíduo, não tanto processos ou mecanismos, mas empresas. Uma economia feita de unidades-empresas: é isso que é, ao mesmo tempo, o princípio de decifração ligado ao liberalismo e sua programação para a racionalização tanto de uma sociedade como de uma economia”.



para brincar com eles, estimulando-os intelectualmente e transmitindo-lhes a cultura; o afeto a eles dedicado, tudo isso cristaliza-se na forma de um capital humano mais ou menos elevado<sup>32</sup>.

Com isso, chega-se novamente a uma abordagem ambiental sob a governamentalidade. A formação e o tipo de formação do capital humano dependem essencialmente de variáveis e estímulos com as quais o sujeito se depara em um *meio*. Produz-se, portanto, “toda uma análise ambiental, como dizem os americanos, da vida da criança” (FOUCAULT, 2008a, p. 316). Não apenas a educação e o cuidado familiar compõem esse ambiente, mas a alimentação, os estímulos a seu desenvolvimento físico, os cuidados médicos e de saúde em geral, a mobilidade desse capital humano em formação etc. (FOUCAULT, 2008a, p. 316).

Como saldo, praticamente toda e qualquer conduta humana pode ser observada – por essa nova economia, entendida enquanto ciência do comportamento – como um empreendimento, como um conjunto de investimentos, como a busca pela autovalorização do capital humano (FOUCAULT, 2008a, p. 317) em um ambiente no qual se apresenta a oferta e a procura de recursos escassos.

O tratamento da criminalidade – segundo exemplo paradigmático – pelo neoliberalismo americano obedece aos mesmos mecanismos. Para os neoliberais, seria preciso pensar o criminoso como *homo oeconomicus investidor* do início ao fim, sem uma preocupação em dar-lhe contornos jurídicos, uma forma jurídica – como o haviam tentando Beccaria e Bentham<sup>33</sup>. De ponta a ponta, portanto, a análise do mercado do crime deve ser feita a partir do modelo investimento-custo-lucro.

Assim como ocorrera com o trabalhador, a análise econômica neoliberal exigirá que se *passse para o lado do sujeito* que comete, cometeu ou cogita cometer o crime. A nova tecnologia política requer, então, que o economista e que o governante *pense como um trabalhador, pense como um criminoso*, o que só é possível através da grade de inteligibilidade representada pela

---

<sup>32</sup> Conforme Foucault (2008a, p. 316), “tempo passado, cuidados proporcionados, o nível de cultura dos pais também – porque se sabe muito bem, justamente, que, para um mesmo tempo passado, pais cultos vão formar um capital humano, para a criança, muito mais elevado do que se não tiverem o mesmo nível de cultura –, o conjunto dos estímulos culturais recebidos por uma criança: tudo isso vai constituir os elementos capazes de formar um capital humano”.

<sup>33</sup> Segundo Foucault (2008a, p. 343), “esses neoliberais poderiam dizer o seguinte: que a culpa, o princípio do deslocamento no direito penal do século XVIII foi essa ideia de Beccaria e de Bentham, de que o cálculo utilitário podia tomar adequadamente forma no interior de uma estrutura jurídica. E, no fundo, esse foi de fato um dos móveis, ou um dos sonhos, de toda a crítica política e de todos os projetos do fim do século XVIII, em que a utilidade toma forma no direito e em que o direito se constrói inteiramente a partir de um cálculo de utilidade. A história do direito penal mostrou que essa adequação não podia ser feita. É preciso portanto manter o problema do *homo oeconomicus*, sem ter em vista traduzir imediatamente essa problemática nos termos e nas formas de uma estrutura jurídica”.

figura de um sujeito de interesse que calcula riscos e vantagens, custos e benefícios do seu comportamento-investimento.

Foucault (2008a, p. 344) demonstra como o próprio conceito de crime proposto pelo neoliberal americano Gary Becker pressupõe isso: trata-se de “toda ação que faz um indivíduo correr o risco de ser condenado a uma pena”. Para além de uma definição jurídico-legal que põe o crime como aquilo que é punido pela lei penal (FOUCAULT, 2008a, p. 344), o movimento consiste justamente em possibilitar o acesso teórico à conduta do sujeito, tornando possível afetar as variáveis de seu cálculo e reprogramar a ação humana<sup>34</sup>.

A consequência disso é o que Foucault (2008a, p. 345) nomeia como uma “supressão antropológica do criminoso”. Ou seja, o criminoso pode ser qualquer um, qualquer sujeito de interesse que tenha investido no crime para maximizar seus ganhos. Desse ponto de vista, ele é um *homo oeconomicus* como os demais e não guarda uma diferença essencial em relação aos que agem em conformidade com a legalidade. O criminoso-investidor é, no limite, apenas um empresário de si que aceita um “risco especial” (FOUCAULT, 2008a, p. 346) – o risco de sofrer a pena que marca o próprio conceito de crime, como visto acima.

O que resta ao sistema penal é, então, interferir na “oferta de crimes” (FOUCAULT, 2008a, p. 346). A punição, afirma Foucault a partir da leitura de Becker, é vista como o “meio utilizado para limitar as externalidades negativas de certos atos” (FOUCAULT, 2008a, p. 346). Desse ponto de vista, mais decisivo que a lei<sup>35</sup> é seu “enforço” (*enforcement*), quer dizer, aquilo que vai dar efetividade a intervenção político-penal. É, no limite, o conjunto de elementos concretos ou de medidas estatais com os quais o criminoso deverá deparar-se ao infringir o direito positivo, para além da abstração legal<sup>36</sup>.

---

<sup>34</sup> Ressalve-se que, com isso, não se deve concluir que as análises neoliberais assumam que o sujeito aja, sempre e invariavelmente, como um *homo oeconomicus*. O que essa forma de subjetivação representa, para o governo, é, antes, uma “grade” ou “rede de inteligibilidade” para a prática política, uma “superfície de contato entre o indivíduo e o poder” ou a “interface do governo e do indivíduo” (FOUCAULT, 2008a, pp. 345-346). O sujeito não age *sempre* como um homem econômico, mas é assim que ele pode ser considerado pelo Estado – e é assim que ele pode ser governado (FOUCAULT, 2008a, p. 345). Trata-se de uma espécie de redução conceitual, mas é através dela que o Estado reconhece e produz, constata e fabrica um sujeito que é, cada vez mais, um sujeito autointeressado.

<sup>35</sup> No manuscrito da aula de 21 de março de 1979, Foucault (2008a, pp. 355-356) havia anotado: “calcular seu enforço [da lei] – isto é, não se deve lastreá-la com outra coisa, mas com o que deve simplesmente lhe dar força. – [4ª página] mas dizendo-se claramente que esse enforço é, no fundo, o elemento principal, - porque a lei não existe sem ele, - porque a lei é elástica, - porque é possível calculá-lo”.

<sup>36</sup> De acordo com Foucault (2008a, p. 348), “o *enforcement of law* é o conjunto de instrumentos postos em prática para dar a esse ato de interdição, em que consiste a formulação da lei, realidade social, realidade política etc. Esses instrumentos de “enforço” da lei – perdoem-me o neologismo dessa transcrição – vão ser o quê? Pois bem, vão ser a quantidade de punição prevista para cada um dos crimes. Vão ser a importância, a atividade, o zelo, a competência do aparelho encarregado de detectar os crimes. Vão ser a importância, a qualidade do aparelho encarregado de acusar os criminosos e fornecer as provas efetivas de que cometeram o crime. Vão ser a maior ou menor rapidez dos juízes em julgar, a maior ou menor severidade dos juízes nas margens que lhes são dadas pela lei. Vão ser também a maior ou menor eficácia da punição, a maior ou menor invariabilidade da pena aplicada,

O enforço da lei, no entanto, tem seus limites, que podem ser definidos em duas direções. Em primeiro lugar, os efeitos do enforço sobre a oferta do crime variam de acordo com a taxa de criminalidade e com o tipo de conduta criminosa. Quer dizer, como a “oferta do crime não é indefinidamente e uniformemente elástica” (FOUCAULT, 2008a, p. 348), as medidas penais produzirão resultados limitados pela própria natureza da conduta cuja oferta buscam restringir. Em segundo lugar, o enforço envolve a alocação de recursos públicos sempre escassos, oriundos dos contribuintes. Os custos da tutela penal devem ser trazidos em conta para que se avalie em que medida vale a pena nela investir. No fundo, *não há sistema penal grátis* – é o que estão a dizer os neoliberais. Seria necessário submeter, então, a um teste permanente de eficiência o aparato judicial e policial, tendo em vista a maximização de resultados úteis com o mínimo de investimentos.

Consequentemente, a *utopia penal* de uma sociedade sem crime deve ser abandonada, pois a extinção da conduta criminosa implica num custo, com o enforço da lei, demasiadamente elevado. O que o governo pode oferecer é a regulação homeostática das taxas de criminalidade para situá-las num ponto ótimo, no qual não se investe em demasia com o enforço e se obtém, ao mesmo tempo, uma reprodução tolerável das infrações penais. O ponto ótimo é aquele, portanto, em que a relação entre custos e benefícios se encontra o mais equilibrada possível, considerando-se ainda que a custo da “demanda negativa” que o Estado impõe à mercadoria-crime “não deverá superar nunca o custo dessa criminalidade cuja oferta se quer limitar” (FOUCAULT, 2008a, p. 350).

Foucault (2008a, p. 352) tenta demonstrar como essa análise implicou em modificações da política penal aplicada ao mercado das drogas, a partir dos problemas de oferta e procura e da concorrência. Em linhas gerais, a partir da década de 1970, os neoliberais americanos propuseram uma reconfiguração do enforço da lei, no sentido de que os dependentes químicos pudessem ter um acesso menos custoso às drogas ilícitas, enquanto os consumidores não dependentes deveriam encontrar um preço alto para acessar o produto.

O resultado é que a atuação do Estado frente ao crime passa a apresentar-se, cada vez mais, como uma ação ambiental (FOUCAULT, 2008a, p. 354), ou seja, uma intervenção sobre o ambiente sicionatural que afeta as variáveis que compõem o cálculo de um *homo oeconomicus empresário de si*. Para os neoliberais, “por mais patológico” que se apresente um

---

que a administração penitenciária pode modificar, atenuar, eventualmente agravar. É todo esse conjunto de coisas que constitui o enforço da lei, tudo o que por conseguinte vai responder à oferta do crime como conduta, de que lhes falei, com o que se chama de demanda negativa. O enforço da lei é o conjunto de instrumentos de ação sobre o mercado do crime que opõe à oferta do crime uma demanda negativa”.

indivíduo, ele sempre será “até certo ponto, em certa medida, “*responsive*” a essas mudanças nos ganhos e perdas, ou seja, a ação penal deve ser uma ação sobre o jogo dos ganhos e perdas possíveis, isto é, uma ação ambiental” (FOUCAULT, 2008a, p. 354).

Embora Foucault (2008a, p. 354) destaque a diferença entre esse modelo e o sistema disciplinar, não se deve compreender a ação penal-ambiental neoliberal como algo que, simplesmente, diminui o aparato punitivo, da mesma maneira que não se deve identificar neoliberalismo e *Estado mínimo*. Insisto no ponto: a resposta depende do cálculo. Depende do cálculo de custos e benefícios feitos pelo governo, especialmente em relação ao *enforcement* que empreende; e depende da interação entre esse cálculo e o cálculo, simulado, do criminoso-investidor.

Não à toa, Foucault menciona a defesa da utilidade da pena capital por Isaac Ehrlich, economista americano ligado à Universidade do Estado de Nova York, autor do artigo *The deterrent effect of capital punishment: a question of life and death*. Nos julgados analisados nesta tese, aliás, trata-se de incrementar o enforço da lei (ou enforço da lei<sup>37</sup>), ao mesmo tempo em que há uma preocupação constante com o tempo e os recursos escassos de que dispõe a justiça. O objetivo, como se verá, é precisamente afetar ou reprogramar o cálculo provável de um sujeito de interesse, elevando o “risco especial” (de cumprir uma pena) a que ele se expõe através da elevação da efetividade e da eficiência da tutela penal.

Ou seja, não há que se falar, então, em *Estado mínimo* ou em *direito penal mínimo* sob o neoliberalismo. No julgamento do HC 126.292 (Capítulo 4), por exemplo, é a multiplicação de um dispositivo disciplinar (a prisão) e de um dispositivo soberano (a exceção) que viabiliza uma intervenção ambiental. O dispositivo de segurança neoliberal, ao operar, reorganiza as demais tecnologias de poder e as faz funcionar de nova forma, ao contrário de extingui-las. É esse problema da relação entre as diferentes tecnologias de poder que abordo no tópico a seguir.

Duas observações finais devem ser feitas neste tópico, antes de encerrá-lo. Em primeiro lugar, deve-se interrogar: qual o saldo a ser extraído do conjunto de proposições neoliberais, desde os Estados Unidos e desde a Alemanha? Deve ser apresentada, portanto, alguma síntese do que representou a renovação do liberalismo ao longo do século XX. Penso que, para isso, deve-se pensar a questão em termos de repertório. Ou seja, mais do que designar o que há de comum e o que há de diverso entre os neoliberalismos, é preciso pensar como, articulados, eles renovam o arsenal de técnicas de poder de que dispõe a governamentalidade.

---

<sup>37</sup> Ver capítulo 2 e a abordagem do conceito de força-de-lei a partir de Agamben.

É nessa condição – enquanto reprogramação do repertório da governamentalidade – que é possível ver o neoliberalismo como um imperativo de (1) generalização (1.1) da veridificação concorrencial de mercado, (1.2) da empresa como poder enformador da sociedade, (1.3) do *homo oeconomicus empresário de si* e (1.4) da racionalidade econômica a todos os campos da vida, o que se pode realizar através de (2) um intervencionismo social neoliberal que, enquanto ação ambiental, toma o mercado como regulador social geral.

Um último ponto deve ser destacado como uma consequência de toda essa reconfiguração da tecnologia do poder. É que essa nova racionalidade política, essa *racionalidade política neogovernamental*, dispõe-se a compor uma “crítica política permanente da ação política e da ação governamental” (FOUCAULT, 2008a, p. 339). O Estado, portanto, está permanente acossado pelos testes de eficiência e de *custo x benefício* a que são submetidas suas ações. A governamentalidade neoliberal resulta, nesse sentido, em uma vigilância incansável da política, sempre questionando se se está investindo demais, se se está intervindo demais, se se está investindo da maneira mais eficiente, se se está agindo de menos etc. O neoliberalismo nunca descansa, nunca dá trégua, nunca para de constranger o poder a cumprir com a maximização da riqueza social e com a *eficientização* do Estado e da sociedade.

Trata-se de filtrar toda a ação do poder público em termos de jogo de oferta e procura, em termos de eficácia quando aos dados desse jogo, em termos de custo implicado por essa intervenção do poder público no campo do mercado. Trata-se em suma de constituir, em relação à governamentalidade efetivamente exercida, uma crítica que não seja uma crítica simplesmente política, que não seja uma crítica simplesmente jurídica. É uma crítica mercantil, o cinismo de uma crítica mercantil oposta à ação do poder público. (...) Logo, criticar, na forma do que poderíamos chamar de um “positivismo econômico”, criticar permanentemente a política governamental. (FOUCAULT, 2008a, p. 338)

Para Foucault, o que se forma, assim, é uma “espécie de tribunal econômico permanente em face do governo”<sup>38</sup>. Não é difícil que isso, ao atingir a *performance* do Estado, alcance igualmente o direito positivo, enquanto decisão político-legislativa, e remodele a relação entre jurisdição e legislação. Afinal, o que ocorre quando a Constituição é submetida a esse “tribunal econômico permanente”? Ou melhor, como se verá nos casos adiante: o que ocorre quando um tribunal constitucional, incorporando a razão de governo, converte-se ele mesmo em um

---

<sup>38</sup> Ele completa, afirmando que “enquanto o século XIX havia procurado estabelecer, em face e contra a exorbitância da ação governamental, uma espécie de jurisdição administrativa que permitisse aferir a ação do poder público em termos de direito, temos aqui uma espécie de tribunal econômico que pretende aferir a ação do governo em termos estritamente de economia e de mercado” (FOUCAULT, 2008a, p. 339)

guardião governamental frente ao Estado e à legalidade? E aí que se pode conformar toda uma nova morfologia do discurso judicial, a partir do fortalecimento jurisdicional de uma razão jurídico-governamental.

#### 1.4 SOBERANIA, DISCIPLINA, GOVERNO: SOBRE AS CORRELAÇÕES DAS TECNOLOGIAS DE PODER EM FOUCAULT E A GOVERNAMENTALIZAÇÃO DA JUSTIÇA

Uma primeira leitura de Foucault, principalmente nas últimas passagens a que se fez referência, pode sugerir que a governamentalidade interdita ou até elimina a soberania (na medida em que a “destituiria”). Ou seja, a primeira impressão pode conduzir a uma noção puramente negativa dessa relação. No entanto, para Foucault, não se trata de supressão ou substituição, mas de uma correlação entre tecnologias de poder. Nesse sentido, pode-se falar apenas em *predominância de uma tecnologia sobre as demais*, ao mesmo tempo em que a noção de *substituição* vale apenas para uma *substituição de uma tecnologia dominante por outra tecnologia dominante*.

Com isso, na correlação entre a governamentalidade e a soberania, esta última não se apaga, mas se produz um tipo novo de soberania, governamentalizada. É necessário, portanto, sublinhar o aspecto positivo/produtivo do processo. O governo produz um tipo novo de soberania e aciona os dispositivos da soberania (e disciplinares) estrategicamente. Não à toa, Foucault afirma que o problema do seu tempo não é tanto a estatização da sociedade, mas a “governamentalização do Estado” e da soberania, sendo esse processo aquilo que tem permitido a própria reprodução do aparelho estatal (FOUCAULT, 2008b, pp. 144-145).

Uma das primeiras elaborações de Foucault sobre a biopolítica (na aula de 17 de março de 1976) se dá justamente no ponto de cruzamento entre biopoder e soberania. A raiz da incompreensão recorrente acerca do pensamento de Foucault neste aspecto (*substituição x correlação* das tecnologias de poder) parece residir na recusa do autor em tomar a soberania como centro das investigações sobre o poder. Essa recusa, no entanto, carrega um caráter essencialmente metodológico. Foucault não está, através dela, ignorando o poder soberano enquanto tal como tecnologia de poder, mas, sim, afirmando que não investigará o poder *a partir* desse universal, a soberania, e dos seus dois componentes nucleares: obrigação legal de obediência e direitos legítimos de soberania. A dimensão metodológica da crítica foucaultiana, incluindo-se o modo alternativo de investigar o poder e o direito, é sublinhada na seguinte passagem de *Soberania e Disciplina*:

Nos últimos anos, o meu projeto geral consistiu, no fundo, em inverter a direção da análise do discurso do direito a partir da Idade Média. Procurei fazer o inverso: fazer sobressair o fato da dominação no seu íntimo e em sua brutalidade e a partir daí mostrar não só como o direito é, de modo geral, o instrumento dessa dominação – o que é consenso – mas também como, até que ponto e sob que forma o direito (e quando digo direito não penso simplesmente na lei, mas no conjunto de aparelhos, instituições e regulamentos que aplicam o direito) põe em prática, veicula relações que não são relações de soberania e sim de dominação. Por dominação eu não entendo o fato de uma dominação global de um sobre os outros, ou de um grupo sobre outro, mas as múltiplas formas de dominação que podem se exercer na sociedade. Portanto, não o rei em sua posição central, mas os súditos em suas relações recíprocas: não a soberania em seu edifício único, mas as múltiplas sujeições que existem e funcionam no interior do corpo social. (FOUCAULT, 1979, p. 181)

O que é criticado, portanto, é um modelo de investigação que se centra no direito e não no poder como relação social. Isso não deve ser confundido, portanto, com uma defesa, da parte do autor, de uma tese de desaparecimento/substituição da forma soberana como tecnologia política. Apesar da radicalidade com que critica a centralidade da soberania nas investigações tradicionais sobre o poder – chegando a afirmar cabalmente que “para realizar a análise concreta das relações de poder, deve-se abandonar o modelo jurídico da soberania” (FOUCAULT, 1999, p. 319) – Foucault deixa muito claro em diversas passagens que o governo das populações e seus dispositivos de segurança não substituem as demais tecnologias políticas.

Há dois momentos em que essa ideia parece apresentar-se da forma mais rica. A primeira se encontra em *Segurança, território, população*. Foucault, após demonstrar as várias formas de combinação entre soberania, disciplina e dispositivos de segurança através de exemplos relacionados à questão penal, propõe a seguinte síntese:

Portanto, vocês não tem uma série na qual elementos vão se suceder, os que aparecem fazendo seus predecessores desaparecerem. Não há a era do legal, a era do disciplinar, a era da segurança. Vocês não têm mecanismos de segurança que tomam o lugar dos mecanismos disciplinares, os quais teriam tomado o lugar dos mecanismos jurídico-legais. Na verdade, vocês tem uma série de edifícios complexos nos quais o que vai mudar, claro, são as próprias técnicas que vão se aperfeiçoar ou, em todo caso, se complicar, mas o que vai mudar, principalmente, é a dominante ou, mais exatamente, o sistema de correlação entre os mecanismos jurídico-legais e os mecanismos disciplinares e os mecanismos de segurança. Em outras palavras, vocês vão ter uma história que vai ser uma história das técnicas propriamente ditas. (FOUCAULT, 2008b, p. 12)

Portanto, ao invés de um sistema de sucessão, emerge um “sistema de correlação entre os mecanismos”, que sugere uma certa forma de organizá-los estrategicamente. Para além dos exemplos que Foucault expõe, o mais adequado é considerar que essas três tecnologias possam

gerar incontáveis arranjos concretos, que só podem ser devidamente compreendidos diante de investigações dirigidas a objetos mais específicos. As formas de combinação entre essas tecnologias, portanto, são impossíveis de serem esgotadas sob um ponto de vista abstrato. Foucault chega a afirmar ainda que pode ser instalada uma “tecnologia de segurança, por exemplo, que leva em conta e faz funcionar no interior da sua tática própria elementos jurídicos, elementos disciplinares, às vezes até mesmo multiplicando-os” (cf. FOUCAULT, 2008b, p. 12, com grifo nosso).

Numa outra passagem, Foucault falará numa triangulação entre essas tecnologias, ao mesmo tempo em que recusa novamente qualquer teoria da sucessão histórica entre essas formas sociais:

Logo, a soberania não é de forma alguma eliminada pelo surgimento de uma nova arte de governar, uma arte de governar que agora transpôs o limiar de uma ciência política. **O problema da soberania não é eliminado; ao contrário, é tornado mais agudo do que nunca.** Quanto à disciplina, ela também não é eliminada. Claro, a organização, implantação, instituições dentro das quais ela havia florescido no século XVII e no início do século XVIII (as escolas, as fábricas, os exércitos), tudo isso fazia corpo [com] e só se compreende pelo desenvolvimento das grandes monarquias administrativas, mas, nunca, tampouco, a disciplina foi mais importante e mais valorizada do que a partir do momento em que se procurava administrar a população. (...) De sorte que as coisas não devem de forma nenhuma ser compreendidas como a substituição de uma sociedade de soberania por uma sociedade de disciplina, e mais tarde de uma sociedade de disciplina, por uma sociedade, digamos, de governo. **Temos de fato um triângulo – soberania, disciplina e gestão –, uma gestão governamental cujo alvo principal é a população e cujos mecanismos essenciais são os dispositivos de segurança.** (FOUCAULT, 2008b, pp. 142 e 143, com grifo nosso).

Trata-se, então, da predominância do governo sobre a soberania e a disciplina, acrescentando mecanismos, ressignificando – e até multiplicando – os dispositivos ligados às



formas soberana e disciplinar, tornando “mais agudo do que nunca” o problema da soberania. Essa é a complexidade do quadro das tecnologias de poder que Foucault busca apresentar<sup>3940</sup>.

Nesse sentido e desdobrando Foucault, acredito ser possível explorar a hipótese segundo a qual, na medida em que o Estado e a própria soberania se governamentalizam, a justiça também é governamentalizada. É disso que se tratará nos capítulos 4, 5 e 6, nos quais os casos serão analisados. Penso que, através deles, mesmo que de maneira não uniforme, será possível encontrar um discurso jurídico que, partindo dos fenômenos de população (especialmente sob a forma estatística), busca generalizar a concorrência e a forma empresa, através de um intervencionismo jurisdicional ambiental que tem em vista não um *homo juridicus*, mas um sujeito concebido sob a forma de um *homo oeconomicus*

A governamentalização do direito, dessa forma, não diz respeito apenas ao conteúdo das leis. É verdade que, sob uma soberania governamentalizada, o conteúdo jurídico cada vez mais se insere numa estratégia biopolítica. Mas essas mudanças talvez sejam as menos importantes, embora comumente sejam as mais facilmente perceptíveis. É a alteração da própria

---

<sup>39</sup> Em *O Reino e a Glória*, buscando ligar-se à genealogia do governo, Agamben também afirma a presença, em Foucault, da percepção de que as tecnologias de poder (soberania, disciplina, governo) correlacionam-se, e não se substituem umas às outras historicamente, fazendo referência à última aula dos cursos de 1975-1976. O autor expõe, sob diversas formas, como a divisão entre reino e governo, soberania e governamentalidade, produz o que chama de “caráter bipolar da máquina governamental”. Afirma que “o curso de Michel Foucault no Collège de France em 1977-1978, intitulado “*Segurança, território, população*”, é dedicado a uma genealogia da “governamentalidade” moderna. Foucault inicia distinguindo, na história das relações de poder, três diferentes modalidades: o sistema legal, que corresponde ao modelo institucional do Estado territorial de soberania e se define por um código normativo que opõe o que é permitido ao que é proibido e, consequentemente, estabelece um sistema de penas; os mecanismos disciplinares, que correspondem às modernas sociedades de disciplina e, ao lado da lei, põem em ação uma série de técnicas policiais, médicas e penitenciárias a fim de ordenar, corrigir e modular os corpos dos súditos; e, por fim, os dispositivos de segurança, que correspondem ao estado de população contemporâneo e à nova prática que o define, que ele denomina “governo dos homens”. Foucault tem o cuidado de precisar que essas três modalidades não se sucedem cronologicamente nem se excluem reciprocamente, mas convivem, articulam-se entre si, de tal maneira, porém, que uma delas constitui a cada momento a tecnologia política dominante” (AGAMBEN, 2011, p. 74). É assim que, para Agamben, “[Foucault] se aproximou aqui, na máxima medida possível para ele, da intuição do caráter bipolar da máquina governamental, embora a escolha metodológica de não fazer a análise dos universais jurídicos não lhe permita articulá-la plenamente” (AGAMBEN, 2011, p. 176). Não me parece que a questão deveria ser posta nesses termos, na medida em que Foucault, como já visto, faz uma escolha metodológica de não partir dos universais jurídicos. Isso não se confundiria com “não fazer a análise” desses universais, mas consistiria na opção de “em vez de partir dos universais como grade de inteligibilidade para um certo número de práticas concretas, (...) partir dessas práticas concretas e, de certo modo, passar os universais pela grade dessas práticas” (FOUCAULT, 2008a, p. 05). Trata-se de uma afirmação antimetafísica por Foucault, no sentido de que é a partir da prática social que deve emergir a investigação e a própria compreensão dos conceitos. Embora, então, não pareçam adequados os termos da crítica de Agamben a Foucault, é relevante o desdobramento que o autor dá à articulação entre as tecnologias de poder: o caráter bipolar da máquina governamental consistiria na articulação/indistinção entre Reino (soberania) e Governo (governamentalidade). Embora antinômicos, conformam uma unidade que precisa ser constantemente renovada, sendo essa tensão mesma que movimenta a máquina política.

<sup>40</sup> Judith Butler também corrobora com a tese da correlação entre as tecnologias de poder, afirmando que “Although Foucault makes what he calls an analytic distinction between sovereign power and governmentality, suggesting at various moments that governmentality is a later form of power, he also holds open the possibility that these two forms of power can and do coexist in various ways, especially in relation to that form of power he called “discipline” (BUTLER, 2004, pp. 53-54)

razão jurídica que entra em jogo, com uma nova morfologia do discurso jurídico que passa a se delinear. Através do recurso a elementos externos – governamentais – ao direito e da sua sobreposição aos elementos internos, as próprias noções do que é interno e do que é externo tendem a tornar-se indiferentes, compondo-se uma racionalidade jurídico-governamental. Foucault, ao falar da governamentalização do Estado, parece ter percebido a realização desse mesmo processo:

E é possível que, se o Estado existe tal como ele existe agora, seja precisamente graças a essa governamentalidade que é ao mesmo tempo **exterior e interior ao Estado**, já que são as táticas de governo que a cada instante permitem definir o que deve ser do âmbito do Estado e o que não deve, o que é público e o que é privado, o que é estatal e o que é não-estatal. Portanto, se quiserem, o Estado em sua sobrevivência e o Estado em seus limites só devem ser compreendidos a partir das táticas gerais da governamentalidade. (FOUCAULT, 2008b, pp. 144-145, com grifo nosso)

Acrescente-se: são as táticas de governo que permitem dizer o que é interno ou externo ao direito, o que é ou não é um elemento jurídico<sup>41</sup>, mesmo quando se fala na instituição que deveria, por excelência, aplicar o direito positivo: o Poder Judiciário. Ao tratar da governamentalidade, Foucault chegou a abordar tangencialmente o problema da justiça. Pode-se dizer que o autor – embora deixando apenas algumas pequenas pistas – avistou uma reconfiguração da jurisdição sob o liberalismo e o neoliberalismo. Há uma passagem em *Nascimento da biopolítica* que merece especial atenção nesse sentido.

Ao lecionar sobre a governamentalidade neoliberal, Foucault aponta que, com a concorrencialização da sociedade e a generalização da forma da empresa, há uma tendência a multiplicação das instituições judiciárias e da ampliação de seu poder para além da aplicação da lei:

(...) o que poderíamos chamar de **crescimento da demanda judiciária, porque de fato essa ideia de um direito cuja forma geral fosse a de uma regra de jogo** que o poder público imporia aos jogadores – mas apenas imporia aos jogadores, que permaneceriam senhores de seu jogo – implica, é claro, uma **revalorização do jurídico, mas também uma revalorização do judiciário**. Digamos ainda que, **no século XVIII**, vocês sabem que **um dos problemas do liberalismo havia sido fortalecer ao máximo um quadro jurídico na forma de um sistema geral de leis que se impõem da mesma maneira a todos**. Mas, com isso, essa ideia do primado da lei que havia sido tão importante no pensamento do século XVIII **implicava uma redução**

<sup>41</sup> Através dessa trajetória teórica e da abordagem da oposição interno-externo no direito, ganha relevância o conceito de estado de exceção (ver Capítulo 2), que terá importante papel explicativo perante os casos a serem analisados adiante.

**considerável do judiciário ou do jurisprudencial, na medida em que, em princípio, a instituição judiciária não podia fazer nada mais que pura e simplesmente aplicar a lei. Agora, ao contrário, se é verdade que a lei não deve ser nada mais que regra de jogo para um jogo em que cada um tem o mando na parte que lhe toca, nesse momento o judiciário, em vez de ser reduzido à simples função da aplicação da lei, vai adquirir nova autonomia e nova importância. (...) tudo isso vai exigir um intervencionismo, um intervencionismo judiciário, que deverá ser praticado como arbitragem no âmbito das regras do jogo.** Multipliquem as empresas, e multiplicando os atritos, os efeitos de ambiente, e, por conseguinte, à medida que vocês libertarem os sujeitos econômicos e deixarem que eles joguem seu jogo, quanto mais os libertarem, mais, ao mesmo tempo, **vocês os destacarão do estatuto de funcionários virtuais a que um plano os prendia e mais multiplicarão necessariamente os juizes.** Menos funcionários, ou antes, desfuncionalização dessa ação econômica que os planos traziam consigo, multiplicação da dinâmica das empresas e, com isso, **necessidade de instâncias judiciárias ou, em todo caso, de instâncias de arbitragem cada vez mais numerosas.** Problema de saber – mas essa é uma questão de organização – se essas arbitragens deverão se inscrever efetivamente no interior de instituições judiciárias preexistentes ou, ao contrário, se será necessário criar outras (...) Em todo caso, gostaria (...) de citar simplesmente para vocês este texto de Röpke, que dizia: "Convém agora fazer dos tribunais, muito mais que no passado, órgãos da economia e confiar à sua decisão missões que até agora eram confiadas às autoridades administrativas". Em suma, **quanto mais a lei se toma formal, mais a intervenção judiciária se toma numerosa. E, à medida que as intervenções governamentais do poder público se formalizam mais, à medida que a intervenção administrativa recua, nessa mesma medida a justiça tende a se tornar, e deve se tornar, um serviço público onipresente**". (FOUCAULT, 2008a, pp. 240-241, grifo nosso)

Há quatro elementos essenciais nessa passagem. Comento cada um deles. Em primeiro lugar, Foucault destaca a tendência de multiplicação dos conflitos entre as unidades sociais na forma de empresa, o que demanda um amplo aparato judicial capaz de dirimi-los, a partir das regras do jogo de uma ordem econômica concorrencial. Aqui, o que ele faz é reconhecer a forte tendência a uma judicialização de todas as relações sociais em um mundo neoliberal.

Em segundo lugar, Foucault sinaliza perceber que a função jurisdicional tenderá a ganhar importância e, assim, a funcionar como um poder que se estenderá para além da aplicação da lei, em contraponto ao projeto do século XVIII, voltado a conformar um sistema legal genérico que mereceria aplicação incondicional. Isso se liga à afirmação do autor sobre o desenvolvimento de um "intervencionismo judiciário". É verdade que Foucault deixa um amplo espaço aberto com essa proposição, mas a ideia de um *intervencionismo jurisdicional extralegal* (e, como se verá através dos casos, *contra a lei*, pela exceção) é uma intuição relevante.

Foucault destaca, em terceiro lugar, que não é certa a maneira como essa arbitragem dos conflitos será realizada, se por meios estatais ou não – e é sabido que, em diversos países, a

arbitragem entre empresas ou entre empresas e trabalhadores é realizada também por profissionais do direito que não estão vinculados ao Estado, mas que atuam como árbitros mediante pagamento. Trata-se de uma espécie de privatização do direito, através da qual se desloca a jurisdição do órgão judiciário estatal ao ambiente privado, em busca da maximização da eficiência na resolução de conflitos.

Em quarto lugar, deve-se dar destaque à citação que Foucault faz a Wilhelm Röpke, economista ordoliberal. De fato, Röpke, em sua obra intitulada *A crise de nosso tempo*, mostra grande confiança nos juízes, exatamente na passagem em que se pergunta sobre quem devem ser as lideranças de um novo projeto liberal<sup>42</sup> (cf. RÖPKE, 1950, pp. 191 e ss). Embora termine por afirmar que não é interessante apelar a nenhum grupo social específico, sua sugestão de que o governo deveria caber a um pequeno número de civis, qualificados e orientados por um forte senso de ética profissional, seguida dos elogios ao Poder Judiciário que pairam sobre seu argumento, merece atenção. O tópico – “pré-requisitos morais e políticos” (RÖPKE, 1950, p. 191) – no qual Röpke comenta sobre quem deve governar é, aliás, aberto com uma indagação que permeia o exercício da função das supremas cortes: “Are we not perhaps committing the frequent mistake of turning the state into an ideal which does not correspond to sober reality? *Quis custodiet ipsos custodes? Who is to guard the guardians?*”.

No trecho citado por Foucault, Röpke lança a sugestão de um novo papel para a justiça, um papel atribuído, até então, a agências administrativas. A questão seria transformar os

---

<sup>42</sup> Lançamos a seguinte citação nesta nota para que o leitor compreenda melhor o que Röpke quer dizer: “the means to be employed for this end require careful and expert investigation which we do not feel competent to make here. But this much is certain, if the authority of the state is to be strengthened it is absolutely necessary that it should be headed by a qualified civil service small in numbers but equipped with the highest standard of professional ethics and a pronounced esprit de corps. At this point, too, the difficult questions of political constitutions, administration and party rules should be discussed. It must always be remembered that nowhere in the political sphere is the authority of the state expressed as directly as in the administration of justice. Nowhere else are integrity and impartiality of the civil service usually of such a high quality as among judges. And, therefore, confidence is nowhere as great as here, nor the readiness to accept the decision made as final. And lastly, We find nowhere else such reluctance to influence decisions illegitimately. Indeed, the law courts of a country are the last citadel of the authority of the state and of trust in the state, and no state is completely lost where this citadel is still intact., This leads us to urge more insistently than has ever been done before that the law courts should be made organs of national economic policy and that they should be given jurisdiction over matters which up to now have been left to the administrative agencies. How such a judicially directed economic policy is likely to work in practice can best be learned from the example of the American anti-trust legislation (since the Sherman Act of 2nd July, 1890) according to which the highest courts of the land decide in civil or criminal proceedings whether an act of a monopolistic nature, prohibited by the law and listed as an offense, has been committed. Such an economic policy presupposes, of course, that the law schools afford more opportunities to future judges to acquire a knowledge of the principles of our economic order than has so far been the case—to the great disadvantage, alas, of the highly important commercial law practice. But where shall we find the people who desire this kind of state? To which group should we turn in order to form a vanguard for carrying out our program? We have asked this question already in the introduction of this book and replied to it there: we do not appeal to any single group and its special interests at all, because it seems to us to have been the great mistake of the past to appeal to the “interest” of people, rather than to what is common to them all, i.e., reason and an elementary sense of decency, justice, order, community spirit, chivalry and a conciliatory disposition” (RÖPKE, 1950, pp. 193-194).

tribunais em órgãos de política econômica nacional (cf. RÖPKE, p. 193). No entanto, Röpke não desdobrará nada disso em detalhes – argumenta que, para tratar da questão acerca de quem deve governar, precisaria de um livro inteiro (RÖPKE, 1950, p. 193). Foucault, por sua vez, também não desenvolve o tratamento do tema, não dá desdobramentos profundos a essas intuições.

A presente tese, como se pode notar, busca dar seguimento a esse ponto lançado por Foucault, transformando-o em uma linha de investigação, ramificando-o e concretizando-o a partir da análise de decisões judiciais. Nesse sentido, é preciso fazer um balanço das intuições foucaultianas. Primeiro, deve-se observar que a transformação da justiça não consiste apenas em uma multiplicação das instituições judiciárias, tampouco apenas em uma nova função sua, para além da simples aplicação da lei – muito embora esses fenômenos, observados por Foucault sejam verdadeiros. Nem se trata apenas de regular os conflitos entre sujeitos-empresa que se multiplicam. Como governo, o intervencionismo social promovido pelo Poder Judiciário está buscando não apenas dissolver, a partir das regras do jogo, os litígios que a ele são apresentados, mas estender, pelo emolduramento, a forma concorrencial às mais diversas esferas da vida social. Quer dizer, também para o Judiciário, não se trata apenas de aplicar as regras da concorrência onde já estão estabelecidas, mas de *concorrencializar* a sociedade através de uma juridicidade tangencial à lei. Nesse sentido, a aplicação do direito torna-se um instrumento governamental para *mercadificar* a sociedade.

Além disso, parece-me insuficiente a abordagem de Foucault sobre o *Rechtsstaat* e o *Rule of Law* (ver FOUCAULT, 2008a, p. 245) como modelos político-jurídicos sobre os quais se apoiaria o neoliberalismo e seu intervencionismo jurídico (tão somente regulatório) na economia. É fundamental perceber que a arquitetura do Estado de Direito convive com o excepcionamento constante de suas regras e que o convívio entre regra e exceção marca a juridicidade sob o paradigma governamental, assim como marca um intervencionismo social via Judiciário. Foucault parece dar-se conta disso ao falar de uma função judiciária que se multiplica, ganha importância e autonomia e que iria além da pura aplicação da lei<sup>43</sup>. No

---

<sup>43</sup> Da mesma maneira, seus comentários sobre um poder pastoral, como protótipo do poder governamental, que atuaria de modo tangencial à lei, funcionam como um contrapeso importante (FOUCAULT, 2008b, p. 242). Nessa mesma direção, Foucault sublinha que “enquanto a finalidade da soberania está em si mesma e enquanto ela tira seus instrumentos de si mesma sob a forma da lei, a finalidade do governo está nas coisas que ele dirige; ela deve ser buscada na perfeição, na maximização ou na intensificação dos processos que ele dirige, e os instrumentos do governo, em vez de serem leis, vão ser diversas táticas. Regressão, por conseguinte, da lei; ou antes, na perspectiva do que deve ser o governo, a lei não é certamente o instrumento maior. Aqui também voltamos a encontrar o tema que circulou durante todo o século XVIII em todos os textos dos economistas e fisiocratas, quando eles explicam que não é certamente pela lei que se pode efetivamente alcançar as finalidades do governo” (FOUCAULT, 2008b, p. 132). É com base nessas passagens que falarei, em alguns trechos desta tese, numa relação tangencial entre

entanto, tais ideias embrionárias não foram suficientemente desenvolvidas. Há, certamente um teor de previsibilidade e segurança jurídica que se pode dizer que é indispensável ao funcionamento de uma economia de mercado. E, neste ambiente (o mercado), o Estado não deve efetivamente intervir, sob o neoliberalismo – apenas regulá-lo. Mas do outro lado, ou seja, do lado do intervencionismo social neoliberal como política de moldura (*Gesellschaftspolitik*), que Foucault reconheceu como algo bastante abrangente (e que, no meu argumento, inclui o próprio intervencionismo judiciário), a aplicação da regra pode ser muito mais facilmente dispensada.

Ou seja, do lado do intervencionismo social, a exceção soberano-governamental (ver Capítulo 2) será mais frequente, constituindo num dispositivo essencial à atuação do governo, inclusive através da própria jurisdição. Como os casos demonstrarão, é plenamente possível que uma justiça governamentalizada busque estender o princípio regulador do mercado através de uma intervenção ambiental, tomando como seu objeto não um sujeito de direito, mas um *homo oeconomicus empresário de si* que responde a riscos e incentivos. O resultado é uma redefinição, ou melhor, uma permanente redefinição que redundará em indeterminação da morfologia do discurso jurídico. Através de uma razão jurídico-governamental, obtém-se um *direito polimórfico*, dotado da plasticidade necessária às diferentes táticas e aos diferentes cálculos de governo.

---

governamentalidade e lei ou, de outra forma, numa relação tática e instrumental que o governo estabelece com a legalidade.

## 2 O PARADOXO TOPOLÓGICO DA SOBERANIA E O ESTADO DE EXCEÇÃO COMO ZONA DE INDISTINÇÃO ENTRE DIREITO E FATO

No presente capítulo, busco tratar, em termos de referencial teórico, do que gostaria de chamar de uma “teoria crítica do estado de exceção”. Enquanto método de exposição, ou seja, como modo de organizar este trabalho, abordo aqui, além de questões gerais necessárias ao esclarecimento do conceito de estado de exceção, elementos teóricos específicos que se ligam de modo mais imediato aos casos que serão analisados, em especial no que diz respeito à relação entre estado de exceção e aplicação judicial do direito.

No ponto 2.1, abaixo, abro a discussão a partir da maneira como Carl Schmitt desenvolveu o conceito de estado de exceção. Faço a observação de que, ao fazer, ao longo de todo este capítulo, alusão aos casos concretos que serão objeto da pesquisa, as referências dirigem-se aos dois principais julgados a serem analisados – o HC 126.292 e a Q.O. na A.P. 937 (Capítulos 4 e 5). Em relação aos demais casos, eles podem conter particularidades às quais nem toda afirmação aqui lançada será cabível.

### 2.1 *DENTRO E FORA DO ORDENAMENTO: NORMA, DECISÃO E CONDIÇÕES DE VIDA SOB A EXCEÇÃO SOBERANA*

Este tópico se propõe a apresentar a composição de cinco argumentos ligados ao conceito de estado de exceção que serão relevantes para o argumento geral da tese: 1) a exceção soberana pressupõe a relação conceitual entre regra jurídica, decisão e as “condições de vida” às quais a norma será ou não aplicada; 2) a exceção soberana parte da premissa de que as regras jurídicas dirigem-se tão somente a situações caracterizadas por uma normalidade fática, ou seja, àquelas em que as condições de vida apresentem configuração normal; 3) através da exceção, a decisão pode superar a lei sempre que estiverem ausentes as condições de vida normais, exigidas para sua aplicação; 4) a emergência, ou seja, a situação anormal diante da qual o poder soberano proclama a ausência de condições de aplicação da norma, é sempre objeto de uma produção político-discursiva. Assim, o conjunto dos principais conceitos utilizados nesta passagem incluirá: exceção soberana; regra jurídica; condições de vida; separação conceitual entre regra e decisão; emergência. Num esforço para condensar a ideia central deste tópico, diria que *na medida em que a regra jurídica requer que as condições de vida a que se aplica apresentem uma configuração normal, a exceção soberana, produzindo político-*

*discursivamente a emergência, deve operar através de uma decisão que se separa conceitualmente da regra, reestabelecendo as condições necessárias à aplicação da lei.*

Para sustentar teoricamente esses argumentos ligados ao modo de funcionamento da exceção, tomo como ponto de partida o texto de Carl Schmitt sobre o conceito de soberania, contido em sua *Teologia Política (Politische Theologie – 1922)*, sem que isso implique na ausência de interface das questões levantadas com outras obras do autor – sobretudo, num primeiro momento, com a obra *A Ditadura (Die Diktatur – 1921)* e, num segundo momento, com as obras *Estado, movimento, povo (Staat, Bewegung, Volk – 1933)* e *Sobre os três modos de pensar a ciência jurídica (Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens – 1934)*. O recorte em torno da *Teologia Política* se justifica pelo fato de que foi esse fragmento da obra schmittiana que explorou com centralidade o que se tratará adiante como o paradoxo topológico da soberania – ponto de partida para a crítica de Giorgio Agamben. Aliás, de maneira geral, os pontos tratados neste tópico serão recuperados e desenvolvidos no tópico 2.3, ao se tratar da abordagem agambeniana do conceito de estado de exceção. Além disso, se a interpretação de Agamben estiver correta, a *Politische Theologie*, de 1922, representa, em relação à obra *A Ditadura*, de 1921, um esforço ulterior de justificação do estado de exceção em Schmitt, no qual o autor, contrapondo-se a Walter Benjamin, abandona a distinção entre poder constituinte e constituído e apoia seu argumento já sobre o conceito de *decisão (Entscheidung)*<sup>44</sup>. Sem dúvida, é na *Teologia Política* que Schmitt extrai as mais importantes consequências de sua teoria da soberania.

Pelas razões acima, o leitor não deve observar o presente tópico como uma reconstrução plena da obra (ou de parte da obra) schmittiana. Tal propósito configuraria uma investigação de outra natureza. Aqui, trata-se tão somente de (1) levantar elementos conceituais introdutórios à teoria crítica do estado de exceção agambeniana; e (2) de estabelecer os primeiros pontos de cruzamento entre exceção e governamentalidade, à luz da teoria de Carl Schmitt.

---

<sup>44</sup> Embora (1) o decisionismo schmittiano, como se verá, seja objeto de mediações teóricas mais claras a partir do pensamento da ordem concreta presente nas obras da década de 30; e (2) o mesmo Agamben destaque a importância de *A ditadura* (1921) e da leitura relacional das duas obras (AGAMBEM, 20004, p. 57), razão pela qual adicionaremos elementos ligados à obra de 1921 pertinentes, sobretudo, à relação entre normas do direito e normas de realização do direito. Segundo Agamben (2004, p. 86), “na *Politische Theologie*, Schmitt abandonou a distinção entre poder constituinte e poder constituído, a qual, no livro de 1921, era a base da ditadura soberana, para substituí-la pelo conceito de decisão. A substituição só adquire seu sentido estratégico se for considerada como um contra-ataque à crítica benjaminiana. A distinção entre violência que funda o direito e violência que o conserva – que era o alvo de Benjamin – corresponde de fato, literalmente, à oposição schmittiana; e é para neutralizar a nova figura de uma violência pura, que escapa à dialética entre poder constituinte e poder constituído, que Schmitt elabora sua teoria da soberania. A violência soberana na *Politische Theologie* responde a violência pura do ensaio benjaminiano por meio da figura de um poder que não funda nem conserva o direito, mas o suspende. No mesmo sentido, e em resposta à ideia benjaminiana de uma indecidibilidade última de todos os problemas jurídicos que Schmitt afirma a soberania como lugar da decisão extrema”.



A obra schmittiana apresenta-se como a principal referência moderna em termos de elaboração de uma doutrina do estado de exceção – segundo Giorgio Agamben (2004, p. 53), tratou-se da “tentativa mais rigorosa de construir uma teoria do estado de exceção”. Tendo apoiado o regime nazista na década de 30, sua obra é marcada pelo exame da relação entre direito e política e por uma forte crítica ao liberalismo. O que torna imprescindível a leitura de sua obra no nosso tempo, no entanto, não é o apreço que se tenha pelas suas proposições ou pela sua adesão ao III Reich. É a maneira como a teoria de Schmitt converge crescentemente com a forma como o direito é aplicado nas democracias contemporâneas que nos deve interessar. Em outras palavras, o pensamento de Schmitt se torna revelador de aspectos importantes da prática jurídica, tornando possível apreender sob a forma abstrata aquilo que parece informar essa prática. Trata-se de uma preocupação com o caráter descritivo da aplicação do direito que a teoria schmittiana tem adquirido, o que permite entrever aquilo que há de autoritário nos nossos regimes democráticos. Segundo Agamben (2004, p. 53), a obra do jurista alemão que tematizou o par soberania/exceção descreve “com uma profecia por assim dizer interessada (...) um paradigma (...) que não só permaneceu atual, como atingiu, hoje, seu pleno desenvolvimento”. Nesse sentido, uma *teoria crítica do estado de exceção* – a reflexão sobre como se estrutura em nosso tempo a relação entre direito e vida – parte necessariamente da crítica (portanto, não de simples assimilação) do pensamento de C. Schmitt. É o que se vê na obra do próprio Agamben, na qual a leitura de Schmitt aporta elementos não para uma afirmação da desejabilidade da multiplicação da exceção soberana; mas, sim, para análise crítica da *relação de exceção* e para apontamentos relativos à sua superação enquanto paradigma de governo.

Na *Teologia Política* de Schmitt, é possível notar que o estado de exceção (*Ausnahmezustand*) não se resume à condição de objeto de estudo, mas constitui uma verdadeira *epistemologia da excepcionalidade*, à medida que “lo normal nada prueba; la excepción todo. No solo confirma la regla, sino que ésta vive de aquélla. En la excepción, la fuerza de la vida efectiva hace saltar la costra de una mecânica anquilosada en repetición” (SCHMITT, 1998, p. 27). Sob esse ponto de vista, é o caso excepcional que revela a essência da autoridade do estado (SCHMITT, 1998, p. 25) e que define a própria soberania: o “soberano é aquele que decide sobre o estado de exceção” (cf. SCHMITT, 1998, p. 15 – ou “souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet”, cf. SCHMITT, 1934, p. 11). Trata-se, como afirma o autor, de um “conceito-limite” (*Grenzbegriff*), cuja definição não pode realizar-se a partir do caso normal, mas do caso extremo (SCHMITT, 1998, p. 15).

Portanto, a soberania, como conceito limite, só poderia ser compreendida em seus fundamentos a partir do estado de exceção. Para sustentar essa definição, estabelecendo um estilo polêmico que caracteriza uma escrita fundada ela mesma na distinção *amigo-inimigo*<sup>45</sup> (o que, no caso, remete ao seu contraponto ao liberalismo político e ao normativismo jurídico), Schmitt passa por uma crítica à forma como costuma ser tratado o conceito de soberania, afirmando ser injustificada a atenção usual que se dá à afirmação, feita por Bodin, no sentido de que “la souveraineté est la puissance absolue et perpetuelle d'une Republique” (“a soberania é o poder absoluto e perpétuo de uma República”). Para Schmitt, o que há de mais importante em Bodin quanto ao tema não se encontra nessa passagem, mas no capítulo X do livro I de sua *República*, intitulado *Das verdadeiras marcas de soberania* (BODIN, 2011) ou *Vraies remarques de souveraineté*<sup>46</sup> (cf. SCHMITT, 1998, p. 18). Schmitt toma essa passagem como “el comienzo dela moderna teoria del estado” (SCHMITT, 1998, p. 18), na qual o filósofo francês trabalharia a definição da soberania interrogando constantemente: até que ponto o soberano está sujeito às leis e aos estamentos sociais? (SCHMITT, 1998, p. 18).

A resposta de Bodin apontaria que o príncipe só permanece obrigado perante o povo e os estamentos enquanto suas promessas não entrem em conflito com o interesse do próprio povo, de um lado; e, de outro, desde que não se encontre diante de uma necessidade de natureza urgente (SCHMITT, 1998, pp. 18-19). Disso, depreende que:

La tesis no es nueva en cuanto al fondo. Lo que es decisivo en la construcción de Bodino es haber reducido el análisis de las relaciones entre el principe y los estamentos a un simple dilema, referido al caso de necesidad. (...) El mérito científico de Bodino, su éxito, se debe a haber insertado en el concepto de la soberania la “decisión”. (...) es la facultad de derogar las leyes vigentes con carácter general o especial el atributo más genuíno de la soberania, del que Bodino pretende deducir los restantes. (SCHMITT, 1998, pp. 19-20)

Portanto, três elementos são destacados por Schmitt na construção do soberano empreendida por Bodin: o caso de necessidade; a inserção da *decisão* no conceito de soberania; e a faculdade de derrogar leis vigentes. Após os comentários sobre a obra do filósofo francês,

---

<sup>45</sup> Ou seja, essa distinção, em Schmitt, não é apenas uma forma de compreender a relação política, mas determina o próprio desenvolvimento sempre polêmico da obra do autor. Sobre isso, ver Ferreira, B. (2004, p. 37 e ss.). Quanto à abordagem da distinção amigo-inimigo como critério do político em Schmitt, ver Schmitt (1992, pp. 51-52): “A distinção especificamente política a qual podem reportar-se as ações e os motivos políticos é a discriminação entre *amigo* e *inimigo*. Ela fornece uma determinação conceitual no sentido de um critério, não como definição exaustiva ou especificação de conteúdos. Na medida em que ela é derivável de outros critérios, corresponde, para o político, aos critérios relativamente independentes das demais contraposições: bom e mau, no moral; belo e feio, no estético etc.”.

<sup>46</sup> Schmitt afirma, por exemplo, que “apenas se encuentra hoy un solo trabajo sobre el concepto de la soberania que no registre las habituales citas de Bodino. Pero ninguno recoge aquel pasaje central dela República” (SCHMITT, 1998, p. 19).

Schmitt busca apoiar sua compreensão também no entendimento comum aos jusnaturalistas do século XVII (especialmente em Pufendorf, cf. SCHMITT, 1998, p. 20). Na medida, então, em que a exceção define a soberania, a própria teoria política pode ser reelaborada nos termos de uma teoria do estado de exceção. É nesse sentido que Schmitt explora a relação entre regra jurídica e condições de vida ou, de outra forma, entre a lei e as condições fáticas exigidas para sua aplicação:

El caso excepcional reviste carácter absoluto cuando se impone como primera medida **la necesidad de crear una situación dentro de la cual puedan tener validez los preceptos jurídicos. Toda norma general requiere que las condiciones de vida a las cuales ha de ser aplicada efectivamente** y que han de quedar sometidas a su regulación normativa, **tengan configuración normal.** La norma exige um medio homogêneo. **Esta normalidad fáctica no es un simple “supuesto extemo” del que pueda el jurista prescindir; antes bien, es parte de su validez immanente.** No existe una sola norma que fuera aplicable a un caos. Menester es el orden sea restablecido, si el orden juridico ha de tener sentido. **Es necesario de todo punto implantar una situación normal y soberano es quien com carácter definitivo decide si la situación es, em efecto, normal.** El derecho es siempre “derecho de una situación determinada”. El soberano crea essa situación y la garantiza em su totalidad. **El asume el monopolio de la última decisión.** En lo cual estriba precisamente la esencia de la soberania del Estado, que más que monopolio de la coacción o del mando es monopolio de la decisión, dando al vocablo el sentido general que luego tendremos ocasión de precisar. (SCHMITT, 1998, p. 25, com grifo nosso)

É possível desmembrar o que Schmitt afirma nessa passagem em três elementos constitutivos do conceito de estado de exceção. Primeiro, há a afirmação de que todo direito é “direito de uma situação determinada”. Concretizando-se essa premissa, surge a necessidade de que as “condições de vida” a que as regras devem aplicar-se apresentem uma “configuração normal”, ou seja, a lei exige um “meio homogêneo” para sua aplicação. Sem isso, perderá o que Schmitt chama de sua “validade imanente”. Em sentido semelhante, Schmitt se refere em *Die Diktatur* a uma norma<sup>47</sup> que encontra validade, mas não aplicação, pois suspensa, e o faz a partir da diferenciação entre *normas de direito* e *normas de realização do direito*. Além dessa distinção, aparece, na obra de 1921, a relação entre legítima defesa (necessidade) e exceção,

<sup>47</sup> Schmitt evidentemente não parte, em sua época, da diferenciação hoje corrente entre texto legal (significante) e norma (significado). De toda forma, a separação e a independência conceitual entre norma e aplicação (ou entre norma e decisão, como se verá adiante), não é comprometida por isso, ao menos não em seu aspecto nuclear. Schmitt certamente se refere a uma decisão que confronta e descumpra a lei e seus significados possíveis. Nesse sentido, a decisão excepcional configura uma recusa do texto legal e de seus potenciais sentidos normativos. Nos casos analisados nos capítulos 4 e 5, creio que o mesmo ocorre, já que os magistrados, embora aleguem situar a decisão no interior dos significados possíveis do texto constitucional, derrotam a regra para, a partir de um agenciamento estratégico dos princípios, conservar ou aperfeiçoar uma ordem em crise ou com elementos disfuncionais.

assim como a ideia de uma validade da regra sem aplicação a partir da suspensão da Constituição, o que significa uma “exceção concreta”:

La dictadura, lo mismo que el acto de legítima defensa, es siempre no solo acción, sino también contra-acción. Presupone, por ello, que el adversario no se atiene a las normas jurídicas que el dictador reconoce como el fundamento jurídico que da la medida de su acción. Como el fundamento jurídico, pero, naturalmente, no como el medio técnico objetivo de su acción. La oposición entre norma jurídica y norma de realización del derecho, que traspasa todo el derecho, se convierte aquí en una oposición entre norma jurídica y regla técnico objetiva de la acción. La dictadura comisaria suspende la Constitución in concreto, para proteger la misma Constitución en su existencia concreta. Desde siempre se ha repetido el argumento (sobre todo y con mayor frecuencia desde Lincoln) de que si la existencia de la Constitución está amenazada, debe asegurarse mediante una suspensión temporal de la misma. La dictadura protege una determinada Constitución contra un ataque que amenaza echar abajo esta Constitución. La sustantividad metódica del problema de la realización del derecho como un problema jurídico aparece aquí con la mayor claridad. La acción del dictador debe crear una situación en la que pueda realizarse el derecho, porque cada norma jurídica presupone, como medio homogéneo, una situación normal en la cual tiene validez. En consecuencia, la dictadura es un problema de la realidad concreta, sin dejar de ser un problema jurídico. La Constitución puede ser suspendida sin dejar de tener validez, pues la suspensión solamente significa una excepción concreta. (SCHMITT, 1985, pp. 181-182)

A ditadura comissária – aquela que estaria dirigida à manutenção da ordem político-jurídica através da suspensão da Constituição, em contraponto a uma ditadura soberana, que visa ao estabelecimento, por um poder constituinte, de uma nova ordem constitucional<sup>48</sup> – deve, portanto, impor uma *norma de realização do direito*, ou seja, produzir uma juridicidade excepcional que, a um só tempo, *realiza o direito desaplicando as normas jurídicas e repondo as condições para a aplicação da norma de direito*. Na verdade, a própria diferenciação entre ditadura soberana e ditadura comissária reside – embora não unicamente, mas principalmente

---

<sup>48</sup> Essa distinção pode ser vista na passagem a seguir: “la dictadura soberana ve ahora en la ordenación total existente la situación que quiere eliminar mediante su acción. No suspende una Constitución existente valiéndose de un derecho fundamentado en ella y, por tanto constitucional, sino que aspira a crear una situación que haga posible una Constitución, a la que considera como Constitución verdadera. En consecuencia, no apela a una Constitución existente, sino a una Constitución que va a implantar. Habría que creer que semejante empresa quedaría sustraída a toda consideración jurídica. Porque, jurídicamente, el Estado solo puede ser concebido en su Constitución, y la negación total de la Constitución existente tendría que renunciar propiamente a toda fundamentación jurídica, toda vez que la Constitución a implantar no existe todavía, según sus propias premisas, por lo que se trataría de una mera cuestión de poder. Pero no es así cuando se toma un poder que no está él mismo constituido constitucionalmente, a pesar de que guarda tal conexión con cada Constitución existente, que aparece como el poder fundamentador, aun quando nunca sea abarcada por él, por lo que, en consecuencia, tampoco puede decirse que lo niegue la Constitución existente. Este es el sentido del *pouvoir constituant*” (SCHMITT, 1985, pp. 182-183). Ou ainda, de forma mais direta, em: “el dictador comisarial es el comisario de acción incondicionado de un *pouvoir constitué*; la dictadura soberana es la comisión de acción incondicionada de un *pouvoir constituant*” (SCHMITT, 1985, p. 193).

– no *telos* a que se dirigem, do que se apreende, portanto, que o essencial a um poder ditatorial, para Schmitt, é a consecução de um fim determinado – manter a velha ordem ou impor uma nova –, sem que as normas jurídicas constituam um impedimento ao desenvolvimento dos meios tidos como necessários para que o objetivo político seja atingido<sup>49</sup>.

É o desenvolvimento desse raciocínio que conduzirá Carl Schmitt a expressar em diversas oportunidades, na sua *Die Diktatur*, a noção de que a ditadura é um “medio para alcanzar un fin determinado” (SCHMITT, 1985, p. 23); ou que consiste em “un procedimiento que está interesado exclusivamente en el logro de un resultado concreto, mediante la eliminación del respeto esencial al derecho” (SCHMITT, 1985, p. 25), o que se significa “intervenir en el decurso causal del acontecer con medios cuya corrección está en su conveniencia e que dependen exclusivamente de las conexiones fácticas de este decurso causal” (SCHMITT, 1985, p. 25).

A “regra técnico-objetiva de ação” a ser seguida e da qual fala Schmitt se refere precisamente a uma intervenção estatal que obedece não a uma razão jurídica abstrata, mas a um *logos* político consequencialista e concretíssimo, segundo o qual se deve fazer o que se julgar necessário para – no caso da ditadura comissária – *salvar* a ordem jurídico-política. Independentemente de limites de direito, portanto, incide-se sobre o encadeamento fático-causal de modo a produzir um resultado útil à preservação da ordem social e da autoridade estatal. Como se vê, Schmitt indica, na citação acima, que há uma correlação entre as oposições *norma de direito x norma de realização do direito* e *norma de direito x regra técnico-objetiva de ação*. Com isso, a regra técnico-objetiva de ação se aproxima da norma de realização do direito, ambas em relação de antagonismo com as regras jurídicas. Através de uma atuação jurígena – ou seja, produtora de direito – “sociológico-prática” (cf. SCHMITT, 1985, p. 44) sobre o “decurso causal dos acontecimentos”, realiza-se o direito produzindo-se um direito novo e de exceção, coincidente com a própria transgressão da lei (sobre isso, ver FERREIRA, 2004, p. 101). A “correção” dos meios utilizados, como afirma Schmitt, é encontrada na sua “conveniência”, ou seja, na sua idoneidade para produzir o resultado desejado, e não na legalidade. De fato, a decisão, nesses termos, mantém com a lei uma relação que pode ser

---

<sup>49</sup> A razão principal pela qual o conceito de ditadura não será utilizado com centralidade, mas apenas secundariamente, nesta tese reside no fato de que, nos termos de Agamben (2004, p. 76), “o termo “ditadura” é totalmente inadequado para explicar o ponto de vista jurídico de tais regimes da Europa [Agamben se refere aqui ao regime fascista italiano e ao nazismo alemão], assim como, aliás, a estrita oposição democracia/ditadura é enganosa para uma análise dos paradigmas governamentais hoje dominantes”. Isso porque a indeterminação entre democracia e totalitarismo se dá mesmo no interior dos regimes democráticos modernos. A oposição estrita entre democracia e ditadura confunde, na medida em que não nos permite notar o quão totalitárias são nossas democracias.

caracterizada pela *aplicação-desaplicação-heterogeneidade*: é a não coincidência ou propriamente a heterogeneidade entre norma e aplicação que produz uma aplicação desaplicante da lei.

Em última instância, é possível manter desaplicação e aplicação conjugadas apenas porque o todo direito é, no limite, um meio para a conservação de uma formação social e do poder soberano. Aqui, Schmitt se conecta ao teleologismo da obra madura de Rudolf Von Ihering (1979) e apresenta porque não é possível ver no direito o simples fim de proteger a esfera jurídica de um sujeito de direito. É no caso de necessidade que desponta “com uma força imediata” o verdadeiro fim a que se presta a ordem jurídica, o que torna indiscernível a própria relação entre caso normal e emergência: esta última representaria efetivamente o “caso normal ideal”, na medida em que permite o desvelamento da verdadeira natureza do direito.

Partiendo precisamente de lo que debe justificar, la dictadura se convierte en una supresión de la situación jurídica en general, porque significa la dominación de un procedimiento que está interesado exclusivamente en el logro de un resultado concreto, mediante la eliminación del respeto esencial al derecho que tiene el sujeto de derecho a oponer su voluntad, si esta voluntad obstaculiza tal resultado; y según esto significa el desligamiento del fin respecto del derecho. Desde luego, quien no ve en la medula de todo derecho más que semejante fin, no está en situación de encontrar un concepto de dictadura, porque para él todo ordenamiento jurídico es simplemente una dictadura, latente o intermitente. Ihering se expresa de la manera siguiente (Zweck im Recht, II 3, 251): el derecho es un medio para un fin, para el existir de la sociedad; si el derecho no se muestra en situación de salvar a la sociedad, interviene la fuerza y hace lo que se ofrece, entonces es el “hecho salvador del poder del Estado” y el punto en que el derecho desemboca en la política y en la historia. Dicho de una manera más precisa, sería el punto donde el derecho revela su verdadera naturaleza y donde, por motivos de conveniencia, acaban las atenuaciones admitidas de su carácter teleológico puro. La guerra contra el enemigo exterior y la represión de una sublevación en el interior no constituirían estados de excepción, sino el caso ideal normal en el que el derecho y el Estado despliegan su naturaleza finalista intrínseca con una fuerza inmediata. (SCHMITT, 1985, pp. 25-26)

O que é igualmente importante na manobra teórica schmittiana é a demonstração de uma heterogeneidade entre a razão política e a razão jurídica. Pelo que se vê agora e pelo que se viu no capítulo 1 desta tese, há pontos relevantes de contato entre a razão “técnico-objetiva” schmittiana e a razão de governo, em especial no que diz respeito a uma intervenção política concretíssima, que se articula à empiria tendo em vista sempre a produção de um resultado útil. Portanto, a *factualização* e a *teleologização* do pensamento e da atividade política representam dois pontos de intersecção fundamentais entre governo e exceção soberana, como ficará mais

claro a partir da análise das decisões judiciais adiante<sup>50</sup>. Ao mesmo tempo, ambas, *factualização* e *teleologização*, são componentes da razão governamental que a heterogeneizariam em relação ao discurso jurídico. Com a indistinção entre razão governamental e razão jurídica – indistinção esta que marca a governamentalização da justiça e que é promovida de maneira privilegiada pela exceção soberana – a estrutura segundo a qual o direito funciona a partir do binômio *regras de direito positivo – sujeito de direito* é deslocada para uma *alternância estratégica entre regra e exceção – homo oeconomicus*, inscrevendo-se os fatos da vida de uma população e as motivações gerenciais no discurso jurídico. O ponto alto em que Schmitt sintetiza a heterogeneidade entre a razão técnico-objetiva e a razão jurídica é ilustrativo:

En el curso de una investigación mas extensa sempre se demostrará de nuevo que el contenido de la actividad del dictador consiste en lograr un determinado éxito, algo “que poner en obra”: el enemigo debe ser vencido, el adversario político debe ser apaciguado o aplastado. Siempre depende de la “situación de las cosas”. Puesto que hay que lograr un éxito concreto el dictador tiene que intervenir inmediatamente con medios concretos en el transcurso causal del acontecer. El dictador actúa; el dictador es, para anticipar una definición, comissário de acción; es ejecutivo, en contraposición a la simple deliberación o al dictamen judicial, al *deliberare* y *consultare*. Por ello, cuando se trata del caso más extremo, no puede observar normas generales. Porque si el medio concreto para el logro de un éxito concreto (como por ejemplo lo que puede hacer la policía para mantener la seguridad pública) puede ser calculado en tiempos normales con una cierta regularidad, en caso de necesidad solamente puede decirse que el dictador puede hacer todo lo que exija la situación de las cosas. Lo que aquí importa no son ya consideraciones jurídicas, sino solamente el medio apropiado para lograr un éxito concreto en un caso concreto. Aquí también el comportamiento puede ser correcto o equivocado, pero esta apreciación solamente se refiere a si las medidas son correctas en sentido técnico objetivo, es decir, si son adecuadas al fin que persiguen. Las consideraciones a los derechos contrapuestos al consentimiento de un tercero que obstaculiza el camino, a los derechos legítimamente adquiridos, al trámite o procedimiento jurídico, pueden ser “imprácticas” y, por tanto, perjudiciales y equivocadas en un sentido técnico objetivo. De ahí que precisamente en la dictadura domine exclusivamente el fin, liberado de todos los entorpecimientos del derecho y solamente determinado por la necesidad de dar lugar a una situación concreta. Donde existe por principio un interés exclusivamente técnico por las cosas estatales y políticas, las consideraciones jurídicas pueden ser igualmente inconvenientes e imprácticas. La concepción absolutamente técnica del Estado sigue siendo un valor propio, independiente de la conveniencia, incondicionado, inaccesible para el derecho. No tiene ningún interés por el derecho, sino solamente por la conveniencia del funcionamiento estatal, es decir, por lo simple ejecutivo, que no necesita la precedencia de ninguna norma en sentido jurídico. (SCHMITT, 1985, pp. 42-43)

---

<sup>50</sup> Na síntese de Agamben, “os paradigmas do governo e do estado de exceção coincidem na ideia de uma *oikonomia*, de uma práxis gerencial que governa o curso das coisas, adaptando-se a cada vez, em seu intento salvífico, à natureza da situação concreta com que deve medir forças” (AGAMBEN, 2011, p. 37).

À exceção schmittiana não poderia faltar a referência à distinção essencial de sua filosofia política, qual seja, aquela entre amigo e inimigo, como se vê nas passagens citadas. Na medida em que a exceção desvia da norma para cumprir uma *missão* política, trata-se, sempre, de combater algo e, quase sempre, de combater alguém. A missão do combate, bélico ou político, ao inimigo deve preceder à lei, e isso também poderá ser visto nos casos analisados nesta tese: às *missões jurídico-governamentais*, será necessário manter uma relação estratégica com a legalidade, tendo em vista os efeitos que se busca produzir sobre a vida de um conjunto de viventes.

É por esse conjunto de razões – retornando-se aqui à noção presente na *Teologia Política* de uma “validade imanente” – que, na perspectiva schmittiana, um dispositivo legal pode ter validade abstrata sem, no entanto, gozar de validade concreta quando ausentes as condições normais necessárias para sua aplicação. Não havendo validade concreta, não há aplicação do dispositivo, mas sua suspensão. Agamben, como se discutirá mais adiante, fala, a partir da crítica de Schmitt, numa norma que encontra vigência, mas não aplicação (AGAMBEN, 2004, p. 80), ou de uma vigência sem significado (AGAMBEN, 2002, p. 61), o que, em relação a esse problema e para os efeitos deste trabalho, não importa em distinção conceitual (validade x vigência) relevante.

Em segundo lugar, ainda em relação ao trecho da *Teologia Política* citado anteriormente, sendo o soberano, por definição, aquele que decide sobre o estado de exceção, a ele caberá a determinação acerca da normalidade ou da “homogeneidade” do meio ao qual a norma seria aplicada. Será o soberano, portanto, que qualificará as “condições de vida” como normais ou atípicas, através de um juízo metanormativo que é, ao mesmo tempo, inscrito no direito. Em terceiro lugar, se afirmada a anormalidade do meio, cabe ao poder soberano não a aplicação da regra abstratamente válida, mas a imposição de uma decisão capaz de estabelecer (ou reestabelecer) as condições normais de aplicação da lei. O soberano é, por isso, aquele que deve articular direito e vida, revitalizando o direito através da decisão excepcional, tida como ponto de articulação entre o elemento jurídico e o elemento fático ou vital.

O que foi mencionado no parágrafo acima levanta duas interrogações fundamentais que podem ser dirigidas à obra de Schmitt. Como determinar se se trata de um “caso de necessidade” ou de uma situação normal? E qual seria o conteúdo da decisão, uma vez que a solução a aplicar não é aquela prevista pela lei?

Sobre a primeira pergunta, ela diz respeito às possibilidades de se cercar de racionalidade uma doutrina do estado de exceção, prevendo-se hipóteses de ocorrência de tal maneira que se alcançasse um grau elevado de segurança jurídica. A resposta aproximada de



Schmitt seria que “ni se puede señalar con claridad cuándo un caso es de necesidad, ni cabe tampoco prevenir rigurosamente lo que en tal razón conviene si el caso es realmente extremo y se aspira a dominar la situación (SCHMITT, 1998, p. 17). O resultado, então, seria que “el supuesto y el contenido de la competencia son entonces necesariamente ilimitados” (SCHMITT, 1998, p. 17). A impossibilidade de se determinar com clareza o que seria um “caso de necessidade”, ou seja, o que seriam as condições de vida anormais para a aplicação do direito, implica assim que a emergência invocada para fundar o estado de exceção seja, sob Schmitt, sempre imprevisível, irregular (o que se pode inferir de *A Ditadura*, cf. SCHMITT, 1985, p. 261) – máxima que se dirige inclusive à possibilidade de regulamentação em lei do *Ausnahmezustand*. Daí a grande dificuldade da doutrina do direito em domar, em racionalizar, em oferecer critérios seguros ao estabelecimento da exceção na aplicação do direito – o que será objeto de novos comentários no capítulo 3.

Por essas razões, o argumento schmittiano revela, também, que a exceção nunca é factualidade bruta, estrita; é, sempre, uma construção político-discursiva, isto é, na medida em que a qualificação da situação como anormal é uma competência do soberano, cabe a ele produzir a emergência – e o discurso da emergência –, em que uma situação atípica exige medidas atípicas. Obviamente, essa é uma narrativa que é politicamente produzida. Schmitt demonstra perceber a dimensão do problema, apontando que, a depender do ponto de vista, a noção acerca do que é um caso excepcional pode variar inteiramente. Mais do que isso: em última instância, se a soberania se define pela exceção, ela coincide com a atividade segundo a qual se decide acerca do que é o normal e o emergencial, ou seja, acerca da determinação e da imposição, sempre objeto de disputa política, do significado concreto a ser assumido pelos conceitos de “ordem” e de “segurança” públicas:

La soberanía, es decir, el Estado mismo, consiste en decidir la contienda, o sea en determinar con carácter definitivo que són el orden y la seguridad pública, cuando se han violado, etc. El orden y la seguridad pública tienen (...) aspecto harto diferente según sea una burocracia militar, una administración impregnada de espíritu mercantil o la organización de un partido la que decida si el orden público subsiste, si ha sido violado o si está em peligro. (SCHMITT, 1998, p. 20)

Quanto à segunda pergunta levantada, acerca do conteúdo da decisão, é igualmente impossível determinar de antemão em que consistirá a medida excepcional soberana. Assim como não é possível estabelecer previamente o que configuraria a emergência, é impossível estabelecer abstratamente os termos da decisão que, em tese, imporá o modo de superação do estado de emergência. Ao suspender a lei e, com isso, recusar a solução legal, o soberano fará

valer medidas concretíssimas que exigem uma vinculação imediata com a natureza fática da crise que alega existir.

Desde os comentários sobre Bodin até aqui, observa-se que a compreensão de Schmitt realça o conceito de *decisión*, a ser contrastado com a regra jurídica. Para que a exceção possa rearticular direito e vida, Schmitt, trabalhará a composição conceitual da ordem jurídica, dividindo-a entre o plano da norma e o plano da decisão. A segunda consiste no elemento mais relevante, já que “toda orden descansa en una decisión”:

El orden y la seguridad pública tienen en la realidad aspecto harto diferente según sea una burocracia militar, una administración impregnada de espíritu mercantil o la organización de un partido la que decida si el orden público subsiste, si ha sido violado o si está em peligro. Porque todo orden descansa em una “decisión”, y también **el concepto del orden jurídico, que, irreflexivamente, suele emplearse como cosa evidente, cobija em su seno el antagonismo de los dos elementos dispares del Derecho. El orden jurídico, como todo orden, descansa em una decisión, no em una norma.** (SCHMITT, 1998, pp. 20-21, com grifo nosso)

O direito, ou a ordem jurídica, repousaria sobre uma decisão. Nela, encontraria seu fundamento, e não na norma. Aqui, condensa-se o decisionismo schmittiano – e adiante integraremos essa abordagem com os textos da década de 30. O autor aponta não uma harmonia ou uma continuidade entre esses dois elementos; ao contrário, destaca sua distinção para falar de um “antagonismo” entre eles. O direito funcionaria precisamente a partir dessa tensão que lhe é subjacente entre a norma e a sua aplicação; aplicação que é, em relação a norma, se não indiferente, ao menos conceitualmente independente, podendo-se falar numa bipolaridade<sup>51</sup> da ordem jurídica (norma-decisión<sup>52</sup>) a partir de Schmitt.

Como quiera que el estado excepcional es siempre cosa distinta de la anarquía y del caos, en sentido jurídico siempre subsiste una orden, aunque este orden no sea jurídico. La existencia del Estado deja en este punto acreditada su superioridad sobre la validez de la norma jurídica. La “decisión” se libera de todas las trabas normativas y se torna absoluta, en sentido propio. Ante un caso excepcional, el Estado suspende el Derecho por virtud del derecho a la propia conservación. Los dos elementos que integran el concepto del “orden jurídico” se enfrentan uno con otro y ponen de manifiesto su independencia conceptual. Si en los casos normales cabe reducir al mínimo el elemento autónomo de la decisión, es la norma la que en el caso excepcional se aniquila. Sin embargo, el caso excepcional sigue siendo accesible al conocimiento

---

<sup>51</sup> Aqui a noção de bipolaridade remete ao que Agamben chama de uma “bipolaridade da máquina governamental”. Ver Capítulo 1 deste trabalho.

<sup>52</sup> A partir da década de 30 e sem uma ruptura com os marcos fundamentais da *Teologia Política*, essa bipolaridade se transformará, como se verá adiante, numa triangulação entre norma-decisión-ordem concreta.

jurídico, porque ambos elementos – la norma y la decisión – permanecen dentro del marco del derecho. (SCHMITT, 1998, p. 24)

Além de afirmar a independência conceitual entre norma e decisão – situando ambas nos marcos do direito – Carl Schmitt desenha ainda, como se vê, uma relação entre ordem pública e ordem jurídica<sup>53</sup>. A decisão soberana as manteria articuladas, na medida em que realiza a mediação entre direito e vida, mesmo que às custas da suspensão das regras positivadas. É o imperativo de manutenção da ordem pública, do qual depende o Estado e o exercício de seu direito à própria conservação, que se apresenta dessa maneira como fundamento último do próprio direito. Schmitt quer afirmar exatamente que elementos metajurídicos ligados à manutenção e à reprodução da ordem devem ser interiorizados pelo direito, de tal maneira que, quando se alega que estão sob relevante perigo, revelam consistir na base de sustentação da própria ordem jurídica. Com isso, no limite, sem ordem pública, não há lei aplicável. Sem o funcionamento normal do organismo social, a decisão supera a norma. Não há direito que não opere, então, sem nutrir-se permanentemente da referência a uma ordem concreta de relações sociais.

É isso que permite entrever o problema topológico do estado de exceção, ao qual se retornará no subtópico 2.3. A decisão que suspende a ordem jurídica em nome da ordem pública estaria incluída na própria ordem jurídica, malgrado sua separação da lei. O soberano, ao decidir sobre a emergência, “cae, pues, fuera del orden jurídico normalmente vigente sin dejar por ello de pertenecer a él, puesto que tiene competencia para decidir si la Constitución puede ser suspendida *in toto*” (SCHMITT, 1998, p. 17). A decisão soberana está dentro e fora da ordem jurídica, portanto.

Nas obras *Estado, movimento, povo* (*Staat, Bewegung, Volk – 1933*) e *Sobre os três modos de pensar a ciência jurídica* (*Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens – 1934*), Schmitt, já abertamente convertido ao nacional-socialismo, oferece desdobramentos a uma parte das intuições acerca da teoria do direito presentes em sua *Teologia Política*. Nela, já se podia notar que (1) embora o autor fosse extremamente enfático ao realçar o conceito de decisão perante o conceito de norma; e (2) e embora afirmasse, com isso, a soberania política

---

<sup>53</sup> Em meio a tantas oposições – ordem pública e ordem jurídica; norma de direito e norma de realização do direito; norma de direito e regra técnico-objetiva de ação; norma e decisão; validade e validade imanente; em meio a tudo isso, o que se passa é o que Agambem nomeia como uma “série de cesuras” no “corpo do direito”, cuja tensão bipolar faz exatamente com que a máquina soberana se movimente: “A doutrina schmittiana do estado de exceção procede estabelecendo, no corpo do direito, uma série de cesuras e divisões cujos termos são irredutíveis um ao outro, mas que, pela sua articulação e oposição, permitem que a máquina do direito funcione (AGAMBEN, 2004, p. 57).

como a forma através da qual se qualifica a situação fática como normal ou anormal; apesar desses fatores, que pareciam apontar para um *decisionismo ilimitado*, suas referências a uma *validade imanente* da norma, à noção de ordem pública e às *condições de vida*, em outras palavras, sua busca em ancorar o direito na factualidade, já abria campo para uma teoria que se posicionasse para além não apenas da norma, mas igualmente da própria decisão.

Entre 1933 e 1934, Schmitt levará essa tendência a cabo, a partir de um pensamento jurídico da ordem concreta (um *konkretes Ordnungsdenken*, cf. SCHMITT, 1996). Decompondo o direito em três elementos – *norma, decisão, ordem concreta*, ou seja, propondo uma triangulação que renuncia abertamente a uma bipolaridade *norma-decisão* –, Schmitt aponta que a teoria do direito, ao mesmo tempo em que assimila os três elementos, oscila em relação à definição acerca de qual deles teria primazia (ver SCHMITT, 1996, p. 05). O direito como decisão derivaria no decisionismo; como norma, no normativismo; finalmente, o que Schmitt quer levantar é a necessidade de que o direito seja tomado como uma ordem viva de relações (SCHMITT, 1996, pp. 05-06). Precedendo à norma, há uma juridicidade imanente a uma comunidade, diante da qual a lei figura como simples instrumento. A decisão, por sua vez, só pode realizar-se, ainda que em contradição com a norma<sup>54</sup>, quando repousar sobre seu fundamento: a substância jurídica que regula a vida social<sup>55</sup> (cf. HERRERO, 1996, p. XXXIII). É por isso que alguns nomeiam essa etapa do pensamento schmittiano como um “decisionismo mitigado”, o que me parece correto, desde que não se olvide que o próprio Schmitt textualmente busca separar-se de uma perspectiva decisionista<sup>56</sup>. Para o Schmitt da década de 30, não é mais possível pensar uma decisão que tem origem em um “nada de ordem e comunidade” (SCHMITT, 1996, p. 46): ela deve ser compreendida agora – inclusive a decisão soberana

---

<sup>54</sup> Ver, sobre isso, Herrero (1996, p. XXIII): “en este contexto la norma deja de ser un fantasma ideal para ser manifestación de un orden, un medio para la realización del derecho. Depende del orden concreto y pierde su validez en cuanto deja de corresponderle”.

<sup>55</sup> Schmitt afirma que “un ambito de la vida cuyo interes estuviera solamente dirigido a la exactitud de una regulacion segura, como el orden de una sociedad mercantil individualista-burguesa, podria quizas equipararse a esa idea de orden. Sin embargo, hay otros ambitos de la existencia humana, para los que la extension de ese funcionalismo regular destruiria precisamente la sustancia jurídica específica del orden concreto. Estos ultimos son los ambitos de la vida que han sido configurados, no del modo tecnico-planificado para el trafico, sino de modo institucional. Estos tienen en si mismos la nocion de lo que es normal, de lo que es un tipo normal y una situacion normal, y su concepto de normalidad no se agota, como es el caso de una sociedad de trafico tecnicada, en la funcion calculable de una regulacion normal. Tienen una sustancia jurídica propia, que, desde luego, conoce tambien reglas generales y cierta regularidad, pero solo como expresion de esa sustancia, solo como procedentes del propio orden intemo concreto, el cual no es la suma de aquellas reglas y funciones. La convivencia de los conyuges en un matrimonio, los miembros de una familia, los parientes dentro de una estirpe, los miembros de una dase, los funcionarios de un Estado, los sacerdotes de una Iglesia, los companeros en un lugar de trabajo, los soldados de ejercito no pueden quedar reducidos a una ley funcional predeterminada, ni a una regulación contractual”. (SCHMITT, 1987, pp. 20-21)

<sup>56</sup> Ver nesse sentido MACEDO JÚNIOR (1994).

acerca do estado de exceção<sup>57</sup> – no interior de “um sistema de coordenadas de uma ordem concreta”<sup>58</sup> (SCHMITT, 1987, p. 44).

El orden interno concreto, disciplina y gloria de toda institucion, mientras dure la institucion, repugna cualquier intento de normacion y regulacion total; coloca a todo legislador y a todo el que aplica la ley ante el dilema de o bien aceptar y utilizar los conceptos juridicos concretos que vienen dados con la institucion, o, por el contrario, destruir la institucion misma. Alli donde todavia hay una familia, por ejemplo, tanto el legislador como el jurista que aplica la ley se ven obligados a aceptar, en vez de una disposicion abstracta extraida de un concepto general, los conceptos concretos de o orden de la institucion concreta «familia». El juez y el legislador, al hablar del «buen padre de familia», el *bonus pater familias*, se someten al orden constitutivo de la forma concreta de la «familia». A pesar de todas las disoluciones normativistas del pasado siglo, y a pesar de la codificacion del derecho de familia y de otros ambitos del derecho en un gran numero de reglas juridicas, estas ideas y conceptos son todavia muchos y tipicos de un orden sustancialmente institucional contrapuesto a la pura regulacion positivista. Todo derecho estamental como tal presupone figuras tipicas concretas nacidas del orden de la «situacion» concreta y solo perceptibles desde ella, por ejemplo, la figura del soldado valiente, del funcionario cumplidor, del camarada decente, etc. Esas figuras provocan frecuentemente la critica y la burla de los juristas normativistas. (SCHMITT, 1996, p. 21)

Correlacionando-se a *Teologia Política* e os escritos da década de 30, é possível ver que as questões de fato, antes articuladas ao direito pela noção de *validade imanente* através da decisão soberana, são alçadas, nas obras posteriores, ao patamar de ordem fático-jurídica<sup>59</sup>, uma

<sup>57</sup> Herrero (1996, pp. XXII-XXIII) afirma “ni siquiera la decision política soberana, la decision por antonomasia en opinion de Schmitt, que versa sobre el caso de excepcion<sup>35</sup>, puede prescindir del orden concreto, el cual a su vez tampoco puede formarse sin la cooperacion de las decisiones Morales (nivel previo de la decision que conecta la esfera privada con la publica) de las personas que forman la sociedad. Se ha de considerar, en primer lugar, que el soberano no decide por referencia a un orden juridico expresado en normas, sino por referencia al orden concreto de la situacion en que decide. El caso excepcional no es el caos. Se define mas bien como la situacion no prevista en el orden juridico vigente, lo que no quiere decir que no subsista en ella un orden, aunque este no sea juridico. En segundo lugar, un soberano con un poder supremo independiente tanto del orden jurídico como de la situacion de las cosas, es decir, una pura voluntad de poder, no es para Schmitt mas que una fantasia. No existe un poder incontrastable que funcione con la seguridad de una ley física. Para la definición del soberano se precisa de una conexión con el ambito juridico, que viene determinada, en la teoria de Schmitt, de la dependencia del orden concreto. Asi, frente al planteamiento decisionista, el orden no es sólo consecuencia, sino tambien fundamento de la decisión política”.

<sup>58</sup> Schmitt (1996, p. 44) afirma que “Sin el sistema de coordenadas de un orden concreto, el positivismo juridico no consigue distinguir entre justicia e injusticia, ni entre objetividad y arbitrariedad subjetiva”.

<sup>59</sup> Isso configura, como visto, não propriamente uma contradição em relação às obras anteriores, mas, de fato, uma *integração*, inserida no processo de acabamento e maturação conceitual realizado pelo autor. Montserrat Herrero (1996, p. XXV) afirma não apenas isso, mas também que a noção de “ordem concreta” possibilitou a Schmitt articular norma e decisão, o que evidencia ainda mais a relação de continuidade/complementaridade entre *Teologia Política, Estado, Movimento, Povo* e *Sobre os três modos de pensar a ciência jurídica*. Na medida, ainda, em que Schmitt não apenas não se desfez dos termos das obras de 1933 e 1934 no período pós-nazista, mas os reiterou e os desenvolveu (as obras *A tirania dos valores* e *O nomos da terra* representam uma forma de continuidade desse pensamento – ver HERRERO, 1987, p. XVII; HERRERO, 2010, p. 06; SCHMITT, 2005; SCHMITT, 2010), não há espaço para que subsistam suspeitas relevantes (calcadas na sua adesão ao regime nazista) em relação à autenticidade do pensamento nelas veiculado. Em *O nomos da terra*, datada de 1950, SCHMITT (2005, p. 55) permanece crítico ao decisionismo e ao normativismo, afirmando que “el nomos, en su sentido original, sin

vez que as relações vitais factualmente estabelecidas comportam em si uma juridicidade imanente. É intrínseco e inseparável da vida de um povo a ordem jurídica que o regula, ou seja, *a vida de um povo é norma*<sup>60</sup>. Com isso, Schmitt opera uma ruptura com o formalismo jurídico (para além do normativismo, pois o decisionismo é incluído em sua crítica) e se aproxima de uma concepção sociológico-institucionalista (apoiada na obra do francês Maurice Hauriou) do direito<sup>61</sup>. Embora mantenha em suas palavras uma distância segura da *Jurisprudência dos Interesses* e do *Movimento pelo Direito Livre*<sup>62</sup>, marcas da crítica ao formalismo conceitualista alemão, não é possível deixar de observar relevantes semelhanças entre o ponto de vista schmittiano e aquele de Eugen Ehrlich – que convergem na própria centralidade da noção de *ordem*, além de sua intersecção pela crítica constante a uma dogmática que reduziria todos os elementos extra ou metanormativos a puro fato e pela compreensão de que o direito como norma se reduz a uma técnica que orienta as autoridades estatais perante um conflito (em Ehrlich, isso remete a diferença conceitual entre *regra de agir humano* e *regra de agir dos tribunais*<sup>63</sup>). Mas a pretensão de Schmitt não se define por ser menos ambiciosa do que a crítica

---

embargo, es precisamente la plena inmediatez de una fuerza jurídica no atribuída por leyes; es un acontecimiento histórico constitutivo, un acto de la legitimidad, que es el que da sentido a la legalidad de la mera ley”. *O nomos*, como ato original de apropriação e ordenação, no qual ser e dever-ser não podem ser distinguidos, origina e é, ele mesmo, juridicidade.

<sup>60</sup> É convergente com isso o que afirma Agamben (2002, pp. 179-180): “somente nesta perspectiva a teoria nacional-socialista, que coloca na palavra do *Führer* a fonte imediata e em si perfeita da lei, adquire todo o seu significado. Assim como a palavra do *Führer* não é uma situação factícia que se transforma posteriormente em norma, mas é ela mesma, enquanto viva voz, norma, também o corpo biopolítico (em seu dúplice aspecto de corpo hebreu e corpo alemão, de vida indigna de ser vivida e de vida plena) não é um inerte pressuposto biológico ao qual a norma remete, mas é ao mesmo tempo norma e critério da sua aplicação, *norma que decide o fato que decide da sua aplicação*”.

<sup>61</sup> Para Schmitt, o positivismo jurídico surgido no século XIX combina decisionismo e normativismo (SCHMITT, 1996, p. 32). Sua crítica ao formalismo legalista fica clara na seguinte passagem de *Estado, Movimento, Povo*: “quanto más se formaliza y mecaniza la legalidad, tanto más manifiestamente entra en contradicción con el Derecho, que permanece siendo bueno en su contenido; aquélla recibe el significado secundario que le corresponde, relativo por ser instrumental; se convierte en el modo de funcionamiento del aparato estatal de las autoridades. Esta legalidad se parece tan poco al Derecho del pueblo como el aparato estatal a la unidad política del pueblo. Al Derecho en el sentido sustancial le corresponde en primer lugar asegurar la unidad política; sólo sobre la base de decisiones políticas incontestables, y desde este sentido positivo, puede explicarse el Derecho en todos los campos de la vida pública que crece libre y autónomamente” (SCHMITT, 2017, p. 282).

<sup>62</sup> Demonstrando o modo como idealiza sua relação com essas correntes, Schmitt (1996, pp. 33-34) afirma que “ni la teoría del derecho consuetudinario, ni las décadas de estudios metodológicos sobre la relación entre ley y juicio, ley y juez, ni el *Freirechtsbewegung* [movimiento de derecho libre] ni la *Interessenjurisprudenz* [jurisprudência de intereses] llegaron a penetrar en la contraposición definitiva de las diferencias entre pensamiento de reglas, decisionista y del orden concreto; intentaron tan solo flexibilizar y adaptar del mejor modo posible el pensamiento legal a una situación cambiante y fluctuante”.

<sup>63</sup> Tais considerações ehrlichianas podem ser encontradas na obra *Fundamentos da Sociologia do Direito* (EHRlich, 1986, p. 15; pp. 25 e ss.). Já em Schmitt, o contraponto entre o direito como regra para autoridades estatais atuem perante um litígio e um direito substancial e socialmente válido, encontra-se, por exemplo, na passagem a seguir, na qual afirma que, sob o normativismo, “todo Derecho se convierte así en un sentido particular en “Derecho estatal”, y viceversa, toda actividad estatal en “Derecho”, es decir ejecución de norma por parte del aparato estatal de las autoridades, sujeto a normas. Esto no tiene ya nada que ver con Derecho o Justicia en sentido positivo y sustancial, pero es típico del sistema político de las despolitizaciones liberales (SCHMITT, 2017, p. 283). Já quanto a crítica schmittiana à redução dos elementos extranormativos a “simples fatos”, a passagem a

sociológica ehrlichiana do início do século XX: na verdade, almeja ultrapassá-la, por atribuir ao direito que emerge da “revolução” nacional-socialista uma transformação histórica de grandes proporções, comparável àquela que a concepção liberal do direito havia produzido no século XIX.

Parte desse processo, o juiz não deveria desempenhar suas funções como um servo da lei. Deveria, na verdade, atuar como um membro do *Volk* ariano, a partir da noção de “igualdade de estirpe”<sup>64</sup>. Assim como o *Führer* liderava através da identificação com sua linhagem – e não de maneira transcendente a ela –, os juízes deviam expressar em suas decisões seu pertencimento à comunidade alemã e, conseqüentemente, à sua juridicidade imanente. É esse o espírito de Schmitt, que, ecoando a máxima do Secretário de Estado do regime nazista, Roland Freisler (ele mesmo um juiz), afirma que não se trata de empreender uma “reforma da justiça”, mas, sim, uma “reforma dos juristas” (SCHMITT, 2017, p. 308).

São essas, para ele, as contrapartidas necessárias à independência judicial. Levando tais considerações ao limite (como lhe é corriqueiro), o autor aponta que a célebre frase de Montesquieu precisa ser relida, a partir da interrogação acerca de *quais bocas* – com que características orgânicas – pronunciam a decisão:

La célebre frase de Montesquieu, que el juez es “sólo la boca que pronuncia las palabras de la ley”, “la bouche, qui prononce les paroles de la loi”, del siglo XVIII generalmente fue entendida mecánicamente. Para nuestra forma de sentir actual esta frase conduce ya a la esfera del ser humano vivo lleno de diferencias orgánicas, biológicas y de raza. Hoy nos hemos hecho más sensibles; nosotros vemos la diversidad también en las bocas, si lo puedo decir así, que dicen las palabras y las frases que pretenderían ser iguales. Nosotros oímos como ellas “pronuncian” las mismas palabras de forma muy distinta. Nosotros sabemos que la misma palabra en la boca de diferentes pueblos no sólo suena de forma distinta, sino que significa algo distinto en el sentido y en la cosa, y que en cuestiones de interpretación de una ley y de la relevancia de un hecho, pequeñas diferencias tienen a la larga efectos sorprendentes. No obstante esto debemos y queremos conservar tanto la posición legalmente garantizada del funcionario alemán, como especialmente la independencia de los jueces. Por ello nosotros demandamos la necesidad de aquellos vínculos, sin los cuales todas las garantías y libertades, toda independencia de los jueces

---

seguir é ilustrativa: “la norma flota sobre la situación concreta y sobre cada hecho concreto; no pierde su fuerza por causa de una conducta que se lleve a efecto contra la norma o la ley. Normatividad y facticidad son “dos planos totalmente distintos” (...) Llegados a este punto, la facticidad y la objetividad del puro normativismo acaban siendo un absurdo jurídico que arruina y disuelve el orden” (SCHMITT, 1987, p. 19).

<sup>64</sup> Schmitt (2017, p. 308) afirma que “con toda resolución debe garantizarse la auténtica y propia sustancia de la “personalidad” y ésta está en la exigencia de que cada hombre encargado de la exposición, interpretación y aplicación del Derecho alemán esté vinculado a la nación, al pueblo, por igualdad de estirpe. Desde las necesidades positivas del trabajo jurídico la idea de la igualdad de estirpe atravesará y dominará todo nuestro Derecho público. Vale tanto para la clase de los funcionarios de carrera, como para aquella, esencialmente interesada en la creación y la configuración del Derecho, de los abogados, como para todos los casos en los que connacionales pasen a ser activos en la administración, en la justicia y en la teoría jurídica”.

y antes que nada también aquella “creatividad”, serían sólo anarquía y una fuente particularmente perversa de peligros políticos. Nosotros buscamos un vínculo que sea más respetable, más vivo y más profundo que el engañoso vínculo con la letra manipulable de mil párrafos de leyes. ¿Dónde podría estar sino en nosotros mismos y en nuestra propia estirpe? (SCHMITT, 2017, p. 309)

As considerações schmittianas ganham corpo a partir da máxima segundo a qual “hoy sólo hay conceptos jurídicos indeterminados” (SCHMITT, 2017, p. 307). A triangulação norma-decisão-ordem, sob o fundamento desta última, é qualificada pela longa lista, apresentada por Schmitt, de conceitos cuja determinação é frágil, mas cuja significação é, ao mesmo tempo, essencial à aplicação do direito – “seguridad y “orden público”, “peligro”, “estado de necesidad”, “proporcionalidade” (...) “iniciativa debida”, “discrecionalidad” (...) son en caso de conflicto casi impredecibles, pudiendo convertirse ellos mismos en la peor discrecionalidad (SCHMITT, 2017, p. 307). Membro do povo e partícipe de uma comunidade jurídica, o “novo jurista alemão” estaria apto a interpretar o direito e suas vagas categorias em harmonia com o espírito nacional, fora dos quadros do normativismo e, para o autor, do próprio decisionismo.

Seria também ele capaz de aferir o que seria uma “situação” e uma “pessoa” normal ou anormal (SCHMITT, 1996, p. 09), e isso teria duas consequências teóricas essenciais. Em primeiro lugar, o normal não seria definido pela lei, mas pela estrutura das relações sociais. Há uma norma pré-legal, que emana de uma ordem institucional fático-jurídica, e é isso que torna as previsões legais inteligíveis<sup>65</sup>. Dessa maneira, a lei se resume a instrumento de uma normalização do real que toma como norma aquilo que se pode depreender das relações vitais de um povo.

Em segundo lugar, a norma só encontra aplicação (1) desde que a situação não seja anormal e (2) somente enquanto o tipo normal que ela visa estabelecer e recompor perdure nos seus fundamentos – a ordem concreta de relações vitais condensada em instituições. Pode-se encontrar, através disso, a renovação do tema da exceção soberana, mas, aqui, alcançando plenamente a aplicação judicial do direito. Embora Schmitt não se refira ao estado de exceção textualmente na sua obra sobre os três modos de pensar o direito, os termos usados na passagem abaixo são extremamente semelhantes àqueles que definiam a soberania na *Teologia Política*,

---

<sup>65</sup> Schmitt afirma que “sabemos que la norma presupone una situación normal y tipos normales. Todo orden, tambien el “orden jurídico”, está ligado a conceptos normales concretos, los cuales no pueden ser deducidos de normas generales, sino que, por el contrario, las normas deben ser engendradas a partir de su propio orden y para su propio orden. Una regulacion legal presupone conceptos normales, que no se derivan de la regulacion legal: antes bien la normacion sin ellos se convierte en ininteligible, hasta tal punto que llega a ser imposible seguir hablando de “norma” (SCHMITT, 1996, p. 24).



o que, a um só tempo permite (1) observar novamente as continuidades entre as partes que constituem a obra do autor e (2) elaborar teoricamente acerca das relações entre Poder Judiciário e estado de exceção:

Una norma puede permitirse ser tan inviolable como quiera, ahora bien, rige para una situación solo en tanto en cuanto la situación no se haya convertido en totalmente anormal y solo hasta que el tipo concreto que se ha presupuesto como normal no haya desaparecido. La normalidad de la situación concreta, regulada por la norma, y del tipo concreto por ella supuesto, no es un presupuesto formal de la norma del que la ciencia jurídica puede prescindir, sino un dato jurídico intrínseco para la vigencia de la norma y una determinación normativa de la norma misma. Una norma pura, sin referencia a una situación y a un tipo de hecho, sería un absurdo jurídico. (SCHMITT, 1996, p. 25)

Schmitt se permite realizar uma afirmação histórica de longo alcance associada à passagem acima. Para ele, a “segurança”, a “certeza” e a “previsibilidade” que se atribuiu à teoria do direito e à legalidade do século XIX, não constituíam, na verdade, um atributo da própria norma, mas, sim, dos fatos, quer dizer, da “situação normal” e “relativamente estável” da Europa dos anos oitocentista (cf. SCHMITT, 1996, p. 36).

## 2.2 ACERCA DOS CRUZAMENTOS ENTRE ESTADO DE EXCEÇÃO E RAZÃO DE GOVERNO, A PARTIR DE SCHMITT

Os últimos parágrafos traziam consigo um propósito: a teoria do estado de exceção não pode ser examinada a partir de uma simples bipolaridade norma-decisão. A triangulação proposta por Schmitt para pensar o direito termina por revelar que, no excepcionamento da lei, tão importante quanto o sujeito que decide é o “sistema de coordenadas” de uma ordem no qual a decisão deve fundamentar-se. A exceção, portanto, é sempre um problema de (*decisão + ordem*) *x norma*.

É verdade que, para um antiliberal como Schmitt, crítico ao tecnicismo moderno, um “pensamento jurídico da ordem concreta” não traria como consequência a autonomia da esfera econômica, como ocorre sob a razão de governo. A sua “ordem concreta” de relações vitais rejeita o dualismo entre Estado e Sociedade Civil e, com isso, inclui, no conjunto que forma, as próprias instituições estatais e sua normatividade interna (ver SCHMITT, 1996, pp. 47 e ss.), sendo essa uma das diferenças fundamentais entre seu pensamento e a política liberal. Ao mesmo tempo, Schmitt nega a possibilidade de que o mercado possa, por si, fundamentar uma ordem concreta (FERREIRA, 2008, p. 344).

Os desdobramentos oferecidos ao pensamento de Schmitt, nesta tese, não lhe devem estrita fidelidade, precisamente porque não se trata de desenvolver uma análise schmittiana da justiça, mas de testar em que medida o autor possibilita uma compreensão mais precisa da aplicação do direito. Por isso, e apesar dos contornos específicos da crítica de Schmitt ao liberalismo, o que pretendo extrair da teoria schmittiana é precisamente a noção de que a decisão excepcional se nutre de um ordenamento social, do qual extrai seus fundamentos. Isso permitirá que, ao analisar os casos adiante, se fale não em um decisionismo puro e simples, mas em um *decisionismo governamental* – aquele que extrai seus fundamentos de uma razão e de uma ordem governamentais. O deslocamento do discurso jurídico do âmbito normativo para a relação decisão/ordem é uma marca típica do processo de governamentalização da justiça. É isso que faz emergir uma nova racionalidade jurídica e novos critérios de legitimação das decisões judiciais, situados à margem ou mesmo em contraponto à legalidade. A decisão judicial, nos casos que serão analisados nesta tese, pode opor-se à lei a partir de uma busca por articular-se com a ordem, e é a metodologia da exceção que operacionaliza essa manobra. A concepção instrumental das regras de direito positivo une exceção e governo, empiricizando o direito e fazendo funcionar um decisionismo governamental (forma concreta do par decisão/ordem oposto à norma) cujos limites parecem inteiramente indefinidos.

Pode soar ainda estranho ao leitor que sejam aproximados aspectos da obra de um jurista antiliberal, ligados à teoria do estado de exceção, de uma razão política liberal/neoliberal. Uma concepção linear da história costuma redundar em argumentos de baixo potencial explicativo: um processo político (como a governamentalização da justiça) não está subordinado a um movimento puro dos conceitos ou a uma coerência doutrinária; é, na verdade, *o resultado de apropriações, montagens e acoplamentos estratégicos que tem em vista instituir socialmente uma tecnologia de poder e um modo de subjetivação*. Por isso, é possível observar, pelo que se afirmou acima e pelo que se verá através dos casos adiante, como exceção e governo podem funcionar em conjunto, estrategicamente acoplados.

Mais do que isso, é preciso considerar que, já para Foucault (1999, p. 309), o nazismo generalizou o biopoder e a soberania (ou seja, seria um regime já inscrito na biopolítica, esta que tem como sua “condição de inteligibilidade” o liberalismo). Foucault igualmente argumentou contra o entendimento de que o nazismo teria representado uma estatização da sociedade. Ao contrário, para ele (FOUCAULT, 2008a, p. 264), o nazismo, enquanto uma governamentalidade de partido (aqui, o conceito de governamentalidade remete ao sentido mais amplo conferido por Foucault – ver Capítulo 1), faz a especificidade da esfera política recuar e,

pode-se dizer, insere-se no processo de governamentalização do Estado. Portanto, uma concepção binária, que afasta e opõe de maneira absoluta liberalismo e nazismo, é errônea.

Outra oposição que pode ser abordada através de Schmitt, além daquela entre a obra schmittiana e o liberalismo, gira em torno da superação do positivismo jurídico. Tendo Schmitt sustentado o regime hitlerista, é razoável simplesmente opô-lo ao pós-positivismo? É possível, ao tratar disso, escapar à oposição *nazismo x pós-positivismo*<sup>66</sup>? A rigor, não é fácil encontrar autor mais declaradamente antipositivista do que Carl Schmitt. Sua obra teórica é marcada pela oposição a Hans Kelsen e ao normativismo, chegando, em 1934, como se viu, a um confronto aberto com o formalismo jurídico em geral. Hoje, aliás, soa profética a afirmação schmittiana de que só restaram ao direito conceitos indeterminados, e a forma com que a teoria pós-positivista dos princípios é aplicada pelos tribunais parece confirmar essa hipótese. A força normativa das normas-princípio, na argumentação dos juízes, atua frequentemente como um vetor de indeterminação do direito, possibilitando que se inscreva no discurso jurídico, através da decisão, a racionalidade de governo. À indeterminação dos conceitos jurídicos promovida

---

<sup>66</sup> É necessário fazer aqui duas observações acerca do uso do termo *pós-positivismo* nesta tese. A primeira, ligada imediatamente ao parágrafo acima, diz respeito à suas origens, que remetem ao pós-guerra e que remetariam igualmente ao aprendizado com as experiências totalitárias. Para citar apenas duas referências nesse sentido, veja-se o que diz L. R. Barroso em artigo acadêmico: “A quadra atual é assinalada pela superação – ou, talvez, sublimação – dos modelos puros por um conjunto difuso e abrangente de idéias, agrupadas sob o rótulo genérico de pós-positivismo. (...) Em busca de objetividade científica, o positivismo equiparou o Direito à lei, afastou-o da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça e dominou o pensamento jurídico da primeira metade do século XX. Sua decadência é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, regimes que promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade. Ao fim da 2ª. Guerra, a ética e os valores começam a retornar ao Direito (...). O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de idéias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o Direito e a filosofia” (BARROSO, 2005, pp. 05-06). Já Lênio Streck (2009, p. 07) aponta que o “pós-positivismo deve ser entendido com o sentido de superação e não (mera) continuidade ou complementaridade. Pós-positivismo será compreendido, neste contexto, no interior do paradigma do Estado Democrático de Direito instituído pelo constitucionalismo compromissório e transformador social surgido no segundo pós-guerra, que é aquilo que vem sendo denominado de neoconstitucionalismo”. Assim, o pós-positivismo pode ser entendido genericamente como uma fase da teoria do direito marcada pela superação do positivismo especialmente a partir do pós-guerra, mas constitui, nesse sentido, um rótulo demasiadamente genérico, abrangente. A forma principal que toma o pós-positivismo é, como a passagem de Streck caracteriza, o neoconstitucionalismo. Com isso, quer-se dizer que, embora nem todo pós-positivismo implique em neoconstitucionalismo, este é a forma predominante assumida por aquele. Aqui, deve-se concordar com Barroso (2005, p. 07), quando ele afirma que os três processos essenciais que compõem esse novo constitucionalismo são: “a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional”. Alguns dos elementos teóricos essenciais, como visto nas passagens acima, que dão sustentação ao neoconstitucionalismo são: o conceito de força normativa da Constituição; a força normativa dos próprios princípios, encarados como espécies de normas; a distinção entre normas-princípio e normas-regra; a lei do sopesamento; a relativização da autonomia do direito perante a moral; e, com menor peso teórico, mas com enorme peso na jurisprudência brasileira, o conceito de mutação constitucional.

pela jurisdição neoconstitucional tem correspondido, portanto, um decisionismo de caráter governamental.

O que se quer dizer é que os princípios têm oferecido aos tribunais a chance de abrir uma fenda no discurso jurídico e, como toda fenda sugere uma sutura, esta é realizada através da decisão calcada na governamentalidade. Tal procedimento redefine a morfologia do direito. Quando – como veremos nos casos analisados – o recurso aos princípios (tais como “igualdade”, “proteção da ordem pública” e “interesse constitucional na efetividade da lei penal”, que, como todo princípio, guardam determinação acerca da sua aplicação sempre menor do que o fazem às regras) se articula a uma factualização do direito em contraponto a regras constitucionais, parece que o pós-positivismo schmittiano<sup>67</sup> e o pós-positivismo neoconstitucionalista, embora obviamente não sejam idênticos, não se encontram absolutamente distantes. Trata-se, ao fim e ao cabo, de um mesmo circuito, em que conceitos indeterminados são interpretados à luz de uma ordem, no interior de um sistema em que as regras podem ser afastadas em nome do fato. A maneira de organizar o triângulo *norma-decisão-ordem* é fundamentalmente semelhante. Nesse mesmo sentido, nos casos analisados nesta tese, o juiz, como *lei viva*, põe uma decisão que, tendo como referência os fenômenos de uma ordem-população e para resguardar a ordem constitucional, desaplica regras constitucionais, obtendo uma força-de-Constituição-sem-Constituição<sup>68</sup>.

Assim como a exceção soberana é factualizante e teleologizante, também o é, em certa escala, o neoconstitucionalismo pós-positivista. De um lado, há adeptos do consequencialismo jurídico que assumem expressamente ver, no uso da máxima neoconstitucional da proporcionalidade, uma assimilação à teoria da decisão de um raciocínio baseado em consequências. Pargendler e Salama (2013, pp. 117-118), professoras da FGV-SP, falam em uma “consequência” da decisão que seria a “ligação entre meio jurídico e fim normativo”, a partir de uma noção inteiramente instrumental ou tática da lei. Afirmam que “a aplicação do teste de proporcionalidade para solucionar conflitos entre princípios (...) incorpora à técnica decisional jurídica elementos tradicionalmente vistos como “extrajurídicos” e ligados às consequências de diferentes regimes”. Com isso, “a questão distintiva do sistema jurídico (...) – a diferenciação do lícito e do ilícito — tem sido respondida não somente pelo apelo à interpretação de normas abstratas, mas também com fundamento em juízos de causalidade

<sup>67</sup> Nas palavras de Schmitt (1996, p. 77), “en esa introduccion de un nuevo modo de pensar jurídico está contenido no un simple correctivo del actual metodo positivista, sino un transito a um nuevo modo de pensar jurídico, que se ajusta a las futuras comunidades, ordenes y formaciones de un nuevo siglo”.

<sup>68</sup> Aqui, são antecipados alguns conceitos agambenianos como a força-de-lei-sem-lei, que serão abordados no tópico seguinte.

sobre o efeito das normas no mundo dos fatos”. Os casos analisados nesta tese remetem a essa mesma tendência. Em um deles (Tópico 6.4), aliás, será visto como o teste de proporcionalidade se converte, literalmente, em uma análise de *custo x benefício*. Se isso ocorre de um lado, há, igualmente, adeptos do neoconstitucionalismo que indicam, como signo distintivo do pós-positivismo, a preocupação com as consequências das decisões<sup>69</sup>.

Não é inquietante, insistindo no desdobramento que se pode dar a Schmitt, que, no Brasil contemporâneo, o juiz ativo seja aquele que se identifica com sua comunidade (ou parte representativa dela) e seus sentimentos de justiça? Que ele seja, em uma palavra, um *cidadão*, comum, que se converte em herói justamente por sua conexão com os sentimentos de uma ordem-população? Seria essa a forma atual – e pós-positivista – da “igualdade de estirpe” schmittiana?

Por isso, o que conhecemos como pós-positivismo, suposto resultado de um aprendizado com as experiências totalitárias, talvez seja muito mais semelhante ao seu rival do que se pensava. Ou teriam, talvez, as democracias constitucionais simplesmente se apossado das armas do inimigo? De todo modo, como em toda luta teórica ou política, a resposta sobre quais armas se utilizam pode ser determinante para se compreender o caráter dos combatentes.

Para concluir este fragmento, é importante sublinhar que, ao falar da exceção soberana, Schmitt não está construindo sua análise tendo como referência uma decisão judicial, como é o caso deste trabalho. Para o autor, trata-se da suspensão *in toto* do ordenamento por um poder executivo – tais como intervenções federais, leis marciais e estado de sítio. Por outro lado, nos textos da década de 30, ao discutir a aplicação judicial do direito, Schmitt chega a termos semelhantes, embora não se dirija expressamente ao estado de exceção. Somando-se essas contribuições, são diversas as relações possíveis entre exceção, governo e a aplicação judicial do direito, e o que se buscou fazer nas últimas linhas desse tópico foi esboçar uma compreensão acerca de como esses três elementos podem entrelaçar-se.

Enfim, nem a regulamentação em direito positivo nem a separação dos poderes, do ponto de vista do jurista alemão, eliminam o problema da soberania-exceção; com eles, apenas

---

<sup>69</sup> Thomas Bustamante (2005, p. 29), pesquisador brasileiro dos temas da teoria da argumentação, sustentou que “a perspectiva autoreferencial que a ciência do direito assumia de acordo com o positivismo mostrou-se insustentável, haja vista que não se preocupava com as consequências das *interpretações de normas/decisões de casos*, pois o direito era definido independentemente de qualquer elemento Moral”. É curioso que, nessa passagem, não apenas o direito seja aproximado do consequencialismo sob o pós-positivismo, mas a própria Moral é praticamente identificada com um raciocínio orientado por consequências. Deve-se ressaltar, no entanto, que Thomas Bustamante atualmente adota posicionamentos diferentes, em termos de teoria do direito, quando contrastados com o período em que foi publicada a passagem citada. Isso não invalida a citação. Ao contrário, o fato de um pesquisador que se vinculava à obra de Robert Alexy realizar tal afirmação é revelador.

se prorroga a questão acerca de quem é o soberano<sup>70</sup>. E, a partir do momento em que o Judiciário se apresenta como o detentor da última palavra sob a tripartição dos poderes, ele assume cada vez mais a função soberana no sentido schmittiano. A discussão de uma enorme porção de conflitos sociais e problemas políticos esgota-se na justiça, e cabe ao juiz decidi-los, esteja essa jurisdição balizada pela semântica legal ou, ao contrário, excepcione-a e proclame uma crise, uma emergência. E, se Schmitt demonstra que o soberano produz a exceção, também deve ser útil, de outra parte, compreender como a exceção produz o soberano, ou melhor, como a competência para impor decisões de última instância conformam os sujeitos e as instituições que as devem tomar.

### 2.3 A ESTRUTURA TOPOLÓGICA DO ESTADO DE EXCEÇÃO: ZONA DE INDISTINÇÃO ENTRE DIREITO E FATO E A CONSTRUÇÃO POLÍTICO-DISCURSIVA DA EMERGÊNCIA

Enquanto, como se viu, para Schmitt, o estado de exceção diz respeito a suspensão *in toto* da Constituição, Giorgio Agamben trabalhará criticamente o conceito, de um modo que torna possível visualizar a produção de *estados de exceção* no interior das democracias modernas. A imagem schmittiana da exceção – embora deva ser complementada com os escritos da década de 30, como exposto no tópico anterior – sugere a suspensão completa da Constituição pelo Poder Executivo, o que chamarei aqui de um estado de exceção típico. Já através de Agamben, torna-se mais factível que se compreenda o estado de exceção de maneira atípica, ou seja, (1) posto por outros agentes estatais; (2) sem o reconhecimento formal expresso de sua instauração; e (3) atingindo apenas regiões específicas da atuação estatal

No entanto, essa não é a diferença mais marcante que se deve acentuar preliminarmente entre a perspectiva schmittiana e a agambeniana. Se Schmitt enfatiza elogiosamente a importância ou a indispensabilidade da exceção soberana, tomada como peça central da estrutura política, Agamben tecerá uma *teoria crítica do estado de exceção* que, em uma mão, reconhece o relevo histórico, jurídico e epistemológico do instituto para, na outra mão, apontar

---

<sup>70</sup> Ver, por exemplo: “si por medio de un control recíproco, por limitación de tiempo o como ocurre em la reglamentación del estado de sitio, mediante la enumeración de las facultades extraordinárias, se consigue delimitar estrictamente las facultades para los casos de excepción, lo único que se logra es relegar a segundo término, más no eliminar, el problema de la soberanía” (SCHMITT, 1998, p. 23). Ou ainda: “el concepto que todavía hoy predomina, el concepto de una soberanía del Estado que se opone a todos los demás sujetos de la soberanía, es muchas veces tan solo la delimitación de una *tergiversatio* del problema verdadero. (SCHMITT, 1985, p. 29)

os riscos da sua multiplicação nas sociedades democráticas. É assim que, a Agamben, será possível produzir uma crítica da política na qual o ponto central será indicar o quão totalitárias são nossas democracias, quer dizer, o quanto democracia e totalitarismo convivem e, sob a tensão que instauram, fazem funcionar os regimes políticos ocidentais (ver AGAMBEN, 2002, p. 18).

Gostaria, neste tópico da tese, de explorar duas questões principais – embora elas não se encontrem espacialmente separadas no decorrer do texto. Primeiro, trata-se de situar o conceito de *relação de exceção* em Agamben, a partir do qual a exceção soberana aparece como zona de indistinção entre direito e fato. Nela, a inclusão do fato no direito se dá às custas da suspensão da regra, ou seja, a norma se aplicaria ao caso excepcional desaplicando-se, sob a base de um paradoxo topológico que caracteriza o estado de exceção. Segundo, será explanado por que razões se deve compreender o estado de exceção como uma produção político-discursiva da soberania, algo que já foi levantado a partir da *Teologia Política* schmittiana. Complementarmente, apresenta-se o conceito de *vida nua*, ou seja, da vida que suporta o nexo entre direito e violência, o qual, adiante, será articulado ao conceito foucaultiano de *população*.

A obra de Giorgio Agamben é marcada por uma mudança de direção, que se manifesta na publicação de *Homo Sacer I – O poder soberano e a vida nua* (1995). No período que compreende os anos de 1970 a 1982, sua preocupação central havia sido o os temas da estética e da linguagem, através de *O homem sem conteúdo* (1970), *Estâncias* (1977), *Infância e História* (1978) e *A linguagem e a morte* (1982). Em passagens dessa última obra, emergia já uma preocupação com a política contemporânea, o que se expressa, por exemplo, em *A comunidade que vem* (1990)<sup>71</sup>. Essa tendência, que vai “da *poiesis* à *pólis*” (de acordo com Edgardo CASTRO, 2013, p. 06) é tornada definitiva exatamente com o início da série *Homo sacer*<sup>72</sup>, através da publicação de *Homo sacer I* (AGAMBEN, 2002). Neste capítulo da tese, serão exploradas com centralidade as duas obras agambenianas que desenvolveram com maior concentração e profundidade o problema do estado de exceção: exatamente o *Homo sacer I – O poder soberano e a vida nua* (1995) e *Estado de exceção – Homo sacer, II, 1* (2003). Isso não impedirá, no entanto, o diálogo com outras obras do autor. Outro volume da série *Homo*

<sup>71</sup> Ao mesmo tempo, a publicação de uma série de escritos, produto das reflexões de Agamben (2015) entre 1990 e 1995, sob a forma da obra *Meios sem fim* (1996) ilustra também esse mesmo deslocamento.

<sup>72</sup> A série *Homo sacer* consiste, até o momento, nas seguintes obras: *Homo sacer I – Homo sacer: O poder soberano e a vida nua* (1995); *Homo sacer II, 1 – Estado de exceção* (2003); *Homo sacer II, 2 – O reino e a glória: para uma genealogia teológica da economia e do governo* (2007); *Homo Sacer II, 3: O sacramento da linguagem: arqueologia do juramento* (2008); *Homo sacer II, 5 – Opus Dei: arqueologia do ofício* (2012); *Homo sacer III – O que resta de Auschwitz* (1998); *Homo sacer IV, 5 – Altíssima pobreza: regras monásticas e formas de vida* (2011).

*sacer*, intitulada *O Reino e a Glória*, já foi explorado, em certa medida, no Capítulo 1 do presente trabalho.

### 2.3.1 A relação de exceção em Agamben, a partir de *Homo Sacer I*

Em *Homo sacer I*, Agamben explora pela primeira vez o par soberania-exceção e inicia a exposição do tema demonstrando a maneira como a exceção soberana consiste num processo de *interiorização*. Agamben vê, portanto, na dicotomia inclusão-exclusão o ponto de partida para a problematização da questão. “A exceção”, diz ele, “segundo o étimo, é capturada fora (*ex capere*)” (AGAMBEN, 2002, p. 25). No entanto, não se trata de pura inclusão do externo: a relação de exceção soberana, ao envolver direito e fato, pressupõe necessariamente a suspensão do ordenamento, o que significa que “a norma se aplica à exceção desaplicando-se desta” (AGAMBEN, 2002, p. 26).

Agamben aponta a existência, no problema da relação inclusão-exclusão que marca a relação de exceção, de um paradoxo topológico, observando, para isso, especialmente o Schmitt da *Teologia Política*. Ao fazer referência à passagem aqui já citada, na qual Schmitt afirma que o soberano está dentro e fora do ordenamento jurídico, ou melhor, que sob a exceção, o soberano “cae, pues, fuera del orden jurídico normalmente vigente sin dejar por ello de pertenecer a él (SCHMITT, 1998, p. 17), Agamben aceita o desafio schmittiano de tomar a exceção como conceito-limite com amplo potencial explicativo sobre a forma jurídica.

Em *Homo sacer I*, esse é o fio condutor da reflexão sobre o estado de exceção, a partir do qual Agamben não apenas afirma que a exceção passa a converter-se em regra (AGAMBEN, 2002, p. 16), o que se ligará a sua afirmação de um estado de exceção permanente (AGAMBEN, 2004, p. 131), mas também indica que a exceção, longe de ser um problema secundário ou accidental ao direito, é, na verdade, aquilo que o define, ao menos em nosso tempo<sup>73</sup>. Ou seja: o

---

<sup>73</sup> Ao menos desde a origem da forma soberana até o nosso tempo, pois, ao final da obra *Estado de Exceção*, Agamben sustenta que a ligação entre direito e vida mantida pelo estado de exceção, embora eficaz, é fictícia e, portanto, politicamente substituível (AGAMBEN, 2004, pp. 131 e ss.), assim como, em *Homo sacer I*, aparece afirmação semelhante (AGAMBEN, 2002, p. 63). Ou seja, é possível pensar um direito para além da exceção segundo o autor, embora diversas passagens tanto de *Homo sacer I* como de *Estado de exceção*, as quais ligam forma jurídica e exceção de maneira radical, sugiram o contrário, tais como “a exceção é a forma originária do direito” (AGAMBEN, 2002, p. 33) ou ainda “o direito não possui outra vida além daquela que consegue capturar dentro de si através da exclusão inclusiva da *exceptio*: ele se nutre dela e, sem ela, é letra morta” (AGAMBEN, 2002, p. 34). Para Agamben, ao projetar alternativas críticas ao estado de exceção permanente, a ligação entre direito e vida, fictícia, deve encontrar resistência através da recuperação da política: “A política sofreu um eclipse duradouro porque foi contaminada pelo direito, concebendo-se a si mesma, no melhor dos casos, como poder constituinte (isto é, violência que põe o direito), quando não se reduz simplesmente a poder de negociar com o direito. Ao contrário, verdadeiramente política é apenas aquela ação que corta o nexo entre violência e direito. E somente a partir do espaço que assim se abre, e que será possível colocar a questão a respeito de um eventual uso



direito é definido por uma articulação/indistinção entre regra e exceção, inclusão e exclusão, direito e fato, fenômeno que representa o desafio último a toda elaboração da filosofia do direito – esta que, longe de negar a exceção soberana, transitou pelas mais variadas maneiras de justificá-la, não obstante as aporias que inevitavelmente cercavam essa produção teórica. “Que o ordenamento jurídico-político”, afirma Agamben, “tenha a estrutura de uma inclusão daquilo que é, ao mesmo tempo, expulso, tem sido frequentemente observado” (AGAMBEN, 2002, p. 25).

Aqui, cabem alguns comentários acerca da tese agambeniana segundo a qual o nosso tempo histórico é marcada por um estado de exceção permanente. Essa tese, que tem como inspiração fundamental a oitava tese benjaminiana sobre o conceito de história<sup>74</sup>, só é devidamente lida quando se compreende que, para o autor, trata-se de um processo histórico-social no qual a exceção se confunde cada vez mais com a regra e ambas se tornam indistinguíveis. Não se trata, portanto, de uma simples superação da regra pela exceção, mas de uma tensão/articulação/indiscernibilidade crescente entre ambas – que, é verdade, tende a culminar, para Agamben, com a conversão da exceção em regra, o que, ainda assim, obviamente, não eliminaria a concorrência igualmente permanente entre ambas. O próprio Agamben afirma que há “um processo pelo qual a exceção se torna em todos os lugares a regra” (AGAMBEN, 2002, p. 16, grifo nosso). Essa observação é importante porque, adiante, tratarei da forma como a governamentalidade articula regra e exceção sob um uso tático de sua alternância, o que significa que o governo tem a própria indistinção entre regra e exceção como um instrumento para incidir sobre um conjunto de viventes.

Retornando-se ao paradoxo topológico da exceção soberana, Agamben tenta extrair o que chama de seu “sentido último”, afirmando que

---

do direito apos a desativação do dispositivo que, no estado de exceção, o ligava à vida” (AGAMBEN, 2004, p. 133). Com isso, o direito seria objeto de um novo uso, uma vez que “ao desmascaramento da violência mítico-jurídica operado pela violência pura corresponde, no ensaio sobre Kafka, como uma espécie de resíduo, a imagem enigmática de um direito que não é mais praticado mas apenas estudado. Ainda há, portanto, uma figura possível do direito depois da deposição de seu vínculo com a violência e o poder; porém, trata-se de um direito que não tem mais força nem aplicação, como aquele em cujo estudo mergulha o “novo advogado” folheando “os nossos velhos códigos”; ou como aquele que Foucault talvez tivesse em mente quando falava de um “novo direito”, livre de toda disciplina e de toda relação com a soberania” (AGAMBEN, 2004, p. 97).

<sup>74</sup> Segundo Benjamin, (2012, p. 13), “a tradição dos oprimidos ensina-nos que o “estado de exceção” em que vivemos é a regra. Temos de chegar a um conceito de história que corresponda a essa ideia. Só então se perfilará diante dos nossos olhos, como nossa tarefa, a necessidade de provocar o verdadeiro estado de exceção; e assim a nossa posição na luta contra o fascismo melhorará. A hipótese de ele se afirmar reside em grande parte no fato de os seus opositores o verem como uma norma histórica, em nome do progresso. O espanto por as coisas a que assistimos “ainda” poderem ser assim no século vinte não é um espanto filosófico. Ele não está no início de um processo de conhecimento, a não ser o de que a ideia de história de onde provém não é sustentável.”

A situação, que vem a ser criada na exceção, possui, portanto, este particular, de não poder ser definida nem como uma situação de fato, nem como uma situação de direito, mas institui entre estas um paradoxal limiar de indiferença. Não é um fato, porque é criado apenas pela suspensão da norma; mas, pela mesma razão, não é nem ao menos um caso jurídico, ainda que abra a possibilidade de vigência da lei. É este o sentido último do paradoxo formulado por Schmitt, quando escreve que a decisão soberana “demonstra não ter necessidade do direito para criar o direito”. Na exceção soberana trata-se, na verdade, não tanto de controlar ou neutralizar o excesso, quanto, antes de tudo, de criar e definir o próprio espaço no qual a ordem jurídico-política pode ter valor. Ela é, neste sentido, a localização (*Ortung*) fundamental, que não se limita a distinguir o que está dentro e o que está fora, a situação normal e o caos, mas traça entre eles um limiar (o estado de exceção) a partir do qual interno e externo entram naquelas complexas relações topológicas que tornam possível a validade do ordenamento. (AGAMBEN, 2002, p. 27)

Essa passagem permite fixar algumas questões. Em primeiro lugar, é preciso dizer que Agamben expressa de maneiras diversas aquilo que considera o resultado de sua pesquisa acerca da localização (topologia) da exceção. Ao falar da indistinção (*indistinzione*) entre direito e fato, fala também da não diferenciação entre regra e exceção, caos e situação normal, externo e interno, direito e vida, lógica e práxis, natureza e cultura, *bíos* e *zoé*, direito e violência, direito e vida, estado de natureza e estado de direito, *nómos* e *physis*, democracia e absolutismo (AGAMBEN, 2002; 2004). Isso configura não um problema terminológico, mas a própria tentativa do autor de apresentar o estatuto do estado de exceção na vida social e de demonstrar o alcance explicativo que o conceito pode ter. No entanto, é a indistinção entre direito e fato aquela à qual recorrerei neste trabalho de maneira mais frequente, como se verá a partir da análise dos casos. Agamben passa por ela em diversos trechos (ver, por exemplo, AGAMBEN, 2002, p. 16; AGAMBEN, 2002, pp. 27; AGAMBEN, 2002, pp. 32; AGAMBEN, 2004, pp. 12; AGAMBEN, 2004, p. 14; AGAMBEN, 2004, p. 42; AGAMBEN, 2004, p. 46), dando-lhe lugar privilegiado na citação feita acima.

Dito isso, o primeiro fator decisivo da passagem citada é que, para Agamben, a exceção não é pura factualidade. Agamben, ao falar da obra de Schmitt, não apenas a reconhece como “a tentativa mais rigorosa de construir uma teoria do estado de exceção” (AGAMBEN, 2004, p. 54), como encontra nela a finalidade de estabelecer exatamente o elo entre estado de exceção e ordem jurídica (AGAMBEN, 2004, p. 55). Realmente, na sua *Teologia Política*, Schmitt critica acidamente o entendimento, comum aos juristas liberais, segundo o qual se deve tratar o caso excepcional como problema extrajurídico ou puramente de fato. A isso, contrapõe a importância da tematização jurídica do excepcional, a partir do qual se faria possível compreender a própria regra (SCHMITT, 1998, p. 27).

No fundo, o problema de exceção não remete a uma factualidade estrita, mas à própria indistinção entre a norma a aplicar e o fato alegadamente excepcional ou, na linguagem schmittiana, o “caso de necessidade”. É que a *exceptio* pressupõe sempre a dimensão jurídica de suspensão da norma, ou seja, há sempre uma relação entre exceção e regra. Ao mesmo tempo, o que se produz através da exceção é direito, quer dizer, o soberano produz direito sem ter direito, nos termos schmittianos. A isso, adiciona-se um terceiro elemento: o texto agambeniano indica que a emergência, a partir do momento em que a exceção “cria” e “define” o “próprio espaço no qual a ordem jurídica pode ter valor”, é ela mesma uma produção soberana. Ou seja, não há uma existência pura do fato à qual o soberano se curva: ao contrário o soberano produz a exceção precisamente porque toda emergência – quer dizer, a qualificação da situação de fato como caso de necessidade – é também, ela mesma, uma produção político-discursiva da soberania. A partir do momento em que se indiferenciam “o que está dentro e o que está fora” do direito, mas especialmente a “situação normal e o caos”, abre-se ao poder instituído um campo aberto à multiplicação dos discursos aptos a produzir dispositivos de exceção, uma vez que se esfumam as fronteiras existentes entre normalidade e emergência.

Por outro lado, e de maneira mais evidente, ao desafiar a distinção entre interno e externo no direito, a exceção também não se apresenta como simples “situação de direito”. Ao aplicar a norma desaplicando-a, a função soberana obviamente não pode ser reduzida ao caso jurídico comum, em que é possível vislumbrar os limites (o interno e o externo) do ordenamento jurídico. O que a exceção soberana institui, como saldo, é precisamente essa indiscernibilidade entre direito e fato. Trata-se, portanto, não de direito ou de fato, mas de um limiar de indiferença entre ambos, no qual *jus* e *factum* confundem-se e conformam um patamar de “indecidibilidade” (AGAMBEN, 2002, p. 61).

Em diversos momentos deste trabalho, falarei de uma exceção que factualiza os problemas jurídicos. Não há contradição entre esse tipo de afirmação e o que foi dito acima. Isso porque, embora a exceção não elimine os elementos jurídicos em nome dos elementos de fato, seu funcionamento requer que, para promover a suspensão do ordenamento, a factualidade seja alçada a novo patamar na discursividade do direito. Em outras palavras, o dispositivo da exceção, para promover a indistinção entre direito e fato, requer que os elementos discursivos ancorados nos elementos factuais sejam objeto de extraordinária valorização, a ponto de a norma aplicar-se desaplicando-se. Isso resulta numa intensa *factualização do direito e do discurso jurídico*, como se verá através da análise dos casos adiante.

Ainda sobre a topologia da exceção, Agamben expõe como conclusões parciais, em *Homo sacer I*, que o estado de exceção é o princípio de toda localização jurídica, ao definir,

pela indiscernibilidade (*indiscernibilitá*), a relação entre o externo e o interno no direito, ou seja, “a decisão soberana sobre a exceção é a estrutura político-jurídica originária, a partir da qual somente aquilo que é incluído no ordenamento e aquilo que é excluído dele adquirem seu sentido” (AGAMBEN, 2002, p. 27). Isso significa que o problema da relação interno-externo no direito não é solucionado pelo estabelecimento de limites que os separam, mas é determinado exatamente pela indeterminação, a qual permite ao poder soberano atuar numa zona em que normatividade e anomia se articulam.

Por outro lado, o estado de exceção é, ele mesmo, “essencialmente, ilocalizável (ainda que se possa de quando em quando atribuir-lhe limites espaço-temporais definidos)” (AGAMBEN, 2002, p. 27), quer dizer, ao mesmo tempo em que define a localização do direito – a topologia jurídica – pela indiscernibilidade de suas fronteiras, a exceção está, ela própria, imune a qualquer esforço de localização – embora Agamben afirme adiante que o campo consistiu numa tentativa de conferir uma localização clara a esse ilocalizável que caracteriza a exceção (AGAMBEN, 2002, p. 27). O que Agamben parece tematizar aí é que, sob a forma política da soberania, a exceção é indomável, não se podendo conhecer de antemão o objeto e as hipóteses de sua incidência. A soberania pressupõe a produção e multiplicação da *exceptio*, que é, pela sua própria natureza e em última instância, indeterminada e contingente quando observada abstratamente.

Na passagem abaixo, após fazer considerações sob a base de uma proximidade entre o direito e a linguagem e apresentar os conceitos de inclusão/apresentação e pertencimento/representação na forma como são tratados por Alan Badiou, Agamben tenta explicar por que a exceção soberana representa uma indiscernibilidade entre inclusão sem pertencimento e pertencimento sem inclusão. Essa é mais uma forma através da qual Agamben busca decifrar a estrutura topológica do seu objeto. Na medida em que a exceção não pertence ao ordenamento jurídico e é nele incluída (o que, nos termos de Badiou, configuraria uma apresentação sem representação e o que Agamben chama, em outras passagens, de uma exclusão inclusiva, que caracteriza a relação de exceção); e, na medida em que pertence a algo exterior ao ordenamento, o que pressupõe o pertencimento a um conjunto no qual a inclusão ou representação é inviável – o que conforma não só o que Badiou chamou de singularidade, mas uma “singularidade irrepresentável”, nos termos de Agamben; na medida em que isso ocorre, articulam-se e indiferenciam-se *excrecência* (inclusão – da exceção na ordem jurídica – sem pertencimento) e *singularidade* (pertencimento – a algo exterior a ordem jurídica – sem inclusão).

Poderíamos pensar, à primeira vista, que ela se encaixe no terceiro caso, ou seja, que a exceção configure uma forma de pertencimento sem inclusão. E assim é certamente do ponto de vista de Badiou. Mas o que define o caráter da pretensão soberana é precisamente que ela se aplica a exceção desaplicando-se, que ela inclui aquilo que está fora dela. A exceção soberana é, então, a figura em que a singularidade é representada como tal, ou seja, enquanto irrepresentável. Aquilo que não pode ser em nenhum caso incluído vem a ser incluído na forma da exceção. No esquema de Badiou ela introduz uma quarta figura, um limiar de indiferença entre excrescência (representação sem apresentação) e singularidade (apresentação sem representação), algo como uma paradoxal inclusão do pertencimento mesmo. *Ela é aquilo que não pode ser incluído no todo ao qual pertence e não pode pertencer ao conjunto no qual esta desde sempre incluída.* O que emerge nesta figura-limite é a crise radical de toda possibilidade de distinguir com clareza entre pertencimento e inclusão, entre o que está fora e o que está dentro, entre exceção e norma. (AGAMBEN, 2002, p. 32)

Penso, a partir dos casos analisados nesta tese, que a indistinção entre interno e externo no direito tem duas dimensões: uma dimensão normativa e uma dimensão epistêmica. Na dimensão normativa, aquilo que era externa ao direito e remetia ao plano do fato é internalizado ao ordenamento pela exceção – assim, por exemplo, a prisão em segunda instância para o cumprimento da pena ou o julgamento de parlamentar federal nas infrações penais comuns por órgão judicial de primeira instância. Já na dimensão epistêmica, é o próprio discurso jurídico que tem seus limites – e, portanto, a relação interno-externo – reconfigurada a partir de sua indeterminação. O discurso jurídico assimila, por essa via, os elementos de uma racionalidade governamental em detrimento do discurso jurídico baseado na semântica das normas de direito positivo.

Retornando aos termos de Agamben e como visto através da obra de Schmitt no tópico anterior, o paradoxo da soberania significa, mais concretamente, um paradoxo da decisão soberana. Ao tecer comentários sobre o conceito schmittiano de *decisão*, bem como sobre a ideia de Schmitt segundo a qual uma norma, para ser aplicada, carece de uma “estruturação normal das relações de vida”, Agamben destaca algo que será particularmente útil a este trabalho e que já foi delineado no tópico 2.1. Se a norma visa *normalizar*, sua aplicação só faz sentido quando esse seu fim – um pressuposto implícito ao processo de aplicação do direito – puder ser alcançado. Quando, à aplicação da norma, precede uma medida normalizadora que possibilite restabelecer as condições regulares em que a eficácia da norma pode ter lugar, emerge o estado de exceção. Isso é importante porque, tendo em vista o modo de normalização governamental (Capítulo 1), o governo pode atuar tanto através da lei como através da exceção. O que será decisivo, para tanto, é aquilo que se entende necessário à regulação normalizadora de uma ordem-população.

A decisão não concerne nem a uma *quaestio iuris* nem a uma *quaestio facti*, mas à própria relação entre o direito e o fato. Não se trata aqui apenas, como Schmitt parece sugerir, da irrupção da “vida efetiva” que, na exceção, “rompe a crosta de um mecanismo enrijecido na repetição”, mas de algo que concerne à natureza mais íntima da lei. O direito tem caráter normativo, é “norma” (no sentido próprio de “esquadro”) não porque comanda e prescreve, mas enquanto deve, antes de mais nada, criar o âmbito da própria referência na vida real, normalizá-la. (AGAMBEN, 2002, p. 33)

Essa é a configuração da relação entre direito e vida sob a soberania. Tendo a exceção como seu ponto de articulação e indistinção, não há direito que exista sem uma referência permanente à vitalidade social, inclusive com a possibilidade de suspensão do ordenamento concomitante à inclusão da vida no direito: “o direito”, nos termos de Agamben, “não possui outra vida além daquela que consegue capturar dentro de si através da exclusão inclusiva da *exceptio*: ele se nutre dela e, sem ela, é letra morta” (AGAMBEN, 2002, p. 34).

O tratamento do conceito de decisão fará com que Agamben note que a *indistinção* entre interno e externo da *exceptio* conduz necessariamente a uma *indecidibilidade*. A indiferença entre direito e fato subsiste até o momento da decisão, e o que ocorre então é um esfumaçamento dos próprios critérios que, do ponto de vista lógico, a organizariam e a fundamentariam. Uma vez que o direito não é só regra, mas também exceção, toda decisão é decisão sobre o indeterminado, o indiscernível, o indecível, não havendo como, pela própria estrutura soberana, escapar desse paradoxo.

A estrutura “soberana” da lei, o seu particular e original “vigor” tem a forma de um estado de exceção, em que fato e direito são indistinguíveis (e devem, todavia, ser decididos) (...). A decisão soberana traça e de tanto em tanto renova este limiar de indiferença entre o externo e o interno, exclusão e inclusão, *nómos* e *physis*, em que a vida é originariamente excepcionada no direito. A sua decisão é a colocação de um indecível. (AGAMBEN, 2002, p. 34)

A noção de indecidibilidade, presente em Agamben, remete à obra de Walter Benjamin (*Unentscheidbarkeit*), como o demonstra o retrato que o autor italiano faz, em *Estado de exceção*, da polêmica Benjamin-Schmitt em torno da soberania (AGAMBEN, 2004, pp. 83-98). É no seu ensaio de 1921 intitulado *Para uma crítica da violência – Zur Kritik der Gewalt* (BENJAMIN, 2013, pp. 121-156) – e nos seus escritos sobre o drama barroco alemão (BENJAMIN, 1984, pp. 94 e ss.) que Benjamin retrata uma “aporia” ligada à “experiência estranha e, de início, desanimadora da indecidibilidade última de todos os problemas do direito”

(BENJAMIN, 2013, p. 146) e descreve um *soberano indeciso*<sup>75</sup>. Agamben extrai do texto benjaminiano uma verdadeira “teoria da indecisão soberana”, a partir da qual “o soberano barroco está, constitutivamente, na impossibilidade de decidir” (AGAMBEN, 2004, p. 87). A consequência disso é que, ao invés do milagre de Schmitt<sup>76</sup> (1998, pp. 54-55) – sob a sua “sociologia dos conceitos jurídicos”, na qual os conceitos políticos representam uma secularização de conceitos teológicos – o estado de exceção corresponde à catástrofe escatológica<sup>77</sup> em Walter Benjamin (BENJAMIN, 1984, p. 89; AGAMBEN, 2004, p. 88).

Argumentarei, a partir deste capítulo e dos casos que serão analisados, que a indecidibilidade entre direito e vida não é eliminada na decisão de tipo judicial. Penso, na verdade, que, na aplicação do direito pelo Poder Judiciário, o paradoxo da soberania é levado a um limite sem igual – ou, para usar uma expressão agambeniana, a um limiar ulterior. É que, a partir do momento em que a instituição à qual caberia, por excelência, fazer valer o ordenamento, o suspende; a partir do momento em que aquela que seria a mais *decidível* das decisões, pois amparada no direito positivo, mostra-se também indecidível; a partir do momento em que isso ocorre, a indecidibilidade demonstra funcionar como fundamento a partir do qual se organiza efetivamente toda o poder, toda a soberania.

Uma forma através da qual Agamben busca condensar conceitualmente os resultados de sua pesquisa topológica sobre o estado de exceção é sua representação como uma “zona topológica de indistinção” ou como uma “figura topológica complexa” na qual “não só a exceção e a regra, mas até mesmo o estado de natureza e o estado de direito, o fora e o dentro transitam um pelo outro” (AGAMBEN, 2002, p. 44). O que se configura é uma “localização deslocante” que integra o sistema político<sup>78</sup> e, ao mesmo tempo, o excede, “na qual toda forma

---

<sup>75</sup> Nos termos de Benjamin, “a antítese entre o poder do governante e sua capacidade de governar conduziu, no drama barroco, a um traço próprio, mas que só aparentemente é característico do gênero, e que só pode ser explicado à luz da doutrina da soberania. Trata-se da indecisão do tirano. O Príncipe, que durante o estado de exceção tem a responsabilidade de decidir, revela-se, na primeira oportunidade, quase inteiramente incapacitado para fazê-lo” (BENJAMIN, 1984, p. 94).

<sup>76</sup> A analogia entre estado de exceção e milagre é tecida por Schmitt a partir do ponto que as unifica: a suspensão das leis – num caso, naturais; no outro, jurídicas: “todos los conceptos sobresalientes de la moderna teoría del Estado son conceptos teológicos secularizados. Lo cual es cierto no sólo por razón de su desenvolvimiento histórico, en cuanto vinieron de la Teología a la teoría del Estado, convirtiéndose, por ejemplo, el Dios omnipotente en el legislador todopoderoso, sino también por razón de su estructura sistemática, cuyo conocimiento es imprescindible para la consideración sociológica de estos conceptos. El estado excepcional tiene en la Jurisprudencia análoga significación que el milagro en la Teología” (SCHMITT, 1998, p. 54).

<sup>77</sup> Nos termos de Benjamin (1984, p. 89): “no pensamento teológico-jurídico, tão característico do século, manifesta-se o efeito de retardamento provocado por uma superexcitação do desejo de transcendência, que está na raiz dos acentos provocativamente mundanos e imanentistas do Barroco. Pois ele está obcecado pela idéia da catástrofe, como antítese ao ideal histórico da Restauração. É sobre essa antítese que se constrói a teoria do estado de exceção”.

<sup>78</sup> Agamben chega à noção de uma exceção como localização deslocante a partir da análise da estrutura dos campos de concentração em *Homo sacer I*.

de vida e toda norma podem virtualmente ser capturadas” (AGAMBEN, 2002, p. 182). Trata-se de um “estar-fora e, ao mesmo tempo, pertencer”, de um “oxímoro êxtase-pertencimento”<sup>79</sup> (AGAMBEN, 2004, p. 57).

A relação de exceção aparece ainda definida, para o autor, como uma *relação de bando* (expressão extraída da obra de Jean-Luc Nancy), que se refere à “potência (...) da lei de manter-se na própria privação, de aplicar-se desaplicando” (AGAMBEN, 2002, p. 36). O uso do termo *bando* tem raiz em seu uso germânico<sup>80</sup>, que designaria tanto o banimento – “exclusão da comunidade” (AGAMBEN, 2002, p. 36) – como o comando soberano. O banido estaria, sempre, numa relação de *abandono* com a lei, o que significa que sua relação com o direito é definida pela indeterminação entre interno e externo. A vida abandonada pela legalidade é aquela sujeita ao limiar entre direito e violência e, assim, à decisão soberana (cf. AGAMBEN, 2002, p. 36).

Também enquanto parte dos resultados da pesquisa realizada pelo autor italiano, a partir da oposição/articulação entre estado de natureza e estado de direito que constitui o estado de exceção, Agamben soma uma representação gráfica que ajuda a esclarecer as conclusões de sua investigação:

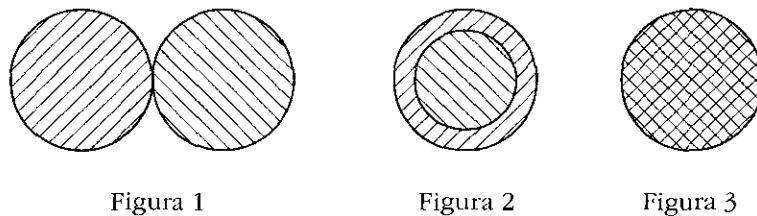


Imagem retirada de Agamben (2002, p. 44)

Os círculos que compõem a Figura 1 representariam o estado de direito e o estado de natureza, completamente diferenciados. Como, para Agamben, a partir especialmente da leitura de Leo Strauss e Hobbes, o estado de natureza aparece não como algo externo e anterior ao poder soberano, mas como um “princípio interno” ao Estado ou como o “ser-em-potência” do direito (AGAMBEN, 2002, p. 42), a Figura 2 representa essa convivência/articulação entre

<sup>79</sup> Em *Estado de exceção*, Agamben, em alusão ao paradoxo schmittiano, afirma: “*estar-fora e, ao mesmo tempo, pertencer*: tal é a estrutura topológica do estado de exceção e apenas porque o soberano que decide sobre a exceção é, na realidade, logicamente definido por ela em seu ser, é que ele pode também ser definido pelo oxímoro êxtase-pertencimento” (AGAMBEN, 2004, p. 57).

<sup>80</sup> Agamben (2002, p. 36) apresenta ainda que, sob o uso italiano do “bando”, o termo denota tanto a situação daquele que está “à mercê de” quanto um modo livre de relação (“livremente”). Assim, o abandonado pela lei é aquele que está, paradoxalmente, dentro e fora, subordinado e livre da regra jurídica.



estado de natureza e estado de direito produzida pelo estado de exceção. Já na Figura 3, tem-se a representação da completa indeterminação entre direito e violência, a qual teria lugar a partir da conversão da exceção em regra sob a forma de um estado de exceção permanente (cf. AGAMBEN, 2002, p. 44).

Ainda em *Homo sacer I*, Agamben busca compreender de que maneira tais conclusões permitem uma apreciação crítica da lei ou da “forma de lei” (AGAMBEN, 2002, p. 57). O autor o faz tendo como ponto de partida o exame das interpretações por Walter Benjamin e Gershom Scholem da parábola kafkiana *Diante da Lei* e, de modo geral, da obra *O Processo*, na qual a parábola está inserida<sup>81</sup>. Agamben as decompõe em quatro elementos. Através de Scholem, a lei aparece, no estado de exceção, sob uma “vigência sem significado” ou “*Geltung ohne Bedeutung*” (AGAMBEN, 2002, p. 61), que deve ser compreendida como “um manter-se da pura forma de lei além do seu conteúdo” (AGAMBEN, 2002, p. 61). Já para Benjamin, o estado de exceção converteu-se em regra. A exceção coincidiria com a própria consumação da lei, a partir da sua indiscernibilidade perante a vida (cf. AGAMBEN, 2002, p. 61).

A ideia de uma lei que vige sem significar complementa a noção de um direito que aplica desaplicando-se. Ela permite perceber os impasses lógicos que a exceção encontra e, no entanto, supera, sem dissolvê-los. A regra subsiste apenas sob a pura forma de lei quando a indecidibilidade entre interno e externo no direito permite que sua aplicação a certo caso coincida com sua suspensão. A suspensão da lei, no estado de exceção, em consonância com o que já foi dito, obviamente não é invalidação ou a ruptura com a vigência do direito positivo. Trata-se tão somente de afastamento excepcional da regra, em nome da necessidade imposta pelo imperativo de conservação da ordem. É precisamente aí que se situa a aporia fundamental da juridicidade, sob a perspectiva agambeniana, que termina por unir, em última instância, a execução da lei e a sua transgressão (AGAMBEN, 2002, p. 65): “a lei se afirma com mais força justamente no ponto em que não prescreve mais nada” (AGAMBEN, 2002, p. 57).

### **2.3.2 A relação de exceção em Agamben, a partir de *Homo sacer II, 1***

Em *Estado de exceção – Homo sacer II, 1* (2003), Agamben (2004) inicia sua exposição a partir da reafirmação da tese do estado de exceção permanente e, novamente, a partir de citações a Schmitt – no caso, de seu conceito de soberania (AGAMBEN, 2004, pp. 11-12). Mais uma vez, portanto, o exame crítico da obra do jurista alemão será um ponto de referência

---

<sup>81</sup> A parábola está contida num diálogo entre Joseph K. e o capelão do presídio (KAFKA, 1997, pp. 184 e ss.).

essencial, não só na abertura, mas ao longo de todo o texto – em especial a *Teologia Política* schmittiana. Além disso, Agamben continua tratando sua pesquisa, em última instância, como uma investigação acerca da topologia do estado de exceção, ao afirmar que, “em todo caso”, compreender a exceção “pressupõe uma correta determinação de sua localização (ou de sua deslocalização)” e que “o conflito a respeito do estado de exceção apresenta-se essencialmente como uma disputa sobre o *locus* que lhe cabe” (AGAMBEN, 2004, p. 39).

Agamben atribui ao primeiro capítulo do livro o título *O estado de exceção como paradigma de governo* (AGAMBEN, 2004, p. 11). É o próprio Agamben (2014, p. 25), em outro texto, que esclarece que o termo *governo* não é aí utilizado à toa: embora Agamben, inspirado em Foucault, trate o governo, na maioria das vezes, como “condução de condutas” (trata-se do sentido mais geral atribuído por Foucault, conforme a diferenciação feita no capítulo 1), sua obra sugere a reflexão sobre a exceção como técnica da arte liberal e neoliberal de governar – ou seja, é possível, através dela, relacionar a exceção soberana e a governamentalidade em sentido estrito.

Embora o próprio Agamben não ofereça muitos desdobramentos expressos em relação a esse tema, como se pode perceber pela leitura de seu *O reino e a glória* (AGAMBEN, 2011), ele não deixa de demarcar o ponto central da questão: “os paradigmas do governo e do estado de exceção coincidem na ideia de uma *oikonomia*, de uma práxis gerencial que governa o curso das coisas, adaptando-se a cada vez, em seu intento salvífico, à natureza da situação concreta com que deve medir forças” (AGAMBEN, 2011, p. 37). Trata-se precisamente do que foi afirmado nesta tese quando do tratamento da regra técnico-objetiva de ação schmittiana: através da atuação concretíssima sobre uma corrente causal de acontecimentos que configuram os fatos de uma ordem-população, cria-se uma ampla zona de intersecção entre soberania-exceção e a racionalidade governamental.

Ao mesmo tempo, a afirmação de um estado de exceção como paradigma de governo remete à própria forma como Agamben trabalhou o conceito metodológico de *paradigma*. Ele se refere explicitamente ao estado de exceção enquanto um conceito por ele abordado sob essa perspectiva, “cuya función era la de constituir y hacer inteligible la totalidad de un contexto histórico-problemático más vasto” (AGAMBEN, 2010, p. 11). O paradigma torna compreensível “una serie de fenómenos cuyo parentesco se le había escapado o podía escapar a la mirada del historiador” (AGAMBEN, 2010, p. 41). Dessa maneira, o estado de exceção enquanto paradigma de governo é a figura conceitual capaz de sintetizar o modo de relação entre governantes e governados nas democracias modernas. Ao mesmo tempo, como “paradigma constitutivo da ordem jurídica” (AGAMBEN, 2004, p. 18), condensa uma análise

da morfologia do direito a partir do que lhe seria interno e externo e um ponto de vista sobre a maneira através da qual o poder político tem estabelecido sua relação com o direito e a vida – precisamente através de uma indecidibilidade.

O que é essencial notar é que, nesse sentido, o exemplo paradigmático – como o é o estado de exceção – não coincide inteira e literalmente com tudo que pretende designar. Em outras palavras, ao se falar em “estado de exceção”, não se fala apenas em “estado de exceção”. Há fenômenos diversos no seu entorno<sup>82</sup>, mas o que se realiza através dele é uma espécie de redução conceitual que busca retratar “um novo conjunto”, cujos elementos constitutivos, embora não sejam idênticos entre si, guardam relevante homogeneidade:

Más parecido a la alegoría que a la metáfora, el paradigma es un caso singular que se aísla del contexto del que forma parte sólo en la medida en que, exhibiendo su propia singularidad, vuelve inteligible un nuevo conjunto, cuya homogeneidad él mismo debe constituir. Dar un ejemplo es, entonces, un acto complejo que supone que el término que oficia de paradigma es desactivado de su uso normal no para ser desplazado a otro ámbito, sino, por el contrario, para mostrar el canon de aquel uso, que no es posible exhibir de otro modo” (AGAMBEN, 2010, p. 23)

Fixar historicamente a maneira com o estado de exceção, especialmente ao longo do século XX, sobressai perante a regra e demonstra exatamente sua natureza de paradigma da ordem jurídica e do governo é o propósito principal a que serve o primeiro capítulo de *Homo sacer II, 1*, que, aqui, funcionará como ponto de partida para a abordagem dos principais problemas conceituais pertinentes à relação entre a obra e esta tese.

O propósito do capítulo é realizado, então, mediante uma genealogia do estado de exceção, na qual Agamben distingue previamente as expressões utilizadas para designá-lo em três formas: a maneira alemã, que utiliza a própria expressão “estado de exceção” (“*Ausnahmezustand*”) e, alternativamente, “estado de emergência” (“*Notstand*”); a maneira das doutrinas italiana e francesa, que costumam recorrer a “decretos de urgência” e “estado de sítio” “político” ou “fictício” (“*état de siège*” “*politique*” ou “*fictif*”); e o tratamento dado pelo direito anglo-saxônico, com os termos “*martial law*” e “*emergency powers*” – “lei marcial” e “poderes de emergência” (cf. AGAMBEN, 2004, p. 15). Agamben afirma, em alusão às aporias que o

---

<sup>82</sup> Ou, etimologicamente, “ao seu lado”, como esclarece Agamben (2004, p. 36): “y no hay, como en Heidegger, circularidad entre un “antes” y un “después”, precomprensión e interpretación: en el paradigma, la inteligibilidad no precede al fenómeno, sino que está, por así decirlo, “al lado” (*pará*) de éste. Según la definición aristotélica, el gesto paradigmático no va de lo particular al todo y del todo a lo particular, sino de lo singular a lo singular. El fenómeno, expuesto en el medio de su cognoscibilidad, muestra la totalidad de la cual es paradigma. Y éste, con respecto a los fenómenos, no es un presupuesto (una “hipótesis”): como “principio no presupuesto”, no está ni en el pasado ni en el presente, sino en su constelación ejemplar”.

exame do estado de exceção faz constatar, que “à incerteza do conceito corresponde exatamente a incerteza terminológica” (AGAMBEN, 2002, p. 15).

O problema de um “estado de sítio fictício” começa a ser tratado aí, mas atravessará diversas passagens da obra. O termo surge na doutrina francesa à época de Napoleão, em 1811, a partir da possibilidade de que o imperador decretasse o estado de sítio ainda que não houvesse uma parte do território nacional sitiada ou sob ameaça – neste último caso, com a invasão estrangeira, haveria um *état de siège effectif* (cf. AGAMBEN, 2004, p. 15). Na verdade, a história do estado de sítio na França mostra sua progressiva desvinculação do estado de guerra para encontrar fundamento próprio (cf. AGAMBEN, 2004, p. 16), qual seja, o controle de conflitos internos ao Estado Nacional através de medidas excepcionais, em nome do suposto objetivo de restabelecer a ordem pública e conservar a autoridade estatal.

Essa qualificação do estado de exceção encontra paralelo também na doutrina alemã (através de um *gewollten Ausnahmestand* – um “estado de exceção desejado”, sustentado pelos juristas vinculados ao regime hitlerista<sup>83</sup>) e na tradição anglo-saxônica (na forma de uma *fancied emergency*). Num primeiro momento, o levantamento das terminologias indica que a expressão *estado de exceção* é mais adequada, justamente por prescindir de adjetivação que a diferencie do estado de guerra (nesse sentido, ver AGAMBEN, 2004, p. 15). Num outro plano, contudo, a distinção entre um estado de exceção efetivo e um estado de exceção fictício ganha contornos teóricos mais específicos e complexos. Ela possibilita outras formas de apropriação conceitual e, para Agamben, remete novamente à polêmica Benjamin-Schmitt.

Em Carl Schmitt, “estado de exceção fictício” é uma expressão que denota a tentativa de regulamentar a exceção soberana através de lei (cf. AGAMBEN, 2004, p. 91), o que, para o jurista alemão, representa uma incompreensão da própria natureza do instituto – uma tentativa de regular o irregular (sobre o tema, ver SCHMITT, 1985, p. 261; AGAMBEN, 2004, p. 22). Quanto a isso, o fato é que, embora a doutrina e os ordenamentos jurídicos nacionais se dividam

---

<sup>83</sup> Em *Homo sacer I*, Agamben (2002, p. 175) havia afirmado, referindo-se ao decreto que suspendeu a aplicação dos direitos fundamentais na Alemanha nazista, que “o texto do decreto que, do ponto de vista jurídico, baseava-se implicitamente no art. 48 da constituição ainda vigente e equivalia, sem dúvida, a uma proclamação do estado de exceção (“Os artigos 114, 115, 117, 118, 123, 124 e 153 da constituição do Reich alemão – proferia o primeiro parágrafo – estão suspensos até nova ordem”) não continha, porém, em nenhum ponto a expressão *Ausnahmestand* (estado de exceção). De fato, o decreto permaneceu em vigor até o fim do terceiro Reich, que, neste sentido, pode ser eficazmente definido como “uma noite de S. Bartolomeu que durou 12 anos” (Drobisch e Wieland, 1993, p. 26). O estado de exceção cessa, assim, de ser referido a uma situação externa e provisória de perigo factício e tende a confundir-se com a própria norma. Os juristas nacional-socialistas estavam tão conscientes da peculiaridade de uma tal situação que, com uma expressão paradoxal, eles a definem como “um estado de exceção desejado (*einem gewollten Ausnahmestand*). “Através da suspensão dos direitos fundamentais” – escreve Werner Spohr, um jurista próximo ao regime – o decreto coloca em existência um estado de exceção desejado com vistas a instauração do Estado nacional-socialista”.

quanto à conveniência de regulamentar em lei ou não o estado de exceção, isso não implica em diferença substancial na prática política dos Estados, uma vez que, mesmo sem previsão legal, o *Ausnahmestand* é um recurso comum às democracias modernas.

Em relação ao tratamento desse problema em Benjamin, os termos utilizados por Agamben trazem oscilações. Isso é importante não apenas por razões filológicas, mas por esclarecer uma parte do pensamento do autor em relação a um problema conceitual. Em *Homo sacer I*, Agamben extrai a expressão “estado de exceção efetivo” da oitava tese benjaminiana (nas palavras de Agamben, “*stato di eccezione effettivo*”; na tradução brasileira do texto de Benjamin, “estado de exceção verdadeiro”, cf. BENJAMIN, 2012, p. 13; e, no texto original de Benjamin, “*wirklichen Ausnahmestand*”) e, a ela, contrapõe um estado de exceção “virtual” no qual vivemos (o termo “virtual” – *virtuale* – é posto livremente por Agamben, ou seja, sem extraí-lo do próprio texto benjaminiano, mas, de toda forma, há, sem dúvida, na tese de Benjamin, um contraponto entre um estado de exceção a ele contemporâneo que se converteu em regra e um estado de exceção efetivo). Essa distinção conceitual é utilizada por Agamben para refletir sobre as alternativas à forma soberana, na medida em que produzir o estado de exceção efetivo significa desarticular definitivamente direito e vida, elementos que a soberania insiste em, a um só tempo, distinguir e conectar (AGAMBEN, 2002, p. 63)<sup>84</sup>.

Já em *Estado de exceção – Homo sacer II, 1*, Agamben não fala mais em um estado de exceção virtual. Aqui, o contraponto será, ainda a partir de Benjamin, entre estado de exceção fictício (termo que também não consta no texto benjaminiano, mas ao qual Agamben também se refere enquanto “estado de exceção *tout court*”, ou seja, um estado de exceção *sem maiores especificações*) e “efetivo”, mas pode-se dizer que o sentido é, na maioria dos casos<sup>85</sup>, o mesmo: é preciso superar a ficção – ou a virtualidade, ou ainda o mitologema – que liga direito e vida na máquina jurídico-política (representado de forma privilegiada pela doutrina schmittiana), para que, sob um estado de exceção efetivo, tenha lugar uma violência que já não mais mantém relação com o direito – portanto, uma violência “divina” (*reine Gewalt*), “pura” ou ainda, quando manifestada pelo homem, “revolucionária”, nos termos de Benjamin (2013, p. 156),

---

<sup>84</sup> Não há razão, neste trabalho, para explorar com verticalidade o conteúdo das proposições agambenianas para a superação do estado de exceção como paradigma de governo, mas os esclarecimentos são necessários para este ponto em específico.

<sup>85</sup> É que, em algumas passagens, Agamben (2004, p. 92; 2004, p. 132) se refere ao “estado de exceção permanente” em que viveríamos através também da expressão “estado de exceção efetivo”. Sobre isso, ver Gomes (2017, p. 100).

violência esta que não funda nem conserva o direito, mas é sua “aniquiladora”<sup>86</sup> (cf. Benjamin, 2013, p. 150), em contraponto a uma violência mítico-jurídica.

A tentativa do poder estatal de anexar-se à anomia por meio do estado de exceção é desmascarada por Benjamin por aquilo que ela é: uma *fictio iuris* por excelência que pretende manter o direito em sua própria suspensão como força-de-lei. Em seu lugar, aparecem agora guerra civil e violência revolucionária, isto é, uma ação humana que renunciou a qualquer relação com o direito. (AGAMBEN, 2004, p. 92)

É nesse contexto teórico que o estado de exceção pode ser retratado como, sempre, uma ficção. Contraposto a ele, está o estado de exceção efetivo, figura que representa, na prática, a superação do estado de exceção. Agamben afirma que “a articulação entre vida e direito, anomia e *nomos* produzida pelo estado de exceção é eficaz, mas fictícia” e que há um “contramovimento” que busca “separar o que foi artificial e violentamente ligado” (AGAMBEN, 2004, p. 132). Em síntese, todo estado de exceção é fictício precisamente porque é fictícia a fratura soberana entre direito e vida, assim como a consequente medida, pela exceção, de rearticulá-los indiferenciando-os<sup>87</sup>; por outro lado, o estado de exceção efetivo é já um *não estado de exceção*<sup>88</sup>.

A proposição agambeniana – e benjaminiana – de um “estado de exceção efetivo” emergem contraintuitivamente, como se pode notar, da sua teoria crítica do estado de exceção.

---

<sup>86</sup> Agamben determina, então, o que está em jogo na polêmica Benjamin-Schmitt: “o que está – em questão na zona de anomia é, pois, a relação entre violência e direito - em última análise, o estatuto da violência como código da ação humana. Ao gesto de Schmitt que, a cada vez, tenta reinscrever a violência no contexto jurídico, Benjamin responde procurando, a cada vez, assegurar a ela – como violência pura – uma existência fora do direito” (AGAMBEN, 2004, p. 92). Trata-se de uma “luta de gigantes acerca de um vazio” (AGAMBEN, 2004, p. 81).

<sup>87</sup> Para que fique mais claro esse entendimento, veja-se o que Agamben afirma a seguir: “Não existem, primeiro, a vida como dado biológico natural e a anomia como estado de natureza e, depois, sua implicação no direito por meio do estado de exceção. Ao contrário, a própria possibilidade de distinguir entre vida e direito, anomia e *nomos* coincide com sua articulação na máquina biopolítica. A vida pura e simples é um produto da máquina e não algo que preexiste a ela, assim como o direito não tem nenhum fundamento na natureza ou no espírito divino. Vida e direito, anomia e *nomos*, *auctoritas* e *potestas* resultam da fratura de alguma coisa a que não temos outro acesso que não por meio da ficção de sua articulação e do paciente trabalho que, desmascarando tal ficção, separa o que se tinha pretendido unir. Mas o desencanto não restitui o encantado a seu estado original: segundo o princípio de que a pureza nunca está na origem, ele lhe dá somente a possibilidade de aceder a uma nova condição” (AGAMBEN, 2004, pp. 132-133).

<sup>88</sup> Em entrevista concedida em 2006 a Flávia Costa, publicada na Revista do Departamento de Psicologia da Universidade Federal Fluminense, Agamben afirmou que “o estado de exceção é o lugar no qual essa ambiguidade vem à luz e, simultaneamente, o dispositivo que deveria manter unidos os dois elementos contraditórios do sistema jurídico. Ele é, nesse sentido, aquilo que funda o nexos entre violência e direito e, ao mesmo tempo, no ponto em que se torna “efetivo”, aquilo que rompe com esse nexos. E para responder à segunda parte de sua pergunta, diria que a ruptura do nexos entre violência e direito abre duas perspectivas à imaginação (a imaginação é naturalmente já uma práxis): a primeira é a de uma ação humana sem nenhuma relação com o direito, a violência revolucionária de Benjamin ou um “uso” das coisas e dos corpos que não tenha nunca a forma de um direito; a segunda é a de um direito sem nenhuma relação com a vida – o direito não aplicado, mas somente estudado, do qual Benjamin dizia que é a porta da justiça” (AGAMBEN, 2006, p. 133).

Para Agamben, não se trata – e não é possível – “retornar” a um estado de direito idílico, no qual a exceção não teria lugar. Parece legítimo inferir, com isso, que, em termos de teoria do direito, não se trata tampouco de combater a exceção através de um simples retorno ao formalismo legal e conceitual. Através da superação do estado de exceção virtual, o que se espera obter não é um *neolegalismo* ou *neopositivismo pós-pós-positivista*, mas uma superação do pressuposto de toda a soberania: a separação entre direito e vida, a todo tempo suturada pela decisão do caso extremo.

Não se trata, naturalmente, de remeter o estado de exceção a seus limites temporal e espacialmente definidos para reafirmar o primado de uma norma e de direitos que, em última instância, tem nele o próprio fundamento. O retorno do estado de exceção efetivo em que vivemos ao estado de direito não é possível, pois o que está em questão agora são os próprios conceitos de “estado” e de “direito”. (AGAMBEN, 2004, p. 131)

Extraindo-se as consequências do que propõe Agamben, pode-se inferir que a ficção do estado de exceção expressa-se também no fato de que essa artificial articulação entre direito e vida é sempre uma produção político-discursiva. Na sua forma mais abstrata, ou seja, da maneira que o autor retrata diretamente, a soberania produziu historicamente a exceção como uma forma fictícia (porém, eficaz) de apreender normatividade e anomia. Mas a exceção também é fictícia na sua dimensão mais concreta, na medida em que toda decisão acerca da exceção representa um modo de produzir a emergência e as medidas atípicas e, portanto, expressa-se por meio de uma narrativa singular – e fictícia – da relação entre o jurídico e o vital.

Em outras palavras, a soberania desenvolve um *modo de produção da exceção*, alicerçado na máxima segundo a qual toda exceção é *constituída*, quer dizer, toda exceção é um constructo, uma ficção político-jurídica. Sobretudo a partir do momento em que, paradigmaticamente, o regime nazista produziu um estado de exceção completamente indistinguível da regra, toda excepcionalidade soberana pode figurar como um *gewolten Ausnahmestand*, quer dizer: a potência soberana faz indiscerníveis normalidade e emergência, bem como *estado de exceção desejado* e aquele sem esta qualificação.

Desse modo, pode-se falar em um *regime discursivo da exceção soberana*, que permite interrogar, diante de casos concretos, como dada cultura regula socialmente o funcionamento da exceção. Por exemplo, nos casos analisados nesta tese, será apresentado que, no Judiciário brasileiro, a alegação de disfunções no sistema de justiça pode conferir conteúdo semelhante à emergência, condição prévia à suspensão do ordenamento. Com isso, desencadeia-se não a aplicação da Constituição, mas de uma regra técnico-objetiva de ação, nos termos schmittianos.

Como também os exemplos permitirão notar, sob a configuração governamental, o regime discursivo da exceção soberana se inclina a pôr a emergência mediante a invocação à violação daquilo que é caro ao governo, em especial o comprometimento da eficiência e da relação *custo x benefício* na atuação estatal.

A menção mais imediata que Agamben faz a uma produção político-discursiva da emergência encontra-se na passagem abaixo, em que o autor atravessa as relações entre estado de necessidade e estado de exceção. Agamben chega a tratar essa questão como a “aporia máxima” da teoria do estado de necessidade, ingenuamente concebido por seus idealizadores como uma situação objetiva de “pura factualidade”. A produção ou não da necessidade passa essencialmente pelos objetivos políticos que se tem em vista, sendo excepcional apenas aquilo que é declarado como tal. A indistinção entre normalidade e emergência faz com que se conforme, também aí, um indecível.

Mas a aporia máxima, contra a qual fracassa, em última instância, toda a teoria do estado de necessidade, diz respeito à própria natureza da necessidade, que os autores continuam, mais ou menos inconscientemente, a pensar como uma situação objetiva. Essa ingênua concepção, que pressupõe uma pura factualidade que ela mesma criticou, expõe-se imediatamente às críticas dos juristas que mostram como a necessidade, longe de apresentar-se como um dado objetivo, implica claramente um juízo subjetivo e que necessárias e excepcionais são, é evidente, apenas aquelas circunstâncias que são declaradas como tais. O conceito de necessidade é totalmente subjetivo, relativo ao objetivo que se quer atingir. (...) A tentativa de resolver o estado de exceção no estado de necessidade choca-se, assim, com tantas e mais graves aporias quanto o fenômeno que deveria explicar. Não só a necessidade se reduz, em última instância, a uma decisão, como também aquilo sobre o que ela decide é, na verdade, algo indecível de fato e de direito. (AGAMBEN, 2004, p. 46)

Ao tecer comentários, em *Homo sacer I*, sobre o “estado de exceção desejado” produzido pelo regime hitlerista, Agamben também havia realizado uma aproximação teórica desse mesmo problema, embora de um modo menos acabado e mesmo menos perspicaz. Se, de um lado, Agamben reconhecia que o *gewolten Ausnahmezustand* sintetizava a mais completa indecibilidade entre regra e exceção e entre direito e fato; se, ainda, Agamben via nisso uma situação em que o soberano, levando ao extremo a relação de bando que caracteriza a soberania, passava a produzir a emergência pelo seu desejo político; ao mesmo tempo, a teorização de Agamben revelava ainda certa ingenuidade acerca da possibilidade de distinguir um *estado de exceção desejado* de uma emergência puramente “fáctica”<sup>89</sup>. Por essas razões, embora

---

<sup>89</sup>Agamben (2002, p. 177) afirma em *Homo sacer I*, que “o soberano não se limita mais a decidir sobre a exceção, como estava no espírito da constituição de Weimar, com base no reconhecimento de uma dada situação factícia (o



Agamben já vislumbra parte importante do problema em *Homo sacer I*, o tratamento da questão em *Estado de exceção* é, certamente, mais apropriado e mais refinado.

Retornando-se ao levantamento histórico que Agamben realiza em *Estado de exceção*, o autor demonstra como, no período em que teve curso a Primeira Guerra Mundial e no entreguerras, o uso de medidas excepcionais foi explosivamente alargado. Um aspecto destacado em meio a esse processo diz respeito ao funcionamento da separação dos poderes de Estado na Europa. Mediante a ampliação das competências do Executivo perante os órgãos legislativos, tratou-se constantemente de conferir ao chefe de governo “plenos poderes”, ou seja, ao Executivo se atribuía o poder de promulgar decretos com força de lei. Diante disso, Agamben indica, a partir da análise da obra do jurista sueco Herbert Tingsten, que uma das “características essenciais” do estado de exceção consiste na “abolição provisória” da distinção entre os poderes (AGAMBEN, 2004, p. 19).

De um modo conceitualmente mais elaborado, o autor define o que ocorre no entreguerras – e que se prorroga até o instante atual das democracias ocidentais – como uma transformação da “democracia parlamentar” em “democracia governamental” (AGAMBEN, 2004, p. 31). Em relação a isso, cabem dois desdobramentos teóricos. Em primeiro lugar, certamente, Agamben quer referir-se, com a expressão “democracia governamental”, ao fortalecimento do Poder Executivo<sup>90</sup>. Mas o que o autor relata na forma de um esvaziamento do parlamento em proveito do fortalecimento do Executivo pode ser integrado ou complementado. O enfraquecimento do Poder Legislativo nem sempre resultará na *ocupação* de sua competência pelo chefe de governo, mas pode significar, também, uma potencialização das atribuições judiciais. Esse é um dos resultados de um processo de governamentalização da justiça.

Em segundo lugar, é plenamente possível pensar uma “democracia governamental” sob o sentido estrito em que Foucault desenvolveu o conceito de governo. A partir desse ponto de vista, a democracia governamental é aquela alicerçada na arte liberal de governar, a qual pode realizar-se através da ação dos três poderes e através, igualmente, da impossibilidade de

---

perigo para a segurança pública): exibindo a nu a íntima estrutura de banda que caracteriza o seu poder, ele agora produz a situação de fato como consequência da decisão sobre a exceção”.

<sup>90</sup> É o que fica claro na seguinte passagem: “isso significa que o princípio democrático da divisão dos poderes hoje está caduco e que o poder executivo absorveu de fato, ao menos em parte, o poder legislativo. O Parlamento não é mais o órgão soberano a quem compete o poder exclusivo de obrigar os cidadãos pela lei: ele se limita a ratificar os decretos emanados do poder executivo. Em sentido técnico, a República não é mais parlamentar e, sim, governamental. E é significativo que semelhante transformação da ordem constitucional, que hoje ocorre em graus diversos em todas as democracias ocidentais, apesar de bem conhecida pelos juristas e pelos políticos, permaneça totalmente despercebida por parte dos cidadãos. Exatamente no momento em que gostaria de dar lições de democracia a culturas e a tradições diferentes, a cultura política do Ocidente não se da conta de haver perdido por inteiro os princípios que a fundam” (AGAMBEN, 2004, pp. 32-33).

distingui-los. É assim que, para os fins da governamentalidade, pode-se gerir uma população pelo uso estratégico da alternância entre regra e exceção soberana e pela consequente indistinção entre as competências dos agentes de Estado. É possível fazê-lo, inclusive, através de um Judiciário (e não apenas de um Executivo) que usurpa as funções legislativas, no que se incluem as funções do legislador constituinte originário.

Na genealogia agambeniana da exceção, um outro detalhe ilustra as interpenetrações entre governo e soberania ao longo do século XX. É que, à emergência militar estabelecida no período entre os anos 14 e 18, seguiu-se a emergência econômica do período entreguerras. Assim, o estado de emergência pôde perpetuar-se, sob uma linha que une guerra e finanças. Isso se verificou na França nos anos de 1924, 1935 e 1937, quando se conferiram plenos poderes ao Executivo em matéria financeira; ocorreu ainda na Alemanha, com o objetivo de enfrentar a queda do marco, sobretudo em 1923; e ocorreu com o *New Deal* de F. Roosevelt, comprovando-se uma “tendência moderna de fazer coincidirem emergência político-militar e crise econômica” (AGAMBEN, 2004, p. 29), a partir de uma “uma assimilação implícita entre guerra e economia” (AGAMBEN, 2004, p. 26).

Apresentado o percurso histórico realizado pela exceção soberana no século XX na forma como Agamben o delineou (e dados os prolongamentos teóricos pertinentes), resta, para compreender suficientemente a obra *Estado de exceção – Homo sacer II, 1*, levantar dois pontos nela tratados pelo autor: o conceito de força-de-lei, que se ligará ao que foi abordado em *Homo sacer I* sob a ideia de “forma de lei”; e a relação entre as categorias *autorictas* e *potestas*, oriundas do direito romano.

Foi afirmado anteriormente neste trabalho que os resultados da pesquisa de Agamben acerca da estrutura topológica do estado de exceção implicavam em um conjunto de considerações sobre a forma legal – a forma de lei – e sua aplicação. Em *Homo sacer I – O poder soberano e a vida nua*, a interpretação de Benjamin e Scholem da lenda kafkiana conduziram Agamben a falar numa lei marcada pela vigência sem significado e por uma aplicação desaplicante, a partir da coincidência entre execução e transgressão da lei na decisão soberana. Em *Estado de exceção*, desdobrando esses elementos a partir da análise da oposição schmittiana entre normas de direito e normas de realização do direito, o autor analisa que, no caso excepcional, “o mínimo de vigência formal coincide com o máximo de aplicação real e vice-versa” (AGAMBEN, 2004, p. 58), fazendo com que, como um efeito próprio da vigência sem significado da lei, esta carregue o que se pode chamar de “significante excedente” (AGAMBEN, 2004, p. 59): um conjunto de disposições normativas mantidas em suspenso, que

já não mais produzem significados na sua relação com o real, precisamente porque perderam sua referência perante ele.

Mas o movimento mais importante em *Estado de exceção* em relação à tematização da forma legal é a exploração da noção de *força de lei*. Agamben demonstra o paradoxo constitutivo da reputação adquirida pela expressão. A *força de lei* somente tornou-se uma categoria relevante para os sistemas políticos modernos porque se refere não à própria lei, mas ao que não é lei, ou seja, na medida em que denota a prática segundo a qual são conferidos atributos legais precisamente ao que não tem forma legal – em especial aos excepcionais decretos executivos com força de lei<sup>91</sup> (cf. AGAMBEN, 2004, p. 60). Com isso, o “isolamento”, historicamente produzido, da *força de lei* em relação à lei figura como uma marca essencial do estado de exceção, determinando a heterogeneidade entre norma e aplicação, através de “um estado da lei em que, de um lado, a norma está em vigor, mas não se aplica (“não tem força”) e em que, de outro lado, atos que não têm valor de lei adquirem sua força” (AGAMBEN, 2004, p. 61). Trata-se de uma “vigência sem aplicação” e de uma “aplicação sem vigência” (AGAMBEN, 2004, p. 93).

Em outras palavras, desaplica-se o que é lei e aplica-se o que não é, mas sempre sob a base de que esse procedimento realiza a própria lei e o direito em conjunto, na medida em que restabeleceria as condições para sua aplicação regular e cumpriria com as finalidades últimas, a razão de ser do ordenamento jurídico. Agamben explica que, por essas razões, sob a emergência, a força de lei “flutua como um elemento indeterminado”, o que possibilita que ela seja apreendida, nos termos schmittianos, tanto por uma ditadura comissária, que visa proteger a ordem constituída, como por uma ditadura soberana, que atua como poder constituinte (AGAMBEN, 2004, p. 61).

A fórmula que o autor encontra para sintetizar esse pensamento é a da *força-de-lei*, uma força de lei sem lei<sup>92</sup>, “algo como um elemento místico, ou melhor, uma *factio* por meio da qual o direito busca se atribuir sua própria anomia” (AGAMBEN, 2004, p. 61). Pode-se notar que aqui novamente aparece um dos elementos que caracterizam a distinção entre estado de exceção fictício e estado de exceção efetivo: a ficção através da qual o direito anexa a vida organiza, na

---

<sup>91</sup> Para Agamben (2004, p. 60), “é determinante que, em sentido técnico, o sintagma “força de lei” se refira, tanto na doutrina moderna quanto na antiga, não à lei, mas àqueles decretos – que tem justamente, como se diz, força de lei – que o poder executivo pode, em alguns casos – particularmente, no estado de exceção – promulgar. O conceito “força-de-lei”, enquanto termo técnico do direito, define, pois, uma separação entre a *vis obligandi* ou a aplicabilidade da norma e sua essência formal, pela qual decretos, disposições e medidas, que não são formalmente leis, adquirem, entretanto, sua força”.

<sup>92</sup> Nas palavras do autor (AGAMBEN, 2004, p. 61), “o estado de exceção é um espaço anômico onde o que está em jogo é uma força-de-lei sem lei (que deveria, portanto, ser escrita: força-de-~~lei~~)”.

verdade, um conjunto de ficções, toda uma *economia de mitologemas jurídicos* que lhe dão fundamento e que buscam dissolver as irredutíveis aporias que a envolvam. Entre elas, está a força de lei sem lei<sup>93</sup>.

Na passagem abaixo, reside a síntese do tratamento conferido por Agamben ao sintagma *força de lei*, através de uma definição do estado de exceção que parte da separação entre norma e aplicação da norma e mediante a recuperação do entendimento, presente em *Homo sacer I*, segundo o qual, no caso extremo, a norma aplica-se desaplicando-se:

O estado de exceção é, nesse sentido, a abertura de um espaço em que aplicação e norma mostram sua separação e em que uma pura força-de-lei realiza (isto é, aplica desaplicando) uma norma cuja aplicação foi suspensa. Desse modo, a união impossível entre norma e realidade, e a consequente constituição do âmbito da norma, é operada sob a forma da exceção, isto é, pelo pressuposto de sua relação. Isso significa que, para aplicar uma norma, é necessário, em última análise, suspender sua aplicação, produzir uma exceção. Em todos os casos, o estado de exceção marca um patamar onde lógica e práxis se indeterminam e onde uma pura violência sem *logos* pretende realizar um enunciado sem nenhuma referência real. (AGAMBEN, 2004, p. 63)

No último capítulo da obra, Agamben desenvolve sua reflexão em torno dos conceitos de *autorictas* e *potestas*, cuja origem remonta à Roma Antiga. Enquanto a *autorictas* – que se ligou historicamente ao ato que qualificava/validava outro ato, de terceiro – define um poder pessoal, ligado à pessoa física, do soberano, a *potestas* representa a dimensão jurídico-normativa. Ao expor que a natureza da *autorictas* consiste numa “força que suspende a *potestas* onde ela agia e a reativa onde ela não estava mais em vigor”, Agamben encontra uma nova maneira de representar a cisão que a soberania produziu entre *norma* e *decisão* ou entre o elemento anômico e o elemento jurídico, cisão esta que é objeto de uma rearticulação/indistinção através do instituto do estado de exceção. O que aparece, através da *autorictas*, é um soberano como “lei viva” (algo a que Agamben já havia feito referência anteriormente<sup>94</sup>), o que se deve associar ao paradoxo topológico da soberania que moveu toda a investigação agambeniana: o soberano é o elemento anômico que, fora da lei, produz o direito.

É a partir dessas considerações que Agamben indicará aquilo que chama de “conclusão provisória” da sua pesquisa sobre o estado de exceção.

<sup>93</sup> Em uma passagem de Estado de exceção, Agamben (2004, p. 80) agrupa alguns desses mitologemas jurídicos: a força-de-lei separada da lei, o *imperium* flutuante, a vigência sem aplicação e, de modo mais geral, a ideia de uma espécie de “grau zero” da lei, são algumas das tantas ficções por meio das quais o direito tenta incluir em si sua própria ausência (...).

<sup>94</sup> Conforme Agamben (2004, p. 107), “que o soberano seja uma lei viva só pode significar que ele não é obrigado por ela, que a vida da lei coincide nele com uma total anomia”.

O estado de exceção é o dispositivo que deve, em última instância, articular e manter juntos os dois aspectos da máquina jurídico-política, instituindo um limiar de indecidibilidade entre anomia e *nomos*, entre vida e direito, entre *auctoritas* e *potestas*. Ele se baseia na ficção essencial pela qual a anomia – sob a forma da *autorictas*, da lei viva ou da força-de-lei – ainda está em relação com a ordem jurídica e o poder de suspender a norma está em contato direto com a vida (AGAMBEN, 2004, p. 130).

Para Agamben, como já foi levantado ao se falar do conceito de estado de exceção efetivo, a tarefa do presente é romper precisamente a virtualidade através da qual direito e violência ainda guardariam qualquer articulação sob a forma de suspensão do ordenamento. Para isso, é preciso desmontar a máquina soberana, mostrando “o direito em sua não relação com a vida e a vida em sua não relação com o direito” (AGAMBEN, 2004, p. 133): o nome a ser atribuído a essa atividade é precisamente *política*. Trata-se da “ação que corta o nexos entre violência e direito”, ou seja, de uma violência pura que não conserva nem mantém o direito, mas o depõe (AGAMBEN, 2004, p. 133).

Gostaria, para finalizar essa etapa de exposição, de abordar de maneira complementar o conceito de *vida nua* em Agamben. Ao final, buscarei deixar claro o porquê da extensão conferida aqui ao tratamento desse conceito.

### **2.3.3 O conceito de *vida nua* e as características da biopolítica agambeniana**

Ao introduzir a obra *Homo sacer I*, Agamben apresenta, em linhas gerais, como sua investigação se relaciona com a biopolítica foucaultiana e com a reflexão de Hanna Arendt sobre a assimilação da vida biológica do *homo laborans* pelo político, em *A condição humana*. O que Agamben lança com isso é não apenas uma zona teórica de referência (e crítica) para seu trabalho, mas uma polêmica, especialmente com Foucault, acerca do que seria uma biopolítica.

Vimos que, na perspectiva foucaultiana, a biopolítica nasce com a modernidade, sob a forma de uma inserção da vida biológica de uma população nos cálculos de Estado (trata-se de algo como uma estatização do biológico, como já citado). Biopolítica, governo, liberalismo econômico, população, economia política e dispositivos de segurança conformam assim uma unidade, não sendo possível pensar uma política da vida fora desse quadro – aqui, lembre-se do que foi dito no Capítulo 1 acerca do liberalismo como “condição de inteligibilidade” da biopolítica para Foucault.

Já Agamben parte da distinção entre *zoé* e *bíos* para, em seguida, indagar sobre sua indistinção a partir da exclusão inclusiva da *zoé* na *pólis*. Recuperando a diferenciação grega,

Agamben demonstra que, enquanto a *zoé* se referia à vida natural ou biológica, ao “simples fato de viver comum a todos os seres vivos” (AGAMBEN, 2002, p. 09), a *bíos* dizia respeito a uma vida qualificada, quer dizer, a um certo modo de vida, à “forma ou maneira de viver própria de um indivíduo ou de um grupo” (AGAMBEN, 2002, p. 09). Enquanto a *zoé* remete a uma esfera natural ou reprodutiva, situada no âmbito do *oîkos*, a *bíos* podia ligar-se à *pólis*.

Isso quer dizer que uma *zoé* inscrita na *pólis*, do ponto de vista dos gregos, não poderia fazer sentido. Mas é precisamente essa assunção da vida biológica pela política – quer dizer, “a produção de um corpo biopolítico” – a “contribuição original do poder soberano” para Agamben (2002, p. 14), conformando-se no limiar dessa relação, a vida nua (*nuda vita*). Assim, a vida nua é precisamente aquela que suporta o nexos entre violência e direito sob o paradigma da exceção soberana. É a vida sujeita à *decisão do indecível*. Ela não se confunde com a *zoé* ou a *bíos* enquanto tal, mas se forma precisamente pela indistinção – promovida pela exclusão inclusiva da *zoé* na *pólis* – do que as categorias gregas buscavam diferenciar<sup>95</sup> (cf. AGAMBEN, 2002, p. 115). A vida nua é, portanto, já o resultado do tratamento político da vida natural.

Esta é a porta de entrada da biopolítica agambeniana, assim como de seu conteúdo necessário, a teoria da vida nua. Há aqui, já, um cruzamento não apenas com Foucault e Arendt, mas novamente com Walter Benjamin, que define a própria terminologia adotada pelo autor. Também em seu ensaio de 1921 – *Zur Kritik der Gewalt* (BENJAMIN, 2013, pp. 121-157) – Benjamin, havia falado em uma “mera vida” (*das bloße Leben*) como aquela que está submetida ao nexos entre violência e direito, ou seja, a uma violência mítico-jurídica voltada a constituir ou manter o direito: “a violência mítica é violência sangrenta exercida, em favor próprio, contra a mera vida; a violência divina e pura se exerce contra toda a vida, em favor do vivente” (BENJAMIN, 2013, pp. 151-152). Ao mesmo tempo, Benjamin a define como vida natural, ao interrogar: “o que é que distingue essencialmente essa vida da vida das plantas e dos animais? Mesmo que estes fossem sagrados, não o seriam pela mera vida neles, nem por estarem na vida. Valeria a pena rastrear a origem do dogma da sacralidade da vida”. É possível perceber que as intuições benjaminianas – acerca da relação entre violência e direito, do estado de exceção (*tout court* ou efetivo), da mera vida – funcionam como ponto de partida (ou objeto de rastreamento) para diversos conceitos agambenianos (inclusive, como a última citação indica, para o problema da sacralidade da vida).

---

<sup>95</sup> Sobre isso, é precisa a interpretação de Castro (2013, p. 37): “a distinção entre *zoé* e vida nua não só tem sido objeto de discussão entre os intérpretes do pensamento de Agamben. (...) A vida nua é a vida natural enquanto objeto da relação política de soberania, quer dizer, a vida *abandonada*”.

Pode-se dizer que o que Agamben quer designar com *nuda vita* torna-se mais claro a partir (1) do paradigma do *homo sacer* e do (2) paradigma do *campo*. Rastreado a sacralidade da vida, conforme a sugestão de Benjamin, Agamben encontra no direito romano arcaico uma figura através da qual, pela primeira vez de que se tem notícia, uma vida humana teria sido sacralizada (AGAMBEN, 2002, p. 79). O *homo sacer* seria aquele que, julgado pelo povo por um delito e considerado sacro, poderia ser assassinado impunemente por qualquer homem, ao mesmo tempo em que seria ilícito sacrificá-lo. *Matabilidade e insacrificabilidade*, portanto, definem o *sacer* e sua vida nua, e é a dupla contradição que essa definição suscita que será objeto de pesquisa. De um lado, autoriza-se matar aquele que seria tido como sagrado. De outro, se era possível matá-lo, esse assassinato impunível não poderia configurar sacrifício (cf. AGAMBEN, 2002, p. 79).

Para Agamben (2002, p. 81), trata-se de um conceito-limite (de maneira semelhante ao *Grenzbegriff* representado pela soberania na política schmittiana). Isso porque o autor recusa as noções comuns à Antropologia das últimas décadas do século XIX e do início do século XX, que exploram o problema a partir de uma ambiguidade constitutiva do sagrado, marcada pela indiferença entre fasto e nefasto, sacro e impuro (AGAMBEN, 2002, pp. 83 e ss.). Ao invés disso, Agamben se propõe a realizar uma interpretação da sacralidade como “figura autônoma” a partir dos “limites recíprocos” (vem daí o reconhecimento de um conceito-limite) entre direito humano e direito divino.

Por esse ângulo, o que se faz possível observar é uma dupla exceção<sup>96</sup>. Pelo lado da matabilidade que o caracteriza, o *homo sacer* está sujeito a uma exceção secular, que suspende a proibição legal do homicídio diante do seu assassinato. Pelo lado da insacrificabilidade, está, também, incluído no direito divino pela sua exclusão, ou seja, sua morte não pode assumir um significado transcendente. Nessa direção, Agamben observa que definitivamente a condição do *sacer* é distinta daquele condenado à morte. Nas suas formas antigas, a pena capital, além de apresentar uma forma jurídica definida, correspondia a algum tipo de purificação ritualística, e o sujeito objeto desse tipo de pena, com isso, estaria, em tese, incluído tanto na ordem jurídica mundana quanto no direito divino. A *sacratio*, portanto, é uma forma diferente de relação com

---

<sup>96</sup> Nos termos do autor (AGAMBEN, 2002, p. 90), “se isto é verdadeiro, a *sacratio* configura uma dupla exceção, tanto do *ius humanum* quanta do *ius divinum*, tanto do âmbito religioso quanta do profano. A estrutura topológica, que esta dupla exceção desenha, é aquela de uma dúplice exclusão e de uma dúplice captura, que apresenta mais do que uma simples analogia com a estrutura da exceção soberana. (...) Assim como, na exceção soberana, a lei se aplica de fato ao caso excepcional desapplicando-se, retirando-se deste, do mesmo modo o *homo sacer* pertence ao Deus na forma da insacrificabilidade e é incluído na comunidade na forma da matabilidade. A vida insacrificável é, todavia, matável, é a vida sacra”.

a morte, marcada pela exclusão inclusiva de uma vida tanto do ponto de vista do *jus profano* como em relação ao *jus religioso*<sup>97</sup>.

Parece ilustrativo desse fato que Agamben faça essa distinção referindo-se, em contraponto à ritualidade da pena capital, a uma “matança” de que o *homo sacer* é objeto (AGAMBEN, 2002, p. 89). É também esclarecedor que, antecipando a análise que fará dos campos de concentração, o autor (AGAMBEN, 2002, p. 121) teça aqui uma crítica ao uso do termo *holocausto* (cujo significado remonta a uma atividade sacrificial) para designar os horrores do regime nazista. Agamben recupera a frase de Hitler que qualificou os judeus como “piolhos”, para demonstrar que, perante uma vida matável e insacrificável, o assassinato se dá, de fato, como se seres humanos a piolhos equivalessem. Não há sequer qualquer dimensão ritualística, sacrificial; apenas matança<sup>98</sup> de uma vida nua.

Os demais passos de Agamben vão no sentido de encontrar na função soberana um poder sobre a vida e a morte dos súditos/cidadãos, para, em seguida, relacioná-lo com a condição do *homo sacer*. Isso é feito através de uma pesquisa sobre a fórmula da *vitae necisque potestas*, ou seja, do *poder sobre a vida e a morte* que o pai romano deteria sobre seu filho, de tal maneira que “todo cidadão livre (...) encontra-se imediatamente em uma condição de matabilidade virtual, é de certo modo *sacer* em relação ao pai” (AGAMBEN, 2002, p. 97). Para Agamben, esse princípio, que organiza a *patria potestas* e institui uma vida nua, guarda uma “consustancialidade” (AGAMBEN, 2002, p. 96) com o exercício do poder soberano. Com isso, a *vitae necisque potestas* representaria uma “espécie de mito genealógico do poder soberano: o *imperium* do magistrado nada mais é que a *vitae necisque potestas* do pai estendida em relação a todos os cidadãos” (AGAMBEN, 2002, p. 96). Disso, resultaria que “o fundamento primeiro do poder político é uma vida absolutamente matável, que se politiza através de sua própria matabilidade” (AGAMBEN, 2002, p. 96).

Portanto, toda soberania resulta, para Agamben, na produção de *homines sacri*, ou seja, da vida nua<sup>99</sup>: “soberana é a esfera na qual se pode matar sem cometer homicídio e sem celebrar

---

<sup>97</sup> Para Agamben (2002, p. 89), “no caso do *homo sacer*, uma pessoa é simplesmente posta para fora da jurisdição humana sem ultrapassar para a divina”. Ou ainda, “esta violência – a morte insancionável que qualquer um pode cometer em relação a ele – não é classificável nem como sacrifício e nem como homicídio, nem como execução de uma condenação e nem como sacrilégio. Subtraindo-se às formas sancionadas dos direitos humano e divino, ela abre uma esfera do agir humano que não é a do *sacrum facere* e nem a da ação profana” (AGAMBEN, 2002, p. 90).

<sup>98</sup> Agamben demonstra ainda como o termo *sacer* pode ter servido, em outras formas de uso, precisamente para designar uma vida matável. Esse era o caso quando os romanos se referiam a porcos que estariam prontos para o abate (AGAMBEN, 2002, p. 93).

<sup>99</sup> Incluo aqui uma citação que deve facilitar ao leitor a compreensão da condição de *sacer*, a partir da indistinção entre *zôé* e *bíos*. Creio que seja a passagem em que os termos de Agamben (2002, p. 189) sobre o tema se mostrem mais didáticos: “observemos agora a vida do *homo sacer*, ou aquelas, em muitos aspectos similares, do bandido,



um sacrifício, e *sacra*, isto é, matável e insuscetível, é a vida que foi capturada nesta esfera” (AGAMBEN, 2002, p. 91). Essa vida, abandonada (ou seja, em relação de bando), constitui o correlato originário da soberania, e a indeterminação entre *zoé* e *bios* que resulta da inscrição da *zoé* na *pólis*<sup>100</sup> é levada ao limite na modernidade (cf. AGAMBEN, 2002, p. 16).

O modo paradigmático de realização dessa política da vida em nosso tempo (ou seja, o “paradigma biopolítico da modernidade”, cf. AGAMBEN, 2002, p. 123) é o campo de concentração. É nele que se pode observar a produção da vida nua de maneira brutalmente transparente. Para Agamben, sob a forma soberana, somos todos, virtualmente, *homines sacri*: todos estamos sujeitos à decisão e a violência soberana, que não necessariamente, como se viu, manterá com a legalidade uma relação de continuidade ou homogeneidade. Viver sob a soberania, portanto, é viver uma vida nua virtual; é viver uma vida sempre passível de banimento. No entanto, através do campo, observa-se a mais crua expressão dessa potência letal. Nesse sentido é que se pode definir a natureza do campo:

O campo é o espaço desta absoluta impossibilidade de decidir entre fato e direito, entre norma e aplicação, entre exceção e regra, que entretanto decide incessantemente sobre eles. (...) se a essência do campo consiste na materialização do estado de exceção e na consequente criação de um espaço em que a vida nua e a norma entram em um limiar de indistinção, deveremos admitir, então, que nos encontramos virtualmente na presença de um campo toda vez que é criada uma tal estrutura, independentemente da natureza dos crimes que ali são cometidos e qualquer que seja a sua denominação ou topografia específica. (AGAMBEN, 2002, pp. 180-181)

Em *O que resta de Auschwitz (Homo sacer III – 1998)*, Agamben estende exatamente sua investigação do campo, onde a vida privada de toda dignidade (portanto, nua) torna o judeu apenas homem e, exatamente assim, um não-homem. Isso significa que, nessa obra, Agamben aproxima a mera vida de uma condição fora de toda humanidade, precisamente porque, como

---

do *Friedlos*, do *acquae et igni interdictus*. Ele foi excluído da comunidade religiosa e de toda vida política: não pode participar dos ritos de sua *gens*, nem (se foi declarado *infamis et intestabilis*) cumprir qualquer ato jurídico válido. Além disto, visto que qualquer um pode mata-lo sem cometer homicídio, a sua inteira existência é reduzida a uma vida nua despojada de todo direito, que ele pode somente salvar em uma perpetua fuga ou evadindo-se em um país estrangeiro. Contudo, justamente por ser exposto a todo instante a uma incondicionada ameaça de morte, ele encontra-se em perene relação com o poder que o baniu. Ele é pura *zoé*, mas a sua *zoé* é capturada como tal no bando soberano e deve a cada momento ajustar contas com este, encontrar o modo de esquivá-lo ou de enganá-lo. Neste sentido, como o sabem os exilados e os banidos, nenhuma vida é mais “política” do que a sua”.

<sup>100</sup> Conforme Agamben (2002, p. 98), “nem *bíos* político nem *zoé* natural, a vida *sacra* é a zona de indistinção na qual, implicando-se e excluindo-se um ao outro, estes se constituem mutuamente”. Ou ainda: “toda tentativa de repensar o espaço político do Ocidente deve partir da clara consciência de que da distinção clássica entre *zoé* e *bíos*, entre vida privada e existência política, entre homem como simples vivente, que tem seu lugar na casa, e o homem como sujeito político, que tem seu lugar na cidade, nós não sabemos mais nada” (AGAMBEN, 2002, p. 193).

animais, só restaria ao *sacer* a existência biológica (e, por isso, “são apenas homens”), dissociada de qualquer qualificação e de qualquer vínculo ao mundo da cultura (AGAMBEN, 2008, p. 75). O paradoxo imbricado na vida nua mesma é que ela só se faz assim através de uma produção soberana (seu pressuposto), ou seja: trata-se de uma qualificação política que impõe a própria desqualificação da vida, indeterminando, por essa razão, *zoé* e *bíos*. Para Agamben (2002, p. 188), a tarefa biopolítica primeira é a “separação de uma vida nua das múltiplas formas de vida”, é produzir essa cisão<sup>101</sup> a partir da qual vida natural e vida qualificada acinzentam-se reciprocamente.

A biopolítica agambeniana, portanto, opera num nível diferente da teoria de Foucault. Ambas compartilham do que configura, no plano mais abstrato, uma política da vida, a qual resumiremos aqui através da noção de uma estatização do biológico. Mas é muito evidente que a estampa conceitual *estatização do biológico* pode ser lida de muitas maneiras; e seu conteúdo pode ser interpretado de um ponto de vista histórico-filosófico em sentidos diversos. Por isso, é possível dizer não apenas que a biopolítica foucaultiana é diferente da biopolítica agambeniana: é necessário notar que os autores estão se referindo a processos sociais distintos. De modo mais direto, *estão falando de coisas diferentes*.

A estatização do biológico em Foucault se refere a uma gestão dos fenômenos de população, sob a base de uma primazia do fazer viver e deixar morrer. Essa tecnologia política apenas tornou-se dominante na modernidade, muito embora dispositivos governamentais tenham existido anteriormente. A estatização do biológico, por outro lado, é entendida por Agamben como produção da vida matável pela soberania. Ora, considerada essa diferença, não há como simplesmente justapor as duas compreensões mecanicamente. Elas são heterogêneas, embora não sejam antípodas. Para Foucault, o direito soberano de vida e de morte não produz uma biopolítica, embora possa com ela combinar-se até o paroxismo e produzir regimes totalitários racistas. Já para Agamben, esse poder soberano é precisamente o que define uma biopolítica, e isso lhe permite afirmar, portanto, que ela não tem sua origem na modernidade: remonta aos primórdios da soberania na antiguidade e tem, no moderno, apenas uma exacerbação incomparável a outros períodos históricos. É por isso que a biopolítica

---

<sup>101</sup> Em *O que resta de Auschwitz*, Agamben (2008, pp. 155-156) aborda exatamente a expansão dessa fronteira de cesuras no corpo biopolítico, a partir da qual “trata-se, no homem, de separar cada vez a vida orgânica da vida animal, o não-humano do humano, o muçulmano da testemunha, a vida vegetal mantida em funcionamento mediante as técnicas de reanimação da vida consciente, até alcançar um ponto limite que, assim como as fronteiras da geopolítica, é essencialmente móvel e se desloca segundo o progresso das tecnologias científicas e políticas. A ambição suprema do biopoder consiste em produzir em um corpo humano a separação absoluta entre o ser vivo e o ser que fala, entre a *zoé* e a *bíos*, o não-homem e o homem: a sobrevivência”.

agambeniana é sobretudo uma tanatopolítica – ver Agamben (2002, p. 147) e Lemke (2011, p. 59).

Dessa maneira, a genealogia da biopolítica varia precisamente porque nela são incluídos fenômenos, de fato, distintos. Apenas sob certas condições uma leitura pode iluminar a outra; apenas a partir de mediações, portanto, e não *imediatamente*. Esclarecer esse ponto ao leitor é importante, embora não seja a finalidade desta tese dissolvê-lo, pois isso conformaria um objeto de pesquisa distinto. Para os efeitos deste trabalho, a biopolítica – a menos que haja ressalva explícita – será entendida no sentido foucaultiano. Não considero que haja razões suficientes para adotar a tese agambeniana: enquanto as ideias de Foucault parecem iluminar uma porção mais vasta de problemas – no que se inclui o processo econômico, o “fazer-viver” e também a própria possibilidade de compreensão do poder soberano de morte –, a biopolítica agambeniana, ao converter-se essencialmente numa tanatopolítica, tem alcance mais limitado, embora sua tematização da matabilidade seja de imenso mérito e de grande relevo para a compreensão da política contemporânea<sup>102</sup>.

Explicitada essa opção teórica, penso que a leitura conjunta dos autores pode reforçar o poder explicativo de cada um deles a partir de três direções: (1) cruzando-se a governamentalidade foucaultiana com a genealogia rigorosa do estado de exceção empreendida por Agamben, abrindo-se todo um campo de análise em torno de uma exceção que funciona como dispositivo de governo; (2) correlacionando-se as obras no que se refere à relação entre soberania e governo, de modo que o que Agamben escreveu ajuda a compreender melhor o que Foucault já havia apontado na aula de 1976 quanto à articulação entre poder soberano e biopoder e, especialmente entre fazer-morrer/deixar-viver e fazer-viver/deixar-morrer – de tal maneira que, sob a biopolítica, se trata exatamente de uma articulação permanente entre ambos os movimentos – fazer-morrer/deixar-viver e fazer-viver/deixar-morrer – e não de um *ou* outro; (3) de modo pontual, as afirmações mais largas de Agamben sobre biopolítica e governo são inspiradoras para uma leitura de Foucault, ainda que às custas de sua aderência ao funcionamento interno da obra agambeniana.

Em consonância com o que foi exposto acima, o conceito de vida nua será utilizado apenas ilustrativamente. Isso porque compreendo que a forma como o conceito de população é trabalhado em Foucault (à luz especialmente da heterogeneidade entre sujeito de direito e sujeito econômico – Capítulo 1) revela, por si, que o conjunto de viventes objeto do governo está sujeito à exceção. A vida de uma população é, por definição, uma vida nua, de virtuais

---

<sup>102</sup> Para uma argumentação mais extensa sobre a questão, o balanço de Thomas Lemke (2011, pp. 59 e ss.) é bastante esclarecedor.

seres matáveis que devem suportar o nexó entre direito e violência fixado pela decisão. Dessa maneira, o *homo oeconomicus* é também virtualmente um *sacer*. Certamente, o que foi acima exposto sobre a *nuda vita* qualifica a abordagem foucaultiana, mas o nível de aprofundamento que aqui se conferiu a esse conceito acompanha a opção teórica já explicitada.

### 3 ESTADO DE EXCEÇÃO E APLICACÃO JUDICIAL DO DIREITO

Neste capítulo, gostaria de tratar essencialmente de três questões. A primeira diz respeito à possibilidade de se analisar a decisão judicial a partir do conceito de estado de exceção. Essa verificação será feita sobretudo em relação à obra de Agamben, mas se incluindo também elementos da teoria schmittiana. Num segundo momento, pretendo tratar da relação entre legalidade e decisão a partir do que se tem chamado de *derrotabilidade* das regras jurídicas. Em torno desse problema teórico, doutrina e jurisprudência tem acumulado aporias e apresentado imensas dificuldades para cercar de previsibilidade e consistência lógico-argumentativa a decisão judicial. Por último, será abordado o problema da guarda da Constituição, sob a base de uma indiscernibilidade entre *guarda-la* e *suspendê-la*.

#### 3.1 ESTADO DE EXCEÇÃO ATÍPICO: A DECISÃO JUDICIAL E O DISPOSITIVO JURISDICIONAL DE EXCEÇÃO

Projetar a aplicação da teoria de Agamben às decisões tomadas pelo Poder Judiciário não é uma tarefa simples. Se, de um lado, o estado de exceção como conceito-paradigma possibilita uma reflexão alargada sobre o exercício do poder, ao mesmo tempo, o próprio Agamben obviamente não está se dirigindo à aplicação judicial do direito. Nas oportunidades em que tangencia esse problema, o autor se recusa a investir em teses que articulem a justiça e a exceção em nosso tempo.

Em *Homo sacer I*, ao falar da *exceptio* romana, Agamben, ainda que note semelhanças entre o instituto e o estado de exceção, é obrigado a afirmar que, pela distinção entre *jus honorarium* e *jus civile*, o que ocorre nesses casos é a aplicação de uma forma de direito em detrimento da outra. Ou seja, não se observariam, nesse caso, as aporias próprias ao estado de exceção. No entanto, aqui há um desenvolvimento possível. Na medida em que, nas democracias contemporâneas, não há a oposição entre essas duas formas de direito (da maneira como descreveu Agamben em relação ao direito romano), do que se trataria o fenômeno no qual o agente judicial aplica um direito ao largo da legalidade<sup>103</sup>?

---

<sup>103</sup> É na passagem a seguir que Agamben relaciona a exceção soberana com a *exceptio* do direito processual romano. Esse trecho é particularmente interessante, por ser uma das poucas passagens em que Agamben confrontou sua teoria do estado de exceção com a aplicação judicial do direito. Nele, apresenta uma situação na qual o réu poderia levantar uma exceção à aplicação da regra jurídica oriunda do *jus civile* sob o argumento de evitar uma injustiça. Não se trataria, como se pode ver, de uma alegação acerca da ausência de configuração da hipótese de incidência da lei ou, nos termos de Agamben, a *exceptio* atua “sem que seja, porém, posto em questão o pertencimento do caso jurídico à previsão normativa”. A *exceptio* consiste, assim, em inserir uma cláusula de

Já em *Estado de exceção*, Agamben (2004, pp. 40 e ss.) discorre sobre a relação entre exceção e necessidade. Inicialmente, ele traça um quadro em que as situações nas quais a lei deixa de ser aplicada em nome de alegado estado de necessidade de um sujeito de direito configuram casos estranhos à ideia de estado de exceção. Isso porque, em primeiro lugar, não se trata de um *status* (a necessidade) da própria ordem jurídica. E, em segundo lugar, porque não haveria, rigorosamente, uma suspensão da lei, mas apenas sua exclusão diante de um caso particular (AGAMBEN, 2004, p. 41). Diante disso, para os propósitos desta tese, cabe levantar duas questões. A primeira: Agamben pouco desenvolve os comentários mencionados acima. Revela-se, assim, uma baixa preocupação com a possibilidade de que se confira uma forma judicial ao estado de exceção. Isso não deixa de representar um fato curioso: o interesse de Agamben pelo tema da exceção é movido pela indeterminação entre *dentro e fora* do direito e, conseqüentemente, pelos esforços, como em Schmitt, de ancorar no direito a exceção soberana. Ora, através da decisão judicial é que esse processo pode perfazer-se, tornar-se acabado, com um estado de exceção que indetermina, finalmente, o próprio discurso jurídico. Segundo, e em decorrência da primeira observação: embora a distinção entre um *estado de necessidade pessoal* e um *estado de necessidade estatal* seja relevante, Agamben certamente subestima a

---

exceção na lei para evitar iniquidades na sua aplicação. O fato de que, no Direito Romano, havia o *jus honorarium*, isto é, o direito formado pelo entendimento dos pretores perante os casos concretos, faz com que Agamben afirme que a *exceptio* “não está absolutamente fora do direito”, representando um choque entre “duas exigências jurídicas”. É por isso também que Agamben afirma que a exceção soberana põe um problema ulterior ao lançado pela *exceptio*, já que, embora continue se tratando de duas exigências jurídicas em choque, não se trata do contraponto entre duas formas estabelecidas de direito – tais como *jus civile* e *jus honorarium* – mas do choque entre lei e decisão soberana. Na maneira como a exceção aparece nos casos analisados nesta tese, obviamente, não há duas formas de direito no sentido descrito por Agamben observando o Direito Romano, em que uma surge para “amenizar” a “generalidade” da outra. Ao menos no direito brasileiro e na tradição romano-germânica, não há algo que faça às vezes do que Agamben atribui ao *jus honorarium*. O que há, como se verá, é, como na exceção soberana, o afastamento da regra por uma decisão baseada em uma racionalidade governamental que é incluída no direito sem a ele pertencer. Além disso, em nenhum dos julgados analisados na presente pesquisa, trata-se de um caso trágico, cujo excepcionamento seria de difícil previsão pela sempre genérica legislação (o que parece ocorrer com a *exceptio*, atenuando suas aporias). Ao contrário, os julgados do STF aqui discutidos se referem a situações nas quais o tribunal substituiu, através da decisão, regras jurídicas de maneira abstrata, genérica: “a *exceptio* do direito processual romano mostra bem esta particular estrutura da exceção. Ela é um instrumento de defesa do réu em juízo, destinado a neutralizar a conclusão das razões sustentadas pelo autor, no caso em que a normal aplicação do *ius civile* resultaria iníqua. Os romanos viam nela uma forma de exclusão voltada contra a aplicação do *ius civile* (Dig. 44. I. 2, Uip. 74: *Exceptio dicta est quasi quaedam exclusio, quae opponi actioni solet ad excludendum id, quod in intentionem condemnationemve deductum est*). Neste sentido, a *exceptio* não está absolutamente fora do direito, mas mostra, antes, um contraste entre duas exigências jurídicas, que no direito romano remete a contraposição entre *ius civile* e *ius honorarium*, ou seja, o direito introduzido pelo pretor para amenizar a excessiva generalidade das normas do direito civil. Na sua expressão técnica, a *exceptio* toma assim o aspecto de uma cláusula condicional negativa inserida, na forma processual, entre *intentio* e *condemnatio*, mediante a qual a condenação do réu é subordinada a não subsistência do fato defensivo excepcionado por este (por exemplo: *si in ea re nihil malo A. Agerii factum sit neque fiat*, isto é: se não houve dolo). O caso de exceção é assim excluído da aplicação do *ius civile*, sem que seja, porém, posta em questão o pertencimento do caso jurídico à previsão normativa. A exceção soberana representa um limiar ulterior: ela desloca o contraste entre duas exigências jurídicas numa relação-limite entre o que está dentro e o que está fora do direito” (AGAMBEN, 2002, p. 30).

possibilidade de que, através da aproximação entre as duas situações (afastamento da regra a um caso particular em razão do estado de necessidade do sujeito que cometeu o ilícito e suspensão do ordenamento em nome da conservação da ordem sociopolítica e jurídica), pavimente-se um caminho que permita ao discurso judicial transitar entre elas.

Agamben tangencia mais uma vez a relação entre judiciário e exceção ao falar da teoria segundo a qual o *Ausnahmezustand* poderia ser visto como uma integração do ordenamento. Ele afirma que se trata de estender algo – a função de colmatação de lacunas na lei – do Poder Judiciário ao Executivo. E interroga se, nesse caso, “será ela realmente algo como uma lacuna em sentido próprio? Ela não se refere, aqui, a uma carência no texto legislativo que deve ser reparada pelo juiz; refere-se antes a uma *suspensão* do ordenamento vigente para garantir-lhe a existência” (AGAMBEN, 2004, p. 48). Agamben demonstra aqui uma visão ingênua da integração judicial do direito. O próprio Kelsen (1998, pp. 274-275) já havia apontando que a constatação (ou a alegação) de uma lacuna não consiste em atividade puramente lógica (abstraindo-se, talvez, o caso das chamadas *lacunas técnicas*<sup>104</sup>), mas corresponde a um ato de vontade estruturante da própria decisão. Não se sustentando o conceito de lacuna como “inaplicabilidade lógica do direito” (KELSEN, 1998, p. 274), trata-se, nos termos kelsenianos, de um problema de “política jurídica” (KELSEN, 1998, p. 274). O mais curioso é que, vistos desse ângulo, os termos com que Agamben continua a teorizar sobre a questão, buscando diferenciar a lacuna do estado de exceção, apenas sublinham a semelhança entre eles, o que redundava, conseqüentemente, numa aproximação entre jurisdição e exceção. Agamben afirma que

longe de responder a uma lacuna normativa, o estado de exceção apresenta-se como a abertura de uma lacuna fictícia no ordenamento (...). A lacuna não é interna à lei, mas diz respeito à sua relação com a realidade, à possibilidade mesma de sua aplicação. É como se o direito contivesse uma fratura essencial entre o estabelecimento da norma e sua aplicação e que, em caso extremo, só pudesse ser preenchida pelo estado de exceção (...). (AGAMBEN, 2004, p. 49)

Kelsen havia usado exatamente o mesmo termo – “ficção” (KELSEN, 1998, p. 275) – para qualificar o pensamento jurídico que busca atribuir ao problema das lacunas da lei um *status* puramente lógico-formal. Suprimir a ficção, para ele, redundaria em admitir que o

---

<sup>104</sup> Embora Kelsen enfrente algumas hipóteses que configurariam lacunas técnicas (KELSEN, 1998, pp. 276-277) e o faça recusando essa adjetivação, ele não trata das situações que tem sido qualificadas dessa maneira pela doutrina constitucional brasileira. A lacuna técnica, para essa doutrina, remete às normas da Constituição dotadas de eficácia limitada. Nesses casos, parece-me que é bastante difícil sustentar que não se tratam efetivamente de lacunas formais.

reconhecimento das lacunas remete a um juízo ético-político. Como para Kelsen, há decisão logicamente possível das duas formas – com ou sem a alegação de lacuna – o que ocorre, na verdade, através da integração do direito, é a produção de uma decisão que se considera mais justa do que aquela que se produziria sem a alegação da lacuna<sup>105</sup>. No entanto, fazer constar expressamente em lei – por exemplo, num Código Civil – que os juízes poderiam proceder dessa forma, segundo Kelsen, resultaria numa expansão excessivamente explícita dos poderes jurisdicionais. Ele põe a questão da seguinte forma:

Se ele [o legislador] formulasse essa atribuição de competência de uma maneira teoricamente acertada, isto é, sem qualquer ficção, deveria preceituar: quando a aplicação da ordem jurídica vigente é, segundo a concepção ético-política do tribunal, insatisfatória no caso *sub judice*, o tribunal pode decidir o caso segundo sua livre apreciação. Uma tal formulação conferiria ao tribunal, porém, um poder evidentemente demasiado extenso. (...) A tentativa de limitar esta atribuição de competência aos casos que o legislador não previu tem, no entanto, de esbarrar com o fato de o legislador também não poder determinar estes casos. Se os pudesse determinar, regulá-los-ia ele mesmo positivamente. A suposição do tribunal de que um caso não foi previsto pelo legislador e de que o legislador teria formulado o Direito de diferente modo se tivesse previsto o caso, funda-se quase sempre numa presunção não demonstrável. Por isso, o legislador, para limitar a atribuição deste poder aos tribunais, atribuição essa considerada por ele como inevitável, recorre à ficção de que a ordem jurídica vigente, em certos casos, não pode ser aplicada – não por uma razão ético-política subjetiva, mas por uma razão lógico-objetiva –, de que o juiz somente pode se fazer de legislador quando o direito apresente uma lacuna. (KELSEN, 1998, p. 276)

Através da leitura de Kelsen, é possível fazer emergir as aporias e ficções que compõem a teoria do direito no que se refere ao problema das lacunas na lei. A lacuna comporta, como se vê, um parentesco com o caso-limite, na medida em que desafia as fronteiras entre o político e o jurídico e na medida também em que funciona como um código, cuja decomposição teórica revela a intimidade do direito. Isso ocorre porque a “lacuna da lei” é uma das principais

---

<sup>105</sup> Como afirma Kelsen (1998, p. 274, com grifo nosso), “vistas as coisas mais de perto, verifica-se que a existência de uma “lacuna” só é presumida quando a ausência de uma tal norma jurídica é considerada pelo órgão aplicador do Direito como indesejável do ponto de vista da política jurídica e, por isso, **a aplicação – logicamente possível – do Direito vigente é afastada por esta razão político-jurídica**, por ser considerada pelo órgão aplicador do direito como não equitativa ou desacertada. Porém, a aplicação da ordem jurídica vigente pode ser considerada como não equitativa ou desacertada, não apenas quando esta não contenha uma norma geral que imponha ao demandado ou acusado uma determinada obrigação, mas também quando ela contenha uma determinada norma. O fato de a ordem jurídica não conter qualquer norma que estabeleça uma pena para o furto de energia elétrica pode ser considerado tão iníquo ou desacertado como o fato de uma ordem jurídica conter uma norma que é de aplicar tanto ao roubo acompanhado de homicídio como à hipótese de um filho matar o pai que sofre doença incurável, a pedido deste. Lacuna no sentido da inaplicabilidade lógica do direito tampouco existe num caso como no outro; e é pelo menos inconsequente ver num dos casos, e não no outro, uma lacuna. A isto acresce que o juízo segundo o qual a ausência de uma norma jurídica de determinado conteúdo vai contra a equidade ou é desacertada representa um juízo de valor altamente relativo que de forma alguma exclui um juízo de valor oposto”.



manifestações jurídico-conceituais da cisão entre direito e vida, cisão esta que deve ser suturada pela *decisão*. E é por isso que *alegação da lacuna + integração (sutura da cisão entre direito e vida)* é uma fórmula privilegiada através da qual se produz a *exceção jurisdicional*. A integração do direito veicula privilegiadamente<sup>106</sup> um estado de exceção.

Como reconhece Kelsen, integrar o direito equivale a negar aplicação ao direito vigente<sup>107</sup>, o que indica que, assim como no estado de exceção, a lacuna promove uma vigência sem significado das regras positivadas, pondo uma decisão com-força-de-lei. Todas os problemas conceituais que envolvem a integração do direito redundam numa verdadeira *indecidibilidade*, já que ao juiz se faculta tanto aplicar o direito vigente como não o aplicar. Reforça-se, assim, o parentesco entre exceção e o complexo lacuna-integração.

Obviamente, Kelsen não usa o termo indecidibilidade (que remete, como visto, a Agamben e Benjamin), mas é disso que se trata. Na passagem a seguir, nota-se, pela argumentação kelseniana, a gravidade da questão. Kelsen percebe justamente como o problema da integração se reduz, no limite, à decisão e à compreensão da própria jurisdição sobre qual deve ser sua relação com a norma a aplicar:

Como, porém, o Direito vigente é sempre aplicável, pois não há “lacunas” nesse sentido, esta fórmula, quando se penetre o seu caráter fictício, não opera a pretendida limitação do poder atribuído ao tribunal, mas a auto-anulação da mesma. Se, porém, o tribunal aceita a ideia de que há lacunas no Direito, então esta ficção teoricamente inaceitável realiza o efeito pretendido. Com efeito, o juiz – e especialmente o juiz de carreira que está sob o controle de um tribunal superior –, que não se sente facilmente inclinado a tomar sobre si a responsabilidade de uma criação do Direito *ex novo*, só muito excepcionalmente aceitará a existência de uma lacuna no Direito e, por isso, só raramente fará uso do poder, que lhe é conferido, de assumir o lugar do legislador. (KELSEN, 1998, p. 276)

O tema poderá ser retomado e observado quando da análise da Q.O. na AP 937, julgada pelo STF. Nela, o ministro relator falará numa “lacuna axiológica” a ser judicialmente integrada. Ainda neste tópico, quando for tratado o tema da derrotabilidade das regras, o problema das lacunas retornará. Uma parte dos resultados da presente pesquisa diz respeito justamente ao mapeamento de um arsenal de conceitos jurídicos cujo uso jurisdicional tem

<sup>106</sup> Não considero ser possível afirmar que toda integração do direito está ligada, necessariamente, à produção de uma relação de exceção. Por isso, os termos utilizados acima expressam melhor a relação entre lacunas e estado de exceção.

<sup>107</sup> Como afirma Kelsen (1998, p. 274), “vistas as coisas mais de perto, verifica-se que a existência de uma “lacuna” só é presumida quando a ausência de uma tal norma jurídica é considerada pelo órgão aplicador do Direito como indesejável do ponto de vista da política jurídica e, por isso, a aplicação – logicamente possível – do Direito vigente é afastada por esta razão político-jurídica (...)”.

produzido uma vigência sem aplicação da lei. Destacam-se, nesse conjunto, os mencionados conceitos de lacuna legal e de derrotabilidade das regras.

As razões acima conduzem à constatação de que a lacuna a ser integrada pelo juiz é, assim como a lacuna que se abriria no estado de exceção, uma ficção político-jurídica, feita para operar a religação, através da *decisão*, do que fora cindido – direito e vida. Nesse sentido, os termos agambenianos, equivocados na compreensão que exteriorizam acerca do problema das lacunas da lei, ainda assim ajudam a iluminar a questão, uma vez que, no seu equívoco, revelam precisamente o que buscavam recusar. Não é à toa, portanto, que Agamben nota, na literatura sobre o estado de exceção, uma aproximação entre este instituto e os procedimentos de integração judicial do direito. Ao tratar de um exemplo que remete à atividade jurisdicional para esclarecer o funcionamento do estado de exceção, a existência dessa literatura deveria conduzir precisamente a uma interrogação contundente sobre a relação entre o Poder Judiciário e a suspensão emergencial do ordenamento.

O saldo que se pode extrair, então, é que a teoria de Agamben, quanto à relação jurisdição-exceção, merece ser criticada ou, no mínimo (e ironicamente), integrada. Agamben de fato parece subestimar os riscos da expansão dos poderes jurisdicionais através de dispositivos de exceção. Sua preocupação recai, ainda, sobre o Poder Executivo. No entanto, sua ideia de uma exceção como paradigma, inclusive com menções claras a leis excepcionais que substituem decretos explícitos de estado de exceção, iluminam amplas regiões da soberania em que a estrutura da exceção pode efetivamente se fazer impor e multiplicar-se. A concepção do autor, por essa via, afasta-se de reconhecimento exclusivamente jurídico-formal da relação de exceção.

Partindo-se dessa perspectiva, por mais que compreender o pôr formal do estado de exceção seja relevante, restringir a compreensão da multiplicação da estrutura da exceção unicamente ao seu reconhecimento explícito e formal pela decisão representaria uma limitação dogmática insustentável. Em razão disso, exponho abaixo as nove razões fundamentais pelas quais me parece que a *estrutura da relação de exceção* (afinal, é a presença dessa estrutura que se faz necessário verificar) pode fazer-se presente também em decisões judiciais. E, por óbvio, ao expor tais razões, não me estarei referindo a julgamentos por tribunais de exceção típicos, pois não se trata (ao menos não necessariamente) de analisar o discurso judicial produzido diante de uma lei marcial. O que interessa é justamente examinar como a estrutura da relação de exceção pode espriar-se pela justiça em casos diferentes destes, quer dizer, nas situações em que não se encontre ligado a um *estado de exceção típico*.

A primeira razão foi lançada parcialmente acima. A partir do momento em que o estado de exceção é um paradigma<sup>108</sup> através do qual se pode compreender a política ocidental, o estado de sítio decretado por um poder executivo não é mais do que uma referência para se compreender um conjunto mais amplo de fenômenos. O estudo do estado de exceção não se esgota na análise dos casos de suspensão *in toto* do ordenamento pelo chefe de governo. Ao contrário, este é apenas o ponto de partida para se compreender o que está ao seu lado, em seu entorno. Nesse sentido, é interessante observar o exemplo do campo de concentração, ao qual recorre Agamben. Em passagem que já fora parcialmente trazida nesta tese, o autor afirma que

se a essência do campo consiste na materialização do estado de exceção e na conseqüente criação de um espaço em que a vida nua e a norma entram em um limiar de indistinção, deveremos admitir, então, que nos encontramos virtualmente na presença de um campo toda vez que é criada uma tal estrutura, independentemente da natureza dos crimes que ali são cometidos e qualquer que seja a sua denominação ou topografia específica. Será um campo tanto o estádio de Bari, onde em 1991 a polícia italiana aglomerou provisoriamente os imigrantes clandestinos albaneses antes de reexpedi-los ao seu país, quanto o velódromo de inverno no qual as autoridades de Vichy recolheram os hebreus antes de entrega-los aos alemães; tanto o *Konzentrationslager für Ausländer* em Cottbus-Sielow, no qual o governo de Weimar recolheu os refugiados hebreus orientais, quanto as *zones d'attente* nos aeroportos internacionais franceses, nas quais são retidos os estrangeiros que pedem o reconhecimento do estatuto de refugiado. (AGAMBEN, 2002, p. 181)

“Toda vez que é criada tal estrutura”: portanto, toda vez que encontrada a estrutura da relação de exceção – que pode ser resumidamente concebida como a suspensão da legalidade através de uma decisão que invoca uma emergência fática para conservar a ordem – trata-se igualmente de uma manifestação do estado de exceção como paradigma (bio)político. Nesse sentido, o *estado de exceção típico* – suspensão *in toto* da Constituição pelo Poder Executivo formalmente reconhecida pela própria decisão – consiste num ponto de referência importante, mas não esgota a questão: ao seu lado, encontra-se a relação de exceção judicialmente produzida, atingindo certas regiões do ordenamento jurídico – o que configura aquilo que tem sido chamado aqui de *estados de exceção atípicos* (que, no caso desta tese, são *jurisdicionais, regionais e sem reconhecimento formal expresso de sua imposição*). Embora não sejam idênticas, exceção típica e atípica guardam suficiente homogeneidade; uma homologia estrutural as aproxima.

Em segundo lugar, como se perceberá nos casos a seguir, a jurisdição produz a exceção invocando uma emergência. Cabe aqui recuperar rapidamente seu (da emergência) significado.

---

<sup>108</sup> No Capítulo 2, foi oferecido o conceito metodológico de paradigma, a partir da perspectiva agambeniana.

Schmitt havia demonstrado que o soberano é aquele que qualifica a situação como normal ou anormal. Essa é a decisão última que define a própria soberania. A norma, para Schmitt, deve ser dotada não apenas de validade abstrata, mas também de uma validade imanente, que, para se apresentar, requer um meio homogêneo para sua aplicação. Trata-se de um pressuposto implícito de aplicação da norma: que a situação a que ela será aplicada seja considerada normal por aquele que detém o poder de produzir a decisão. Vimos, ainda, que essa qualificação do meio, ou seja, o juízo sobre a normalidade da situação, é ela mesma uma produção político-discursiva da decisão. No fundo, trata-se de rearticular direito e fato, através de uma medida que, desaplicando a lei, põe uma juridicidade adequada às condições de vida.

No discurso judicial que será aqui analisado, a qualificação da situação como anormal também está presente. Os votos se ocupam em corrigir “disfuncionalidades” inaceitáveis do sistema de justiça. Seria emergencial (ainda que o termo “emergência” não compareça) superar a impunidade e a ineficiência jurisdicional, que conduzem a uma verdadeira crise da tutela penal. Afirma-se ser necessária “a superação de um sistema recursal arcaico e procrastinatório” e que “não há porque dar continuidade a um modelo de morosidade, desprestígio para a justiça e impunidade” (BARROSO, 2016c, p. 22, com grifo nosso). O leitor perceberá que, sem as alegadas disfuncionalidades, as decisões tomadas seriam simplesmente impensáveis. Ao mesmo tempo – o que se liga à tutela penal dos “crimes do colarinho branco” –, acata-se o entendimento de uma crise do sistema político advinda da “corrupção sistêmica”<sup>109</sup>. Constam nos julgados também, como se verá, preocupações com a ordem pública, com o prestígio do agente judicial e com a dimensão simbólica da justiça. A decisão que excepciona a regra é concebida, então, como uma forma de prevenir a desordem e o tumulto, assim como um modo de conservar a autoridade estatal posta em cheque pelas próprias garantias processuais. Ela, a decisão, configura, assim, a salvação do Estado e da sociedade diante da emergência.

Se isso é verdadeiro, contudo, nesse ponto, é necessária uma matização dessas afirmações. A estrutura da relação de exceção, ou seja, a estrutura de *uma decisão que desaplica a regra, no caso excepcional, em nome da ordem* comporta uma distinção em graus quanto à forma de construção discursiva do caso excepcional. Em algumas decisões, o apelo para a manutenção da ordem *grita* nas decisões judiciais. Beira-se à afirmação de que todo o edifício social iria à ruína em caso de aplicação da regra. Em outros casos, o apelo é mais suave. Busca estabelecer que a observância da norma levaria a um comprometimento do bom funcionamento

---

<sup>109</sup> Para Barroso (2017c, p. 02), “a grande vantagem dessa crise brasileira e da corrupção sistêmica é que não dá para apontar o dedo para um e para outro, não foram falhas pontuais, foram falhas institucionalizadas de arrecadação e de distribuição por tanta gente, que é impossível não sentir vergonha pelo que aconteceu no Brasil.

da ordem. Nesse sentido, a análise da construção político-discursiva da emergência requer um refinamento. Ela deve ser procurada não apenas quando ganha contornos abertamente apocalípticos. Isso, como se pode notar, longe de atenuar a força do argumento de exceção, expõe justamente o contrário: para afastar a regra, pode ser suficiente uma *emergência no sentido fraco*. Uma vez que o peso da emergência costuma ser proporcional à gravidade da ruptura com as regras, parece que cada vez é necessário *menos emergência para mais desaplicação da lei*.

Em todos esses casos, o meio não seria suficientemente homogêneo para a aplicação das regras constitucionais: ele exige uma medida que seja delas independente, capaz de nutrir de vitalidade a produção do direito. Isso nos conduz ao terceiro ponto: o que será adotado, em detrimento da legalidade, é uma autêntica *regra técnico-objetiva de ação*, nos termos schmittianos. Trata-se de uma intervenção estatal interessada essencialmente nos objetivos políticos a atingir, na medida em que não encontram limite sequer na regra constitucional desaplicada. A razão jurisdicional é assim deslocada para uma relação pragmática entre meios e fins, ou seja, para uma busca pelas medidas aptas a produzir a cessação das disfuncionalidades que visa combater. Como de costume – e aqui retornamos novamente a Schmitt – combater as disfuncionalidades redundam em combater um inimigo: o criminoso, especialmente, nos casos adiante, aquele que comete os chamados “crimes do colarinho branco”. Nesse ponto, interseccionam-se as demandas punitivistas e a reclamação de uma maximização da eficiência na atuação estatal. Em outras palavras, neoliberalismo e punitivismo, longe de serem mutuamente excludentes, revelam aí sua cumplicidade.

Em quarto lugar, o que se tem, na exceção jurisdicional, é sem dúvida uma zona de irreduzível indecibilidade entre direito e fato. Isso já foi demonstrado quando se falou das lacunas. Mas os casos permitirão notar que, com a governamentalização da justiça, é levada ao extremo a faculdade do juiz em aplicar ou desaplicar a Constituição. Quando explorarmos o conceito de derrotabilidade das regras será possível observar novamente o quanto a exceção parece indomável, impassível de um controle racional, também na esfera judicial.

Em quinto lugar, o Poder Judiciário também está apto a produzir uma situação na qual a lei encontre vigência, mas não aplicação. Trata-se da vigência sem significado típica ao estado de exceção, no qual o texto legal é reduzido a um significante excedente. Ele se encontra, assim, em suspensão que sequer é temporária, mas indefinida. Pode-se indagar se é válido aqui também falar em suspensão da norma. A suspensão sob o estado de exceção não seria temporária, ou seja, não vigoraria na medida em que perdura a crise que visa combater? A tese do estado de exceção permanente ajuda a demonstra justamente que o essencial, na suspensão da ordem

jurídica, não é tanto seu caráter provisório, mas, sim, a desaplicação de regras válidas em nome de uma razão política e de objetivos políticos concretíssimos.

Sexto ponto: o que se conforma, nos casos abaixo, é uma autêntica *decisão com-força-de-Constituição* (ou com força-de-Constituição-sem-Constituição). Confere-se força constitucional àquilo que não a tem; àquilo que se separou da regra para articular-se às relações vitais de uma ordem-população. E, aqui, o circuito posto por Schmitt nas décadas de 20 e 30 se perfaz: primeiro, uma norma conceitualmente independente da decisão; segundo, a vinculação dessa decisão a um substrato fático, às condições de vida efetivas. Pode haver assim um composto decisão-ordem que se antagoniza com o direito positivo vigente. O direito, também no judiciário, pode, assim, ser aplicado desaplicando-se, fazendo emergir um juiz que, como o soberano, é “lei viva”; que, ao decidir, faz atuar uma “força-de-lei privada de norma que age como pura inclusão da vida” (AGAMBEN, 2004, p. 111).

Em sétimo lugar, assim como o que ocorre em um estado de exceção típico, o Judiciário, através de uma decisão que coincide com a transgressão da norma, desestabiliza a separação dos poderes, ou melhor, torna-os irreconhecíveis. Se Agamben havia destacado esse aspecto, mas se referindo à usurpação de competências legislativas pelo Poder Executivo, o mesmo se aplica a uma intervenção excepcional da justiça. Nos casos aqui analisados, isso não se refere apenas ao Poder Legislativo constituído: a jurisdição concorre com a própria autoridade constituinte e suas deliberações estampadas sob a forma de regras.

Oitavo, a vida que se produz a partir de uma exceção jurisdicional é uma vida nua, uma vida que deve suportar o nexos entre violência e direito operado pela decisão. Aquele que está sujeito ao que foi decidido pelo STF no HC 126.292 e na Q.O./A.P. 937, não figura, perante tais decisões, como um sujeito de direito. A vida que é reconhecida e produzida nesses casos é a de um *homo oeconomicus* – que, como exposto no tópico 2.3, pela sua própria heterogeneidade em relação ao sujeito jurídico, está exposto à multiplicação dos dispositivos de exceção.

Por fim, em nono lugar, quando se dá uma aplicação judicial da exceção, trata-se da *última palavra* sobre a qualificação do meio (enquanto normal ou anormal) a aplicar a norma. É verdade que essa última palavra, no caso da justiça, apresenta-se sob certas condições – a necessidade de que seja provocada a manifestar-se é a principal delas. No entanto, esse temperamento da decisão última, típica de um regime democrático baseado na separação dos poderes, não a desconstitui. É do Poder Judiciário – e em especial do Supremo Tribunal Federal – o poder de decidir em definitivo uma enorme porção de controvérsias políticas que atravessam a sociedade brasileira. Esse poder é mesmo reconhecido pelos ministros, no que se destacam as

afirmações de Celso de Mello, segundo o qual o STF tem-se pronunciado no sentido de enfatizar “a condição institucional que lhe permite exercer, soberanamente, o monopólio da última palavra em interpretação constitucional”. Retornarei a esse ponto no tópico 3.2.

Pelas características comuns citadas acima, capazes de unir a exceção produzida pelo Executivo e aquela produzida pelo Judiciário, resta tratar ambos os fenômenos sob o mesmo conceito. A distinção aqui proposta é aquela já apresentada, que separa estado de exceção típico (posto formal e expressamente por um Poder Executivo para suspender totalmente a ordem constitucional) e o estado de exceção atípico (todo aquele produzido fora da tipicidade do conceito e que, no caso desta pesquisa, referem-se a estados de exceção regionais, jurisdicionais e sem reconhecimento formal expresso de sua imposição).

Afirmar, com isso, que *estados de exceção atípicos* têm sido postos em funcionamento pela justiça brasileira não quer dizer, no entanto, que vivamos sob um regime de exceção. Para Agamben, como visto, a própria distinção entre democracia e ditadura, embora útil para designar formas arquetípicas, não é capaz de captar a indistinção entre uma e outra produzida na contemporaneidade. Em outras palavras, o problema não é apenas diferenciar regime democrático e regime totalitário: é também reconhecer, catalogar e radiografar o que há de totalitário na democracia. O gráfico de autoria de Agamben e aqui reproduzido no tópico 2.3., o qual retrata a convivência do estado de natureza com o estado de direito (na medida em que o primeiro é um “princípio interno” do segundo) expõe exatamente isso. Totalitarismo e democracia convivem nas democracias constitucionais, inclusive na democracia constitucional brasileira. Portanto, as afirmações feitas nesta tese não se ligam – ao menos não imediatamente – à afirmação de que o Brasil vive sob um regime de exceção. Liga-se, sim, à hipótese de que a justiça brasileira passa por um processo de governamentalização, o qual tem como uma de suas tendências fazer com que regra e exceção se tornem indiferentes.

É por essas mesmas razões que julgo ser possível falar, no plural, em *estados de exceção*. Com essa expressão, denota-se a multiplicação de *dispositivos de exceção* em meio ao regime democrático. A exceção espalha-se e mina a democracia, e o limite desse processo sociopolítico de conformação de uma *democracia minada* é a completa impossibilidade de discernir aplicação e desaplicação da norma sob um estado de exceção permanente.

Se a noção de tribunal de exceção esteve normalmente ligada a uma jurisdição extraordinária realizada por tribunais *ad hoc*, especialmente por cortes militares; ou seja, se a ideia de tribunal de exceção geralmente era tratada como um problema de competência, com a governamentalização da justiça, ela passa a dizer respeito à relação entre norma e decisão, entre exceção e regra, entre emergência e normalidade. Definir a instituição que julga é de todo

insuficiente para situar uma jurisdição excepcional. O fundamental é observar, nos termos acima expostos, se a estrutura da relação de exceção se faz presente e conforma a decisão.

A essa altura, uma afirmação levantada anteriormente pode ser compreendida plenamente. Longe de configurar uma hipótese de *estado de exceção fraco*, a aplicação judicial da exceção leva ao limite a indistinção entre direito e fato. Schmitt, como aponta Agamben, inscreveu a exceção na ordem jurídica através de um paradoxo topológico. Essa inscrição se realizava em dois níveis. No primeiro nível, político-jurídico, Schmitt inclui a exceção no direito através de uma teoria segundo a qual o soberano, pela decisão, produz direito sem ter direito. Num segundo nível, epistemológico, Schmitt ancora a exceção na doutrina jurídica, pois é o excepcional que ilumina a regra. Mas nem o próprio Schmitt – ao menos não expressamente – havia inserido a *exceptio* no discurso judicial.

A argumentação jurídica, enquanto discursividade destinada a interpretar e aplicar o direito, permanecia aparentemente incólume. Só pela via de um estado de exceção típico seria possível observar a relação entre jurisdição e exceção – imagine-se um caso, por exemplo, em que, diante de uma regulamentação constitucional do estado de sítio, fosse alegado judicialmente que o chefe do Poder Executivo teria extrapolado os termos de tal regulamentação. A possibilidade de instituir a exceção pela aplicação judicial do direito é, assim, o sintoma de dois fenômenos. Primeiro, é um sintoma de que a *exceptio* ocupou radicalmente o direito, pois rompeu a última fronteira que tinha diante de si ao remodelar aquele que seria o discurso jurídico em sentido estrito, o discurso jurídico por excelência, e, conseqüentemente, a forma jurídica por excelência – a decisão judicial. A aporia máxima que o estado de exceção poderia produzir converteu-se finalmente em uma realidade: a forma consagrada na modernidade justamente para aplicar a lei é aquela que reiteradamente a desaplica. Segundo, tem-se um sintoma de que, compondo a jurisdição, o estado de exceção ocupou efetivamente todo o Estado, todas as formas de manifestação da soberania.

### 3.2 A TEORIA DA *DERROTABILIDADE* DAS REGRAS: UM IMPASSE FUNCIONAL À EXCEÇÃO SOBERANO-GOVERNAMENTAL

Para encerrar este tópico, serão dedicadas algumas laudas à exploração do conceito de derrotabilidade (*defeasability*) das regras jurídicas. O motivo de fazê-lo é que, embora não seja utilizado de maneira inteiramente explícita em nenhum dos casos analisados nesta pesquisa, talvez seja em torno da *derrotabilidade* que o problema da aplicação judicial de um estado de exceção se faça, em termos conceituais, mais visível. O resultado dessa análise se manifesta em



duas direções: primeiro, demonstra-se a dificuldade encontrada pela doutrina em estabilizar o tema; segundo e ao final deste tópico, será examinado em que medida a exploração desse conceito ilumina a observação da relação entre jurisdição e exceção.

A literatura considerada seminal para a compreensão da *derrotabilidade* é o texto de autoria do juspositivista britânico Herbert Hart intitulado *The Ascription of Responsibility and Rights*, publicado em 1949. Nele, Hart (1949, p. 171) parte da diferenciação entre descrição (*description*) e o que poderíamos chamar de atribuição (*ascription*). O autor sustenta que o discurso jurídico é formado, em geral, pelo que chama de “blend of law and facts” (um composto de direito e fato, cf. HART, 1949, p. 172), quer dizer, as afirmações nele contidas não são uma pura referência descritiva a uma factualidade, mas desde logo uma *atribuição* de responsabilidades e direitos (HART, 1949, p. 172).

A outra face dessa afirmação é o que faz emergir a *defeasability* (traduzida como “derrotabilidade”, mas também, em alguns casos, como “superabilidade”) hartiana (HART, 1949, p. 175). Toda atribuição, para Hart, assim como todo conceito jurídico (no fundo, o conceito é já ele mesmo uma atribuição – o que se considera como “contrato” num processo judicial, por exemplo) está sujeita a ser derrotada, ou seja: como composto de direito e fato, a partir da arguição de uma exceção que faça emergir uma nova composição ou uma nova qualificação do fato, ela poderá ter sua aplicação afastada (HART, 1949, pp. 175-176). Para Hart, é impossível exaurir a apresentação de um conceito a partir das “condições suficientes e necessárias”, quer dizer, das “condições positivas” que o caracterizariam<sup>110</sup> (HART, 1949, p. 174). Como todo conceito é derrotável (*defeasible*), ele traz em si um implícito “*unless*” (HART, 1949, p. 174) – “a menos que” ou “exceto se” – que igualmente o define<sup>111</sup>.

---

<sup>110</sup> Para Hart (1949, pp. 174-175), “it is usually not possible to define a legal concept such as “trespass”, “contract” by specifying the necessary and sufficient conditions for its application. For any set of conditions may be adequate in some cases but not in others and such concepts can only be explained with the aid of a list of exceptions or negative examples showing where the concept may not be applied or may only be applied in a weakened form. This can be illustrated in detail from the law of contract. When the student has learnt that in English law there are positive conditions required for the existence of a valid contract, i.e., at least two parties, an offer by one, acceptance by the other, a memorandum in writing in some cases and “consideration”, his understanding of the legal concept of a contract is still incomplete and remains so even if he has learnt the lawyers technique for the interpretation of the technical but still vague terms, “offer”, “acceptance”, “memorandum”, “consideration”. For these conditions, although necessary, are not always sufficient and he has still to learn what can defeat a claim that there is a valid contract, even though all these conditions are satisfied”.

<sup>111</sup> Hart (1949, p. 175) afirma: “the student has still to learn what can follow on the word “unless” which should accompany the statement of these conditions. This characteristic of legal concepts is one for which no word exists in ordinary English. The words “conditional” and “negative” have the wrong implications, but the law has a word which with some hesitation I borrow and extend: this is the word “defeasible” used of a legal interest in property which is subject to termination or “defeat” in a number of different contingencies but remains intact if no such contingencies mature. In this sense then, contract is a defeasible concept”.

Embora os termos do texto de 1949 sejam interessantes, em *O conceito de Direito (1961)* eles são inseridos num corpo maior de problemas e ganham uma nova fisionomia. No capítulo dessa obra que enfrenta o formalismo e o ceticismo sobre as regras (VII), Hart busca situá-los como “exageros” que “se corrigem mutuamente, e a verdade reside no meio deles” (HART, 2001, p. 161). Seria necessário, portanto, encontrar caminhos intermediários. Quanto à derrotabilidade, decisivo é que Hart a retoma – embora não mais explicitamente associada a uma atributividade que seria intrínseca aos conceitos jurídicos – sob duas afirmações expressas. Primeiro, ela agora é tratada explicitamente como uma característica não apenas dos conceitos e das atribuições jurídicas, mas das próprias regras positivadas (HART, 2001, p. 142). Em segundo, Hart deixa ainda mais claro que o que se liga ao *unless* não pode ser antecipadamente exaurido a partir de um rol abstrato de exceções<sup>112</sup> (HART, 2001, p. 153). Essa construção é embasada em toda uma dissertação acerca dos limites da linguagem e da imprevisibilidade que caracteriza a própria condição humana. A derrotabilidade, com isso, é parte do que o autor trata como a “textura aberta” (HART, 2001, p. 152) das regras jurídicas.

Hart percebe com muita lucidez o conjunto de dificuldades em que essas constatações acarretam e não se esquivava de conferir-lhes um tratamento teórico. Ele passa então – já numa polêmica mais direta com o ceticismo, uma vez afastados os termos do formalismo – a enfrentar os problemas relativos ao conceito de *decisão*. Explorando o fato de que os tribunais efetivamente detêm o poder para dar a última palavra sobre o direito, Hart busca demonstrar a insuficiência da máxima realista segundo a qual “o direito é o que os juízes dizem que ele é”, uma vez que as regras seriam efetivamente tomadas pelos tribunais como “padrões a seguir na decisão, suficientemente determinados, apesar da sua textura aberta, para limitar o seu caráter discricionário, embora sem o excluir” (HART, 2001, p. 161). Isso porque

continua a haver uma distinção entre uma constituição que, depois de estabelecer um sistema de tribunais, dispõe que o direito será tudo aquilo que o supremo tribunal considere adequado e a constituição efectiva dos Estados Unidos – ou, para o mesmo efeito (...) de qualquer Estado moderno. A frase “a constituição (ou o direito) é tudo aquilo que os juízes dizem que é”, se interpretada como negação desta distinção, é falsa” (HART, 2001, p. 159).

Sem dúvida, a crítica hartiana à máxima realista é inteiramente adequada do ponto de vista lógico, pois conceber o sistema como *decisão sem regra* não faz, de fato, sentido. A questão é que isso ainda não resolve o problema aberto por Hart. Além de já ter afirmado que

---

<sup>112</sup> Hart (2001, p. 153) afirma que as regras comportam “exceções insusceptíveis de afirmação exhaustiva”. Para ele, “uma regra que termina com a expressão “a menos que...” ainda é uma regra.

as exceções à regra não podem ser exaustivamente determinadas previamente, o autor já se deu conta, a essa altura, da dificuldade, tanto política quanto teórico-jurídica, em administrar o excepcionamento da norma. Ele não se preocupará, no entanto, em construir uma teoria da argumentação jurídica apta a racionalizar o procedimento da *defeasability*. O caminho adotado, após levantar o problema da “última palavra”, é outro e remete à questão da soberania.

Hart tematiza, já ao final do capítulo VII, a indeterminação das regras que dispõem sobre a própria validade da lei. Isso remete, no contexto britânico, à soberania do Parlamento. Hart se deparara, nesse procedimento, com uma situação em que a última palavra sobre o direito, que cabe a uma corte, recai sobre a validade de decisões daquela que seria a autoridade política máxima. Trata-se da *última das últimas palavras*, em que o procedimento consiste em reconhecer o direito<sup>113</sup>. Os riscos aí implicados são reconhecidos da seguinte maneira:

É perfeitamente possível que algumas das proposições discutíveis que constituem os passos duvidosos, mas não obviamente errados, deste argumento sejam um dia admitidas ou rejeitadas por um tribunal chamado a decidir a questão. Então teremos uma resposta às questões que elas suscitam e tal resposta, enquanto o sistema existir, terá um estatuto único dotado de autoridade entre as respostas que poderiam ser dadas. Os tribunais terão tornado determinada neste ponto a regra última pela qual é identificado o direito válido. Aqui, “a constituição é aquilo que os juízes dizem que é” *não* significa apenas que as decisões concretas dos supremos tribunais não podem ser postas em causa. À primeira vista, o espectáculo parece paradoxal: os tribunais estão aqui a exercer poderes criadores que estabelecem os critérios últimos, pelos quais a validade das próprias leis que lhes atribuem jurisdição como juízes deve ela própria ser testada. Como pode uma constituição atribuir autoridade para dizer o que é a constituição? (HART, 2001, pp. 165-166)

Para Hart, tratar essa questão passa por uma distinção entre “zonas de franja” e “zonas centrais” do direito. Como, para o autor, os juízes de fato tomam a sério as regras como padrões de decisão e por ela se orientam nas vastas “zonas centrais” do sistema jurídico, a crítica cética estaria sempre reduzida à franja do direito: ela tomaria o excepcional pelo normal. A essa “zona de franja”, Hart liga essencialmente os casos em que, como descrito na citação cima, são exercidos, pelos juízes, “poderes criadores” voltados a dissolver a indeterminação dos “critérios últimos de validade” das leis<sup>114</sup>.

Recapitulando para avançar na análise, a questão pode ser posta da seguinte maneira: as regras têm textura aberta, pois comportam certa indeterminação e são derrotáveis. Além disso, podem ser simplesmente descumpridas pelos tribunais (HART, 2001, p. 159). No entanto, na

<sup>113</sup> Por isso, Hart (2001, p. 161) chama as regras que dispõem sobre isso de “regras de reconhecimento”.

<sup>114</sup> Nesse sentido, é muito interessante que Hart aponte que é porque atua com base nas regras e de maneira previsível nas zonas centrais do direito que a justiça se prestigia para atuar nas zonas de franja, impondo a última palavra sobre as questões político-jurídicas fundamentais (HART, 2001, p. 168).

maior parte do tempo, funcionam, isto é, são obedecidas, na medida em que são consideradas como padrão decisório pelos juízes. O que faz, então, com que a derrota da regra, os casos mais graves de indeterminação semântica e, no limite, a violação da lei pela justiça não comprometam a estabilidade do sistema? Pode-se depreender que o texto de Hart responde a isso em três direções: em primeiro lugar, o nível de determinação semântica da regra seria suficiente para que a maioria dos casos seja solucionada de maneira previsível, ao mesmo tempo em que a concretização (através da regulamentação e da jurisprudência) dos termos da lei pelo Poder Judiciário e Executivo garantiriam maior segurança jurídica (HART, 2001, pp. 144 e ss.); em segundo lugar, a derrota da regra certamente não é vista por Hart como um fenômeno recorrente, mas é dada apenas em circunstâncias extraordinárias (os casos “não contemplados”, cf. HART, 2001, p. 142); e, em terceiro lugar, os juízes, na ampla maioria dos casos, observam as regras porque geralmente acatam a própria regra segundo a qual as regras devem ser observadas quando da aplicação judicial do direito (cf. HART, 2001, p. 160).

É nesse último ponto que reside o nó. E se os juízes não mais acatarem as regras? Para Hart, uma transformação desse tipo é possível. Ela teria de se espalhar pela justiça e “ser aceite” (HART, 2001, p. 159), instituindo uma situação em que, finalmente, com o decisor desvinculado da lei, a máxima realista teria lugar<sup>115</sup>. No entanto, para ele, não é isso que ocorre em seu tempo. Por vigorar efetivamente – e socialmente – uma regra segundo a qual as regras devem ser cumpridas, a desobediência judicial à lei seria rara e, diante dela, a maior parte da sociedade reagiria criticamente, embora não se pudesse invalidá-la (cf. HART, 2001, p. 160).

O saldo que se pode extrair da leitura de Hart para os fins desta tese podem ser sintetizados em cinco pontos. Primeiro, através da obra hartiana, os limites da derrotabilidade são desconhecidos. As incertezas sobre o futuro e a conseqüente impossibilidade de se chegar a um elenco exaustivo das hipóteses em que uma regra seria derrotada deixam em aberto um problema seríssimo para a teoria do direito. Elas, no fundo, remetem à uma indagação: é possível conferir limites racionais ao excepcionamento da norma?

Em segundo lugar, e a partir mesmo das incertezas sobre o futuro que marcam a teoria da *defeasibility*, o texto de Hart parece indicar que a regra está dirigida a um caso tido como normal. Nesse sentido, o autor afirma que, vista através do conceito de derrotabilidade, “a

---

<sup>115</sup> Afirma Hart, nesse sentido, que “é, claro, possível que, atrás do escudo das regras que tornam decisões judiciais definitivas e dotadas de autoridade, os juízes pudessem entre si combinar rejeitar as regras existentes e deixar mesmo de considerar as mais claras Leis do Parlamento como impondo quaisquer limites às suas decisões. Se a maioria das suas determinações se revestisse desse caráter e fosse aceite, isto equivaleria a uma transformação do sistema, análoga à conversão do jogo de críquete num jogo de “discricionabilidade do marcador”. Mas a possibilidade constante de tais transformações não mostra que o sistema seja agora o que seria se a transformação tivesse lugar” (HART, 2001, p. 159).

linguagem da regra parece agora só delimitar um exemplo dotado de autoridade, nomeadamente o constituído pelo caso simples” (HART, 2001, p. 140). Hart também chama esse caso de “paradigmático” ou “claro”, que se contrapõe ao caso “não contemplado” (HART, 2001, p. 142). O caso excepcional cairia, assim, sempre fora da regulação da norma, de tal modo que a normalidade do substrato fático configuraria um pressuposto implícito (cuja representação seria um poroso *unless* não acidental, mas *constitutivo* das regras) de toda aplicação da lei. Aqui, há um parentesco entre estado de exceção e derrotabilidade que nos deve interessar.

É curioso que, ao se referir ao “caso não contemplado”, Hart já antecipe, ao abordar a derrotabilidade da regra, os termos de uma ponderação: no caso, entre um interesse subjacente à regra a aplicar e outro interesse a ele contraposto (HART, 2001, p. 142). O autor o faz, portanto, utilizando um vocabulário próximo ao do teleologismo de origem alemã, a partir dos conceitos de *interesse* e *finalidade*. De toda forma, essa abordagem já aproxima sua compreensão do problema daquela que será desenvolvida nos termos neoconstitucionalistas, como será visto mais à frente<sup>116</sup>.

Em terceiro lugar, a derrotabilidade tem uma marca consequencialista, assim como a exceção soberana. Para Hart (2001, p. 142), o formalismo busca “ligar-nos a certos aspectos presentes no caso simples, (...) sejam quais forem os outros aspectos (...) e sejam quais forem as consequências sociais derivadas da aplicação da regra dessa maneira”. A derrotabilidade liga-se, assim, ao mesmo tempo, às finalidades estabelecidas pela regra e ao resultado produzido pela sua aplicação.

Quarto, Hart conduz ao limite o problema da última palavra sobre o direito. Ele o faz de tal maneira que provoca a emersão de uma série de perguntas, deixadas em aberto. Nessa franja em que se situam, por vezes, os tribunais, que poder de fato detêm? A última palavra, pode-se notar, não é simplesmente uma *última palavra sobre o direito*. Se é possível que excepcionem e até que violem expressamente as regras, as decisões sobre os conflitos políticos fundamentais que chegam até a justiça conformam, ao final, uma *última palavra tout court*. Não havendo meios jurídicos para invalidar uma última palavra ilegal judicialmente produzida, resta ao autor remeter essa decisão a um teste de legitimidade – quer dizer, de tolerância da sociedade – para com seus termos. Hart confia numa espécie de garantia social da meta-regra segundo a qual as regras devem ser observadas pelo juiz. No fundo, confia-se numa perda de legitimidade do Judiciário que, ao descumprir a meta-regra, estaria exposto à sua própria desmoralização.

---

<sup>116</sup> A diferença residirá na utilização pós-positivista do conceito de normas-princípio e de normas-regra, o que não estava presente na produção positivista de Hart acerca da derrotabilidade.

Por outro lado, Hart também ajuda a compreender que o descumprimento dessa meta-regra em larga escala também pode impor uma transformação do Estado. Ou seja, pode-se redefinir o papel da justiça, desvinculando-a das regras, desde que isso seja legitimado (ou “aceite”). Relativizando-se seu vínculo com a regra, então, a decisão terá que legitimar-se por outros meios. Nos casos analisados na presente pesquisa, é a razão governamental (incluindo-se a maneira como ela absorve as demandas por incremento da tutela penal) que cumpre esse papel legitimador, em detrimento da legitimidade democrática da regra de direito positivo.

Por último, um quinto ponto na condição de síntese crítica: para Hart, parece ser possível diferenciar plenamente derrota da regra e violação da lei. Na verdade, todo o sistema hartiano opera entre extremos, o que não possibilita visualizar que as exceções à regra se confundem com a transgressão do direito positivo. Não possibilita, ainda, observar o que seria uma alternância estratégica entre regra e exceção. Para Hart, ou o sistema funciona com raras exceções à regra ou ele degringola em um decisionismo puro<sup>117</sup>. Aqui, o mesmo que Hart afirmou sobre o ceticismo e o formalismo é cabível, ou seja, a verdade está entre os dois pólos que o próprio autor instituiu. No fundo, o que o sistema hartiano não permite avistar é a própria indistinção que se pode instaurar entre caso normal e caso excepcional, zona central e zona de franja<sup>118</sup>. O que os casos analisados nesta tese expõem não é que a justiça se tornou, universalmente, pura decisão sem regra, mas também não é que ela opere em uma normalidade com raras e inofensivas exceções. A regra de que as regras devem ser aplicadas não deixou, em nosso tempo, de ser considerada válida de uma forma absoluta, mas, à medida que o caso excepcional ou “não contemplado” concorre com o caso normal ou “simples” e se torna dele indiscernível, a exceção se multiplica e as duas situações extremas imaginadas por Hart são condensadas numa só totalidade.

A partir do momento em que, nos termos de Hart, “é impossível criar regras para a correção da violação de toda e qualquer regra” (HART, 2001, p. 156), o problema da soberania volta à tona e se dirige ao Estado de Direito sob a forma da interrogação: quem poderá violar a regra sem que seja possível invalidar sua decisão? É também nessa medida que o “monopólio da última palavra” do soberano schmittiano parece ser reativado através da jurisdição e da própria teoria do direito. As democracias constitucionais asseguraram um amplo poder – soberano – de última palavra aos tribunais. E, como é evidente, uma atribuição tão generosa de

---

<sup>117</sup> O ponto em que Hart (2001, p. 143) se aproxima de matizar essa compreensão está nas suas referências às “zonas de compromisso” em que chegam os sistemas jurídicos. No entanto, ainda aí é inteiramente insuficiente para compreender as aporias alcançadas pelo direito contemporâneo.

<sup>118</sup> Aqui, faço uma apropriação da distinção feita por Hart (zona de franja *x* zonas centrais).

poder decisório nunca passa desapercibida – especialmente àqueles que o detêm. Teriam os juízes se dado conta do poder que lhes é confiado, o qual se encontrava encoberto por um conjunto de mitologemas jurídicos que tentavam regular o exercício do poder jurisdicional justamente através do seu encobrimento? Hoje, nem a teoria do direito, nem a teoria política, nem os próprios sistemas políticos democráticos, parecem ser capazes de conter os limites dessa expansão do poder jurisdicional. A análise da teoria da derrotabilidade das regras só confirma esse diagnóstico: ela reconhece essa atribuição de poderes e, como é possível ver em Hart, por exemplo (mas o mesmo pode ser percebido em Kelsen – embora criticamente – ou nas palavras de Barroso sobre a mutação constitucional, que serão tratadas no tópico seguinte), parece confiar que eles serão exercidos apenas excepcionalmente. De fato, talvez o sejam, mas apenas na medida em que a diferença estabelecida entre o caso normal e caso excepcional tenha sido, em larga escala, esfumaçada pelo próprio discurso judicial.

Dando sequência ao tratamento do problema, para além da obra hartiana e já no interior do pós-positivismo, a obra de Dworkin configura uma primeira abordagem relevante do problema. Em meio à sua polêmica com Hart em torno do “modelo de regras” positivista, Dworkin insere a distinção entre normas-princípio e normas-regra, na qual se inscreverá, de certa maneira, o problema da superação das regras jurídicas. O pressuposto dessa diferenciação conceitual é a noção de que regras e princípios são figuras normativas, quer dizer, consistem em subespécies do gênero *norma*.

Para Dworkin, regras e princípios se distinguem essencialmente em quatro aspectos. A primeira diferença, à qual, preliminarmente, o autor atribui uma natureza lógica, contrapõe as duas espécies de normas (DWORKIN, 2007, p. 39) a partir da “natureza da orientação que oferecem”. Embora os “dois conjuntos de padrões” tenham em vista “decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas” (DWORKIN, 2007, p. 39) – ou seja, ambos referem-se imediatamente aos casos concretos, afirmação esta que consiste numa recusa de tomar os princípios tão somente como razões para a decisão legislativa, que os concretizaria através de regras finalmente aplicáveis judicialmente –, as regras visariam definir deveres específicos para as situações que busca regular, enquanto os princípios “não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas” (DWORKIN, 2007, p. 39). Pode-se aproximar esse critério, através da leitura de Humberto Ávila (2005a, p. 68) de uma distinção a partir da “natureza do comportamento prescrito” pela norma<sup>119</sup>.

---

<sup>119</sup> É verdade que Ávila desdobra esse critério com independência em relação à obra dworkiniana, mas me parece que a forma como ele nomeia o critério é totalmente cabível para referir-se também à distinção feita por Dworkin.

Em segundo lugar, através do critério do modo de aplicação<sup>120</sup>, para R. Dworkin, as regras se aplicam “à maneira do tudo-ou-nada” (DWORKIN, 2007, p. 39), enquanto os princípios trazem uma “dimensão de peso ou importância” (DWORKIN, 2007, p. 39), o que geraria uma aplicação em termos de “mais ou menos”<sup>121</sup>. Ou a regra é aplicada ou não é; já o princípio pode ser aplicado em graus variáveis<sup>122</sup>, a partir da “força relativa” (DWORKIN, 2007, p. 43) que a ele se atribui no caso concreto.

Em terceiro lugar, a partir do critério do conflito normativo<sup>123</sup>, a antinomia que se estabelece entre as regras é resolvida no plano da validade: uma regra será considerada inválida perante outra a ser, então, aplicada. Já o conflito entre princípios deve ser resolvido não a partir da eliminação de um dos princípios através da sua invalidação, mas exatamente a partir da atribuição de um “peso” ou “força relativa” a cada um deles<sup>124</sup>.

Esses três critérios remetem a uma quarta diferença, também presente em Dworkin, e que diz respeito diretamente ao problema da derrotabilidade das normas-regras. Para o autor, as regras comportam exceções, e o enunciado correto da regra dependeria de que se levasse em conta uma lista delas:

Um enunciado correto da regra levaria em conta essa exceção; se não o fizesse seria incompleto. Se a lista das exceções for muito longa, seria desajeitado demais repeti-la cada vez que a regra fosse citada; contudo, em teoria, não há razão que nos proíba de incluí-las e quanto mais o forem, mais exato será o enunciado da regra. (DWORKIN, 2007, p. 40).

Aqui, é possível notar a influência da leitura de Hart, objeto da crítica constante de Dworkin, em duas direções. Numa primeira, há um acatamento: o jurista americano aceita a ideia hartiana de que o conceito ou a regra não se esgota nas suas características positivas, mas, para ser completo, deve conter as exceções à sua aplicação. Num segundo aspecto, há a aparente (e apenas aparente, pois o autor não é taxativo) recusa, por Dworkin, da ideia hartiana (presente em *O conceito de direito*) de que não é possível elaborar antecipadamente um rol exaustivo de exceções à aplicação da regra.

É comum que se conclua, erroneamente, que Dworkin, a partir da passagem citada, não admite a inclusão judicial de cláusulas de exceção nas regras jurídicas. Não é tão simples, no

<sup>120</sup> A nomeação do critério mais uma vez remete a Ávila (2005a, p. 35).

<sup>121</sup> De acordo com Ávila (2005a, p. 35).

<sup>122</sup> Em Robert Alexy, que seguirá em linhas gerais a distinção entre regras e princípios feitas por Dworkin, os princípios, a partir do ponto de vista exposto acima, serão tomados como “mandados de otimização” (ALEXY, 2011, p. 90).

<sup>123</sup> Conforme Ávila (2005a, p. 42).

<sup>124</sup> É isso que, em Alexy (2011), levará a um desdobramento da distinção entre regras e princípios sob a forma de uma teoria da argumentação jurídica, na qual os princípios são aplicados através do sopesamento.



entanto. Em primeiro lugar, um dos casos que o autor toma como paradigmáticos em seu *Levando os direitos a sério* é precisamente *Riggs x Palmer (1899)*, um caso típico de superação da regra por, alegadamente, um princípio. Nele, uma corte nova-iorquina, apreciou se o sujeito que assassinou seu avô podia herdar-lhe os bens. Embora a regra jurídica o assegurasse esse direito, a herança lhe foi negada a partir do princípio segundo o qual a ninguém seria permitido beneficiar-se de seus próprios atos ilícitos (cf. DWORKIN, 2007, p. 37). O caso guia boa parte da dissertação de Dworkin em *O modelo de regras I*, não enquanto um ponto de partida para criticar a superação da regra (o que não ocorre), mas como uma aplicação prática relevante dos princípios jurídicos que confirmaria os limites de um modelo positivista que se preocuparia apenas com as normas-regra.

Já em *O modelo de regras II*, Dworkin recupera o problema ao responder às críticas de Joseph Raz a *O modelo de regras I*. Nessa oportunidade, ele retoma o que havia afirmado acerca da relação entre regras e exceções: “o que eu disse, na verdade, foi que a enunciação plena de uma regra deve incluir suas exceções e que a formulação de uma regra que despreze as exceções será “incompleta” (DWORKIN, 2007, p. 122). Mas Dworkin encerrará a discussão desse tema, na verdade, indicando (assim como sua análise de *Riggs x Palmer* havia sugerido) a viabilidade de derrota judicial da regra por um princípio, nos seguintes termos:

Para Raz, isso demonstra que tanto as regras como os princípios têm peso, pois ele pensa que, quando regras e princípios entram em conflito, é preciso decidir qual dos dois preferimos. Essa decisão deve ser tomada atribuindo-se à regra um peso que será então comparado com o peso do princípio. Contudo, tal descrição certamente representa de maneira equivocada a interação entre regras e princípios. **Suponhamos que um tribunal decida revogar uma regra estabelecida de direito costumeiro (*common law*)**, de acordo com a qual não pode haver responsabilidade jurídica por declarações falsas e negligentes e **invoque vários princípios para justificar essa decisão**, inclusive o princípio de que é injusto que um homem sofra em razão de um delito praticado por outro. **Devemos entender o tribunal como se ele estivesse decidindo que o conjunto de princípios em favor da revogação da regra estabelecida – incluindo-se aí o princípio de justiça há pouco mencionado – possui, nas circunstancia e enquanto um grupo, um peso maior que o conjunto de princípios – incluindo-se aí o princípio da *stare decisis* [decisão de acordo com os casos julgados] – que pede a manutenção da regra como até então. Para decidir sobre a manutenção da regra, o tribunal compara dois conjuntos de princípios; é enganoso, portanto, afirmar que o tribunal compara o peso da própria regra com um ou outro conjunto desses princípios. Na verdade, quando Raz descreve a aferição do peso de uma regra moral ou jurídica, ele está, na verdade, falando da aferição do peso de princípios e políticas servidos pela regra**, pois deve ser isso que ele quer dizer quando fala do “objetivo” de uma regra. (DWORKIN, 2007, p. 122, com grifo nosso)

Embora não esteja inteiramente evidente na forma textual adotada por Dworkin, a passagem acima parece reiterar a aceitação (já implícita na abordagem do caso *Riggs x Palmer*) de que regras podem ser superadas – no caso, por princípios. O saldo é que Dworkin, ao que tudo indica, acata, em linhas gerais, a substância do conceito de derrotabilidade das regras. Mas desde que sejam observadas duas ressalvas. A primeira: o autor não desenvolve uma teoria da argumentação ligada ao tema, ou seja, não aprofunda sua abordagem em direção à formulação de parâmetros racionais que permitam um controle das decisões que não apliquem regras. E, em segundo lugar, no contraste entre Dworkin e Hart, abre-se a questão acerca daquilo que derrotaria a regra. Em Hart, parece, com base no texto de 1949, que *uma exceção* derrota a regra. Com base na obra de 1961, pode-se especular se, para o autor, um interesse ou uma finalidade poderia derrotar a regra (HART, 2001, pp. 142-143). Já em Dworkin, embora o termo *defeasibility* não compareça, pode-se inferir que é um princípio (ou um conjunto deles) que se faz capaz de superar o princípio subjacente a regra e os princípios que dispõem que regras devem ser cumprida (“princípios formais”, nos termos que Alexy utilizará) e, dessa forma, a própria regra.

Robert Alexy – certamente o autor com maior influência sobre o neoconstitucionalismo brasileiro – certamente parte de Dworkin para tratar do problema. A referência expressa ao jurista americano, no que diz respeito à derrota de regras, recai, no entanto, apenas sobre o trecho em que Dworkin afirma a necessidade de que, para uma exposição correta e completa da lei, a lista de exceções deve fazer-se presente. Sobre isso, Alexy (2011, p. 104) afirma que “ao contrário do que sustenta Dworkin, as cláusulas de exceção introduzidas em virtude de princípios não são nem mesmo teoricamente enumeráveis. Nunca é possível ter certeza de que, em um novo caso, não será necessária a introdução de uma nova cláusula (...)”. Com isso, já é possível notar (1) que, para o autor, Dworkin parece recusar a derrotabilidade da regra; e (2) que Alexy aceita a possibilidade de uma superação da regra por um princípio na aplicação judicial do direito, muito embora o autor também não utilize o termo *defeasibility* ou outro equivalente.

Os termos essenciais utilizados por Alexy para designar esse procedimento são, como visto acima, a “introdução de cláusulas de exceção à regra” e o conceito de “redução teleológica” (ALEXY, 2011, p. 104). No campo da hermenêutica jurídica, a *redução teleológica* consiste numa redução do campo de aplicação da norma que tem em vista a satisfação de uma finalidade. Como os princípios tem uma estrutura normalmente finalística

(ao contrário das regras, que buscam descrever imediatamente a conduta a adotar<sup>125</sup>), tem sido comum tomar os princípios como *telos*, finalidades do ordenamento. Com isso, pode ser operada uma redução do alcance da regra a partir da aplicação de um princípio jurídico num caso concreto, o que configuraria, enfim, a sua derrota. Na maioria das vezes – e sobretudo nos casos mais simples –, isso poderá ser exposto sem dificuldades sob a forma de uma “introdução de cláusulas de exceção à regra”.

Foi esse o procedimento – uma redução teleológica – adotado no julgamento da Questão de Ordem na Ação Penal 937 pelo STF, de acordo com a formulação do Ministro relator, como se verá (Capítulo 5). Não acidentalmente, diante das observações feitas anteriormente aqui acerca da teoria das lacunas na lei, esse procedimento, como o próprio voto do Ministro aponta, costuma ser associado ao conceito de lacuna axiológica (BARROSO, 2017c, p. 19).

A divergência, levantada acima, que Alexy estabelece com Dworkin o conduz a uma demarcação mais abrangente das diferenças entre as duas obras. Não se trataria de um desacordo pontual, circunscrito à possibilidade de serem levantadas de antemão todas as exceções às normas-regra, pois esse desacordo traz implicações maiores. O autor alemão trata da questão inscrevendo-a no tema do “distinto caráter *prima facie* das regras e dos princípios” (ALEXY, 2011, p. 103) e argumenta que o modelo dworkiniano é demasiadamente “simples”, sendo necessário estabelecer um “modelo diferenciado” (ALEXY, 2011, p. 104). Pode-se perceber, portanto, que o problema da superação da regra, para Alexy, tem o condão de realizar uma efetiva separação qualitativa entre modelos de distinção entre as espécies de normas.

O modelo alexyano, com isso, busca afirmar seu “refinamento” (2011, p. 106) perante o modelo dworkiniano justamente por reconhecer que é possível instituir exceções à regra pela via da redução teleológica e que tais exceções não podem ser objeto de elaboração exaustiva anterior à decisão. Alexy expõe que os princípios representam razões *prima facie*<sup>126</sup>, enquanto as regras constituem razões definitivas. Mas adiciona, em seguida, que, por estarem sujeitas ao excepcionamento, as regras podem “adquirir” um caráter *prima facie*, perdendo um “caráter definitivo estrito” (ALEXY, 2011, p. 105). Após encerrar o tópico relativo a essa questão e abrir o seguinte, Alexy trata as regras como “razões definitivas” se “não houver o estabelecimento de alguma exceção”. O fato é que, nas passagens acima, Alexy deixa claro que

---

<sup>125</sup> Isso se liga à primeira forma de distinção entre regras e princípios aqui exposta a partir da teoria dworkiniana, ou seja, guarda relação com o critério da natureza do comportamento prescrito. Sobre isso, ver Ávila (2005a, p. 69), para quem as regras são “normas imediatamente descritivas”, enquanto princípios são “normas imediatamente finalísticas”.

<sup>126</sup> Aqui, uma razão *prima facie* é aquela que ainda está sujeita à avaliação das possibilidades fáticas e jurídicas do caso concreto, o que não ocorreria, em tese, com as razões definitivas condensadas em regras.

as regras apenas carregariam um caráter definitivo não “estrito”. Ele busca enfatizar que o fato de poderem adquirir um caráter *prima facie* a partir do excepcionamento não faz com que as regras se igualem aos princípios. Isso por motivos que já havíamos encontrado em Dworkin: ao se superar uma regra, pesam a favor da aplicação da regra os próprios princípios formais que ordenam que a regra seja aplicada.

Entretanto, é possível imaginar um sistema jurídico que proíba a restrição de regras por meio da introdução de cláusulas de exceção. Como demonstram os inúmeros casos da assim chamada redução teleológica, o sistema jurídico alemão é um sistema que não contém tal proibição, pelo menos não para todas as áreas do direito. As regras para as quais uma tal proibição não é aplicável perdem seu caráter definitivo estrito. Contudo, o caráter *prima facie* que elas adquirem em razão da perda desse caráter definitivo estrito é muito diferente daquele dos princípios. Um princípio cede lugar quando, em um determinado caso, é conferido um peso maior a um outro princípio antagônico. Já uma regra não é superada pura e simplesmente quando se atribui, no caso concreto, um peso maior ao princípio contrário ao princípio que sustenta a regra. É necessário que sejam superados também aqueles princípios que estabelecem que as regras que tenham sido criadas pelas autoridades legitimadas para tanto devem ser seguidas e que não se deve relativizar sem motivos uma prática estabelecida. Tais princípios devem ser denominados “princípios formais”. Em um ordenamento jurídico, quanto mais peso se atribui aos princípios formais, tanto mais forte será o caráter *prima facie* de suas regras. Somente quando se deixa de atribuir algum peso a esse tipo de princípios – o que teria como consequência o fim da validade das regras enquanto regras – é que regras e princípios passam a ter o mesmo caráter *prima facie*. (ALEXY, 2011, P. 105)

Também no sentido de que a distinção entre regras e princípios permanece sustentável após essa complexificação teórica, Alexy afirma que “o caráter *prima facie* das regras, que se baseia na existência de decisões tomadas pelas autoridades legitimadas para tanto ou decorrentes de uma prática reiterada, continua a ser algo fundamentalmente diferente e muito mais forte” (ALEXY, 2011, P. 106). O essencial, a essa altura, é compreender que Alexy, ao fim e ao cabo, sustenta uma fórmula na qual não é mais possível afirmar, sem ressalvas, que a regra consiste numa razão definitiva. A fórmula da *razão definitiva não estrita* ou da *razão definitiva desde que não seja inserida uma exceção* (o que poderia ser apresentado sob a forma de *uma razão definitiva a menos que não haja um “a menos que...”*) precariza, com se vê, a definição e abre uma fenda que não é, de modo algum, desimportante. Ela diz respeito, simplesmente, ao modo de relação entre regra e decisão. Ao remeter a diferença entre regra e princípio, no limite, tão somente à atribuição de um peso aos princípios formais, Alexy acaba por, finalmente, *converter o problema da aplicação da regra em um problema de sopesamento de princípios*. Levando a questão às últimas consequências, então, toda norma é razão *prima*

*facie* (embora haja razões *prima facie* mais fortes e menos fortes), uma estrutura essencialmente porosa às “possibilidades fáticas e jurídicas” do caso concreto e, conseqüentemente, da decisão.

Nesse contexto teórico, parece que novamente uma profecia schmittiana se realiza: aquela através da qual o jurista alemão afirmou uma verdadeira metodologia da exceção, sem a qual a regra não poderia ser efetivamente definida. Não deixa de ser curioso que a exceção, como potência constitutiva do funcionamento do direito, apareça, no neoconstitucionalismo, como exatamente aquilo que força uma redefinição da regra, fazendo com que esse esforço conceitual seja por ela guiado e, ao mesmo tempo, por ela atrapalhado, desestabilizado, inviabilizado.

Alexy, de uma certa maneira, retoma o problema em outra passagem da sua *Teoria dos Direitos Fundamentais (Theorie der Grundrechte – 1985)*, ao abordar a argumentação em direitos fundamentais – especialmente ao abordar a força do argumento semântico nessa matéria. Mas os termos levantados não são significativamente novos em relação aos anteriores, embora sejam interessantes para demonstrar que mesmo uma *regra* de direito fundamental (como será o caso no HC 126.292 – Capítulo 4) ou, de modo mais abrangente, uma *regra* constitucional (como será o caso da AP 937 – Capítulo 5) pode ter seu campo de aplicação teleologicamente reduzido. Alexy também indica que recairá um ônus argumentativo sobre aquele que se opuser ao argumento calcado na semântica constitucional.

Mas afirmar que o argumento semântico é um argumento muito forte não significa que ele sempre prevaleça. Isso fica claro com a decisão sobre farmácias, na qual, contra o texto do art. 1º, § 1º, I, da Constituição, a liberdade de escolha da profissão foi submetida à reserva de regulamentação do art. 1º, § 1º, 2.105. Ainda assim, essa decisão demonstra também a força do argumento semântico. Para superá-lo não é suficiente demonstrar que a solução contrária ao texto é melhor que a com ele compatível; as razões para a solução contrária ao texto têm que ser extremamente fortes para que, do ponto de vista da Constituição, o afastamento do teor literal fique justificado. Na decisão sobre farmácias o tribunal pôde apresentar tais razões. Assim, o texto das disposições de direitos fundamentais vincula a argumentação por meio da criação de um ônus argumentativo a seu favor. (ALEXY, 2011, p. 553)

Em obra anterior, na sua *Teoria da Argumentação Jurídica (Theorie der Juristischen Argumentation)* publicada em 1983, Alexy também havia tratado rapidamente do tema. Ao abordar o argumento semântico, ele abre uma nota para apresentar uma fórmula argumentativa de tratamento dos casos em que a solução jurídica baseada na semântica legal fosse recusada e aponta que se pode atribuir uma característica *F* a *a* (que havia sido definido por Alexy como uma “constante individual, por exemplo, um nome próprio”, cf. ALEXY, 2001, p. 218).

Se não quisermos aceitar o resultado justificado pelos argumentos semânticos da forma citada, é possível modificar  $R_1$ . No caso de qualquer aplicação indesejada isso pode ocorrer por limitar  $R_1((x)[T_1x-ORx])$  com a ajuda de uma característica  $F$ , apropriada para  $a$ , para  $R_2((x)[T_1x Fx-ORx])$  (redução teleológica). (...) Portanto, pode-se observar de modo geral que quem deseje argumentar contra uma decisão justificada por (J.3.1) ou (J.3.2) precisa estar na posição de justificar uma jurídica não-positiva como  $R_2$  ou  $R_3$ .

Não é necessário aprofundar a compreensão do modelo exposto acima, já que ele é basicamente a representação sob uma estrutura lógico-argumentativa dos termos expostos anteriormente: a partir da inserção de uma exceção (papel que é desempenhado por  $F$ ), obtém-se uma regra nova (não mais  $R_1$ , mas, sim,  $R_2$ ) aplicável ao caso concreto, a partir de uma redução teleológica que supera os limites semânticos de  $R$ .

Outro argumentativista, o escocês Neil MacCormick, realizou uma aproximação considerada relevante do tema da *defeasability*. Em seu *Retórica e Estado de Direito (2005)*, ele utiliza diretamente o termo em um capítulo intitulado *Argumentação sujeita a exceções (Arguing defeasable)*. Atestando o caráter pioneiro de Hart, MacCormick faz referência tanto ao texto de 1949 como ao de 1961 e recorre com frequência à distinção hartiana entre condições suficientes e necessárias (ou positivas) que qualificam a regra, de um lado, e as exceções (ou condições negativas) de outro – trata-se, para o autor, da diferença entre *qualificações* e *exceções* (MACCORMICK, 2008, p. 318). MacCormick faz também alusão ao caso *Riggs x Palmer*, comentado por Dworkin (embora MacCormick não faça referência aos comentários dworkinianos), como um exemplo capaz de ilustrar a derrota da regra (MACCORMICK, 2008, p. 311). O autor lança então um conceito preliminar de derrotabilidade:

O que é relevante sobre a *defeasability* é que um arranjo construído com base em regras jurídicas, ou algum estado de coisas jurídico que emerge a partir de um conjunto de regras e eventos, pode ter uma aparência de validade e, no entanto, este arranjo ou “fato institucional” pode ainda estar sujeito a algum tipo de intervenção que o invalide. Aquilo que inicialmente era reconhecida ou aparentemente válido, torna-se aberto à contestação e passível de perder sua validade, ou mesmo revelar-se como inválido desde sempre, apesar de todas as aparências. Em outras palavras, o arranjo (ou seja lá o que for) em questão é excepcionável (*defeasible*), e os eventos invalidantes provocam a exceção (*defeasance*). (MACCORMICK, 2008, p. 311)

MacCormick reafirma a noção de que a derrota da regra acontece em “casos excepcionais”, “casos de um tipo incomum”(MACCORMICK, 2008, p. 316) ou em “condições excepcionais ou anômalas” (MACCORMICK, 2008, p. 315), na qual “princípios ou valores” (MACCORMICK, 2008, p. 315) são capazes de excepcionar um pleito baseado em uma regra

vigente<sup>127</sup>. Para ele, é “talvez impossível” estabelecer abstrata e previamente as exceções que ressalvariam certa regra (o que já fora dito por Hart e Alexy) e, mesmo que isso fosse viável, o autor está certo de que tal procedimento produziria um impacto “desastroso” para a “clareza e a inteligibilidade do direito” (MACCORMICK, 2008, p. 316). Isso o permite fazer uma afirmação de longo alcance: “a presença de elementos implícitos parece ser uma característica geral do Direito (law)”, cf. MacCormick (2008, p. 316).

MacCormick (2008, p. 326) parece assumir que a *defeasibility* tem uma fisionomia consequencialista ao traçar a relação entre sua obra e a do chileno Fernando Atria e busca situar a condição daquele sujeito que se encontra sob um conjunto de regras excepcionáveis, ao falar das medidas adotadas pelos particulares ao estabelecerem uma relação contratual, como se pode ler na passagem abaixo. Ela certamente suscita a reflexão sobre o que ocorre quando normalidade e exceção transitam uma pela outra; quando aplicação e desaplicação da regra se tornam indiscerníveis:

Tudo isso está sujeito, porém, a um risco contínuo de *defeasibility*. Esse é um risco baixo, às vezes praticamente inexistente, mas tudo depende de que um conjunto de condições positivas e negativas seja satisfeito e da não ocorrência de circunstâncias excepcionais. Portanto, saber se há um dever ou permissão é uma questão complexa, não simples. O que alguém deve ou pode fazer depende não de um único fato, mas de um conjunto complexo de fatos regulados pelas regras institucionais do Direito Contratual (ou de um campo específico dele, como o crédito de consumidores ou o seguro), do Direito de planejamento urbano, ou seja lá o que for. (MACCORMICK 2008, p. 323)

Para o autor, como já se indicou acima, são “princípios ou valores”, “sopesados e ponderados” (MACCORMICK, 2008, p. 321), que atuam numa teoria da derrotabilidade. No entanto, a derrota, para ele, não se refere à regra. Na medida em que a “presença de elementos implícitos” é uma característica geral do direito; e na medida em que a regra não é definida apenas pelas suas qualificações, mas também por suas exceções, não é possível excepcionar a regra, porque ela já inclui em si mesma a exceção (embora isso, para o autor, tenha que ser argumentado no caso concreto). O que é possível excepcionar são “certas formulações” da regra ou “alegações feitas com base em tais formulações” (MACCORMICK, 2008, p. 327), quer dizer, um “pleito baseado numa formulação ou interpretação particular da regra” (MACCORMICK, 2008, p. 327)<sup>128</sup>. Longe de dissolver os impasses do conceito, essa afirmação

<sup>127</sup> “A operação de princípios de fundo, porém, pode possibilitar exceções que não podem ser enumeradas taxativamente tendo em vista a possibilidade de casos de um tipo incomum”, cf. MacCormick (2008, p. 316).

<sup>128</sup> De acordo com o autor, “no caso de direitos, assim como no caso de regras, quando lidamos com *defeasibility* implícita, não é a lei e tampouco o precedente que são excepcionáveis (*defeasible*) à luz de circunstâncias

de MacCormick os leva ao limite, na medida em que a exceção é, ao mesmo tempo em que imprevisível, constitutiva da regra. É uma indiscernibilidade completa entre regra e exceção e entre regra e decisão que se institui sob esses termos: a exceção já está lá, compondo a regra, mas é invisível, porque existe como uma potência cujo irrompimento só se define pela decisão.

MacCormick, em vias de encerrar o tratamento do assunto, recupera uma frase oriunda de *O conceito de direito*, na qual Hart afirma que “uma regra que termina com “a menos que...” ainda é uma regra” (HART, 2001, p. 153; MACCORMICK, 2008, p. 327). O que penso que os casos analisados nesta tese podem operar é, no mínimo, a conversão da afirmação hartiana em uma interrogação. “Uma regra que termina com “a menos que...” ainda é uma regra”? Uma resposta possível poderia consistir em se dizer que *uma regra que termina com “a menos que...” ainda é uma regra, a menos que... A emergência concorra com a normalidade.*

No Brasil, certamente a obra mais relevante a tratar do tema da superabilidade das normas-regra foi publicada por Thomas Bustamante<sup>129</sup> (2005), sob o título *Argumentação contra legem: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis* (2005). O ponto de partida do autor é exatamente a lacuna deixada por Alexy: embora tenha acatado a possibilidade de uma redução teleológica da regra, o jurista alemão empreendeu poucos esforços (como visto acima) para enquadrar racionalmente, em uma teoria da argumentação, esse tipo de procedimento. Bustamante se propõe a integrar a obra alexyana em relação a esse problema: “o que tento construir aqui é justamente um tal modelo diferenciado” – afirma o autor (BUSTAMANTE, 2005, p. 202) em referência à contraposição, criada por Alexy, entre seu “modelo diferenciado” e o suposto “modelo simples” dworkiniano. O modelo alexyano “como é visível a olhos nus, permanece incompleto na teoria jurídica de Alexy, já que não fica suficientemente claro em seu pensamento *como* deve proceder o intérprete no momento de justificar a criação de exceções para regras jurídicas válidas” (BUSTAMANTE, 2005, p. 202). Em outra passagem, Bustamante (2005, p. 273), afirma que a superabilidade das regras é o

---

excepcionais relevantes para princípios jurídicos. O que é excepcionado (*defeated*) à luz do princípio é um pleito baseado numa formulação ou interpretação particular da regra. Consequentemente, serão necessárias formulações mais cautelosas da regra, ou exposições doutrinárias que chamem a atenção para exceções estabelecidas pelo Direito jurisprudencial” (MACCORMICK, 2008, p. 327). No entanto, deve-se concordar com Thomas Bustamante quando ele afirma que, embora *texto* e *norma* sejam conceitualmente diferentes, o que a teoria da derrotabilidade sustenta é uma efetiva superação da regra, na medida em que recusa seus “significados mínimos” (BUSTAMANTE, 2005, p. 182). Nesse sentido, o procedimento consiste, de fato, em uma superação da regra – e não de uma interpretação dela.

<sup>129</sup> Deve-se ressaltar, no entanto, que Thomas Bustamante atualmente adota posicionamentos diferentes, em termos de teoria do direito, quando contrastados com o período em que foi publicada a obra. Isso não invalida a análise aqui realizada já que, como dito, *Argumentação contra legem* é a obra mais relevante para o tratamento do tema publicada em nosso país.



“calcanhar de Aquiles” da “teoria das normas de Alexy”, o que apenas reforça a ideia de que se trata de um problema-limite, cujo tratamento põe em xeque a própria teoria do direito. O autor também inscreve sua pesquisa numa perspectiva pós-positivista, recusando um positivismo que “não se preocupava com as consequências das interpretações de normas/decisões de casos” (BUSTAMANTE, 2005, pp. 245 e ss.)

Bustamante (2005, pp. 245 e ss.) então tenta reduzir as incertezas ligadas à derrotabilidade da regra a partir das “metanormas” ou postulados da proporcionalidade, da razoabilidade e da coerência. Embora o esforço seja válido, os resultados não vão muito além do que estava posto na obra de Alexy, ou seja, ao fim e ao cabo, remete-se o problema a um sopesamento de princípios. Com isso, a teoria da *defeasibility*, ao mesmo tempo em que autoriza uma medida drástica, parece pouco capaz de domá-la, de oferecer-lhe contornos racionais consistentes. As lacunas teóricas superam em muito os espaços preenchidos pelo esforço conceitual.

Após ter deixado claro que o problema da superabilidade da regra não é uma questão de validade (“só é relevante uma teoria da argumentação jurídica *contra legem* enquanto se estiver tratando de leis cuja validade esteja fora de disputa”, cf. BUSTAMANTE, 2005, p. 243), Bustamante liga as decisões *contra legem* a uma validade-sem-aplicação que traz consigo um fortíssimo parentesco com o que se viu, ao longo desta tese, sobre o estado de exceção. No mesmo movimento, liga-se ainda a derrota da regra à anormalidade do quadro fático: “A *anormalidade* da situação de fato é vista como razão para impedir a aplicação concreta da norma jurídica, inobstante não se tenham dúvidas acerca de sua incidência. A norma incide, mas deixa de ser aplicada” (BUSTAMANTE, 2005, pp. 267-268). Trata-se do mesmo fenômeno que Agamben descreveu na forma de uma norma que *se aplica desapplicando-se*. Nessa mesma direção, Humberto Ávila trata de casos em que a regra foi superada:

Nos casos acima referidos, a regra geral, aplicável a generalidade dos casos, não foi considerada aplicável a um caso individual, em razão da sua anormalidade. Nem toda norma incidente é aplicável. É preciso diferenciar a aplicabilidade de uma regra da satisfação das condições previstas em sua hipótese. Uma regra não é aplicável somente porque as condições previstas em sua hipótese são satisfeitas. Uma regra é aplicável a um caso se, e somente se, suas condições são satisfeitas e sua aplicação não é excluída pela razão motivadora da própria regra ou pela existência de um princípio que institua uma razão contrária. Nessas hipóteses, as condições de aplicação da regra são satisfeitas, mas a regra, mesmo assim, não é aplicada. (ÁVILA, 2005b, p. 14)

O que pretendo demonstrar com essa exposição do conceito de derrotabilidade são três pontos. Em primeiro lugar, não há estabilidade doutrinária para o tratamento desses casos. O

problema, na verdade, é ainda pouco investigado, embora seja crescente o número de trabalhos que o abordam. Não se ignora que alguns autores, de algum modo (R. Alexy e Thomas Bustamante, por exemplo) tenham empreendido esforços que contribuem para oferecer algum enquadramento racional para as situações em que a regra é desaplicada. Mas resta, sem dúvida, um altíssimo grau de incerteza acerca dos limites desse procedimento judicial extremo, e as lacunas teóricas predominam, parecendo superar, em muito, os espaços doutrinariamente preenchidos. Se isso é verdade quanto à teoria, o que se observa, ao menos no Brasil, em termos de prática judiciária, é ainda mais nebuloso. É o que os casos analisados nesta tese permitem notar. Através deles, não é de nenhuma forma possível vislumbrar os limites do procedimento de superação das regras – no que se incluem, note-se, as regras constitucionais que dispõem sobre direitos fundamentais. Esta é uma pergunta que gostaria de deixar ao leitor, para que a retome perante os termos dos julgados adiante e teste minha hipótese: consegue o leitor avistar até onde pode ir o excepcionamento das regras jurídicas? Minha conclusão é de que, dado esse cenário, *o que resta é uma ampla zona de anomia, na qual pode mover-se a relação entre decisão-ordem, ou seja, um decisionismo governamental neoliberal.*

Em nenhum dos casos aqui analisados, o discurso judicial trabalha explicitamente o conceito de derrotabilidade das regras. No julgamento do HC 126.292, há efetivamente uma derrota da regra, sem que se recorra, nos votos, a uma teoria da *defeasibility*<sup>130</sup>. No julgamento da Questão de Ordem na Ação Penal 937, o Ministro relator recorre, expressamente, a uma redução teleológica diante do que toma como uma lacuna axiológica (BARROSO, 2017c), mas, embora isso já se adeque aos termos com que Robert Alexy tratou o problema, nenhum dos ministros recorre diretamente aos termos conceituais referentes à teoria da derrotabilidade das regras. Como se verá, isso, ao mesmo tempo em que não diminui a importância de se tomar em consideração a *defeasibility* para uma melhor compreensão dos casos, apenas expõe a gravidade das incertezas relativas à aplicação/desaplicação das normas-regra. Ora, os ministros sequer utilizam, nesses julgados, o conceito que, no âmbito da teoria da argumentação, é aquele mais imediatamente relevante para a realização de um procedimento excepcional em que regras são superadas.

Em segundo lugar, a partir dos casos analisados, julgo ser possível afirmar que a derrotabilidade (utilizada de forma reconhecida pelos termos da própria decisão ou não)

---

<sup>130</sup> Como se verá (Capítulo 4), apenas em outro caso no qual se apreciou a possibilidade da prisão após confirmação da sentença em segundo grau – o HC 152.752 –, o Ministro Luiz Fux fala na necessidade de efetuar uma redução teleológica do art. 5º, LVII, CF.

consiste num importante vetor a introduzir o estado de exceção na aplicação judicial do direito. Não é que toda derrota da regra configure um estado de exceção. Uma generalização, que exclua a análise caso-a-caso, é precipitada. Mas me parece que nem mesmo uma distinção abstrata entre *estado de necessidade pessoal* e *estado de necessidade estatal* (distinção esta da qual Agamben havia falado, cf. AGAMBEN, 2002, pp. 40 e ss.)<sup>131</sup>, é capaz de estabelecer o que configura ou não uma relação de exceção no âmbito da derrotabilidade. Explico. Não me parece, na verdade, que o que Agamben trata como uma diferenciação rígida (*estado de necessidade pessoal* x *estado de necessidade estatal*) deva ser tomada como algo conceitualmente apto a separar o que é ou não um estado de exceção. E, assim, sigo insistindo na necessidade de análise caso-a-caso. Não é difícil supor que o reconhecimento de um *estado de necessidade pessoal*, em um caso concreto, possa ligar-se, no fundo e ao menos em parte dos casos, a uma alegada necessidade de conservação da ordem e da autoridade do Estado. Ou seja, a alegação de um *estado de necessidade pessoal* pode encontrar-se indissociável de um *estado de necessidade estatal*, pois eles podem transitar um pelo outro.

É válido lembrar que, talvez exatamente pelas dificuldades implicadas nessa distinção, não há nada na teoria da derrotabilidade que permita separar de forma clara um e outro (*estado de necessidade pessoal* e *estado de necessidade estatal*). As premissas, baseadas na “anormalidade da situação de fato” (BUSTAMANTE, 2005, p. 267) ou em “traços individuais” do caso “que tenham sido desconsiderados pelo legislador” (BUSTAMANTE, 2005, p. 267) tampouco dão conta de realizar essa diferenciação. Afinal, um caso que poria em xeque a autoridade da jurisdição e do Estado pode configurar, sem maiores dificuldades, um caso anormal que não teria sido regulado diretamente pelo legislador. A *legítima defesa da ordem* pode, assim, penetrar a lógica derrotável das regras, inclusive através de um deslizamento do *estado de necessidade pessoal* ao *estado de necessidade estatal*.

A anormalidade do caso que caracteriza a derrota da regra representa um ponto de intersecção fundamental entre estado de exceção e *defeasibility*. Ambos se apoiam na noção de que a regra tem em vista situações normais e não o caso excepcional. Forma-se, assim, um pressuposto comum aos dois conceitos. Ligado a ele, aparece um outro pressuposto: aquele segundo o qual toda regra carrega, tão implícita quanto constitutivamente, um “*unless...*”. No

---

<sup>131</sup> O próprio Agamben, ao mesmo tempo em que traça a distinção entre esses diferentes *estados de necessidade*, não parece perceber o quanto a compreensão de um é importante para a compreensão do outro. Recupero aqui um comentário feito no início deste tópico: Agamben certamente subestima a possibilidade de que, através da aproximação entre as duas situações (afastamento da regra a um caso particular em razão do estado de necessidade do sujeito que cometeu o ilícito e suspensão do ordenamento em nome da conservação da ordem sociopolítica e jurídica), pavimente-se um caminho que permite ao discurso judicial transitar entre elas.

conjunto formado por esse “*a menos que...*”, impossível de ser antecipado e regulado pela própria lei, abre-se uma zona de anomia para que o complexo decisão-ordem se faça valer. Portanto, há dois pressupostos, a essa altura, que articulam decisivamente derrotabilidade e estado de exceção: toda regra, exatamente por referir-se apenas ao caso normal, traz consigo a potência permanente do seu excepcionamento na aplicação judicial do direito. Chega a ser assombrosa a convergência que tal teoria da derrotabilidade das regras estabelece com a teoria do estado de exceção schmittiana, especialmente na medida em que a primeira atribui ao juiz o poder de qualificar a situação como normal ou excepcional<sup>132</sup> e, a partir disso, de aplicar ou desaplicar a lei: afinal, o que é o *normal* sob uma ordem governamental neoliberal?

Parece-me que, numa justiça governamentalizada, a desaplicação da regra constitucional já não é vista, fundamentalmente, como a violação de uma deliberação produzida numa arena constituinte democraticamente estabelecida. Sob uma racionalidade de governo, a violação da decisão do poder constituinte figura, na verdade, como a forma concreta de um *custo*, a ser ponderado diante dos *benefícios* que uma decisão superadora de regras constitucionais pode *agregar* ao funcionamento de uma ordem-população, desde o ponto de vista do gestor-juiz.

Feitas as considerações acima e como conclusão acerca da relação entre derrota de regras e estado de exceção, penso que o que deve ser verificado é se a derrota da regra se ampara fundamentalmente em argumentos relativos à conservação e ao bom funcionamento de uma

---

<sup>132</sup> Em artigo intitulado *True exceptions: defeasibility and particularism*, Bruno Celano (2012, pp. 286-287) trata do problema da normalidade ou anormalidade do caso. E suas conclusões são inquietantes, na medida em que se aproximam do aspecto essencial (a anormalidade do caso) para uma teoria da *defeasibility*: “Normalcy, in the relevant sense, is an irreducibly contextual notion, in two respects. (a) It cannot be exhaustively spelt out what, in a given case, normal circumstances amount to. (This is the idea underlying the argument from negative conditions, and the point of contrasting true with *prima facie* exceptions). (b) Normal conditions are the context within which norms apply, i.e. they are the background against which normative conditionals properly work. It is only against this background that consequences follow from their antecedents. (...) I do not wish to claim that, whenever we face a norm conflict, or an inappropriate normative verdict for a given case, what we should do is declare that circumstances are abnormal and that, alas, true exceptions are a standing possibility. That would be ludicrous. Nor is this entailed by the argument so far. Obviously, there is room for specification of our norms, refining the universe of cases which their antecedents incorporate, and for building *prima facie* exceptions in the antecedents of such revised norms. What I am claiming is that, when this is what we are engaged in doing, talk of defeasible norms amounts to mere rhetoric. The identity assumption has no bite, here. We are just revising our normative convictions – changing our minds, more or less sensibly or coherently, as a consequence of balancing conflicting normative considerations. This, however, should not be confused with a different phenomenon, the emergence of true exceptions to genuinely defeasible norms. This possibility, I have tried to show, is conceptually open. And it is here that the identity assumption can be made sense of, although now in a contextualist framework: defeasible norms remain in place (though their consequences do not follow there) in abnormal circumstances – but which circumstances count as “abnormal” is a contextual matter. (Defining what is ‘normal’ would be like seeing the shape of the background.) The identity assumption, on this reading, rests on a necessarily implicit understanding of what counts as ‘normal’ conditions, i.e. conditions that usually fit our usual expectations. Most of the time, things follow their normal course and it is against this background that norms can sensibly lay a claim to controlling our behaviour, linking normative solutions (consequences) to kinds of possible cases (antecedents). Against this background of normalcy, true exceptions remain possible but they are, necessarily, exceptional”.

ordem social. Parece-me que sempre que isso se fizer presente – uma superação da regra pelo binômio decisão/ordem, nesses termos – realiza-se um dispositivo de exceção jurisdicional ou, em outras palavras, um estado de exceção atípico. Isso é verdadeiro ainda que se opere um agenciamento estratégico dos princípios, fazendo com que essas espécies de normas apareçam como vetores para a internalização, pelo discurso jurídico, dos pressupostos ligados à reprodução regular de uma ordem-população.

Em terceiro e por fim, gostaria de sustentar que, nos casos analisados nesta tese, certamente, não é um princípio, uma finalidade ou um interesse que efetivamente derrota a regra. *É uma decisão*. É ela que, deparando-se com a indecidibilidade instituída entre direito e fato, regra e superação da regra, recorre a um princípio que é agenciado estrategicamente como vetor de inscrição da razão governamental no jurídico. Isso se liga à afirmação feita anteriormente neste capítulo, no sentido de que, nos casos analisados, produz-se uma decisão com-força-de-Constituição. O leitor pode contra-argumentar, interrogando: *mas os princípios, aplicados nesses casos, não são Constituição? Sua aplicação não configura aplicação da Constituição?* Aqui de novo, deixo uma questão para que o leitor teste minha hipótese, à luz da leitura dos julgados. Se, neles, diante da desaplicação de regras constitucionais e de um precário acionamento dos princípios, o leitor for capaz de reconhecer uma genuína aplicação da Constituição, ao invés de um uso estratégico, com fins governamentalizantes, de um rol de finalidades cuja indeterminação<sup>133</sup> oferece possibilidades quase ilimitadas à jurisdição... Se isso ocorrer, a oportunidade estará posta para que seja oferecida, então, uma explicação mais convincente.

### 3.3 EXCEÇÃO, JURISDIÇÃO E GOVERNO SOB A INDISTINÇÃO ENTRE *GUARDAR E SUSPENDER* A CONSTITUIÇÃO

Neste fragmento, pretendo levantar o problema da relação entre guarda e suspensão da Constituição, tendo como ponto de origem da problematização a obra de Carl Schmitt. Somando-se isso ao levantamento de modelos teóricos que, nos últimos anos, atribuíram ao STF o exercício de um Poder Moderador, julgo ser possível encontrar uma indistinção entre guardar e suspender a Constituição, quer dizer, um parentesco, pouco explorado, entre estado

---

<sup>133</sup> Indeterminação esta que, embora seja uma característica dos princípios, é levada ao extremo pelos termos das próprias decisões. Digo isso porque se pode imaginar uma cultura judicial que, por exemplo, interprete e aplique os princípios de uma maneira coerente e conforme uma verdadeira doutrina que regula sua aplicação. Não é o caso, pois a justiça brasileira, nos julgados a seguir, apenas amplia a indeterminação típica da estrutura dos princípios.

de sítio e interpretação constitucional. A exceção soberana funciona, então, como uma potência interna ao exercício da jurisdição nas supremas cortes, e é exatamente a emersão dessa potência – sua derivação em ato – que torna possível compreender uma parte do processo de governamentalização da justiça em que está inserido o Poder Judiciário brasileiro.

Em *O guardião da Constituição (Der Hüter der Verfassung – 1931)*, Carl Schmitt argumenta que a guarda da Lei Fundamental deve caber (cf. SCHMITT, 2007, p. 197) à “posição do chefe de estado” (seja um “presidente de Estado” ou um monarca, cf. SCHMITT, 2007, p. 196), que pode ser caracterizada como “neutra, intermediária, reguladora e defensora” (SCHMITT, 2007, p. 197). A compreensão dos poderes desse chefe de estado remonta, em Schmitt, à doutrina do “poder neutro” (*pouvoir neutre*) de Benjamin Constant, a qual, por sua vez, guarda íntima conexão com o Poder Moderador instituído pela Constituição brasileira de 1824. Schmitt chega a citar o artigo 98 da Constituição do Império para se referir a uma “das duas constituições nas quais” a teoria do poder neutro “foi adotada de forma bastante literal” (SCHMITT, 2007, p. 195).

O jurista alemão reconhece, na obra de Constant, a presença da distinção entre as categorias da *autorictas* e da *potestas*, a qual remete à diferenciação, na teoria política, entre *régner* e *gouverner*, entre reino e governo (SCHMITT, 2007, p. 197), entre um “poder preservador” e “uma atividade contínua de mando e regulamentar” (SCHMITT, 2007, p. 200). Na perspectiva schmittiana, essa diferenciação não foi devidamente compreendida na Alemanha, pois, sob a monarquia constitucional, o rei realizava ambas as dimensões. Ao combater a concepção daqueles que acreditavam que, subtraindo-se o *gouverner (potestas)* nada restaria, Schmitt situa o papel do chefe de estado, no exercício da *autorictas*:

No geral, aquela pergunta de Seydel sobre o que restaria, caso se subtraísse do *régner* o *gouverner*, pode ser respondida com o fato de que o chefe de Estado em semelhante Constituição representa a *continuidade* e a *permanência* da unidade estatal e de seu funcionamento uniforme, transcendendo as competências a ele atribuídas, e que, por motivos da continuidade, da reputação moral e da confiança geral, tem que ter um tipo especial de autoridade, a qual faz parte da vida de cada Estado, assim como o poder e poder de comando que se tornam diariamente ativos. (SCHMITT, 2007, p. 199)

O chefe de Estado representa, assim, a própria unidade de uma comunidade política. Essa sua particular posição no interior de uma ordem constitucional gera, na obra de Schmitt, uma elaboração peculiar sobre seus poderes e competências. Primeiro, sua função transcende as “competências a ele atribuídas”. Por outro lado, trata-se de uma figura que parece governar

a emergência e que nem sempre se comportará discretamente, embora não deva usurpar as competências das demais instituições:

a função peculiar do terceiro neutro não consiste em atividade contínua de comando e regulamentar, mas, primeiramente, apenas intermediária, defensora e reguladora, e só é ativa em caso de emergência e, ademais, porque ela não deve concorrer com os outros poderes no sentido de uma expansão do próprio poder e também não tem que normalmente estar, em seu exercício, de acordo com a natureza do assunto, discreta e morosa. Apesar disso, ela existe e é indispensável, pelo menos no sistema do Estado de direito com diferenciação dos poderes. Aqui ela é, como já sabia Benjamin Constant, mesmo que essa parte de sua teoria tenha passado despercebida, um *pouvoir préserveur*, um "poder preservador". (SCHMITT, 2007, p. 200)

A imprecisão com que são definidas as atribuições desse “terceiro neutro” não deve ser lida como um equívoco ou confusão teórica. O texto de Schmitt tenta transmitir a caracterização de uma personagem política cuja função essencial é equilibrar poderes, mas, antes de tudo, proteger e conservar uma ordem político-constitucional. Ela é responsável por afiançar a estabilidade do Estado e o faz, em regra, discretamente. No entanto, seu comportamento depende da “natureza do assunto” e do estado de coisas com que se depara, e é por isso que a definição de suas competências é inevitavelmente precária – ou porosa. Quando Schmitt (2007, p. 201) afirma que “uma norma constitucional não pode prescrever e forçar as características pessoais necessárias para desempenhar por completo o papel de *pouvoir neutre*”, ele quer justamente indicar (1) que o exercício desse poder depende de uma sensibilidade acurada daquele que ocupa a função de chefe de Estado, ao mesmo tempo em que essa afirmação (2) reforça a dificuldade de estabelecer limites para um poder tão delicado, o qual exige uma sabedoria bastante específica para a estabilização permanente de uma ordem constitucional diante da variedade de situações a enfrentar.

Ao atribuir ao Presidente do *Reich*, eleito pela totalidade do povo alemão, a guarda da Constituição sob a República de Weimar, Schmitt cita, entre as suas competências, aquelas atribuídas pelo artigo 48, ou seja, a decisão sobre o estado de exceção. Isso nada tem de accidental. Em primeiro lugar e de um modo mais geral, é possível perceber que, para o texto schmittiano, guardar a Constituição não coincide com guardar normas constitucionais particulares. O autor fala em uma “(...) proteção da Constituição (diferentemente da norma constitucional em particular) conforme o artigo 48 da Constituição do Reich (...)”. Realiza-se, assim, um deslizamento, que significa, num primeiro momento, uma não-coincidência entre guarda da Constituição e guarda das normas constitucionais. Essa não-coincidência é uma consequência da “independência conceitual” entre norma e decisão que havia sido fixada na

*Teologia Política*. Aqui, ela ganha novos desdobramentos sob uma discussão mais concreta. Mas a ideia central de uma aplicação que pode separar-se da norma para salvaguardar a ordem jurídica permanece nuclear.

O movimento de Schmitt, portanto, só pode ser compreendido através dessa cumplicidade entre direito e ordem. O que Schmitt quer resguardar é uma ordem constitucional (o autor usa essa expressão, cf. SCHMITT, 2007, p. 190) e esse deslizamento da norma constitucional à ordem constitucional faz toda a diferença, pois permite que seja posta uma decisão que aplica e conserva a Constituição desaplicando-a. O autor chega a citar exemplos da realidade alemã para demonstrar que a função do guardião não consiste em aplicar regras, mas numa função político-moderadora, que não pode ser observada sob uma perspectiva formalista<sup>134</sup>.

De modo mais concreto, Schmitt chega a indicar a decisão acerca da emergência como um conteúdo inerente à guarda da Constituição. Portanto, se, de um lado, guardar a Constituição não é, necessariamente, aplicar a norma constitucional, a competência de suspender a constituição é, de outro lado, uma fração do conjunto de competências do guardião. Na verdade, as medidas excepcionais consistem nos meios efetivos através dos quais o guardião pode proteger, com eficiência, uma ordem constitucional.

Consoante o presente conteúdo da Constituição de Weimar, já existe um guardião da Constituição, a saber, o Presidente do Reich. Tanto o elemento relativamente estático e permanente (eleição por 7 anos, difícil revocabilidade, independência de maiorias parlamentares alternantes), quanto o tipo de seus poderes (as competências segundo os artigos 45 e 46 da Constituição, dissolução do parlamento do Reich segundo o artigo 25 e instituição de plebiscito segundo o artigo 73 da Constituição, assinatura e promulgação de leis segundo o artigo 70, execução pelo Reich e proteção da Constituição segundo o artigo 48) têm o objetivo de criar um órgão político-partidariamente neutro devido a sua relação direta com a totalidade estatal, o qual, como tal, é o defensor e guardião da situação constitucional e do funcionamento constitucional das supremas instâncias jurídicas e, em caso de necessidade, está dotado de poderes eficientes para uma proteção efetiva da Constituição. (SCHMITT, 2007, p. 233)

A decisão sobre a exceção, então, confere “poderes eficientes para uma proteção efetiva da Constituição”. O estado de exceção é tratado não como uma violação (pontual ou não) da Constituição, mas é alçado ao patamar de meio indispensável para que a guarda (da ordem constitucional, e não da norma) vá além de mera abstração. A suspensão da Constituição aparece aqui como a mais radical realização da função de guardião, e é assim que se conforma,

---

<sup>134</sup> Ver, especialmente, o exemplo, oferecido por Schmitt (2007, p. 203), da atuação do Presidente do Reich a partir do recurso apresentado pelo presidente do Tribunal do Estado contra o governo do Reich.



em Schmitt, uma efetiva indistinção entre *guardar* e *suspender*. *Suspender é guardar, na medida em que guardar passa pelo poder de suspender*.

É verdade que, do ponto de vista schmittiano, deve-se fazer uma distinção entre guardião e senhor da Constituição. Para o autor, o guardião não deveria assenhorar-se da Constituição, e, nesse sentido, o poder do chefe de Estado não seria superior, mas neutro e intermediário<sup>135</sup>. Quanto a isso, é curioso que Schmitt, por outro lado, cite o exemplo do artigo 98 da Constituição brasileira, na qual o Imperador é qualificado como “Chefe Supremo da Nação” (BRASIL, 1824). Em outra passagem, ele mesmo cita que o presidente seria um “terceiro superior”, embora busque recusar a ideia de que seus poderes são ilimitados, uma vez que ao parlamento caberia exercer “poderes de controle” (SCHMITT, 2007, p. 189).

Ao interpretar, de passagem, o guardião da Constituição de Schmitt, Agamben, embora não observe o parentesco existente entre guardar e suspender, aponta o papel que a teoria schmittiana desempenhou, ao justificar, pela guarda, a suspensão da Constituição pelo Presidente Paul von Hindenburg. A partir disso, Agamben fala sobre os riscos implicados em uma “democracia protegida”, a qual frequentemente degradingola em um regime totalitário.

O estado de exceção em que a Alemanha se encontrou sob a presidência de Hindenburg foi justificado por Schmitt no plano constitucional a partir da ideia de que o presidente agia como “guardião da constituição” (Schmitt, 1931): mas o fim da República de Weimar mostra, ao contrário e de modo claro, que uma “democracia protegida” não é uma democracia e que o paradigma da ditadura constitucional funciona sobretudo como uma fase de transição que leva fatalmente à instauração de um regime totalitário. (AGAMBEN, 2004, p. 29)

Pode-se depreender de *Homo Sacer II, I* que a “democracia protegida” representa, para Agamben, aquela que busca conservar-se e reproduzir-se mediante o estado de exceção. Ao mesmo tempo, e embora o texto de Agamben não aprofunde a questão, ele sugere que, diante de uma democracia dessa espécie, seja investigado o problema do guardião da Constituição. A

---

<sup>135</sup> Para Schmitt (2007, pp. 193-194), “as divergências de opinião e diferenças entre os titulares de direitos políticos de decisão e influência não podem ser decididas, no geral, judicialmente, caso não seja exatamente o caso de punição por violações constitucionais abertas. Elas são eliminadas ou por meio de um poder político mais forte situado acima das opiniões divergentes, isto é, por intermédio de um terceiro superior – mas isso não seria, então, o guardião da Constituição, e, sim, o senhor soberano do Estado, ou então são conciliadas ou resolvidas por meio de um órgão não em uma relação de subordinação, mas de coordenação, isto é, por meio de um terceiro neutro – este é o sentido de um poder neutro, de um *pouvoir neutre et intermédiaire*, localizado não acima, e, sim, ao lado dos outros poderes constitucionais, mas dotado de poderes e possibilidades de ação singulares. Caso não deva ocorrer um efeito secundário meramente acessório de outras atividades estatais, mas, sim, devam ser organizadas uma instituição e uma instância especiais, cuja tarefa seja assegurar o funcionamento constitucional dos diversos poderes e salvaguardar a Constituição, então é consequente em um Estado de direito, onde há diferenciação dos poderes, não confiar isto, suplementarmente, a nenhum dos poderes existentes, pois senão obteria apenas um sobrepeso perante os demais e poderia ele próprio se esquivar do controle. Ele tornar-se-ia, por meio disso, senhor da Constituição. Destarte, é necessário colocar um poder especial neutro ao lado dos outros poderes, relacionando-o e equilibrando-o com eles por intermédio de poderes específicos”.

exploração desse ponto em específico, deixado em aberto pela obra do filósofo italiano, é uma das razões que fundamentam o presente tópico.

O caráter polêmico, também em *Der Hüter der Verfassung*, é constitutivo do pensamento de Schmitt. O guardião idealizado pelo jurista alemão é uma figura conceitual que se opõe essencialmente a duas outras: o Estado partidário-pluralista e a guarda jurisdicional da Constituição. Em relação ao primeiro, é importante notar que a neutralização proposta por Schmitt através do conceito de Constant não é uma neutralização política propriamente. O Presidente do Reich é um terceiro neutro, mas neutro apenas político-partidariamente. Ele é uma personagem essencialmente política, mas que restaria ligado não a partidos, mas plebiscitariamente vinculado ao conjunto do povo alemão e, como visto, seria a própria representação de sua unidade. É essa mesma unidade que o separa daquilo que o autor pinta como uma desordem partidária que imobiliza o parlamento; é essa unidade que o legitima para atuar como contrapeso ao sistema pluralista, conformando-se o que o Schmitt (2007, p. 189) chama de um “equilíbrio entre elementos parlamentares e plebiscitários”.

Já em relação à atribuição da guarda da Constituição a um tribunal, Schmitt (2007, p. 10) vê, nisso, uma tentativa de transferir a solução de todos os problemas “(...) para um processo judicial e desconsiderar por completo a diferença fundamental entre uma decisão processual e a decisão de dúvidas e divergências de opinião sobre o conteúdo de uma determinação constitucional”. A questão, para ele, remete ao exemplo americano, que teria sido convertido numa espécie de “mito” para parte dos juristas alemães (cf. SCHMITT, 2007, p. 19). A diferença essencial entre “Estado judicial do tipo anglo-saxão” (SCHMITT, 2007, p. 20) e o funcionamento da justiça alemã seria, para Schmitt, o fato de que a Suprema Corte americana pode invalidar leis com base em “princípios gerais” (SCHMITT, 2007, pp. 27-29), declarando-as inconstitucionais, enquanto, nos tribunais alemães, seria possível apenas não aplicar uma lei em contradição com uma norma constitucional passível de “subsunção correspondente ao fato típico” (SCHMITT, 2007, pp. 29-31).

A diferença do direito de exame da justiça norte-americana reside principalmente no fato de que esse defende princípios gerais, tornando, assim, o tribunal guardião e defensor da ordem social e econômica existente. Segundo os limites de seu direito de exame, expostos há pouco, o tribunal do Reich alemão não recorre de modo algum, nem distante, a uma posição desse tipo. Para esse direito de exame judicial trata-se, assim, de o ponto principal da decisão política permanecer situado na legislação. Toda justiça está vinculada a normas e cessa quando as próprias normas tomam-se em seu conteúdo duvidosas e discutíveis. Conseqüentemente, em um Estado como o atual Reich alemão, o direito de exame judicial depende de normas que

possibilitem uma subsunção correspondente ao fato típico. (SCHMITT, 2007, p. 27)

É interessante observar que, assim como havíamos observado que o chefe de Estado schmittiano atua como um guardião da ordem constitucional, o mesmo parece ocorrer, para o autor, com o tribunal: ele é o “guardião da ordem social e econômica”, e não simplesmente das normas constitucionais. Para Schmitt, o resultado da replicação do modelo americano, ou seja, o resultado da atribuição do papel de guardião a uma corte judicial não seria a “juridicização da política”, mas a “politização da justiça”. Isso, no entanto, não seria notado sob uma perspectiva formalista do direito, pois, para esse tipo de pensamento, nomeia-se como direito tudo aquilo que é produzido por um órgão jurisdicional.

É natural conceber a resolução judicial de todas as questões políticas como ideal do Estado de Direito e, nisso, não ver, com uma expansão da justiça a uma matéria talvez não mais sujeita à ação da justiça, que esta só pode ser prejudicada, pois a consequência seria, como mostrei muitas vezes tanto para o direito constitucional quanto para o internacional, não, por exemplo, uma juridicização da política, e, sim, uma politização da justiça. Contudo, um método consequentemente formalístico é superior a tais dúvidas e, pura e simplesmente, irrefutável, porque trabalha com ficções abstratas e, por isso, irrefutáveis. Não mais haverá dificuldades e dúvidas objetivas se todas as diversidades objetivas puderem ser descuradas, se as diversidades objetivas entre Constituição e norma constitucional, lei no sentido do conceito de lei no Estado de Direito e lei no sentido do conceito de lei formal, isto é, político, puderem ser ignoradas, assim como a diversidade entre lei e sentença judicial ou a diferenciação fundamental de Triepel entre decisão de litígio e conciliação de interesses. Tão logo se transforme o direito em justiça e, depois, novamente se formalize a justiça ao denominar de justiça tudo que for feito por uma autoridade judicial, o problema do Estado de Direito estará rapidamente solucionado e o mais simples seria se deixassem definir as diretrizes da política pela boa-fé do tribunal do Reich, a fim de ultimar o Estado de Direito no sentido formal. (SCHMITT, 2007, pp. 33-34)

Para Schmitt, a partir do momento em que uma corte assume a competência de colocar o “conteúdo duvidoso de uma norma constitucional fora de dúvida”, ela “atua como legislador constitucional” (SCHMITT, 2007, p. 67). Tratar-se-ia de uma atuação “como constituinte em função altamente política” (SCHMITT, 2007, p. 70). O leitor deve ter notado, a essa altura, que o Schmitt de 1931 não vê ainda a função jurisdicional como o Schmitt de 33/34. Em *O guardião da Constituição*, Schmitt sustenta que cabem aos juízes apenas as decisões que podem ser vinculadas diretamente à lei, sob a forma da “subsunção”. Em 1933 e 1934, Schmitt abandonará essa perspectiva, a partir de um pensamento jurídico da ordem concreta e da ideia de que o direito se converteu num mar de conceitos indeterminados.

Embora calcada numa concepção que pode ser vista como demasiadamente restritiva da atividade e das competências jurisdicionais (mais restritiva do que o entendimento que o próprio autor elaborará anos depois), é impossível não reconhecer, no mínimo, um tom profético nas advertências schmittianas. Nos casos analisados adiante, o que se observa é, sem dúvida, a politização da justiça, sob a forma da sua governamentalização. Governamentalizar a justiça é politizá-la, a partir de um determinado tipo de racionalidade política. E, apesar de haver, até certo ponto, uma reciprocidade entre politização da justiça e juridicização da política, trata-se muito mais da primeira do que da segunda, já que uma lógica político-governamental alcança a justiça, restringindo severamente a autonomia do direito e, assim, o próprio alcance que poderia ter uma juridicização da política.

Por conseguinte, deve ser primeiramente levantada a questão: o quanto é possível constituir o guardião da Constituição dentro da esfera da justiça? Pode a função de um guardião da Constituição ser, fundamental e geralmente, cumprida judicialmente? E tal atividade, mesmo se seu exercício for envolto por uma aparência de estrutura judicial, é, no caso, ainda justiça e a estrutura judicial algo diferente da enganosa dissimulação de poderes diferentes e, em todo caso, de grande importância política? (SCHMITT, 2007, pp. 38-39)

Embora Schmitt se esquive do problema da soberania na obra de 1931, penso ser possível afirmar que, ao reunir os poderes de guardar e suspender a Constituição, detendo a última palavra sobre os conflitos constitucionais e sobre a normalidade da situação político-jurídica, o STF tem atuado como verdadeiro *soberano*. No entanto, tal soberania é aquela governamentalizada (Capítulo 1) e, nesse sentido específico de governo, pode-se dizer que o tribunal *règne e gouverne*, ou seja, atua como um guardião da ordem sob uma racionalidade de governo.

Não é à toa que uma parte das pesquisas sobre o Poder Judiciário no Brasil fale em uma “supremocracia”, na qual o STF cumpriria o papel, ao menos desde 1988, de um efetivo poder moderador<sup>136</sup>. Para Vilhena (2008, p. 444), em um primeiro sentido, a “supremocracia” diz respeito ao reforço da autoridade do STF no interior do Poder Judiciário. Mas o alcance do conceito é maior:

Em um segundo sentido, o termo supremocracia refere-se à expansão da autoridade do Supremo em detrimento dos demais poderes. A idéia de colocar uma corte no centro de nosso sistema político não é nova. Como lembra Leda Boechat Rodrigues, o próprio Pedro II, no final de seu reinado, indagava se a

---

<sup>136</sup> O próprio Presidente do STF, José Antonio Dias Toffoli, tem defendido que o tribunal desempenhe o papel de um Poder Moderador. Ver, nesse sentido, por exemplo, Ribeiro (2018).

solução para os impasses institucionais do Império não estaria na substituição do Poder Moderador por uma Corte Suprema como a de Washington. A epígrafe deste texto, escrita por Rui Barbosa, em 1914, também advoga por uma centralidade política do Supremo, como um órgão de conciliação entre os poderes. A história institucional da República, no entanto, seguiu rumos mais acidentados. O papel de árbitro último dos grandes conflitos institucionais que, no Império, coube ao Poder Moderador, foi exercido, sobretudo, pelo Exército, como reivindica Alfred Stepan, e apenas subsidiariamente pelo Supremo, como propõem José Reinaldo Lima Lopes e eu mesmo. Foi apenas com a Constituição de 1988 que o Supremo deslocou-se para o centro de nosso arranjo político. Esta posição institucional vem sendo paulatinamente ocupada de forma substantiva, em face a enorme tarefa de guardar tão extensa constituição. A ampliação dos instrumentos ofertados para a jurisdição constitucional tem levado o Supremo não apenas a exercer uma espécie de poder moderador, mas também de responsável por emitir a última palavra sobre inúmeras questões de natureza substantiva, ora validando e legitimando uma decisão dos órgãos representativos, outras vezes substituindo as escolhas majoritárias. Se esta é uma atribuição comum a outros tribunais constitucionais ao redor do mundo, a distinção do Supremo é de escala e de natureza. Escala pela quantidade de temas que, no Brasil, têm natureza constitucional e são reconhecidas pela doutrina como passíveis de judicialização; de natureza, pelo fato de não haver qualquer obstáculo para que o Supremo aprecie atos do poder constituinte reformador. Neste sentido, a Suprema Corte indiana talvez seja a única que partilhe o status supremocrático do Tribunal brasileiro, muito embora tenha deixado para trás uma posição mais ativista. (VILHENA, 2008, p. 445)

Com isso, não deve soar estranho que, na história constitucional brasileira, o Poder Moderador, responsável pela manutenção da “independência, equilíbrio e harmonia dos mais Poderes Públicos” (BRASIL, 1824), tivesse entre suas atribuições prorrogar ou adiar a Assembleia Geral e dissolver a Câmara dos Deputados “nos casos em que o exigir a salvação do Estado” (BRASIL, 1824). Embora a Constituição atribua poder para suspendê-la (art. 179, XXXIV e XXXV) ao Legislativo e ao Executivo nos casos de rebelião e invasão de inimigos, o Poder Moderador também detinha poderes excepcionais para resguardar a ordem, portanto. Isso – inserido no quadro geral de um Poder Moderador que, no Brasil, fez-se quase onipotente (CARVALHO; GILENO, 2018, p. 20) – apenas reforça a compatibilidade entre poder moderador e estado de exceção, a qual já está sinalizada em Schmitt.

Sob essa “supremocracia” capaz de desaplicar regras constitucionais, não resta dúvida de que a função de guardião se converte em um assenhramento da Constituição. Ao decidir, com última palavra, quando aplica ou desaplica as deliberações da autoridade máxima constituinte, o Supremo a ela se sobrepõe. Ou seja, o “monopólio da última palavra” em interpretação constitucional resulta num “poder constituinte”: é o que afirma o Ministro Celso de Mello em um dos casos analisados nesta tese, acolhendo as palavras do constitucionalista autoritário Francisco Campos.

“Aí a correta lição de FRANCISCO CAMPOS (...), cujo magistério enfatiza que no poder de interpretar inclui-se a prerrogativa de formular e de revelar o próprio sentido do texto constitucional. É que – segundo a lição desse eminente publicista – “O poder de interpretar a Constituição envolve, em muitos casos, o poder de formulá-la. A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la (...). Nos Tribunais incumbidos da guarda da Constituição, funciona, igualmente, o poder constituinte” (grifei), tal como tem sido proclamado, em diversos julgados, por este Supremo Tribunal Federal:

– O exercício da jurisdição constitucional, que tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição, põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do Supremo Tribunal Federal, pois no processo de indagação constitucional assenta-se a magna prerrogativa de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder.

– No poder de interpretar a Lei Fundamental reside a prerrogativa extraordinária de (re)formulá-la, eis que a interpretação judicial acha-se compreendida entre os processos informais de mutação constitucional, a significar, portanto, que ‘A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la’. Doutrina. Precedentes.

– A interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal – a quem se atribuiu a função eminente de ‘guarda da Constituição’ (CF, art. 102, ‘caput’) – assume papel de fundamental importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o modelo político-jurídico vigente em nosso País conferiu à Suprema Corte a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental.”

(MELLO, C., 2017, p. 12)”

Trata-se do que o Ministro Barroso chamou, ao abordar a mutação constitucional em obra doutrinária, de um “poder constituinte permanente” (BARROSO, 2015b, p. 162). Ao comentá-lo, Barroso expõe que o exercício desse poder seria limitado pelas “possibilidades semânticas do relato da norma” e pelos “princípios fundamentais que dão identidade” à Constituição, sob pena de se produzirem “mutações inconstitucionais”. Mas o ponto em que seu texto se torna absolutamente relevante é o seguinte:

As mutações que contrariem a Constituição podem certamente ocorrer, gerando mutações inconstitucionais. Em um cenário de normalidade institucional, deverão ser rejeitadas pelos Poderes competentes e pela sociedade. Se assim não ocorrer, cria-se uma situação anômala, em que o fato se sobrepõe ao Direito. A persistência de tal disfunção identificará a falta de normatividade da Constituição, uma usurpação de poder ou um quadro revolucionário. A inconstitucionalidade, tendencialmente, deverá resolver-se, seja por sua superação, seja por sua conversão em Direito vigente. (BARROSO, 2015b, p. 163)

Como se pode compreender o texto de Barroso? Ele descreve muito bem as mutações da Constituição levadas a cabo no HC 126.292 (Capítulo 4) e na A.P. 937 (Capítulo 5): são

inconstitucionais, uma vez que extrapolam os limites semânticos das normas. Ao mesmo tempo, o Ministro tem clara a diferenciação entre uma situação normal e outra anormal e como essa qualificação repercute nos destinos de uma mutação inconstitucional – lembre-se que, para ele, o Brasil, entre 2016 e 2017, não vivenciava um período plenamente normal, diante de uma crise da tutela penal e do sistema político<sup>137</sup>.

O que se pode depreender do texto do Ministro é que, no cenário de anormalidade institucional estabelecido no país, a mutação inconstitucional realizada nos casos citados pode não ter tido o condão de realizar uma revolução que impusesse uma nova ordem constitucional. Mas certamente, criando uma situação na qual “o fato se sobrepõe ao direito” (BARROSO, 2015b, p. 163) e através de uma “usurpação de poder” (BARROSO, 2015b, p. 163), tenta impor uma decisão com-força-de-Constituição. O provável desfecho desse processo, aguardado pela parcela do Judiciário que o institui, é a “conversão” da mutação inconstitucional em “Direito vigente” (BARROSO, 2015b, p. 163).

Embora Barroso não faça uma defesa expressa da mutação inconstitucional (na verdade, inicialmente a recusa), ele, ao inseri-la na situação anormal, torna confusa ou nebulosa sua posição em relação à desejabilidade de tal procedimento. Em primeiro lugar, afirmar que as autoridades, *em situação normal*, “deverão” reagir a essa inconstitucionalidade deixa em aberto a pergunta sobre o que deveria ocorrer sob a anormalidade. O verbo “deverão” aí utilizado denota a forma provável com que atuarão os poderes constituídos nessas circunstâncias ou dizem respeito àquilo que o autor considera um autêntico *dever-ser* para esses casos? Se a segunda hipótese for verdadeira, Barroso estaria dando a entender que os “poderes competentes” e a “sociedade” não deveriam desafiar a mutação inconstitucional sob uma *situação anormal*? Enigmaticamente, Barroso parece inserir a mutação inconstitucional numa zona discursiva cinzenta, em que *ser* e *dever-ser* não podem ser seguramente diferenciados. Nesses termos, parece que a mutação inconstitucional situa-se entre o *bom* e o *necessário*, diante de condições políticas demasiadamente instáveis. De todo modo, seguramente a passagem acima ilumina os acontecimentos políticos e judiciais do Brasil contemporâneo.

A partir das mutações inconstitucionais que serão apresentadas nesta tese, pode-se encontrar um “poder constituinte permanente” – e, conseqüentemente, um Poder Judiciário – que funciona como poder soberano. Para guardar a Constituição (esta que “é o que o STF diz que ela é”, conforme o ministro Celso de MELLO, 2017, p. 12), ele pode situar-se fora dela e transgredi-la, em franca oposição (na verdade, em relação de supremacia) ao poder constituinte

---

<sup>137</sup> Isso foi mencionado no Capítulo 2 e será recuperado nos Capítulos 4 e 5.

originário. A um “poder constituinte permanente”, pode corresponder (ou seja, potencialmente corresponde), por essas razões, um estado de exceção permanente, ou seja, uma indiscernibilidade irreduzível entre regra e exceção constitucional; normalidade e emergência. Produz-se, assim, uma constitucionalidade judicial tangencial à lei, desenhada pela decisão judicial às margens do direito positivo. Trata-se de uma espécie de “constituição da crise”<sup>138</sup>, imposta, de maneira antidemocrática, às deliberações da Assembleia Nacional Constituinte.

As afirmações, também proferidas pelo Ministro Barroso, em torno do papel das supremas cortes<sup>139</sup> parecem levar tal processo de autoatribuição expansiva de poderes por parte do STF a níveis estratosféricos. Para ele, os tribunais constitucionais podem exercer não apenas a função contramajoritária, mas também “representativa” ou “iluminista”. Para Barroso,

São três os papéis desempenhados pelas supremas cortes e tribunais constitucionais quando acolhem o pedido e interferem com atos praticados pelo Poder Legislativo. O primeiro deles é o papel contramajoritário, que constitui um dos temas mais estudados pela teoria constitucional dos diferentes países. Em segundo lugar, cortes constitucionais desempenham, por vezes, um papel representativo, atuação que é largamente ignorada pela doutrina em geral, que não parece ter se dado conta da sua existência. Por fim, e em terceiro lugar, supremas cortes e tribunais constitucionais podem exercer, em certos contextos limitados e específicos, um papel iluminista. Nos Estados Unidos, como a jurisdição constitucional é sempre vista em termos de *judicial review* (controle de constitucionalidade das leis), o acolhimento do pedido envolverá, como regra, a invalidação da norma e, conseqüentemente, de acordo com a terminologia usual, uma atuação contramajoritária. Como se verá um pouco mais à frente, este papel contramajoritário poderá – ou não –

<sup>138</sup> Recorro ao termo usado por Antonio Hespanha ao tratar da jurisprudência da crise em Portugal – “a constituição da crise é o estado de exceção” (cf. HESPANHA, 2012, p. 12).

<sup>139</sup> Barroso parece buscar ocupar uma função de intelectual dirigente no STF. Enquanto tenta não romper inteiramente com as expectativas tradicionais que pesam sobre o cargo, resguardando certa legitimidade no tribunal, esforça-se para elaborar teoricamente um papel – ou um conjunto de papéis – para o Supremo: dizer o que ele é e o que ele não é, o que ele pode ou não pode fazer, o que ele deve ou não deve fazer, tanto em termos teóricos como em termos práticos. Nisso, tenta dar continuidade ao papel teórico que exercia no campo jurídico anteriormente à sua condição de Ministro, e não se deve ignorar que há atualmente uma espécie de vácuo de liderança no tribunal. Ainda sobre esse assunto, o periódico *Valor* publicou, em 07 de junho de 2018, matéria intitulada “Duro em matérias penais, Barroso é formador de maiorias no STF”. Nela, a certa altura, afirma-se que “já há alguns anos, Barroso atuou nos bastidores do STF para cutucar um ponto nevrálgico do sistema criminal brasileiro: a interpretação do princípio da presunção da inocência (...). Barroso via o modelo como “desastroso”, por gerar impunidade sobretudo para os capazes de contratar bons e caros advogados. No segundo semestre de 2015, procurou o colega Teori Zavascki, então relator da Operação Lava-Jato no STF, para defender que a jurisprudência precisava ser alterada. Barroso já preparava seu voto, mas aguardava um bom caso para levar a plenário. Teori, que viria a falecer um ano e meio depois em um acidente aéreo, concordou que era preciso rever o entendimento. Um tempo se passou e ele foi a Barroso dizer que havia encontrado o caso ideal: um habeas corpus “low profile”, que não tratava de ninguém conhecido. “Você se importa que eu leve?”, perguntou Teori. “Assim há mais chances de termos um voto a mais”, brincou, com certa dose de picardia” (MAGRO; MARTINS, 2018). Esse relato aponta uma função de liderança política exercida por Barroso junto a outros ministros para, de maneira geral, formar maiorias, o que teria ocorrido especificamente em relação ao HC 126.292 – um dos casos analisado nesta tese.



vir cumulado com uma dimensão representativa ou iluminista. (BARROSO, 2017b, p. 27)

A partir da passagem acima, é possível depreender que Barroso propõe uma alteração do uso que se atribui a terminologia da contramajoritariedade. Ele quer dizer, no fundo, que o que se chama tradicionalmente de “papel contramajoritário” das cortes deve ser entendido apenas como papel contra-legislativo, ou seja, enquanto forma de controle de uma instituição majoritária – o Poder Legislativo. Assim, todas as três formas de atuar que ele reconhece e propõe consistem em espécies de comportamentos contra-legislativos – seja uma *contralegislatividade* contramajoritária, representativa ou iluminista.

No entanto, o próprio Ministro, ao citar como exemplo de atuação representativa do STF o HC 126.292 (tratado nesta tese) e a ADC 12, demonstra que, para ele, o componente contra-legislativo não é essencial a uma decisão judicial representativa. Nesses dois exemplos, nenhuma lei é declarada inconstitucional. Em primeiro lugar, nos dois casos, não são apreciadas leis (no sentido estrito do termo), mas uma decisão judicial que impõe a chamada “execução provisória da pena” e uma resolução do CNJ voltada a combater o nepotismo no Poder Judiciário. Em segundo lugar, o STF, em nenhum dos casos, invalida o ato que aprecia (resolução ou decisão judicial). Ou seja, o exercício de uma função representativa não está, para Barroso, contido inteiramente nos termos de uma atuação contralegislativa.

Feitos esses esclarecimentos e indicadas as confusões conceituais de responsabilidade do Ministro, é inquietante observar aquilo que ele afirma acerca desse papel representativo que uma suprema corte pode assumir – e deve, para ele, assumir, em certos casos. O juiz poderia, excepcionalmente, atuar como “intérprete do sentimento social” (BARROSO, 2017b, p. 31). Barroso afirma que a “democracia contemporânea é feita de votos, direitos e razões” (BARROSO, 2017b, p. 30), o que gera, respectivamente, uma democracia representativa, uma democracia constitucional e uma democracia deliberativa (cf. BARROSO, 2017b, p. 30). O judiciário ganha destaque não apenas na dimensão dos direitos (ou na dimensão da “democracia constitucional”), mas também na dimensão das razões que fundam o aspecto deliberativo da democracia. O Ministro aponta que, nessa dimensão – ou seja, na dimensão da argumentação e do debate público de ideias – a protagonista é a sociedade civil. Mas o Poder Judiciário também teria aí um lugar privilegiado, pois “a motivação e a argumentação constituem matéria prima da sua atuação e fatores de legitimação das decisões judiciais” (BARROSO, 2017b, p. 31).

É ainda mais interessante a maneira como Barroso vê a aproximação do juiz de uma função majoritária. Ele afirma que “qualquer estudo empírico desacreditaria” tanto a noção de que tudo aquilo que o Poder Legislativo decide consiste em “expressão da vontade majoritária”

quanto a concepção segundo a qual toda decisão de uma suprema corte se oporia a uma maioria social (BARROSO, 2017b, p. 31). A “crise de legitimidade, representatividade e funcionalidade dos parlamentos” (BARROSO, 2017b, p. 31) teria gerado, num primeiro momento, o fortalecimento do Executivo. Contudo, nos últimos anos, reverberou em uma expansão dos poderes jurisdicionais (BARROSO, 2017b, p. 31). Mas isso não se dá às custas da vontade da maioria, pois o juiz pode ligar-se ao sentimento majoritário através do modo como são indicados, da sua vitaliciedade e da necessidade de fundamentação das decisões:

O ponto aqui enfatizado é que, em certos contextos, por paradoxal que pareça, cortes acabem sendo mais representativas dos anseios e demandas sociais do que as instâncias políticas tradicionais. Algumas razões contribuem para isso. A primeira delas é o modo como juízes são indicados. Em diversos países, a seleção se dá por concurso público, com ênfase, portanto, na qualificação técnica, sem influência política. Porém, mesmo nos Estados Unidos, onde a escolha tem uma clara dimensão política, há um mínimo de qualificação profissional que funciona como pressuposto das indicações. Uma outra razão é a vitaliciedade, que faz com que juízes não estejam sujeitos às circunstâncias de curto prazo da política eleitoral. Ademais, juízes não atuam por iniciativa própria: dependem de provocação das partes e não podem decidir além do que foi pedido. E finalmente, mas não menos importante, decisões judiciais precisam ser motivadas. Isso significa que para serem válidas, jamais poderão ser um ato de pura vontade discricionária: a ordem jurídica impõe ao juiz de qualquer grau o dever de apresentar razões, isto é, os fundamentos e argumentos do seu raciocínio e convencimento. (BARROSO, 2017b, p. 31)

É, de todo, obscuro o que o texto quer transmitir através dessas linhas. Como e por quê qualificação técnica, vitaliciedade e fundamentação das decisões conectam o juiz à maioria da população? À primeira vista, parece que, no argumento de Barroso, o fato de não atuar político-partidariamente pode fazer, por si, com que o juiz se torne representativo. Os três fatores levantados pelo autor se ligam a isso: quanto mais neutro político-partidariamente, mais representativo será o agente estatal. Diante de um sistema político em crise, o juiz se torna representante da maioria justamente por contraste, ou seja, por se distanciar do sistema político.

O juiz, que não atua partidariamente, que se separa do sistema político, pertence, na divisão *Estado x Sociedade Civil* ou, de outra forma, *Sistema Político x Sociedade, Político x Cidadão*, ao segundo termo. Só assim o texto de Barroso ganha plena significação em sua própria obscuridade. Esse juiz cidadão é representativo porque ele é *povo*, não *político*. A construção da figura do juiz nas democracias constitucionais o põe, assim, como um *agente híbrido*, como uma figura que, embora ocupe inegavelmente uma atribuição estatal, representa a sociedade perante o Estado e a ela pertence.

Foi trazida anteriormente a afirmação schmittiana segundo a qual a suprema corte americana funciona como uma guardiã da ordem social e econômica. Schmitt chega a afirmar que ela se apresenta “como guardiã de uma ordem social e econômica, a princípio não-discutível, **perante o Estado**. Como R. Gneist disse de forma muito acertada, ela tem um poder transcendental perante o Estado” (SCHMITT, 2007, p. 22, grifo nosso). O que emerge, então, é o juiz representativo – representativo por ser membro partícipe de uma comunidade. Essa figura, ou esse arquétipo, aproxima-se perigosamente da “igualdade de estirpe” schmittiana (Capítulo 2), a qual conferiria exatamente a condição necessária para que o magistrado interpretasse adequadamente o direito, especialmente os conceitos indeterminados (assim como indeterminados ou pouco determinados são os princípios constitucionais que uma corte suprema interpreta).

Muito embora, para Schmitt, o dualismo entre estado e sociedade não se sustente, o direito das democracias constitucionais, sem deixar de separar as duas esferas, insinua uma arriscada aproximação entre juiz e *Volk*, tendo na jurisdição um ponto de ancoragem da sociedade no Estado. Os riscos dessa aproximação são diretamente proporcionais à profundidade dos cortes e das estratificações que se realizam, discursiva e praticamente, no interior de uma população e dizem respeito à distinção amigo-inimigo. Quanto menor é a fração tido como *povo* perante a totalidade de indivíduos humanos a serem governados, mais letal se torna o empreendimento político. Aquele que é tido como inimigo – e posto em relação de bando, portanto, com a comunidade à qual pertence o juiz – deve suportar o peso e a violência constitutivos da indistinção entre direito e vida, jurisdição e sociedade.

Ainda sobre o papel majoritário exercido pelos tribunais, Barroso afirma adiante:

o fato de não estarem sujeitas a certas vicissitudes que acometem os dois ramos políticos dos Poderes não é, naturalmente, garantia de que as supremas cortes se inclinarão em favor das posições majoritárias da sociedade. A verdade, no entanto, é que uma observação atenta da realidade revela que é isso mesmo o que acontece. Nos Estados Unidos, décadas de estudos empíricos demonstram o ponto. (BARROSO, 2017b, p. 33)

Nessa passagem, fica inteiramente transparente que o que tornaria o juiz representativo seria tão somente a negação do elemento político-partidário. O trecho acima apenas reforça a interpretação que se fez anteriormente, sem a qual o argumento do Ministro torna-se simplesmente sem sentido. Mas o que essa última citação também faz notar é que, para o autor, “décadas de estudos empíricos” apontam que os juízes, de fato, seguem as maiorias. Ou seja, essa aproximação entre a magistratura e o sentimento da maioria não seria acidental (tampouco se reduziria a um ponto de vista isolado do autor), mas permanente.

Em nota de rodapé, confirmando a interpretação que aqui se desenhava, Barroso (2017b, p. 34) cita autores (Jeffrey Rosen e Robert McCloskey) os quais afirmam que os magistrados costumam seguir o sentimento majoritário não porque temam desafiá-lo, mas porque eles mesmo são parte daquela “corrente”, daquele sentimento; e que as cortes americanas têm, em geral, refletido a “visão constitucional das maiorias”. O artigo demonstra ainda a relação entre esse judiciário representativo e as pesquisas de opinião. Barroso não é taxativo quanto a isso. Claramente, esse tipo de levantamento é relevante, mas o autor não estabelece um vínculo necessário entre ele e o exercício do papel majoritário dos tribunais.

Ao comentar o caso *Griswold v. Connecticut*, ele afirma que “embora não haja dados totalmente seguros nem pesquisas de opinião do período, é possível intuir que a lei não expressava o sentimento majoritário em meados da década de 60 (...) de modo que a decisão foi, na verdade, representativa” (BARROSO, 2017b, p. 34). Ao tratar da declaração de inconstitucionalidade do financiamento privado das campanhas eleitorais pelo STF, o Ministro (BARROSO, 2017b, p. 35) inclui os dados, em rodapé, das pesquisas de opinião relativas ao tema. O mesmo ocorre quando o autor comenta a decisão da suprema corte canadense acerca da descriminalização do aborto. Em outras palavras, essa “interpretação do sentimento social” não passa necessariamente por uma representação estatística, embora possa nela apoiar-se.

Barroso, por fim, expõe os exemplos brasileiros de atuação representativa das cortes constitucionais (aos quais já se fez referência parcial acima). São três:

No Brasil, coube à jurisdição constitucional uma série de decisões apoiadas pela maioria da população que não tiveram acolhida na política majoritária. Esse foi o caso da decisão do Supremo Tribunal Federal que reconheceu a constitucionalidade da proibição de contratar cônjuge, companheiro ou parentes para o exercício de funções de confiança e de cargos públicos na estrutura do Poder Judiciário (nepotismo), proibição que foi, posteriormente, estendida pela jurisprudência do Tribunal para os Poderes Executivo e Legislativo<sup>123</sup>. Na mesma linha, a Corte declarou a inconstitucionalidade do financiamento privado das campanhas eleitorais, por ter verificado que, como estava estruturado, tal financiamento reforçava a influência do poder econômico sobre o resultado das eleições e distorcia o sistema representativo. Em outro caso importante, afirmou a possibilidade de prisão, após a confirmação da condenação pelo tribunal de segunda instância, mesmo quando ainda cabíveis recursos especial e extraordinário para os tribunais superiores. Os três julgados contaram com amplo apoio popular e representam mudanças que poderiam ter sido promovidas no âmbito da política majoritária, mas não foram. (BARROSO, 2017b, p. 35)

Aqui, como se vê, aparece um dos casos analisados nesta tese. Na verdade, os dois casos analisados de modo prioritário nesta pesquisa (HC 126.292 e Q.O. na A.P. 937) configurariam,

sem dúvida, exemplos do que o Ministro trata como uma decisão judicial representativa. Nesse sentido, eles, em tese, “contaram com amplo apoio popular” e as mudanças que representam “poderiam ter sido promovidas no âmbito da política majoritária”, muito embora a referência ao sentimento da população não se dê, nesses dois julgados, de forma estatística. No caso do HC 126.292, há, inclusive, dados levantados em pesquisa de opinião que apontam uma recusa da maioria dos entrevistados em aceitar a execução provisória da pena<sup>140</sup>. Ainda em relação a esse HC, o próprio Barroso junta ao artigo a informação de que o STF sofreu críticas segundo as quais “estaria se curvando à opinião pública” (BARROSO, 2017b, p. 35).

Concluindo seu artigo, Barroso refere-se ao papel “iluminista” que as cortes podem desempenhar. “Trata-se de uma competência perigosa, a ser exercida com grande parcimônia, pelo risco democrático que ela representa e para que cortes constitucionais não se transformem em instâncias hegemônicas” (BARROSO, 2017b, p. 37). Sob uma concepção inegavelmente evolucionista da história (a qual também aparece em votos do Ministro, ou seja, no seu discurso judicial), o autor afirma que, em certos momentos, cabe ao tribunal “empurrá-la” (a história) e isso se liga ao próprio sentido do termo iluminismo a que recorre o artigo:

É nesse sentido que o termo é empregado neste tópico: o de uma razão humanista que conduz o processo civilizatório e empurra a história na direção do progresso social e da liberação de mulheres e homens. Para espancar qualquer maledicência quanto a uma visão autoritária ou aristocrática da vida, Iluminismo, no presente contexto, não guarda qualquer semelhança com uma postura análoga ao *despotismo esclarecido* ou aos *reis filósofos* de Platão. (BARROSO, 2017b, p. 37)

Retornarei adiante ao problema do “despotismo esclarecido”. Para Barroso, somente a história pode definir se a atuação pretensamente iluminista de fato promoveu o “progresso” ou se, ao contrário, conformou um “descompasso histórico”<sup>141</sup>. Barroso finaliza seu texto indicando as possíveis degenerações que o exercício de cada um dos três papéis pode produzir:

Antes de concluir, é pertinente uma última reflexão. Foi dito que cortes constitucionais podem desempenhar três papéis: contramajoritário, representativo e iluminista. Isso não quer significar que suas decisões sejam sempre acertadas e revestidas de uma legitimação *a priori*. Se o Tribunal for

<sup>140</sup> A pesquisa CUT/Vox Populi, realizada entre 24 e 26 de fevereiro de 2018, apontou que 48% dos entrevistados não concordam com a execução provisória da pena, enquanto 28% a apoiariam. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/pesquisa-vox-populi.pdf>.

<sup>141</sup> Ele afirma que “cabe lembrar, uma vez mais, que o termo iluminista está sendo empregado para identificar decisão que não corresponde à vontade do Congresso nem ao sentimento majoritário da sociedade, mas ainda assim é vista como correta, justa e legítima. Alguém poderá perguntar: e quem certifica o caráter iluminista da decisão? Por vezes, os próprios contemporâneos vivem um processo de tomada de consciência após a sua prolação, captando o espírito do tempo (*Zeitgeist*). Quando isso não ocorre, cabe à história documentar se foi iluminismo ou, ao contrário, um descompasso histórico” (BARROSO, 2017b, p. 41).

contramajoritário quando deveria ter sido deferente, sua linha de conduta não será defensável. Se ele se arvorar em ser representativo quando não haja omissão do Congresso em atender determinada demanda social, sua ingerência será imprópria. Ou se ele pretender desempenhar um papel iluminista fora das situações excepcionais em que deva, por exceção, se imbuir da função de agente da história, não haverá como absolver seu comportamento. Além disso, cada um dos papéis pode padecer do vício da desmedida ou do excesso: o papel contramajoritário pode degenerar em excesso de intervenção no espaço da política, dando lugar a uma indesejável ditadura do Judiciário; o papel representativo pode desandar em populismo judicial, que é tão ruim quanto qualquer outro; e a função iluminista tem como antípoda o desempenho eventual de um papel obscurantista, em que a suprema corte ou tribunal constitucional, em lugar de empurrar, atrasa a história. Felizmente, sociedades democráticas e abertas, com liberdade de expressão, debate público e consciência crítica, costumam ter mecanismos eficientes para evitar esses males. Para que não haja dúvida: sem armas nem a chave do cofre, legitimado apenas por sua autoridade moral, se embaralhar seus papéis ou se os exercer atrabiliariamente, qualquer Tribunal caminhará para o seu ocaso político. Quem quiser se debruçar sobre um *case* de prestígio mal exercido, de capital político malbaratado, basta olhar o que se passou com as Forças Armadas no Brasil de 1964 a 1985. E quantos anos no sereno e com comportamento exemplar têm sido necessários para a recuperação da própria imagem. (BARROSO, 2017b, p. 41)

Ao estabelecer a relação entre o exercício do poder por uma suprema corte e o regime autoritário estabelecido pelos militares no Brasil, Barroso não parece estar apenas oferecendo um exemplo banal de “prestígio mal exercido”. Ele o faz porque sabe que o poder judicial ascendeu (BARROSO, 2017b, p. 03), concentra competências relevantíssimas, cujo uso pode gerar impactos de grandes proporções sobre o funcionamento de uma democracia. Ao mesmo tempo – embora essa certamente não fosse a intenção do autor – fica sugerida a relação entre judiciário e estado de exceção. Por isso, a degeneração de um dos papéis exercidos pela justiça poderia resultar em uma “ditadura do judiciário”.

O texto de Barroso, que reconhece a expansão dos poderes jurisdicionais e a saúde, configura, ele mesmo, uma proposta de expansão ainda mais larga de tais atribuições. A julgar pelo HC 126.292 e pela A.P. 937, o STF pode atuar de forma pretensamente representativa mesmo quando lhe cabe cumprir um importante papel contramajoritário: assegurar o cumprimento da deliberação constituinte (regra constitucional) no contrafluxo de uma suposta maioria circunstancial. No fundo, o texto *reconhece e amplia* um *leque* de alternativas para a intervenção jurisdicional. Trata-se de um *leque* na mesma medida em que o próprio autor fala em um indesejável “embaralhamento” dos papéis. O que Barroso põe na mesa, à disposição das supremas cortes, são *cartas* cuja utilização se torna inteiramente imprevisível. A depender dos propósitos que se visa alcançar – no caso desta tese, aqueles ligados à reprodução de uma ordem governamental –, o tribunal lança a *carta* a eles (aos propósitos) ajustada.

O juiz de Barroso pode ser, enfim, o que quiser. A partir dos casos analisados adiante, é possível dizer que os limites para um judiciário que pode ora ser contramajoritário, ora representativo, ora iluminista, são completamente desconhecidos de antemão, já que nem mesmo as regras constitucionais são suficientes para estabelecê-los. As fronteiras entre a contramajoritariedade e a ditadura, entre a representatividade e o populismo, entre o iluminismo e o atraso, são absolutamente nebulosas, assim como é incerta toda previsão sobre qual papel a corte tomará para si diante de dado caso. E, afinal, o balanço de uma atuação com margens tão largas caberá apenas à História (BARROSO, 2017b, p. 41), pois a última palavra é do tribunal.

Esse tribunal com poderes últimos e desaplicador de regras, detentor de um *leque* de possibilidades abertas para a intervenção sociojurisdicional, é, enfim, um *coringa* (ou *curinga*, um sinônimo), em pelo menos quatro sentidos. No sentido mais trivial do termo, o tribunal é coringa por ser versátil, pois pode cumprir papéis múltiplos. A carta por ele representada pode substituir outras cartas, e é isso o que ocorre com um Judiciário que substitui o poder constituinte originário sob a forma de um poder constituinte permanente. Ou seja, o juiz coringa é aquele que desestabiliza a separação dos poderes.

Num segundo sentido, o coringa tem a forma de um paradoxo (o palhaço sombrio), e não há nada mais paradoxal do que desaplicar judicialmente regras constitucionais. Já tivemos a oportunidade, ao longo do Capítulo 2, de visitar as aporias e paradoxos – em especial aquele referente à topologia da exceção suscitado por Schmitt e explorado por Agamben – que constituem o estado de exceção. As *cortes coringas* carregam inevitavelmente o paradoxo que consiste na indistinção entre o “dentro” e o “fora” do direito.

Em terceiro lugar, de acordo com o Dicionário Houaiss, a etimologia de “curinga” remete tanto a “fingir” (o que se relaciona com sua versatilidade), em quimbundo (ou kimbundu, língua falada em Angola), como a “matar”. Essa relação com figuras extremas, como a morte, não é estranha a tribunais com tão amplos poderes e com relação tão íntima estabelecida com o caso de necessidade. Tampouco é estranha a uma exceção que expõe à vida à violência do poder.

Um quarto sentido liga-se à própria forma como se deu a criação da carta, através de um jogo chamado *Euchre*, introduzido na segunda metade do século XIX por imigrantes alemães nos Estados Unidos. Ao coringa, atribuía-se, no *Euchre*, a qualidade de maior trunfo (*highest trump*), ou seja, de carta predominante. O tribunal coringa, além de versátil, paradoxal e ligado ao caso extremo, detém, portanto, o poder soberano de dizer a última palavra.

Em diversas passagens de seu texto, Barroso afirma que, apenas excepcionalmente, uma suprema corte deverá atuar como representativa (BARROSO, 2018, p. 31) ou iluminista

(BARROSO, 2017b, p. 46). O que ocorre quando exceção e regra concorrem entre si; quando não há mais clareza quanto à possibilidade de discerni-las; quando a transformação da potência da exceção em ato se torna regular? Quando esse é o caso, a frágil tentativa do autor em estabelecer algum enquadramento racional à expansão dos poderes jurisdicionais é praticamente anulada. O dilema juvenaliano do *qui custodiet ipsos custodes?* (*quem vigia os vigilantes?*) é levado ao seu limite, e a recusa de Barroso a um “despotismo esclarecido” jurisdicional pode sintomatizar exatamente uma atuação das cortes que, ao violarem autoritariamente a Constituição, buscam impor o que julgam ser o progresso.



#### **4 ENTRE *BONS* E *ESPERTOS*: O HABEAS CORPUS 126.292 E A DESTRUIÇÃO CRIATIVA DA CONSTITUIÇÃO POR UMA JUSTIÇA-EMPRESA**

Este capítulo busca verificar a hipótese da governamentalização da justiça no Brasil a partir do julgamento do HC 126.292 pelo Supremo Tribunal Federal. Através desse *habeas corpus*, o STF fixou entendimento novo acerca da presunção de inocência e da possibilidade de cumprimento da pena pelo réu a partir da sua condenação em segundo grau. O caso é um dos mais controversos entre os julgamentos recentes realizados pelo tribunal, tanto pelas polêmicas jurídico-doutrinárias como pela discussão de natureza política que tem provocado, o que implica na necessidade de uma compreensão teórica adequada sobre de que forma e sob qual racionalidade a decisão se desenvolveu.

Os problemas teóricos concernentes à governamentalização da justiça serão aqui aprofundados a partir da análise do discurso judicial. Trata-se, como se viu no Capítulo 1, de um desdobramento que busco oferecer ao que Foucault chamou de governamentalidade e de uma governamentalização do Estado, enquanto aquilo que diz respeito ao predomínio de uma nova racionalidade política essencialmente liberal – e, posteriormente, neoliberal. A questão seria, portanto, entender em que medida a governamentalização do Estado significa não apenas uma transformação da arte de governar enquanto atribuição do que se entende por Poder Executivo ou mesmo do Poder Poder Legislativo. Busca-se compreender em que medida se pode afirmar que essa nova racionalidade informa também a atuação jurisdicional, produzindo assim o que estou chamando de um processo de governamentalização da justiça.

Por mais que a ordem entre os capítulos da tese sugira um percurso estritamente dedutivo, trata-se muito mais de uma forma de exposição do que de um modelo adotado para a investigação. Quanto ao modo de investigação propriamente, a pesquisa se desenvolveu num constante cruzamento entre casos e teoria, de maneira que se tentava realizar não o uso dos conceitos como *universais* que subordinariam o objeto de análise, mas, ao contrário, na direção em que Foucault (2008a, p. 05) aponta, buscou-se observar as práticas e a aplicação do direito como grade de inteligibilidade dos problemas teóricos.

##### **4.1 O VOTO DO MINISTRO RELATOR TEORI ZAVASCKI E A INVERSÃO GOVERNAMENTAL DA CONSTITUIÇÃO**

Através do julgamento do HC 126.292, no ano de 2016, o pleno do STF posicionou-se de maneira favorável à possibilidade de cumprimento da pena pelo réu a partir da confirmação em segundo grau da sentença condenatória, embora o texto constitucional indique, em seu artigo 5º, LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL, 1988). Tratou-se de autorização para o que se tem chamado (como se pode ver na citação abaixo) de “execução provisória da pena” ou do “acórdão penal”.

Antes de 2009, o entendimento do STF também seguia nessa direção. Entre 2009 e 2016, prevaleceu ideia contrária, a partir do julgamento do HC 84.078, que teve como relator o Min. Eros Grau. O Ministro Relator Teori Zavascki entendeu que seria necessário alterar o entendimento firmado havia sete anos. Na ementa do acórdão, ao denegar o *habeas corpus*, o magistrado afirmou que

A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. (ZAVASCKI, 2016b, p. 01)

Corroboraram com a tese do Ministro Teori Zavascki, na ocasião, sete dos onze magistrados: Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Gilmar Mendes, José Antônio Dias Toffoli e Edson Fachin. Apresentaram divergência e defenderam a manutenção do entendimento firmado em 2009 quatro membros da corte – os Ministros Ricardo Lewandoswki, Marco Aurélio Mello, Celso de Mello e Rosa Weber.

O *Habeas Corpus* de número 126.292 fora impetrado contra decisão do Presidente do Superior Tribunal de Justiça. O acusado havia sido condenado à pena de 5 anos e 4 meses de prisão pela prática do crime de roubo majorado. O caso dizia respeito a um assalto ocorrido em Itapecerica da Serra/SP. Na ocasião, Márcio Rodrigues Dantas, teria, em parceria com Antônio Sérgio Lopes, subtraído R\$ 2.600,00 de Paulo Batista dos Reis, cabo eleitoral de um Vereador do município. Antes do trânsito em julgado, o Tribunal de Justiça de São Paulo decretou a prisão de Márcio para fins de cumprimento da pena, o que gerou a impetração do HC perante o STF. Note-se que o caso não guarda nenhuma relação com *crimes do colarinho branco*, embora seu julgamento tenha sido afetado, de maneira relevante, pelos impactos que a *Operação Lava Jato* produziu sobre o direito brasileiro<sup>142</sup>.

---

<sup>142</sup> Desenvolvo com mais detalhes esse problema no Tópico 6.8.

Argumentando, de antemão, acerca do conhecimento da petição, o relator reconhece que a decisão do TJ-SP se choca flagrantemente com o entendimento firmado pelo STF em 2009. Sem isso, não teria sido possível sequer apreciar o mérito do *habeas corpus*, em razão da Súmula 691/STF, a qual prevê que não é cabível HC apresentado contra decisão do relator que negou a liminar requerida em *habeas corpus* requerido a tribunal superior. Como a jurisprudência do Supremo estabelece que, excepcionalmente, em casos de decisão judicial teratológica ou manifestamente ilegal, é possível afastar a aplicação da Súmula 691, Zavascki conhece do HC por enxergar, no caso, o confronto entre a decisão do tribunal paulista e a interpretação dada pelo STF sete anos antes (ZAVASCKI, 2016b, p. 01).

O Ministro anuncia, abrindo sua dissertação sobre o mérito da ação, os termos em que se dará sua fundamentação. Para ele, a execução provisória da pena deve provocar uma “reflexão” não apenas acerca da presunção de inocência, tomada como princípio, mas também sobre a “efetividade da função jurisdicional penal”. Assim, deve-se buscar um equilíbrio entre os direitos do réu e os “valores caros à sociedade”:

O tema relacionado com a execução provisória de sentenças penais condenatórias envolve reflexão sobre (a) o alcance do princípio da presunção da inocência aliado à (b) busca de um necessário equilíbrio entre esse princípio e a efetividade da função jurisdicional penal, que deve atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade, diante da realidade de nosso intrincado e complexo sistema de justiça criminal. (ZAVASCKI, 2016b, pp. 01-02)

Nessa passagem – e em outras que integram o voto –, o magistrado insinua um sopesamento de princípios. Contudo, isso não chega a ser anunciado – e muito menos metodologicamente desenvolvido – explicitamente. Zavascki não deixa transparecer qualquer dúvida acerca da caracterização da presunção de inocência e do enunciado do artigo 5º, LVII, da Constituição Federal como uma norma-princípio. Quanto à “efetividade da função jurisdicional penal”, encontra-se apenas uma passagem em que o Ministro demonstra concebê-la também como um princípio<sup>143</sup>. Nas demais, não há a preocupação em classificá-la.

Na verdade, o enunciado do art. 5º, LVII da Constituição, segundo o qual ninguém será considerado culpado sem sentença condenatória transitada em julgado, seria muito mais precisamente caracterizado se tomado como uma norma-regra. Isso é constatado se observada

---

<sup>143</sup> Trata-se da seguinte passagem: “a retomada da tradicional jurisprudência, de atribuir efeito apenas devolutivo aos recursos especial e extraordinário (como, aliás, está previsto em textos normativos) é, sob esse aspecto, mecanismo legítimo de harmonizar o princípio da presunção de inocência com o da efetividade da função jurisdicional do Estado” (ZAVASCKI, 2016b, p. 15, grifo nosso).

com algum cuidado a obra de Robert Alexy. Busca-se “equilibrar” ou “harmonizar” princípios, mas não se observa devidamente o que uma das mais importantes referências no tema considera um princípio. Veja-se abaixo o comentário de Alexy sobre o chamado “princípio da legalidade”:

A existência de normas de alto grau de generalidade que não são princípios demonstra que o critério da generalidade é apenas relativamente correto. O enunciado normativo "só serão penalmente puníveis os atos que a lei previamente definir como crimes" (art. 103 , § 2Q, da Constituição alemã; §1Q do Código Penal alemão) pode dar ensejo a uma série de problemas interpretativos, e a ele subjaz um princípio ao qual se pode recorrer para sua interpretação. Mas esse enunciado estabelece uma regra, já que aquilo que ele exige é algo que sempre ou é cumprido, ou não. Como essa norma é frequentemente caracterizada como "princípio", ela é um exemplo dos casos em que a teoria dos princípios aqui defendida se desvia do uso corrente da linguagem. (ALEXY, 2011, p. 109)

Nota-se, pela passagem acima, que a situação é muito próxima do problema apresentado pelo HC 126.292. A generalidade da norma não define sua classificação. Tampouco se deve tomar como um princípio tudo aquilo que a literatura jurídica convencionou chamar por esse nome. Ao enunciado relativo ao chamado “princípio da legalidade”, pode-se até dizer que “subjaz” um princípio, conforme Alexy, mas se trata essencialmente de uma norma-regra. Analogamente, a previsão de que ninguém será considerado culpado sem o trânsito em julgado de sentença condenatória consiste em uma norma-regra constitucional (embora possa ser corretamente afirmado um princípio subjacente), que não está sujeita a uma otimização a ser graduada pelo aplicador do direito diante de outros princípios.

Com a execução provisória da pena, o que termina por ser graduado ou otimizado é o próprio conceito de *trânsito em julgado*. Mas é precisamente esse conceito, a determinar o momento preciso a partir do qual se forma a culpa, que deve conduzir a compreensão de que o enunciado relativo à presunção de inocência consubstancia uma regra. Como é possível graduar ou otimizar a noção de *trânsito em julgado*? Como o *trânsito em julgado* pode converter-se em *confirmação da condenação pelo tribunal competente para julgar a apelação*? Ou mesmo em *trânsito em julgado dos elementos fático-probatórios*?

Como se vê, seria possível modular a aplicação de um princípio da presunção de inocência que se ligasse a um diferente enunciado constitucional. Há ordenamentos – e o voto de Zavascki os levanta – nos quais se prevê que ninguém será considerado culpado até que se forme judicialmente a culpa. A interpretação constitucional, diante de tal previsão, poderia operar, sem dúvidas, um sopesamento entre o princípio da presunção de inocência e outras normas-princípio. No entanto, o fato de o Poder Constituinte Originário brasileiro ter tomado a

decisão política de fazer constar, no texto constitucional, a expressão *trânsito em julgado* converte o artigo 5º, LVII, da Constituição em uma regra que impede a execução penal provisória. Portanto, trata-se de aplicá-la ou não – nos termos do *tudo-ou-nada* dworkiniano (ver Capítulo 3). Afinal, se o réu é (presumidamente) não culpado, como poderá, nessa condição, cumprir a pena? Uma vez que a execução da pena depende da formação da culpa, é possível cumprir pena sem ser considerado culpado?

A única maneira, então, de viabilizar a prisão por execução de acórdão penal condenatório é através de uma derrota da regra constitucional<sup>144</sup>. O que o Ministro, de fato, realiza, através do seu voto, é a superação da norma-regra pela decisão judicial, através do agenciamento estratégico do princípio da efetividade da jurisdição. Tal princípio, com sua evidente indeterminação, pode superar a determinação da expressão *trânsito em julgado* lançada pelo Constituinte, justamente porque funciona como vetor de uma razão governamental a ser introduzida no discurso jurídico. Essas são as características do decisionismo governamental que se exercita através do HC 126.292.

Fora isso, havia, em 2016, até mesmo uma norma infraconstitucional (Art. 283, CPP, ainda vigente) que afirmava a mesma ideia (a de impossibilidade de cumprimento da pena sem trânsito em julgado), fazendo-o de forma ainda mais evidente ao estabelecer que ninguém será *preso* sem trânsito em julgado de sentença condenatória – fora os casos da prisão em flagrante, temporária ou preventiva (BRASIL, 1941). Ou seja, diante de uma norma constitucional e de uma norma infraconstitucional que textualmente impunham certa regra, o STF impôs regra alheia à Constituição e ao Código.

Tal problema atingiu seu ápice diante do pedido de medida cautelar nas Ações de Declaração de Constitucionalidade 43 e 44. As ações requerem o reconhecimento da legitimidade constitucional do art. 283 do Código de Processo Penal. Ao apreciar a solicitação de liminar, o STF, por seis votos a cinco, optou pela interpretação conforme à Constituição do art. 283, CPP, de modo que sua aplicação não obstasse a prisão após condenação confirmada em segunda instância. A *interpretação conforme* à Constituição pode, como se vê, ser transformada naquela que é, por excelência, uma *interpretação desconforme* à deliberação do Constituinte. Por isso e pela leitura do trecho abaixo, percebe-se o imbróglio interpretativo (um verdadeiro *nó cego hermenêutico*) gerado pelo Supremo ao confrontar, a um só tempo, seus precedentes, o texto constitucional e o texto do Código de Processo Penal.

---

<sup>144</sup> O Ministro Luiz Fux, como demonstrarei adiante, chegou a reconhecer a necessidade de se operar uma redução teleológica do enunciado do artigo 5º, LVII, CF. Isso ocorreu quando do julgamento do HC 152.752. Retornarei a esse ponto à frente, ainda no presente capítulo.

Por esses motivos, deve-se conferir interpretação conforme a Constituição ao art. 283 do CPP, com a redação dada pela Lei nº 12.403/2011, para, em juízo de cognição sumária, se excluir a possibilidade de que o texto do dispositivo seja interpretado no sentido de obstar a execução provisória da pena depois da decisão condenatória de segundo grau e antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Note-se que o próprio art. 283, ao admitir a prisão temporária e a prisão preventiva – ambas decretáveis antes mesmo da primeira decisão condenatória –, é perfeitamente compatível com a prisão após o julgamento em segundo grau, quando então, já concluída a instrução e exercida a ampla defesa, se estabeleceu certeza jurídica acerca da materialidade e autoria. Trata-se, portanto, de uma decisão interpretativa que apenas exclui uma das possibilidades de sentido da norma, afirmando-se uma interpretação alternativa, compatível com a Constituição. Como se vê, a técnica não importa em nulidade da norma, de modo a preservar a sua presunção de constitucionalidade. (BARROSO, 2016a, pp. 20-21)

Retornando-se ao voto do Ministro Teori Z., após ter afirmado que buscaria o equilíbrio entre o princípio da presunção de inocência e o princípio da “efetividade jurisdicional penal”, ele passa a recuperar os precedentes firmados antes do ano de 2009. Cita diversos julgados, além das Súmulas 716 e 717, todas apontando para a possibilidade de cumprimento provisório da pena (ZAVASCKI, 2016b, pp. 03 e ss). Em seguida, argumenta que, finalizado o julgamento em segundo grau, transitam em julgado os elementos fático-probatórios, pois, em sede de recurso especial ou extraordinário, não podem ser reexaminados. Seria no exame da apelação que se concretizaria “em seu sentido genuíno, o duplo grau de jurisdição” (ZAVASCKI, 2016b, p. 06).

O Ministro, evidentemente, não chega a afirmar que, com isso, a sentença, enquanto tal, transita em julgado. Como é óbvio, a apreciação das questões de direito por tribunal superior pode alterar completamente a atribuição da culpa. Mas Zavascki julga ser possível, sob esse percurso, afirmar que

tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado. Faz sentido, portanto, negar efeito suspensivo aos recursos extraordinários, como o fazem o art. 637 do Código de Processo Penal e o art. 27, § 2o, da Lei 8.038/1990. (ZAVASCKI, 2016b, p. 07)

A efetiva derrota da regra constitucional é, nessa passagem, inteiramente confirmada. Afinal, enquanto a Constituição prevê que a culpa só se forma a partir do trânsito em julgado da sentença condenatória, o relator chega ao ponto extremo de afirmar que a presunção de

inocência se *inverte* a partir da confirmação da condenação por órgão colegiado. Os dois enunciados – regra da Constituição e decisão judicial – tornam-se, assim, não apenas conceitualmente independentes (no sentido schmittiano), como também inteiramente excludentes entre si. A partir do julgamento da apelação que mantém a condenação, portanto, aquele que deveria ser constitucionalmente tratado como não culpado, passa a ser considerado, por inversão, presumidamente culpado. Em nome da efetividade da jurisdição e de uma justiça *produtiva*, forma-se um decisionismo inversor da Constituição, capaz de incrementar o enforço da lei.

De fato, ao longo de todo o voto, o relator parece simplesmente ignorar o teor específico do texto constitucional. Parece que, para o magistrado, a Constituição simplesmente instituiu uma genérica presunção de inocência, sem nada fixar além disso. A expressão *trânsito em julgado*, em especial, parece não ter qualquer importância para a solução do caso. A passagem citada acima revela precisamente esse fenômeno.

Secundariamente, chama a atenção, ainda, a aproximação entre *trânsito em julgado das questões de fato* e *trânsito em julgado tout court*. Isso parece bastante congruente com a *factualização* dos problemas que tende a ser promovida tanto pela governamentalidade como pela multiplicação da exceção. Na verdade, a *factualização* do discurso jurídico é precisamente um dos pontos de contato privilegiados entre razão de governo e estado de exceção.

Daí em diante, um longo fragmento (ZAVASCKI, 2016b, pp. 09-12) do voto será dedicado ao levantamento da maneira como diferentes países tratam a execução da pena a partir da sentença condenatória. Tal exposição, que inclui oito países (Inglaterra, Estados Unidos, Canadá, Alemanha, França, Portugal, Espanha e Argentina) ocupa praticamente um quarto da argumentação desenvolvida pelo ministro (quatro laudas em um voto que conta com dezesseis, no seu total). Não se encontra, no texto do Ministro, nenhuma ressalva acerca do papel desempenhado por esse tipo de argumentação. Trata-se, em síntese, de um argumento de política criminal comparada – mais precisamente, de política de enforço da lei comparada – que pouco tem a acrescentar à interpretação do artigo 5º, LVII, da CF/88. O objetivo a que se presta é demonstrar que o novo entendimento proposto é o mais congruente com o “cenário internacional”, pois como teria defendido “a Ministra Ellen Gracie quando do julgamento do HC 85.886 (DJ 28/10/2005), “em país nenhum do mundo, depois de observado o duplo grau de jurisdição, a execução de uma condenação fica suspensa, aguardando referendo da Corte Suprema” (ZAVASCKI, 2016b, p. 09).

Lançada essa longa exposição acerca do “cenário internacional”, Teori Zavascki passa à parte final de seu voto, na qual consta uma forte argumentação política em defesa da

efetividade da jurisdição, acompanhada da crítica ao que considera um uso protelatório dos recursos em matéria penal. Ele afirma que a função exercida pelo STF, ao julgar um recurso extraordinário, é tão somente preservar a “higidez do sistema normativo” (ZAVASCKI, 2016b, p. 12), e não “examinar a justiça ou injustiça” das sentenças (ZAVASCKI, 2016b, p. 12). Adiciona que, mesmo com a necessidade de reconhecimento da repercussão geral do REExt, são “infrequentes as hipóteses de êxito do recorrente” (ZAVASCKI, 2016b, p. 13), o que, finalmente, ganha corpo sob a forma estatística, em citação ao ex-Ministro Joaquim Barbosa referente ao julgamento realizado em 2009:

E, mesmo diante das restritas hipóteses de admissibilidade dos recursos extraordinários, tem se mostrado infrequentes as hipóteses de êxito do recorrente. Afinal, os julgamentos realizados pelos Tribunais Superiores não se vocacionam a permear a discussão acerca da culpa, e, por isso, apenas excepcionalmente teriam, sob o aspecto fático, aptidão para modificar a situação do sentenciado. Daí a constatação do Ministro Joaquim Barbosa, no HC 84078:

“Aliás, na maioria esmagadora das questões que nos chegam para julgamento em recurso extraordinário de natureza criminal, não é possível vislumbrar o preenchimento dos novos requisitos traçados pela EC 45, isto é, não se revestem expressivamente de repercussão geral de ordem econômica, jurídica, social e política. Mais do que isso: fiz um levantamento da quantidade de Recursos Extraordinários dos quais fui relator e que foram providos nos últimos dois anos e cheguei a um dado relevante: de um total de 167 RE’s julgados, 36 foram providos, sendo que, destes últimos, 30 tratavam do caso da progressão de regime em crime hediondo. Ou seja, excluídos estes, que poderiam ser facilmente resolvidos por habeas corpus, foram providos menos de 4% dos casos”. Interessante notar que os dados obtidos não compreenderam os recursos interpostos contra recursos extraordinários inadmitidos na origem (AI/ARE), os quais poderiam incrementar, ainda mais, os casos fadados ao insucesso”. (ZAVASCKI, 2016b, p. 13)

De que maneira essa espécie de *índice de deferimento dos recursos extraordinários em favor do réu* pôde passar a ser relevante para a argumentação judicial? Retornarei esse ponto adiante, ao tratar em conjunto os votos do Ministro Zavascki e de Luís Roberto Barroso. Por essa via, Zavascki chega a uma crítica ao entendimento estabelecido em 2009 que se baseia no suposto incentivo que ele ofereceria à interposição de recursos protelatórios. Trata-se de uma argumentação que recusa novamente a regra constitucional e que se caracteriza por ser indissociável da busca por uma justiça produtiva e eficiente, operando um verdadeiro deslocamento do eixo do discurso jurídico.

E não se pode desconhecer que a jurisprudência que assegura, em grau absoluto, o princípio da presunção da inocência – a ponto de negar executividade a qualquer condenação enquanto não esgotado definitivamente o julgamento de todos os recursos, ordinários e extraordinários – tem



permitido e incentivado, em boa medida, a indevida e sucessiva interposição de recursos das mais variadas espécies, com indisfarçados propósitos protelatórios visando, não raro, à configuração da prescrição da pretensão punitiva ou executória. (ZAVASCKI, 2016b, p. 14)

A busca pelo objetivo político de maximização da efetividade jurisdicional, através do incremento do enforço da lei, precisa, portanto, desincentivar (atuando ambientalmente sobre o jogo de riscos e incentivos) a apresentação de recursos criminais. Influenciar as variáveis que levam à busca recursal por prescrição é uma *missão gerencial* da qual a autoridade judiciária deve estar imbuída, ainda que em confronto com a decisão constituinte. Sem isso, os recursos aos tribunais superiores, “ao invés de constituírem um instrumento de garantia da presunção de não culpabilidade do apenado, acabam representando um mecanismo inibidor da efetividade da jurisdição penal” (ZAVASCKI, 2016b, p. 15). Ao revisar sua jurisprudência, o STF estaria garantindo “que o processo – único meio de efetivação do *jus puniendi* estatal –, resgate essa sua inafastável função institucional” (ZAVASCKI, 2016b, p. 15).

#### 4.2 À EXCEÇÃO ESTATÍSTICA, CORRESPONDE UMA EXCEÇÃO JURÍDICO-GOVERNAMENTAL: O VOTO DO MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO NO HC 126.292

Uma série de pontos levantados pelo relator são também sustentados pelo Ministro Luís Roberto Barroso<sup>145</sup>, razão pela qual consolidarei uma análise parcial ao tomá-los em conjunto. Digamos que Barroso o faz de maneira mais sofisticada e, ao mesmo tempo, francamente governamental. A ideia de efetividade da jurisdição será conectada explicitamente à *eficientização* da justiça, na forma de um permanente cálculo de custos e benefícios que orientam a atividade estatal. O Ministro indica, de início, que seu voto estará composto por três

---

<sup>145</sup> Aqui recupero um comentário levantado em nota anterior sobre a relação entre os dois votos e sobre o papel de liderança exercido por Barroso no tribunal. O periódico *Valor* publicou, em 07 de junho de 2018, matéria intitulada “Duro em matérias penais, Barroso é formador de maiorias no STF”. Nela, a certa altura, afirma-se que “já há alguns anos, Barroso atuou nos bastidores do STF para cutucar um ponto nevrálgico do sistema criminal brasileiro: a interpretação do princípio da presunção da inocência (...). Barroso via o modelo como “desastroso”, por gerar impunidade sobretudo para os capazes de contratar bons e caros advogados. No segundo semestre de 2015, procurou o colega Teori Zavascki, então relator da Operação Lava-Jato no STF, para defender que a jurisprudência precisava ser alterada. Barroso já preparava seu voto, mas aguardava um bom caso para levar a plenário. Teori, que viria a falecer um ano e meio depois em um acidente aéreo, concordou que era preciso rever o entendimento. Um tempo se passou e ele foi a Barroso dizer que havia encontrado o caso ideal: um habeas corpus “low profile”, que não tratava de ninguém conhecido. “Você se importa que eu leve?”, perguntou Teori. “Assim há mais chances de termos um voto a mais”, brincou, com certa dose de picardia” (MAGRO; MARTINS, 2018). Esse relato aponta uma função de liderança política exercida por Barroso junto a outros ministros para, de maneira geral, formar maiorias, o que teria ocorrido especificamente em relação ao HC 126.292.

fundamentos jurídicos, assim como por três “fundamentos pragmáticos” (BARROSO, 2016c, p. 01). Quanto aos primeiros:

(i) a Constituição brasileira não condiciona a prisão – mas sim a culpabilidade – ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O pressuposto para a privação de liberdade é a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, e não sua irrecorribilidade. Leitura sistemática dos incisos LVII e LXI do art. 5º da Carta de 1988; (ii) a presunção de inocência é princípio (e não regra) e, como tal, pode ser aplicada com maior ou menor intensidade, quando ponderada com outros princípios ou bens jurídicos constitucionais colidentes. No caso específico da condenação em segundo grau de jurisdição, na medida em que já houve demonstração segura da responsabilidade penal do réu e finalizou-se a apreciação de fatos e provas, o princípio da presunção de inocência adquire menor peso ao ser ponderado com o interesse constitucional na efetividade da lei penal (CF/1988, arts. 5º, caput e LXXVIII e 144); (iii) com o acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação esgotam-se as instâncias ordinárias e a execução da pena passa a constituir, em regra, exigência de ordem pública, necessária para assegurar a credibilidade do Poder Judiciário e Supremo Tribunal Federal do sistema penal. A mesma lógica se aplica ao julgamento por órgão colegiado, nos casos de foro por prerrogativa (BARROSO, 2016c, p. 02).

Sobre a primeira questão, Barroso (2016c, p. 10) expõe que há vários casos em que pode ocorrer a prisão sem trânsito em julgado – tais como a prisão temporária ou preventiva. No entanto, como se sabe, essas modalidades de prisão contam com disciplinamento legal específico e não implicam no cumprimento da pena antes do trânsito em julgado, fundamentando-se principalmente na proteção à ordem pública e na garantia de condições favoráveis à investigação policial<sup>146</sup>. Já no caso do cumprimento da pena, trata-se essencialmente de uma prisão calcada na culpa e não na proteção das condições de investigação ou da ordem pública.

Mesmo nos casos em que a lei prevê a prisão provisória pelos indícios de autoria (como é o caso inciso III do art. 1º da lei 7.960/1989), o fundamento não é a culpa enquanto tal. Não se trata de prisão definitiva, com execução da pena. O problema é, de novo, a ordem pública. Por mais que essa modalidade de prisão também seja passível de críticas à luz da Constituição, é necessário fazer as devidas distinções conceituais para compreender os termos da decisão adequadamente.

O argumento de Barroso, portanto, apoia-se – é preciso dizer – em uma patente confusão conceitual, em uma anomalia dogmático-jurídica. Mas é sob esse argumento que se faz possível

---

<sup>146</sup> Ver art. 312, CPP: “A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011)” (BRASIL, 1941).

instituir, paradoxalmente, uma *prisão definitiva sem trânsito em julgado*, uma *prisão definitiva provisória*, uma *prisão que é definitiva (porque ligada ao cumprimento da pena)* e não é *(porque sujeita a recurso e, portanto, não há culpa formada nos termos constitucionais)*, que é *provisória e não é*. Vejam-se os termos a que recorre o Ministro:

Ao contrário do que uma leitura apressada da literalidade do art. 5º, LVII da Constituição poderia sugerir, o princípio da presunção de inocência não interdita a prisão que ocorra anteriormente ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O pressuposto para a decretação da prisão no direito brasileiro não é o esgotamento de qualquer possibilidade de recurso em face da decisão condenatória, mas a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, conforme se extrai do art. 5a, LXI, da Carta de 1988.

15. Para chegar a essa conclusão, basta uma análise conjunta dos dois preceitos à luz do princípio da unidade da Constituição. Veja-se que, enquanto o inciso LVII define que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”, logo abaixo, o inciso LXI prevê que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente”. Como se sabe, a Constituição é um conjunto orgânico e integrado de normas, que devem ser interpretadas sistematicamente na sua conexão com todas as demais, e não de forma isolada. Assim, considerando-se ambos os incisos, é evidente que a Constituição diferencia o regime da culpabilidade e o da prisão. Tanto isso é verdade que a própria Constituição, em seu art. 5o, LXVI, ao assentar que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”, admite a prisão antes do trânsito em julgado, a ser excepcionada pela concessão de um benefício processual (a liberdade provisória). (BARROSO, 2016c, pp. 09-10)

É especialmente relevante, na passagem acima, o peso oferecido à ordem judicial de prisão. Barroso afirma – com base no art. 5º, LXI, CF – que “o pressuposto para a decretação da prisão no direito brasileiro não é o trânsito em julgado da decisão condenatória, mas ordem escrita e fundamentada da autoridade judicial competente” (BARROSO, 2016c, p. 09). É evidente que toda decretação de prisão requer uma “ordem escrita e fundamentada pela autoridade judicial”. Não há nenhuma incompatibilidade entre os incisos LXI e LVII, da Constituição e não é necessário substituir um pelo outro ao se buscar o pressuposto para a prisão. Ao contrário: toda ordem de prisão, se devidamente fundamentada, terá que respeitar a presunção de não culpabilidade. Em outras palavras, justamente para ser “fundamentada”, a ordem não pode consistir no cumprimento da pena antes do trânsito em julgado.

O que a ênfase de Barroso sobre o inciso LXI perante o inciso LVII do artigo 5º produz é uma tese decisionista, a partir da qual a ordem judicial de prisão pode desprender-se de seus fundamentos constitucionais e passar a figurar como o autêntico e autossuficiente pressuposto para que se decrete a prisão. A decisão que ordena a prisão, ao liberar-se das regras constitucionais, parece ter por fundamento, agora, apenas a si própria. A decisão, então, se separa da norma demonstrando sua “independência conceitual”, de maneira duplicada:

primeiro, a decisão do próprio HC 126.292 mostra-se conceitualmente independente da regra do art. 5º, LVII; segundo, a decisão no HC, afirma a independência conceitual *em geral* da decisão que determina a prisão, que pode até mesmo estabelecer uma prisão definitiva sem culpa, tal como esta é definida pela própria Constituição.

Sobre o segundo fundamento jurídico adotado pelo Ministro (de acordo com a estrutura por ele apresentada), Barroso toma a presunção de inocência como um princípio e, a partir disso, estabelece um confronto direto com o texto constitucional, sob uma alegada ponderação com o “interesse constitucional na efetividade da lei penal” (o qual, por sua vez, é associado aos “objetivos” e “bens jurídicos” que são “tutelados pelo direito penal”, cuja “previsão” se encontraria, “entre outros, no arts. 5º, caput (direitos à vida, à segurança e à propriedade), e inciso LXXVIII (princípio da razoável duração do processo), e 144 (segurança)”, cf. BARROSO, 2016c, p. 14). Trata-se de forjar uma tensão interna ao texto da Constituição (uma colisão de princípios, nos termos da hermenêutica constitucional).

Já foram trazidos comentários acima acerca da classificação do enunciado do art. 5º, LVII, CF, enquanto uma norma-regra. Barroso chega a citar o próprio Alexy (BARROSO, 2016c, p. 12) para afirmar que princípios seriam “mandatos de otimização”. Assim, Barroso recorre à obra do jurista alemão para realizar uma “ponderação” quando seria o caso de aplicar a regra contida no texto constitucional. Para fundamentar o tratamento conferido à presunção de inocência, Barroso volta ao problema das prisões cautelares. O texto do art. 5º, LVII da CF/88 estaria sujeito à modulação típica ao tratamento dos princípios, e as prisões cautelares ilustrariam essa condição, conforme a citação abaixo indica.

Pois bem. Não há dúvida de que a presunção de inocência ou de não-culpabilidade é um princípio, e não uma regra. Tanto é assim que se admite a prisão cautelar (CPP, art. 312) e outras formas de prisão antes do trânsito em julgado. Enquanto princípio, tal presunção pode ser restringida por outras normas de estatura constitucional (desde que não se atinja o seu núcleo essencial), sendo necessário ponderá-la com os outros objetivos e interesses em jogo. (BARROSO, 2016c, p. 13)

Como já comentado anteriormente, a diferença reside no fato de que a prisão cautelar não se presta ao cumprimento da pena. O problema central, portanto, é: se ninguém é considerado culpado sem sentença condenatória transitada em julgado, *é possível cumprir pena sem ser considerado culpado?* Como alguém inocente (presumidamente) pode cumprir pena? Como alguém pode cumprir pena sem que seja considerado culpado, nos termos da regra constitucional? O Ministro busca nas passagens acima deslocar sua argumentação para outra

pergunta (inadequada para o caso, como visto), que seria: *é possível ser preso sem ser considerado culpado?*<sup>147</sup>

O que mais poderia ser afetado, que outros dispositivos constitucionais podem ser diretamente contrariados por essa ideia de um “interesse constitucional na efetividade da lei penal”, que engloba praticamente todo o rol de direitos fundamentais (uma vez que alcança todos os bens tutelados pelo direito penal)? O que poderia resistir ao sopesamento perante vida, propriedade e um imenso elenco de direitos que estariam aí abrigados? Barroso, com a noção de efetividade da lei penal, buscou conferir forma jurídica a uma pretensão punitiva que se combina a uma racionalidade governamental e desemboca na própria aplicação do direito. Daí deriva o apelo persuasivo de suas considerações. Mas criou, com isso, um conceito onipotente, insuperável, *insopesável*, capaz de sintetizar praticamente toda a Constituição e, ao mesmo tempo, situar-se acima dela e de cada um dos seus dispositivos. O Ministro, sob essa fórmula, aproxima-se do discurso ancorado em um direito da sociedade ou da vítima de ver o réu sancionado e de uma *eficientização* da justiça. O que, ao fim e ao cabo, é ponderado, é, de um lado, uma regra constitucional de direito fundamental, embora tomada como princípio; de outro, essa pretensão punitivo-governamental, à qual se busca dar forma jurídica através do agenciamento estratégico de um princípio.

Pelo julgado, não é possível indicar os limites desse tipo de procedimento. Alguns pesquisadores no campo da hermenêutica constitucional tem demonstrado a configuração de um recurso abusivo ao sopesamento e à máxima da proporcionalidade. Tais conceitos têm sido frequentemente aplicados de maneira arbitrária, convertidos em um artifício decisionista para que a vontade do aplicador do direito seja realizada sem as devidas mediações com o texto constitucional e a teoria do direito<sup>148</sup>. Nesse sentido, no Capítulo 6 (tópicos 6.3 e 6.4), retornarei ao problema, através de considerações acerca da conversão do exame de proporcionalidade em um autêntico teste de *custo x benefício* pelo Supremo.

Ainda desdobrando a ponderação entre princípios, Barroso aborda o conteúdo do art. 102 da Constituição. O argumento que esboça aqui corre no sentido de que, ao STF e ao STJ, mediante os recursos extraordinário e especial, chegam as “causas decididas”. No entanto, o próprio Barroso não chega a afirmar que a expressão “causa decidida” equivalha ao trânsito em julgado da sentença, pois isso equivaleria a um absurdo lógico-jurídico. Há um trânsito em

---

<sup>147</sup> Veremos mais à frente que o Ministro Barroso chegou a afirmar em seu voto oral que há culpabilidade sem trânsito em julgado, ou melhor, que se deve presumir a culpabilidade após a condenação confirmada em segunda instância.

<sup>148</sup> Ver nesse sentido, por exemplo, os trabalhos de MORAIS (2013) e LOPES (2015).

julgado parcial, é verdade, pois os fatos e as provas não podem ser reanalisados pelos tribunais superiores. Mas a sentença enquanto tal não transita em julgado: o juízo de direito está sujeito a alteração e pode alterar por completo a atribuição da culpa e da pena.

Como se sabe, nos tribunais superiores, como regra, não se discute autoria ou materialidade, ante a impossibilidade de revolvimento de fatos e provas. Os recursos extraordinário e especial não se prestam a rever as condenações, mas apenas a tutelar a higidez do ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional. Por isso, nos termos da Constituição, a interposição desses recursos pressupõe que a causa esteja decidida. É o que preveem os artigos 102, III, e 105, III, que atribuem competência ao STF e ao STJ para julgar, respectivamente, mediante recurso extraordinário e especial, “as causas decididas em única ou última instância” (BARROSO, 2016c, p. 15).

Assim como ocorreu no voto de Zavascki, o juízo de direito é rebaixado a algo menor perante o juízo sobre os fatos. Já em vias de concluir seu exercício de sopesamento, Barroso aponta que os ganhos em termos de “proteção da efetividade e da credibilidade da justiça” compensam o “sacrifício” imposto ao princípio da não culpabilidade, “sobretudo diante da mínima probabilidade de reforma da condenação, como comprovam as estatísticas”<sup>149</sup> (BARROSO, 2016c, pp. 14-15). Para ele, a “ponderação” realizada não encontra impedimentos diante da regra prevista pelo Código de Processo Penal, pois “naturalmente, não serve o art. 283 do CPP para impedir a prisão *após a condenação em segundo grau* – quando já há certeza acerca da materialidade e autoria – por fundamento diretamente constitucional” (BARROSO, 2016c, p. 13). Isso porque “interpreta-se a legislação ordinária à luz da Constituição, e não o contrário” (BARROSO, 2016c, p. 13). O saldo é que tanto a regra constitucional como a regra infraconstitucional são derrotadas por uma decisão que agencia estrategicamente um princípio.

Enquanto, no voto escrito do Ministro, a questão é posta nesses termos e se aponta para uma “sensível redução do peso do princípio da presunção de inocência e equivalente aumento do peso atribuído à exigência de efetividade do sistema penal” (BARROSO, 2016c, p. 15) a partir do julgamento da apelação, seu voto oral se refere abertamente a uma *inversão* da presunção de inocência a partir da condenação em segundo grau de jurisdição. Retornam os mesmos termos, portanto, utilizados pelo relator. Barroso afirma que, a partir daí, não apenas que a presunção de inocência se inverterá, mas também que se encerra, então, o próprio devido processo legal. A previsão de que ninguém será considerado culpado sem trânsito em julgado

---

<sup>149</sup> Nos termos do Ministro: “portanto, o sacrifício que se impõe ao princípio da não culpabilidade – prisão do acusado condenado em segundo grau antes do trânsito em julgado – é superado pelo que se ganha em proteção da efetividade e da credibilidade da Justiça, sobretudo diante da mínima probabilidade de reforma da condenação, como comprovam as estatísticas. Essa conclusão é reforçada pela aplicação do princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente” (BARROSO, 2016c, p. 18).

de sentença condenatória é expressamente contraditada por uma decisão que agora afirma uma presunção de culpa a partir da confirmação da condenação por órgão judicial colegiado.

**A primeira: a condenação de primeiro grau, mantida em recurso de apelação, inverte a presunção de inocência.** Qualquer acusado em processo criminal tem direito a dois graus de jurisdição. Esse é o seu devido processo legal. **A partir daí, a presunção de não culpabilidade estará desfeita.** (BARROSO, 2016d, p. 02, com grifo nosso)

Finalmente, Barroso busca, no seu terceiro fundamento jurídico, um suporte infraconstitucional para a execução provisória da pena – apesar da previsão do artigo 283, CPP. O Ministro lembra que o artigo 312 do Código de Processo Penal prevê que a prisão preventiva pode justificar-se pela garantia da ordem pública e da ordem econômica e pontua que o próprio STF tem precedentes no sentido de que a “garantia da ordem pública (...) compreende, além da necessidade de resguardar a integridade física do acusado e impedir a reiteração de práticas criminosas, a exigência de assegurar a credibilidade das instituições públicas, notadamente do Poder Judiciário”<sup>150</sup> (BARROSO, 2016c, p. 18).

A isso, Barroso adiciona que aguardar o trânsito em julgado para executar-se a pena “estaria em inerente contraste com a preservação da ordem pública, aqui entendida como a eficácia do direito penal para a preservação da vida, da segurança e da integridade das pessoas e de todos os demais fins que justificam o próprio sistema de justiça criminal” (BARROSO, 2016c, p. 19). O que essa situação poria “em jogo” seria a “credibilidade do Judiciário”, que restaria “inevitavelmente abalada com a demora da repreensão eficaz do delito” (BARROSO, 2016c, p. 19). Tudo isso apenas restaria mais evidente quando se considera o “baixíssimo índice de provimento de recursos extraordinários, inferior a 1,5%”, o que representaria o comprometimento da tutela penal em nome de um “formalismo estéril” (BARROSO, 2016c, p. 20).

O Ministro afirma que, no Brasil, há um “uso abusivo e procastinatório do direito de recorrer” (BARROSO, 2016c, p. 20) e que a razoável duração do processo é um “dever do Estado” e uma “exigência da sociedade (BARROSO, 2016c, p. 21). Concluindo o que tratou como “fundamentos jurídicos” de seu voto, Barroso sustenta que “tamanho ineficiência do sistema de justiça criminal” brasileiro já teria dado ensejo a recomendação da implementação

---

<sup>150</sup> Para que o leitor não duvide da importância atribuída por Barroso a esse apelo pela proteção da “credibilidade” da justiça, cito a seguir passagem da própria ementa (a qual conta apenas com duas laudas) de seu voto: “com o acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação esgotam-se as instâncias ordinárias e a execução da pena passa a constituir, em regra, exigência de ordem pública, necessária para assegurar a credibilidade do Poder Judiciário e do sistema penal” (BARROSO, 2016c, pp. 01-02).

de reformas no sistema recursal por parte de organismos internacionais (BARROSO, 2016c, p. 22). Ele recupera o argumento levantado por Zavascki acerca do quadro internacional relativo à execução da pena<sup>151</sup> (BARROSO, 2016c, p. 22) e afirma:

Em suma: o início do cumprimento da pena no momento do esgotamento da jurisdição ordinária impõe-se como uma exigência de ordem pública, em nome da necessária eficácia e credibilidade do Poder Judiciário. A superação de um sistema recursal arcaico e procrastinatório já foi objeto até mesmo de manifestação de órgãos de cooperação internacional. Não há porque dar continuidade a um modelo de morosidade, desprestígio para a justiça e impunidade. (BARROSO, 2016c, p. 22)

Ao longo da exposição de seus “fundamentos jurídicos”, o Ministro, como se pôde notar, recorre à necessidade de elevar a eficiência jurisdicional e de se proteger a credibilidade da justiça. Todo o seu voto é explicitamente orientado, portanto, por certas finalidades políticas, às quais Barroso confere, precariamente, uma forma jurídica para que possa afastar o enunciado do artigo 5º, LVII. Na verdade, o Ministro agencia estrategicamente a indeterminação de um princípio (além da indeterminação do conceito de *ordem pública*) para derrotar a determinação da regra jurídico-positiva através de uma “mutação constitucional”<sup>152</sup>.

Embora essa inferência seja plenamente viável quando se considera o que foi exposto até aqui, ela fica inteiramente demonstrada pela sequência do próprio voto de Barroso, quando o magistrado parte para a exposição dos “fundamentos pragmáticos para o novo entendimento” (sua “Parte III”), os quais lhe são caros a ponto de ocuparem praticamente metade de sua ementa<sup>153</sup>. Como o leitor verá, é o que se encontra nesse fragmento que anima e explica todo o

<sup>151</sup> Em relação a esse argumento, levantado por Zavascki e Barroso, penso que 1) a governamentalização desloca para o eixo da política o centro da argumentação judicial, e, sob esse eixo, o argumento calcado na comparação sobre a *melhor política de enforço da lei* (afinal, é disso que os ministros passam a tratar) passa a ser relevante; 2) ao mesmo tempo, a governamentalidade neoliberal guarda forte relação com o processo de globalização jurídico-econômica e, assim, com uma tendência de uniformização do direito, daí derivando a relevância da comparação entre os sistemas jurídico-políticos ocidentais em vias de homogeneização, sobretudo em relação ao norte geopolítico. Em outras palavras, o argumento iniciado com “em país nenhum do mundo” (o tradicional *argumento da jabuticaba*) é politicamente eficaz e ganha força sob uma justiça governamentalizada. Sugere-se, através dele, que se trata não de aplicar a Constituição ao caso concreto, mas de optar pela medida mais congruente com um *bom governo de populações*.

<sup>152</sup> Barroso (2016c, p. 05) defende que se trata, no HC 126.292, de realizar uma mutação constitucional, alterando-se o entendimento firmado em 2009. Explorarei com mais detalhes o problema da mutação inconstitucional a partir do Capítulo 5. As observações que lá são feitas ajustam-se à compreensão do HC 126.292. Remeto o leitor ainda ao Capítulo 3.

<sup>153</sup> Nos termos da ementa do voto de Barroso (2016c, p. 02), lê-se: “há, ainda, três fundamentos pragmáticos que reforçam a opção pela linha interpretativa aqui adotada. De fato, a possibilidade de execução da pena após a condenação em segundo grau: (i) permite tornar o sistema de justiça criminal mais funcional e equilibrado, na medida em que coíbe a infundável interposição de recursos protelatórios e favorece a valorização da jurisdição criminal ordinária; (ii) diminui o grau de seletividade do sistema punitivo brasileiro, tornando-o mais republicano e igualitário, bem como reduz os incentivos à criminalidade de colarinho branco, decorrente do mínimo risco de cumprimento efetivo da pena; e (iii) promove a quebra do paradigma da impunidade do sistema criminal, ao evitar



texto do Ministro, incluindo-se o próprio desenvolvimento dos “fundamentos jurídicos”. Ao fim e ao cabo, “fundamentos jurídicos” e “fundamentos pragmáticos” não se encontram lado a lado no texto do Ministro. Digamos que os “fundamentos pragmáticos” (os quais identifiquei como fundamentos, na verdade, governamentais) atuam como fundamentos dos “fundamentos jurídicos”.

Quando se tem isso em vista, é possível entender adequadamente a derrota da regra jurídico-positiva e por que razões uma solução juridicamente tão débil pode superar, de uma só vez, o texto da Constituição e o precedente do tribunal. As passagens abaixo devem demonstrar que a superação da norma-regra constitucional se realizou, no HC 126.292, em nome do que se alega ser o *melhor funcionamento da ordem*, sendo isso (uma derrota da regra com o objetivo de assegurar a conservação ou o bom funcionamento da ordem) o que venho chamando de *dispositivo jurisdicional de exceção* ou de um *estado de exceção atípico*.

Esse modo de organizar o raciocínio jurídico – a partir do que Barroso chamou de “fundamentos pragmáticos” – produz não apenas uma alternância estratégica entre regra e exceção, mas igualmente um conjunto de *anomalias jurídico-dogmáticas funcionais*, tais como a execução provisória da pena e sua fundamentação. É importante destacar precisamente a funcionalidade das anomalias judicialmente produzidas, já que não se trata de simples *erro*, de uma série de *equivocos lógicos* ou de pura *irracionalidade* da decisão. Trata-se de *outra racionalidade*, que subordina a autonomia da lógica jurídica a uma razão política que, como se demonstrará, é uma razão governamental.

Barroso abre a “Parte III” de seu voto discorrendo sobre o “pragmatismo” e ainda sobre um “pragmatismo jurídico” (BRASIL, 2016c, p. 24), nos seguintes termos:

O pragmatismo possui duas características que merecem destaque para os fins aqui visados: (i) o contextualismo, a significar que a realidade concreta em que situada a questão a ser decidida tem peso destacado na determinação da solução adequada; e (ii) consequencialismo, na medida em que o resultado prático de uma decisão deve merecer consideração especial do intérprete. Dentro dos limites e possibilidades dos textos normativos e respeitados os valores e direitos fundamentais, cabe ao juiz produzir a decisão que traga as melhores consequências possíveis para a sociedade como um todo. (BARROSO, 2016c, p. 24)

Sobre os “limites e possibilidades dos textos normativos”, já foram feitos comentários anteriormente. Com base neles, julgo ser possível afirmar que os “fundamentos pragmáticos” do voto só puderam conformar a decisão através da derrota da regra. Porém, o que Barroso

---

que a necessidade de aguardar o trânsito em julgado do recurso extraordinário e do recurso especial impeça a aplicação da pena (pela prescrição) ou cause enorme distanciamento temporal entre a prática do delito e a punição, sendo certo que tais recursos têm ínfimo índice de acolhimento”.

busca construir, na passagem acima, é uma ideia do direito positivo como *limite* para o juiz. Essa abordagem é, ela mesma, bastante complacente com a expansão dos poderes jurisdicionais, pois não parte da premissa de que cabe ao juiz encontrar aquela decisão que conta com as melhores razões de direito para solucionar o caso concreto. Caberia a ele, tão somente, ater-se aos *limites* impostos pela lei, o que lhe permitiria atuar livremente no interior desse quadro.

No entanto, como já foi demonstrado, o direito positivo, portanto, não tem sido acatado nem mesmo como fator limitador da decisão judicial. Embora Barroso sustente que seus “fundamentos pragmáticos” estariam circunscritos pelas leis e pela Constituição, sua busca pelas “melhores consequências possíveis para a sociedade como um todo” se desenvolve, no HC 126.292, em aberto confronto com o artigo 5º, inciso LVII, CF/88.

O Ministro segue, elencando os três efeitos negativos do entendimento que o voto busca reformar. São eles: “o incentivo à interposição de recursos protelatórios; o reforço à seletividade do sistema penal e o agravamento do descrédito do sistema de justiça penal junto à sociedade” (BARROSO, 2016c, p. 24). Tratam-se de verdadeiras “disfunções” do sistema de justiça, de tal modo que a alegação de disfuncionalidade do modelo vigente faz as vezes de um autêntico diagnóstico da *emergência* ou da *crise*, a ser solucionada independentemente da lei por um governo jurisdicional que multiplica a exceção<sup>154</sup>.

Barroso aponta que o novo entendimento pode “contribuir para remediar tais efeitos perversos” (BARROSO, 2016c, p. 24), com “(i) a garantia de equilíbrio e funcionalidade do sistema de justiça criminal, (ii) a redução da seletividade do sistema penal, e (iii) a quebra do paradigma de impunidade” (BARROSO, 2016c, pp. 24-25). Ao comentar o primeiro ponto, o

---

<sup>154</sup> O ministro afirma que o STF “não se mostrou indiferente ao patente abuso do direito de recorrer, determinando, em alguns desses casos, a imediata execução da condenação. Porém, essa possibilidade não é suficiente para corrigir a disfuncionalidade existente no sistema recursal” (BARROSO, 2016c, p. 20). Em seu voto oral, aponta que o modelo vigente até a data do julgamento “não é um sistema que possa funcionar, nem é um sistema que possa merecer, a meu ver, e com todas as vênias de quem pense diferentemente, a nossa adesão”. (BARROSO, 2016d, p. 06). A funcionalidade do sistema ou a ideia de um bom funcionamento do sistema de jurisdição criminal no Brasil é um problema de governo que ocupa parte importante dos fundamentos da decisão. É esse estado de coisas “disfuncional”, tratado como absurdo e inaceitável por Barroso, que equivale argumentativamente, no voto, à noção de *crise* ou de *emergência*, remetendo, portanto, ao papel que tais conceitos cumprem na estrutura do conceito de estado de exceção (ver Capítulo 2). O Ministro relata pormenorizadamente casos particulares (BARROSO, 2016c, pp. 20 e ss.) em que os recursos teriam sido utilizados de maneira protelatória, construindo, em seu texto, uma compreensão de que a situação fática em que se encontra a jurisdição penal é inaceitável e clama por mudanças. É, portanto, *crítica*. Trata-se de um argumento calcado na dimensão do *pathos*, que visa acessar emocionalmente o auditório, e o recurso a argumentos dessa natureza tende a ser observado crescentemente sob o paradigma da exceção, na medida em que surgem severas dificuldades de sustentar a decisão a partir da lógica jurídica e pela própria necessidade de que o leitor seja convencido da excepcionalidade da situação fática. Embora os termos de Barroso se dirijam, em geral, a um objetivo de aperfeiçoamento (e não de salvação ou conservação) da ordem, creio que o conceito de *emergência* (ou de *crise*) permanece válido, pois está apto a designar o diagnóstico de anormalidade fática construído por aquele que decide.

Ministro fala da necessidade de combate ao uso protelatório de recursos e do prestígio que se deve conferir às autoridades das instâncias jurisdicionais ordinárias.

(...) restabelece-se o prestígio e a autoridade das instâncias ordinárias, algo que há muito se perdeu no Brasil. Aqui, o juiz de primeiro grau e o Tribunal de Justiça passaram a ser instâncias de passagem, porque o padrão é que os recursos subam para o Superior Tribunal de Justiça e, depois, para o Supremo Tribunal Federal. Porém, não se pode presumir, ou assumir como regra, que juízes e tribunais brasileiros profiram decisões equivocadas ou viciadas, de modo a atribuir às cortes superiores o monopólio do acerto. Em verdade, não há direito ao triplo ou quádruplo grau de jurisdição: a apreciação pelo STJ e pelo STF não é assegurada pelo princípio do devido processo legal e não constitui direito fundamental. Desse modo, a mudança de orientação prestigia, ao mesmo tempo, a própria Suprema Corte, cujo acesso se deve dar em situações efetivamente extraordinárias, e que, portanto, não pode se transformar em tribunal ordinário de revisão, nem deve ter seu tempo e recursos escassos desperdiçados com a necessidade de proferir decisões em recursos nitidamente inadmissíveis e protelatórios. (BARROSO, 2016c, p. 25)

É preciso notar o alcance das palavras do Ministro. Entendo que soberania e governo se tornam indistinguíveis nessa passagem. Barroso, por um lado, busca reafirmar a função soberana do judiciário e de seus agentes. Há, inclusive, um teor corporativo nessa afirmação e uma busca pela autoproteção do STF e dos órgãos do poder judiciário como um todo<sup>155</sup>.

<sup>155</sup> No seu voto como relator no julgamento do HC 84.078, quando se firmou, em 2009, o entendimento que seria alterado quando do julgamento do HC 126.292, Eros Grau chamou esse tipo de argumento de uma “incitação à jurisprudência defensiva”. A expressão “jurisprudência defensiva” tem sido muito utilizado para designar interpretações constitucionais formuladas pelo STF para reduzir seu estoque de processos e, assim, a quantidade de responsabilidades assumidas pela corte: “21. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados – não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e recursos extraordinários, e subseqüentes embargos e agravos, além do que “ninguém mais será preso”. Eis aí o que poderia ser apontado como incitação à “jurisprudência defensiva”, que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento desta Corte não pode ser lograda a esse preço” (GRAU, 2009, pp. 13-14). Na verdade, o voto do Ministro proferido em 2009 rebate, sete anos antes, vários dos argumentos utilizados em 2016. Comparar ambos os votos ajuda a entender as diferentes racionalidades jurídicas em conflito, na linha do que Foucault afirmou ser uma via jurídico-dedutiva e uma via utilitária – ver Capítulo 1 deste trabalho. Numa outra passagem, refutando o argumento acerca dos recursos protelatórios, a resposta de E. Grau chega a ser cômica: “22. Uma observação ainda em relação ao argumento nos termos do qual não se pode generalizar o entendimento de que só após o trânsito em julgado se pode executar a pena. Isso – diz o argumento – porque há casos específicos em que o réu recorre, em grau de recurso especial ou extraordinário, sem qualquer base legal, em questão de há muito preclusa, levantando nulidades inexistentes, sem indicar qualquer prejuízo. Vale dizer, pleiteia uma nulidade inventada, apenas para retardar o andamento da execução e alcançar a prescrição. Não há nada que justifique o RE, mas ele consegue evitar a execução. Situações como estas consubstanciarão um acinte e desrespeito ao Poder Judiciário. Ademais, a prevalecer o entendimento que só se pode executar a pena após o trânsito em julgado das decisões do RE e do Resp, consagrar-se-á, em definitivo, a impunidade. Isso – eis o fecho de ouro do argumento – porque os advogados usam e abusam de recursos e de reiterados *habeas corpus*, ora pedindo a liberdade, ora a nulidade da ação penal. Ora – digo eu agora – a prevalecerem essas razões contra o texto da Constituição melhor será abandonarmos o recinto e sairmos por aí, cada qual com o seu porrete, arrebentando a espinha e a cabeça de quem nos contrariar. Cada qual com o seu porrete! Não recuso significação ao argumento, mas ele não será relevante, no plano normativo, anteriormente a uma possível reforma processual, evidentemente adequada ao que dispuser a Constituição. Antes disso, se prevalecer, melhor recuperarmos nossos porretes...” (GRAU, 2009, pp. 14-15).

Ganharia em prestígio o magistrado das instâncias ordinárias, de tal modo que a presunção de inocência aparece como uma presunção de erro de juízes e tribunais, o que, posta assim a questão, é tratado como inaceitável. Afirma-se a autoridade soberana do magistrado, portanto.

Por outro lado, o STF é analisado sob a ótica de uma *nova economia jurisdicional*. A gestão de seu “tempo e recursos escassos” precisa ser tratada com cuidado, inclusive para que o tribunal não tenha que arcar com o ônus de legitimidade relativo à morosidade no tratamento dos casos, a eventuais prescrições etc. A preservação de sua autoridade depende da sua eficiência. Tomando-se a sério o texto, creio que há algo aí que não deve ser tomado como mero pretexto para uma decisão que se reduziria puramente a uma jurisprudência defensiva. É uma racionalidade de gestão, uma razão governamentalizada, que fundamenta de maneira importante os argumentos acima.

É sabido que juízes são também gestores, na medida em que o Poder Judiciário é gerido pelos magistrados. Dessa maneira, os gestores da justiça estão constantemente tomando decisões sobre a administração do seu corpo de servidores, de um estoque de processos etc. Nisso não há novidade. A novidade consiste em que a indistinção entre soberania e governo<sup>156</sup> se apresenta na passagem acima como uma *indistinção entre juiz e gestor; entre justiça e governo; entre justiça e administração da justiça; entre aplicação do direito e administração de uma jurisdição*.

Assim, a própria aplicação do direito pode ser subordinada a (e concebida a partir de) problemas de administração da justiça e, de modo geral, à problemas relativos à gestão de populações. Afinal, governar passa sempre por essa dupla dimensão, em que se governa a população e a própria máquina política. No caso, isso se concretiza através de uma *gestão de populações mediante a gestão da jurisdição*. Não se pode dizer de forma segura, sob esse modelo, onde começa o juiz e onde termina o gestor. Uma regra de direito fundamental pode ser excepcionada, assim, por uma lógica gerencial que é, através do dispositivo da exceção, internalizada e convertida em razão jurídica.

---

<sup>156</sup> Na passagem citada, portanto, autoridade e eficiência, soberania e governo se indeterminam e se fortalecem mutuamente sob uma relação circular, o que nos remete a uma passagem já citada de Foucault, no Capítulo 1, segundo a qual foi a governamentalização do Estado que permitiu e permite sua sobrevivência. A governamentalização da justiça passa, assim, pelo que Foucault chamou, ao falar da governamentalização do Estado, de multiplicação dos mecanismos típicos da soberania, de seu acionamento tático a partir da razão governamental. Ao expor seu terceiro “fundamento jurídico”, Barroso também estabeleceu essa mesma circularidade entre autoridade e governo. Da eficiência dependeria a própria credibilidade e o prestígio da Justiça. Sem o devido aproveitamento dos “recursos escassos”, entra em xeque a legitimidade do Estado e, com isso, a estabilidade da ordem política. Pode-se ver, através do discurso do Ministro, que a governamentalidade fundamenta a soberania e estabelece, com ela, uma simbiose.

Sob a referência dessa razão jurídico-governamental, enfatiza-se decisivamente o problema dos custos do gerenciamento, relacionando-os com a clássica ideia econômica da *escassez*. Trata-se de buscar a maximização da riqueza e da eficiência, submetendo permanentemente a conduta humana, no que se inclui a atuação estatal, a um teste de *custo x benefício*. O Estado e sua jurisdição devem, portanto, obter o máximo de efeitos sobre uma população a partir do mínimo de recursos despendidos. Disso depende sua “credibilidade” e, assim, sua própria conservação.

Para realizar um cálculo desse tipo, é comum que o governo se sirva de números, de estatísticas aptas a demonstrar qual, entre as medidas disponíveis, promoverá, em maior grau, a *eficientização* da vida social. Para isso, o Ministro se refere a algo que já foi mencionado nesta tese<sup>157</sup> – o percentual de recursos extraordinários providos em favor do réu –, enquanto torna a criticar o uso protelatório dos recursos em matéria penal:

Tais impugnações movimentam a máquina do Poder Judiciário, com **considerável gasto de tempo e de recursos escassos, sem real proveito para a efetivação da justiça ou para o respeito às garantias processuais penais dos réus. No mundo real, o percentual de recursos extraordinários providos em favor do réu é irrisório, inferior a 1,5%**. Mais relevante ainda: de 1.01.2009 a 19.04.2016, em 25.707 decisões de mérito proferidas em recursos criminais pelo STF (REs e agravos), as decisões absolutórias não chegam a representar 0,1% do total de decisões. (...) Segundo **dados oficiais da assessoria de gestão estratégica do STF**, referentes ao período de 01.01.2009 até 19.04.2016, o **percentual médio de recursos criminais providos (tanto em favor do réu, quanto do MP) é de 2,93%**. Já a estimativa dos recursos providos apenas em favor do réu aponta um percentual menor, de 1,12%. **Como explicitado no texto, os casos de absolvição são raríssimos**. No geral, as decisões favoráveis ao réu consistiram em: provimento dos recursos para remover o óbice à progressão de regime, remover o óbice à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, remover o óbice à concessão de regime menos severo que o fechado no caso de tráfico, reconhecimento de prescrição e refazimento de dosimetria. (...) Em verdade, foram identificadas apenas nove decisões absolutórias, representando 0,035% do total de decisões (ARE 857130, ARE 857.130, ARE 675.223, RE 602.561, RE 583.523, RE 755.565, RE 924.885, RE 878.671, RE 607.173, AI 580.458). Deve-se considerar a possibilidade de alguma margem de erro, por se tratar de pesquisa artesanal. Ainda assim, não há risco de impacto relevante quer sobre os números absolutos quer sobre o percentual de absolvições. (BARROSO, 2016c, pp. 06-07, com grifo nosso)

Assim, *à exceção estatística corresponde uma exceção jurídica*. Ou seja, excepciona-se a presunção de inocência para aqueles condenados em segunda instância, a partir dos números. Veja-se que não se trata tão somente de apresentar certos índices, certos percentuais.

<sup>157</sup> O ponto foi levantado em meio aos comentários relativos ao voto do Ministro Relator Teori Zavascki.

As estatísticas atuam como um instrumento apto a viabilizar o cálculo jurisdicional em torno da medida a adotar. Por isso, aparece a constatação de que não seria adequado manter o “considerável gasto de tempo e recursos escassos, sem real proveito para a efetivação da justiça ou para o respeito às garantias processuais penais dos réus”. O “mundo real” visualizado pelo Ministro, ou seja, o conhecimento da dimensão empírica assimilado pela decisão não se encerra em si mesmo, não representa um fim em si. Ela consiste num *instrumento*, num recurso comum à governamentalidade, que, ao operar sobre os fatos da vida de uma população, ou seja, ao *factualizar* os problemas com que se depara, tem em vista uma permanente *eficientização* do Estado e da sociedade<sup>158</sup>.

É por esse prisma que se faz possível a compreensão da interligação entre os dois elementos que compõem o “pragmatismo jurídico” de Barroso, nos seus próprios termos: o “contextualismo” e o “consequencialismo”. Os números “contextualizam” empiricamente o problema jurídico para que, então, o intérprete extraia a solução capaz de produzir as “melhores consequências”. *Factualizar* ou *empiricizar* o direito consiste, portanto, somente num primeiro passo. Quanto ao segundo, o “consequencialismo”, trata-se de, construída a narrativa sobre os fatos, extrair a decisão mais compatível com a normalização governamental da realidade e com a maximização da eficiência, ou seja, aquela que recebe a melhor *nota* perante um teste de *custo x benefício*. Nomeei, em outras passagens desta tese, esse par enquanto um binômio *factualização-teleologização*, no qual convergem governamentalidade e exceção.

Sob uma lógica jurídica que tomasse a sério a disposição textual (através de um via jurídico-dedutiva, como posto por Foucault – ver Capítulo 1), tal argumentação poderia soar simplesmente absurda<sup>159</sup>. Quer dizer, o percentual de 1,12% apresentado pelo Ministro

<sup>158</sup> No julgamento de um caso correlato, o *Habeas Corpus 152.752*, o argumento estatístico é levado ao limite, no momento em que Alexandre de Moraes (2018b, p. 04) calcula o percentual de Ministros que reconheceram a legitimidade da execução provisória da pena e o período de vigência em que tal entendimento se fez dominante: “a interpretação constitucional, obviamente, não se pauta por estatísticas, porém, para a análise do caso concreto, esses números são essenciais para que possamos afirmar que não existe qualquer ilegalidade no ato do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA que aplicou em sua decisão não só o atual posicionamento do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, como também sua tradicional e majoritária posição, que vem prevalecendo em 75% do período de vigência da atual Constituição Federal e que foi adotado por 71% dos Ministros desta Casa, que atuaram nesse período”.

<sup>159</sup> Argumentarei adiante que a governamentalização da justiça, como todo processo social, não é um fenômeno de todo homogêneo, mas atravessado por conflitos e pelo choque com outros paradigmas. Por exemplo, vejamos a crítica implícita do Ministro Celso de Mello ao argumento calcado em estatísticas do Ministro Barroso: “tive aqui o processo de um réu de São Paulo que foi condenado em primeiro grau, recorreu ao Tribunal de Justiça e perdeu. O tribunal mandou executar a pena provisoriamente, com base nessa jurisprudência. Ele recorreu ao Superior Tribunal de Justiça e foi absolvido. Mas ele cumpriu durante um certo período de tempo com rigor penitenciário essa pena. A mim me basta que um inocente seja submetido a essa esdrúxula execução provisória para que eu me mantenha fiel à minha posição” (MELLO, 2018). Essa passagem denota o conflito suscitado pelo choque de racionalidades jurídicas. Nota-se que aqui a aplicação estatística é criticada sob a base de uma via axiomático-jurídica a que nos referimos no primeiro tópico deste trabalho a partir de Foucault, pois a existência de um único caso de execução provisória da pena seguida de absolvição em tribunal superior, ao contrário de constituir uma

cumpriria, numa racionalidade jurídica alternativa função inteiramente diversa. Poderia, sem dúvida, apresentar-se como um dado contrário à execução provisória, na medida em que demonstraria que alguns indivíduos cumpririam pena sem culpa comprovada ao final do processo. No entanto, sob a racionalidade de governo, a exceção estatística é vista como um elemento aceitável ou normal, uma vez que o governo olha para a população sob a consciência de que, na regularidade própria da vida social, os fenômenos comportam taxas normais mesmo daquilo que é tido como indesejável<sup>160161</sup>. Mas é a possibilidade de legitimação de argumentos dessa ordem por uma Suprema Corte que me parece sintomatizar aqui um fenômeno mais profundo, uma verdadeira metamorfose da própria razão jurídica e dos critérios que a organizam. Veja-se, por exemplo, a frase abaixo, formulada por Barroso quando do julgamento de outro caso relativo à execução provisória da pena, o *Habeas Corpus 152.752*, impetrado pelo ex-Presidente Lula da Silva e julgado no ano de 2018:

Então, veja-se, aguardar o trânsito em julgado de recursos extraordinários produz o impacto de 1,12% em favor da defesa, sendo que apenas 0,035% de absolvições. De modo que subordinar todo o sistema de Justiça a índices deprimentes de morosidade e ineficiência para produzir este resultado é uma opção que não passa em nenhum teste de razoabilidade ou de racionalidade. Eu bem entendo, e há colegas eminentes e muito queridos que pensam assim, há quem entenda que bastaria um único caso de reforma para justificar a exigência do trânsito em julgado. Mas, por essa lógica, nós deveríamos fechar todos os aeroportos, porque apesar de todos os esforços há uma margem mínima de acidentes. O mesmo vale para a indústria automobilística, para a construção civil e quase todas as atividades produtivas. Viver envolve riscos, e tornar a vida infinitamente pior não é capaz de eliminá-los. (BARROSO, 2018c, p. 21)

No fundo, através desse procedimento, a própria Constituição é submetida a um exame de *custo x benefício*. Ou seja, a partir do julgamento do HC 126.292, é possível dizer que a regra constitucional é tomada, por uma razão jurisdicional de governo, como objeto de um teste de eficiência. A aplicação de direitos e garantias fundamentais pode, eventualmente, representar custos muito altos para uma justiça que depende da otimização de seu desempenho e dos resultados que produz. Em síntese, se é verdade que a Constituição parece ter perdido a capacidade de figurar até mesmo como um *limite* para a jurisdição, o lugar que ela, hoje, parece ocupar é o de um (potencial) *custo*.

---

exceção desimportante para o sistema (no sentido do que afirma Barroso), seria mais do que suficiente para combater o entendimento firmado no julgamento do HC 126.292. Tratam-se de racionalidades completamente distintas, para as quais o mesmo dado pode gerar conclusões diametralmente opostas.

<sup>160</sup> Sobre isso, ver Capítulo 1.

<sup>161</sup> Isso se liga também à ideia de que o governo precisa gerenciar um conjunto de *riscos* a que está exposta a população (FOUCAULT, 2008b, pp. 79-80).

Essa afirmação deve ser compreendida de maneira abrangente, no sentido de que os problemas da aplicação do direito, sob o governo, são todos eles organizados a partir de uma nova racionalidade orientada pela maximização dos benefícios e pela redução dos custos. Com isso, à Constituição, não é dado, de antemão, o direito de vincular com obrigatoriedade as condutas e de figurar como fundamento do conjunto da ordem jurídica. Não é dado ao Constituinte o direito de prevalecer como autoridade máxima de uma democracia constitucional. A Constituição só poderá representar, sob a governamentalização da justiça, uma variável, ou seja, mais um componente, entre outros, dos cálculos político-econômicos.

Assim, o que uma justiça governamentalizada deverá avaliar, então, são os custos e os ganhos de se desaplicar a regra. Certamente, há custos em termos de segurança jurídica, por exemplo. Mas os diversos fatores podem, em última instância, serem reduzidos a peças do cálculo de um *homo oeconomicus* – no caso de um *homo oeconomicus jurídico-profissional*, um juiz-investidor que busca uma alocação ótima de recursos escassos<sup>162</sup>. Essa é a natureza da racionalidade jurídico-governamental, para a qual, em última instância, nada é absoluto, a não ser a premissa segundo a qual as riquezas e a eficiência devem ser maximizadas.

Retornando-se aos termos utilizados por Barroso, o argumento estatístico tanto não lhe era algo secundário que o Ministro (BARROSO, 2016d, p. 05) preenche ainda, com ele, parte de seu voto oral (consideravelmente menos extenso em seu todo, ocupando sete laudas, do que o voto escrito, que conta com vinte e oito páginas). Mais relevante do que isso é que, três anos após o julgamento, subsistindo certa polêmica diante da possibilidade de retomada do tema pelo STF (e com a mudança anunciada da posição do Ministro Gilmar Mendes), o Ministro Barroso tenha publicado artigo sobre a questão no jornal *Folha de São Paulo*, em coautoria com Rogério Schietti (Ministro do STJ), no qual as estatísticas tem centralidade.

O artigo tem como título “Execução penal, opinião e fatos”. Desde aí já é possível ver novamente o papel que os *fatos* jogam no interior da argumentação dos ministros. No início, afirma-se, novamente com categorias econômicas, o “custo social, econômico e moral” do “atraso” provocado pelo adiamento da responsabilização no sistema penal: “o Judiciário passou a ser o refúgio de quem não tem razão, porque no mínimo se consegue adiar por muitos anos qualquer responsabilização. Esse atraso tem custo social, econômico e moral” (BARROSO; SCHIETTI, 2018).

Em seguida, são expostos alguns comentários sobre a seletividade do sistema penal, afirmando-se que aqueles que cometem os chamados crimes do colarinho branco, “que só na

---

<sup>162</sup> Retornarei a esse problema ainda neste capítulo.



aparência não são violentos – muita gente morre e adocece por conta dos dinheiros desviados –, utilizam sucessivos recursos, adiando o julgamento definitivo, o que, não raro, leva à prescrição. Com essas pessoas, o sistema é bem manso” (BARROSO; SCHIETTI, 2018).

Toca-se no julgamento do HC 126.292 e de outros casos correlatos pelo STF. Retoma-se o argumento de que, “em quase todo o mundo”, permite-se a execução da pena após a confirmação em segundo grau da sentença condenatória (BARROSO; SCHIETTI, 2018). Finalmente, revela-se o núcleo argumentativo do artigo, já anunciado no seu título.

Há quem se oponha a esse entendimento e defenda que se deva aguardar o julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), na crença de que assim se evitaria uma grande quantidade de erros judiciários. Porém, pesquisa desenvolvida a pedido do primeiro autor deste texto, coordenada pelo segundo autor e executada pela Coordenadoria de Gestão da Informação do STJ, revela que a preocupação não se justifica. Todos têm direito à própria opinião. **Mais eis os fatos.**

O percentual de absolvição em todos os recursos julgados pelo STJ no período de dois anos, entre 1/9/2015 e 31/8/2017, foi de menos de 1%. Para ser exato, foi de 0,62%. Outro dado a ser considerado: 1,02% das decisões importou na substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos. Isso é, o réu foi condenado, mas recebeu o benefício de não ir preso.

**A soma dos percentuais de absolvição e de substituição de pena é de 1,64%, revelando o baixo número de decisões reformadas que produzem impacto sobre a liberdade dos condenados.** E, mediante habeas corpus ou medida cautelar, é possível ao STJ e ao STF suspender o início do cumprimento da pena quando vislumbre possibilidade relevante de reforma da decisão. Ou seja: os réus jamais serão impedidos de continuar a pedir que os tribunais superiores reexaminem todas as questões jurídicas que considerem merecedoras de nova decisão.

**Diante desses dados, é ilógico moldar o sistema em função da exceção, e não da regra.** Veja-se que os demais casos de acolhimento de recursos da defesa envolvem prescrição (0,76%), diminuição de pena (6,51%) e alteração de regime prisional (4,57%). (BARROSO; SCHIETTI, 2018, com grifo nosso)

A razão de ser do artigo, portanto, é a divulgação de pesquisa que levantou as estatísticas acerca da resposta do Superior Tribunal Justiça aos recursos especiais em matéria penal. Rogério Schietti, coautor do artigo, coordenou a pesquisa, executada pela Coordenadoria de Gestão da Informação do tribunal. Ou seja, aos dados (relativos ao STF) sustentados por Barroso no seu voto, agora somam-se as estatísticas relativas ao STJ, o que ajuda a demonstrar o alcance crescente do processo de governamentalização da justiça no Brasil.

O texto é coroado com a afirmação-síntese: “diante desses dados, é ilógico moldar o sistema em função da exceção, e não da regra”. Qual seria, então, o índice de provimento dos recursos especiais necessário para que se aplicasse a regra constitucional? Para que se cumpra a Constituição, é necessário que o deferimento do recurso seja a regra (estatística)? Do ponto de vista do artigo 5º, LVII, CF, o argumento simplesmente não faz o menor sentido. Na verdade,

fora da razão governamental e da busca incessante por eficiência estatal, o artigo perde todo e qualquer fundamento. “Moldar o sistema” em função da regra estatística, à margem da Constituição, só é “lógico” a partir de *certa lógica, certa racionalidade*, uma lógica jurídico-governamental, para a qual “moldar o sistema em função da exceção” representa um desperdício de “tempo e recursos escassos”. De novo: à exceção estatística, corresponderá uma exceção jurídica, de tal modo que (no mínimo) as vidas que compõem o percentual de 1,64% podem cair fora da regra jurídico-constitucional para serem assimilados por uma razão de governo.

Ao longo do Tópico 6.8 desta tese, completo os comentários acerca do uso das estatísticas pelo Supremo a partir de uma análise das instituições e dos sujeitos envolvidos com a realização das pesquisas de que falam Luís Roberto Barroso e Rogério Schietti. Penso que o que adiciono no item 6.8 ajuda a explicar de que maneira as estatísticas se apresentam como uma ferramenta no contexto de um fenômeno mais amplo, no qual a racionalidade governamental se espraia pela cultura judiciária.

Retornando-se ao voto de Barroso, ao discorrer sobre seu segundo “fundamento pragmático”, ele afirma que a execução provisória da pena “diminui o grau de seletividade do sistema punitivo brasileiro” (BARROSO, 2016c, p. 26). O desenvolvimento que se oferece a essa afirmação é surpreendente. O Ministro aponta que os mais pobres superlotam os presídios por conta de ordens judiciais baseadas no artigo 312 do Código de Processo Penal. Enquanto isso, os mais ricos pagam advogados para interpor recursos protelatórios e conseguem, assim, procrastinar a execução penal indefinidamente (BARROSO, 2016c, p. 26).

Com o novo entendimento, seria possível reduzir o número de prisões provisórias, que atingiriam os mais pobres. Isso porque “a maior eficiência do sistema diminuirá a tentação de juízes e tribunais de prenderem ainda durante a instrução” (BARROSO, 2016c, p. 26). Impressiona que um Ministro da mais alta corte reconheça que as instituições penitenciárias do país estejam superlotadas pelo fato de, no fundo, os magistrados anteciparem a punição através da prisão provisória<sup>163</sup>. Impressiona ainda mais que a solução encontrada pelo próprio Ministro

---

<sup>163</sup> Veja-se, por exemplo, a discussão abaixo entre Gilmar Mendes (2016, p. 02) e Barroso: Isso tem sido objeto, inclusive, de glosa na própria imprensa internacional. Não faz muito o *The Economist* fez uma análise da jurisdição criminal no Brasil – um pouco na linha do que falou há pouco o ministro Barroso – dizendo que nós somos muito generosos na utilização da prisão preventiva e depois invocamos o argumento do trânsito em julgado para a execução da sentença. Portanto, sugerindo que há abusos.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO – Ministro Gilmar, e só nessa linha, ratificando, porque me esqueci, e acho que parte do número excessivo de prisões provisórias que nós temos no Brasil é pela percepção de que, se você não pune no início, não consegue punir no final. Portanto, uma inversão lógica que hoje nós talvez estejamos ajudando a combater. Já que Vossa Excelência citou o *The Economist*, o desta semana tem uma matéria muito interessante pela descriminalização da maconha.

seja inconstitucional e puramente gerencial. Não se busca regularizar juridicamente a aplicação do instituto da prisão provisória. Busca-se, na verdade, elevar, ao largo da Constituição, a eficiência do sistema e se espera, com isso, a produção de certas consequências sobre a atuação dos juízes. A irregularidade jurídica não só não é sanada, como é elevada ao patamar de um confronto entre uma decisão da corte constitucional e a deliberação do Constituinte.

Em síntese, o método adotado não é jurídico, mas governamental. Por consequência, o sujeito que se tem em vista não é um sujeito de direito, mas um *homo oeconomicus* neoliberal, entendido como sujeito-empresa, um “empresário de si” (FOUCAULT, 2008a, p. 310), cujo comportamento opera a partir do “modelo investimento-custo-lucro” (FOUCAULT, 2008a, p. 332). Esse é o sujeito que a decisão, a um só tempo, *reconhece e produz, encontra e fabrica*. O Ministro do STF pensa como um *homem econômico*, ao calcular os custos e benefícios de seu investimento-decisão. Os juízes de primeiro grau, igualmente, são tidos como *homens econômicos*, cujo cálculo é preciso alterar através da elevação da eficiência da tutela penal. E, mais do que todos, o criminoso é um sujeito de interesse, verdadeiro investidor que atua diante de riscos e incentivos tendo em vista a maximização de seus ganhos. Cabe a um Ministro do Supremo, pensando ele próprio como um sujeito econômico, atingir as variáveis que compõem o cálculo do *homo oeconomicus jurídico-profissional* (no caso, o juiz de primeiro grau) e do *homo oeconomicus criminoso*. Afinal, “as pessoas na vida tomam decisões levando em conta incentivos e riscos”:

Não se trata de nivelar por baixo, mas de fazer justiça para todos. Note-se, por exemplo, que a dificuldade em dar execução às condenações por crimes que causem lesão ao erário ou à administração pública (e.g., corrupção, peculato, prevaricação) ou crimes de natureza econômica ou tributária (e.g., lavagem, evasão de divisas, sonegação) estimula a criminalidade de colarinho branco e dá incentivo aos piores. Como escrevi em recente texto acadêmico: “Outro elemento de fomento à corrupção é a impunidade. **As pessoas na vida tomam decisões levando em conta incentivos e riscos.** O baixíssimo risco de punição – na verdade, a certeza da impunidade – funcionava como um incentivo imenso à conduta criminosa de agentes públicos e privados. Superar este quadro envolve **mudança de atitude, da jurisprudência e da legislação.** (...) O enfrentamento da corrupção e da impunidade produzirá uma transformação cultural importante no Brasil: a valorização dos **bons em lugar dos espertos**. Quem tiver talento para produzir uma inovação relevante capaz de baixar custos vai ser mais importante do que quem conhece a autoridade administrativa que paga qualquer preço, desde que receba vantagem. Esta

---

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Consta a observação de um correspondente estrangeiro chocado com o excesso de prisões provisórias e depois com o fato de que pode ser que, se eles obtiverem um habeas corpus, demorem, ou talvez nem venham a ser presos na execução, tendo em vista todas as delongas que o sistema permite”.

talvez seja uma das maiores conquistas que virá de um novo paradigma de decência e seriedade” (BARROSO, 2016c, pp. 26-27, grifo nosso).

Note-se que, pela mediação dos efeitos da *Operação Lava Jato*, em curso desde o ano de 2014, chega-se a um problema abstrato de direito penal, como a presunção de inocência. Como visto, o HC 126.292 diz respeito a um roubo de R\$ 2.600, nada tendo a ver com *crimes de colarinho branco*. Mas foi a partir de um processo como esse que se alterou a jurisprudência do Supremo relativa à execução da pena para todo e qualquer crime. Remeto, novamente, o leitor ao ponto 6.8 deste trabalho, no qual discuto de que maneira a *Lava Jato* e o tratamento dos crimes contra a ordem econômica funcionaram como uma *porta de entrada*, no direito brasileiro, para uma nova lógica, governamentalizada, de justiça.

Retornando ao ponto, o sujeito que o Ministro tem em vista, portanto, não é um sujeito de direito, ao qual são aplicadas as regras constitucionais, mas um *homo oeconomicus*, que se movimenta em meio a “incentivos e riscos” ambientais – é uma intervenção ambiental<sup>164</sup> sobre sujeitos autointeressados que Barroso busca promover. A heterogeneidade entre as duas formas de subjetivação revela, como se vê, a natureza íntima da decisão. Revela, ainda, o funcionamento do *modo governamental de subjetivação* ou do *modo governamental de produção da subjetividade*: a decisão *reconhece-produz* o *homo oeconomicus*, enquanto “superfície de contato entre o indivíduo e o poder que se exerce sobre ele” (FOUCAULT, 2008a, p. 345).

A partir dessa passagem, é possível notar que as noções de riscos e incentivos, estímulo e desestímulos – que nada mais são do que categorias aptas a simular o cálculo dos indivíduos a governar –, acompanham todo o voto de Barroso. Por exemplo, o Ministro afirma que a “aplicação da pena” deve ser lida a partir de sua “função social muitíssimo relevante. Imediatamente, ela promove a prevenção especial, desestimulando a reiteração delitiva pelo indivíduo que tenha cometido o crime, e a prevenção geral, desestimulando a prática de atos criminosos por membros da sociedade” (BARROSO, 2016c, p. 14). Afirma, ainda, que

Quando um crime é cometido e seu autor é condenado em todas as instâncias, mas não é punido ou é punido décadas depois, tanto o condenado quanto a sociedade perdem a necessária confiança na jurisdição penal”. O acusado passa a crer que não há reprovação de sua conduta, o que frustra a função de prevenção especial do Direito Penal. Já a sociedade interpreta a situação de duas maneiras: (i) de um lado, os que pensam em cometer algum crime não têm estímulos para não fazê-lo, já que entendem que há grandes chances de o ato manter-se impune – frustrando-se a função de prevenção geral do direito penal; (ii) de outro, os que não pensam em cometer crimes tornam-se

---

<sup>164</sup> Ver Capítulo 1 desta tese.

incrédulos quanto à capacidade do Estado de proteger os bens jurídicos fundamentais tutelados por este ramo do direito. (BARROSO, 2016c, p. 21)

Barroso adiciona que a jurisprudência firmada em 2009 “funcionou como um poderoso incentivo à infundável interposição de recursos protelatórios” (BARROSO, 2016c, p. 06), o que sugere que é necessário incidir igualmente sobre o cálculo feito pelo acusado junto a seus advogados. A execução provisória da pena desestimularia a apresentação dos recursos protelatórios, pois reduziria as vantagens oriundas dessa prática. Em síntese, o juiz de primeiro grau, o advogado, o acusado, o potencial criminoso e o próprio Ministro do STF figuram não como sujeitos de direito, tampouco como aplicadores da lei, mas como seres racionais que calculam custos e benefícios em um dado ambiente social e institucional, visando à maximização dos resultados de suas condutas-investimento. Sob esse ponto de vista, é preciso estimular os *bons*, não os *espertos*. Mas o que isso quer dizer?

O *bom* é aquele que inova, compete, cria riqueza e reduz os custos sociais. O *esperto* não o faz, pois extrai seus ganhos de vantagens indevidas obtidas junto ao poder político. O *bom* é produtivo, sua conduta eleva a eficiência e a riqueza social, através da concorrência. O *esperto*, embora seja ele também um *homo oeconomicus* em busca de ganhos, destrói a competição ao associar-se ao político corrupto e extrai seu lucro em detrimento do crescimento econômico. Converte-se, assim, em um *inimigo* da governamentalidade, ao qual se aplica não a regra, mas a exceção. É por essa via que o enunciado de Barroso se liga à premissa neoliberal da *concorrencialização da sociedade*.

Mas qual a relação entre tudo isso e o roubo de R\$ 2.600,00 em Itapecerica da Serra? De que maneira a verificação concorrencial de mercado pode alcançar o problema genérico da execução da pena? Essas interrogações são decisivas para que o leitor não considere desimportantes as reflexões do Ministro analisadas aqui. Os fundamentos governamentais de Barroso simplesmente operam no sentido de derrotar uma regra constitucional de direito fundamental, para viabilizar a *concorrencialização da vida*, através de dado modo de produção de subjetividade. Longe de serem irrelevantes ou ornamentais, sua defesa da inovação pela competição e sua concepção do sujeito são dotadas de imensa força política através da decisão, alcançando problemas jurídicos gerais que encontram ligação apenas rarefeita com os *crimes de colarinho branco*. Trata-se de verdadeira proposta de uma transformação global do direito

brasileiro, o que se constata através da exigência de Barroso por uma “mudança de atitude, da jurisprudência e da legislação”<sup>165</sup>.

Desdobrando-se ainda o tema da *concorrencialização da sociedade* a partir do HC 126.292, é preciso recuperar a ideia (Capítulo 1) de que o neoliberalismo não traz consigo um projeto de Estado mínimo. Ao lado de uma ordem regulatória que protege o mercado e possibilita a concorrência legítima sem planificação estatal, tem-se um intervencionismo social bastante amplo. Trata-se de *concorrencializar* a sociedade, de estender a lógica da concorrência para que ela possa, assim, regular a vida social, *emoldurando-se* uma população sob o princípio regulador do mercado. Recupero abaixo citação de Foucault sobre o tema:

A ideia não era: dado o estado de coisas, como encontrar o sistema econômico capaz de levar em conta os dados básicos da própria agricultura europeia? Mas sim: dado que o processo de regulação econômico-político é e não pode ser senão o mercado, como modificar essas bases materiais, culturais, técnicas, jurídicas que estão dadas na Europa? Como modificar esses dados, como modificar essa moldura para que a economia de mercado intervenha? (...) afinal, tanto a intervenção governamental deve ser discreta no nível dos processos econômicos propriamente ditos, como, ao contrário, deve ser maciça quando se trata desse conjunto de dados técnicos, científicos, jurídicos, demográficos, digamos, grosso modo, sociais, que vão se tornar agora cada vez mais o objeto da intervenção governamental. (FOUCAULT, 2008a, pp. 193-194)

No caso analisado, esse mesmo princípio de intervenção é realizado pelo Poder Judiciário sob a governamentalização da justiça. O intervencionismo judicial, ou o *intervencionismo social através da jurisdição*, em primeiro lugar, derrota regras constitucionais. O poder estatal de aplicar o direito, assim, não se encontra de antemão definido ou limitado pelo direito positivo. Em segundo lugar, ele atua de maneira a tornar conforme ao mercado outras esferas da sociedade, redefinindo a morfologia dessas esferas e *concorrencializando-as*. Terceiro, ele atua pondo dispositivos de segurança, no sentido foucaultiano, ou seja, intervindo sobre as variáveis ambientais que compõem o cálculo do sujeito de interesse.

Assim, não se trata apenas de aplicar as regras da concorrência onde já estão estabelecidas, mas de *concorrencializar* a sociedade através de um direito tangencial à

O argumento de Barroso acerca da inovação e do triunfo dos *bons* sobre os *espertos* pode ser melhor compreendido quando se toma em conta outro artigo publicado pelo Ministro, em

---

<sup>165</sup> No Tópico 6.8, reúno diversas afirmações de Ministros do STF, ex-Ministros e intelectuais do campo jurídico brasileiro em torno de uma espécie de “novo direito” nacional. Meu argumento vai no sentido de que esse “novo direito”, concebido a partir da ideia de “modernização” da justiça, pode ser explicado através do conceito de governo e de governamentalização da justiça. Remeto, portanto, o leitor ao item 6.8.

23 de fevereiro de 2018, novamente no jornal *Folha de São Paulo*. O título do artigo não fica inteiramente claro – o jornal lançou a seguinte chamada: “Operação Abafa tenta barrar avanços do STF, escreve Barroso”. Trata-se de uma resposta a um artigo do professor Conrado Hübner, publicado no mesmo periódico, em 28 de janeiro de 2018, no qual o autor tece duras críticas ao Supremo. O magistrado deixa mais claro o que quis dizer na passagem citada acima:

Um novo começo

Em um livro notável, intitulado "Por que as Nações Fracassam"(Campus Elsevier), Daron Acemoglu e James A. Robinson exploram as causas da prosperidade e da pobreza nos diferentes países. A principal conclusão da obra é que o sucesso dos países está associado à existência de instituições políticas e econômicas que não sejam apropriadas pelas elites, mas que sejam verdadeiramente inclusivas, capazes de dar a todos segurança, igualdade de oportunidades e confiança para inovar e investir. E promover a "destruição criativa" da velha ordem.

É possível — apenas possível— que o Brasil esteja vivendo um momento de refundação, um novo começo. Aos 30 anos de democracia, as instituições estão sendo construídas e consolidadas. Uma das tarefas mais difíceis é derrotar a cultura da desigualdade, da apropriação privada do que é público e do compadrio no andar de cima, que sempre adiou o futuro do país. (...)

Mesmo assim, [o STF] vem tendo papel decisivo no enfrentamento da corrupção, contribuindo de forma relevante —ainda que nem sempre linear— para atender a imensa demanda por integridade, idealismo e patriotismo que germinou na sociedade brasileira. (BARROSO, 2018b)

Fica claro, por esse fragmento, o propósito reformista do voto de Barroso, promovendo-se através do julgamento do HC 126.292 um ambiente institucional favorável ao empreendedorismo dos sujeitos-empresa. Representaria a mudança da jurisprudência do STF relativa à execução da pena uma *inovação* empreendida por um juiz-empresário? Em meio à concorrência entre diferentes formas de aplicar o direito no mercado de ideias jurídicas, teria a *marca* da execução provisória da pena se sobressaído? Ou seria pura *esperteza* desaplicar a Constituição? O fato é que, como uma dimensão da “destruição criativa da velha ordem” gerada pela competição, dá-se uma autêntica *destruição criativa da Constituição*, a partir da qual surge uma constitucionalidade governamental produzida por uma justiça-empresa.

#### 4.3 OS VOTOS DOS MINISTROS FACHIN, FUX, CÁRMEN LÚCIA E GILMAR MENDES NO HC 126.292

Entre os votos de Teori Zavascki e Luís Roberto Barroso há uma forte intersecção, um íntimo vínculo governamental, que se encontra de forma bastante explícita no discurso do segundo e de maneira mais discreta no voto do relator. Neste tópico, exploro os demais votos

favoráveis à assim chamada “execução provisória da pena”, observando desde logo que, no caso de Fux e Cármen Lúcia, a fundamentação foi muito pouco desenvolvida. Quanto ao sétimo Ministro a votar nessa direção, Dias Toffoli, seu voto escrito é o único que não se encontra disponível no sítio do STF, o que leva a crer que não tenha sido, de fato, apresentado<sup>166</sup>.

O ministro Edson Fachin, ao apreciar o *Habeas Corpus 126.292*, abre sua argumentação com uma citação a Robert Jackson, ex-juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos. Através dela, o Ministro traz o tema da *última palavra* em uma democracia constitucional, ao mesmo tempo em que busca expressar a maneira como vê o papel do Supremo no conjunto do Poder Judiciário:

Senhor Presidente, eminentes pares, "não há dúvida de que se houvesse uma super SupremaCorte, uma porção substancial dos nossos julgados também seria reformada. Nós não temos a última palavra por sermos infalíveis; somos infalíveis por termos a última palavra". Essas palavras de Robert Jackson, Juiz da Suprema Corte norte-americana de 1941 a 1954, as quais cito em tradução livre, de certa forma expressam a concepção que tenho do papel que a Constituição reservou a este Supremo Tribunal Federal enquanto Órgão de cúpula do Poder Judiciário nacional. (FACHIN, 2016b, p. 01)

Fachin seguirá, então, por um caminho muito semelhante ao percorrido por Barroso e Zavascki. Trata-se de sustentar que o Supremo, enquanto corte constitucional, não deve estar demasiadamente ocupado com os processos subjetivos, mas, sim, com aqueles que se ligam à guarda da Constituição. O Ministro reconhece que o STF não se apresenta estritamente como uma Corte Constitucional, “já que, pelo desenho que lhe deu a Constituição da República, há competências que desbordam dessa noção” (FACHIN, 2016b, pp. 01-02). Cita como exemplo o foro por prerrogativa de função, ao mesmo tempo em que o critica, reclamando ação do Poder Constituinte Derivado para eliminá-lo (FACHIN, 2016b, p. 02). Contudo, mesmo reconhecendo que a Constituição atribui um conjunto heterogêneo de competências ao Supremo, o Ministro aponta que haveria um “agigantamento dos afazeres” do tribunal (FACHIN, 2016b, p. 02) e que

dentro daquele espaço que a Constituição outorga ao intérprete uma margem de conformação que não extrapola os limites da moldura textual, as melhores alternativas hermenêuticas quiçá são, em princípio, as que conduzem a reservar a esta Suprema Corte primordialmente a tutela da ordem jurídica

---

<sup>166</sup> No julgamento da MC nas ADC 43 e 44, Toffoli, alterando seu posicionamento, sustentou que a execução provisória da pena poderia ocorrer, desde que a condenação fosse confirmada não apenas por juízo de segundo grau, mas também através do julgamento de Recurso Especial pelo Superior Tribunal de Justiça.



constitucional, em detrimento de uma inalcançável missão de fazer justiça nos casos concretos. (FACHIN, 2016b, p. 02)

Fachin, então, aponta que, nessa linha, tem acordo com o relator, “sem o apego à literalidade com a qual se afeiçoam os que defendem ser impossível iniciar-se a execução penal antes que os Tribunais Superiores deem a última palavra sobre a culpabilidade do réu” (FACHIN, 2016b, p. 02). As contradições, portanto, saltam aos olhos. Primeiro, o Ministro afirma que a própria Constituição confere ao STF tarefas diversas. Ou seja, do ponto de vista do Constituinte, o Supremo não seria apenas uma corte constitucional, e o próprio Ministro reconhece isso. No entanto, desligando-se do que depreende da Constituição, Fachin argumenta que as melhores interpretações, aprioristicamente, são aquelas que reduzem as competências do STF à tutela da ordem constitucional.

Em seguida, o mesmo Ministro que havia defendido o respeito à moldura imposta pelo texto normativo, afirma, perante o artigo 5º, LVII, CF/88, que não é necessário “que os Tribunais Superiores deem a última palavra sobre a culpabilidade do réu” para que se execute a pena. Fachin afirma que se trata de livrar-se do “apego à literalidade”, quando evidentemente seu voto extrapola a “moldura textual” com a qual se havia comprometido. Afinal, se a Constituição exige o trânsito em julgado para a formação da culpa, por que se pode dispensar a “última palavra sobre a culpabilidade do réu”? De que forma? Como isso pode representar uma simples negação do “apego à literalidade”, ao invés de um desbordamento da regra posta pelo Constituinte?

Além da reiteração da derrota da regra, o que resplandece nas palavras de Fachin (iluminando o mesmo argumento usado por Barroso e Zavascki) é que não apenas a Constituição é o que o STF diz que ela é, mas também (e por consequência) *o próprio Supremo é o que ele diz que é*. Reconhece-se – porque é óbvio – que a Constituição desenha um STF que atua para além da guarda constitucional. Mas se ignora também isso. O Supremo redesenha a si próprio enquanto instituição, mantendo, em vários níveis (no nível do seu desenho institucional e no nível da execução da pena, no caso), uma autêntica independência entre *lei e decisão*. Embora o discurso judicial afirme situar a si próprio no interior de fórmulas tais como “moldura textual” e “limites e possibilidades dos textos normativos”, a retórica da vinculação à lei não resiste a qualquer análise um pouco mais minuciosa dos enunciados produzidos pelos Ministros.

Vale lembrar que o combate ao argumento literal retorna em outras passagens e é um problema relevante para Fachin, assim como o foi para Barroso. O primeiro defende que sejam impostos limites à “estrita literalidade da regra do art. 5º, LVII, da CF” (FACHIN, 2016b, p.

06). Já Barroso critica uma “leitura mais literal do art. 5º, LVII” (BARROSO, 2016c, p. 04) ou uma “leitura apressada da literalidade do art. 5º, LVII” (BARROSO, 2016c, p. 09) adotada em 2009. Também sustenta que, sob o “baixíssimo índice de provimento de recursos extraordinários”, termina-se “sacrificando os diversos valores aqui invocados em nome de um formalismo estéril” (BARROSO, 2016c, p. 09). Sobressai-se, assim, uma crítica à interpretação gramatical, assim como uma crítica a um formalismo legalista que não derivaria em consequências socialmente úteis.

Ainda em relação às passagens citadas do voto de Fachin, embora teça considerações críticas ao “agigantamento dos afazeres” do tribunal, o Ministro nega que seu voto configure uma “jurisprudência defensiva” (FACHIN, 2016b, p. 02). De fato, deve-se admitir que esse rótulo, o qual aponta para um propósito do Tribunal em reduzir sua carga de trabalho, mostra-se, hoje, insuficiente para explicar o funcionamento da justiça. Ao que parece, no interior de uma nova economia jurisdicional governamentalizada, o problema da defensividade da jurisprudência do Supremo foi qualificado, ou melhor, foi transformado. Aquilo que era seu conteúdo se articula agora a esse conjunto que representa uma razão de governo, tendo sido assimilado por um regime discursivo e a uma tecnologia de poder mais abrangente, que o inclui e o ultrapassa. Ao longo desta tese e do conjunto de casos explorados, deve ficar claro o modo como a reorientação governamental da jurisdição, embora coincida eventualmente com o que se costumou chamar de uma “jurisprudência defensiva”, tem um alcance muito maior, ou seja, redefine os problemas judiciais em uma escala completamente distinta e atinge um conjunto de questões muito diverso.

A argumentação de Fachin prossegue, sem que haja nem mesmo uma definição constante acerca da classificação do enunciado do artigo 5º, LVII, como norma-regra ou norma-princípio. Primeiro, ele afirma que “não se pode dar a essa regra constitucional caráter absoluto”, para depois lançar que norma alguma, “especialmente as de caráter principiológico, pode ser descontextualizada das demais normas constitucionais para adquirir foros de verdadeiro super princípio, a ofuscar a eficácia de outras normas igualmente sediadas no topo da pirâmide normativa (...)” (FACHIN, 2016b, p. 03). Em seguida, o Ministro insinua os termos de um sopesamento, afirmando que considera “indispensável compreender o princípio da presunção de não culpabilidade, insculpido no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, em harmonia com outras normas constitucionais que impõem ao intérprete a consideração do sistema constitucional como um todo” (FACHIN, 2016b, p. 03).

O Ministro não desenvolve com clareza uma metodologia voltada ao exame de proporcionalidade da execução provisória da pena, embora mencione o princípio da duração

razoável do processo e, aparentemente, refira-se a uma harmonização entre presunção de inocência e a função a ser cumprida pelos tribunais superiores, voltada, para ele, à manutenção da higidez do sistema normativo (FACHIN, 2016b, pp. 03-04). Fachin, a partir desse último ponto, retorna à defesa de que, ao STF e ao STJ, não compete a realização da justiça no caso concreto. Ele reafirma o argumento segundo o qual ocorre, no segundo grau, o trânsito em julgado da matéria fático-probatória (FACHIN, 2016b, p. 05) e sobe o tom para recusar o que chama de uma “presunção absoluta de inépcia das instâncias ordinárias”, enquanto volta a tomar como uma norma-regra o enunciado do art. 5º, LVII:

Não depreendo da regra do art. 5º, LVII, da CF o caráter de presunção absoluta de inépcia das instâncias ordinárias. Porque, *data venia*, no limite, é disso que se trata! Se afirmamos que a presunção de inocência não cede nem mesmo depois de um Juízo monocrático ter afirmado a culpa de um acusado, com a subsequente confirmação por parte de experientes julgadores de segundo grau, soberanos na avaliação dos fatos e integrantes de instância à qual não se opõem limites à devolutividade recursal, reflexamente estaríamos a afirmar que a Constituição erigiu uma presunção absoluta de desconfiança às decisões provenientes das instâncias ordinárias. (FACHIN, 2016b, p. 05)

Fachin, portanto, ao invés de observar os limites conceituais e textuais que o caso impõe, preocupa-se com algo estranho a isso. Passa ao largo da regra constitucional para, então, desqualifica-la, à luz de sua avaliação política acerca do funcionamento do sistema de justiça. O necessário “prestígio às instâncias ordinárias” sustentado por Barroso reproduz-se também aqui, através de um juízo político novo e jurisdicional que busca substituir-se à deliberação do Poder Constituinte. Afinal, é óbvio que exigir o trânsito em julgado para a formação da culpa, *no mínimo, não significa necessariamente* uma “presunção absoluta de inépcia das instâncias ordinárias”. O que Fachin está a fazer, então, consiste em avaliar politicamente a regra para desaplicá-la, usurpando competências atribuídas à autoridade máxima de uma democracia constitucional – o Constituinte Originário.

Em outras palavras, o Ministro está a demonstrar porque não lhe agrada o artigo 5º, LVII, CF. O argumento político de Fachin também se desenvolve de maneira semelhante à crítica de Barroso e Zavascki aos recursos protelatórios. Mas aqui os termos são ainda mais dramáticos. Para o magistrado, sem uma mudança do entendimento firmado em 2009, “a execução da pena privativa de liberdade estaria condicionada à concordância do apenado”:

Sabem todos que o trânsito em julgado, no sistema recursal brasileiro, depende em algum momento da inércia da parte sucumbente. Há sempre um recurso oponível a uma decisão, por mais incabível que seja, por mais estapafúrdias

que sejam as razões recursais invocadas. Os mecanismos legais destinados a repelir recursos meramente protelatórios são ainda muito incipientes. Se pudéssemos dar à regra do art. 5º, LVII, da CF caráter absoluto, teríamos de admitir, no limite, que a execução da pena privativa de liberdade só poderia operar-se quando o réu se conformasse com sua sorte e deixasse de opor novos embargos declaratórios. Isso significaria dizer que a execução da pena privativa de liberdade estaria condicionada à concordância do apenado. (FACHIN, 2016b, pp. 05-06)

Não há dúvidas de que se observa nas palavras do Ministro uma insatisfação com a Constituição, uma irresignação com o dever de aplicar a deliberação constituinte. No conjunto dos três votos, a derrota da regra em nome do bom funcionamento da ordem faz funcionar, com isso, um dispositivo jurisdicional de exceção, capaz de conferir forma jurídica a uma posição política situado não no plano da interpretação constitucional, mas no plano constituinte. Para garantir a efetividade da tutela penal, a eficiência da jurisdição, o combate à corrupção e a *concorrencialização da sociedade*, institui-se uma decisão com força-de-Constituição, sob a base de uma indistinção entre *guarda-la e suspendê-la*.

É uma espécie de confissão dessa verdadeira rebelião judicial contra o Constituinte que abre o voto do Ministro Luiz Fux. Afirma ele: “Senhor Presidente, aqui, em muitas ocasiões, nós aduzimos ao silêncio eloquente do constituinte originário em determinadas matérias. Mas, no meu modo de ver, aqui houve uma deformação eloquente da presunção de não culpabilidade” (FUX, 2016, p. 01). É possível que o leitor estranhe que um Ministro do STF pronuncie semelhante frase – e a faça constar em seu voto escrito. Não parece haver margem para dúvidas. A frase é bastante clara. Frente ao silêncio eloquente que os intérpretes do direito comumente atribuem ao Constituinte, Fux contraste uma “deformação eloquente”, o qual, pela própria analogia proposta pelo Ministro, só pode ser obra do mesmo legislador constituinte.

Como a deliberação constituinte pode figurar como uma deformação para seu intérprete e guardião? Por que a decisão soberana e representativa da Assembleia Nacional é assim concebida? O efeito estratégico desse movimento é evidente. Ao equiparar o enunciado constitucional, praticamente, a uma teratologia, pode emergir, na interpretação constitucional, uma anomalia dogmático-funcional característica do estado de exceção atípico. Seria para corrigir a deformação originária que a jurisdição deformaria a interpretação constitucional. Trata-se de uma espécie de tática do “menos com menos dá mais”, na qual o movimento deformador da Constituição pode adquirir ares corretivos.

O texto de Fux segue claríssimo e, assim como os votos de Zavascki, Barroso e Fachin, apresenta de maneira transparente sua recusa à aplicação da regra constitucional, para além da passagem acima citada. O Ministro levanta:

E, fazendo um paralelismo entre essa afirmação e a realidade prática, e a jurisdição em sendo uma função popular, ninguém consegue entender a seguinte equação: o cidadão tem a denúncia recebida, ele é condenado em primeiro grau, é condenado no juízo da apelação, condenado no STJ e ingressa presumidamente inocente no Supremo Tribunal Federal. Isso efetivamente não corresponde à expectativa da sociedade em relação ao que seja uma presunção de inocência. E presunção de inocência é o que está escrito na Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU: “Toda pessoa acusada de um ato delituoso tem o direito de ser presumida inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada.” Não há necessidade do trânsito em julgado. (FUX, 2016, p. 01)

Portanto, a presunção de inocência não é o que a Constituição diz que ela é. É o que o STF e o que o Ministro dizem que ela é, e ele prefere adotar o enunciado da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Fux decreta que ninguém pode ingressar presumidamente inocente no STF (note-se que há, nessa passagem, um reconhecimento claro do que a regra constitucional institui e uma recusa a aplicá-la), pois isso seria incompreensível e não corresponde à “expectativa da sociedade”. Não importa, como se vê, o que o Constituinte tenha ponderado em relação a isso, uma vez que “se esse agente perpassa por todas as esferas do Judiciário, positivamente, é **impossível** que ele chegue, aqui, ao Supremo Tribunal Federal, na qualidade de presumido inocente” (FUX, 2016, p. 01, com grifo nosso).

Fux chega a defender que é possível interpretar que o trânsito em julgado da matéria fático-probatória como o *trânsito em julgado em geral*. Para ele, “nada impede, ainda, aqueles que interpretam que a presunção de inocência vai até o trânsito julgado, e se entreveja o trânsito em julgado exatamente nesse momento” (FUX, 2016, p. 02). O restante do voto do Ministro, que conta com apenas três laudas, destina-se a uma argumentação em torno da força normativa da Constituição e do sentimento constitucional em uma população. O ponto, para o Ministro é que

quando uma interpretação constitucional não encontra mais ressonância no meio social – e há estudos de Reva Siegel, Robert Post, no sentido de que a sociedade não aceita mais – e se há algo inequívoco hoje, a sociedade não aceita essa presunção de inocência de uma pessoa condenada que não para de recorrer -, com a seguinte disfunção, a prescrição, nesse caso, ela também fica disfuncional (...). Assim após a sentença, não iniciado o cumprimento da pena, pode a defesa recorrer *ad infinitum*, correndo a prescrição. (...) Isso é uma situação, isso é teratológico, absolutamente teratológico. (FUX, 2016, pp. 02-03)

O enunciado constitucional é, portanto, “teratológico”. Por isso, para o Ministro, é preciso estabelecer uma relação entre decisão judicial e sentimento majoritário ou opinião

pública<sup>167</sup>, o que é inteiramente compatível com a politização da justiça promovida pelo crescimento da razão de governo. Em seguida, a questão é correlacionada com o conceito hessiano de força normativa da Constituição.

Por outro lado, Konrad Hesse, na sua obra sobre "A Força Normativa da Constituição", com tradução escorreita do eminente Ministro Gilmar Mendes, na obra da Fabris Editor, afirmou: "[...] Quanto mais o conteúdo de uma Constituição lograr corresponder à natureza singular do presente, tanto mais seguro há de ser o desenvolvimento de sua força normativa." O desenvolvimento da força normativa da Constituição, nesse aspecto, está em que a presunção de inocência cessa a partir do momento em que se comprova a culpabilidade do agente, máxime, em segundo grau de jurisdição, encerrando um julgamento impassível de ser modificado pelos Tribunais Superiores. (FUX, 2016, p. 03)

Entendo que o que Fux opera acima é uma conversão da força normativa da Constituição em seu contrário. Ou seja, o Ministro desaplica a Constituição e a esvazia, atribuindo uma força normativa de ~~Constituição~~ à decisão judicial e aos fatos (ou à construção político-discursiva acerca dos fatos) sobre os quais ela se apoiaria. Já quanto à relação entre Judiciário e opinião pública sob a governamentalização da justiça, parece-me que, ao mesmo tempo em que essa relação é fortalecida, ela é definida, ao menos predominantemente, por uma interação tática e instrumental. Trato com mais atenção dos dois temas abordados neste parágrafo no Capítulo 5 e no item 6.8, aos quais remeto o leitor.

Embora a análise desde capítulo esteja centrada no HC 126.292, há uma passagem de outro julgado ligado ao mesmo tema que deve ser recuperada. No julgamento do *Habeas Corpus* 152.752, impetrado pela defesa do ex-Presidente Lula da Silva, Fux sustenta que o enunciado do artigo 5º, LVII, CF, deve ser tomado como uma norma-regra. Trata-se da única situação desde o ano de 2016 em que um Ministro, ao legitimar a execução provisória da pena, procede dessa maneira.

A presunção de inocência consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição Federal deve ser reconhecida, segundo a lição de HUMBERTO ÁVILA (Teoria dos Princípios. 4. edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2005), como uma regra. *Concessa venia*, não se vislumbra a existência de um conteúdo principiológico

<sup>167</sup> Em outra passagem, Fux (2016, p. 03) afirma que “como hoje, efetivamente, essa presunção de inocência não corresponde mais aquilo que se denomina de sentimento constitucional, eu colho da obra da professora Patrícia Perrone Campos Mello, sobre precedentes, que, às vezes, é fundamental o abandono dos precedentes em virtude da incongruência sistêmica ou social. E, aqui, cito um trecho que eu também repisei no voto da "Ficha Limpa", quando se alegava presunção de inocência irradiando-se para o campo eleitoral. Aqui, eu trago um texto muito interessante dessa eminente doutrinadora da nossa Universidade. Então afirma ela: “[...] A incongruência social alude a uma relação de incompatibilidade entre as normas jurídicas e os *standards* sociais; corresponde a um vínculo negativo entre as decisões judiciais e as expectativas dos cidadãos”.

no indigitado enunciado normativo. A ampliação do seu espectro de alcance operada pela jurisprudência desta Corte significou verdadeira interpretação extensiva da regra, possibilitando a manipulação do instrumental jurídico em proveito da impunidade, sem vínculo com a proteção dos direitos fundamentais dos acusados em geral no curso do processo. O que ora se sustenta é uma redução teleológica, mas, que, na verdade, só reaproxima o enunciado normativo da sua própria origem história, da qual se distanciou em demasia. Como ensina KARL LARENZ (Metodologia da Ciência do Direito. Trad. José Lamago. 4. edição. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005, p. 556), a redução teleológica pode ser exigida “pelo escopo, sempre que seja prevacente, de outra norma que de outro modo não seria atingida”. Ora, é exatamente disso que se cuida na espécie: a previsão, no art. 5º, LIV e LXI – portanto, de mesma hierarquia do art. 5º, LVII – que veicula permissivos para a prisão, anteriormente ao trânsito em julgado da condenação, mediante aplicação do devido processo legal, e sempre por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente. Destarte, deve-se reconduzir a presunção de inocência aos efeitos próprios de regra de tratamento do acusado durante o processo, de modo que, sem danos à presunção de inocência, seja preservada a possibilidade de execução da pena, uma vez esgotados os recursos voltados à discussão da prova. (FUX, 2018b, p. 45)

Como se vê, Fux, diante de uma regra, passa a desenvolver uma redução teleológica (ver Capítulo 3). Trata-se de derrotar a regra constitucional do artigo 5º, LVII. Ou seja, aqui, finalmente, um dos Ministros reconhece que um procedimento dessa natureza seria inevitável para que se conferisse legitimidade, ainda que precária, à execução provisória da pena. O modo como Fux procede à redução, no entanto, é inteiramente descabido do ponto de vista jurídico-dogmático. Ele afirma que a interpretação dada em 2009 fora “extensiva” – quando era, evidentemente, declarativa, nos termos da classificação da interpretação do direito quanto à sua extensão. Aponta também que autorizar a prisão após confirmação da condenação por tribunal “só reaproxima o enunciado normativo da sua própria origem história [sic], da qual se distanciou em demasia”, sem nenhuma justificativa plausível.

Por fim, ainda na passagem acima, Fux recorre a uma interpretação sistemático-teleológica, que correlaciona os incisos LVII, LIV e LXI. Para ele, a teleologia que determinaria a redução do campo de aplicação do inciso LVII emanaria dos incisos LIV e LXI. Trata-se tão somente de uma nova roupagem para o argumento utilizado por Barroso, segundo o qual o fundamento para a prisão do réu não é o trânsito em julgado da sentença, mas a ordem judicial fundamentada. Remeto o leitor ao tópico anterior (4.2), em que esse problema foi enfrentado.

Em síntese, no HC 152.752, finalmente um dos membros da corte chega a admitir que o artigo 5º, LVII, da Constituição Federal, deve ser tomado como uma norma-regra frente ao problema da execução da pena anterior ao trânsito em julgado. Isso faz com que seja necessário

assumir a superação da regra constitucional, o que é importante para o argumento desta tese – apesar do modo precário com que Fux desenvolve, em seguida, a redução teleológica.

No mesmo voto (HC 152.752), também se deve sublinhar que o Ministro realiza uma “análise econômica do direito” (FUX, 2018b, p. 46), que se desenvolve “em especial sob o prisma dos incentivos e desestímulos aos comportamentos dos indivíduos” (FUX, 2018b, pp. 46-47). Para Fux, o entendimento firmado em 2009 gera “efeitos deletérios para a normatividade jurídica e para a prestação jurisdicional” (FUX, 2018b, p. 48):

No plano da normatividade jurídica, os prejuízos advêm da elevação do risco de prescrição das penas, considerado o sistema processual brasileiro, no qual são infinitas e praticamente incontroláveis as possibilidades de interposição de recursos pela defesa, desde a instauração do inquérito até o julgamento final pelo Tribunal competente. Na prática, significa incentivar a interposição sucessiva de recursos protelatórios, com fito de obter não a justiça, mas a impunidade. Já no que diz respeito aos prejuízos para a prestação jurisdicional, conferir ao princípio da presunção de inocência a eficácia de impedir a execução da condenação contra a qual não caibam mais recursos ordinários incrementa a quantidade de incidentes manejados pela defesa em juízo, obrigando as instâncias ordinárias e também os Tribunais Superiores a dedicarem seu tempo, de resto já absolutamente escasso, à análise de pleitos sistematicamente despidos de juridicidade. São vários os casos – e me dispense de citá-los nominalmente neste voto – em que a interpretação ampliativa do princípio da presunção de inocência incentivou o comportamento hostil da defesa relativamente ao princípio da razoável duração dos processos e da prestação jurisdicional em tempo oportuno. Essa jurisprudência, somada a uma compreensão também benevolente no que tange à restrição da incidência do princípio da boa-fé processual na seara penal, conduz à injustiça, à ineficácia das normas penais, quando não à ineficiência e perda de coercibilidade do ordenamento jurídico como um todo, podendo culminar no reforço de uma cultura de desrespeito às normas em geral, numa sociedade de quase-anomia, que deve ser evitada pelo Poder Judiciário, em seu papel de pacificação social. (FUX, 2018b, p. 48)

Nos termos acima, o entendimento de Fux converge quase que completamente com os termos do voto governamental de Barroso proferido no HC 126.292. Trata-se de observar o direito através da economia, incidindo sobre as variáveis (incentivos e desestímulos) que compõem o cálculo do *homo oeconomicus*. Com a aplicação da regra constitucional relativa à presunção de inocência, obrigam-se as “instâncias ordinárias e também os Tribunais Superiores a dedicarem seu tempo, de resto já absolutamente escasso, à análise de pleitos sistematicamente despidos de juridicidade”. Afeta-se, então, a premissa de maximização da eficiência e a alocação ótima e sem desperdícios dos recursos “escassos” de que dispõe o Judiciário.

Por último, se, por Barroso, a questão foi posta, em geral, nos termos da necessidade de aperfeiçoamento do sistema de justiça e da ordem social, Fux aqui estende o apelo, dando-lhe



contornos mais dramáticos. A missão jurídico-governamental consiste em, suspendendo a lei, combater um entendimento que “conduz à injustiça, à ineficácia das normas penais, quando não à ineficiência e perda de coercibilidade do ordenamento jurídico como um todo, podendo culminar no reforço de uma cultura de desrespeito às normas em geral, numa sociedade de **quase-anomia**” (FUX, 2018b, p. 48, com grifo nosso). Uma situação como essa, de efetiva ameaça à reprodução da sociedade, “deve ser evitada pelo Poder Judiciário, em seu papel de pacificação social” (FUX, 2018b, p. 48).

O discurso de Fux ganha, assim, contornos salvacionistas. Com ele, a derrota da regra vem a viabilizar não apenas o aperfeiçoamento da ordem, mas sua própria existência, através do incremento de uma enforço-da-lei-sem-lei. Falei, no Capítulo 3, que o estado de exceção, classicamente vinculado à conservação da ordem, pode vincular-se a uma necessidade de aperfeiçoá-la. Pois bem. Ao tratar do problema da prisão antes do trânsito em julgado, o STF oscila entre ambas – a defesa da conservação e a defesa do aperfeiçoamento da ordem. O que, invariavelmente, o tribunal produz é um dispositivo jurisdicional de exceção.

Retornando-se ao HC 126.292, o voto da Ministra Cármen Lúcia, semelhante ao de Fux, não chega a ocupar sequer a extensão completa de duas laudas. A Ministra afirma que se trata de um tema da “maior relevância, não apenas para a comunidade jurídica, mas, neste caso específico para toda a sociedade” (ROCHA, 2016, p. 01). Ela afirma que a discussão sobre a execução provisória da pena consiste em um “tema candente” (ROCHA, 2016, p. 01) e relembra o julgamento de 2009, no qual figurou como voto vencido: “lembro bem que, na última decisão que tomamos no *habeas corpus*, parece que da relatoria do Ministro Eros Grau, chegou-se a discutir muito, nas faculdades, nas academias, mas escutei isso em programas populares, as consequências que isso teria” (ROCHA, 2016, p. 01). Desde logo, portanto, Cármen Lúcia sublinha a importância da questão para a sociedade (e para os “programas populares”) e se refere às “consequências” do entendimento a ser superado.

Ao partir para o argumento jurídico-dogmático, o voto da Ministra é extremamente problemático. A magistrada tenta diferenciar *culpa* e *condenação* de uma maneira insustentável. Talvez sua intenção fosse trabalhar a separação entre *regime de culpabilidade* e *regime de prisão*. Era o que havia feito Barroso, de maneira também inapropriada, como visto. Seguem os termos usados por Cármen Lúcia:

Senhor Presidente, fiquei vencida nas outras ocasiões exatamente no sentido do que é o voto agora do Ministro-Relator, ou seja, considere que a interpretação da Constituição no sentido de que ninguém pode ser considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória haveria de

ser lido e interpretado no sentido de que ninguém poderá ser considerado culpado e não condenado. Quer dizer, condenado ele está, mas o que a Constituição diz é que a esfera de culpa ou o carimbo da culpa, com consequências para além do Direito Penal, inclusive com base na sentença penal transitada, é uma coisa; quer dizer, algo é dizer que ninguém será considerado culpado, e esta é a presunção de inocência que foi discutida na Constituinte. Todos são considerados inocentes até prova em contrário, e se resolveu que, pelo sistema administrativo brasileiro, que permite consequências também na esfera do Direito Civil, admitir-se-ia o princípio da não culpabilidade penal. Então, as consequências eventuais com o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória haverão de ser tidas e havidas após o trânsito em julgado, mas a condenação que leva ao início de cumprimento de pena não afeta este princípio estabelecido inclusive em documentos internacionais. (...) Portanto, o quadro fático já está posto. Outras questões, claro, haverão de ser asseguradas para os réus. Por isso, Presidente, considerei e concluí, votando vencida naqueles julgados, no sentido de que o que a Constituição determina é a não culpa definitiva antes do trânsito, e não a não condenação, como disse agora o Ministro Fux, se em duas instâncias já foi assim considerado, nos termos inclusive das normas internacionais de Direitos Humanos. (ROCHA, 2016, pp. 01-02)

O esforço da Ministra consiste, portanto, em estabelecer uma correlação entre *condenação e execução da pena*. Por isso, ela afirma, na passagem acima, que “as consequências eventuais com o trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória haverão de ser tidas e havidas após o trânsito em julgado, mas a condenação que leva ao início de cumprimento de pena não afeta este princípio”. Não é possível saber por qual razão Cármen Lúcia entende que a condenação deriva conceitualmente – e necessariamente – em cumprimento da pena. Muito mais lógico seria considerar que o cumprimento da pena depende da culpa, já que não faz sentido impor a execução penal a alguém (presumidamente) inocente.

A inconsistência jurídico-dogmática, perante o texto normativo e os conceitos de teoria do direito, é tão gritante que o voto de Cármen Lúcia se torna quase incompreensível. Mas se trata, novamente, de uma anomalia funcional a viabilizar o pôr de um dispositivo jurisdicional de exceção de natureza governamental. Isso se nota não apenas pela preocupação da Ministra com as “consequências” de seu voto, já citada aqui. Em outra passagem, ao debater com o Ministro Gilmar Mendes, ela expõe sua angústia com uma justiça que, se “tarda, falha”. Mais do que isso, ao tardar em sua execução, “deixa de poder ser prestada”. Sem a execução provisória da pena, “aplica-se a lei, mas a ideia de justiça acabou, simplesmente acabou”:

A Justiça que tarda falha, é claro, mas, em alguns casos, a Justiça que tarda na sua execução deixa de poder ser prestada. De uma forma simples, dou um exemplo, que é esse trabalho que faço, de homicídios praticados contra mulheres e um júri ocorrido dezesseis anos depois. Quer dizer, a pessoa não é presa. Ela já formou outra família, o homem. A criança que tinha oito anos viu isso, dezesseis anos depois, aos 24, nem entende mais o que está

acontecendo. E quem é do interior - e o Brasil mora muito no interior -, sabe que as famílias são inimigas. Então, criou-se uma situação social em que aplica-se a lei, mas a ideia de justiça acabou, simplesmente acabou. Enfim, só para dar essa achega. Obrigada pelo aparte. (MENDES, 2016, p. 04)

O voto da Ministra leva ao extremo algo que caracterizou o conjunto dos cinco votos analisados até aqui. Em todos eles, as anomalias jurídico-dogmáticas funcionais saltam aos olhos, demonstrando que se trata de impor um objetivo político de conservação ou aperfeiçoamento da ordem governamental às custas da regra constitucional. Se o quadro já se mostrava problemático pelos termos adotados por Zavascki e Barroso, ele apenas se agrava quando são lidos os votos de Fachin, Fux e, especialmente, de Cármen Lúcia. Fachin, mesmo insinuando um sopesamento de princípios, sequer estabelece uma definição clara sobre o caráter (regra ou princípio) do artigo 5º, LVII. Fux e Cármen Lúcia não se deram nem mesmo ao trabalho de elaborar um voto com o mínimo de fundamentação. Com duas ou três laudas, não desenvolvem nenhum argumento dogmaticamente consistente. Resumem-se a criticar o Constituinte ou a reclamar por “justiça” e punição, sem acrescentar praticamente nada de relevante à discussão e rejeitando qualquer pretensão mínima de autonomia ao discurso jurídico.

De qualquer forma, os cinco ministros convergem em uma demanda por utilidade e efetividade da justiça. A busca por uma justiça de melhor *desempenho*, produtiva e eficiente, capaz de produzir os mais úteis resultados, independentemente da lei, representa o programa mínimo de governamentalidade que aglutina uma maioria e supera a Constituição. Embora os fundamentos governamentais se façam mais evidentes nos votos de Zavascki e, especialmente, de Barroso, eles lançam as bases para uma composição que se faz majoritária no Tribunal e que o alça a posição de verdadeiro poder constituinte permanente.

Quanto à posição do Ministro Gilmar Mendes, seu voto se inicia com a reclamação por efetividade da tutela penal. O magistrado cita um exemplo no qual o réu foi condenado a cem anos de prisão e permaneceu solto e conclui que se trata de “algo incompreensível, incompreensível para o senso comum, mas também para o senso técnico” (MENDES, 2016, p. 03). O problema da gestão do tribunal é enfatizado, de modo que reformar o sistema coincide com enfrentar a impunidade e o problema dos recursos protelatórios:

E todo dia nós temos aqui essa multiplicidade de embargos de declaração como instrumento e impediante do trânsito em julgado, que muitas vezes levam também a esse fenômeno da imposição da prescrição, porque, ainda que nós tenhamos todo o cuidado nesse tipo de matéria, e tenhamos hoje até um setor competente no Tribunal para nos advertir do risco da prescrição, o fato é que ela ocorre, e ocorre não por deliberação nossa. Todos nós rezamos para

que isso não ocorra. Mas simplesmente a massa de processos não permite que sejamos oniscientes. E infelizmente isso ocorre. Essa massa de recursos faz com que tenhamos esse quadro constrangedor de impunidade. (MENDES, 2016, p. 03)

Em termos de gestão, portanto, o Supremo não teria as condições institucionais necessárias para a aplicação da Constituição. Logo, faz-se necessário desaplicá-la. É assim que a razão de governo, através de um decisionismo governamental, derrota a regra, agenciando estrategicamente normas-princípio. O Ministro alega, a partir dos dados produzidos pelo CNJ, que a situação brasileira é “surreal”. A ineficiência da tutela penal, para Mendes, “acaba comprometendo todo o sistema”:

E, veja, o Brasil, nesse sentido, é um país, Presidente, Vossa Excelência tem os dados, inclusive, no CNJ, certamente é surreal. Acontece, no Brasil, prescrição de crime de júri, o que seria impensável, porque nós estamos falando da prescrição longi temporis, a mais ampla que se pode imaginar, mas eu me deparei com isso em Pernambuco, em que, em vários casos, teve-se de fazer mutirão, porque, veja, algo que seria impensável, que é a possibilidade de ter-se prescrição em função desse alongamento. O que realmente acaba comprometendo todo o sistema. (MENDES, 2016, p. 12)

Em termos de dogmática jurídica, Mendes afirmará, assim como Barroso, que o enunciado do artigo 5º, LVII, CF, deve ser tomado como um princípio e não como uma regra<sup>168</sup>. Conseqüentemente, seria “natural à presunção de não culpabilidade evoluir de acordo com o estágio do procedimento. Desde que não se atinja o núcleo fundamental, o tratamento progressivamente mais gravoso é aceitável” (MENDES, 2016, p. 05). Uma vez confirmada a condenação por tribunal, não seria incompatível com a presunção de não culpabilidade a execução da pena, na visão do Ministro (MENDES, 2016, p. 06).

A motivação para esse novo entendimento é indissociável do argumento gerencial já lançado pelo Ministro. Para Gilmar Mendes, a interpretação constitucional a ser realizada no HC 126.292 “não pode perder de vista nosso próprio ordenamento”, o que remete aos limites da “força de trabalho das Cortes Superiores”. No fundo, assim como os “fundamentos pragmáticos” de Barroso funcionam como fundamento para seus “fundamentos jurídicos”, os conceitos de direito manuseados por Mendes são transformados a partir dos problemas político-governamentais:

---

<sup>168</sup> Ele afirma: “portanto, suscitando que isso é passível, usando uma linguagem da teoria dos direitos fundamentais, de uma conformação por parte inclusive do legislador. Não é um conceito, quer dizer, estamos falando de um princípio, não de uma regra. Aqui, não se resolve numa fórmula de tudo ou nada” (MENDES, 2016, p. 05)

De qualquer forma, a interpretação da presunção de não culpabilidade não pode perder de vista nosso próprio ordenamento. Nosso país tem um intrincado sistema judiciário. Na base, há duas instâncias, com ampla competência para análise dos fatos e do direito. Logo acima, temos as instâncias extraordinárias – Tribunais Superiores e Supremo Tribunal. O acesso às instâncias extraordinárias é consideravelmente amplo. Não há meios eficazes para garantir adequação da força de trabalho das Cortes Superiores ao interesse do desenvolvimento da jurisprudência. A própria rejeição de recursos pela falta de repercussão geral, nas estreitas hipóteses em que cabível, demanda muito da Corte. Isso faz com que, mesmo quando desprovidos de relevância, a análise dos recursos extraordinários demore muito. Resta-nos reconhecer que as instâncias extraordinárias, da forma como são estruturadas no Brasil, não são vocacionadas a dar respostas rápidas às demandas. (MENDES, 2016, p. 09)

Em outra passagem dotada de mesmo significado, o Ministro afirma que é preciso tomar a presunção de inocência “como um princípio relevantíssimo (...) mas princípio suscetível de ser devidamente conformado, tendo em vista, inclusive, as circunstâncias de aplicação no caso do Direito Penal e Processual Penal” (MENDES, 2016, p. 10). Assim, a regra constitucional – transformada em princípio pela decisão para que possa ser relativizada – não se faz valer por si mesma. Sua aplicação depende de um teste de eficiência ao qual o decisor a submete. Nessa avaliação, aprecia-se o *custo x benefício* de se aplicar a Constituição, considerando-se o funcionamento do sistema de justiça e as “circunstâncias de aplicação no caso do Direito Penal e Processual Penal”.

Mendes reconhece, nesse mesmo sentido, que o problema é a “realidade institucional de difícil modificação” (MENDES, 2016, p. 10). É isso que anima e movimenta seu entendimento sobre a execução provisória da pena. Na verdade, foi isso também que alterou o seu voto entre os anos de 2009 e 2016, já que o Ministro havia composto a maioria, ao lado do Relator Eros Grau, sete anos antes. Mendes (2016, p. 10) relembra esse fato, ao mesmo tempo em que homenageia a iniciativa do ex-Ministro Cezar Peluso, responsável por elaborar uma proposta de mudança da redação constitucional para viabilizar a execução provisória da pena. A própria homenagem a Peluso é sugestiva de uma percepção da necessidade de um novo texto constitucional para se conferir legitimidade ao cumprimento da pena antes do trânsito em julgado<sup>169</sup>.

---

<sup>169</sup> Nos termos do Ministro: “revisitei esse tema, Presidente, porque entendi de minha responsabilidade demarcar que também somei posição na formação da jurisprudência que agora se está a rever. Mas a própria realidade institucional de difícil modificação – tanto é que todos nós nos lembramos do esforço feito pelo ministro Peluso, ao oferecer aquela proposta de emenda constitucional, mas que tinha reflexo não só na área do Direito Penal, como também na área do Direito Civil, gerando, então, um fenômeno de grande insegurança jurídica, com a possibilidade de execução provisória também no campo do Direito Cível em geral (MENDES, 2016, p. 10).

Em meio ao voto do Ministro Gilmar Mendes, o Ministro Luís Roberto Barroso pede a palavra para levantar o problema da proliferação de grupos de extermínio no Brasil. Para Barroso, organizações criminosas dessa espécie se multiplicam como uma “justiça paralela” em razão da impunidade. Os termos a que recorre o Ministro sugerem, mais uma vez, uma compreensão política na qual se articulam eficiência e autoridade, soberania e governo:

Então, com um certo apoio velado da sociedade, aquele pequeno comerciante ou pequeno empresário, ou aquele que foi afrontado com, eventualmente, um homicídio não punido, ele contrata um matador e resolve o seu problema com uma Justiça paralela, que é apenas um sintoma mais grave de que a Justiça formal não foi capaz de atender à demanda dele. (MENDES, 2016, p. 12)

O ponto de vista exposto acima apenas qualifica a preocupação já exposta por Barroso em seu voto. Sem eficiência, a justiça perde credibilidade e prestígio, o que faz com que entre em xeque a autoridade estatal. Há uma relação circular, portanto, entre a *eficientização* do Estado e a própria conservação da ordem política, uma vez que é através da sua produtividade e de seu desempenho que a jurisdição e os demais poderes podem legitimar-se e apresentar-se como instituições socialmente úteis. Soberania e governo, portanto, fortalecem-se mutuamente.

Além disso e ao menos alegoricamente, é possível interpretar a afirmação de Barroso a partir da lógica de competição econômica. O comprometimento da eficiência da justiça e a correspondente impunidade fazem emergir uma espécie de concorrência jurisdicional entre o Estado e organizações criminosas. Para solucionar um problema desse tipo, é fundamental elevar a efetividade da tutela estatal, para que, por seus próprios resultados, o Poder Judiciário possa prevalecer sobre a “justiça paralela”.

#### 4.4 AS DIVERGÊNCIAS APRESENTADAS POR ROSA WEBER, MARCO AURÉLIO, CELSO DE MELLO E LEWANDOWSKI

Diante do que foi exposto ao longo deste capítulo, não é de se estranhar que a oposição aos termos do relator tenha passado centralmente pelo apelo ao texto constitucional. A Ministra Rosa Weber, por exemplo, apresenta diversas citações nesse sentido (WEBER, 2016b, p. 02), referentes ao julgamento do HC 84.078, realizado em 2009. Weber (2016b, p. 01) afirma ainda adotar como critério para seu posicionamento a observação dos precedentes e que teria “dificuldade na revisão da jurisprudência pela só alteração dos integrantes da Corte”. Para a Ministra, “há questões pragmáticas envolvidas” (WEBER, 2016b, p. 03), mas considera que, para enfrenta-las, o melhor meio não é alteração do entendimento firmado sete anos antes.

Busca, dessa maneira, recusar, ao menos para este caso, a força dos argumentos gerenciais levantados por seus colegas.

Já o Ministro Marco Aurélio Mello abre seu voto em tom de lamentação, visto que, para ele, aquela não seria “uma tarde feliz, em termos jurisdicionais, na vida deste Tribunal” (MELLO, M. A., 2016b, p. 01). O magistrado sustenta que o artigo 5º, LVII, “não permite interpretações”<sup>170</sup> e que os efeitos produzidos pelo ativismo judicial podem voltar-se contra o próprio Supremo:

O preceito, a meu ver, não permite interpretações. Há uma máxima, em termos de noção de interpretação, de hermenêutica, segundo a qual, onde o texto é claro e preciso, cessa a interpretação, sob pena de se reescrever a norma jurídica, e, no caso, o preceito constitucional. Há de vingar o princípio da autocontenção. Já disse, nesta bancada, que, quando avançamos, extravasamos os limites que são próprios ao Judiciário, como que se lança um bumerangue e este pode retornar e vir à nossa testa. (MELLO, M. A., 2016b, p. 03)

Marco Aurélio também relembra iniciativa de Peluzo, à qual havia feito referência Gilmar Mendes. Mas o faz para afirmar expressamente que a execução provisória da pena encontra limites insuperáveis impostos pelo próprio texto constitucional. O Ministro levanta, ainda, dúvidas sobre a própria possibilidade jurídica de se alterar o dispositivo através da promulgação de emenda constitucional, tendo em vista a necessidade de preservação das cláusulas pétreas:

Caminha-se – e houve sugestão de alguém, grande Juiz que ocupou essa cadeira – para verdadeira promulgação de emenda constitucional. Tenho dúvidas se seria possível até mesmo uma emenda, ante a limitação do artigo 60 da Carta de 1988 quanto aos direitos e garantias individuais. O ministro Cezar Peluso cogitou para, de certa forma, esvaziar um pouco a morosidade da Justiça, da execução após o crivo revisional, formalizado por Tribunal – geralmente de Justiça ou Regional Federal – no julgamento de apelação. Mas essa ideia não prosperou no Legislativo. O Legislativo não avançou. Porém, hoje, no Supremo, será proclamado que a cláusula reveladora do princípio da não culpabilidade não encerra garantia, porque, antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, é possível colocar o réu no xilindró, pouco importando que, posteriormente, o título condenatório venha a ser reformado. (MELLO, M. A., 2016b, p. 04)

O Ministro Celso de Mello, também divergindo da maioria que se forma em torno de Teori Zavascki, entende que não é cabível a comparação entre o sistema jurídico brasileiro e

---

<sup>170</sup> Do ponto de vista da Hermenêutica Jurídica, é evidente que o texto permite – e exige – interpretações, como todo e qualquer texto, jurídico ou não.

Constituições que não preveem a necessidade do trânsito em julgado para que se forme a culpa<sup>171</sup>. Para ele, a Constituição de 1988 impõe, a partir do artigo 5º, LVII, “de modo inequívoco, que a que a presunção de inocência somente perderá a sua eficácia e a sua força normativa após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”<sup>172</sup> (MELLO, C., 2016, p. 09).

O decano critica a ideia – apresentada por Zavascki, Barroso e Mendes – segundo a qual a presunção de inocência é relativizada (ou, nos termos de Zavascki e Barroso, até mesmo invertida) na medida em que avança o processo penal (MELLO, C., 2016, p. 14). Afirma tratar-se de “texto inequívoco” (MELLO, C., 2016, p. 14) estabelecido pelo Constituinte, o qual impede a execução da pena até que a sentença não possa mais ser atacada pela via recursal<sup>173</sup>.

Por diversas oportunidades, o Ministro sobe o tom para se opor ao que considera uma “visão absolutamente incompatível com os padrões do regime democrático”, que carrega “incompreensível repulsa à presunção de inocência” (...) com todas as gravíssimas consequências daí resultantes” (MELLO, C. 2016, p. 10). Celso de Mello soma ainda um argumento baseado em estatísticas, recuperando trecho do voto do Ministro Ricardo Lewandowski na ADPF 144:

Impende registrar, Senhor Presidente, que Vossa Excelência, no julgamento da ADPF 144/DF, de que fui Relator, bem destacou a importância de aguardar-se o trânsito em julgado da condenação criminal, demonstrando, à luz de dados estatísticos, uma realidade que torna necessário respeitar-se a presunção de inocência. Disse Vossa Excelência, então: “(...) trago, finalmente, nessa minha breve intervenção, à consideração dos eminentes pares, um dado estatístico, elaborado a partir de informações veiculadas no portal de informações gerenciais da Secretaria de Tecnologia de Informação do Supremo Tribunal Federal (...). De 2006, ano em que ingressei no Supremo Tribunal Federal, até a presente data, 25,2% dos recursos extraordinários criminais foram providos por esta Corte, e 3,3% providos parcialmente. Somando-se os parcialmente providos com os integralmente providos, teremos o significativo porcentual de 28,5% de recursos. Quer dizer, quase um terço das decisões criminais oriundas das instâncias inferiores foi total ou parcialmente reformado pelo Supremo Tribunal Federal nesse período.” (grifei) (MELLO, C., 2016, pp. 14-15)

<sup>171</sup> Segundo o Ministro, “se mostra inadequado invocar-se a prática e a experiência registradas nos Estados Unidos da América e na França, entre outros Estados democráticos, cujas Constituições, ao contrário da nossa, não impõem a necessária observância do trânsito em julgado da condenação criminal (MELLO, C., 2016, p. 09).

<sup>172</sup> No mesmo sentido, Celso de Mello (2016, p. 13) afirma, em outra passagem, que “há, portanto, segundo penso, um momento, claramente definido no texto constitucional, a partir do qual se descaracteriza a presunção de inocência, vale dizer, aquele instante em que sobrevém o trânsito em julgado da condenação criminal”.

<sup>173</sup> Nos termos do voto (MELLO, C., 2016, p. 14), “a presunção de inocência não se esvazia progressivamente, à medida em que se sucedem os graus de jurisdição. Isso significa, portanto, que, mesmo confirmada a condenação penal por um Tribunal de segunda instância, ainda assim subsistirá, em favor do sentenciado, esse direito fundamental, que só deixará de prevalecer – repita-se – com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, como claramente estabelece, em texto inequívoco, a Constituição da República”.



O fato de o Ministro, divergindo da posição majoritária, recorrer aos números para completar seu contraponto, apenas confirma a extensão das transformações de que o discurso judicial tem sido objeto no tribunal. Afinal, embora os dados levantados sejam diferentes, trava-se uma *guerra estatística* no Supremo. É verdade que o fato de Celso de Mello levantar os números *a favor* do texto constitucional faz com que o peso do *índice de provimento de recursos extraordinários em favor do réu* seja reduzido. No entanto, o saldo obtido, sem dúvida, é a conformação de uma razão jurídica cada vez mais empírica, o que se apresenta, como já visto, enquanto uma dimensão indispensável do giro governamental da jurisdição<sup>174</sup>.

O próprio Ministro Ricardo Lewandowski, citado por Celso de Mello, recorre aos mesmos números, ao falar de uma “possibilidade que se aproxima de 1/4 de absolvição” (LEWANDOWSKI, 2016, p. 05). Na condição de Presidente do tribunal, Lewandowski afirma que tem “trazido sempre a esta egrégia Corte alguns números que são muito impressionantes relativos ao nosso sistema prisional”. O Ministro (LEWANDOWSKI, 2016, p. 05) se refere ao número total de presos no país (600.000) e ao número de presos provisórios (40% do total). Para ele, “certamente, a esses duzentos e quarenta mil presos provisórios, nós vamos acrescentar dezenas ou centenas de milhares de novos presos” (LEWANDOWSKI, 2016, p. 05)

Diante dessa argumentação, o Ministro Luiz Fux intervém para pontuar que “as Turmas têm se conscientizado disso, nós temos imposto medidas restritivas em substituição a essas penas provisórias” (LEWANDOWSKI, 2016, p. 05). Para Fux, o que sobrevirá, com a execução provisória da pena, “vai ser a liberação de quem está injustamente preso, provisoriamente ou preventivamente, e o recolhimento daqueles que foram condenados em segundo grau; sai um, entra outro, eu acho que vai ser mais ou menos isso” (LEWANDOWSKI, 2016, pp. 05-06). A isso, Lewandowski (2016, p. 06) responde: “Vossa Excelência me permite – é claro, eu não quero ser jocoso, nem irônico –, nós vamos trocar seis por meia dúzia, nós vamos trocar duzentos e quarenta mil presos provisórios por duzentos e quarenta mil presos condenados em segundo grau”.

Fora isso, o voto do Presidente do Supremo é igualmente marcado pelo apelo ao texto constitucional, assim como o foram os votos de Marco Aurélio de Mello, Celso de Mello e Rosa Weber. Afirma que irá “prestigar o princípio da presunção de inocência, estampado, com todas as letras, no art. 5º, inciso LVII, da nossa Constituição Federal (LEWANDOWSKI, 2016, p. 01) e aponta que não consegue

---

<sup>174</sup> Sobre as polêmicas em torno do uso das estatísticas pelos ministros, ver, além do Capítulo 5, o Tópico 6.1 desta tese.

ultrapassar a taxatividade desse dispositivo constitucional, que diz que a presunção de inocência se mantém até o trânsito em julgado”. Isso é absolutamente taxativo, categórico; não vejo como se possa interpretar esse dispositivo. Voltando a, talvez, um ultrapassadíssimo preceito da antiga escola da exegese, eu diria que *in claris cessat interpretatio*. E aqui nós estamos, evidentemente, *in claris*, e aí não podemos interpretar, *data venia*. (LEWANDOWSKI, 2016, p. 01)

Como já observado quando da análise do voto do Ministro Marco Aurélio, obviamente, todo texto legal precisa ser interpretado, mesmo porque a constatação de sua clareza ou obscuridade já é um resultado de esforço hermenêutico. Para além disso, reitera-se, de maneira patente, o argumento gramatical. Lewandowski (2016, p. 01) adiciona que “nem mesmo constelações de ordem prática”, relativas à impunidade e a proliferação de recursos protelatórios, podem superar a previsão estabelecida pelo Constituinte (LEWANDOWSKI, 2016, p. 01). Convergingo com o voto de Weber, portanto, o Presidente recusa o argumento pragmático, de natureza gerencial, para se ater ao que dispõe o artigo 5º, LVII.

Busquei demonstrar, ao longo deste capítulo, de que maneira governo e exceção podem articular-se a partir da jurisdição. Em síntese, o que o HC 126.292 permite ver é o modo como a justiça pode assimilar uma racionalidade de governo – calcada na *factualização* dos problemas que encontra, na *eficientização* do Estado e da sociedade, num modo governamental de subjetivação e numa verificação concorrencial de mercado –, ao mesmo tempo em que derrota a regra constitucional para reproduzir/aperfeiçoar a ordem governamental.

É verdade que a força dos fundamentos de governo varia de acordo com o voto de cada Ministro. Nos votos de Zavascki, Mendes e, especialmente, no voto de Barroso, a governamentalização do discurso jurídico chega ao extremo – assim como no voto de Fux em caso correlato, o HC 152.752. O que há de comum, no mínimo, entre os sete votos que compõem a posição majoritária do Plenário é uma demanda por efetividade (por um incremento de um enforço da lei) e por resultados úteis a serem produzidos pela justiça, por sobre a Constituição. Esse ponto comum consiste numa espécie de *programa mínimo* governamental referente à execução provisória da pena, em torno do qual uma série de elementos característicos da gestão de populações neoliberal pôde ser introduzida.

A assimilação da razão de governo pela jurisdição aponta, em última instância, para a produção de uma justiça-empresa. Orientada pelo modelo investimento-custo-lucro, essa nova programação da cultura judiciária submete a um teste de ganhos e perdas as próprias normas constitucionais, assim como as decisões que deve tomar. Na medida em que se tornam indiscerníveis, sob esse modelo, as questões de administração da justiça e as questões de direito,

toda uma nova morfologia do discurso jurídico pode ser instituída. Mais exatamente: a nova morfologia do direito passa a ser definida precisamente pela sua indefinição, na medida em que um direito polimórfico<sup>175</sup> emerge das táticas, sempre móveis, governamentais.

---

<sup>175</sup> Esse processo de permanente redefinição morfológica pode ser descrito como uma fisiologização, no direito, do modo de relação entre interno e externo instituído pela relação de exceção. Há uma incorporação desse procedimento ao próprio funcionamento do direito, fazendo com que conceitos e normas jurídicas de baixa determinação atuem como elementos receptores. Sob uma analogia com a fisiologia celular e o processo fisiológico de endocitose mediada por receptor, na fina membrana que separa interno e externo, esses conceitos-receptores facilitam a inclusão da razão governamental na função judiciário-soberana. A decisão fundada na exceção tem uma estrutura vesicular, na medida em que a vesícula, na endocitose, representa a inclusão do externo no interno. Pode-se acrescentar a isso a correspondente retirada do sistema jurídico de parte da regra ou, melhor dizendo, de parte de seu campo de aplicação, análoga a uma exocitose. Esse processo é fisiologizado, ou seja, incorporado numa escala cada vez maior ao funcionamento do campo jurídico, com fundamento numa morfologia governamentalizada do direito.

## **5 “A JUSTIÇA ESTÁ PARA A ALMA COMO A SAÚDE ESTÁ PARA O CORPO”: CONSTITUIÇÃO PATOGENICA E JURISDIÇÃO BIOPOLÍTICA NO JULGAMENTO DA Q.O. NA A.P. 937**

Neste capítulo, já considerando os aportes teóricos do capítulo anterior, será analisado o julgamento da Questão de Ordem na Ação Penal 937 RJ pelo STF. A Ação penal diz respeito a uma acusação de corrupção eleitoral (art. 299, Código Eleitoral) contra o ex-Prefeito de Cabo Frio. O Ministro Relator Luís Roberto Barroso, em 10 de fevereiro de 2017, “diante das disfuncionalidades práticas do regime de foro por prerrogativa de função evidenciadas no caso concreto aqui relatado” (BARROSO, 2017c, p. 04), afetou a ação penal a julgamento pelo Plenário e suscitou a questão de ordem, para discutir dois tipos de problemas. O primeiro deles:

a possibilidade de se conferir interpretação restritiva às normas da Constituição de 1988 que estabelecem as hipóteses de foro por prerrogativa de função, de modo a limitar tais competências jurisdicionais às acusações por crimes que tenham sido cometidos: (i) no cargo, i.e., após a diplomação do parlamentar ou, no caso de outras autoridades, após a investidura na posição que garanta o foro especial; e (ii) em razão do cargo, i.e., que guardem conexão direta ou digam respeito ao desempenho do mandato parlamentar ou de outro cargo ao qual a Constituição assegure o foro privilegiado. (BARROSO, 2017c, p. 04)

Quanto à segunda questão, tratar-se-ia de “estabelecer um marco temporal a partir do qual a competência para processar e julgar ações penais – seja do STF ou de qualquer outro órgão – não será mais afetada em razão de posterior investidura ou desinvestidura do cargo por parte do acusado” (BARROSO, 2017c, p. 04). O foco, nesta tese, recairá sobre a primeira questão, ou seja, sobre a restrição do foro a crimes cometidos durante o exercício do mandato e em razão do cargo. Na verdade, se no HC 126.292 o voto de Barroso, ao considerar a presunção de inocência como princípio, torna menos evidente o excepcionamento da norma, o mesmo não ocorre na AP 937. Nesse caso, o Ministro, recorrendo à noção de redução teleológica, a qual apoia na obra de Karl Larenz, anuncia de maneira franca que abrirá “cláusulas de exceção” no texto constitucional através da decisão.

33. Embora se viesse interpretando a literalidade desse dispositivo no sentido de que o foro privilegiado abrangeria todos os crimes comuns, é possível e desejável atribuir ao texto normativo aceção mais restritiva, com base na teleologia do instituto e nos demais elementos de interpretação constitucional. Trata-se da chamada “redução teleológica” ou, de forma mais geral, da aplicação da técnica da “dissociação”, que consiste em reduzir o campo de aplicação de uma disposição normativa a somente uma ou algumas das

situações de fato previstas por ela segundo uma interpretação literal, que se dá para adequá-la à finalidade da norma. Nessa operação, o intérprete identifica uma lacuna oculta (ou axiológica) e a corrige mediante a inclusão de uma exceção não explícita no enunciado normativo, mas extraída de sua própria teleologia. Como resultado, a norma passa a se aplicar apenas a parte dos fatos por ela regulados. A extração de “cláusulas de exceção” implícitas serve, assim, para concretizar o fim e o sentido da norma e do sistema normativo em geral. (BARROSO, 2017c, p. 18)

O julgamento da referida questão de ordem foi concluído em maio de 2018. Acompanharam integralmente o voto do relator os ministros Celso de Mello, Edson Fachin, Luiz Fux, Carmen Lúcia e Rosa Weber, acatando a interpretação restritiva segundo a qual o foro por prerrogativa de parlamentares federais apenas seria aplicado aos crimes cometidos durante o exercício do mandato e em razão do cargo, apesar do teor do artigo 102, I, *b*, da Constituição Federal, que dispõe:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I – processar e julgar, originariamente: (...) *b*) nas infrações penais comuns, o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República. (BRASIL, 1988)

Os ministros Ricardo Lewandowski, Alexandre de Moraes, Gilmar Mendes e Dias Toffoli firmaram divergência parcial, apontando que a jurisdição especial seria cabível em caso de qualquer infração penal comum (independentemente de tal infração se dar em razão do cargo, e aqui reside o desacordo com o relator) cometida durante a vigência do mandato. Já o Ministro Marco Aurélio divergiu em relação à proposta do relator no que diz respeito à fixação de marco temporal a partir do qual a competência não seria mais afetada<sup>176</sup>.

## 5.1 O VOTO DO MINISTRO RELATOR LUÍS ROBERTO BARROSO: UM COMBATE GOVERNAMENTAL À “DISFUNCIONALIDADE” DO SISTEMA E AO “DESPRESTÍGIO” DO SUPREMO

Tomarei como ponto de partida o voto do Ministro Relator Luís Roberto Barroso. Na abertura deste capítulo 5, foi exposto um breve resumo do caso e da decisão tomada pelo STF,

---

<sup>176</sup> No caso dos votos do Ministro Dias Toffoli e Gilmar Mendes, há ainda outras divergências em relação ao voto do Ministro Barroso, que não interessam diretamente ao que será tratado nesta tese.

incluindo-se a distribuição das posições entre os ministros. Agora, trata-se de analisar o discurso judicial que conduziu a questão de ordem a tal desfecho.

Como um primeiro passo, é interessante notar que o Ministro relator fez constar na própria ementa do acórdão, sempre concisa (nesse caso, ocupando pouco mais de duas laudas) a referência aos problemas da eficiência da justiça. Na verdade, comparecem ao núcleo duro da decisão (a ementa) cinco elementos essenciais. Em primeiro lugar, emerge a reclamação por uma “efetividade mínima do sistema penal”, ou seja, a demanda, por parte do tribunal, por uma jurisdição *produtiva*. Em segundo lugar, a ementa aponta a “disfuncionalidade” (BARROSO, 2017c, p. 01) do sistema que o voto pretende transformar. Quer dizer, a aplicação da regra constitucional teria gerado um modelo ineficiente e inadequado para a jurisdição especial. Em terceiro lugar, o que revelaria a disfuncionalidade do sistema até então adotado seria a “a experiência” e as “estatísticas” (BARROSO, 2017c, p. 01). Novamente, portanto, os números vêm conformar o discurso judicial, agora alçados a componentes da ementa do acórdão. Em quarto e quinto lugar, o desenho que se deseja ultrapassar causaria “indignação à sociedade” e “desprestígio ao Supremo” (BARROSO, 2017c, p. 01). O problema da opinião pública, com isso, ganha força, ao lado da credibilidade do tribunal e do Poder Judiciário em geral.

Para que se tenha ideia do tipo de discurso jurídico que se produz nesse julgamento, o problema da redução teleológica, da chamada “lacuna oculta” ou da interpretação por dissociação – conceitos que são levantados, no voto do Ministro, para conferir-lhe suporte hermenêutico – sequer são citados expressamente na ementa, enquanto os elementos acima recebem bastante atenção. Há apenas a referência a precedentes nos quais “o STF realizou interpretação restritiva de suas competências constitucionais, para adequá-la às suas finalidades” (BARROSO, 2017c, p. 02). Longe de ser acidental, essa constatação compõe, junto a outros elementos, o quadro de transformação governamental do direito e, particularmente, da função jurisdicional. Em boa medida, serão esses cinco pontos que, neste capítulo, serão explorados e desdobrados a partir dos elementos oferecidos pelos textos produzidos pelos ministros.

Após esclarecer os termos da Questão de Ordem na Ação Penal 937, Barroso introduz um tópico intitulado “A extensão do foro privilegiado no texto constitucional e na compreensão atual”, como primeiro fragmento do que chama de “Parte I”, referente a “O foro por prerrogativa na Constituição de 1988” (BARROSO, 2017c, p. 03). Ainda no interior da “Parte I”, será encontrado um segundo tópico, intitulado “A disfuncionalidade do foro privilegiado”. A parte II, nomeada “Necessidade de interpretação restritiva do sentido e alcance do foro por prerrogativa de função”, contém uma “Nota inicial”, além de uma “Interpretação

constitucionalmente adequada da prerrogativa de foro”, esta subdividida em “Razões de princípio e teleologia da norma”, “Interpretação restritiva das prerrogativas constitucionais e precedentes do STF” e “Interpretação restritiva das competências constitucionais e precedentes do STF”. Há, ainda, um “Parte III”: “Necessidade de fixação definitiva da competência após o final da instrução processual” e uma “Conclusão” (BARROSO, 2017c).

Barroso abre sua argumentação afirmando que a Constituição de 1988 teria atribuído o foro por prerrogativa de função a um “conjunto amplíssimo” (BARROSO, 2017c, p. 03) de autoridades: cerca de 37 mil, ao todo, dentre as quais 800 seriam julgados perante o STF (BARROSO, 2017c, p. 04). Desse dado, o magistrado deriva um argumento ligado às dimensões temporal e no espacial, pois tal alcance do foro seria não apenas inédito na tradição constitucional do Brasil, como também não encontraria eco no Direito Comparado. Assim como no HC 126.292, portanto, destaca-se o argumento calcado numa perspectiva globalizante do Direito<sup>177</sup>. O *argumento da jabuticaba* ou o *argumento do “em nenhum país do mundo”* compõe o repertório governamental da jurisdição porque permite deslocar para a política e para uma ordem jurídico-econômica global os problemas de direito, realizando, no fundo, uma comparação entre modelos de desenho institucional e de enforço da lei (ou, no caso, da ~~lei~~).

Barroso abre, então, o tópico que chama de “A disfuncionalidade do foro privilegiado”. O Ministro se compromete, nele, a tratar de duas questões (“o atual modelo de foro por prerrogativa de função acarreta duas consequências graves e indesejáveis para a justiça e para o Supremo Tribunal Federal”, cf. BARROSO, 2017c, p. 06). A primeira delas se refere ao fato de o sistema do foro por prerrogativa, na forma como era entendido até então, “afastar” o STF de “seu verdadeiro papel” de guardião da Constituição (BARROSO, 2017c, p. 06). A segunda diz respeito à ineficiência do sistema que o voto busca superar (BARROSO, 2017c, p. 07).

Sobre a primeira, ocupado com ações penais em que figuraria como única e última instância, o tribunal se distanciaria da sua verdadeira missão institucional. O Ministro cita

---

<sup>177</sup> O ministro afirma que “10. Ademais, não há, no Direito Comparado, nenhuma democracia consolidada que consagre a prerrogativa de foro com abrangência comparável à brasileira<sup>4</sup>. No Reino Unido, na Alemanha, nos Estados Unidos e no Canadá a prerrogativa de função sequer existe. Entre os países com foro privilegiado, a maioria o institui para um rol reduzido de autoridades. Na Itália, a prerrogativa de foro se aplica somente ao Presidente da República. Na França, o foro especial é instituído apenas para os membros do governo (os Ministros e secretários de Estado). Em Portugal, são três as autoridades que detêm foro privilegiado: o Presidente da República, o Presidente da Assembleia da República e o Primeiro-Ministro<sup>9</sup>. 11. E a extensão incomum do foro por prerrogativa de função no Brasil não decorre exclusivamente do número de autoridades contempladas, mas também em razão dos ilícitos abrangidos. (...) No Direito Comparado, porém, os países que instituem a prerrogativa de foro, em regra, o fazem apenas quanto a atos ilícitos praticados por autoridades “no exercício de suas funções”, como é o caso de Portugal, França e Holanda. Ao considerar os desenhos institucionais e sistemas normativos adotados em diversos países, é possível identificar com maior clareza as inconsistências e os problemas na esfera nacional” (BARROSO, 2017c, pp. 05-06).

(BARROSO, 2017c, p. 06) o exemplo da AP 470 (“Caso Mensalão”), que tomou, ao todo, 69 sessões do plenário do STF. O tribunal não teria, para Barroso (2017c, p. 06), aptidão para apreciar fatos e provas, como é necessário nas ações penais movidas contra autoridades de Estado, mas tão somente vocação para discutir e firmar teses jurídicas. Embora esse entendimento não tenha sido, evidentemente, compartilhado pelo Constituinte (ao menos não na sua integralidade), isso não parece figurar como um problema para uma verdadeira iniciativa de reforma do sistema de justiça criminal, tal como se deu na AP 937. Ligado a isso, aparece, ainda nesse primeiro ponto, a preocupação com a “celeridade” da jurisdição, uma vez que “o juízo de primeiro grau tem melhores condições para conduzir a instrução processual, tanto por estar mais próximo dos fatos e das provas, quanto por ser mais bem aparelhado para processar tais demandas com a devida celeridade (...), cf. Barroso (2017c, p. 07).

Já o segundo ponto sintetiza o fragmento mais densamente governamental do voto de Barroso. O Ministro recorre novamente a dados oferecidos pela Assessoria de Gestão Estratégica do STF e pela Fundação Getúlio Vargas (através do *V Relatório Supremo em números: o foro privilegiado*, organizado pela Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, com a participação do professor Joaquim Falcão, entre outros), demonstrando, também através da AP 937, que o discurso jurídico-governamental ampara-se não apenas no voto dos ministros, mas se relaciona com um entorno no qual as estatísticas são produzidas e uma nova razão jurídica é sustentada, também desde fora do tribunal. Para Barroso (2017c, p. 07),

O Supremo Tribunal Federal não tem sido capaz de julgar de maneira adequada e com a devida celeridade os casos abarcados pela prerrogativa. O foro especial, na sua extensão atual, contribui para o congestionamento dos tribunais e para tornar ainda mais morosa a tramitação dos processos e mais raros os julgamentos e as condenações. É o que evidenciam as estatísticas. Tramitam atualmente perante o Supremo mais de 500 processos contra agentes políticos (435 inquéritos e 101 ações penais). Com as operações em curso, em especial a Lava Jato, estima-se que o número de autoridades sob investigação ou respondendo a ação penal perante o STF irá aumentar expressivamente. No entanto, segundo recente estudo “Supremo em Números”, produzido pela FGV do Rio de Janeiro, desde 2007, o número de processos novos tem sido sempre superior ao de processos encerrados: ou seja, a cada ano, o STF sequer tem sido capaz de “vencer” a distribuição.

Em seguida, o magistrado trata da lentidão que caracterizaria a tramitação de processos desse tipo no STF. Enquanto no primeiro grau, a denúncia seria recebida em menos de uma semana, o intervalo de tempo, no caso do STF, seria de 581 dias (BARROSO, 2017c, p. 08). A “média de tempo transcorrido desde a autuação de ações penais no STF até o seu trânsito em



“julgado” seria de 1.377 dias, fazendo com que alguns processos chegassem a tramitar por mais de 10 anos na corte (BARROSO, 2017c, p. 08). Para Barroso (2017c, p. 08), ainda assim o que ocorreria ao final seria, no mais das vezes, a “frustração da prestação jurisdicional”, pois duas em cada três ações penais sequer teriam seu mérito apreciado pelo tribunal, por conta do “declínio da competência (63,6% das decisões) ou da prescrição (4,7% das decisões)”. O relator conclui, então, que “todas essas circunstâncias afetam negativamente a condução do processo, gerando prescrição e impunidade” (BARROSO, 2017c, p. 09).

O problema da efetividade e da eficiência da jurisdição atravessa, na verdade, o voto inteiro, mas é fundamental notar que, pelos termos da própria ementa do acórdão, os princípios que a decisão busca proteger (“igualdade e república”) apenas seriam por ela resguardados na medida em que se assegura e aperfeiçoa a própria efetividade do sistema penal. Barroso (2017c, p. 01), na ementa, havia afirmado que

a prática atual não realiza adequadamente princípios constitucionais estruturantes, como igualdade e república, por impedir, em grande número de casos, a responsabilização de agentes públicos por crimes de naturezas diversas. Além disso, a falta de efetividade mínima do sistema penal, nesses casos, frustra valores constitucionais importantes, como a probidade e a moralidade administrativa.

Assim, a aplicação do direito, na AP 937, só se torna inteligível a partir de uma fundamentação que reúne (1) uma linguagem estatística sobre a realidade judicial e (2) um imperativo de maximização dos benefícios e redução dos custos, ou seja, um *teste de custo x benefício*. Superar o entendimento vigente e a regra constitucional não configura um problema por si, pois, sob a razão governamental, a derrota da deliberação constituinte consiste tão somente num custo adicional da decisão, o qual pode ser superado pelo benefício obtido.

Os princípios que a decisão declara prestigiar são, então, agenciados estrategicamente, de forma a produzir uma decisão que, ao se separar da norma-regra jurídica, realiza uma normalização governamental. A normalização do real que uma jurisdição governamentalizada pretende realizar, portanto, não coincide necessariamente com o direito positivo, ou seja, a norma da eficiência governamental pode concorrer com a norma jurídico-positiva e superá-la através da decisão.

Ao abrir a “Parte II” do seu voto, o relator deixa ainda mais claro que a interpretação jurídica vem *a reboque* das razões gerenciais. Ele afirma que o diagnóstico da “disfuncionalidade” do modelo vigente deve “produzir” uma outra interpretação da Constituição.

Os problemas e as disfuncionalidades associadas ao foro privilegiado podem e devem produzir modificações na interpretação constitucional. Assim, a fim de melhor compatibilizá-lo com os princípios constitucionais, bem como reduzir as disfunções produzidas, as normas da Constituição de 1988 que estabelecem as hipóteses de foro por prerrogativa de função devem ser interpretadas restritivamente, aplicando-se apenas aos crimes que tenham sido praticados durante o exercício do cargo e em razão dele (BARROSO, 2017c, p. 10).

O consequencialismo jurídico, tendo em vista a produção de resultados que maximizem resultados úteis, é novamente sublinhado quando o Ministro afirma, citando o relatório produzido pela Fundação Getúlio Vargas, que “para que se tenha uma ideia do efeito prático da interpretação proposta, estima-se que menos de 10% das ações penais perante o STF envolvam crimes cometidos em razão do cargo e após a investidura nele”.

A *eficientização* da justiça, almejada pelo Ministro, guardaria ainda uma relação de circularidade com a credibilidade do sistema penal e da autoridade do Supremo. Se, na ementa, Barroso já havia pontuado que a “disfuncionalidade” por ele encontrada trazia “desprestígio para o Supremo”, no voto, ele pontua que a nova interpretação é “mais condizente com a exigência de assegurar a credibilidade e a efetividade do sistema penal” (BARROSO, 2017c, p. 11).

Na antecipação ao voto, Barroso insistiu nesse ponto. Argumentou que os números relativos à prescrição no tribunal implicariam em “constrangimento e desprestígio para o Supremo Tribunal Federal” e afirmou ainda que “esse é um ônus que o tribunal não deveria carregar” (BARROSO, 2017a, p. 05). Barroso recorrentemente qualifica o modelo vigente como “ruim”, “muito ruim” ou “péssimo” e afirma que ele implica praticamente em uma “humilhação” ao Supremo:

Todos nós somos testemunhas de que esse sistema não está funcionando bem, logo é preciso repensá-lo. E os resultados negativos são muito óbvios para nós desmentirmos, que são a impunidade e o desprestígio que isso traz para o Supremo. É tão ruim o modelo que a eventual nomeação de alguém para um cargo que desfrute de foro por prerrogativa é tratado como obstrução de justiça, em tese. É quase uma humilhação para o Supremo o fato de alguém estar sob a jurisdição do Supremo ser considerado obstrução de justiça. Acho que não é preciso dizer mais nada para documentar a falência desse modelo. (BARROSO, 2017a, p. 07)

E, em outra passagem:

Portanto, mesmo que o réu não tenha culpa, o sistema é péssimo. E a gente, evidentemente, tem que reagir a isso. Tudo o que faz com que a Justiça funcione mal, tudo o que desprestige o que a gente simboliza e faz deve ser revisitado. Logo, se está funcionando mal, nós temos que fazer alguma coisa, dentro dos limites que a Constituição permita (BARROSO, 2017a, p. 14).

O Ministro, portanto, não deixa nenhuma dúvida acerca do que move, do que constitui a força motriz de seu voto: a interpretação do direito, vem, como já se disse, *a reboque* do ideal de incremento da eficiência e do seu equivalente, a preservação da autoridade estatal. Trata-se de reformar um modelo péssimo, sob a ideia de que “tudo o que faz com que a Justiça funcione mal” ou que “desprestige o que a gente simboliza e faz deve ser revisitado”. Estabelecida essa finalidade político-governamental, passa-se a examinar a Constituição. E, embora Barroso afirme que não extrapola os limites constitucionais, os termos do seu próprio voto, como se verá, apontam para a inserção de cláusulas de exceção ao texto do Constituinte.

A relação circular entre eficiência e prestígio da justiça expressa a particular interação que se estabelece entre soberania e governamentalidade, explorada no primeiro capítulo desta tese. O fortalecimento das instituições de Estado, pela ótica liberal e neoliberal, dá-se primordialmente pela elevação de sua eficiência. As autoridades e os órgãos estatais – ou seja, a soberania – devem justificar-se pela métrica dos resultados e, assim, validar-se perante a sociedade. Desponta, aí, o problema da exceção. A “humilhação” do Tribunal, a “humilhação do Poder Judiciário; a “impunidade”, o “vexame”<sup>178</sup>, o “desprestígio” da jurisdição e do sistema penal perante a sociedade são, evidentemente, perigosos: a decisão que põe a exceção reconhecendo a “disfuncionalidade”, institui uma emergência e busca assegurar a ordem pela tutela penal e conservar devidamente a autoridade soberana dos tribunais e do Estado como um todo, à margem das regras constitucionais. Eficiência, punição, autoridade soberana e exceção, dessa maneira, reforçam-se mutuamente e formam um conjunto que sustenta o poder político-governamental.

No interior da “Parte II” do seu voto, Barroso explora as “razões de princípio e teleologia da norma” constitucional. Ele entende que não há “fundamento razoável” para a extensão conferida ao foro até ali, considerados o princípio da igualdade e o princípio republicano (BARROSO, 2017c, p. 12). É nessa altura que Barroso enfrenta um dos problemas jurídicos centrais de sua interpretação da Constituição, embora o faça de maneira muito aligeirada e precária.

---

<sup>178</sup> Barroso afirma que “nós passamos pelo vexame de que delinquentes brasileiros, por fatos praticados no Brasil, foram condenados em países estrangeiros há muitos anos, sem que nós conseguíssemos encostar os dedos da Justiça brasileira nessas pessoas” (BARROSO, 2017a, p. 09).

Na origem, a prerrogativa de foro tinha como fundamento a necessidade de assegurar a independência de órgãos e o livre exercício de cargos constitucionalmente relevantes. Entendia-se que a atribuição da competência originária para o julgamento dos ocupantes de tais cargos a tribunais de maior hierarquia evitaria ou reduziria a utilização política do processo penal contra titulares de mandato eletivo ou altas autoridades, em prejuízo do desempenho de suas funções. Se, em nossa história constitucional, os magistrados de primeira instância tinham suas garantias muitas vezes limitadas, de direito ou de fato, a verdade, porém, é que hoje todos os juízes, independentemente do grau de jurisdição, desfrutam das mesmas garantias destinadas a assegurar independência e imparcialidade (BARROSO, 2017c, p. 13).

Ao fazer tal afirmação, Barroso demonstra conhecer não apenas o texto constitucional acerca da regra de foro por prerrogativa, mas também o sentido (ou a finalidade) que ele assume no sistema brasileiro. O propósito cuja atualidade o Ministro visa atacar é inteiramente compatível com o texto constitucional e não consiste – ao menos não necessariamente – na concessão de um privilégio, mas no estabelecimento de um modelo de relação entre os poderes. Concorde-se ou não com o mérito da decisão do Constituinte, não se pode afirmar que ela é desprovida de sentido ou que a redação utilizada foi inadequada.

Barroso demonstra conhecer o significado da previsão constitucional na passagem citada. Porém, diante de um texto claro e de uma finalidade razoável que o justifica e se ancora na origem do instituto, o relator, na prática, põe, acima, as razões pelas quais *discorda* do Constituinte. A expressão “infrações penais comuns” é suficientemente precisa para que derive em “crimes cometidos em razão do cargo e durante o seu exercício”, a tal ponto que nem o próprio Ministro (ou qualquer outro) constrói sua argumentação com base na polissemia, na atecnia ou na imprecisão da redação constitucional. Assim, o argumento do relator, ligado às garantias dadas aos magistrados, expressa tão somente seu desacordo com a Constituição, desacordo este que dará origem a uma nova regra, separada do enunciado constitucional.

Chega a ser uma obviedade que, mesmo diante de crimes cometidos sem relação com o cargo, uma regra especial de foro para a autoridade pode ser justificada por um desenho institucional da separação dos poderes. Pode-se discordar do conteúdo político do argumento, mas é de todo *válido* alegar que um parlamentar federal não deve ser julgado por um juiz de primeiro grau, sustentando-se que isso poderia facilitar tanto um uso político do processo judicial pelo magistrado como a influência partidária sobre a jurisdição. É muito fácil, portanto, encontrar esse objetivo no texto constitucional. Mas, como as palavras de Barroso haviam revelado, o objetivo governamental deve “produzir” uma outra interpretação que *funcionalize* o sistema, e isso faz com que razões fortes de direito (calcadas no teor literal e, ainda, numa finalidade legítima que a ele se pode atribuir) se curvem a razões gerenciais, às quais se dá um

contorno jurídico extremamente frágil através do agenciamento estratégico da indeterminação própria aos princípios.

Embora a fragilidade dos argumentos jurídicos do Ministro seja relativamente evidente, enfrentá-los e recuperá-los, como foi feito nos últimos parágrafos, serve não para corrigi-los ou para empreender uma reelaboração dogmática da decisão. Como já esclarecido, a presente pesquisa não tem essa pretensão. O que se deseja fazer, através desse procedimento é demonstrar como a razão governamental pode conformar desde a raiz o discurso judicial, abrindo verdadeiras zonas de anomia através da decisão.

Antes de chegar ao problema da redução teleológica do artigo 102, I, *b*, Barroso afirma que

Não há dúvida de que direitos e princípios fundamentais da Constituição, como o são a igualdade e a república, ostentam uma preferência axiológica em relação às demais disposições constitucionais. Daí a necessidade de que normas constitucionais que excepcionem esses princípios – como aquelas que introduzem o foro por prerrogativa de função – sejam interpretadas sempre de forma restritiva, de modo a garantir que possam se harmonizar ao sistema da Constituição de 1988. (BARROSO, 2017c, p. 14)

Certamente, pesam muitas “dúvidas” acerca dessa conclusão. Na verdade, trata-se exatamente do oposto. A norma-regra do foro, teria, por ser regra, precedência no ato de aplicação. Excepcionar uma regra constitucional em prol da aplicação de princípios ao caso concreto implicaria – isso, sim – em um ônus argumentativo (ver Capítulo 3). O ônus argumentativo cabe, portanto, a quem excepciona a regra (especialmente em se tratando de uma regra constitucional), e não a quem excepciona o princípio, o que é uma completa trivialidade.

Após levantar precedentes do STF (BARROSO, 2017c, pp. 14-17) nos quais foi realizada interpretação restritiva de prerrogativas e competências (o que só reforça a importância do tema tratado neste capítulo), Barroso chega finalmente à afirmação de que

No caso, tais competências constitucionais são sobreinclusivas, já que, ao abrangerem a possibilidade de que autoridades sejam processadas originariamente perante tribunais por ilícitos inteiramente desvinculados de suas funções, distanciam-se da finalidade que justificou a criação da prerrogativa. Por isso, é possível fazer uma “redução teleológica” das mesmas para que sejam interpretadas como aplicáveis somente quanto aos crimes praticados no cargo e em razão dele. (BARROSO, 2017c, pp. 17-18)

Aqui, Barroso argumenta que um foro especial que abrange todas as infrações penais comuns não é compatível com a finalidade da própria regra constitucional e com princípios

constitucionais, o que já foi explorado nos parágrafos anteriores. Ele propõe, a partir disso, uma “redução teleológica” da regra para ajustá-la à finalidade do instituto e a tais princípios (BARROSO, 2017c, p. 17 e ss.), sendo esse conjunto (finalidade do instituto e princípios) que compõe o *telos* apto a reduzir o campo de aplicação do enunciado constitucional.

33. Embora se viesse interpretando a literalidade desse dispositivo no sentido de que o foro privilegiado abrangeria todos os crimes comuns, é possível e desejável atribuir ao texto normativo acepção mais restritiva, com base na teleologia do instituto e nos demais elementos de interpretação constitucional. Trata-se da chamada “redução teleológica” ou, de forma mais geral, da aplicação da técnica da “dissociação”, que consiste em reduzir o campo de aplicação de uma disposição normativa a somente uma ou algumas das situações de fato previstas por ela segundo uma interpretação literal, que se dá para adequá-la à finalidade da norma. Nessa operação, o intérprete identifica uma lacuna oculta (ou axiológica) e a corrige mediante a inclusão de uma exceção não explícita no enunciado normativo, mas extraída de sua própria teleologia. Como resultado, a norma passa a se aplicar apenas a parte dos fatos por ela regulados. A extração de “cláusulas de exceção” implícitas serve, assim, para concretizar o fim e o sentido da norma e do sistema normativo em geral. (BARROSO, 2017c, pp. 18-19)

Como foi visto no Capítulo 3, a “redução teleológica” é associada, a partir da obra de Alexy, à decisão *contra legem* ou ao fenômeno da derrotabilidade das regras. Como visto também, a própria doutrina não consegue estabelecer com clareza limites a esse procedimento. Nesse interstício que se abre, pode posicionar-se um dispositivo jurisdicional de exceção, que é precisamente o que ocorre aqui. Recusando o texto constitucional e recusando finalidades que podem ser legitimamente atribuídas a esse texto, a decisão busca, pela indeterminação dos princípios, pôr uma normalização governamental da realidade. O governo atua jurisdicionalmente para reproduzir uma ordem, o que passa por aperfeiçoar a efetividade da justiça e por conservar a autoridade do Poder Judiciário, substituindo o juízo político do Poder Constituinte: impõe-se uma nova regra constitucional independente da Carta Política, conformando-se uma *constitucionalidade tangencial à Constituição*<sup>179</sup>.

---

<sup>179</sup> Caso o leitor permaneça em dúvida quanto a isso, sugiro que se faça a pergunta: o que o Judiciário produziu, nesses casos, pode ser lido como uma forma de cumprimento da deliberação constituinte? Ou representa seu descumprimento, com a sobreposição judicial de uma regra nova, a partir de um juízo político novo e diverso daquele formulado pelo Constituinte? Penso que os elementos oferecidos nesta tese são suficientes para demonstrar que a segunda hipótese é verdadeira, o que confirma a presença de uma das dimensões do conceito de exceção. Penso ainda que essa pergunta simples, que consiste em interrogar se uma decisão pode ser vista ou não como forma de cumprimento da decisão legislativa, tem recuperado seu potencial explicativo. Por mais simples que pareça, ela permite, por vezes, ajustar a análise das funções estatais e realizar uma distinção relevante. Isso porque há casos – como o HC 126.292 e a AP 937 – em que a posição sobrelegal ou sobreconstitucional dos tribunais é simplesmente evidente.

A produção de uma regra constitucional nova e conceitualmente independente da deliberação constituinte remete, inevitavelmente, à atuação do STF como poder constituinte permanente, através da multiplicação de mutações constitucionais. A *Constituição mutante* ou o *constitucionalismo mutante*, que emerge da alternância entre regra e exceção, faz-se inteiramente visível na AP 937 e no HC 126.292. Embora as referências, jurisprudenciais e doutrinárias, à mutação constitucional refiram-se, ordinariamente, a uma mutação da interpretação da Constituição, o fenômeno se realiza, nesses casos, como uma mutação da própria Constituição, efetivamente. Transforma-se, permanentemente e imprevisivelmente, a decisão originária a partir de uma estratégia político-governamental e configura-se, assim, um direito polimórfico, um direito em constante redefinição e, no fundo, sem forma definida. Não se trata, simplesmente, de impor outra forma ao direito, mas de modificá-lo incessante e continuamente, privando-o de uma morfologização minimamente estável. Em relação à mutação constitucional, o Ministro Barroso aponta, nas suas antecipações ao voto:

Eu acho e o Ministro Celso tem defendido o que eu identificaria como uma mutação constitucional em sentido técnico, que é quando uma corte constitucional muda um entendimento consolidado, não porque o anterior fosse propriamente errado, mas porque a realidade fática mudou, ou porque a percepção social do Direito mudou, ou porque as consequências práticas de uma orientação jurisprudencial revelaram-se negativas. E penso que as três hipóteses que justificam a alteração de uma linha de interpretação constitucional estão presentes aqui. (BARROSO, 2017a, p. 07)

Em seguida, o Ministro se refere às três razões justificadoras da mutação constitucional. Em primeiro lugar, fala de uma “mudança na realidade fática”, pois haveria, em 2017, “mais de quinhentos” processos criminais perante o STF, “uma realidade que nunca ninguém imaginou” (BARROSO, 2017a, p. 07). Em segundo lugar, teria havido uma “clara mudança na percepção de qual seja o melhor direito” (afirmação que não é esclarecida nessa passagem) e, em terceiro<sup>180</sup>, o mal funcionamento do sistema, que resultaria na já mencionada “humilhação” do Supremo (BARROSO, 2017a, p. 07). A ineficiência do modelo, que abarrotava o tribunal, causa, portanto, uma metamorfose não da interpretação constitucional, mas da própria Constituição. O saldo que se extrai, portanto, é o de uma razão governamental que transforma permanentemente a morfologia do direito, a partir da promoção de uma indistinção entre interno e externo.

---

<sup>180</sup> O Ministro não se refere explicitamente a esse fator como a terceira razão justificadora da mutação constitucional, mas é possível depreender, pelo seu texto, que se trate disso.

Para que isso se opere, é necessário que o discurso judicial seja permeado por paradoxos. É o que se vê quando Barroso afirma que “é uma boa hora de nós repensarmos essa interpretação, penso que para dar uma interpretação que se tornou mais consentânea com a Constituição” (BARROSO, 2017a, p. 07). Como uma decisão que confronta a deliberação constituinte pode ser “mais consentânea com a Constituição”? A decisão com força-de-Constituição torna-se, com isso, mais constitucional do que a própria regra prevista pela Constituição.

Tentei demonstrar ao leitor até aqui que toda a argumentação de Barroso só faz sentido se considerada a premissa de que o sistema penal sob o foro especial não funciona. Sem os números, são impensáveis os argumentos jurídicos do relator, segundo os quais o foro, na forma como previsto pela Constituição, contradiria a finalidade do próprio instituto e princípios constitucionais (igualdade e república). Apenas porque as estatísticas apontam a “disfuncionalidade” do sistema, é que o foro, ao alcançar todas as infrações penais comuns, redundaria em *privilégio* – em proteção da pessoa e não do cargo. Seria vantajoso (ou seja, um *privilégio*) ser julgado originariamente por tribunal superior, uma vez que tais tribunais não conseguem dar conta da demanda penal que os assola. O movimento da argumentação de Barroso consiste, portanto, fundamentalmente, em atestar a “disfuncionalidade” do sistema e buscar impor uma norma governamental apta a corrigi-la, ou seja, trata-se de decidir de acordo com um imperativo de normalização governamental. Os conceitos jurídicos e a própria disposição constitucional são lidos e modificados a partir desse axioma de governo, uma espécie de meta-critério apto a animar e transformar todo o modo de produção de verdades jurídicas.

Essa análise é confirmada sempre que o Ministro afirma uma tarefa, um objetivo, uma espécie de *missão* ou uma verdadeira *cruzada* (para utilizar o termo ao qual o ex-juiz Sérgio Moro recorre em um artigo do qual se falará no próximo capítulo – Tópico 6.8) que o STF atribui a si próprio. Estabelecido o fim, deve-se recorrer aos meios necessários à sua viabilização, nos termos da *regra técnico-objetiva de ação* schmittiana (ver Capítulo 2). A relação com o direito positivo é puramente instrumental, e a resposta jurídica mais adequada somente é encontrada como uma derivação da resposta político-gerencial.

Numa primeira análise, pode-se falar na emergência, por essa via, de *argumentos jurídicos frágeis* ou em *razões fracas de direito*. Mas, no fundo, trata-se de uma espécie de *fragilidade estratégica*, ou melhor, de toda uma redefinição acerca da natureza do argumento jurídico, a qual, recusando uma pretensão de autonomia elevada do direito, faz com que esses argumentos extraiam sua força a partir do governo. O argumento jurídico forte, assim, separa-se da semântica e da deliberação legislativa em geral, e passa a nutrir-se da norma



governamental de maximização da eficiência. Esse é o novo tipo de *razão jurídica forte* que um processo de governamentalização da justiça pode impor.

Nesse sentido, o direito positivo não pode ser tomado sequer como um limite, já que ele é constantemente derrotado pela decisão. Ele consiste, em geral, em uma variável do cálculo político e, dessa forma, em um potencial *custo*. Afinal, o cálculo governamental pode apontar que um dispositivo de exceção traria maiores benefícios e menores prejuízos do que uma aplicação demasiadamente onerosa da regra. Nesse caso, a imposição da normalização de governo coincide com uma relação de exceção.

Se o direito positivo aparecesse efetivamente como um limite ao cálculo governamental, este ainda assim poderia realizar-se por dentro da jurisdição. De fato, Barroso quer convencer o leitor de que seu discurso judicial está situado dentro de tais limites. Sua *missão governamental* estaria, assim, previamente constrangida pela Constituição. Uma governamentalização do direito e da justiça não estaria excluída por esses termos, visto que, a partir da governamentalidade, seria definida a melhor interpretação do direito, nos marcos da deliberação legislativa. No entanto, o que busco demonstrar é que, na AP 937 e no HC 126.292, a norma governamental coincide com um estado de exceção atípico, revelando que o direito positivo, menos que o limite, representa tão somente um possível custo às tarefas de governo. Embora os ministros sempre aleguem situar sua interpretação como uma entre as possíveis, o contexto argumentativo em que essa afirmação se insere não permite de modo algum identificar tais limites em que a interpretação deveria estar inscrita. Assim, as decisões judiciais como as que se encontram nos dois casos citados (HC 126.292 E AP 937) se separam da decisão constituinte, enquanto os magistrados continuam a afirmar que estão apenas elegendo uma das possibilidades hermenêuticas.

Vejam-se a seguir algumas das afirmações de Barroso que se ligam ao desenvolvimento de uma *missão* por parte do tribunal. Na passagem abaixo, fica claro um objetivo político a ser concretizado através do caso. Trata-se de realizar o “interesse” do “Supremo”, do “país” e “da sociedade brasileira”:

Portanto, essas manifestações, quer do Ministro Celso de Mello quer da doutrina, me inspiraram a trazer essa discussão para o Supremo Tribunal Federal, porque penso que é do interesse do Supremo e é o interesse do País e é o interesse da sociedade brasileira, uma demanda da sociedade brasileira, rever e repensar esta matéria. (BARROSO, 2017a, p. 09)

Adiante, a mesma ideia é vinculada ao que se trabalhou, a partir do artigo de Barroso (Capítulo 3), enquanto o exercício de uma função representativa por uma Suprema Corte. Note-

se que, aí, o discurso do Ministro passa a ideia de que a Constituição funciona como um *limite* à decisão, ideia esta absolutamente recorrente em seus votos:

Estou convencido, Presidente, de que esta é a melhor interpretação da Constituição. É a melhor para o Supremo Tribunal Federal. É a melhor para a sociedade brasileira. É a posição que corresponde ao anseio da sociedade brasileira. E sempre que é possível interpretar a Constituição de modo a atender os anseios da sociedade, se isso for compatível, e sobretudo se esta for a interpretação mais adequada da Constituição, não há por que hesitar em escolher este caminho. (BARROSO, 2017a, p. 18)

Mas as duas citações abaixo são mais relevantes. Nelas, emerge uma verdadeira tarefa judicial biopolítica, que consistiria na *cura* do organismo social.

A sensação para o jurisdicionado e para a justiça em geral é muito ruim, porque muitas vezes é preciso recomeçar, as coisas demoram. Como disse, não me é indiferente. A Justiça está para a alma como a saúde está para o corpo. Portanto, se a Justiça não estiver funcionando, há alguma coisa de não saudável em uma sociedade. Se não está funcionando, precisamos fazer alguma coisa. (BARROSO, 2017a, p. 17)

Realizar a normalização governamental através da decisão judicial equivale, dessa maneira, a sanar uma anormalidade, uma patologia social. A disfuncionalidade do sistema consiste numa doença que aflige a ordem governamental neoliberal, e é o magistrado-médico aquele que, a partir dos fenômenos empíricos que dão os contornos do objeto de sua intervenção, deve usar os meios necessários para que se devolva ao organismo sua saúde. No caso, trata-se de derrotar uma regra constitucional patogênica, quando o contrário poderia configurar verdadeira iatrogenia, ou seja, uma situação na qual a intervenção médico-judicial implicaria em danos (custos) superiores às vantagens (benefícios).

Para Barroso, é necessário “enfrentar esse sistema naquilo que esteja ao nosso alcance”, ou seja, *a missão de normalizar a ordem governamental neoliberal precede à aplicação de regras constitucionais positivadas*.

E penso que a impunidade, em geral, no Brasil, decorrente de um sistema punitivo ineficiente – não apenas aqui, é preciso reconhecer, mas ineficiente de uma maneira geral - fez com que o Direito Penal perdesse, no Brasil, o seu principal papel, que é o de funcionar como prevenção geral. As pessoas não praticam crimes pelo temor, muitas vezes, de que vão sofrer uma consequência negativa. Ou alguém acha que os americanos adoram pagar tributos? Eles pagam – e aplicadamente – porque há consequências reais na hipótese de sonegação deliberada. Pois nós criamos um Direito Penal que, por ser incapaz de colher qualquer pessoa que ganhe mais de cinco salários mínimos, produziu um país de ricos delinquentes, porque as pessoas são honestas se quiserem, porque, se não quiserem, também não acontece nada.

Portanto, é preciso enfrentar esse sistema naquilo que esteja ao nosso alcance. (BARROSO, 2017a, p. 06)

Nessa última citação, é possível notar que emerge novamente o problema do modo de subjetivação, que foi explorado ao final do capítulo 4. O encontro entre eficiência e pena, neoliberalismo e punição, é indissociável do sistema de cálculos que organiza a vida de um *homo oeconomicus*. Toda essa economia jurisdicional se organiza a partir de um modelo de sujeito cujo comportamento é o efeito de um conjunto de apreciações de riscos e vantagens, ganhos e perdas possíveis, custos e benefícios. A norma da eficiência, assim, *monta* o homem neoliberal, e o que cabe a uma jurisdição que reconhece e produz essa subjetivação é impor custos adicionais e reduzir benefícios ao empreendimento criminoso.

Para finalizar a análise dos argumentos do relator, gostaria de tecer comentários sobre duas questões. Em primeiro lugar, e recuperando um apontamento feito no Capítulo 3, parece-me que, mais grave do que uma decisão que suspende a norma para salvar a ordem, é aquela que suspende a norma apenas para aperfeiçoar a ordem. Na AP 937, não se encontra o apelo extremo à prevenção de uma catástrofe completa. Mas desaplicar a Constituição para proteger a credibilidade do tribunal, para incrementar a eficiência da tutela penal e para reduzir a impunidade apenas demonstra uma perda de relevância ainda maior do direito positivo perante a decisão e, conseqüentemente, revela toda a potência da exceção. Quer dizer, na AP 937, sequer é necessário alegar o objetivo de evitar a completa dissolução da ordem: basta afirmar a pretensão de assegurar seu melhor funcionamento para afastar a regra.

Em linhas gerais, o caso aqui tratado sintetiza a maneira como a exceção pode ser posta em funcionamento pelo Poder Judiciário. Quando a derrota da regra se realiza, judicialmente, para efetuar a conservação ou o aperfeiçoamento da ordem, a partir do diagnóstico da crise ou da disfunção de um modelo vigente de governo, é aí que se encontra um dispositivo jurisdicional de exceção. É quando tal caracterização se apresenta que podemos falar em um estado de exceção atípico: sempre que a decisão se separa da regra e a supera a partir de uma articulação com os pressupostos de funcionamento regular de uma ordem-população.

Cabe ainda um último comentário, relativo ao problema da guarda da Constituição. Chama a atenção o fato de que, tanto no HC 126.292 como na AP 937, o STF invoque para si a função de guardião da Constituição e o faça desaplicando a Carta Política. Os ministros alegam que o tribunal foi instituído precipuamente para guardar a Constituição, e não para julgar os crimes cometidos por outras autoridades (AP 937) ou para apreciar recursos em matéria penal (HC 126.292). Para fazer valer esse entendimento, no entanto, precisam colocar-

se acima da Constituição e redefinir as próprias competências em concorrência direta com o constituinte. Esse paradoxo apenas confirma a tese de que o STF tem promovido uma indiscernibilidade entre *guarda* e *suspensão* da Constituição, a partir do qual o que se guarda não é a norma constitucional, mas uma ordem constitucional e, sob esse deslizamento, guarda-se o funcionamento da ordem social sobre a qual ela repousa. O STF *desaplica a Constituição para guardá-la e guarda a Constituição ao desaplicá-la*.

## 5.2 OS VOTOS DE FUX, ROSA WEBER, CELSO DE MELLO, CÁRMEN LÚCIA E FACHIN

Como dito na abertura do presente capítulo, Barroso foi integralmente acompanhado por Luiz Fux, Rosa Weber, Celso de Mello, Cármen Lúcia e Edson Fachin. O Ministro Fux abre seu voto afirmando que

a matéria relativa à chamada competência por prerrogativa de função é regulada exclusivamente pela Constituição Federal e o texto constitucional, em uma acepção literal, limitou-se a correlacionar a hipótese especial de competência absoluta ao cargo exercido pelo agente, sem especificar, portanto, quanto à eventual necessidade de concomitância temporal e pertinência temática entre, respectivamente, o fato praticado e as funções públicas inerentes ao cargo ou, por outro lado, quanto à necessidade de eventual concomitância temporal entre o exercício do cargo e o processamento da ação penal cujo foro especial se tenciona observar. Nesse contexto, a maior ou menor amplitude de tal interpretação, independentemente da necessidade de qualquer alteração no texto constitucional, dependerá, em cada momento histórico, do exercício de hermenêutica constitucional que, sobre ela, realizarem os operadores jurídicos, com especial ênfase ao papel que deve ser desempenhado por este Supremo Tribunal Federal não apenas na condição de guardião do texto constitucional, como também enquanto Corte que deve zelar pela preservação da unidade e concordância prática das normas constitucionais. (FUX, 2017, p. 01)

Os limites do procedimento que Fux abre com essas palavras são inteiramente imprevisíveis. O magistrado reconhece os termos trazidos pelo texto e levanta que ele deixou de “especificar” se, para a aplicação do foro especial, seria necessário que o crime fosse cometido durante o exercício do mandato e em razão do cargo. Sendo assim, cabe à corte, “independentemente de qualquer necessidade de alteração no texto constitucional”, definir a “amplitude” do instituto. Isso significa que a inclusão de cláusulas de exceção no texto da Constituição (assim como a interpretação extensiva) é um poder que, a qualquer momento, pode ser exercido pelo Supremo – lembre-se aqui do *unless* implícito a toda regra, nos termos de

Hart. Embora o dispositivo constitucional seja suficientemente claro (incidindo sobre o conjunto das infrações penais comuns), o Ministro reclama de uma falta de “especificidade”, a qual permitiria que o texto fosse livremente manipulado pelo aplicador do direito. É praticamente impossível determinar de antemão os limites da atuação de uma corte que traz para si tamanho poder.

O Ministro passa então a sustentar a necessidade de se operar uma mutação constitucional. Situa o fenômeno como espécie do gênero da “mudança constitucional”, dentro do qual se posicionaria ao lado da “reforma constitucional”, para, então defini-la como o processo em que sob “nova concepção sócio-jurídica que a coletividade possa construir acerca de um determinado objeto da realidade, o sentido de uma norma constitucional passe, sem qualquer alteração de texto, a receber interpretação diversa da que (...) era predominante” (FUX, 2017, p. 02).

Fux cita que o precedente da ADI 4277 (a partir da qual o STF reconheceu juridicamente as uniões estáveis homoafetivas) formou-se “não apenas (...) sem qualquer alteração expressa do texto constitucional, como também, em verdade, o foi em relativa **desconsideração à literalidade do enunciado formal**” (FUX, 2017, p. 04, grifo nosso). Em seguida, liga a mutação ao conceito de força normativa da Constituição.

Trata-se, em suma, de atribuir força normativa à Constituição por meio da preservação da unidade constitucional e, ao mesmo tempo, pela adequação da interpretação do texto constitucional às concepções axiológicas reputadas como prevalentes na sociedade à época que o exercício hermenêutico é realizado, ponto último este que merece ser enfatizado (FUX, 2017, p. 08)

É interessante notar que o conceito de força normativa da Constituição (HESSE, 1991) consiste, na realidade, em uma teoria acerca do modo de relação entre fato e texto constitucional, a partir da qual se estrutura um modo de compreender as condições dentro das quais pode ter lugar, efetivamente, uma regulação constitucional da realidade. Não se trata de pura afirmação de precedência da norma (como os termos que compõem o conceito poderiam sugerir), tampouco da precedência unilateral do fato. Em crítica à concepção lassaliana, segundo a qual “os fatores reais de poder formam a Constituição real do país” (HESSE, 1991, p. 09), Hesse sustenta que

Definem-se, ao mesmo tempo, a natureza peculiar e a possível amplitude da força vital e da eficácia da Constituição. A norma constitucional somente logra atuar se procura construir o futuro com base na natureza singular do presente. Tal como exposto por Humboldt alhures, a norma constitucional mostra-se eficaz, adquire poder e prestígio se for determinada pelo princípio da

necessidade. Em outras palavras, a força vital e a eficácia da Constituição assentam-se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo, o que possibilita o seu desenvolvimento e a sua ordenação objetiva. A Constituição converte-se, assim, na ordem geral objetiva do complexo de relações da vida. Mas, a força normativa da Constituição não reside, tão-somente, na adaptação inteligente a uma dada realidade. A Constituição jurídica logra converter-se, ela mesma, em força ativa, que se assenta na natureza singular do presente (*individuelle Beschaffenheit der Gegenwart*). Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas. A Constituição transforma-se em força ativa se essas tarefas forem efetivamente realizadas, se existir a disposição de orientar a própria conduta segundo a ordem nela estabelecida, se, a despeito de todos os questionamentos e reservas provenientes dos juízos de conveniência, se puder identificar a vontade de concretizar essa ordem. Concluindo, pode-se afirmar que a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes na consciência geral — particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional —, não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*). ( HESSE, 1991, pp. 18-19)

Para Hesse, portanto, a Constituição pode adquirir força normativa desde que mantenha aderência aos princípios estruturantes de uma ordem social – como ele afirma, através da “sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo”. Não se trata, então, de uma afirmação unilateral do poder dirigentes das Leis Fundamentais, mas de uma certa maneira de articular direito e fato, a qual recusaria o entendimento factualizante de Ferdinand Lassale.

Não deixa de ser curioso, como dito, que o conceito de força normativa da Constituição, na sua origem, enfatize intensamente os limites dessa mesma força. Mas, deixando de lado a possível crítica ao conceito tal como delineado por Hesse, o que o voto de Luiz Fux põe é algo ulterior. Trata-se de um paradoxo, no qual a força normativa da Constituição é utilizada para reforçar simbolicamente uma decisão com força-de-Constituição. O conceito passa a denotar exatamente o contrário do que seus termos sugerem, conferindo força normativo-constitucional aos fatos e a uma decisão (binômio decisão-ordem) que confronta e derrota a regra constitucional. As “concepções axiológicas reputadas como prevaletentes na sociedade à época que o exercício hermenêutico é realizado” (de que fala Fux) e a decisão que as reconhece são dotadas, assim, de uma *força normativa da Constituição*, e o conceito hessiano pode ser finalmente aplicado de forma a consagrar aquilo (a teoria lassaliana) que o autor critica na primeira linha do seu trabalho.

A mutação constitucional liga-se, portanto, à força normativa da Constituição, a qual, por sua vez, remonta às “concepções axiológicas prevaletentes” e ao “clamor social”. Este último, o clamor da população, apenas atestaria a impunidade produzida pelo sistema penal

quando aplicado o foro especial. Em última instância, portanto, a mutação constitucional se deve à ineficiência, novamente (assim como no voto do relator) convertida em fonte matricial do discurso jurídico.

Diante de tal quadro, não se pode deixar de apontar que, atualmente, o justificado clamor social de combate à corrupção e à impunidade não se mostra compatível, quando ausentes justificativas outras de cunho político-institucional, com a prerrogativa tida, a partir de um exercício hermenêutico ampliativo, como prevista pela Constituição Federal de estender a competência especial por prerrogativa de função às hipóteses em que a autoridade não mais se encontra no exercício do cargo que justificara o privilégio processual. Não se trata, convém destacar, de expressar concordância à visão do senso comum de que as autoridades receberiam tratamento especial privilegiado quando julgadas por Tribunais de maior hierarquia. Trata-se, diferentemente, de reconhecer concordância à visão, também partilhada pelo senso comum, de que o foro especial por prerrogativa de função, quando indevidamente generalizado, acaba se constituindo como fonte de impunidade, mormente pelas dificuldades processuais e estruturais de evitar o advento da prescrição da pretensão punitiva. Estas dificuldades, percebidas pelo leigo, podem, porquanto concretas, ser confirmadas pelo técnico. (...) Por outro lado, no plano estrutural, são conhecidas as dificuldades suportadas, mormente pelos Tribunais Superiores, de suportar o volume de ações penais originárias a que são submetidos a partir da adoção de uma concepção indevidamente ampliativa da prerrogativa de foro. Ao fazê-lo, como é cediço, tais Tribunais são obrigados a deslocar a sua já reduzida estrutura de pessoal – porquanto idealizada para o enfrentamento de demandas jurisdicionais de outra natureza – para o enfrentamento prioritário de ditas ações originárias, o que não apenas se afigura como insuficiente para que tal enfrentamento se dê em tempo célere – vide os longos meses de tramitação da Ação Penal 470 – como também prejudica o enfrentamento de demandas jurisdicionais que deveriam ser prioritárias no âmbito de uma Corte Constitucional, como o controle concentrado de constitucionalidade e o julgamento dos recursos extraordinários com repercussão geral reconhecida. Em suma, é latente o sentimento social que relaciona, com razão, a interpretação ampliativa das hipóteses de cabimento da competência especial por prerrogativa de função à impunidade. (...) Esta legitimidade [dos agentes políticos], acredita-se, de acordo com o referido sentimento popular, só se entra presente quando a impunidade não é a regra para autoridades que pratiquem ilícitos penais no exercício de sua função pública. (FUX, 2017, pp. 09-10)

O que estrutura todo o voto, então, assim como ocorreu com Barroso, é a impunidade gerada pela ineficiência do sistema de foro especial instituído pela Constituição de 1988. Retire-se essa peça e todo o edifício argumentativo desmorona. Há mais, no entanto, a ser explorado na passagem acima. O texto de Fux remete àquilo que Barroso chama, em seu artigo, de função representativa dos tribunais. Ao mesmo tempo, demonstra que o senso comum de justiça, embora consista num dado da realidade, precisa ser verificado, testado, governamentalmente

filtrado. Penso que o que se esboça acima é o modo de relação entre o sentimento majoritário de uma população e a norma governamental de maximização da eficiência. O primeiro é um dado da realidade, que se deverá enfrentar ou acatar – e em certa medida, também, produzir para instrumentalizar; a segunda é, de fato, um critério de normalização. Por isso, é a última que deve prevalecer, sempre que possível, enquanto o clamor social apenas figura como elemento empírico, como parte da dimensão factual – a factualidade não é apenas matéria bruta, mas também o conjunto de representações que compõem a vida de uma população. Ele, o clamor dos viventes, é assimilado no cálculo de *custo x benefício* que conforma a decisão governamental, pois há sempre mais custos em fazer valer uma decisão impopular; mas não configura em si, *norma*.

Deve-se notar, ainda, na passagem acima, algo que passa pelo voto de diversos ministros. Trata-se de tomar a interpretação literal do dispositivo constitucional como “concepção ampliativa”, como “exercício hermenêutico ampliativo” ou como “interpretação ampliativa das hipóteses de cabimento” (FUX, 2017, p. 09) do foro por prerrogativa de função. Nesse sentido, o Ministro Barroso sustenta que, de acordo com a diretriz hermenêutica, deve-se realizar “interpretação restritiva das exceções”. Obviamente, a aplicação do foro ao conjunto das infrações penais comuns nada amplia, apenas mantém os termos constitucionais, podendo ser classificada, quanto à sua extensão, enquanto interpretação declarativa (nem extensiva, nem restritiva). A tentativa de abordar a interpretação literal-declarativa como uma concepção extensiva não pode ser entendida a não ser como uma falácia a partir da qual os ministros atribuem ao entendimento contrário um exagero a ser combatido<sup>181</sup>.

A Ministra Rosa Weber também acompanhou integralmente o voto do relator. Em voto brevíssimo (são apenas duas laudas), ela basicamente sustenta que (1) houve “progressiva ampliação do foro especial no desenvolvimento da história constitucional brasileira (WEBER, 2017, p. 01), ressaltando o número de agentes (“cerca de 800”) cujo julgamento deve ser realizado pelo STF; (2) considera “presentes as hipóteses reveladoras de mutação constitucional” (WEBER, 2017, p. 01), ao que retornarei adiante; (3) já havia manifestado

---

<sup>181</sup> De todo modo, deve-se observar que essa confusão entre interpretação restritiva e declarativa, presente no voto de Barroso, produz consequências simplesmente espalhafatosas. O Ministro não pode afirmar que simplesmente tomou a interpretação restritiva como sinônimo de interpretação declarativa ou estrita (a diretriz hermenêutica aponta, na verdade, que as exceções devem ser interpretadas *estritamente* – *exceptiones sunt strictissimae interpretationis*), já que ele combate, na AP 937, o argumento literal. Ou seja, a noção de interpretação restritiva remete necessariamente, em seu discurso, a uma redução do campo de aplicação do texto normativo, se considerados os seus significados mínimos. Imagine-se, então o absurdo que se configuraria caso realmente vigorasse uma diretriz hermenêutica segundo a qual as exceções merecessem tal interpretação *restritiva*: os intérpretes do direito deveriam identificar sempre uma maneira de incluir cláusulas de exceção no texto legal e, caso não o fizessem, contrariariam o brocardo. O fato de o Ministro sustentar tal posição publicamente demonstra não apenas uma atecnia, mas também sua enorme tolerância com o excepcionamento da Constituição.



anteriormente, em sessão da 1ª Turma, que o foro funcional, instituto pelo qual a Ministra não teria a “menor simpatia”, só se justificaria para proteger o cargo e não a pessoa. Afirma ainda que (4) há precedentes da Corte no que se refere à possibilidade de “restrição teleológica” (WEBER, 2017, p. 02) e (5) que se devem considerar, assim como o fez o relator, os “princípios republicano e da igualdade” (WEBER, 2017, p. 02).

Nesse curtíssimo voto, contudo, não deixa de estar presente, com vigor, o acatamento a uma perspectiva gerencial da justiça. A Ministra afirma que

Reputo presentes as hipóteses reveladoras de mutação constitucional, seja pela mudança da realidade fática, seja pela mudança na percepção de qual seja a melhor exegese, seja pelas consequências práticas da orientação dominante, geradoras de impunidade e mesmo de desprestígio ao Judiciário, na esteira do voto do Relator. A disfuncionalidade do sistema vigente é manifesta. (WEBER, 2017, p. 01)

Assim, é repisada a alegação de uma mutação constitucional e a observação das “consequências práticas da orientação dominante”, com destaque para a “impunidade” e “desprestígio ao Judiciário”. Reafirma-se, enfim, a “disfuncionalidade” do modelo a superar, confirmando-se, com isso, a força que uma razão governamental apresenta ao estruturar o discurso judicial. Não deixa de ser revelador que se considere legítimo que isso possa ser realizado a partir de voto tão conciso, em que o esforço de justificação representa grandeza inversamente proporcional ao confronto que se estabelece com uma deliberação constituinte.

A Ministra Cármen Lúcia também não apresentou qualquer divergência em relação ao voto de Barroso. A magistrada, então presidente da Corte, inicia sua exposição recuperando o argumento segundo o qual a interpretação literal do artigo instituiria um privilégio<sup>182</sup>— vimos como, desde o voto de Barroso, essa tese só se viabiliza quando articulada à defesa da ineficiência do modelo vigente. Em seguida, Cármen Lúcia aponta que a Constituição “estabelece normas não exaurientes quanto ao alcance do foro por prerrogativa de função, as quais precisam ser submetidas à interpretação judicial” (ROCHA, 2017, p. 09), afirmação esta que não é objeto de qualquer efetiva justificação. O que se segue a isso é um conjunto de citações de diversos constitucionalistas, sempre no sentido de afirmar o papel construtivo do intérprete (ROCHA, 2017, pp. 09-10; 15-17). Longe de configurarem um levantamento rigoroso dos problemas de hermenêutica jurídica, o que se pode notar, através do HC 126.292 e da AP 937, é que a exposição de elementos conceituais relativos ao conceito de interpretação cumpre tão somente um papel de legitimar um poder ilimitado a ser exercido pelo jurista-

---

<sup>182</sup> A Ministra afirma que “o tratamento diferenciado não é dispensado à pessoa, mas sim à função ou cargo público exercido por ela. Fosse para distinguir pessoa ter-se-ia estabelecido privilégio incompatível com o princípio republicano” (ROCHA, 2017, p. 08).

intérprete. Não há nenhum tratamento consistente desses problemas, mas tão somente uma exaltação do aplicador do direito, pois a Constituição é o que ele diz que é. Ao final dessas lições, é citada a seguinte passagem da obra de Paulo Bonavides:

A interpretação da constituição é parte extremamente importante do Direito Constitucional. O emprego de novos métodos da hermenêutica jurídica tradicional fez possível uma considerável e silenciosa mudança de sentido das normas constitucionais, sem necessidade de substituí-las expressamente ou sequer alterá-las pelas vias formais da emenda constitucional. (...) Evidentemente, quando o sistema entra em crise e demanda rápidas reformas, todo o edifício constitucional estremece. Suscita-se então o problema de acomodar a Constituição com a realidade a que ela responde ou serve de instrumento. Quanto mais rígida a Constituição, quanto mais dificultosos os obstáculos erguidos a sua reforma, mais avulta a importância da interpretação, mais flexíveis e maleáveis devem ser os seus métodos interpretativos, em ordem a fazer possível uma perfeita acomodação do estatuto básico às exigências do meio político e social. Do contrário, com a Constituição petrificada, teríamos a rápida acumulação de elementos de crise, que sempre prosperam e rompem, por vias extraconstitucionais, o dique de formalismos e artifícios levantados nos textos pela técnica das Constituições. Desaconselhada a operação constituinte direta, em razão dos traumas que pode acarretar, ou bloqueado pela rigidez do processo revisor o apelo ao poder constituinte, só resta a via hermenêutica como a mais desimpedida de obstáculos à preservação da ordem constitucional. Ocorre então a mudança tácita da Constituição por obra de intérpretes. Excluída a via excepcional do golpe de Estado ou do apelo extremo aos recursos revolucionários, a ordem constitucional, quando se lhe depara o imperativo de renovação a que se acha sujeita, pode perfeitamente atender essa necessidade por três caminhos normais: o estabelecimento de uma nova Constituição, a revisão formal do texto vigente e o recurso aos meios interpretativos. Mediante o emprego de instrumentos de interpretação, logram-se surpreendentes resultados de alteração de sentido das regras constitucionais sem que todavia se faça mister modificar-lhe o respectivo teor. De sorte que aí se combina a preservação da Constituição com o deferimento das mais prementes e sentidas exigências da realidade social” (Bonavides, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 14a Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004, 458-459 APUD ROCHA, 2017, pp. 15-16).

Os termos que Bonavides utiliza – e aos quais recorre Cármen Lúcia – são, no mínimo, sugestivos. O apelo a uma situação de crise a ser solucionada pela interpretação constitucional; a aproximação relativa entre esse procedimento e o “golpe de Estado” e a revolução; a menção a uma mudança tácita não da interpretação constitucional, mas da própria Constituição, assim como aos “surpreendentes resultados de alteração do sentido das regras constitucionais sem que todavia se faça mister modificar-lhe o respectivo teor”: tudo isso ocorre para que se dê a “preservação da ordem constitucional”, numa fórmula em que “se combina a preservação da Constituição com o deferimento das mais prementes e sentidas exigências da realidade social”.

Quando tal passagem é lida no quadro do voto da Ministra, não resta dúvidas que os magistrados exploram estrategicamente as indeterminações próprias à hermenêutica jurídica para efetivamente refazer a deliberação constituinte. Esse é o sentido da mutação constitucional nos casos analisados nesta tese. Ao mesmo tempo, como revela a citação juntada por Cármen Lúcia, os ministros, ainda que indiretamente (ou mesmo inconscientemente), absorvem aquilo que compõe o estado de exceção, ou seja, estão atentos à forma como sua argumentação pode vincular-se à conservação e ao bom funcionamento da ordem que governam, separando-se dos enunciados produzidos pelo Constituinte e realizando não uma guarda das normas, mas da ordem constitucional, que se faz indistinguível da suspensão da própria Constituição.

A Ministra, assim como o fizeram Barroso e Fux, insiste em sustentar que a interpretação literal da Constituição conformaria uma interpretação extensiva, defendendo que se adote uma “hermenêutica mais restritiva” (ROCHA, 2017, p. 17). Passa, então, à afirmação da necessidade de uma ponderação de princípios que estariam em conflito: a igualdade e o republicano, este último entendido como proteção da função pública (ROCHA, 2017, p. 18). É notável que a Ministra, em meio a esse procedimento e reconhecendo tacitamente o quão drástico é o novo entendimento, chegue a abordar o problema da inconstitucionalidade de normas constitucionais. Ela afirma que o foro especial “foi constitucionalmente prevista pelo Poder Constituinte Originário, pelo que não se há cogitar de sua inconstitucionalidade” (ROCHA, 2017, p. 20) e lança, em seguida, longa passagem referente ao julgamento da ADI 815, no qual o STF fixou que não há hierarquia entre normas constitucionais originárias.

Não sendo possível declarar diretamente a Constituição inconstitucional, resta fazê-lo indiretamente, mediante o agenciamento estratégico dos princípios. A ponderação é conduzida de maneira inteiramente obscura. Em primeiro lugar, soma-se uma citação que trata a aplicação da máxima da proporcionalidade como verdadeira análise de *custo x benefício*.

(...) para que possa fazer uma avaliação sobre qual direito fundamental deverá ter prevalência em caso de conflito, o aplicador do direito deverá fazer uma avaliação equacionada da situação (do caso concreto) objetivando verificar se de fato a medida original a ser adotada apresenta uma leitura que considera o direito fundamental preservado mais importante do que o seu rival, uma vez que traria um benefício superior para a comunidade do que se adotasse uma interpretação que voltasse para a maior proteção do outro direito fundamental” (Fernandes, Bernardo Gonçalves. Curso de direito constitucional. 5a Ed. Salvador: Editora Jus Podivm. Fls. 234 e 235 APUD ROCHA, 2017, p. 22).

Como se vê, o procedimento consistiria em encontrar “o maior benefício à comunidade”. No Tópico 6.4, retornarei ao problema do sopesamento como análise de *custo x benefício*. Mas a uma lógica de governo, é completamente natural assimilar a máxima da

proporcionalidade nesses termos. Trata-se de injetar no direito e na justiça o cálculo econômico, que, assim como Foucault já havia notado, busca remodelar e reprogramar todas as ações racionais e mesmo as ações não racionais adotadas por homens e mulheres em sociedade. Na mesma medida em que se busca maximizar os benefícios e minimizar os custos, elevando a eficiência, a decisão se converte em meio para um fim, ligado à normalização governamental da vida.

O sopesamento realizado pelo voto sequer classifica conceitualmente o enunciado decisivo para o deslinde do caso, contido no artigo 102, I, *b*, da Constituição, o qual evidentemente consubstancia uma norma-regra. Passa-se simplesmente à ponderação dos princípios, o que pressupõe, em si, a derrota da regra constitucional. E, embora tenha juntado uma citação de precedente que afirmava a ausência de hierarquia entre normas constitucionais, Cármen Lúcia aponta que

O princípio central do constitucionalismo adotado no Brasil da igualdade de todos na lei impede a distinção sem causa e a diferenciação entre os indivíduos deve ser excepcionalíssima e feita com excepcional cuidado e restrição. Aplicando-se à jurisdição, tem-se serem todos obrigados a se submeterem ao poder jurisdicional do Estado, exercido inicialmente pelo juiz de primeiro grau e, apenas excepcionalmente, por Tribunal. Assim, havendo mais de uma interpretação possível da norma constitucional que estabelece o foro por prerrogativa de função, sendo uma extremamente abrangente e outra mais restritiva, deve-se acatar a interpretação mais restritiva, porque é ela que melhor se conforma ao princípio da igualdade e à excepcionalidade, por certo, da distinção formulada. Outra interpretação conduziria a especialidade do foro a transcender a esfera da prerrogativa transmutando-se para a categoria de privilégio, benefício pessoal incompatível com o princípio da igualdade, com o republicano, comprometendo-se até o princípio da democracia. (ROCHA, 2017, pp. 23-24)

De fato, quando a abordagem dos conceitos ligados à teoria da interpretação e à teoria da argumentação jurídica consiste basicamente numa afirmação do poder do intérprete perante o texto, sempre haverá incontáveis interpretações possíveis. Na verdade, tal abordagem impede o estabelecimento de limites e, indiscernindo o *dentro* e o *fora* do direito, não permite que se *aviste o impossível*. Nessa zona anômica de indecidibilidade traçada pela jurisdição, a exceção transita pela regra. Mas aqui deve-se dizer mais. Tal é a condição do direito – de sua teoria e de sua prática – que a exceção aqui atingiu um estágio de difícil descrição. Enquanto a decisão de um Poder Executivo (objeto privilegiado de Schmitt) rompe abertamente com a regra, na jurisdição (em estreita correlação com a teoria do direito), a decisão pode a todo tempo romper com a regra afirmando interpretá-la. Seria possível supor que se encontra aí um fator atenuante

da relação de exceção, pois a decisão judicial não se veria em condições de enfrentar da forma mais franca e aberta possível a regra legislativa. No entanto, trata-se precisamente do oposto. É que é tão marcante a confusão – aparentemente crônica – entre regra e exceção na teoria e prática jurídicas que os aplicadores do direito creem poder fazer praticamente tudo sem escapar ao conjunto de interpretações possíveis. Isso quer dizer que se criou uma situação em que se obscureceu ao máximo – a um ponto inimaginável – a definição da regra e a definição da exceção. Torna-se, assim, ainda mais difícil a localização e a crítica da decisão excepcional.

Veja-se o caso desta tese. Para situar a exceção judicial, foi necessário não apenas desenvolver os elementos conceituais do estado de exceção e correlacioná-los à justiça. Foi necessário, também, fazer uma análise detida do discurso judicial, pois a demonstração de que se estabeleceu uma relação de exceção é, nessas situações, muito mais problemática. Penso que, por essas razões, nada define melhor a indiscernibilidade entre exceção e regra, tal como proposta por Agamben, como o dispositivo jurisdicional de exceção. Penso, ainda, que, com isso, só se demonstra o quanto o estado de exceção se espraia e configura todo o nosso direito.

A passagem acima citada demonstra também que a Ministra toma a igualdade como um princípio mais importante em abstrato, sem que isso seja justificado. O procedimento do sopesamento, assim, desconsidera a regra constitucional e refaz o juízo político-constituente sobre o tema, sob precaríssima justificação, sem qualquer sustentação teórica consistente. Por fim, fala-se novamente no privilégio a ser combatido e se recupera o argumento segundo o qual os magistrados são todos independentes (ROCHA, 2017, p. 25), do qual já se falou anteriormente.

O Ministro Fachin, ao seguir igualmente o relator, tratou da necessidade de se prestigiar o duplo grau de jurisdição – o que é, de todo, insuficiente, diante de regra constitucional a definir o foro funcional (FACHIN, 2017, pp. 11 e ss.). Defende a ocorrência de uma mutação constitucional (FACHIN, 2017, p. 11) e reafirma, ele também, o argumento de que todos os magistrados são independentes no sistema brasileiro, chegando a afirmar que “o tradicional argumento funcional ligado à necessidade de independência do Poder Judiciário é falso, porquanto a inexistência de prerrogativa não gera maiores restrições à realização do Estado Democrático de Direito” (FACHIN, 2017, p. 20). O Ministro então conclui que “invocar a mera previsão constitucional não permite afastar a necessidade de justificar – e de bem o fazê-lo – a restrição ao devido processo legal e, ainda, ao princípio da igualdade. O foro, nesta dimensão, é um privilégio incompatível com a igualdade republicana” (FACHIN, 2017, p. 28). Se a expressão “nesta dimensão” se refere realmente à “mera previsão constitucional”, o que Fachin está a afirmar é que a regra do art. 102, I, *b*, é, em outras palavras, inconstitucional. Como se

vê, o ministro também apela à noção de privilégio, já bastante comentada ao longo do presente capítulo.

O acordo integral com o entendimento de Barroso também foi estampado no voto do Ministro Celso de Mello. O decano faz críticas abertas à decisão do Poder Constituinte Originário<sup>183</sup>. Também lança de antemão as dificuldades que o foro especial acarreta ao funcionamento da corte, aproximando-se bastante das reclamações por eficiência do relator:

Essa outorga constitucional de prerrogativa de foro culmina por gerar, muitas vezes, considerada a regra do “*forum attractionis*” – que confere prevalência à jurisdição penal desta Suprema Corte –, a instauração de processos multitudinários, cuja existência representa fator apto a romper a regularidade dos trabalhos do Tribunal, tumultuando-lhe a ordem dos serviços e obstruindo o normal desenvolvimento e execução de sua agenda de julgamentos. Esse, realmente, tem sido um grave inconveniente gerado e provocado pela pluralização, por parte da Constituição da República, da prerrogativa de foro outorgada a determinadas autoridades públicas (MELLO, C., p. 03).

Em debate com Barroso, afirma taxativamente na mesma direção:

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR): Ainda respeitando a posição divergente dos Colegas, nos casos da 13ª Vara de Curitiba, nós temos mais de setenta condenações; no Rio, já há mais de trinta condenações. Portanto, é possível fazer o sistema funcionar.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: A resolução da presente questão de ordem traduz reação do Supremo Tribunal Federal a um modelo que efetivamente tem comprometido a funcionalidade e a regularidade do exercício da jurisdição penal por esta Corte. (MELLO, 2017, p. 04)

Celso de Mello (2017, p. 05) afirma, em seguida, defender a completa extinção do foro especial. Enquanto isso não ocorre, sustenta que o STF deve realizar uma interpretação restritiva, “sob pena de tal prerrogativa (...) degradar-se à condição de inaceitável privilégio” (MELLO, C., 2017, p. 05). Seu voto ocupa, ao todo, 15 laudas. Mas, entre a oitava e a décima quarta página, trata-se basicamente de afirmar os poderes do STF, no interior do seu tópico “2. Legitimidade da interpretação constitucional do Plenário do STF a respeito da prerrogativa de foro: doutrina e outros precedentes” (MELLO, C., p. 08). Entre citações de juristas autoritários, como Francisco Campos, destaca-se a afirmação do “monopólio da última palavra” do qual o STF é detentor, assim como a citação ao falecido Ministro Teori Zavascki, segundo o qual a Constituição é o que o STF diz que ela é (MELLO, C., pp. 11-12). A citação a Campos é feita para se afirmar que “o poder de interpretar a Constituição envolve, em muitos casos, o poder

<sup>183</sup> O ministro afirma que “a vigente Constituição do Brasil – ao pluralizar, de modo excessivo, as hipóteses de prerrogativa de foro – incidiu em verdadeiro paradoxo institucional, pois, pretendendo ser republicana, mostrou-se estranhamente aristocrática. Na verdade, o constituinte republicano, ao demonstrar essa visão aristocrática e seletiva de poder, cometeu censurável distorção na formulação de uma diretriz que se pautou pela perspectiva do Príncipe (“*ex parte principis*”) e que se afastou, por isso mesmo, do postulado da igualdade” (MELLO, C., 2017, p. 01).

de formulá-la. A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la” (CAMPOS, 1956 APUD MELLO, C., pp. 11-12).

Novamente, portanto, a afirmação dos poderes do tribunal é feita sem que seus limites possam, sob qualquer ângulo, ser localizados. Aqui, a autoafirmação dos poderes do STF é realizada de maneira ainda mais intensa do que aquela que havia sido apresentada no voto de Cármen Lúcia. Trata-se de verdadeira demarcação da soberania da corte, aquela que monopoliza a última decisão, sob uma estrutura em que um poder constituinte permanente concorre e, com frequência, supera o Constituinte originário. O voto de Celso de Mello é, antes de tudo, o reforço de uma autoridade, o que é totalmente condizente com sua posição de decano e com a imposição de um estado de exceção atípico. Com isso, o que o julgamento da AP 937 revela é o acoplamento entre soberania e governo, *auctoritas* e *potestas*.

### 5.3 OS VOTOS DIVERGENTES NA Q.O./A.P. 937

Entre os votos divergentes, faz-se importante destacar três espécies de críticas ao entendimento majoritário. Em primeiro lugar, aparece a crítica a um ativismo judicial que busca “reescrever” a Constituição. Em segundo lugar, tem-se a crítica ao uso das estatísticas acerca dos processos judiciais que tramitam no STF e, de maneira correlata, aos argumentos majoritários ligados à eficiência do sistema penal. Por último, cabe levantar a crítica ao acolhimento da opinião pública pelo STF.

Quanto ao primeiro ponto, o Ministro Gilmar Mendes (2017, p. 02) sustenta que “sempre se viu um aspecto dúplice na prerrogativa de foro. Por um lado, seria uma garantia do ocupante da função pública contra perseguições penais frívolas. Por outro lado, uma garantia da própria jurisdição contra pressões externas”. Trata-se de afirmar, como se vê, uma finalidade do instituto compatível com o texto. Mendes critica a crítica de Celso de Mello ao constituinte (a qual foi exposta acima): “o despreço pela prerrogativa de foro foi explicitado pelo voto do Min. Celso de Mello (...). No entanto, tenho que não basta a percepção do STF quanto à inconveniência da prerrogativa de foro para autorizar a reinterpretação da norma constitucional” (MENDES, 2017, p. 03). O Ministro aponta que, no caso, o STF, estaria não interpretando a Constituição de 1988, “mas a reescrevendo” e que “para disfarçar o exercício do poder constituinte, tenta dar-lhe o verniz da interpretação jurídica das normas constitucionais” (MENDES, 2017, p. 05).

Seguindo com a divergência, o Ministro critica<sup>184</sup> o recurso ao argumento teleológico por sobrepor o princípio da igualdade a “regras constitucionais claras” (MENDES, 2017, p. 08) e recusa a alegação de uma mutação constitucional: “no caso, não temos uma mutação constitucional, mas uma nova e inconstitucional interpretação da Constituição. Dessa forma, tenho que a interpretação proposta conflita com a norma constitucional e deve ser rechaçada” (MENDES, 2017, p. 10).

No mesmo sentido, o Ministro Dias Toffoli, o qual havia pedido vistas do processo, afirmou em seu voto que, “em suma, por se tratar de matéria sujeita exclusivamente à liberdade de conformação do Poder Constituinte, não cabe ao Supremo Tribunal Federal restringir a vontade por ele expressa no texto da Constituição Federal” (DIAS TOFFOLI, 2017, p. 25).

O Ministro Alexandre de Moraes sustentou ser uma “opção consciente” (MORAES, 2017, p. 09) do Constituinte a previsão do do foro por prerrogativa de função – inclusive em termos que o ampliavam quando comparados com as Constituições brasileiras anteriores<sup>185</sup>. Após fazer essa afirmação, o Ministro buscou fundamentá-la em um levantamento das discussões na Assembleia Nacional de 1987-1988 (sobre isso, ver MORAES, 2017, p. 09 e ss.), além de pontuar que o instituto não consistiria em privilégio, mas em “mecanismo recíproco de controle” (MORAES, 2017, p. 09).

O Ministro Ricardo Lewandowski também falou em uma decisão que “reescreve texto de redação absolutamente unívoca da Constituição”. Ele atacou, ainda, os argumentos ligados à alegação de mutação constitucional<sup>186</sup>, o que se associa, como se verá adiante, à sua crítica ao uso das estatísticas produzidas pela Fundação Getúlio Vargas na AP 937.

---

<sup>184</sup> Mendes (2017, p. 08) afirma que “a referência à “teleologia da norma” para afirmar a existência de lacuna oculta parte do pressuposto de que a Constituição consagra o princípio da igualdade, pelo que seria inaceitável conceder prerrogativas processuais. Essa leitura tem o mérito de demonstrar a preocupação em dar efetividade ao princípio, mas esbarra na semântica das normas constitucionais de igual valor que instituem a prerrogativa de foro. Para chegar à conclusão pretendida, tem-se que colocar o princípio da igualdade, na concepção valorativa pretendida pela corrente vencedora, acima de regras constitucionais claras. Reputo claras as regras sobre a prerrogativa de foro, porque é o próprio texto constitucional que descola, inclusive no tempo, o foro originário do efetivo exercício da função pública”.

<sup>185</sup> Moraes (2017, pp. 08-09) afirmou que “a Assembleia Nacional Constituinte, no intuito de preservar esse mecanismo recíproco de controle e a perpetuidade do Estado democrático, previu, para o bom exercício das funções estatais, pelos Poderes Legislativo, Executivo, Judiciário e pela Instituição do Ministério Público, diversas prerrogativas, imunidades e garantias a seus agentes políticos, como, por exemplo, a opção política de ampliar as hipóteses de prerrogativa de foro se comparadas com os textos anteriores. A manutenção dessa previsão foi uma opção política da Assembleia Nacional Constituinte, consubstanciada no texto aprovado em 5 de outubro de 1988, pela manutenção do instituto da prerrogativa de foro, com ampliação das hipóteses, em virtude de questões políticas, jurídicas e culturais existentes à época e discutidas longamente em suas diversas comissões. Portanto, uma opção consciente”.

<sup>186</sup> O ministro afirmou: “entender que se faz necessário, agora, modificar todo um sistema articulado de prerrogativa de foro – instituído pelos constituintes, em uma quadra histórica particularmente difícil, na qual se ensaiavam os primeiros passos da redemocratização do País – sob o fundamento de que teria ocorrido uma suposta mutação constitucional provocada por alegada “disfuncionalidade do sistema decorrente do sobe e desce



Em síntese, creio que uma reviravolta jurisprudencial de tal envergadura, que reescreve texto de redação absolutamente unívoca da Constituição da República, levando à alteração da vontade manifesta dos constituintes de 1988, jamais poderia ser realizada por meio de uma questão de ordem, de modestíssimo alcance, como pretendi demonstrar. (LEWANDOWSKI, 2017, p. 06)

Quanto ao tema do uso das estatísticas e da busca pela elevação da eficiência no sistema de justiça criminal, o Ministro Gilmar Mendes critica o consequencialismo que caracteriza o posicionamento do relator. Ao mesmo tempo, questiona a forma com que foram utilizados os dados da pesquisa conduzida pela Fundação Getúlio Vargas e o tratamento do STF como um tribunal ineficiente ao apreciar os casos nos quais se aplica o foro funcional.

Além do verniz de técnica jurídica, a nova interpretação vem embalada em argumentos consequencialistas. É apresentada como a solução para desafogar os tribunais, acelerar a punição de poderosos, afastar influências políticas dos processos penais. Tenho que a nova interpretação não traz a perspectiva de uma melhora no sistema judiciário em geral, ou na persecução penal em particular. A preocupação com o andamento dos trabalhos do STF, supostamente assoberbado pelo número de investigações e processos contra parlamentares federais, é válida. Mas o diagnóstico de que o Supremo Tribunal falha no exercício da competência penal originária é construído sem a correta avaliação das bases empíricas. Um estudo intitulado “O Supremo e o Foro Privilegiado”, ligado à FGV, é sempre mencionado para afirmar a inoperância do STF em matéria penal. O estudo, “vazado” ao jornal “O Globo” em 16.2.2017, um dia depois da decisão que afetou esta questão de ordem ao julgamento do Pleno, distorce informações, no intuito de demonstrar supostas inoperância e parcialidade do STF. Permito-me, sobre o ponto, citar a análise feita por Lênio Streck sobre a pesquisa, a qual revela a distorção das estatísticas apenas para embasar o conceito prévio e errado dos autores da pesquisa (Foro privilegiado: Supremo em Números não pode ser "Números Supremos". (MENDES, 2017, p. 10)

Como se vê, o Ministro faz referência a uma análise feita pelo jurista Lênio Streck, o que gera uma longa citação repleta de críticas à forma como os dados foram interpretados no relatório da pesquisa *Supremo em números*. É curioso notar que, ao mesmo tempo em que o uso das estatísticas (sobretudo pelo relator) chama a atenção dos demais ministros, é também isso que os desafia a discutir os dados levantados. No voto de Mendes, isso não gera apenas uma crítica ao puro uso das estatísticas, mas toda uma discussão sobre a interpretação que a elas é conferida. Contra ou a favor, ou seja, de uma maneira ou de outra, o debate jurídico se

---

processual”, identificada em pesquisa da Fundação Getúlio Vargas, concessa venia, não se afigura nem razoável e nem mesmo desejável nesse delicado momento de redefinição de rumos por que passa o Brasil” (LEWANDOWSKI, 2017, p. 09).

desloca, transitando para a arena dos números e do gerenciamento judicial do enforço da lei<sup>187</sup>.

Alexandre de Moraes apresenta divergência quanto às conclusões de que o STF seria ineficiente. Para ele, “não só não há nenhuma comprovação estatística, sociológica, empírica” capaz de comprovar essa adjetivação, como também, essa afirmação “acaba por ofender e desonrar a própria história do Supremo Tribunal Federal” (MORAES, 2017, p. 21). O Ministro pontua ainda que, no ano de 2012, quando do julgamento da Ação Penal 470 (conhecida como “Caso do Mensalão”), o julgamento das autoridades envolvidas pelo STF era considerado fundamental para que não houvesse impunidade. Já perante a Questão de Ordem na AP 937, no entanto, reclama-se o oposto<sup>188</sup>.

O Ministro Lewandowski afirmou, por sua vez, que dados produzidos pela Assessoria de Gestão Estratégica do STF à época em que ele presidia o tribunal contradiriam as conclusões a que chegaram os pesquisadores da Fundação Getúlio Vargas. Como se vê abaixo, ao mesmo tempo em que servem à crítica ao voto do relator, as razões do ex-Presidente da corte terminam por conduzir o discurso jurídico a uma verdadeira *guerra de números*, o que apenas reforça e confirma o processo de transmutação do direito e da justiça.

Ao exercer a Presidência do STF, logo que foram divulgados os dados da mencionada Fundação, solicitei à nossa Assessoria de Gestão Estratégica que fizesse um estudo para verificar se eram, ou não, válidos os números por ela divulgados, os quais concluíam pela morosidade dos trabalhos desta Suprema Corte relativamente às demais instâncias jurisdicionais. E à época chegamos a conclusões diametralmente opostas. Esses estudos da AGE – que são públicos – podem ser facilmente obtidos por aqueles que se interessem pelo tema. (LEWANDOWSKI, 2017, pp. 09-10)

Quanto ao terceiro elemento, qual seja, a crítica à influência da opinião pública sobre o julgamento, destacam-se passagens dos votos dos ministros Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski. O primeiro eleva o tom do questionamento a ponto de referir-se, por quatro vezes, à mídia como uma “Terceira Turma” do STF, à qual teria, como visto em passagem citada anteriormente, sido “vazado” o relatório da pesquisa *Supremo em números* um dia após o proferimento da decisão que afetou ao plenário a questão de ordem.

<sup>187</sup> Em outra passagem, o Ministro (MENDES, 2017, p. 05) afirma contundentemente que “aquele documento da FGV é imprestável, para dizer o mínimo. Pelo contrário, os indicativos existentes são de que, infelizmente, ainda precisaremos aperfeiçoar nossa Justiça criminal”.

<sup>188</sup> Segundo Moraes, “basta lembrar que há pouquíssimos anos, pouco mais de quatro anos, toda a sociedade clamava para que o Supremo Tribunal Federal não desmembrasse a Ação Penal no 470, o Mensalão. A imprensa e a sociedade civil organizada clamavam para que o Supremo Tribunal Federal não desmembrasse, entendendo que, se houvesse esse desmembramento, haveria a impunidade, situação absolutamente inversa do que agora alguns na imprensa afirmam (MORAES, 2017, p. 21).

Na primeira dessas quatro oportunidades, o magistrado aponta: “como diz o Ministro Celso, os colegas nossos da Terceira Turma, lá da Globo News, só falam que o problema é do foro, virou a panaceia. Como já se repete, para um problema sério como este, uma resposta simples e claramente errada” (MENDES, 2017, p. 05). Essa passagem explícita, através da referência ao decano, que o uso jocoso da expressão “Terceira Turma” parece conformar uma verdadeira *categoria nativa* ao tribunak, em seu sentido etnográfico. Mendes parece trazer a público uma forma, circulante entre parte dos ministros, de referir-se aos grandes meios de comunicação, sob um tom obviamente crítico: considera-se que os atores do campo midiático – em especial aqueles vinculados ao canal *Globo News* – opinam ou palpitam sobre assuntos que dizem respeito ao funcionamento do STF de maneira pouco prudente e “desconhecendo coisas óbvias”<sup>189</sup>:

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Por isso, Presidente, parece-me que este debate será extremamente proveitoso, porque vai nos permitir, aos órgãos competentes, CNMP, CNJ, fazer uma revisita dessa temática aos integrantes da Terceira Turma, à mídia em geral, porque vão aprender alguma coisa, que a solução não está na prerrogativa de foro, pelo contrário, tem que se fazer um grande esforço de reinventar a Justiça estadual para começo de conversa. (MENDES, 2017, p. 01)

Já Ricardo Lewandowski critica a vinculação dos juízes – ou dos “ouvidos mais sensíveis”, como afirma o Ministro – às demandas de uma opinião pública que reclama por uma sanção severa aos crimes do colarinho branco: “o que parece haver, em verdade, é apenas um certo clamor popular, que está a demandar uma punição sumária das autoridades acusadas de cometer delitos contra o erário, ruído esse captado por alguns ouvidos mais sensíveis” (LEWANDOWSKI, 2017, pp. 11-12).

Para finalizar este capítulo, recupero uma citação do voto do relator, segundo o qual “os problemas e as disfuncionalidades associadas ao foro privilegiado podem e devem produzir modificações na interpretação constitucional”. O que o julgamento da questão de ordem na AP 937 revela é, essencialmente, como a governamentalidade pode estruturar o discurso jurídico de ponta a ponta – da raiz às suas extremidades. A norma da maximização da eficiência é produtiva em relação ao direito: ela produz uma juridicidade governamentalizada, desde o

---

<sup>189</sup> Mendes afirma: “vejam, portanto, que tem questões, por isso que acho extremamente positivo esse debate, porque vai deitar luz sobre essas mazelas que estão aí e que não são colocadas - eu dizia, Ministro Celso, nesse debate -, que não são colocadas lá na terceira turma da Globo News, a terceira turma do Supremo Tribunal Federal. Tudo gira em torno da prerrogativa de foro, as mazelas do sistema e tudo mais, desconhecendo coisas óbvias (MENDES, 2017, p. 08). E, em outra passagem: “a questão que tem sido apresentada, eu tenho brincado muito, a mídia, a nossa Terceira Turma, e esse relatório da GV, é de que o problema do Brasil é o foro, quando, na verdade, nós temos problemas estruturais” (MENDES, 2017, p. 01).

diagnóstico empírico dos fenômenos de população até a conformação de uma decisão que busca impor-lhes uma homeostase neoliberal. Ao longo desse trajeto – da raiz às extremidades – todo o discurso judicial é redefinido e nenhum conceito jurídico – seja ele vinculado a um ramo dogmático específico ou à teoria geral do direito – resta ileso. Através do caso, isso se torna inteiramente transparente, sobretudo através da maneira como, no voto do relator, realiza-se o circuito *ineficiência do sistema penal* → *privilégio* → *aplicação dos princípios da igualdade e republicano* → *derrota da regra constitucional* → *decisão governamental*. O resultado é o nascimento de uma *constitucionalidade judicial de exceção tangencial à Constituição*.

O caso permite ainda sublinhar o uso do argumento de autoridade pelo STF, especialmente quando se lê o voto do decano. Mas, em tal contexto discursivo, essa espécie de argumento ganha contornos peculiares. Primeiro, porque alimentar a supremacia do Supremo é uma maneira de impor a violação da regra constitucional e apenas sob a vinculação com esse procedimento pode ser compreendida. E, em segundo lugar, o apelo à autoridade soberana realiza um aparente paradoxo tipicamente neoliberal. Trata-se de uma autoafirmação do tribunal perante o Constituinte para, na verdade, reduzir suas próprias competências, retirando de si a atribuição de julgar autoridades do Estado. Em outras palavras, o procedimento consiste em fortalecer a instituição subtraindo suas tarefas. É verdade que, no quadro mais amplo, o propósito não é reduzir a intervenção estatal. Ao contrário, consiste em aumentar a superfície de contato do sistema penal com a população a governar, incrementando sua eficiência – e, por isso, não há que se falar aqui em algo como uma redução do Estado ou em Estado mínimo. Mas a ideia, contraintuitiva, de que se pode fortalecer um órgão estatal a partir da redução de suas competências, é certamente muito próxima do governo neoliberal.

Emergem, assim, as afinidades eletivas<sup>190</sup> que se estabelecem entre neoliberalismo e autoritarismo e entre neoliberalismo e punitivismo. Não há, em absoluto, nenhuma incompatibilidade entre os termos envolvidos nessas relações. Para compreender a

---

<sup>190</sup> Sobre o uso do conceito de “afinidade eletiva” por Max Weber, ver Löwy (2011, pp. 131-132): “o conceito ocupa um lugar importante na “clássica” obra de Max Weber, *A ética protestante e o “espírito” do capitalismo*, precisamente por analisar a relação complexa e sutil entre essas duas formas sociais. Trata-se, para Weber, de ir além da perspectiva tradicional em termos de causalidade e de contornar o debate sobre a primazia do “material” ou do “espiritual”. (...) O que ele tenta mostrar com isso é, primeiro, a existência de elementos convergentes e análogos entre uma ética religiosa e um comportamento econômico: o puritanismo ascético e a poupança de dinheiro, a ética protestante do trabalho e a disciplina burguesa do trabalho metódico, a valorização calvinista do ofício virtuoso e o *ethos* da empresa burguesa racional, a concepção ascética do uso utilitário das riquezas e a acumulação produtiva do capital, a exigência puritana da vida metódica e sistemática e a perseguição racional do lucro capitalista. É a partir dessas analogias profundas, desses “parentescos íntimos”, existentes na Holanda, na Inglaterra e nos Estados Unidos do século XVII ao XIX, que uma relação de afinidade eletiva entre a ética protestante e o espírito do capitalismo vai se desenvolver, e por meio da qual a concepção puritana da existência motivará a tendência a uma vida burguesa economicamente racional – e vice-versa”.

governamentalidade e a jurisdição, não se deve, em nenhum caso, portanto, partir de uma congruência simples entre democracia e liberalismo. Ao contrário, é necessário interrogar, a partir das práticas (tais como as práticas de justiça), de que maneira elementos que, considerados abstratamente, seriam díspares, podem reforçar um ao outro e articular-se produtivamente – no sentido de *produzir* novas relações de poder, novas verdades, novos sujeitos.

## **6 OUTROS CASOS ILUSTRATIVOS DA GOVERNAMENTALIZAÇÃO DA JUSTIÇA E DA PRODUÇÃO DE DISPOSITIVOS JURISDICIONAIS DE EXCEÇÃO**

Nos capítulos 4 e 5, realizou-se uma análise vertical de dois casos – o *Habeas Corpus 126.292* e a *Questão de Ordem na Ação Penal 937* – que exemplificam privilegiadamente a transformação da qual o discurso jurídico tem sido objeto. Neles, governamentalização da justiça e estado de exceção se articulam. Já neste capítulo, pretendo abordar um conjunto suplementar de casos que ilustram o processo de governamentalização da justiça no Brasil e a produção jurisdicional de dispositivos de exceção, ainda que, na maior fração desses exemplos, os dois fenômenos não estejam articulados.

Na maioria dos casos, buscarei encontrar os elementos ligados à introdução de uma razão governamental no direito, mesmo sem o pôr de uma relação de exceção, o que é importante para a demonstração do argumento de que o governo se relaciona com a lei de maneira instrumental, alternando estrategicamente entre a aplicação da regra e a exceção. Em outros casos, situarei a produção de um dispositivo de exceção – ainda que não se encontrem presentes as características típicas da governamentalidade.

A análise dos casos feitas no presente capítulo se diferenciará daquela realizada nos dois capítulos anteriores. Aqui, a exploração será mais horizontal do que vertical, ou seja, trata-se de somar novas exemplificações dos processos investigados, mais do que analisar exaustivamente os componentes discursivos que caracterizam cada caso. De todo modo, creio ser possível, através desse procedimento, informar suficientemente o leitor acerca do objeto de cada tópico, sobretudo se considerado o desenvolvimento que se deu aos problemas teóricos ao longo da tese. Além disso, esse formato não torna o presente capítulo menos importante do que os demais, uma vez que, a partir de certos elementos oferecidos pelos casos a seguir, faz-se possível desenvolver diversos argumentos importantes para o conjunto da tese.

Do ponto 6.1 ao ponto 6.7, continuarei a abordar julgados provenientes do Supremo Tribunal Federal. No ponto 6.8, farei considerações relativas à Operação Lava-Jato. Há articulações importantes a serem feitas entre essa operação e decisões proferidas pelo STF, mas não se trata de simplesmente dar continuidade à análise do discurso judicial produzido pelo Supremo, como se verá. Nos pontos 6.9 e 6.10, sômo comentários a casos julgados pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Tribunal Constitucional de Portugal. O objetivo é apresentar, ilustrativamente, de que maneira a governamentalização da justiça pode reproduzir-se em outro tribunal superior brasileiro, com o primeiro exemplo; ou em julgamento estranho ao direito nacional, através do segundo caso.

## 6.1 NÃO EXISTE PROCESSO GRÁTIS: A GOVERNAMENTALIZAÇÃO DA JUSTIÇA DO TRABALHO DIANTE DO DUELO ENTRE DOIS LUÍSES E UM RICARDO

Um dos propósitos que orientam o presente capítulo é demonstrar que a governamentalização da justiça não se realiza apenas no âmbito do sistema penal. A ADI 5.766 ilustra exatamente isso. A Lei 13.467/2017, decisão legislativa que configurou o que se convencionou chamar de “Reforma Trabalhista”, reduziu o alcance da garantia de acesso gratuito à justiça de trabalhadores hipossuficientes. Isso ocorreu a partir da imposição de obrigação de pagamento dos honorários periciais ao trabalhador sucumbente no objeto da perícia, sempre que ele tenha obtido em juízo créditos suficientes para tanto naquele mesmo processo ou em outro e mesmo que seja beneficiário da gratuidade<sup>191</sup>. Dá-se o mesmo com os honorários de sucumbência. O trabalhador, ainda que beneficiário da justiça gratuita, deverá pagá-los sempre que houver obtido em juízo créditos suficientes. Se, ainda, o credor demonstrar, “nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão” que certificou as obrigações decorrentes da sucumbência, que “deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade” (BRASIL, 2017), o trabalhador deverá, da mesma forma, arcar com tais despesas<sup>192</sup>. Em terceiro lugar, a “Reforma Trabalhista” estabeleceu que, caso se ausente de audiência judicial sem motivo legalmente justificável, o trabalhador estará obrigado a pagar as custas processuais<sup>193</sup>.

Diante de tais mudanças legislativas, a Procuradoria-Geral da República (PGR), à época representada por Rodrigo Janot, propôs a referida ADI, através da qual pediu que fosse declarada a inconstitucionalidade

---

<sup>191</sup> Nos termos da nova legislação: “Art. 790-B. A responsabilidade pelo pagamento dos honorários periciais é da parte sucumbente na pretensão objeto da perícia, ainda que beneficiária da justiça gratuita. [...] § 4o Somente no caso em que o beneficiário da justiça gratuita não tenha obtido em juízo créditos capazes de suportar a despesa referida no caput, ainda que em outro processo, a União responderá pelo encargo.” (BRASIL, 2017)

<sup>192</sup> Na lei, afirma-se que Art. 791-A. (...) § 4o Vencido o beneficiário da justiça gratuita, desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos dois anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário” (BRASIL, 2017).

<sup>193</sup> De acordo com a lei: “Art. 844. (...) § 2o Na hipótese de ausência do reclamante, este será condenado ao pagamento das custas calculadas na forma do art. 789 desta Consolidação, ainda que beneficiário da justiça gratuita, salvo se comprovar, no prazo de quinze dias, que a ausência ocorreu por motivo legalmente justificável” (BRASIL, 2017).

a) da expressão “ainda que beneficiária da justiça gratuita”, inserida no caput, e do § 4o do art. 790-B da CLT; b) da expressão “desde que não tenha obtido em juízo, ainda que em outro processo, créditos capazes de suportar a despesa,” no § 4o do art. 791-A da CLT; c) da expressão “ainda que beneficiário da justiça gratuita,” no § 2o do art. 844 da CLT. (PGR, 2017, p. 72)

O caso foi submetido a julgamento no Plenário do STF nos dias 9 e 10 de maio de 2018. Após a apresentação do voto do relator, Ministro Luís Roberto Barroso, e do voto divergente do Ministro Edson Fachin, o julgamento foi suspenso em razão do pedido de vistas do Ministro Luiz Fux. Em seu voto, Barroso considerou constitucionais os dispositivos, deferindo parcialmente o pedido apenas para realizar interpretação conforme à Constituição no sentido de impor duas limitações à cobrança de honorários sucumbenciais dos trabalhadores: (1) não se deve exceder o limite de 30% do valor líquido recebido no mesmo processo ou em outro; (2) não se poderá avançar sobre valores inferiores ao teto do Regime Geral de Previdência Social.

Até o momento em que se dá a escrita desta tese, estão disponibilizados apenas a ementa do voto escrito e a gravação audiovisual do voto oral de Barroso, além do voto escrito do Ministro Fachin. Contudo, os elementos governamentais presentes no entendimento do relator – e passíveis de serem trabalhados a partir das referidas fontes – saltam aos olhos e são suficientemente reveladores para serem explorados nesta tese. Barroso afirma, na sua ementa, que

As normas processuais podem e devem criar uma estrutura de incentivos e desincentivos que seja compatível com os limites de litigiosidade que a sociedade comporta. O descasamento entre o custo individual de postular em juízo e o custo social da litigância faz com que o volume de ações siga uma lógica contrária ao interesse público. A sobreutilização do Judiciário congestionava o serviço, compromete a celeridade e a qualidade da prestação da tutela jurisdicional, incentiva demandas oportunistas e prejudica a efetividade e a credibilidade das instituições judiciais. Vale dizer: afeta, em última análise, o próprio direito constitucional de acesso à Justiça. 3. Dessa forma, é constitucional a cobrança de honorários sucumbenciais dos beneficiários da gratuidade de justiça, como mecanismo legítimo de desincentivo ao ajuizamento de demandas ou de pedidos aventureiros. (BARROSO, 2018a, p. 01)

A ementa conta com praticamente duas laudas (para ser preciso, duas laudas adicionadas de duas linhas). Mas isso não impede que os componentes governamentais do voto tenham, já nela, lugar privilegiado. Sublinham-se, novamente sob uma linguagem baseada em categorias econômicas, os custos, social e individual, da litigância. Quando se torna muito pouco custoso acessar a justiça, os órgãos judiciais são congestionados e sua eficiência desaba. Prejudicada a



sua produtividade, entra em cheque a própria autoridade da jurisdição, que cairia em descrédito. Mas tudo isso só faz sentido quando se toma em conta o modo governamental de produção do sujeito e da subjetivação, como se verá. Trata-se, novamente, de fazer do direito (entendido enquanto regra e exceção) um instrumento regulador do comportamento humano a partir da lógica dos incentivos e desincentivos. A jurisdição deve promover uma intervenção ambiental, incidindo sobre o cálculo de custos e benefícios que estrutura o *homo oeconomicus* a ser por ela governado. Ao referir-se à cobrança de custas daquele trabalhador que não comparecer à audiência trabalhista, Barroso afirma:

5. Também é constitucional a cobrança de custas judiciais dos beneficiários da justiça gratuita que derem ensejo ao arquivamento do feito, em razão do não comparecimento injustificado à audiência. Respeito e consideração à justiça e à sociedade que a subsidia. Ônus que pode ser evitado pela apresentação de justificativa para a ausência.

6. Por fim, é igualmente constitucional o condicionamento da propositura de nova ação ao pagamento das custas judiciais decorrentes do arquivamento. Medida adequada a promover o objetivo de acesso responsável à Justiça. (BARROSO, 2018a, p. 02)

Em relação circular, respeitar a autoridade estatal da justiça é respeitar aqueles que a financiam, ou seja, a sociedade civil como instância que, de fato, produz riquezas e sustenta o Estado. A todo tempo, é possível notar como o fortalecimento do poder instituído depende do cumprimento de certos deveres econômicos. Um Estado que desperdiça, um Estado ineficiente, “gastador”, que não se subsume à forma *empresa*, é um Estado, no fundo, ilegítimo. É isso que está embutido na tese da perda de credibilidade oriunda da perda de eficiência: quanto mais eficiente, mais forte e legítima a autoridade política. Não se trata de *quanto maior a intervenção do Estado, mais forte ele será*, mas tampouco de *quanto menor a intervenção do Estado, mais forte ele será*. Não se trata nem de Estado mínimo, nem de Estado máximo, mas de uma conduta política que deve perseguir a eficiência e situar sua intervenção no nível ótimo de *custo x benefício*. O Estado deve, assim, ele próprio, ser normalizado por uma racionalidade de governo.

Na sustentação oral de seu voto como relator da ADI 5.766, Barroso põe a nu – ainda mais do que nos casos anteriores – sua visão de mundo. O Ministro abre seu discurso afirmando que o caso permite diversas interpretações juridicamente possíveis, ideia que já estava presente nos casos anteriormente analisados nesta tese. E, novamente, a melhor interpretação não consiste naquela que melhor articula texto normativo e teoria do direito perante um caso, mas no que implicar uma maximização da eficiência e da riqueza socialmente produzida:

As diretrizes que pautam o raciocínio que, a seguir, vou desenvolver são as seguintes. Primeiro: qual, dentre as interpretações possíveis, facilita o crescimento com a expansão do mercado de trabalho. E a segunda: qual, dentre as interpretações possíveis, produz a melhor alocação dos recursos sociais? Que isso é imprescindível para a distribuição de justiça e de riquezas (STF, 2018, 7min04s – 7min37s).

Barroso indica, em seguida, que irá expor a pré-compreensão que carrega sobre o tema a partir de três experiências que vivenciou. Na primeira, enfatiza a importância da responsabilidade que as partes devem manter com os acordos firmados em negociação. Conclui afirmando que “quem foca por vezes no proveito individual de uma pessoa não é capaz de atentar para o efeito sistêmico negativo que o excesso de protecionismo muitas vezes acarreta” (STF, 2018, 11min03s – 11min17s). O argumento econômico, como se sabe, possui essa estrutura e assim se firmou historicamente. Trata-se de, contraintuitivamente, demonstrar que uma atitude bem-intencionada ou uma intervenção que parece pontualmente justa não se compatibiliza com a promoção do melhor funcionamento geral do sistema. Foi com base nessa estrutura de argumentação que a economia conseguiu sustentar que mesmo ações estatais moralmente louváveis e aparentemente adequadas ao enfrentamento de um dado problema terminavam – quando vistas a partir dos imperativos de mercado – por produzir consequências deletérias. Sobre isso, remeto o leitor ao Capítulo 1.

Na segunda experiência que cita, Barroso realiza uma típica análise econômica do direito a partir da regulação da locação de imóveis. Explorando aí também a contraintuitividade do argumento econômico, o Ministro afirma que “uma menor proteção legal produziu uma maior proteção real” (STF, 2018, 13min29s – 13min37s). Já o terceiro caso se refere a uma vivência pessoal do magistrado que, na década de 90, participou de comissão responsável por averiguar a situação do Banco do Estado do Rio de Janeiro (BANERJ). Barroso afirma que ali encontrou um “caso típico brasileiro (...) de apropriação privada do espaço público” (STF, 2018, 14min36s – 14min44s) e que não teve dúvidas sobre o que deveria ser feito: vender o banco público. O relator afirma que, diante de partidos de esquerda contrários à privatização, teria aprendido “a separar o que é ser de esquerda do que é ser progressista” (STF, 2018, 15min43s – 15min47s):

Progressista é defender aquilo que produz o melhor resultado para as pessoas, para a sociedade e para o país. Sem dogmas, sem superstições ou sem indiferença à realidade. E, portanto, Presidente, este não é um debate entre esquerda e direita e, sim, sobre o que é melhor para os trabalhadores, para a sociedade e para o país. E quero deixar claro, e acho que falo por todos, mas certamente falo por mim, ninguém aqui está do lado dos mais ricos ou do lado

da injustiça. Todo mundo aqui está querendo produzir a solução que seja capaz de melhor distribuir a justiça e de trazer os melhores resultados para a sociedade e para o país. (STF, 2018, 15min50s – 16min50s)

O Ministro certamente demonstra uma preocupação típica à governamentalidade liberal e neoliberal: evitar ser identificado como um defensor do empregador contra os empregados. Sua resposta é coerente com aquela normalmente apresentada perante o problema por essa tradição de pensamento. Tomando como pressuposto o instituído, ou seja, a ordem de mercado, é logicamente possível afirmar que, embora percam direitos no plano imediato, os trabalhadores, ao fim e ao cabo, sairão ganhando, assim como a sociedade em geral se enriquecerá. Na medida em que o mercado funciona como regulador social geral e fonte de veridificação, o argumento liberal pode estabelecer que a decisão que melhor se conforme a ele é a decisão que melhor realiza o interesse público, pois seria ela que teria capacidade de reproduzir da melhor maneira a maquinaria social em seu funcionamento global.

Para a razão de governo, na verdade, não é possível pensar fora desse enquadramento sistêmico. A economia de mercado aparece, desde a Economia Política clássica como um dado prévio ao delineamento político da realidade. Embora o neoliberalismo promova a expansão da superfície de intervenção do Estado, pode-se, com isso, no máximo, dar contornos regulatórios às trocas e à concorrência, mas não as desnaturar, não imaginar uma economia e uma ordem social que se organize a partir de outros pressupostos. É por isso que a defesa do mercado como regulador pode convergir argumentativamente com a defesa do interesse público, como ocorre ao menos desde Smith.

No entanto, o Ministro não só busca afastar-se da crítica que o tomaria como um carrasco dos trabalhadores, como também deseja – através do argumento econômico, dos números e da busca pelo que chama de “melhor resultado” para as pessoas, a sociedade e o país – neutralizar ou, em seus termos, desideologizar seu discurso. Demonstrarei adiante como esse ponto em específico gerou uma controvérsia relevante no pleno do tribunal, a partir dos questionamentos do Ministro Ricardo Lewandowski às premissas adotadas pelo relator.

Os trechos a que já fiz referência constituem tão somente uma abertura da exposição jurídico-econômica do Ministro. Ele emplaca, na sequência, o recurso às estatísticas relativas ao nível de litigiosidade presente na Justiça do Trabalho brasileira, a partir do relatório da pesquisa *Justiça em números*, produzido pelo CNJ. Teríamos, no país, 5 milhões de processos em tramitação, dos quais 4 milhões iniciados em 2015. Nos Estados Unidos, o número seria de 200.000, enquanto na França chegaria a 75.000 (STF, 2018, 17min38s – 18min16s).

Novamente emerge o argumento ligado a uma ordem global à qual o Brasil deve integrar-se, questão já tratada nos capítulos 4 e 5.

A isso, Barroso adiciona, fazendo referência ao relatório da Reforma Trabalhista preparado pelo Deputado Federal Rogério Marinho, que os custos do trabalho no Brasil só seriam conhecidos plenamente ao final de um processo trabalhista. Como a judicialização é recorrente (o Ministro fala em uma “judicialização compulsiva”, cf. STF, 2018, 19min20s), seria impossível conhecê-los de antemão. O Ministro afirma ainda que a consequência de tal modelo é que os empregadores, com a certeza da reclamação, terminariam por eximir-se do cumprimento de suas obrigações, aguardando a resolução judicial da questão (STF, 2018, 19min37s – 19min45s). Em outras palavras, segue o esforço, na exposição, para formar uma análise econômico-governamental do modelo processual trabalhista, com seus números, seus custos, suas consequências práticas sobre o comportamento dos agentes. É o mesmo empreendimento que se havia realizado, ao menos em parte, com o processo penal, através do HC 126.292 e da AP 937, e isso conduzirá Barroso a afirmar que a litigiosidade excessiva “prejudica o mercado de trabalho, prejudica os trabalhadores, prejudica os empreendedores corretos e honestos” (STF, 2018, 20min04s – 20min12s).

O que o modelo a superar representa “é um sistema que, como acontece em outras áreas do Brasil, os espertos se dão melhor que os bons. E esse é o país que eu acho que a gente precisa mudar. Mudar de paradigmas” (STF, 2018, 21min39s – 21min55s). Retorna ao discurso do Ministro, portanto, a separação entre *bons* e *espertos*, já presente no HC 126.292. Desde lá, os *bons* são aqueles que inovam, produzem, geram crescimento econômico e obedecem às regras do jogo de mercado. O que os separa dos espertos, no entanto, não é um fosso, pois tudo depende do ambiente socioinstitucional no qual os sujeitos se inscrevem. A intervenção jurisdicional, elevando os custos da *esperteza*, tange os *espertos* até a *bondade*. Quer dizer, a justiça serve à *bonificação da sociedade*, que, no fundo, equivale a sua *empreendedorização* através da produção de sujeitos-empresa. Ao fim e a cabo, *bons* e *espertos* são formas do *homem econômico*, espécies de derivações suas – pois ambos estão a calcular os riscos e vantagens de seu comportamento, entendido como permanente investimento. Contudo, os *espertos* seriam aqueles cujo cálculo passa por uma espécie de trapaça às regras do jogo, que, em última análise, termina por afetar a produção geral de riquezas, elevando os custos sociais. Caberia às instituições e ao direito corrigir e normalizar tais práticas, por meio de uma atuação ambiental capaz de forçar a elaboração de um novo cálculo, cujos efeitos previsíveis tornem ao máximo desvantajosa a conduta *trapaceira*. Note-se, como saldo, que quem oferece o critério de

normalização não é o direito positivo, não é a regra jurídica, mas o princípio regulador do mercado e sua busca permanente pela maximização da eficiência e da riqueza social.

O ambiente socioinstitucional que alimenta a *esperteza*, através da “litigiosidade compulsiva” precisa, então, ser combatido. Deve ser, ele também, objeto de uma *missão jurídico-governamental*. Por isso, Barroso aponta que é “legítimo” e “desejável” que o Congresso “procure enfrentar esse problema, que, na verdade, atrasa o país e aumenta o custo do Brasil e nos mantém retidos como um país de renda média, que não consegue furar o cerco por problemas que são relativamente fáceis de serem equacionados” (STF, 2018, 23min20s – 23min41s). O modelo de gratuidade da justiça constitui, portanto, um entrave ao crescimento econômico, e, como se havia mencionado de início, a melhor interpretação possível do direito é aquela que demonstra maior aptidão a reduzir custos.

O termo “custo” é talvez a palavra mais importante para toda razão jurídica governamentalizada. Em outra passagem, o Ministro interroga: “qual a lógica de todo o meu voto?”. Ao que responde: “É: o custo individual do litígio não pode ser menor do que o custo social. É basicamente isso que eu estou dizendo aqui. Vale para o reclamante e vale para o reclamado que, muitas vezes, prefere pagar em juízo depois de algum tempo de litigiosidade” (STF, 2018, 1h03min32s – 1h03min57s).

A continuidade da exposição de Barroso continua a guiar-se por esse fio (o *fio dos custos*), o que, coerentemente, leva-o a aprofundar seus comentários sobre a natureza do homem (que, por tudo que já se expôs aqui, remetem, na verdade, ao processo de subjetivação que a decisão busca desencadear):

Nós temos um sistema anterior a esta lei cuja estrutura dava excessivos incentivos à litigância. As pessoas na vida, como regra, elas fazem escolhas racionais e se movem por incentivos e riscos. A mesma lógica se aplica aos litígios judiciais. Se existe chance de algum proveito e nenhum risco de perda, o que se faz é dar-se um incentivo estatal à litigância fútil. Agora, se no caso de uma litigância que gere insucesso, houver algum tipo de ônus, algum tipo de perda, pequena que seja, o indivíduo fará uma avaliação mais séria e responsável antes de ajuizar uma demanda. Portanto, nós tínhamos um sistema em que havia todo incentivo para demandar e nenhum ônus para conter esse demandismo. Portanto, criar algum tipo de ônus, modesto como seja, para desincentivar a litigiosidade fútil me parece ser uma providência legítima para o legislador. (STF, 2018, 27min57s – 29min34s)

Talvez seja nessa passagem que o problema do sujeito e do comportamento humano seja tratado da maneira mais explícita pelo discurso judicial, dentre as decisões analisadas na presente tese. Afinal, “as pessoas na vida, como regra, elas fazem escolhas racionais e se

movem por incentivos e riscos” e “a mesma lógica se aplica aos litígios judiciais”. A tese da ação humana racional, baseada no cálculo de *custo x benefício*, é lançada de modo límpido e aplicada, imediatamente, ao direito. A decisão legislativa (já que o caso se refere à lei que promoveu a chamada “Reforma Trabalhista”) e a decisão judicial devem originar-se a partir da construção desse cálculo pelo próprio órgão decisor.

É isso que a passagem acima sintetiza. Barroso constrói mentalmente o cálculo do *homo oeconomicus*, o que significa que governar pressupõe um saber fundamental, a ser desdobrado em três capacidades. Num primeiro momento, é essencial que o próprio agente estatal seja um *homo oeconomicus investidor*, que, ao decidir-investir, calcula e realiza uma alocação ótima de recursos escassos. Num segundo momento, deve-se saber simular o cálculo provável de incentivos e riscos na circunscrição de uma ordem vigente. Quer dizer, deve-se saber pensar como o sujeito de interesse provavelmente pensa, pensou ou pensará. Não se trata tanto de um exercício de alteridade, mas de um trabalho que pressupõe a identidade. Num terceiro momento, o momento da arte política em sentido estrito, aquele que decide deve estar apto a reconstruir ou transformar, por uma intervenção ambiental, o próprio quadro de custos e benefícios prováveis com que se depara o sujeito de interesse. Aqui, trata-se essencialmente, de uma arte – a arte do governo –, que consiste precisamente em redesenhar o ambiente para reprogramar o cálculo racional dos indivíduos que conduz. É o que fez o Congresso Nacional, é o que faz Barroso.

Barroso pode, feito isso, desenvolver mais confortavelmente a análise dos custos da litigância. Ele propõe uma distinção entre os custos individuais e os custos sociais do processo. Afirma que apenas 11% do que se gasta com a justiça é suportado pelas partes envolvidas. Cerca de 90%, então, implicaria em ônus para a sociedade de modo geral, sob a forma de tributos. Dessa maneira, o “dinheiro que vai para o custeio do judiciário, importante como seja o papel do judiciário, é dinheiro que não vai para a educação, é dinheiro que não vai para a saúde, é dinheiro que não vai para o saneamento, é dinheiro que não vai para melhorar estradas” (STF, 2018, 32min 15s – 32min28s). Pode-se notar que a máxima neoliberal segundo a qual “não há almoço grátis”<sup>194</sup> se concretiza, no discurso do Ministro, sob a forma de um “*não há processo grátis*”.

De maneira reveladora para os fins desta tese, Barroso propõe, logo após, um conceito de governo:

---

<sup>194</sup> Máxima que foi alçada ao patamar de título de livro de um dos maiores representantes da Escola de Chigado, Milton Friedman, no ano de 1975.

Governar, portanto, é administrar a alocação de recursos escassos. E porque assim é, eu penso que o Estado tem não só o poder como o dever de administrar o nível de litigância para que ele permaneça em níveis razoáveis porque isso interfere com a quantidade de dinheiro que ele precisa investir no Judiciário. (STF, 2018, 32min30s – 32min55s)

O governo é definido pura e simplesmente pela escassez, categoria fundacional de toda a teoria econômica. Administrar recursos escassos é a essência da arte de governar, e é mesmo uma decorrência lógica de tal definição que a maximização da riqueza e da eficiência seja a tarefa primeira e o critério de sucesso e legitimidade de toda autoridade estatal. Também como derivação lógica, os direitos que esse mesmo Estado confere terão de estar sempre acomodados a tais bases fundacionais do exercício do poder político.

Sendo o bem a governar – a *justiça* – escasso, a litigiosidade “fútil” gera o “congestionamento” dos tribunais e “perda de qualidade na prestação jurisdicional” (STF, 2018, 33min22s – 33min31s). Esse rebaixamento da eficiência do serviço faria com que ocorresse uma “seleção adversa”, pois o trabalhador “que tem razão e é correto acaba preferindo se abster de processar dada a incerteza e a demora”, enquanto o “litigante aventureiro ou o empregador desleal se beneficiam cada um do seu modo, de um sistema que funciona, em última análise, mal, porque sobrecarregado. E também aqui se cria um país em que os espertos se dão melhor do que os bons” (STF, 2018, 34min00s – 34min41s). O modelo objeto de crítica, com sua correspondente lentidão, geraria, para Barroso, “cenas de terceiro mundismo explícito” (STF, 2018, 35min00s).

A análise econômica do direito presente no voto ganha contornos teóricos ainda mais claros quando o relator faz referência à obra “A tragédia dos comuns”:

Esse demandismo excessivo produz um fenômeno que, em Economia, em análise econômica do direito, se denomina “a tragédia dos comuns”. Uma tradução literal que melhor significaria a tragédia do uso do espaço público ou dos bens públicos. O conceito, ele é explicitado por um exemplo clássico, que é o seguinte. Imagine-se um pasto que pertença ao Estado. Um pasto público, em que todos os criadores possam colocar as suas cabeças de gado. E, portanto, cada fazendeiro, cada criador de gado tenha suas cabeças nesse pasto. Cada criador de gado individualmente tem interesse de botar mais cabeças de gado no pasto para obter o maior lucro privado. O problema é que se todos os criadores de gado colocarem o máximo de cabeças de gado que podem naquele pasto, o que vai acontecer é que vai chegar um dia em que aquele pasto ficará destruído. O pasto será inteiramente consumido. Portanto, quando se permite que cada pessoa, individualmente, utilize o espaço público para maximizar o seu interesse, o interesse privado prevalece sobre o interesse público e, em algum momento, o espaço público é consumido e destruído pelo interesse privado. A conclusão a que se chega deste exemplo está no livro que deu título a este exemplo, “A tragédia dos comuns”, Garrett Hardin, é esta,

entre aspas: “quando um bem comum é finito, permitir que cada indivíduo, em seu uso, persiga o próprio interesse de forma ilimitada implicará a ruína do bem e, portanto, o prejuízo de todos”. Em suma, sem conter a sobrecarga gerada para o judiciário, o próprio acesso à justiça começa a ficar comprometido. E, portanto, o acesso à justiça é comprometido pela negativa da possibilidade de ingresso, mas é também comprometido pela inexistência de filtros mínimos, de desincentivos mínimos para este ingresso, porque a demanda excessiva também impede o acesso à justiça, pelo menos a uma justiça que funcione com o mínimo grau de eficiência. (STF, 2018, 35min20s – 38min23s)

Julgo ser importante incluir a citação completa pelo fato de que uma parte das pesquisas que parte das considerações foucaultianas sobre o neoliberalismo também tem sido dirigidas ao se tem chamado de *comum*, especialmente a partir da leitura de Christian Laval e Pierre Dardot (2017). Um leque de obras tem criticado a teoria da tragédia dos comuns, de Elinor Ostrom (vencedora do Prêmio Nobel) até os próprios Laval e Dardot. O que o Ministro afirma, portanto, não configura nenhum consenso, acadêmico ou político. Mas serve ao reforço da teoria do sujeito de interesse que lhe orienta, possibilitando adaptá-la ao acesso à justiça. A oposição de Barroso aos comuns talvez ofereça uma pista: a crítica da governamentalidade neoliberal, também em sua forma jurisdicional, pode passar, entre outras vias, por esse específico campo de teorias e práticas críticas à *concorrencialização* da vida.

Para concluir sua argumentação relativa aos custos do processo e da justiça, Barroso busca consolidá-la somando dois novos tipos de estatísticas. Primeiro, ele compara o orçamento do Poder Judiciário no Brasil com o que se gasta em outros países. Enquanto aqui seriam reservados 1,3% do PIB, a Espanha investiria 0,12%; os Estados Unidos e a Inglaterra, 0,14%; a Itália, 0,19%; a Alemanha, 0,32%; a Colômbia, 0,97%. Os dados se referem ao ano de 2012 (STF, 2018, 39min27s – 40min01s). A “causa disso” seria encontrada nos dados que comparam o “estoque de processos nos diferentes países” (STF, 2018, 40min25s). Barroso encontra essa nova estatística numa tese de doutoramento ligada ao campo da análise econômica do direito, redigida pelo juiz federal Erik Navarro Wolkart, sob o título “Análise econômica e comportamental do processo civil”. Segundo a tese, na Alemanha, haveria, 1 processo para 109 habitantes; na Espanha, 1 para cada 41 habitantes; na França, 1 para cada 37; na Itália, 1 para cada 13,5. Já quanto ao Brasil, “somos recordistas mundiais” (STF, 2018, 44min54s). Aqui, “existe 1 processo para cada 2,8 habitantes. Mais de uma em cada três pessoas no Brasil está em juízo, litigando, estatisticamente falando” (STF, 2018, 40min57s – 41min13s).

Apenas após ter feito essa longa análise econômica do direito e do funcionamento do Poder Judiciário, Barroso passa a “enfrentar (...) especificamente as disposições legais que são



debatidas aqui, na Ação Direta 5.766” (STF, 2018, 41min54s – 42min11s). A sustentação oral do voto dura, ao todo 67 minutos e 17 segundos (STF, 2018, 2min18s – 1h09min35s). Como se pode notar, o percurso da análise jurídico-econômica ocupou, no mínimo (visto que toda análise da constitucionalidade da legislação é também feita à luz dela e que diversos elementos que a compõem retornam na última parte do voto), 39 minutos e 36 segundos, o que equivale a quase 60% da exposição. Não se trata absolutamente, portanto, de algo irrelevante, mas de um fragmento qualitativa e quantitativamente preponderante no discurso do Ministro.

Em termos de teoria do direito, o componente mais relevante em meio ao que Barroso apresenta é a aplicação da máxima da proporcionalidade. O Ministro, contudo, a expõe de maneira bastante aligeirada, submetendo a nova legislação aos testes de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Para ele, a medida é, de fato, adequada, necessária e proporcional (STF, 2018, 47min06s – 48min43s). O relator, em seguida, utiliza os 20 minutos finais para (1) fixar a tese aplicável ao caso, especialmente para justificar os limites que devem incidir sobre os valores a serem pagos pelo trabalhador relativos aos honorários sucumbenciais; (2) ler a ementa do seu voto; e (3) realizar observações finais.

Tão interessante quanto o voto do Ministro é o debate em plenário que a ele se seguiu. Tratou-se, talvez, da mais aguda polêmica aberta entre os magistrados acerca de uma governamentalização da justiça, que se deu nos termos de oposição e defesa da análise econômica do direito (AED). Não pretendo, nesta tese, explorar as várias vertentes que compõem o que se chama de AED. Nem todas essas perspectivas alinham-se com a razão governamental neoliberal. Mas é preciso considerar que foi nesses termos – nos termos da AED – que a controvérsia entre os Ministros se aproximou do problema da governamentalidade, como se verá.

Após a apresentação de Barroso, a Ministra Cármen Lúcia destacou a importância das pesquisas que levantam as estatísticas sobre o funcionamento da justiça<sup>195</sup>. Isso é importante para a presente tese, pois, a toda hora, os magistrados ressaltam o valor de que são dotados os

---

<sup>195</sup> A Presidente afirma: “pois não. Antes de passar a palavra, eu queria apenas enfatizar, Ministro Barroso, que Vossa Excelência citou agora, já na parte final, uma pesquisa do CNJ levada a efeito pela diretora do departamento, que é a professora Teresa Sadek, onde constam ali os litigantes com maior frequência, e apenas para enfatizar que, em face disso, e nós vamos comunicar os ministros, no cumprimento até de algumas decisões deste Supremo, que no final desse mês nós estamos já disponibilizando uma plataforma de mediação digital exatamente para esses casos, especialmente em relação a litígios com bancos. Para fazer com que, pré-processualmente, se possa ter soluções, de tal maneira que seja um caminho novo, apostar nesta possibilidade de formar consenso na sociedade, de uma pacificação, exatamente para que a gente supere esse tipo de dificuldade. Apenas para dar essa notícia (...). Mas realmente os números são aqueles, atestando que em alguns casos, nos trabalhistas especificamente, quanto a estes setores, há uma pesquisa que virá agora a público, demonstrando quais e como cada entidade recebe na condição de reclamado e a taxa de cada um em termos do que ele consegue de êxito ou não” (STF, 2018, 1h09min36s – 1h11min10s).

números para a prestação jurisdicional. Em seguida, o Ministro Luiz Fux, antes de pedir vistas do processo (o que ocasionará a suspensão do julgamento da ADI) “parabeniza” o relator, já que “seu voto está exatamente numa linha mais moderna da análise econômica do direito, no sentido de que o sistema deve propiciar a litigância saudável e evitar demandas frívolas, que são, digamos assim, na dicção da ementa, aventureiras (STF, 2018, 1h11min21s – 1h11min47s).

Fux é, sem dúvida, um adepto da análise econômica do direito. No Capítulo 4, apresentei sua análise econômica aplicada à execução provisória da pena. No Tópico 6.8, citarei sua análise econômica da delação premiada. O Ministro, em junho de 2019, lançou um livro, intitulado “Processo Civil e Análise Econômica”, e ofertou, como docente, uma disciplina no Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário de Brasília, chamada “Análise econômica do Direito Processual”, no primeiro semestre de 2019.

Em seguida a essa intervenção de Fux, o Ministro Fachin solicita que possa adiantar seu voto, para que seus termos já estejam dados aos colegas pelo período durante o qual durar as vistas requeridas pelo colega. Como já mencionado neste capítulo, Edson Fachin apresentou divergência perante o voto do Ministro Relator, considerando inteiramente procedente o pedido tal como formulado pelo Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot.

Finalizada a exposição do Ministro Fachin, o Ministro Ricardo Lewandowski requisita a palavra à Presidente, com o objetivo de realizar, segundo ele, uma intervenção “sobre um ponto de vista metodológico” (STF, 2018, 1h39min49s). O Ministro afirma, então, que traz “profundas reservas quanto ao movimento *Direito e Economia (...), Law and Economics*” (STF, 2018, 1h40min10s – 1h40min18s). Ele indica, ainda, que “lá na nossa universidade, Universidade de São Paulo, existem profundas restrições a esse movimento que se entende matizado ideologicamente e com um matiz nitidamente conservador e de direita” (STF, 2018, 1h40min20s – 1h40min37s). O Ministro tenta fundamentar a crítica a partir da referência a um artigo de Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, docente vinculado à USP. Lewandowski lê a conclusão do artigo de Godoy e faz suas considerações:

(...) é a conclusão, “identificado com a direita norte-americana e com o neoliberalismo, o movimento *Direito e Economia*, o *Law and Economics*, prevê que o direito deve ser lido a partir de princípios de valor, de utilidade e de eficiência. Para o movimento *Direito e Economia*, o direito deve se orientar para a maximização da receita [a essa altura da leitura, o Ministro comete um equívoco, substituindo *riqueza* por *receita*]. Da *riqueza*”. E obviamente da receita também dos interessados. Portanto, eu queria desde logo manifestar que, quando trouxer o meu voto, eu o farei sob a perspectiva de premissas ideológicas distintas daquelas que foram veiculadas neste momento e que

penso eu que se basearam neste movimento que se chama *Law and Economics, Direito e Economia*. (STF, 2018, 1h42min00s – 1h 42min56s, com comentários nossos entre colchetes)

A essa crítica contundente, segue-se intervenção do Ministro Relator:

Presidente, eu tenho o maior carinho e respeito pelo Ministro Lewandowski, mas há, com todas as vênias, um equívoco aqui. A aritmética não é nem de esquerda nem de direita. A matemática é indiferente a escolhas ideológicas. Dois mais dois são quatro nos Estados Unidos, na China e na Venezuela. Portanto, se a conta não fechar, ela não fecha nem à esquerda nem à direita. Portanto, é uma questão de matemática. Não é uma opção ideológica. O utilitarismo ou o pragmatismo, mesmo esse pode ter um viés mais à esquerda ou mais à direita. Mas aqui, se o custo individual é menor do que o custo social, você incentiva um determinado comportamento. Não tem nada de ideológico nisso. É um fato. (STF, 2018, 1h42min57s – 1h43min45s)

O Ministro Luiz Fux, que já havia elogiado o voto de Luís Roberto Barroso, requer a participação na polêmica. Afirma respeitar “muito as ideias que vêm da Escola de São Paulo” (STF, 2018, 1h43min52s). Contudo, para ele, a AED “não tem vinculação com direito e economia” (STF, 2018, 1h44min00s). O que o Ministro aparentemente quer dizer, de maneira pouco apropriada, é que a análise econômica do direito não coincide com Direito Econômico (STF, 2018, 1h44min10s). Ele afirma adiante que a AED “visa à análise do sistema jurídico à luz do maior valor da economia, que é a eficiência” (STF, (STF, 2018, 1h44min15s – 1h44min23s), o que remete a arte de governar recursos escassos:

Então, por exemplo, num ambiente de escassez, é preciso ter instrumentos que gerem uma eficiência da prestação judicial. E é nesse contexto que a análise econômica procura verificar como é que a justiça pode ser mais eficiente e quais são as causas que evitam essa eficiência. Então, por exemplo, demandas frívolas, demandas que não representam uma litigância saudável, aventuras judiciais que abarrotam os tribunais são efetivamente conjuradas pela análise econômica do direito, que visa tornar o direito eficiente. Porque, se há algo hoje ineficiente, em quaisquer olhos de ver, é o sistema de prestação de justiça que nós temos no Brasil. Então, é a detecção de causas que levam a essa ineficiência. (STF, 2018, 1h44min24s – 1h45min10s)

A isso, segue-se ainda uma intervenção (que não será a última) do Ministro Lewandoswki, afirmando que alguns princípios previstos pela Constituição, de que são exemplo o princípio da “dignidade humana, os direitos e garantias da cidadania não podem ser interpretados sob o prisma da eficiência e do utilitarismo, como faz essa escola muito famosa e de grande voga nos Estados Unidos, que é *Direito e Economia* ou *Law and Economics* (STF, 2018, 1h45min16s – 1h45min35s). O Ministro nega estar “dizendo **necessariamente** que Sua Excelência, o nosso eminente constitucionalista Luís Roberto Barroso, fundou-se neste

movimento ou nessas ideias” (STF, 2018, 1h45min35s – 1h45min46s, com grifo nosso) e afirma que “a hermenêutica jurídica tem que ter outra interpretação, outro viés, outro fundamento, que não uma base simplesmente numerológica, ou uma base de eficiência ou de vantagem ou aumento de riqueza” (STF, 2018, 1h45min53s – 1h46min10s). Finaliza sua intervenção indicando que, com ela, queria firmar “um ponto de vista epistemológico, diríamos assim” (STF, 2018, 1h46min15s).

O Ministro Gilmar Mendes pede a palavra sob um tom que, num primeiro momento, é aparentemente crítico ao relator. No entanto, seu discurso deixa uma série de questões em aberto. De início, argumenta que “a questão (...) não precisa ser vista na perspectiva de nenhuma teoria específica. Basta ler o texto constitucional, que de vez em quando é esquecido” (STF, 2018, 1h46min22s – 1h44min35s). Mas, em seguida, afirma que

A ideia da proteção judicial efetiva exige que a proteção seja efetiva, mas que também não haja abuso do poder de litigar. Simples assim. (...) Não me parece que seja necessário buscar aqui ou acolá subsídios de doutrina econômica para isso. A própria legislação já contém elementos, e é natural que haja atualização nesse sentido. (...) Nesse ponto, o Ministro Barroso feriu com razão, a questão da necessidade de racionalização desse sistema. (...) Porque a disfuncionalidade do sistema custa caro. Para o Estado. Em matéria mesmo de ineficiência. Veja, a liberdade de litigar sem responsabilidade não causa benefício muitas vezes ao próprio litigante e causa um imenso prejuízo a todos os cidadãos carentes de justiça. De modo que me parece que sem precisar discutir o tema à luz de teorias alienígenas, basta ver a doutrina da proteção judicial efetiva. A velha e boa dogmática do Direito Constitucional. É só disso que se cuida. (STF, 2018, 1h44min15s – 1h44min23s)

Há, ainda, uma última consideração do Ministro Lewandowski, a qual busca demonstrar que os números não seriam neutros e que seria possível, contraditar as estatísticas oferecidas por Barroso. Após lançar dados disponibilizados pelo Superior Tribunal de Justiça segundo os quais, em 2015, a justiça trabalhista teria pago cerca de 17 bilhões aos trabalhadores reclamantes e que, ainda em 2015, teriam sido arrecadados, também pela Justiça do Trabalho, 3 bilhões de reais (16% do seu orçamento), Lewandowski conclui afirmando que “números por números, nós podemos confrontar dados contra dados” (STF, 2018, 1h52min38s).

O processo de governamentalização da justiça, em curso no Brasil, tem gerado uma oposição a essa transformação da racionalidade jurídica. Esse é o sentido não apenas das intervenções citadas acima, realizadas pelo Ministro Lewandowski, mas de outras passagens de votos dos Ministros citados ao longo desta tese. Ou seja, afirmar que há uma reconfiguração governamental da jurisdição não significa falar de um processo pronto e acabado, mas de uma tendência cada vez mais forte de que o discurso jurídico se associe à razão de governo. Como

se vê, isso tem desencadeado lutas abertas em torno do modo de produção de verdades jurídicas, lutas estas cujo desfecho não pode ser inteiramente conhecido de antemão. Não é à toa que, de um lado, o Ministro Barroso invista fração expressiva da transmissão oral de seu voto para *profetizar o novo direito*. Não à toa, o Ministro Luiz Fux engaja-se na polêmica ao lado do relator. E não é à toa, também, que o Ministro Lewandowski, apercebendo-se da proporção do embate do qual toma parte, fale em uma divergência “metodológica” ou “epistemológica”. É o próprio modo como se pode fundar um discurso juridicamente legítimo que é objeto de disputa na mais alta corte do país.

Mas a luta atravessa também outras arenas. Não faltaram referências, no discurso judicial analisado até aqui, às pesquisas produzidas, muitas delas em parceria com o CNJ, pela Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas. Adiante, falarei também (Tópico 6.8) no envolvimento de alguns dos seus docentes pesquisadores com o processo de governamentalização da justiça. Por outro lado, Lewandowski busca apoiar-se no capital simbólico da mais tradicional universidade do país, a USP, e na tradição do Largo do São Francisco. A governamentalização da justiça dispara, assim, uma concorrência entre regimes discursivos também no âmbito acadêmico.

Em meio ao tiroteio epistêmico, desponta o problema da relação entre o direito e o que os ministros chamam de “ideologia”. Enquanto Barroso pretende obter a neutralização “ideológica” de seu discurso através da aritmética (“dois mais dois são quatro nos Estados Unidos, na China e na Venezuela”) e da factualização do direito, a resposta vem sob a forma de uma acusação. Para Lewandowski, que afirma que seu voto será construído “sob a perspectiva de premissas ideológicas distintas”, parece ser necessário desvelar a “ideologia” por trás dos “números”. Em sua última intervenção, o Ministro parece acreditar que isso poderia ser feito ao serem confrontados “dados contra dados”. Diante do que é abordado nesta tese, o que o dissenso em torno da “ideologia” parece fazer emergir é precisamente a diferença entre racionalidades jurídicas e, talvez de maneira subjacente, também entre racionalidades políticas.

A posição do Ministro Gilmar Mendes, já ao final da sessão, é, me parece, aquilo que torna a controvérsia muito mais interessante. Demonstra precisamente que um processo de transformação de ideias e práticas de poder nunca é unilateral ou bilateral, mas um resultado multilateral de lutas, ajustes, adaptações, acoplamentos e improvisos. Em meio à franca oposição entre Lewandowski, de um lado, e Barroso e Fux, de outro, Mendes realiza uma intervenção confusa, que parece sinalizar ao relator que ele poderia ter chegado ao mesmo resultado mais discretamente, embora sob as mesmas convicções, manuseando um conceito jurídico impreciso (e virtualmente útil a uma perspectiva gerencial) tal como o é a “proteção

judicial efetiva”. Mendes termina por concordar com a ideia central de que “a disfuncionalidade do sistema custa caro”, ao mesmo tempo em que recusa “teorias alienígenas”. O que sua exposição confirma é que a pregação pelo novo direito, liderada pelos dois Luíses (Luís Roberto Barroso e Luiz Fux) serve para revelar algo que se pode impregnar nas convicções, na mentalidade e, enfim, no *ethos* judicial de maneira muito mais sutil e, conseqüentemente, menos demonstrável. Sem dúvida, Gilmar nos conduz a prestar agradecimentos a Barroso e Fux, pela relativa sinceridade.

## 6.2 A UBERIZAÇÃO DO DIREITO: INTERPRETAÇÃO NEOLIBERAL DA CONSTITUIÇÃO E O JUDICIÁRIO COMO FIADOR DA CONCORRÊNCIA NA ADPF 449

Em 9 de maio de 2019, o Pleno do STF, ao julgar de forma conjunta a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 449 e o Recurso Extraordinário 1.054.110, examinou a constitucionalidade de leis municipais que proibiam a oferta de transporte através dos aplicativos de mobilidade urbana, tais como Uber e 99. Vencido apenas o Ministro Marco Aurélio, o Plenário fixou a tese de repercussão geral segundo a qual

1. A proibição ou restrição da atividade de transporte privado individual por motorista cadastrado em aplicativo é inconstitucional, por violação aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência; e 2. No exercício de sua competência para regulamentação e fiscalização do transporte privado individual de passageiros, os Municípios e o Distrito Federal não podem contrariar os parâmetros fixados pelo legislador federal (CF/1988, art. 22, XI) (STF, 2019b)

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 449, relatada pelo Ministro Luiz Fux, foi ajuizada pelo Partido Social Liberal (PSL) em abril de 2017, com o objetivo de impugnar os artigos 1º e 2º da Lei Municipal 10.553/2016 de Fortaleza/CE. Já o referido Recurso Extraordinário foi protocolado pela Câmara Municipal de São Paulo, requerendo a impugnação de acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo que havia declarado inconstitucional a Lei Municipal 16.279/2015 de São Paulo/SP. Tendo o julgamento sido finalizado, como dito, em maio de 2019, encontram-se disponíveis apenas o voto do Relator Luiz Fux e as anotações para o voto oral do relator do recurso, Ministro Barroso. Por isso, a análise, no presente tópico, recairá sobre as razões levantadas pelo Ministro Fux.

Nas primeiras páginas de seu voto, Luiz Fux expõe as razões que o levam a considerar a legislação fortalezense formalmente inconstitucional. Em resumo, trata-se de afirmar a

competência privativa da União para legislar sobre as “diretrizes da política nacional de transportes”, sobre “trânsito e transporte” e sobre “condições para o exercício de profissões” (cf. FUX, 2018a, p. 05), nos termos do artigo 22, incisos IX, XI e XVI, CF. Vencida essa etapa, o magistrado passa à fiscalização da constitucionalidade material da lei sob exame, afirmando que está diante de uma

oportuna ocasião para que esta Corte defina os limites do poder regulador em relação ao ambiente concorrencial e ao exercício das profissões, provendo segurança jurídica não apenas para as inovações disruptivas decorrentes da novíssima “economia compartilhada”, mas também para a iniciativa privada nos mais diversos setores de mercado. (FUX, 2018a, p. 07)

É a partir desse ponto que o Ministro começa a enfrentar os cálculos relativos aos custos e à promoção da eficiência que conformarão sua decisão. Ele abre essa nova etapa argumentativa do voto expondo que “apenas 21% das Constituições hoje em vigor ao redor do mundo preveem expressamente algum tipo de direito a um ambiente de mercado competitivo” (FUX, 2018a, p. 08). Entre elas, estaria a Constituição brasileira de 1988. Após apresentar esse argumento estatístico relativo a uma ordem econômica globalizada, O Ministro destaca que nem mesmo a Constituição Americana contém uma previsão desse tipo (FUX, 2018a, p. 08).

Em seguida, Fux se dedicará a fixar a existência de uma relação genética entre constitucionalismo e liberdades econômicas. Sem qualquer ressalva antieconomicista, ele estabelece “que a necessidade de restrição do poder estatal sobre o funcionamento da economia de mercado é precisamente o que conduziu ao surgimento do constitucionalismo moderno” (FUX, 2018a, p. 09). Nessa perspectiva, toda a engrenagem política contemporânea deve tributos ao mercado, o que é plenamente compatível com o que Foucault designou como um processo de governamentalização do Estado (Capítulo 1). Fux afirma que a “concentração do poder de decisão sobre as atividades produtivas” funcionava como “meio de controle dos súditos, o que resultava em “empobrecimento da sociedade”. Com essa “rigidez regulatória”, uma “elite de mestres artesãos” detinha o “monopólio dos meios de produção, assim como o de estabelecer salários, preços e padrões de qualidade”. Diante de tal limitação à “competição” e à “inovação”, “tornava-se mais fácil controlar as massas e assegurar a manutenção no poder da nobreza dirigente”, no interior de um sistema que “apesar do notório óbice ao progresso e à distribuição das riquezas”, era “justificado paradoxalmente na proteção ao trabalhador” (FUX, 2018a, p. 09).

Em resumo, para o Ministro, a restrição à competição, às liberdades econômicas e ao fluxo de mercado produz nada mais do que totalitarismo e pobreza (FUX, 2018a, p. 10). Através de longas citações e de seus próprios comentários, o relator demonstra seu apreço pela inovação e pela concorrência, que, ao promoverem a “destruição criativa” da ordem ameaçam os “privilégios econômicos” e o “poder político de alguns” (ACEMOGLU; ROBINSON, 2012 APUD FUX, 2018a, p. 10). Aparece aí a mesma ideia presente em Barroso e que foi apresentada no tópico anterior (6.1). A hostilidade à inovação e a subsequente redução da eficiência prejudica a toda a sociedade, inclusive aos trabalhadores. A autoridade estatal que rejeita a concorrência e a livre iniciativa, sob o pretexto de manter os empregos e a renda dos mais pobres, planeja, no fundo, preservar seu próprio *status* político (FUX, 2018a, pp. 09-10).

O elogio do Ministro à ordem de mercado revela permanentemente uma inseparabilidade entre Constituição e concorrência econômica. Há um reforço mútuo entre constitucionalismo e mercado. Acima, como se viu, as palavras de Fux indicavam que a necessidade de limitar a intervenção do Estado na economia levou ao constitucionalismo. Na passagem abaixo, o “grande salto de progresso da humanidade (...) somente foi possível com o advento do constitucionalismo”. Essa imbricação entre os dois elementos, recorrente ao longo de todo o voto do Ministro, sugere uma regulação constitucional impensável fora de um ambiente de mercado. A Constituição só *faz sentido* quando vinculada ao seu par genético – a concorrência.

O grande salto de progresso da humanidade, que nos permitiu gozar de padrões de vida nunca antes experimentados, somente foi possível com o advento do constitucionalismo – no caso inglês, ante a derrocada da dinastia absolutista dos Stuart e a imposição, pela revolução gloriosa, de uma monarquia constitucional, foram criadas as instituições que conduziram à revolução industrial. Nesse sentido, o enriquecimento dos mais pobres é resultado direto de uma economia mais produtiva, ao passo que são condições fundamentais para tanto a ausência de intervenções arbitrárias por parte dos governantes e a garantia da liberdade de organização econômica. Foi pela falta desses componentes, concluem Acemoglu e Robinson, que não houve qualquer melhoria significativa de padrões de vida da humanidade entre as revoluções neolítica, ainda na pré-história, e industrial, no fim do Século XVIII. (FUX, 2018a, p. 11)

Buscando dar maior concretude a seu discurso, Fux fala sobre os riscos da “captura” do poder regulatório por grupos de interesse. Tais grupos concentrariam os ganhos com determinada atividade econômica a partir da eliminação da concorrência conquistada junto ao Estado (FUX, 2018a, p. 12). Frequentemente, isso produziria a limitação de entrada de novos atores em dado mercado – o que diria respeito à relação entre os aplicativos de mobilidade urbana e o mercado de transportes. Enquanto um pequeno grupo de amigos do poder lucra, “os



custos são dispersos por toda a sociedade, diminuindo a resistência política” (FUX, 2018a, p. 12).

Caberia ao Poder Judiciário realizar o devido controle, capaz de evitar a captura. O Ministro cita o ícone neoliberal Friedrich Hayek para afirmar o papel fiscalizador de última instância a ser exercido por uma Suprema Corte: “consoante a clássica formulação de Friedrich Hayek, “o Rule of Law exige que a discricionariedade administrativa na ação coercitiva (i. e., interferindo na pessoa e na propriedade do cidadão privado) seja sempre sujeita a escrutínio por uma Corte independente” (FUX, 2018a, p. 13). Tratam-se de “casos de disfuncionalidade das instituições democráticas”, nos quais “é dever do Judiciário intervir para garantir a plena efetividade das liberdades constitucionalmente asseguradas” (FUX, 2018a, p. 22). Retornarei ao problema do papel da justiça adiante.

Esse controle jurisdicional, então, deve dar-se a partir de uma metodologia orientada pela máxima da proporcionalidade (FUX, 2018a, p. 16). É essa metodologia, como se verá, que permitirá a Fux permanecer no campo dos argumentos econômicos, buscando agora dar contornos empíricos especificamente ligados aos ganhos de eficiência que podem ser associados à econômica compartilhada (FUX, 2018a, pp. 16 e ss.).

Ao tecer considerações acerca do mercado de táxis, Fux aponta que a intervenção do Estado gera uma “escassez” artificial, ou seja, resulta em uma limitação puramente política da concorrência. O modelo não produziria “benefícios” para a sociedade, mas tão somente um conjunto de custos sociais excessivos e um privilégio para os detentores de licenças. Como os custos se encontram pulverizados por todo o corpo social, seria reduzida a resistência política, pois os prejuízos não seriam facilmente sentidos por nenhum segmento.

Na realidade, como é de sabença comum, o licenciamento de táxis no Brasil funciona como a delegação de um privilégio a certos particulares, os quais detêm a exclusividade de exploração do serviço de transporte de passageiros. Os detentores de licenças, por sua vez, podem “ceder” a sua licença para exploração de terceiros (os verdadeiros motoristas), mediante remuneração (denominadas “diárias”). A restrição artificial do mercado, assim, cria uma renda extraordinária para os detentores de licenças, cujo valor deriva precisamente da possibilidade de transacionar esse “título”. Trata-se de ativo, assim, que não corresponde a qualquer benefício gerado à sociedade, mas tão somente ao cenário antinatural de escassez decorrente da limitação governamental. (FUX, 2018a, p. 18)

Para o relator, o que se opera com isso é uma verdadeira “transferência involuntária de recursos de consumidores e trabalhadores para um grupo específico, formado por aqueles agraciados com o número restrito de licenças” (FUX, 2018a, p. 18). Fux cita as taxas de

desemprego, situadas à época do julgamento na casa 13,7%, para afirmar que a “abertura do mercado” representa “absorção da mão-de-obra” e que o contrário significaria medida “afrontosa” ao princípio da busca pelo pleno emprego (FUX, 2018a, p. 18). O valor das licenças consistiria simplesmente no “poder de impedir a entrada de concorrentes” (AZEVEDO, PONGELUPPE; MORGULIS; ITO, 2016 APUD FUX, 2018a, p. 19), impedindo que a oferta e a procura regulassem por si mesmas os preços e as diferentes condições relativas ao mercado de transporte individual de passageiros.

Quando finalmente se impõe a concorrência e, conseqüentemente, a lei da oferta e da procura, maximiza-se a riqueza geral – aquela mesma que havia gerado o grande “salto” da humanidade. Os recursos serão, então, alocados de forma ótima, pois a concorrência é uma fonte inesgotável de benesses. Ela é a melhor alternativa mesmo para o trabalhador, não apenas porque toda a sociedade, com ela, enriquece. Através da concorrência, “sempre saudável”, o trabalhador ganha também porque se torna “mais produtivo”. Essa é a destruição criativa da velha ordem:

Os antigos agentes, então, devem prestar um serviço melhor, mais barato ou, em último caso, migrar para outra atividade, na qual podem produzir maior valor para a sociedade. Essa sistemática é benéfica para os consumidores, para a coletividade e também para os trabalhadores, na medida em que a competição, sempre saudável, os torna mais produtivos. (FUX, 2018a, p. 20)

Esse ponto de vista torna-se possível porque, a partir da *Teoria da Escolha Pública* (FUX, 2018a, p. 22), o comportamento também dos agentes estatais pode ser lido através da figura do *homo oeconomicus*. Trata-se de “desmistificar” o “mito da benevolência dos governantes”, para identificar a “estrutura de incentivos a que estão sujeitos” (FUX, 2018a, p. 22). Luiz Fux argumenta que há uma forte relação entre intervenção estatal no campo econômico (especialmente nos termos da limitação de entrada de novos atores em certo nicho de mercado) e corrupção: “em estudo realizado a partir de dados de 85 (oitenta e cinco) países, os pesquisadores concluíram que a limitação de entrada, além de não gerar benefícios aos consumidores, promove a corrupção” (FUX, 2018a, p. 28).

Seguindo com os estudos econômicos, Fux aponta, através de levantamento do Departamento de Estudos Econômicos do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), que o Uber e demais aplicativos não teriam subtraído consumidores anteriormente ligados ao sistema de táxis, mas, sim, incidido sobre uma demanda reprimida (FUX, 2018a, pp. 30-31). Com isso, não seria possível afirmar que o novo modelo prejudicou o velho modelo.

Mas talvez o ponto mais delicado enfrentado pelo Ministro seja aquele ligado à segurança e à confiabilidade do serviço de transporte. Fux afirma que, de acordo com a teoria regulatória do interesse público, “no mercado de táxis, o governo forneceria, com as licenças, uma pretensa confiança na qualidade dos veículos e motoristas, na previsibilidade do preço e na punição do prestador de serviço em caso de acidentes” (FUX, 2018a, p. 32). Contudo, para ele, “esta proposição foi superada pela experiência prática” (FUX, 2018a, p. 32). Fux passa, então, a sustentar que

A tecnologia (...) tratou de solucionar, em definitivo, problemas classicamente entendidos como “falhas de mercado” antes justificadoras da intervenção regulatória, de modo que essas inovações espontâneas da sociedade, além de proporcionarem novas comodidades à coletividade, afastaram os inconvenientes que os custos de transação e as assimetrias de informação poderiam causar em um mercado sem barreiras de entrada. (FUX, 2018a, p. 34)

Ou seja, ele acredita que os problemas relativos à segurança e a confiabilidade dos serviços prestados teriam sido solucionados através do próprio funcionamento do mercado, tornando injustificável a exigência de concessão de licença aos aplicativos e motoristas<sup>196</sup>. O Ministro enfatiza ainda que o novo modelo fez com que o serviço restasse mais barato ao usuário, “tornando mais eficiente o sistema de transportes como um todo” (FUX, 2018a, p. 34). Seriam capazes de demonstrar isso os números relativos ao “excedente do consumidor (*consumer surplus*)” (FUX, 2018a, p. 35) gerado pela inovação da economia compartilhada.

Os benefícios aos consumidores, além de evidenciados pela crescente utilização dos serviços dessas novas plataformas, também são registrados por importantes pesquisadores da área. Um estudo elaborado por economistas das Universidades de Chicago e de Oxford estimou o excedente do consumidor (*consumer surplus*) gerado por plataforma de serviços de transporte individual no mercado dos Estados Unidos. O excedente do consumidor consiste na diferença entre o benefício marginal na aquisição de um bem ou serviço e o valor efetivamente pago por ele, observado pela interação entre a curva de demanda e o preço de mercado. Trata-se do bem-estar econômico experimentado pelos consumidores ao adquirir algo por valor inferior ao máximo que estariam dispostos a pagar. Calculando a elasticidade da demanda à vista da variação de preços com o recurso a técnicas de econometria e big data, o estudo estima que apenas o serviço UberX gerou um excedente aos consumidores no total de US\$ 6,8 bilhões nos Estados Unidos apenas no ano de 2015. (FUX, 2018a, p. 35)

---

<sup>196</sup> Para Fux (2018a, p. 34), “desafiando a clássica explicação para o licenciamento de táxis, aplicativos de transporte de passageiros conseguem não apenas fornecer tudo o que a regulação tradicional sempre prometeu aos consumidores, mas vai ainda além: (i) permite ao usuário acompanhar o trajeto para impedir que o motorista adote caminho mais longo desnecessariamente; (ii) impede a adulteração de taxímetros; (iii) permite a avaliação de usuários, em benefício dos motoristas; (iv) compartilha com os consumidores avaliações de outros usuários; (v) presta seguro aos passageiros; e (vi) permite o compartilhamento de corridas entre usuários distintos, barateando o serviço e tornando mais eficiente o sistema de transportes como um todo”.

Por essas razões, proibir o funcionamento desses aplicativos redundaria em uma violação dos direitos do consumidor (FUX, 2018a, p. 37). A isso, o Ministro soma argumentos ligados à correlação entre o aplicativo Uber e o congestionamento nas grandes cidades ou entre o uso do novo modelo e o número de homicídios provocados por motoristas alcoolizados. Nesse último caso, o “efeito positivo do funcionamento de aplicativos de compartilhamento de corridas abrange não apenas o número de vidas salvas, mas também os custos poupados na persecução e encarceramento de indivíduos envolvidos em acidentes” (FUX, 2018a, p. 39).

Fux, com isso, retorna ao exame de proporcionalidade da medida, apontando que

Considera-se arbitrária, em primeiro lugar, a medida que possua objetivo vedado pela Constituição, como nos casos em que se destinam a favorecer indevidamente grupos de pressão, resultando de evidente captura regulatória. Além disso, é arbitrária a medida que limite liberdades fundamentais, como as de iniciativa (art. 1º, IV, e 170 da Constituição) e de exercício profissional (art. 5º, XIII, da Constituição), sem evidências razoáveis de que seja *adequada* a produzir benefícios sociais cuja consecução igualmente seja constitucionalmente ordenada. Da mesma forma, deve ser reconhecida como arbitrária a medida quando o regulador ignora alternativas evidentes para a produção do mesmo benefício social e que não produzem os mesmos prejuízos às liberdades fundamentais, falhando no teste de *necessidade*, (...). Finalmente, a medida merece a qualificação de arbitrária quando apresentar desproporção manifesta e injustificada entre, de um lado, seus potenciais benefícios e, de outro, seus potenciais prejuízos a valores constitucionalmente protegidos. (FUX, 2018a, p. 43)

Como se pode ver, toda a interpretação da Constituição realizada pelo relator só ganha corpo quando se pressupõe a visão de mundo neoliberal que informa o julgado. Toda a apreciação acerca da proporcionalidade da medida (nas dimensões da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito) apenas ganha vida a partir de uma análise governamental do direito ligada à redução de custos sociais e à maximização da riqueza e da eficiência. Com isso, a máxima da proporcionalidade (especialmente no exame da proporcionalidade em sentido estrito) pode converter-se essencialmente num *teste de custo x benefício* da medida, como se verá exposto de maneira literal a partir de outro caso nesta tese (6.4). Mas talvez nada seja capaz de designar de maneira tão direta a natureza governamental assumida pelo sopesamento quanto a citação que Fux faz a um julgado da Suprema Corte americana:

Sobre este último critério de controle judicial, é pertinente a menção a recentíssimo caso julgado pela Suprema Corte dos Estados Unidos, qual seja, *Michigan v. Environmental Protection Agency (EPA)* [576 U. S. \_ (2015)].

No voto acompanhado pela maioria, afirmou-se categoricamente que, *verbis*: “Não se pode dizer que é racional, muito menos ‘apropriado’, impor bilhões de dólares em custos econômicos em troca de poucos dólares em termos de saúde ou benefícios ambientais (...). A consideração dos custos reflete o entendimento de que a razoabilidade da regulação normalmente requer atenção às vantagens e desvantagens das decisões do regulador.” (No original: “One would not say that it is even rational, never mind ‘appropriate’, to impose billions of dollars in economic costs in return for a few dollars in health or environmental benefits (...). Consideration of cost reflects the understanding that reasonable regulation ordinarily requires paying attention to the advantages and the disadvantages of agency decisions”). (FUX, 2018a, pp. 43-44)

A monetarização a que se subsume a máxima da proporcionalidade na passagem acima chega a soar vulgar, diante dos demais argumentos coletados ao longo do voto do Ministro Fux. Trata-se de uma espécie de degeneração do teste de *custo x benefício* acima mencionado. Mas essa passagem, com a evidente banalização do argumento econômico que carrega, não deixa, por isso, de evidenciar, com toda a força, a que ponto pode chegar a transformação do campo jurídico. A racionalidade neoliberal reconhece, nesse tipo de procedimento, uma maneira eficaz de gerir o fluxo do conjunto de viventes a que se dirige. Àqueles que caem fora dos cálculos, reduzidos a “poucos dólares em termos de saúde ou benefícios ambientais”, resta uma vida nua, latente em cada *homo oeconomicus* que compõe uma população.

Como saldo, tem-se que a interpretação neoliberal da Constituição que se realiza através do julgamento da ADPF 449 é uma maneira de dar sentido ao direito a partir da *concorrencialização* da sociedade. Alimentar a concorrência requer não exatamente um Estado mínimo, mas uma autoridade estatal que compreenda que é no ambiente inovador e concorrencial de mercado que a produção da riqueza se torna eficiente em sua mais alta potência – o que pode passar, como visto nos capítulos 1 e 4, por um intervencionismo social voltado a estender o princípio regulador do mercado a territórios ainda não por ele alcançados. A economia compartilhada teria tão somente prolongado o longo processo histórico de libertação e inovação, talvez possibilitando à humanidade operar o seu mais recente “salto” na direção do “progresso”.

Se o constitucionalismo está geneticamente vinculado ao mercado, o que cabe ao neoconstitucionalismo e a uma corte constitucional em nosso tempo? No discurso de Fux, o constitucionalismo precisa do mercado, assim como o mercado depende do constitucionalismo, e é por isso que o mercado vem a funcionar como uma lente através da qual a Constituição deve ser lida. A ordem neoliberal e sua razão mediam, através de um intérprete a elas tributário, a relação entre significante e significado no direito. A Suprema Corte, no voto de Fux, aparece

como uma personagem capaz de articular continuamente mercado e Constituição, transformando-se em verdadeira fiadora da concorrência e, de modo mais amplo, do mercado como regulador social geral.

Em outras palavras, pode-se dizer que o STF, através dos termos do relator, aproxima-se inegavelmente daquilo que Schmitt, ao falar da Suprema Corte dos Estados Unidos, tratou como uma “guardiã da ordem social e econômica”. E, embora no caso analisado neste tópico não haja propriamente uma decisão de exceção, quando se olha para o conjunto dos julgados analisados ao longo desta investigação, percebe-se como a vinculação entre justiça e veridicação de mercado, com seu imperativo de *eficientização* da sociedade e do Estado, pode provocar efetivamente uma indistinção entre guardar e suspender a Constituição (ver Capítulo 3).

Pelas passagens citadas abaixo e pelo conjunto do voto, o Judiciário se tornaria capaz de realizar o exame da regulação econômica por distanciar-se da política e por aproximar-se de uma razão gerencial. Cabe a ele, de maneira isenta, avaliar o grau de otimização da eficiência implicado na medida examinada. Trata-se de um fiador, de fato, que assegura a concorrência, em tese, por não se vincular a nenhum dos atores de mercado, embora se mantenha fiel ao próprio ideal da *concorrencialização*. Sua atividade será, por excelência, impessoal, sendo este seu trunfo para que, distante dos jogadores, possa realizar o interesse público, o qual coincide com o bom funcionamento do mercado. A atribuição de semelhante função ao Poder Judiciário é inteiramente congruente com o que se disse no Capítulo 1 (a partir de Foucault e Röpke) sobre uma justiça que cada vez mais funciona como um “órgão de política econômica”.

Nem se alegue que a revisão judicial, nessa hipótese, compromete a separação dos Poderes. A visão romantizada de reguladores e juízes vem sendo absolutamente abandonada pelos especialistas na matéria. A afirmação de que a expertise dos órgãos reguladores, em contraposição à formação generalista de magistrados, garantiria àqueles um amplo campo de atuação infenso ao controle jurisdicional já não resiste à análise mais atenta das nuances que envolvem essa especial aplicação dos *checks and balances*. **Nesse sentido se inclina a recentíssima teoria regulatória do *enforcement*, que considera o critério da eficiência como norte para a distribuição de métodos para efetivação de padrões socialmente desejáveis de conduta entre atores privados, o Judiciário e o governo**, conforme esclarece o professor de economia da universidade de Harvard Andrei Shleifer: “Há uma forma particularmente importante pela qual a **regulação pode ser substancialmente inferior à atividade jurisdicional. Especificamente, reguladores possuem muito mais oportunidades para criar regras que são não apenas politicamente motivadas, mas servem na verdade para principalmente beneficiar a si mesmos por meio da criação de oportunidades para a corrupção.** Licenciamento e permissões são os exemplos mais claros desse tipo de regulação.” (FUX, 2018a, pp. 25-25 , com grifo nosso)

A segunda diretriz acima pretende exatamente evitar que o processo de decisão política seja forjado para favorecer interesses específicos em detrimento de toda a coletividade. (...) Acredito que **o insulamento de juízes e tribunais na estrutura do Estado, assegurado por um regime de independência e imparcialidade, permite que essa análise seja feita com mais neutralidade.** (FUX, 2018a, p. 23, com grifo nosso)

Sendo assim, uma vez evidenciada a captura regulatória, legitima-se o Judiciário a rever a medida suspeita, como **instituição estruturada para decidir com independência em relação a pressões políticas, a fim de evitar que a democracia se torne um regime serviente a privilégios de grupos organizados.** (FUX, 2018a, p. 24, com grifo nosso)

Nesse quadro, a defesa da liberdade diante de uma autoridade política sempre capturável soa inevitavelmente seletiva. Ela não estava presente quando se discutiu o alcance da presunção de inocência, mas compareceu à ADPF 449. Isso ocorre porque a liberdade e a Constituição encontram-se, sob a governamentalização da justiça, presas e subsumidas à noção de eficiência. Quando se trata de promover a inovação econômica e a *concorrencialização* da sociedade, a Constituição e a liberdade dos indivíduos perante o Estado tem uma natureza instrumental, porque o próprio nível de intervenção estatal sobre a sociedade oscila taticamente, tendo em vista a maximização da riqueza. É assim que a defesa do “progresso” pode encontrar-se com a aplicação ou com a desaplicação da Constituição. É desse modo particular que *inovação e exceção, moderno e arcaico* formam o conjunto que consiste numa jurisdição governamentalizada.

Por fim, o tema da *corrupção* parece constituir uma espécie de transversalidade a todo o discurso neoliberal brasileiro produzido no âmbito do Poder Judiciário. Falou-se dele no julgamento do HC 126.292 e da AP 937, mas também no julgamento da ADI 5.766 e da ADPF 449. Barroso, ao reclamar de uma esquerda que insistia em não privatizar o BANERJ, reivindica a privatização como solução para o problema da corrupção. Diante do que chama de “apropriação do público pelo privado”, resolve-se pela *apropriação do privado pelo privado*, sob o forte subtexto de que onde há Estado, há ineficiência, desvio de recursos e, conseqüentemente, subversão da concorrência, fazendo com que os *espertos* superem os *bons*. O voto de Fux analisado neste tópico lança luz sobre esse ponto de vista. Trata-se de conceber o agente público, ele também, como *homo oeconomicus*, sempre em busca de realizar seu interesse através da minimização de custos e da maximização de benefícios individuais. A corrupção torna-se, com isso, sempre iminente.

O resultado é que é impossível desligar, no Brasil contemporâneo, o discurso de combate à corrupção e a governamentalidade. Aliás, a expressão “corrupção sistêmica”, à qual

Barroso recorre constantemente, longe de se aproximar do uso que movimentos da esquerda brasileira já lhe conferiram, é essencial aos propósitos de governamentalização do Estado. A corrupção é sistêmica, para Barroso, porque o próprio comportamento do *homo oeconomicus* detentor de um cargo estatal só é inteligível a partir de um sistema ou de um ambiente socioinstitucional que lhe oferece a matéria-prima para seus cálculos. Na maioria dos casos, a solução será, para a perspectiva neoliberal, a privatização, pois ela promove a concorrência e a inovação e reduz o próprio universo de instituições e recursos que podem ser objeto da corrupção.

É verdade que, quando os ministros falam sobre o tema, a sugestão de um Estado que é sempre corrupto parece confirmar a fórmula segundo a qual o neoliberalismo confunde-se com a simples minimização do Estado. Mas não é o caso, como já se esclareceu anteriormente nesta tese. Certamente, o neoliberalismo não abandonou a máxima liberal segundo a qual uma atividade social será, em geral, melhor desempenhada por empreendedores privados no ambiente do mercado do que se o fosse pelo aparelho de Estado. Mas isso seria o mesmo que uma defesa do Estado mínimo? Não, porque, sob o neoliberalismo, continua cabendo ao Estado um amplo conjunto de atividades; como se viu, realiza-se todo um intervencionismo jurídico e social, capaz de emoldurar a sociedade a partir do princípio regulador do mercado. Não se trata, portanto, de, a qualquer custo, reduzir o Estado, mas de efetuar um cálculo acerca da alocação ótima de recursos sempre escassos, a partir de uma espécie de presunção segundo a qual os empreendimentos econômicos (ou economicizáveis), sempre que possível, devem caber à iniciativa privada.

Uma racionalidade com essas características produz, de fato, uma reclamação neoliberal constante e visível – a depender do arranjo institucional com que se depara, por óbvio – por redução da máquina política, sobretudo em matéria econômica. Mas, na outra face da moeda, o intervencionismo se multiplica. Os casos analisados nesta tese confirmam isso. Quer-se prender mais, de um lado, aumentando a intervenção do Estado; de outro, critica-se uma empresa pública ou a regulação proibitiva do mercado de transportes. De modo geral, requer-se menos intervenção do Estado na economia e mais Estado Penal; mais mercado e mais punição, tendo sido demonstrado, nesta tese, que isso não corresponde a uma incoerência ou algo que o valha. Sob a razão neoliberal, ambos os julgados estão *conformados* ao mercado e, assim, ao incremento da eficiência e à *concorrencialização* da sociedade. Não se deve confundir, portanto, o conjunto neoliberal de demandas cotidianas por redução do Estado com um *projeto político de Estado mínimo*.



Afirmar acima que, no discurso do Ministro Barroso produzido para o julgamento da ADI 5.766, encontra-se um forte subtexto no sentido de que onde há Estado, há ineficiência – uma presunção de ineficiência do Estado que acossa permanentemente o maquinário político. Finalizo este tópico com uma citação a artigo de Barroso, datado de 2014, na qual ele afirma, em seus termos: “na minha vivência brasileira, sou convencido de que o Estado, na sua atuação econômica, é quase sempre um Midas pelo avesso: o que ele toca vira lata. Em seguida, enferruja”. Quer dizer, se uma atividade pode gerar lucro e, portanto, pode ser sediada pela iniciativa privada no ambiente de mercado, é assim que ela deve ser conduzida<sup>197</sup>. O Ministro, no referido artigo, realiza uma espécie de balanço ideológico pessoal, no que comparece a crítica ao socialismo e uma autoapresentação como “algo próximo a um social democrata”.

Em 1978, eu era editor de um jornal universitário na Faculdade de Direito da UERJ e escrevi um artigo intitulado Socialismo e liberdade. No texto eu afirmava, com a onisciência da juventude: “O mundo caminha decisivamente para o socialismo”. Não preciso lembrar a ninguém que de lá para cá caiu o muro de Berlim, desfez-se a União Soviética, abriram-se todas as economias da Europa Oriental e até a China pratica capitalismo selvagem. Diante do fiasco que foi a minha primeira incursão no mundo da vidência, passei a me dedicar à atividade menos arriscada de comentarista de videotape. Depois que as coisas acontecem, eu compareço, explico e, geralmente, não erro o resultado. (...) Em favor da nossa geração, há uma frase clássica do político francês George Clemenceau: “Um homem que não seja socialista aos 20 anos, não tem coração. Um homem que aos 40 ainda seja socialista, não tem cabeça”. O tempo e a idade me tornaram um liberal igualitário, algo próximo a um social democrata. Há um ponto ótimo de equilíbrio entre o mercado e a política. Esse ponto está no cruzamento da livre iniciativa, de um lado, e serviços públicos de qualidade, do outro, juntamente com uma rede de proteção social para os que não são competitivos porque não podem ser. Na minha vivência brasileira, sou convencido de que o Estado, na sua atuação econômica, é quase sempre um Midas pelo avesso: o que ele toca vira lata. Em seguida, enferruja. (BARROSO, 2014)

Os termos do artigo são demasiadamente vagos para que se compreenda o que o Ministro entende por socialdemocracia. Penso que a análise dos votos feita ao longo desta tese oferece elementos mais concretos. Barroso avança, após esse fragmento, para uma crítica ao que chama de “tradição intervencionista do Estado na economia” que marcaria a experiência brasileira (BARROSO, 2014), até chegar à “necessidade de superação do preconceito contra o

---

<sup>197</sup> Para Barroso (2014), “precisamos superar o preconceito e a desconfiança que ainda existem no Brasil em relação ao empreendedorismo e à iniciativa privada. Temos um capitalismo envergonhado. Ser progressista significa querer distribuir as riquezas de forma mais justa. Mas a história provou que, ao menos no atual estágio da condição humana, a iniciativa privada é melhor geradora de riquezas do que o Estado. Trata-se de uma constatação e não de uma opção ideológica. Precisamos aceitar esta realidade e pensar a vida a partir dela. Qual a origem dessa desconfiança e desse preconceito?”.

empreendedorismo” (BARROSO, 2014), um verdadeiro lugar-comum do discurso empresarial contemporâneo e da razão neoliberal. Para Barroso (2014), “precisamos de marcos regulatórios claros, competição, incentivos ao empreendedorismo e à inovação. Não há vergonha em ganhar dinheiro honesto. Por estranho que pareça, o sucesso empresarial ainda é muito mal visto no Brasil”. Seria preciso superar ainda, “uma concepção de que o Estado deve ser protagonista de tudo”. Portanto, o Estado deve comparecer à economia não como um jogador, mas para assegurar – e estender – as regras do jogo<sup>198</sup> que fomentam a competição e a inovação. Como jogador, “o que ele toca vira lata” e, assim, sempre que ele quiser jogar, terá de ver-se com uma mordaz e sempre alerta vigilância – talvez realizada por um *guardião* – governamental.

### 6.3 O *HABEAS CORPUS* 124.306: A CRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO E A MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE COMO TESTE DE *CUSTO X BENEFÍCIO*

No julgamento do Habeas Corpus 124.306, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, composta à época pelos ministros Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Rosa Weber, Edson Fachin e Marco Aurélio, decidiu conceder a ordem de ofício e afastar a prisão preventiva de quatro acusados de manter clínica clandestina para fins de realização de aborto (art. 126, CP). O relator, Ministro Marco Aurélio, admitiu o *habeas corpus* para, no mérito, deferir a ordem, sustentando que “a liberdade dos acusados tanto não oferece risco ao processo que a instrução criminal tem transcorrido normalmente” (MELLO, M. A., 2016a, p. 02). Para ele, “restaurar a prisão preventiva levaria em conta, unicamente, a gravidade da imputação, em descompasso com o princípio da não culpabilidade” (MELLO, M. A., 2016a, p. 02).

O Ministro Barroso, após ter pedido vistas, apresentou seu voto, no que foi acompanhado pelos Ministros Edson Fachin e Rosa Weber. Barroso se posicionou pelo não conhecimento do HC, mas, ao mesmo tempo, pela concessão da ordem de ofício. Tendo sido esse o entendimento majoritário formado pela turma, coube a Barroso figurar como redator do acórdão. Em seu voto, o magistrado afirma, de início, que não estão presentes elementos capazes de justificar a prisão cautelar (BARROSO, 2016b, pp. 03 e ss.). Ele finaliza essa etapa indicando que “a ausência de motivação concreta já seria suficiente para afastar a custódia preventiva na hipótese (...). No entanto, há outra razão que conduz à concessão da ordem”

---

<sup>198</sup> Barroso (2014) afirma: “governo é para garantir as regras do jogo, criar infraestrutura e ajudar os pobres, arrecadando tributos com eficiência e justiça fiscal, redistribuindo renda, bancando programas sociais e, sobretudo, prestando serviços públicos de qualidade. Excepcionalmente, em áreas estratégicas, é possível ter o Estado atuando diretamente em atividades econômicas. Mas, como regra, não em regime de privilégio, de exclusividade, de monopólio”.

(BARROSO, 2016b, p. 04), que se refere à “inconstitucionalidade da criminalização da interrupção voluntária da gestação efetivada no primeiro trimestre” (BARROSO, 2016b, p. 04).

O Ministro passa, então, a examinar a constitucionalidade do próprio tipo penal imputado aos réus (BARROSO, 2016b, p. 04). Ele anuncia, como uma “premissa” sua, algo que só pode ser devidamente compreendido através do que tratei acima como o caráter contraintuitivo da análise econômica: é possível chegar a abortos raros e seguros justamente a partir da sua descriminalização.

o aborto é uma prática que se deve procurar evitar, pelas complexidades físicas, psíquicas e morais que envolve. Por isso mesmo, é papel do Estado e da sociedade atuar nesse sentido, mediante oferta de educação sexual, distribuição de meios contraceptivos e amparo à mulher que deseje ter o filho e se encontre em circunstâncias adversas. Portanto, ao se afirmar aqui a incompatibilidade da criminalização com a Constituição, não se está a fazer a defesa da disseminação do procedimento. Pelo contrário, o que se pretende é que ele seja raro e seguro. (BARROSO, 2016b, p. 05)

Barroso também afirma, de modo coerente com sua visão iluminista do progresso (ver Capítulo 3), que “a história da humanidade é a história da afirmação do indivíduo em face do poder político, do poder econômico e do poder religioso” (BARROSO, 2016b, p. 05). Daí em diante, suas razões podem ser divididas em duas partes. Em primeiro lugar, o Ministro sustenta que a criminalização do aborto viola direitos fundamentais das mulheres – no caso, violações à “autonomia da mulher”, ao “direito à integridade física e psíquica”, aos “direitos sexuais e reprodutivos da mulher”, à ‘igualdade de gênero”, além de promover “discriminação social e impacto desproporcional sobre mulheres pobres” (BARROSO, 2016b, pp. 09 e ss.).

Mas, para os fins desta tese, o que se deve sublinhar é a maneira como o Ministro realiza o exame da proporcionalidade da medida, em especial a apreciação de sua proporcionalidade no sentido estrito. A argumentação de Barroso em torno da adequação da legislação que criminaliza o aborto até o terceiro mês de gestação é toda ela sustentada em pesquisas empíricas. Ele afirma que

Em relação à adequação, é preciso analisar se e em que medida a criminalização protege a vida do feto. É, porém, notório que as taxas de aborto nos países onde esse procedimento é permitido são muito semelhantes àsquelas encontradas nos países em que ele é ilegal. Recente estudo do Guttmacher Institute e da Organização Mundial da Saúde (OMS) demonstra que a criminalização não produz impacto relevante sobre o número de abortos. Ao contrário, enquanto a taxa anual de abortos em países onde o procedimento pode ser realizado legalmente é de 34 a cada 1 mil mulheres em idade reprodutiva, nos países em que o aborto é criminalizado, a taxa sobe para 37

a cada 1 mil mulheres. E estima-se que 56 milhões de abortos voluntários tenham ocorrido por ano no mundo apenas entre 2010 e 2014. (BARROSO, 2016b, p. 14)

Numa análise consequencialista dos efeitos produzidos pela lei vigente, semelhante às já apresentadas em outros casos, Barroso, a partir do dado acima, estabelece que a criminalização do aborto não produz resultados relevantes sobre o número de abortos em geral, mas tão somente sobre o número de abortos seguros, especialmente quando se fala em mulheres pobres<sup>199</sup>. Afirma que se deve considerar ainda a “dificuldade em conferir efetividade à proibição”, o que compromete adicionalmente a idoneidade da medida legislativa (BARROSO, 2016b, pp. 140-15) – trata-se de um cálculo do enforço da lei (Capítulo 1), como se pode notar.

Lendo-se tais fragmentos a partir do sujeito econômico que Barroso tem em vista, tudo se passa como se a legislação penal não conseguisse atuar como variável eficaz, apta a reordenar o cálculo da mulher que decide acerca da interrupção de sua gravidez. Uma lei que não cumpre esse papel parece perder sua própria razão de ser. Isso aparentemente se liga a uma afirmação anterior feita pelo Ministro, na qual indica que o “pressuposto do argumento” por ele lançado “é que a mulher que se encontre diante desta decisão trágica – ninguém em sã consciência suporá que se faça um aborto por prazer ou diletantismo – não precisa que o Estado torne a sua vida ainda pior, processando-a criminalmente” (BARROSO, 2016b, p. 08). Em outras palavras, os custos inerentes a prática do aborto são, em si mesmos, elevadíssimos. A lei não demonstra capacidade de afetar essa escolha, talvez exatamente pelo fato de que os custos com que a mulher se depara sejam tão volumosos que qualquer fator que a eles venha a ser adicionados já não tem a menor importância.

Passando à segunda dimensão do exame de proporcionalidade, o redator do acórdão passa a tratar da necessidade do dispositivo previsto pelo Código Penal. Verificar se a medida é necessária, no caso, é interrogar se há medida menos gravosa aos direitos das mulheres que “proteja igualmente o direito à vida do nascituro” (BARROSO, 2016b, p. 16). Para Barroso, também aqui a medida não pode ser considerada aceitável, pois “há outros instrumentos que são eficazes à proteção dos direitos do feto e, simultaneamente, menos lesivas aos direitos da

---

<sup>199</sup> O Ministro pontua que “o que a criminalização de fato afeta é a quantidade de abortos seguros e, conseqüentemente, o número de mulheres que têm complicações de saúde ou que morrem devido à realização do procedimento. Trata-se de um grave problema de saúde pública, oficialmente reconhecido. Sem contar que há dificuldade em conferir efetividade à proibição, na medida em que se difundiu o uso de medicamentos para a interrupção da gestação, consumidos privadamente, sem que o Poder Público tenha meios para tomar conhecimento e impedir a sua realização. Na prática, portanto, a criminalização do aborto é ineficaz para proteger o direito à vida do feto. Do ponto de vista penal, ela constitui apenas uma reprovação “simbólica” da conduta. Mas, do ponto de vista médico, como assinalado, há um efeito perverso sobre as mulheres pobres, privadas de assistência” (BARROSO, 2016b, p. 15).

mulher”. Num primeiro plano, a própria descriminalização aparece como alternativa<sup>200</sup>. Num segundo plano, trata-se de desenvolver uma atuação mediata sobre os sujeitos, ou seja, de realizar uma intervenção ambiental, capaz de reprogramar o cálculo implicado na decisão da gestante:

Além disso, o Estado deve atuar sobre os fatores econômicos e sociais que dão causa à gravidez indesejada ou que pressionam as mulheres a abortar. As duas razões mais comumente invocadas para o aborto são a impossibilidade de custear a criação dos filhos e a drástica mudança na vida da mãe (que a faria, e.g., perder oportunidades de carreira). Nessas situações, é importante a existência de uma rede de apoio à grávida e à sua família, como o acesso à creche e o direito à assistência social. Ademais, parcela das gestações não programadas está relacionada à falta de informação e de acesso a métodos contraceptivos. Isso pode ser revertido, por exemplo, com programas de planejamento familiar, com a distribuição gratuita de anticoncepcionais e assistência especializada à gestante e educação sexual. Logo, a tutela penal também dificilmente seria aprovada no teste da necessidade. (BARROSO, 2016b, p. 17)

Todo esse conteúdo – as estatísticas sobre o aborto no Brasil e no mundo, a reflexão sobre as políticas alternativas à criminalização e, especialmente, a construção das variáveis que afetam o cálculo do sujeito a governar – estão abrigadas pela máxima da proporcionalidade. Mas o que é decisivo no voto do Ministro é que, ao se desenvolver o exame da proporcionalidade em sentido estrito, a argumentação jurídica se converta expressamente em uma análise do *custo x benefício* da medida judicialmente apreciada. Já na ementa apresentada por Barroso, fez-se constar:

(i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) **a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores a seus benefícios.** (BARROSO, 2016b, p. 02, com grifo nosso)

---

<sup>200</sup> O Ministro pontua que “uma política alternativa à criminalização implementada com sucesso em diversos países desenvolvidos do mundo é a descriminalização do aborto em seu estágio inicial (em regra, no primeiro trimestre), desde que se cumpram alguns requisitos procedimentais que permitam que a gestante tome uma decisão refletida. É assim, por exemplo, na Alemanha, em que a grávida que pretenda abortar deve se submeter a uma consulta de aconselhamento e a um período de reflexão prévia de três dias. Procedimentos semelhantes também são previstos em Portugal, na França e na Bélgica” (BARROSO, 2016b, pp. 16-17).

Sublinhe-se que se trata de ementa de duas laudas. Embora a estrutura das ementas de acórdãos adotada pelo STF venha gerando textos cada vez mais longos, ainda se trata do núcleo duro argumentativo adotado pelo Tribunal. Para além do voto de um Ministro, obviamente, trata-se de expressão textual da decisão adotada pela corte. Como se lê na passagem grifada, a proporcionalidade em sentido estrito é subsumida a um teste, em que os custos da medida apreciada não devem superar seus benefícios. É verdade que, no corpo do voto, Barroso vem a referir-se ao exame da proporcionalidade, sob essa mesma dimensão, da seguinte maneira: “é preciso verificar se as restrições aos direitos fundamentais das mulheres decorrentes da criminalização são ou não compensadas pela proteção à vida do feto” (BARROSO, 2016b, pp. 17-18). Pelos termos empregados nessa passagem, o procedimento consistira, enfim, numa ponderação acerca da relação entre dois direitos fundamentais. O Ministro retoma, então, a gravidade com que a criminalização do aborto afeta os direitos fundamentais das mulheres, mas retorna à relação entre custos e benefícios:

Sopesando-se os custos e benefícios da criminalização, torna-se evidente a ilegitimidade constitucional da tipificação penal da interrupção voluntária da gestação, por violar os direitos fundamentais das mulheres e gerar custos sociais (e.g., problema de saúde pública e mortes) muito superiores aos benefícios da criminalização. (BARROSO, 2016b, p. 18)

Em outra passagem, o Ministro havia afirmado que o exame da proporcionalidade em sentido estrito “consiste na análise do custo-benefício da providência pretendida, para se determinar se o que se ganha é mais valioso do que aquilo que se perde” (BARROSO, 2016b, p. 07). E, em mais uma, escreveu que seria necessário avaliar se a “tipificação” se justificaria “a partir da análise de seus custos e benefícios (proporcionalidade em sentido estrito)” (BARROSO, 2016b, p. 14).

Parece-me que a confusão é, paradoxalmente, esclarecedora. É preciso observar, de antemão, o uso de uma terminologia tipicamente econômica para a aplicação do direito. A linguagem do *custo x benefício* é a linguagem da eficiência que deve ser introduzida e transformada em conceito chave do empreendimento jurídico e da intervenção governamental que a jurisdição realiza. Em algumas passagens, esse vocabulário econômico parece consistir em uma simples maneira de se referir ao sopesamento de princípios, sem maiores implicações. Em outras passagens – e decisivamente na própria ementa do acórdão –, fala-se em “custos sociais” que seriam “superiores aos benefícios da criminalização”, desaparecendo a relação com as categorias e normas (normas-princípio) jurídicas.

É supérfluo demonstrar a diferença entre as duas formas de abordar a questão. Sopesar princípios, de modo a verificar se é justificável a proporção que o afetamento negativo da realização de um se relaciona com a promoção de outro (conforme o modelo alexyano), não é o mesmo que analisar o *custo x benefício* social da medida. Mas o Ministro parece buscar realizar ambos os procedimentos, e o faz unificando-os, indistinguindo-os. Essa aproximação entre a máxima da proporcionalidade e uma análise de custos e benefícios sociais, coerente com os termos dos demais julgados já expostos nesta tese, demonstra a que ponto pode chegar a governamentalização da justiça. Deve-se interrogar, portanto: até que ponto pode ir a análise de *custo x benefício* promovida pelo Judiciário? Como podem ser estabelecidos limites para esse procedimento? Como isso se diferencia da produção de um simples juízo político novo, capaz de se sobrepor a um ato legislativo que se encontra sob apreciação judicial, por exemplo? Pelo voto, não é possível obter nenhuma resposta. Ou melhor, através dele, tais perguntas são respondidas sob a forma da indeterminação<sup>201</sup>.

#### 6.4 MÁXIMA DA PROPORCIONALIDADE COMO TESTE DE *CUSTO X BENEFÍCIO* E O RECURSO EXTRAORDINÁRIO 635.659

Compreende-se melhor o que foi dito no desfecho do tópico anterior quando se examina as anotações para o voto oral do Ministro Luís Roberto Barroso no Recurso Extraordinário 635.659, cujo relator é o Ministro Gilmar Mendes. No caso, o recorrente alegou a inconstitucionalidade do artigo 28 da *Lei de Tóxicos* (11.3434/2006), frente ao artigo 5º, inciso X, da Constituição de 1988. Em outras palavras, discute-se no processo a descriminalização do porte de drogas para o consumo próprio.

Em suas notas, Barroso, no ano de 2015, já falava numa interpretação constitucional que engloba a “proteção dos direitos fundamentais” e o “pragmatismo jurídico”. Note-se que é o próprio conceito de interpretação constitucional que passa a trazer consigo o “pragmatismo jurídico”. Este último seria caracterizado pelo “contextualismo” e pelo “consequencialismo”.

---

<sup>201</sup> Ainda sobre o referido *habeas corpus*, cabem algumas observações finais. O Ministro Barroso (2016b, p. 19), nesse julgado, repete o argumento que se apóia numa ordem jurídico-econômica global, ao afirmar que “praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante a fase inicial da gestação como crime, aí incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália”. O Ministro Edson Fachin acompanha o relator através de um voto minúsculo, em que afirma concordar com os “dois fundamentos” do redator do acórdão (cf. FACHIN, 2016a, p. 01). A Ministra Weber apresenta voto mais robusto. Em um tópico intitulado “empíria sobre o aborto”, ela também investe nas estatísticas, embora tenha o cuidado de afirmar que se cuida de um “argumento de segunda ordem” (WEBER, 2016a, p. 12). Ao final, ela acompanha Barroso, especialmente no que se refere ao caráter controverso da proporcionalidade da criminalização do aborto até o terceiro mês de gestação (WEBER, 2016a, p. 15).

Quer dizer, deve-se considerar a “realidade concreta” na qual se insere o problema jurídico, assim como se deve conceber “que o resultado prático de uma decisão deve ser o elemento decisivo de sua prolação” (BARROSO, 2015a, p. 02). O Ministro também sublinha outra orientação já apresentada em julgados já examinados nesta tese: “frequentemente será legítimo e desejável que o intérprete, dentro das possibilidades e limites das normas constitucionais, construa como solução mais adequada a que produza melhores consequências para a sociedade”, embora isso, para ele, só possa ser feito quando não estão “em jogo direitos ou princípios fundamentais” (BARROSO, 2015a, p. 02)<sup>202</sup>. Como visto através do HC 126.292, no entanto, a regra de direito fundamental relativa à presunção de inocência “entrou em jogo”, mas foi derrotada pela decisão do tribunal, com a qual corroborou o magistrado.

Barroso anuncia que “a guerra às drogas fracassou” e que seu “custo político, social e econômico tem sido altíssimo” (BARROSO, 2015a, p. 03). Para ele, “é preciso ceder aos fatos” (BARROSO, 2015a, p. 03). No caso brasileiro, “o tráfico desempenha uma concorrência desleal com qualquer atividade lícita, pelas somas que manipula e os pagamentos que oferece” (BARROSO, 2015a, p. 03). O resultado seria uma “tragédia moral brasileira”, capaz de “impedir” que “famílias pobres” criem “seus filhos em um ambiente de honestidade” (BARROSO, 2015a, p. 03). Ou seja, o problema do comércio de drogas pode ser lido não apenas através dos custos sociais em que implica, mas também, como um mercado, a partir do conceito econômico de concorrência e do modo como interfere na conformação do ambiente de riscos e incentivos que compõem o cálculo dos sujeitos autointeressados.

Barroso passa, então, a expor as “razões pragmáticas para a descriminalização” (BARROSO, 2015a, p. 04)<sup>203</sup>. Fala do “fracasso da política atual” (BARROSO, 2015a, p. 04),

---

<sup>202</sup> A passagem na íntegra é a seguinte: “I. A INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL 1. A interpretação constitucional é uma atividade que se desenvolve no largo espectro que vai da proteção dos direitos fundamentais ao pragmatismo jurídico. Os direitos fundamentais funcionam como uma reserva mínima de justiça aplicável a todas as pessoas. Característica essencial dos direitos fundamentais é que eles são oponíveis às maiorias políticas. Vale dizer: eles funcionam como limites ao legislador e mesmo ao poder constituinte reformador. 2. O pragmatismo jurídico, por sua vez, é herdeiro distante do utilitarismo e descendente direto do pragmatismo filosófico. Ele tem, em meio a outras, duas características que merecem destaque aqui: a primeira é o chamado contextualismo, a significar que a realidade concreta em que situada a questão a ser decidida tem peso destacado na determinação da solução adequada. A segunda característica é o consequencialismo, na medida em Cabe ao juiz produzir a decisão que traga as melhores consequências possíveis para a sociedade como um todo. 3. Não estando em jogo direitos ou princípios fundamentais, frequentemente será legítimo e desejável que o intérprete, dentro das possibilidades e limites das normas constitucionais, construa como solução mais adequada a que produza melhores consequências para a sociedade. Pois bem: penso que por qualquer dos dois critérios – seja sob a égide da primazia dos direitos fundamentais, seja por avaliação pragmática –, chega-se à mesma solução neste caso” (BARROSO, 2015a, p. 02).

<sup>203</sup> Tais razões comparecem também à ementa do voto de Barroso (2015a, p. 15): “1. A descriminalização do porte de drogas para consumo pessoal é medida constitucionalmente legítima, devido a razões jurídicas e pragmáticas. 2. Entre as razões pragmáticas, incluem-se (i) o fracasso da atual política de drogas, (ii) o alto custo do encarceramento em massa para a sociedade, e (iii) os prejuízos à saúde pública”.



caracterizada pela proibição e que, “em lugar de reduzir a produção, o comércio e o consumo, a política mundial de criminalização e repressão produziu um poderoso mercado negro e permitiu o surgimento ou o fortalecimento do crime organizado” (BARROSO, 2015a, p. 04). A segunda razão pragmática se refere ao “alto custo para a sociedade” acarretado pela criminalização.

## 2. Segunda razão: Alto custo para a sociedade

O modelo criminalizador e repressor produz um alto custo para a sociedade e para o Estado, resultando em aumento da população carcerária, da violência e da discriminação. Da promulgação da lei de drogas, em 2006, até hoje, houve um aumento do encarceramento por infrações relacionadas às drogas de 9% para 27%. Aproximadamente, 63% das mulheres que se encontram encarceradas o foram por delitos relacionados às drogas. Vale dizer: atualmente, 1 em cada 2 mulheres e 1 em cada 4 homens presos no país estão atrás das grades por tráfico de drogas.

⇒ Cada vaga no sistema penitenciário custa, de acordo com o Depen, R\$ 43.835,20. O custo mensal de cada detento é de cerca de R\$ 2.000.

Além do custo elevado, há outro fenômeno associado ao encarceramento: jovens primários são presos juntamente com bandidos ferozes e se tornam, em pouco tempo, em criminosos mais perigosos. Ao voltarem para a rua, são mais ameaçadores para a sociedade, sendo que o índice de reincidência é acima de 70%. Por fim, há um outro problema: como não há critério objetivo para distinguir consumo de tráfico, no mundo real, a consequência prática mais comum, como noticiam, dentre muitos, Pedro Abramovay e Ilona Szabó, é que “ricos com pequenas quantidades são usuários, pobres são traficantes”.

⇒ Por essa razão, é imperativo que se estabeleçam critérios para distinguir consumo de tráfico. (BARROSO, 2015a, p. 05)

Faz parte da abordagem neoliberal tomar a terminologia econômica (dos custos) para tratar de assuntos não estritamente econômicos. Como se demonstrou no Capítulo 1, o neoliberalismo americano estendeu a economia à investigação não só de todo comportamento racional, mas a toda e qualquer ação humana. Assim, os conceitos econômicos são dotados de novo alcance e transitam livremente por toda teoria que tem o ser social como objeto. É por isso que os custos sociais da criminalização, nos termos de Barroso, ora podem passar diretamente pelo “custo mensal de cada detento”, ora podem tocar em questões aparentemente mais distantes da economia. Em todo o caso, é a racionalidade econômica que governa não apenas o *homo oeconomicus*, mas também o pensamento.

Em terceiro lugar, Barroso aponta, calculando a política de enforcement, que “a criminalização afeta a proteção da saúde pública” (BARROSO, 2015a, p. 05), uma vez que “a política de repressão penal exige recursos cada vez mais abundantes, drenando investimentos

em políticas de prevenção, educação e tratamento de saúde” (BARROSO, 2015a, p. 06). Além disso, a política vigente, ao estigmatizar os usuários, dificultaria seu acesso a tratamentos (BARROSO, 2015a, p. 06). O Ministro encerra seu tópico dedicado às razões pragmáticas de seu voto afirmando que a criminalização tem acarretado em mais custos do que benefícios, de modo geral<sup>204</sup>.

Feito isso, Barroso abre um fragmento, intitulado “Uma janela para o mundo”, no qual levanta que “quase todo o mundo democrático e desenvolvido está abrandando a sua política em relação às drogas” (BARROSO, 2015a, p. 06). Em seguida lança seus fundamentos jurídicos. Seriam eles: as violações ao direito de privacidade, à autonomia individual e ao princípio da proporcionalidade (BARROSO, 2015a, p. 06 e ss). Quanto a este último, o magistrado aborda o princípio da lesividade, para estabelecer que o uso de drogas não produz lesão a bem jurídico alheio (BARROSO, 2015a, p. 06 e ss). Em seguida, trata das dimensões da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

Ao examinar a adequação da medida restritiva, o Ministro pontua que ela não é capaz de realizar a proteção da saúde pública, pois as estatísticas relevariam sua inaptidão para reduzir o consumo e ainda pelo fato de que a criminalização terminaria, na prática, por comprometer a realização desse fim. Em relação à necessidade da legislação criminalizadora, Barroso afirma que ela “poderia ser disputada” (BARROSO, 2015a, p. 10), mas, ao mesmo tempo, haveria “alternativas que vão desde a previsão de sanções administrativas até o combate via contrapropaganda e cláusulas de advertência (BARROSO, 2015a, p. 10). Dito isso, é o próprio Ministro que enfatiza a importância da terceira dimensão do exame da proporcionalidade:

Mas é sobretudo no terceiro subprincípio – o da proporcionalidade em sentido estrito –, quando se vai aferir o custo benefício da criminalização que a desproporcionalidade se evidencia de maneira mais contundente. O custo tem sido imenso – em recursos drenados para a repressão, para o sistema penitenciário, nas vidas de jovens que são destruídas no cárcere, no poder do tráfico sobre as comunidades carentes – e os resultados têm sido pífios: aumento constante do consumo. Em suma: por ausência de lesividade a bem jurídico alheio, por inadequação, discutível necessidade e, sobretudo, pelo custo imenso em troca de benefícios irrelevantes, a criminalização não é a forma mais razoável e proporcional de se lidar com o problema. ((BARROSO, 2015a, p. 10),

---

<sup>204</sup> Ele afirma: “em conclusão deste tópico que cuidou das razões pragmáticas pelas quais a descriminalização do consumo é uma alternativa melhor: os males causados pela política atual de drogas têm superado largamente os seus benefícios. A forte repressão penal e a criminalização do consumo têm produzido consequências mais negativas sobre a sociedade e, particularmente, sobre as comunidades mais pobres do que aquelas produzidas pelas drogas sobre os seus usuários” (BARROSO, 2015a, p. 06).

Como o trecho acima deixa claro, no julgamento do RExt, a confusão que havia surgido no julgamento do HC 124.306 desaparece. Agora, a máxima da proporcionalidade em sentido estrito é apresentada tão somente como uma avaliação pragmática da *proporção* entre custos e benefícios, capaz de esvaziar de sentido uma lei ou uma decisão estatal qualquer. Quando Foucault falou em um tribunal econômico neoliberal que sabatina e critica permanentemente as medidas estatais (Capítulo 1), ele não se referia a um órgão judicial, mas à crítica constante exercida no debate público. Não há dúvidas, no entanto, de que o papel que o STF pode realizar, convertida a proporcionalidade em teste de *custo x benefício*, é precisamente o mesmo, tornando a observação foucaultiana relevante até mesmo em sua literalidade.

Esse Judiciário governamentalizado, essa justiça-empresa, que avalia continuamente as medidas – ou os investimentos – feitos pelos demais poderes, torna-se ela mesma, através do consequencialismo jurídico, uma justiça investidora. A decisão se inscreve no que Foucault (2008a, p. 332) chamou de “modelo investimento-custo-lucro”. Ela é lançada sobre a realidade de forma a colher um certo número de efeitos, de resultados úteis, os quais devem invariavelmente compensar os custos. O juiz-empresário é, portanto, aquele que, ao mesmo tempo em que escrutina os investimentos dos demais poderes, realiza ele próprio um conjunto de investimentos-decisões, programados a partir de um mercado que funciona como “grade de inteligibilidade” e “princípio de decifração das relações sociais e dos comportamentos individuais” (FOUCAULT, 2008a, p. 334).

## 6.5 ENTROSANDO INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E GOVERNAMENTALIDADE: A MC NA ADI 5.948 E A EXCEÇÃO COMO MAXIMIZAÇÃO DA EFICIÊNCIA

Em 29 de junho de 2018, o Ministro Relator Alexandre de Mores deferiu o pedido de medida cautelar, apresentado pelo partido Democratas, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.948. O DEM requereu a suspensão da eficácia do inciso IV do artigo 6º do Estatuto do Desarmamento (Lei 10.826/2003) e das expressões “das capitais dos Estados” e “com mais de 500.000 habitantes”, que compõem o inciso III do mesmo artigo. No texto legal, consta o que segue:

Art. 6º É proibido o porte de arma de fogo em todo o território nacional, salvo para os casos previstos em legislação própria e para: (...)

III – os integrantes das guardas municipais das capitais dos Estados e dos Municípios com mais de 500.000 (quinhentos mil) habitantes, nas condições estabelecidas no regulamento desta Lei;

IV – os integrantes das guardas municipais dos Municípios com mais de 50.000 (cinquenta mil) e menos de 500.000 (quinhentos mil) habitantes, quando em serviço; (BRASIL, 2003)

Como se pode notar, o objetivo visado pelo partido consistia na concessão de autorização para que Guardas Municipais, independentemente do número de habitantes do município em que trabalham, portassem armas de fogo, nas mesmas condições em que o fazem os demais agentes de segurança. Moraes observa que há uma ADC, proposta pela Procuradoria-Geral da República que incide sobre o mesmo objeto, porém, com pedido oposto ao que é apresentado pelo Democratas (MORAES, 2018a, p. 03). Dito isso, o relator passa à afirmação de que, conforme um conjunto de precedentes do tribunal,

A análise dos requisitos do *fumus boni iuris* e *periculum in mora* para a concessão de medida liminar em sede de controle abstrato de constitucionalidade admite maior discricionariedade por parte do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, com a realização de verdadeiro juízo de conveniência política da suspensão da eficácia (ADI 3.401 MC, Rel. Min. GILMAR MENDES, Pleno, decisão: 3/2/2005), pelo qual deverá ser analisada a conveniência da suspensão cautelar da lei impugnada (ADI 425 MC, Rel. Min. PAULO BROSSARD, Pleno, decisão: 4/4/1991; ADI 467 MC, Rel. Min. OCTÁVIO GALLOTTI, Pleno, decisão: 3/4/1991), permitindo, dessa forma, uma maior subjetividade na análise da relevância do tema, bem assim em juízo de conveniência, ditado pela gravidade que envolve a discussão (ADI 490 MC, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno, decisão: 6/12/1990; ADI 508 MC, Rel. Min. OCTÁVIO GALLOTTI, Pleno, decisão: 16/4/1991), bem como da plausibilidade inequívoca e dos evidentes riscos sociais ou individuais, de várias ordens, que a execução provisória da lei questionada gera imediatamente (ADI 474 MC, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Pleno, decisão: 4/4/1991), ou, ainda, das prováveis repercussões pela manutenção da eficácia do ato impugnado (ADI 718 MC, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno, decisão: 3/8/1992), da relevância da questão constitucional (ADI 804 MC, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Pleno, decisão: 27/11/1992) e da relevância da fundamentação da arguição de inconstitucionalidade, além da ocorrência de *periculum in mora*, tais os entraves à atividade econômica (ADI 173- MC, Rel. Min. MOREIRA ALVES, Pleno, decisão: 9/3/1990) ou social. (MORAES, 2018a, pp. 04-05)

Para Moraes (2018a, p. 05), no caso, estão presentes os requisitos exigidos para o deferimento da liminar. A partir do pressuposto fixado na passagem citada acima, a decisão do relator ganha contornos francamente políticos, a partir da mobilização dos princípios da igualdade e, especialmente, da eficiência. Ele afirma que “o grande desafio institucional brasileiro da atualidade é evoluir nas formas de combate à criminalidade” (MORAES, 2018a,

p. 05), o que exigiria um “maior entrosamento dos diversos órgãos governamentais na investigação à criminalidade organizada, na repressão à impunidade e na punição da corrupção” (MORAES, 2018a, p. 05). Seria preciso ainda, “consequentemente, estabelecer uma legislação que fortaleça a união dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como do Ministério Público na área de persecução penal, no âmbito dos Estados da Federação” (MORAES, 2018a, p. 05). Desde aí já se nota o engajamento jurisdicional em uma importante *missão política*. O Ministro passa, então, a tecer uma série de considerações sobre o princípio da eficiência.

O poder público, no exercício de suas atribuições constitucionais e legais, precisa ser **eficiente, ou seja, deve produzir o efeito desejado, o efeito que gera bom resultado**, exercendo suas atividades sob o manto da igualdade de todos perante a lei, velando pela objetividade e imparcialidade; bem como zelando pela vida e integridade física de seus agentes, que são os verdadeiros instrumentos de atuação estatal em defesa da Sociedade. Nosso texto constitucional consagrou o princípio da eficiência, como aquele que impõe à Administração Pública direta e indireta e a seus agentes a persecução do bem comum, por meio do exercício de suas competências de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia e sempre em busca da qualidade, primando pela adoção dos critérios legais e morais necessários para a melhor utilização possível dos recursos públicos, **de maneira a evitar desperdícios e garantir uma maior rentabilidade social**. (MORAES, 2018a, p. 06, com grifo nosso)

Embora obscura, a referida busca por uma “maior rentabilidade social” sugere, no contexto discursivo instituído pelo Ministro, um teste de *custo x benefício* da atuação estatal, que tem em vista a maximização da riqueza. A observância da eficiência ganharia “contornos mais dramáticos”, segundo o magistrado, sempre que entra em jogo a segurança pública, pois se trata de proteger “a vida, a dignidade, a honra, a incolumidade física e o patrimônio dos indivíduos” (MORAES, 2018a, p. 06).

É o próprio Ministro que, em meio à articulação entre segurança pública e eficiência, remete ao estado de exceção. O comprometimento da segurança pública seria tão preocupante que daria ensejo à decretação do Estado de Defesa, “para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social (...)” (MORAES, 2018a, p. 06). No estado de exceção, e isso já se viu através da regra técnico-objetiva de Schmitt (Capítulo 2), trata-se de maximizar a eficácia, independentemente da lei. A exceção produz eficiência máxima. Em consonância com isso, afirma Moraes, “caso o próprio Estado de defesa se mostre ineficaz, haverá, inclusive, a possibilidade de decretação do Estado de Sítio, nos termos do inciso I do artigo 137da Carta Magna” (MORAES, 2018a, p. 07). O Ministro ainda aponta que um serviço eficiente de segurança pública “é garantia essencial para a estabilidade democrática no País, devendo, portanto, caracterizar-se pelo direcionamento da atividade e dos serviços

públicos à efetividade do bem comum, eficácia e busca da qualidade” (MORAES, 2018a, p. 07). O próprio papel da interpretação constitucional e do Poder Judiciário deve servir a esse objetivo político, nos seguintes termos:

**O pleno atendimento dessas metas somente será possível se a interpretação constitucional e o exercício das competências legislativas e administrativas garantirem a cooperação entre todos os poderes da República nos três níveis da Federação, com o financiamento, estruturação e infraestrutura necessários para o eficaz cumprimento dessas complexas tarefas, buscando a otimização dos resultados pela aplicação de razoável quantidade de recursos e esforços.** A realidade exige maior **entrosamento dos diversos órgãos governamentais no combate à criminalidade violenta e organizada, à impunidade e à corrupção**, e, conseqüentemente, há a necessidade de maior união dos Poderes Executivo, Legislativo e **Judiciário**, bem como do Ministério Público, no âmbito de toda a Federação. É evidente a necessidade de união de esforços para o combate à criminalidade organizada e violenta, não se justificando, nos dias atuais da realidade brasileira, a atuação separada e estanque de cada uma das Polícias Federal, Cíveis e Militares e das Guardas Municipais; bem como, **seu total distanciamento em relação ao Ministério Público e do Poder Judiciário**. É preciso a soma inteligente de esforços institucionais para combater as organizações criminosas, a criminalidade violenta e a corrupção, que, lamentavelmente, **ceifam milhares de vidas todos os anos e atrapalham o crescimento de nosso país.** (MORAES, 2018a, p. 07, com grifo nosso)

O “entrosamento” entre os diversos órgãos do Estado deve arrastar consigo, portanto, o Judiciário e a interpretação constitucional para a missão político-governamental de promover a eficiência no enfrentamento à criminalidade – conjunto no qual ganha destaque novamente o combate à corrupção – que “ceifa vidas” e, como não se poderia deixar de mencionar, compromete o crescimento econômico.

Para o próprio Ministro, não se trata aí de algo banal ou de mais do mesmo, e sim de uma “nova perspectiva de atuação na área de segurança pública” (MORAES, 2018a, p. 07) assimilada pela corte, que pode ser exemplificada pelo reconhecimento de que as “Guardas Municipais executam atividade de segurança pública” (MORAES, 2018a, p. 08), nos termos do Recurso Extraordinário 846.854, diante do qual coube também a Moraes figurar como relator<sup>205</sup>.

Com base nisso, Moraes começa, então, a apresentar uma dura crítica ao critério demográfico adotado pela legislação. Para ele, “restringir o porte de arma de fogo a integrantes de instituição que faz parte do sistema geral de segurança pública” é algo “bastante

<sup>205</sup> Moraes (2018a, p. 08) afirma que “dentro dessa nova perspectiva de atuação na área de segurança pública, o Plenário desta SUPREMA CORTE, no julgamento do RE 846.854/SP, de que fui designado redator para o Acórdão, foi reconhecido que as Guardas Municipais executam atividade de segurança pública (art. 144, § 8o, da CF), essencial ao atendimento de necessidades inadiáveis da comunidade (art. 9o, § 1o, CF)”.

questionável” (MORAES, 2018a, p. 08). Mas, caso se pretenda realizar tal restrição, ela “deveria guardar relação com o número de ocorrências policiais ou algum outro índice relevante para aferição da criminalidade”, e não com o número de habitantes com que conta um município (MORAES, 2018a, p. 08). Moraes afirma que este último dado não é decisivo para que se possa extrair uma conclusão acerca dos problemas relativos à segurança pública enfrentados por determinada localidade, o que busca demonstrar a partir de um extenso conjunto de estatísticas.

Os números levantados passam por uma série de questões. Fala-se, por exemplo, do percentual de municípios que contam com Guarda Municipal (MORAES, 2018a, p. 09), que oscilou de 14,1% (2006) para 19,4% (2014). Afirma-se que, entre 2016 e 2017, 8% das ocorrências foram apresentadas, no estado de São Paulo, por guardas municipais (MORAES, 2018a, p. 09). Em seguida, Moraes (2018a, p. 10) acentua que, nos municípios com menos de 500.000 habitantes (portanto, naqueles em que os agentes de segurança do município apenas poderiam portar a arma em serviço, nos termos do Estatuto), mais da metade dos registros policiais foram apresentados pelas Guardas.

A isso, somam-se os dados relativos às mortes dos agentes na realização de seu ofício. Os guardas civis teriam figurado como a “terceira carreira com o maior número de mortes nos dez primeiros meses de 2016” (MORAES, 2018a, p. 11), abaixo apenas dos profissionais ligados à Polícia Militar e à Polícia Civil. O Ministro junta, ainda, as taxas gerais de mortalidade violenta, apontando que é no grupo dos municípios que contam com menos de 50.000 habitantes que há o maior aumento da “criminalidade violenta” (MORAES, 2018a, p. 12).

Entre as páginas 9 e 14, ou seja, ao longo de mais de um terço da decisão (que conta, ao todo, com dezesseis laudas), trata-se basicamente de somar estatísticas. As páginas 10 a 14, em especial, são largamente ocupadas por gráficos, utilizados para apresentar os números relativos à atuação das guardas municipais e à evolução das taxas de criminalidade. Tanta linguagem empírica, que denota os fenômenos de população a serem governados, certamente não é algo comum ao direito brasileiro e, como já se viu através de outros julgados, compõe um quadro mais amplo de transformações governamentais por que passa a justiça, sobretudo quando situado lado a lado com o ideal normalizador que toma o mercado como regulador social geral.

Essa “numerologia” – de que falou o Ministro Lewandowski (Tópico 6.1) – adquire papel absolutamente decisivo. Seria “impossível compatibilizá-la” com o critério escolhido pelo Poder Legislativo:

Impossível compatibilizar tais dados estatísticos, que retratam um componente importante da violência urbana, com o fator discriminante eleito

nos dispositivos impugnados nesta ação direta. O aumento maior do número de mortes violentas, nos últimos anos, tem sido consistentemente maior exatamente nos grupos de municípios em que a lei estimou como passíveis de restrição ou até supressão do porte de arma por agentes encarregados constitucionalmente da preservação da segurança pública. (MORAES, 2018a, p. 14)

É somente a partir desse conjunto de informações, portanto, que se poderia voltar a olhar para o direito positivo e interpretá-lo. As estatísticas esvaziam os dispositivos do Estatuto do Desarmamento, tornando-os inconstitucionais. Primeiro, por ferirem o princípio da igualdade, já que o “desrespeito” a esse “postulado básico” demandaria “que situações iguais sejam tratadas igualmente, e que eventuais fatores de diferenciação guardem observância ao princípio da razoabilidade” (MORAES, 2018a, p. 14).

A razoabilidade exigiria, por sua vez, um tratamento “exigível, adequado e não excessivo” (MORAES, 2018a, p. 15). Moraes traz um texto relativamente obscuro ao examinar a razoabilidade da decisão legislativa. A aplicação desse teste à legislação não é devidamente explicitada, mas se nota certa ênfase na necessidade de um crivo de racionalidade por que deve passar a medida impugnada. Ele afirma que “a opção do Poder Público será sempre ilegítima, desde que sem racionalidade, mesmo que não transgrida explicitamente norma concreta e expressa” (MORAES, 2018a, p. 15) e que é preciso haver “adequação entre os meios utilizados pelo Poder Público, no exercício de suas atividades na hipótese, a edição de legislação restritiva a órgãos de segurança pública, e os fins por ela almejados, levando-se em conta critérios racionais e coerentes” (MORAES, 2018a, p. 14). As estatísticas, portanto, teriam permitido ao Ministro expor a irracionalidade (ou a insuficiente racionalidade) presente no Estatuto do Desarmamento.

Após ter sido definida pelo pragmatismo jurídico (ao lado dos direitos fundamentais) por Barroso, a interpretação constitucional, agora, é vista como algo a ser *entrosado*. Entrosar os poderes, entrosar os órgãos, entrosar Justiça e Ministério Público, Justiça e Polícia, Justiça e órgão acusador, Justiça e órgão investigador, Justiça e administração, Justiça e legislação: todos devem estar *entrosados* em torno de um grande pacto, em torno de uma grande missão, uma grande cruzada, cujo objetivo é incrementar a eficiência estatal, especialmente em matéria de segurança pública. Essa “nova perspectiva” é compatível com outras pactuações, exóticas à luz da Constituição, mas criativas, arrojadas e modernas do ponto de vista governamental. Quando o Ministro Dias Toffoli propõe, ele mesmo, na condição de Presidente do STF, um grande pacto nacional, não há dúvidas de que a jurisdição e a interpretação constitucional estão muitíssimo entrosadas: não com a Constituição, e sim com a razão e as cruzadas governamentais:



O Brasil tem de retomar o caminho do desenvolvimento, gerar empregos, recobrar a confiança, retomar o equilíbrio fiscal, reduzir as desigualdades sociais e regionais e criar condições para atender às necessidades básicas da população. O país precisa ser um ambiente seguro para o cidadão brasileiro viver. É hora de celebrarmos – os Poderes da República e a sociedade civil – um grande pacto nacional, para juntos, trilharmos um caminho na busca por reformas fundamentais que precisamos enfrentar. Destaco três: reforma previdenciária, reforma tributária-fiscal e segurança pública. Com o devido diálogo, devem ser construídos acordos e realizadas as reformas dentro de um quadro de segurança jurídica. O Poder Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal, seguirá com a sua missão de moderador dos eventuais conflitos sociais, políticos e econômicos, garantindo a paz social, função última da Justiça. Vamos em frente! Vamos juntos! O Brasil é uma grande Nação! Que Deus nos abençoe! Obrigado. (DIAS TOFFOLI, 2018, pp. 03-04)<sup>206</sup>

## 6.6 O INQUÉRITO 4.781: O STF COMO TRIBUNAL DE EXCEÇÃO EM SENTIDO ESTRITO E O “BRASIL COMO DEPENDÊNCIA DO SUPREMO”

Em 14 de março de 2019, o Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro José Antônio Dias Toffoli, resolveu, instaurar inquérito para apuração de “notícias fraudulentas (*fake news*), denúncias caluniosas, ameaças e infrações revestidas de *animus caluniandi*, *diffamandi* ou *injuriandi*, que atingem a honorabilidade e a segurança do Supremo Tribunal Federal, de seus membros e familiares” (STF, 2019a). O fundamento jurídico para tanto residiria no art. 13, I, e no artigo 43 do Regimento Interno do STF:

Art. 13. São atribuições do Presidente:

I – velar pelas prerrogativas do Tribunal;

(...)

Art. 42. O Presidente responde pela polícia do Tribunal. No exercício dessa atribuição pode requisitar o auxílio de outras autoridades, quando necessário.

Art. 43. Ocorrendo infração à lei penal na sede ou dependência do Tribunal, o Presidente instaurará inquérito, se envolver autoridade ou pessoa sujeita à sua jurisdição, ou delegará esta atribuição a outro Ministro. (STF, 1980)

O Ministro Alexandre de Moraes foi designado pelo Presidente do STF para figurar como relator do inquérito. Em despacho inicial, Moraes (2019, p. 02) determinou que fossem

---

<sup>206</sup> Duas das reformas citadas no discurso de Toffoli são reformas econômicas. A terceira se refere à segurança pública. O Presidente do STF retoma a compreensão, a qual já havia sido também por ele expressada anteriormente, de um Supremo que atua como Poder Moderador (ver Capítulo 3).

juntados aos autos as informações reunidas pela Secretaria de Segurança do tribunal e designou dois delegados e uma secretária para a condução das investigações. O inquérito corre em segredo de justiça. Inclusive, a única personagem processual identificada é o próprio STF, na figura de Moraes, pois, no trecho do despacho onde constaria a identificação de autores e advogados, aparece tão somente a expressão “sob sigilo”. Os investigados também não são identificados (MORAES, 2019, p. 01).

Uma grande polêmica política e jurídica cercou o caso. Isso se deu, sobretudo, a partir do momento em que o Relator determinou a retirada do ar de matérias, veiculadas pelos sítios eletrônicos *O Antagonista* e *Revista Crusoé*, nas quais se fazia ligação entre Dias Toffoli e as delações do empresário Marcelo Odebrecht. De acordo com o conteúdo das notícias, Toffoli seria tratado pelo empresário sob o codinome “amigo do amigo do meu pai”. Moraes viria, mais tarde, a revogar a decisão.

A saída encontrada pela gestão do tribunal é, evidentemente, exótica. De um artigo que prevê o funcionamento da “polícia do tribunal”, ou seja, a partir de uma previsão regimental que serviria à apuração de “infração à lei penal na sede ou dependência do Tribunal”, o STF infere que está entre as suas competências instaurar inquérito para apurar crimes cometidos contra os ministros fora das suas dependências. Com isso, o Supremo atribui a si o poder de investigar um amplo rol de condutas em qualquer parte do país, no contexto de um inquérito no qual, ao que parece, o tribunal é parte, investigador e juiz.

O partido político Rede Sustentabilidade buscou impugnar a portaria a partir de uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 572). Ao Ministro Edson Fachin coube a relatoria da ação. Fachin requisitou informações a Dias Toffoli, que, em resposta, sustentou que “os Ministros do Supremo Tribunal Federal têm jurisdição em todo o território nacional (CF, art. 92, §2º) e o representam em todo o país. Ao praticar infrações contra os Ministros, ofende-se o próprio STF, já que eles são órgãos deste tribunal” (DIAS TOFFOLI, 2019, p. 02).

O distanciamento entre o que se realiza através do inquérito e a previsão do Regimento Interno chama atenção. Joaquim Falcão (2019, pp. 03-04) afirmou, com precisão, que, a partir da Portaria 69/2019, “o Brasil seria uma dependência do Supremo”. Note-se, no entanto, que o mesmo Falcão, como se viu a partir do HC 126.292, ofereceu suporte para a legitimação de decisões em que o STF produziu dispositivos de exceção, derrotando regras constitucionais em nome da eficiência e do *bom funcionamento* da ordem social. O fato é, nesse sentido, que o Inquérito 4.781 não representa um ponto de partida, mas um dos pontos de chegada mais recentes

alcançados por um processo mais largo de autoatribuição expansiva e estratégica de poderes pelo tribunal.

Em síntese, trata-se de um inquérito que confere a corte superpoderes. Não há suporte legal nem regimental para esse tipo de procedimento. Isso não quer dizer que, no sistema brasileiro, seja impossível apurar eventuais crimes contra os ministros do Supremo. Quer apenas dizer que, à luz desse sistema, toda ocorrência dessa natureza deve ser encaminhada à autoridade policial competente e que deve ser observada a titularidade da ação penal por parte do Ministério Público. Com base nessa premissa, a Procuradoria-Geral da República *determinou* (os termos adotados pela PGR são esses, ou seja, de *determinação* e não de *requerimento*) o arquivamento do inquérito. O Ministro Moraes (2019) tratou tal determinação de arquivamento como um pedido, o qual indeferiu.

Uma situação como essa apenas deixa mais transparente a excentricidade que caracteriza todo o andamento do caso, da portaria ao indeferimento do arquivamento. Não se trata de *hard-case*: é um caso simples. A previsão de uma “polícia do tribunal”, como se viu, está muito distante de possibilitar um inquérito dessa natureza. Com isso, repõe-se a questão: qual é o *limite*? Em meio a indistinção entre interno e externo, *dentro e fora*, é possível *avistar* um limite para a autoatribuição expansiva e estratégica de poderes por parte do STF?

O Poder Judiciário brasileiro tem desaplicado sistematicamente regras positivadas, inclusive regras constitucionais. Comentei anteriormente que a noção de *tribunal de exceção* precisaria ser repensada para além do critério de competência, observando-se que a *exceptio* jurisdicional pode estabelecer-se a partir de uma derrota da regra articulada à imperativos associados à conservação e à promoção de um *bom funcionamento* da ordem social. No entanto, através do Inquérito 4.781, o que se institui é, de fato, um *tribunal de exceção em sentido estrito*. Deslocam-se as competências para que o STF funcione como verdadeira corte marcial.

Moraes afirma que se trata de manter a “estabilidade institucional” do Supremo, uma vez que “os atos investigados (...) desvirtuando a liberdade de expressão, pretendem utilizá-la como verdadeiro escudo protetivo para a consumação de atividades ilícitas contra os membros da Corte e a própria estabilidade institucional do Supremo Tribunal Federal”. (MORAES, 2019, p. 03). Essa estrutura argumentativa, para o leitor desta tese, não é nova. Ela se liga à preocupação com o desprestígio e a legitimidade da justiça e do Supremo, a qual estava presente no HC 126.292 e na AP 937 e se ligou à demanda por incremento da eficiência jurisdicional. Embora ganhe contornos mais dramáticos no inquérito (por dizer respeito à própria “estabilidade” do STF), trata-se, em todo caso, de fortalecer institucionalmente a corte e de proteger a autoridade estatal (no caso, judicial), de tal maneira que essa preocupação é

convertida em efetivo argumento jurídico, capaz de fundamentar inclusive decisões judiciais excepcionais.

## 6.7 GOLPE, MOVIMENTO OU CONTRA-REVOLUÇÃO? PLURALISMO, INEVITABILIDADE DA EXCEÇÃO E LEGÍTIMA DEFESA DA ORDEM NUM DISCURSO SEM DESFECHO

Ao negar seguimento ao Mandado de Segurança 36.380, em decisão proferida em 29 de março de 2019, o Ministro Gilmar Mendes avaliou ser cabível tecer um conjunto de considerações acerca da relação entre democracia e estado de exceção. Através do MS, um conjunto de vítimas da ditadura militar brasileira requereu ao Supremo que fossem suspensas quaisquer determinações emanadas do Presidente da República relativas à realização de comemorações do golpe de 1964<sup>207</sup>.

Após apresentar seu relatório, Mendes abre sua argumentação através do sublinhamento da “sensibilidade do tema trazido ao STF” (MENDES, 2019, p. 04). Sob o pluralismo, sustenta o Ministro, o regime de exceção, “como todo fato histórico”, comportaria “interpretações determinadas pela perspectiva de cada intérprete” (MENDES, 2019, p. 04). Para demonstrar essa premissa, ele cita discurso de Paulo Brossard de Sousa Pinto, o qual, ao contestar o caminho adotado pelos militares em 1967, teria nomeado como uma “revolução” o evento que tem como marco a data de 31 de março de 1964 (MENDES, 2019, p. 05). Cita ainda Manoel Gonçalves Ferreira Filho, para quem teria ocorrido, naquele ano, o “Movimento de Março”, que teria consistido, inicialmente, em uma contra-revolução (MENDES, 2019, p. 05). Ambas as citações, seja sob a referida forma da “contra-revolução” ou de uma “legítima defesa” estatal, justificam enfaticamente a tomada de poder pelos militares<sup>208</sup>.

---

<sup>207</sup> De modo mais detalhado e nos termos do Relator (MENDES, 2019, p. 03), os autores “requerem a concessão de liminar para que seja imediatamente suspensa a determinação do Presidente da República, Jair Bolsonaro – oficializada em pronunciamento de seu porta-voz a fim de que sejam adotadas as providências para comemoração do Golpe Militar (dia 31 de março de 1964) –, bem como para que o Presidente da República se abstenha de editar qualquer ordem no sentido de quaisquer órgãos públicos federais realizarem comemorações ou atos que violem o direito à memória e à verdade dos impetrantes, no dia 31.3.2019 ou qualquer outra data, em razão do aniversário do Golpe Militar de 1964, ou, se já o tiver feito, que sejam cassados os efeitos da ordem, para que ela não seja cumprida no dia 31.3.2019, ou em qualquer outra data, nos termos do artigo 7o, III, da Lei 12.016 de 2009”.

<sup>208</sup> Nos termos de Gilmar Mendes (2019, pp. 04-05): “tendo em mente o respeito ao pluralismo e a busca da tolerância, sempre em prol de uma convivência democrática, ouso lembrar que até mesmo Paulo Brossard de Sousa Pinto, em discurso contestador do regime que se enraizava, ao denunciar a ruptura constitucional que viria em 1967, no contexto do seu tempo, chamou os acontecimentos de março/abril de 1964 de “revolução”: “Foi para restabelecer a normalidade constitucional que, no exercício de um autêntico, de um legítimo direito de defesa, a Revolução foi feita. Pois agora, dois anos passados, cuida-se de impor uma nova Constituição ao País que consagra legalmente, explicitamente, todos os vícios e outros ainda; todos os excessos e outros mais; todos os abusos que levaram a Nação à revolução de 1964 e ainda outros tantos, compondo uma lei em que o Poder Executivo será o

O Ministro Relator associa a isso o polêmico discurso proferido, em outubro de 2018, pelo Ministro José Antônio Dias Toffoli, Presidente do STF, e “sabedor dessas várias visões de mundo”. Para Toffoli, objeto da defesa de Gilmar Mendes, igualmente não se trataria aquele processo político nem de golpe, nem de revolução, mas de um “movimento”:

Talvez sabedor dessas várias visões de mundo, o Ministro Dias Toffoli, ao falar na Universidade de São Paulo em 3 de outubro de 2018, por ocasião da comemoração dos 30 anos da Constituição de 1980, tenha usado a palavra “movimento” para se referir ao período: “Não foi um golpe nem uma revolução. Me refiro a movimento de 1964.” (MENDES, 2019, pp. 04-05)

Para Mendes (2019, p. 05), “a fala do Ministro Presidente foi esquecida e de tudo o que ele disse, apenas se escutou “movimento”. Daí em diante, todo o discurso judicial produzido por Gilmar Mendes se situa numa espécie de penumbra. Seus termos oscilam permanentemente. Ora se critica o regime, ora se observa que opositores cometiam atos criminosos e buscavam estabelecer regimes totalitários (MENDES, 2019, p. 11). Ora se afirma (MENDES, 2019, p. 08) que não se deve comemorar o golpe (ou a “contra-revolução” ou o “movimento”), ora se discorre, de maneira nebulosa, sobre a necessidade do estado de defesa e de sua previsão constitucional (MENDES, 2019, p. 09). O Ministro, ao fim e ao cabo, não explicita o modo como ele mesmo nomearia a tomada de poder pelos militares, mas seu texto pode ser interpretado, no mínimo, como uma defesa da exceção e de sua inevitabilidade.

Mendes narra que, quando estudante de Direito, teria participado do Congresso da Ordem dos Advogados do Brasil de 1977. Conta que Raymundo Faoro, então presidente da Ordem, mostrou-se enfaticamente favorável a uma previsão constitucional, uma vez realizada a redemocratização, do estado de defesa. O Ministro faz referência à obra do jurista alemão Konrad Hesse e ao seu conceito de força normativa da Constituição: “Hesse chama atenção exatamente para esse aspecto. Se as Constituições não regulam o estado de necessidade, este acabará por se impor de qualquer forma. A expressão em alemão é “*Not kennt kein Gebot*”: necessidade não conhece princípio, dizia Hesse” (MENDES, 2019, p. 09).

---

Poder dos poderes; em que a hipertrofia do Poder Executivo atingirá as dimensões patológicas do gigantismo; um superpresidencialismo autoritário, é o que se cuida de estabelecer para o nosso País, a tal ponto que não hesito em dizer que a nova ordem deixará o Estado Novo no chinelo”. (Sessão da Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul, 23.12.1966). Também Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em plena década de 70, ao escrever sobre a democracia, a “Democracia Possível”, parte da pré- compreensão de que houve um movimento. Nas palavras do autor: “Com efeito, é preciso não esquecer que o Movimento de Março foi, inicialmente, uma contra-revolução. Eclodiu não com o intento de elidir a democracia deficiente que tínhamos, e sim com o desiderato de salvar a democracia ameaçada abertamente pelo Governo de João Goulart e seus aliados, os quais não ocultavam o desejo de alterar o regime. Foi ela, assim, motivada pela necessidade de interromper um processo de subversão, obediente ao esquema da Guerra subversiva”. (Manoel Gonçalves Ferreira Filho, p. 119)”.

Mendes salta, desse conjunto de memórias, para o tratamento do embate político ocorrido durante a ditadura militar. Embora afirme, num primeiro momento, que “a simples análise dos fatos que ocorreram durante o período deixa claro que a força do Estado subjogou e oprimiu a sociedade civil, que se organizava da forma como podia, para se contrapor ao regime de exceção” (MENDES, 2019, p. 10), ele pondera que o embate ideológico “permitiu a realização de diversas agressões, que se constituíram em fatos típicos criminais, praticados, de um lado, pelo Estado forte e monopolizador do aparelho organizatório e, de outro, por núcleos de cidadãos ideologicamente contrários” (MENDES, 2019, p. 11). Por fim, Mendes homenageia aqueles que “acreditaram na política como o caminho para a superação de impasses, guiando, por meio de uma atuação segura e constante, o nosso “processo de abertura” (MENDES, 2019, p. 12).

As oscilações que caracterizam o discurso do Ministro não são objeto de nenhuma resolução final. Qual teria sido o seu objetivo ao realizar tais considerações, então? Não fica claro se, por exemplo, ele considera que o golpe de 1964 teria sido legítimo, embora deturpada posteriormente pelo regime de Atos Institucionais. O texto parece caminhar nessa direção, mas não há desfecho. Por sinal, as memórias resgatadas por Mendes não parecem conectar-se devidamente com o que ele escreve em seguida.

O que a obscuridade do texto talvez queira revelar é que, para o Relator, é *possível* (e apenas *possível*) que, em 1964, tenha ocorrido não um golpe, mas um movimento contra-revolucionário, sob a legítima defesa da ordem. Se, de um lado, esse é a mensagem transmitida pelo magistrado, de outro, isso só se faz plenamente coerente quando se considera sua afirmação segundo a qual o estado de exceção é inevitável e que, assim sendo, é fundamental regulá-lo. Juntando-se as peças: é *possível* que o inevitável estado de exceção e a legítima defesa da ordem tenham caracterizado o fenômeno político de 1964. Sobretudo, é possível que parcela da sociedade assim avalie, pois as pessoas interpretam os fatos, como diz Mendes, de acordo com sua perspectiva.

Diante dos casos abordados nesta tese, não deixa de ser útil localizar (1) o discurso de um Presidente do STF que trata a tomada de poder pelos militares em 1964 como um “movimento”, o que, no mínimo, aproxima seu entendimento da ideia de contra-revolução ou legítima defesa da ordem; (2) a indefinição de um Ministro que, ao julgar um caso que diz respeito ao golpe de 1964, oscila problematicamente em torno do tema e aceita, pelo menos como exercício da tolerância e do pluralismo, o entendimento de que pode não ter havido, de fato, um golpe de Estado; e (3) o entendimento expresso do mesmo magistrado acerca da inevitabilidade da exceção e da necessidade de sua regulamentação constitucional.

O problema do estado de exceção está, como se pode notar, sobre a mesa dos juízes. Hoje, e especialmente hoje, não se trata de um tema cujo interesse remete somente à produção teórica ou a uma situação emergencial hipotética. Esse é o tema dos julgados. É o tema com que se depara o STF. É o tema com que se depara o país.

#### 6.8 *PRENDER, DELATAR E PUBLICIZAR: O ENCONTRO ENTRE SUJEITOS ECONÔMICOS EM MEIO A UMA CRUZADA JURÍDICO-GOVERNAMENTAL*

Em julho do ano de 2013, Ministério Público e Polícia Federal passaram a monitorar, através de interceptações telefônicas, as conversas mantidas pelo doleiro Carlos Habib Chater. Isso teria permitido a identificação de quatro organizações criminosas. Entre elas, haveria uma, chefiada pelo próprio Chater, que utilizaria uma rede de postos de combustíveis e de lava a jato de automóveis para realizar lavagem de dinheiro<sup>209</sup>.

Em 17 de março de 2014, a Polícia Federal deflagrou a chamada *Operação Lava Jato*, que tinha como alvo exatamente o suposto grupo criminoso liderado por Chater. Nascia assim a mais conhecida operação já deflagrada pela Polícia Federal no país. Entre março de 2014 e maio de 2019, foram cumpridas 61 fases da *Lava Jato*, cada uma delas com um batismo específico e abrigadas sob o guarda-chuva da megaoperação<sup>210</sup>. Os números são impactantes. De acordo com informações publicizadas pela Polícia Federal em seu sítio eletrônico, até agosto de 2017, foram cumpridos, no bojo da *Lava Jato*, 844 mandados de busca e apreensão, 210 mandados de condução coercitiva, 97 mandados de prisão preventiva, 104 mandados de prisão temporária, 650 procedimentos de quebra de sigilo bancário e fiscal (aproximadamente), 330 procedimentos de quebra de sigilo telefônico (aproximadamente), 350 procedimentos de quebra de sigilo de dados (aproximadamente). Foram bloqueados R\$ 2.400.000.000,00 e repatriados R\$ 745.100.000,00.

De acordo com levantamento do jornal *Estadão*, apresentado em março de 2019, a *Lava Jato*, no seu quinto aniversário, chegou ao montante de 2.252 anos de condenações para 159 réus. Uma fração de 11% dos 426 denunciados permanece presa – cautelarmente ou a partir da confirmação da sentença condenatória em segundo grau. São 89 processos correndo na 13ª Vara

---

<sup>209</sup> Embora a *Operação Lava Jato* tenha sido deflagrada pela PF apenas em 2014, o MPF, em seu sítio eletrônico, afirma que a *Lava Jato* começou antes desse ano e antes mesmo de 2013. O início teria sido no ano de 2009, com as primeiras investigações de crimes de lavagem de dinheiro cometidos pelo ex-Deputado Federal José Janene, pelo doleiro Alberto Youssef e pelo próprio Carlos Habib Chater.

<sup>210</sup> O nome dado à primeira fase foi exatamente “Operação Lava Jato”. Esse mesmo nome seria dado depois ao conjunto da operação, dentro do qual ficariam abrigadas as suas 61 fases. O nome da mais recente fase, deflagrada em 8 de maio de 2019, por exemplo, é *Disfarces de Mamom*.

Federal de Curitiba (50 deles já sentenciados), que se somam a outros 40 cuja competência para julgamento é do Supremo. Ainda de acordo com o *Estadão*, foram fechados 183 acordos de delação premiada e 11 acordos de leniências junto a empresas.

A importância da operação é incontestável para a história recente do país, não apenas em termos quantitativos, mas também do ponto de vista qualitativo. A *Lava Jato* impactou fortemente a política, a economia e, de modo específico, o direito brasileiro. Este tópico busca exatamente responder a interrogação acerca das transformações a que o discurso jurídico nacional esteve exposto no último quinquênio. Certamente, não é o caso de se realizar uma investigação vertical tendo a operação como objeto, pois isso configuraria um trabalho de outra natureza. No entanto, penso ser possível, através deste fragmento da tese, apresentar algumas correlações entre a *Lava Jato* e a governamentalização da justiça e do direito no Brasil.

Esse esforço será realizado a partir de três frentes. Num primeiro momento, apresentarei de que forma um conjunto de agentes – Ministros do STF, ex-Ministros e intelectuais do campo jurídico – tem sustentado que o direito brasileiro passa por uma profunda mudança. Penso que o conceito de governamentalização da justiça apenas ganha importância explicativa diante dessas transformações. Como se verá, trata-se praticamente de uma revolução que atinge o mundo jurídico nacional, a qual é constatada e/ou defendida a partir de importantes intersecções (ainda que sem uma completa homogeneidade) existentes entre esse conjunto de atores.

Ao tratar da maneira como o atual Ministro da Justiça Sérgio Moro se posiciona sobre esse fenômeno, farei o elo com a segunda frente. Nela, busco levantar um conjunto de escritos do ex-juiz para demonstrar que há uma afinidade entre suas ideias e uma razão de governo aplicada ao direito e a jurisdição. Moro, no meu entendimento, é um dos profetas da justiça *moderna, eficiente* e punitiva que se deseja forjar no país, sob a lógica da governamentalidade.

Em terceiro, somarei considerações acerca da decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 4<sup>a</sup> Região em sede de julgamento do recurso contra decisão do Corregedor-Regional que arquivou representação contra o próprio Sérgio Moro, à época juiz. Isso porque, nesse caso, a exceção foi não apenas pronunciada pelo TRF como algo constitutivo da *Lava Jato*, mas também conectada a um conjunto de outros discursos judiciais, ligando-se ao próprio Supremo Tribunal Federal.

“A operação trouxe um novo padrão normativo, jurídico e também de natureza ética ao Brasil e à administração pública. Tenho confiança plena que isso não é suscetível de qualquer retrocesso”, disse, em 12 de junho de 2019, o relator dos processos referentes à *Lava Jato* no STF, Ministro Edson Fachin (RICHTER, 2019). “Estou de acordo com o ministro Fachin”, disse o ex-Presidente do Supremo, Carlos Velloso (2019). E completou:



Realmente a Lava-Jato prestou e tem prestado inestimáveis serviços à sociedade brasileira. Realmente tem um novo parâmetro. Aqueles jovens procuradores e o próprio juiz Moro absorveram muito do pragmatismo jurídico norte-americano. Estiveram em Harvard. Esse pragmatismo prega menos doutrina e mais atuação objetiva, tanto de juízes, quanto de procuradores, quanto de advogados. (VELLOSO, 2019)

“Uma nova geração de magistrados pede passagem”, escreveu Joaquim Falcão, professor de Direito da FGV-RJ e coordenador da pesquisa *Supremo em Números*. Disse ainda que “restou provado que o Tribunal Federal da 4ª Região pretendeu ir muito além de simplesmente julgar o ex-presidente. Apresentou ao Brasil uma nova maneira de pensar, expressar e construir a justiça” (FALCÃO, 2018b).

Da mesma forma, para um professor da FGV-SP, José Eduardo Faria (2018), há igualmente uma nova geração de juristas brasileiros, que buscou as “universidades americanas e inglesas (e italianas, em menor escala)”. Com isso, deu-se uma “renovação da mentalidade na Justiça brasileira, especialmente na primeira instância da Justiça Federal e no Ministério Público de um modo geral”.

Quanto ao Ministro Barroso, já ficou demonstrada, em capítulos anteriores, sua verdadeira militância em prol de uma nova cultura jurídica nacional. Junto, apenas para ilustrar, uma passagem ainda não citada:

Há dois movimentos importantes que ocorreram no mundo nas últimas décadas. Primeiro, foi o que se chama giro democrático constitucional (...). Mas há um giro que nós ainda não conseguimos efetuar inteiramente por ideias antigas e arraigadas, que é um giro empírico-pragmático. É uma característica brasileira, latina – portugueses já se livraram dela – que é um mundo de retórica vazia, alheio aos fatos, alheio ao que acontece no mundo real. Portanto, o empirismo significa a valorização da experiência dos fatos, a verificação do que acontece no mundo real; e o pragmatismo – por isso a virada empírico-pragmática – consiste em verificar que tipo de resultado uma decisão ou uma política pública produz sobre a realidade, produz no mundo real, se ela é capaz de satisfazer adequadamente as demandas existentes. (BARROSO, 2018c, p. 10)

O Ministro Fux também é um profeta da modernização da justiça. Em passagem citada no Tópico 6.1, afirma, diante do entendimento do Ministro Barroso na ADI 5.766, que “seu voto está exatamente numa linha mais moderna da análise econômica do direito, no sentido de que o sistema deve propiciar a litigância saudável e evitar demandas frívolas, que são, digamos assim, na dicção da ementa, aventureiras (STF, 2017, 1h11min21s – 1h11min47s).

Optei por, de início, apresentar ao leitor os fragmentos que buscam anunciar essa suposta *boa nova*, essa espécie de revolução jurídica pela qual estaríamos passando. São

Ministros (três deles), ex-Ministros, intelectuais que coordenam pesquisas junto ao CNJ ou, como ainda apresentarei, aquele que pode ser considerado o juiz (hoje Ministro) mais famoso da história nacional. Todas as enunciações se aproximam de um certo número de elementos, de um conjunto de críticas e proposições, que parecem ligar-se a reivindicação por uma *modernização da justiça*. Há, em todos os casos, uma compreensão de que a justiça brasileira é burocrática, formalista, pesada, morosa, arcaica, *latina*. Em uma palavra, temos uma justiça *atrasada*, que cheira a mofo. Com a nova geração que “pede passagem”, um novo modo de fazer justiça pode emergir. Ágil, prática, clara e eficiente, a justiça *moderna* deve prevalecer.

Creio que, por trás da aspiração pela modernização da jurisdição, o que se realiza efetivamente é uma governamentalização da justiça. O apelo à modernização é a maneira subtextual com que os agentes envolvidos percebem e profetizam a mudança. Mas esse apelo não é dotado de aptidão conceitual para explicar o fenômeno. Através do conceito de governo, aplicado ao Judiciário, é que se torna possível explicar não apenas as mudanças no direito brasileiro, mas também o próprio apelo à modernização, inclusive submetendo-o à crítica.

Cabe, a essa altura, adicionar alguns comentários sobre o papel de intelectuais ligados à Escola de Direito da Fundação Getúlio Vargas. Verificou-se, através do HC 126.292 e da AP 937, que a FGV tem participado de pesquisas junto ao CNJ e produzido informações sobre o funcionamento da Justiça que passam a constituir argumentos fático-jurídicos relevantes para as decisões. No caso particular da FGV-RJ, parece-me que essa escola de direito vem assumindo progressivamente o papel de braço acadêmico (uma espécie de *think tank*, para usar o termo atualmente empregado) para a nova racionalidade, governamental, da justiça<sup>211</sup>. Alguns elementos apontam nessa direção.

O primeiro deles, como exposto, é o engajamento de parte do corpo acadêmico da Escola de Direito da Fundação no desenvolvimento de pesquisas tais como a já citada “Supremo em Números”. Não se trata de iniciativa isolada: a FGV oferece cursos à distância sobre o Poder Judiciário e publicou um caderno (Caderno 12) que se dirige inteiramente à gestão da justiça, intitulado “Poder Judiciário e gestão eficiente”. Nele, afirma-se que:

Para cumprir esta etapa, o CNJ desenvolveu seu planejamento estratégico baseado na metodologia do Balanced Scorecard – BSC. Nesse contexto, a FGV Projetos, em conjunto com o CNJ, elaborou e implementou um Modelo de Gestão Estratégica, com base no BSC, integrado para o Poder Judiciário Nacional, alinhando as estratégias dos Tribunais Superiores e Conselhos, a saber: Supremo Tribunal Federal – STF; Superior Tribunal de Justiça – STJ; Tribunal Superior do Trabalho – TST; Tribunal Superior Eleitoral – TSE; Superior Tribunal Militar – STM; Conselho Nacional de Justiça – CNJ;

---

<sup>211</sup> Logicamente, aqui me refiro a uma parte do corpo docente da Escola, e não à sua totalidade.

Conselho da Justiça Federal – CJF; e Conselho Superior da Justiça do Trabalho – CSJT. Além desses órgãos, o desdobramento da estratégia se deu, simultaneamente, nos 24 (vinte e quatro) Tribunais Regionais do Trabalho; 27 (vinte e sete) Tribunais de Justiça Estaduais; 27 (vinte e sete) Tribunais Regionais Eleitorais; 5 (cinco) Tribunais Regionais Federais; e 3 (três) Tribunais de Justiça Militar.” (FGV, 2010b, pp. 34-35)

Ou seja, no mínimo em termos de gestão, há uma grande proximidade entre o a justiça brasileira e a FGV, tendo a referida metodologia sido aplicada a todo o Poder Judiciário nacional. Sabe-se, ademais, que a FGV é uma instituição marcada por uma profunda preocupação com problemas de gestão. Construir uma articulação entre o direito e as áreas de administração e economia foi, na verdade, a motivação que fez emergir a educação jurídica nessa instituição<sup>212</sup>.

Em um dos artigos que compõem o Caderno 12 da FGV-RJ, faz-se uma avaliação da relação entre modelos público e privado de gestão. Nesse fragmento, afirma-se que o modelo privado-empresarial tem sido e deve ser assimilado pela gestão pública, com suas noções de eficiência e de busca por resultados e desempenho, com a ressalva de que será necessário adaptar alguns elementos ao se realizar esse transplante gerencial.

Tendo como base a premissa de que o setor privado pode operar alguns serviços com maior eficiência que o setor público, nas últimas décadas muitos países se voltaram à iniciativa privada e/ou à aplicação de metodologias surgidas no âmbito empresarial, a fim de superar períodos de crise. Dentre as explicações para essa incorporação de outro tipo de ferramenta, pode ser destacada a mudança nas bases produtivas da economia que sustentava uma atuação estatal notadamente industrializada. A partir deste entendimento, toda uma hegemonia estatal, calcada em um *modus operandi* predominantemente regulador, ou mesmo autoritário, começa a sofrer bruscas mudanças iniciadas na década de 70, com o advento da globalização e com a ascensão dos mercados transnacionais. Vislumbrava-se o dinamismo do setor privado, pautado em métodos com **foco em resultados expressamente econômicos** para sustentar uma recuperação da capacidade de investimentos públicos ou, minimamente, a manutenção da qualidade operacional dos serviços prestados pela administração pública (THOENIG, 2007; MITCHELL e SIMMONS, 2003; BRESSER-PEREIRA, 2001; ESPING- ANDERSEN, 1996).

Em termos mais práticos, pode-se assumir que uma organização pública, **ao funcionar de acordo com regras globais**, passa também a ser baseada em **diretrizes**

---

<sup>212</sup> No Caderno da Fundação que busca explicar a proposta de criação do curso de Direito da FGV, fala-se da inserção de um curso de direito num ambiente acadêmico marcado pela administração e pela economia, nos seguintes termos: “por que criar uma nova faculdade de direito no Brasil? A proposta de instalação de uma graduação em Direito no âmbito da Fundação Getulio Vargas (FGV) dependia de uma resposta convincente a essa pergunta. Essa resposta deveria também justificar essa criação no âmbito da FGV; ou seja, essa nova escola deveria estar afinada com as competências consolidadas nas áreas de administração e economia, marcadas pela qualidade na pesquisa, na educação e na produção de bens públicos. E mais, deveria, como as demais escolas, pensar instituições. No caso, pensar o sistema judiciário, que não se limita ao Poder Judiciário, mas compreende toda atuação jurídica e política característica de um Estado Democrático de Direito”. Nota-se, além da forte influência das áreas da administração e da economia, que há uma forte preocupação com o sistema de justiça, considerando-o como instituição (ou conjunto de instituições) situada em um sistema político” (FGV, 2010a, p. 03).

**mercadológicas** que tendem a **separar aspectos político-sociais de aspectos econômicos**, em diferentes níveis, dependendo do contexto e do país (ORTIZ, 1994).

**No Brasil, não foi diferente.** A crise do Estado, impulsionada pelo esgotamento e sobrecarga da máquina pública e pela falta de capacidade para a manutenção da qualidade de atendimento ao cidadão, dentre outros fatores, fizeram com que governos começassem a buscar alternativas de gestão e de modelagem de políticas públicas. Uma das alternativas foi a incorporação de soluções advindas do setor privado. Entre elas, uma gama de ferramentas anteriormente exclusivas à estratégia empresarial, que tiveram seu marco no ideal do New Public Management (novo estado gerencial).

(...) Foi assim que o conceito de estratégia no setor privado, que auxiliou grandes corporações a alcançarem vantagens estratégicas e posições em seus mercados, passa a ser incorporado por alguns Estados em suas administrações. Quando se observa tal conceito no setor público, constata-se que este está mais fortemente vinculado à definição de prioridades e à diminuição de ameaças às quais o Estado possa estar exposto (PFEIFFER, 2000). Além disso, o **Estado, necessariamente deve estar pautado tanto por resultados de eficiência em produtos quanto em efetividade de resultados para a população.** O Estado possui funções únicas, tais como ser simultaneamente formulador e executor de políticas e passível de uso do monopólio pela “força” (FERLIE, 2002).

Essas nuances de entendimento e consequente aplicação de modelos e ferramentas privadas em um cenário diferenciado obriga, portanto, primeiramente, o entendimento dessas distinções e, posteriormente, a **adaptação** do que se pretende implementar.

**Para proceder à elaboração de um planejamento estratégico para o Poder Judiciário Nacional, a FGV lançou mão de uma metodologia originária do setor privado, mas trazendo para essa ferramenta a evidência nos processos de agilidade de responsividade em relação aos anseios do cidadão.** O referido processo de planificação foi elaborado com base na metodologia Balanced Scorecard – BSC, criada por professores da Harvard Business School e amplamente difundida e aplicada em entidades públicas e privadas, tanto no Brasil como no exterior”. (FGV, 2010b, p. 66-67, com grifo nosso)

Em primeiro lugar, trata-se – com suaves ressalvas ligadas à necessidade de “adaptação” – de aplicar o modelo privado-empresarial à administração das funções soberanas do Estado, ou seja, trata-se de governamentalizar a soberania e, especificamente, a administração da justiça. Na medida em que os argumentos relativos à administração da justiça se tornam indiscerníveis dos argumentos jurídicos, os elementos governamentais que compõem o repertório da gestão do Judiciário podem ser internalizados pelas próprias decisões judiciais.

Para que se analise esse movimento, que vai da gestão da justiça ao argumento jurídico, tome-se em conta o artigo de Joaquim Falcão e a entrevista dada por José Eduardo Faria, às quais se fez breve referência acima<sup>213</sup>. Em artigo no qual comenta a postura dos desembargadores do Tribunal Regional Federal da 4ª Região quando do julgamento do ex-Presidente Lula da Silva, Falcão proclama que uma “nova geração de magistrados” anuncia uma nova era do direito brasileiro. Ele aponta que os desembargadores

Não querem mostrar cultura. Não discutem com jargões jurídicos. Não se valem de doutrinas exóticas plantadas e nascidas no além mar. Não é preciso,

<sup>213</sup> Note-se que esses textos são aportados por esta tese como objeto de análise e não na condição de referencial teórico.

embora seja legítimo e, às vezes, indispensável buscar amparo em autores ou abstrações estrangeiras. Em geral ultrapassados. A argumentação é toda fundamentada nos fatos. Vistos e provados. Não se baseia apenas em testemunhos ou denúncias. Fundamentam seu raciocínio no senso comum que emanam dos fatos. Provas materiais. Ou como diria Ulysses Guimarães: com base em suas excelências, os fatos. Que de tão evidentes e intensamente descritos não deixam margem a qualquer dúvida razoável. Não é preciso muita argumentação para dizer o que é simples. Ninguém manda mudar um apartamento, manda comprar utensílios, faz visitas com o construtor, não pergunta preço, e não paga – só o dono de um imóvel procede assim. A prova da propriedade está no comportamento registrado ao vivo. E não no papel, na escritura A ou B. Simples assim. Os magistrados de maneira informal tentaram transmitir o que a linguagem jurídica, formal, muitas vezes oculta. (FALCÃO, 2018b)

Uma intensa factualização do direito marca as palavras de Falcão. O próprio aprofundamento doutrinário soa supérfluo e ultrapassado diante de uma justiça pragmática, informal, ligada a um critério de utilidade. O senso comum e os fatos são suficientes para a atividade jurisdicional, que se move orientada pelos resultados concretos da aplicação do direito.

A transmissão ao vivo permitiu a cada um de nós formar a própria opinião. Escolher um lado. Quase pegar a justiça com as próprias mãos, com as mãos do seu próprio entendimento. Restou provado que o Tribunal Federal da 4ª Região pretendeu ir muito além de simplesmente julgar o ex-presidente.

Apresentou ao Brasil uma nova maneira de pensar, expressar e construir a justiça. Provavelmente a maneira de magistrados se comportarem na televisão, na internet e até nos julgamentos sem transmissão nunca mais será a mesma.

Uma nova geração pede passagem. (FALCÃO, 2018b)

Em outro artigo, o pesquisador da FGV dirige sua atenção à relação entre Judiciário e opinião pública. Mas é especialmente reveladora a forma como Falcão enxerga o sistema judicial e a apreciação de recursos apresentados pelo réu em matéria penal. O texto é marcado pela ansiedade por resultados jurisdicionais e pela preocupação com o desprestígio da justiça. O artigo é intitulado *Julgamento de Lula é símbolo da mania de justiça*.

O julgamento do ex-presidente Lula, em Porto Alegre, é mais do que mera decisão judicial. É momento simbólico da mania de justiça que assola o país. Desde o Mensalão. Que mania é esta? É um sentimento mais profundo. Além da política. Que despertou em milhões de brasileiros. Nos amplos setores da vida cotidiana de cada um. (...) Esse sentimento, essa mania de justiça, é civilizatório. É uma espécie de “jusmania”. Mas como concretizá-lo? Hoje, ele ainda é canalizado para o Poder Judiciário. Tarefa de policiais, procuradores, defensores, advogados, juízes e tribunais. Até quando? Há

limites claros dessa entrega do sentimento popular de justiça ao Poder Judiciário. O Judiciário não pode ultrapassá-lo ou dele abusar. A mania de justiça não aguenta mais duas práticas judiciais atuais. Primeiro, não se aguenta mais a politização da Justiça ou a judicialização da política. Em Porto Alegre, não se está julgando um ex-presidente ou um futuro candidato. O TRF-4 não é tribunal eleitoral. Julga-se um cidadão igual a todos. (...) Segundo, não se aguenta mais o Judiciário transformar a concretização da justiça em momento infinito. Já não se discute a futura decisão do TRF-4. Discutem-se os recursos que vão se multiplicar. No fundo, depositário institucional da mania de justiça, o Judiciário demonstra que faz dos recursos que aceita a armadilha de si mesmo. Não usa sua independência para se proteger. Deixa-se usar. É refém passivo da iniciativa dos advogados por novos recursos. Recursos podem beneficiar réus, embora rarissimamente os números mostrem. Aumentam a clientela dos advogados, mas, sobretudo, desgastam o Poder Judiciário. Nesse desgaste mora o perigo da impaciência e indignação popular. Sentimentos não são eternos. (FALCÃO, 2018a)

A referência de Falcão aos números ligados à procedência de recursos nos tribunais brasileiros remete inevitavelmente às pesquisas a que tem recorrido o Ministro Barroso – como o Relatório *Supremo em Números*, o qual traz Falcão como um de seus organizadores. O devido processo legal fica sujeito aos juízos políticos de um Judiciário cuja independência serviria exatamente para passar ao largo da legalidade e, constituindo uma juridicidade de novo tipo, atender a demandas políticas de governamentalidade – que se alega que constituiriam o clamor popular. Trata-se, como se vê, de toda uma nova *economia jurisdicional* que se desenha quando se juntam as peças, calcada na eficiência, na utilidade, no apelo aos fatos, nas estatísticas, no resultado útil, sintetizando-se tais elementos na aplicação do direito.

Já o professor José Eduardo Faria, ligado à FGV-SP (e também à USP), em entrevista recente, seguiu em sentido semelhante, embora de maneira mais sofisticada. Faria desenvolve pesquisas relacionadas ao Judiciário há décadas e teve seu nome vinculado à teoria crítica do direito no Brasil pelo menos até a década de 90. Na entrevista, afirma que o que ocorre no Brasil tem raízes nas mudanças que afetaram o direito penal econômico na Europa, no sentido de se desenvolver um combate jurídico-econômico internacional à lavagem de dinheiro sob a globalização.

Os países europeus que vinham estudando nos anos 1980 a possibilidade de formar uma União Europeia, saindo da mera zona econômica e constituindo uma comunidade integrada, perceberam que seria necessário dar um passo semelhante na área do Direito Penal, o qual deveria ser globalizado. Esse processo foi pensado a partir da premissa de que ao invés de reprimir o crime organizado nas suas consequências seria melhor asfixiá-lo financeiramente – o mesmo valeu para o terrorismo. Com esse propósito, em 1989 foi constituído em Paris um grupo chamado GAFI [Grupo de Ação Financeira, Financial Action Task Force em inglês] para operar na Organização para a Cooperação

e o Desenvolvimento Econômico (OCDE) e que formará uma minuta de uma legislação penal econômica para todos os países membros da OCDE. A ideia seria trabalhar com o princípio da globalização econômica, o que exigiria, com o tempo, também a globalização de partes do Direito – não de todo ele, evidentemente. Eu acredito que há aqui uma questão importante para verificarmos a mudança das gerações principalmente no campo do Direito Penal e no campo do Direito Econômico, mudança decorrente de uma atuação cada vez mais sofisticada do crime organizado e das organizações terroristas na Europa. (FARIA, 2018)

Há aqui já uma forte sugestão – que se confirma ao longo do texto – acerca de um estreitamento da relação entre direito e economia. Faria descreve como esse processo se desdobra no Brasil. Mediante certas vantagens econômicas, o Brasil adota, por volta do ano de 2000, a legislação econômico-penal desenvolvida na Europa e, de um modo geral, pelos países da OCDE (FARIA, 2018). É aí que, para o professor, inicia-se uma tensão entre duas “arquiteturas jurídicas” no direito penal econômico nacional.

É a partir dessa mudança que se torna possível identificar nas novas gerações de graduandos e pós-graduandos de nossas faculdades de Direito – e com o tempo, esses novos quadros serão juízes, promotores e advogados – a consciência de que quem quisesse se especializar nessa área do Direito teria de estudar fora. E isso por uma razão muito simples: não houve uma renovação do pensamento penal brasileiro nas universidades, que ficaram encasteladas e presas a doutrinas superadas, com um viés que nós podemos chamar de romano-germânico – bastante litúrgico, cheio de entraves burocráticos, cheio de sistemas de prazos e recursos que permitiam aos advogados discutir não grandes questões factuais mas sim teses, pleitear vícios, aguardar que tais pleitos fossem julgados lentamente e, assim, obter a prescrição dos crimes dos seus clientes.

*E o que mudou com as gerações mais recentes que buscaram no exterior essa formação na área?*

Esses alunos vão estudar fundamentalmente em universidades americanas e inglesas (e italianas, em menor escala). O resultado dessa formação foi uma renovação da mentalidade na Justiça brasileira, especialmente na primeira instância da Justiça Federal e no Ministério Público de um modo geral. Foi essa renovação que, a meu ver, ocasionou os conflitos geracionais, em particular nessa esfera do direito penal a que eu venho me referindo. (FARIA, 2018)

Trata-se, portanto, da globalização de uma nova concepção do direito penal, fortemente ancorada no direito penal econômico e numa estratégia igualmente econômica de combate ao crime organizado. Isso faria com que recuasse o modelo romano-germânico e seu formalismo perante o modelo anglo-saxão. Para o entrevistado, emerge, assim, um direito penal que, agora, “vai direto ao foco”, contando com “equipes que entendem de contabilidade, que usam bem a tecnologia, que têm formação interdisciplinar, capaz de descobrir os rastros deixados por

documentos em vastas cadeias utilizadas para ocultar patrimônio ou dinheiro sujo” (FARIA, 2018).

Faria vê no processo ligado ao chamado “*Caso do Mensalão*” (Ação Penal 470) o início da tensão entre os dois modelos no Brasil. Para ele, Joaquim Barbosa, relator do caso, teria uma “visão mais americana”, o que gerou a derrota dos réus que “contrataram os grandes criminalistas brasileiros” (FARIA, 2018). Esses “grandes criminalistas” estariam ainda operando sob o modelo anterior, ultrapassado. Faria argumenta que faltam nas faculdades de direito brasileiras profissionais prontos a apresentar “esse confronto entre duas arquiteturas jurídicas – uma romano-germânica, tradicional; outra de corte anglo-saxão, atrelada aos mecanismos de controle de uma economia globalizada” (FARIA, 2018). Na entrevista, a partir disso, apresenta-se como essa racionalidade jurídica, amalgamada aos custos do processo, organiza um cálculo jurídico-econômico novo no interior de uma dinâmica processual metamorfoseada, atravessada pelos acordos de leniência e pelo instituto da delação<sup>214</sup> premiada:

Uma coisa que tenho percebido é que houve por parte das grandes empresas, em um primeiro momento, a preferência pelos advogados da velha tradição. Posteriormente, quando essas empresas se deram conta de que estratégia de defesa era ruim – pois girava em torno do garantismo –, perceberam que, pela nova legislação e pelo novo entendimento do direito penal (com destaque para a delação premiada e para os acordos de leniência), o custo financeiro das condenações seria muito alto. Muitas das grandes empreiteiras envolvidas na Lava Jato trocaram seus advogados. Há um momento em que vários advogados na faixa de 40, 45 anos de idade passam a atuar nos acordos de delação premiada das empreiteiras. Na avaliação delas, o impacto financeiro foi menor quando elas assumiram as culpas e assinaram os acordos de delação premiada do que se tivessem insistido na estratégia do garantismo, com altos gastos de defesa aos quais se somariam prováveis pesadas condenações. (FARIA, 2018)

Adiante, Faria reproduz uma ideia muito próxima daquela exposta por Joaquim Falcão. Ao comentar sobre o julgamento do ex-presidente Lula da Silva, ressalta a simplicidade da linguagem e uma suposta recusa ao formalismo. Ao mesmo tempo é nessa passagem que se vê a linha de continuidade entre a crítica do direito feita por Faria e sua posição atual sobre a justiça:

Tradicionalmente – e essa discussão vem dos anos 1980 –, há uma interpretação do Direito que favorece uma certa confusão, sugerindo que a

---

<sup>214</sup> Deve-se observar que, embora as próprias referências bibliográficas feitas nesta tese utilizem o termo “delação”, a terminologia adotada pela Lei 12.850/2013 revela a preferência pelo termo “colaboração” premiada.



dignidade da Justiça estaria nos seus ritos, no seu formalismo, na sua linguagem pomposa, nos argumentos prolixos. Isso sempre fomentou correntes críticas do Direito engajadas na tarefa de desnudar esses mecanismos. Se nós olharmos para a forma como os desembargadores da 8ª Turma do TRF-4 embasaram seus votos – não estou entrando no conteúdo, aqui, mas na forma –, percebe-se que eles procuraram jogar a discussão no chão, com uma linguagem clara e um propósito absolutamente pedagógico. Quebraram, com isso, aquela ideia do “juridiquês” como o latim das missas. Quer dizer, em um contexto em que se tem TV Senado, sociólogos e filósofos do Direito analisando esses temas abertamente, novos operadores do Direito fugindo do formalismo, tudo isso somado a condenações expressivas como as de grandes empreiteiras, as de dois ex-presidentes da Câmara dos Deputados, a do ex-presidente Lula, forma-se na sociedade, pouco a pouco, um sentimento de igualdade perante a lei. É um sentimento difuso, ainda sem grande penetração nas camadas populares, mas é um processo novo e importante. (FARIA, 2018)

Ao final da entrevista, respondendo a uma pergunta sobre como um julgamento como o do ex-presidente se desenvolveria em solo inglês ou americano, Faria afirma que a defesa “teria se voltado fundamentalmente para o foco do problema, e não às questões periféricas de natureza meramente processual, como insistiram em fazer” (FARIA, 2018). Faria encerra a entrevista afirmando que “quando se trata de direito penal econômico, a interação do legislador e do executivo com o funcionamento da economia é um dado claro” (FARIA, 2018). Para ele, apesar de certa dificuldade em compreender isso no Brasil, trata-se de algo que está em processo de mudança (FARIA, 2018).

Com isso, não é difícil entender por que a entrevista traz no seu título a seguinte afirmação do entrevistado: “há uma mudança no conceito de prova, de processo e de delito” (FARIA, 2018). Como as passagens citadas permitem ver, alteram-se esses conceitos porque se altera a racionalidade jurídica que lhes é subjacente. A “mudança” que Falcão e Faria buscam diagnosticar e, ao mesmo tempo, impulsionar, traz convergência em vários aspectos com o que chamo aqui de um processo de governamentalização da justiça em curso no Brasil – apesar de que os dois professores da FGV certamente não concordariam com esse desdobramento teórico –, com uma correspondente governamentalização dos conceitos jurídicos, tais como os três citados no título da entrevista.

Não é difícil perceber que essa nova morfologia do discurso jurídico alcança não apenas o direito penal econômico, mas tem uma tendência a espriar-se por todo o direito, particularmente no Brasil. Diversas controvérsias jurídicas foram influenciadas pelos desdobramentos da *Operação Lava Jato*, que tem um forte conteúdo econômico-penal. O STF tem nas mãos diversos casos ligados a essa operação, o que permite que se institua toda uma

nova forma de aplicar o direito penal, de realizar a jurisdição constitucional e, no limite, uma nova forma de aplicação do direito em geral.

As próprias decisões referentes ao HC 126.292 e à AP 937 não podem ser plenamente compreendidas sem se considerar que foram proferidas em meio ao desenvolvimento da referida operação, de modo que, por exemplo, os comentários de Barroso sobre as medidas necessárias para punir aqueles que cometem os *crimes do colarinho branco* só adquirem pleno significado nesse contexto. Em ambos os casos, a *Lava Jato* consistiu em um ponto de apoio para transformações jurídicas que vão muito além de temas do direito penal econômico e do combate à corrupção. Tratou-se de alterar, por exemplo, o entendimento acerca da execução da pena para todo e qualquer caso. Mais do que isso, através desses julgados, ganhou força uma nova forma de racionalidade jurídica, apta a alcançar todo o fazer jurisdicional, reprogramando-o.

A tendência à expansão da racionalidade desenvolvida no âmbito de um direito penal econômico globalizado pode ser encontrada a partir de textos publicados pelo próprio ex-magistrado responsável pelo julgamento dos ilícitos apurados pela *Lava Jato*, Sérgio Moro. Sua obra intitulada *Crime de lavagem de dinheiro*, publicada no ano de 2010, é aberta, no ponto 1.1, pelo seguinte enunciado: “um novo crime e uma nova política criminal” (MORO, 2010, p. 14). Moro aponta que a tipificação da lavagem de dinheiro é fenômeno recente. Teria tido origem, na maioria dos países, apenas na década de 80 do século XX (MORO, 2010, p. 14). Diante de algo tão novo, em geral, não se encontra “solução consolidada na jurisprudência brasileira” (MORO, 2010, p. 15), o que torna o Direito comparado “um recurso cabível”, embora nem tudo seja “assimilável ao direito brasileiro” (MORO, 2010, p. 15). Feita essa introdução, Moro anuncia que

O que é essencial é ter presente que a criminalização da lavagem de dinheiro não se trata apenas de um novo tipo penal. A criminalização da lavagem de dinheiro significa, acima disso, uma nova política de prevenção e repressão da atividade criminal. Tem por base a constatação de que não basta, para prevenir ou reprimir o crime, a imposição de pena privativa de liberdade ao criminoso. O que é essencial é privar o criminoso dos ganhos decorrentes de sua atividade, ou seja, confiscar o produto do crime. É a consagração do velho adágio de que o “crime não deve compensar”. (MORO, 2010, p. 15)

Pode-se detectar, no trecho acima, dois aspectos fundamentais. Em primeiro lugar, confirma-se a tendência expansiva da racionalidade que marca o combate a crimes econômicos. Não se trata apenas de um “novo tipo penal”. Como dirá Moro em outra passagem, “não

significa o mero acréscimo de um novo capítulo ao Código Penal ou o seu estudo, páginas adicionais em manuais de Direito”. Ao se inserir esse tipo, promove-se, ao mesmo tempo, uma transformação global em todo o sistema penal. Ou, nos termos de Moro, “compreendido corretamente, como representando uma nova política criminal, os tradicionais institutos e tipos de Direito Penal também devem ser reavaliados” (MORO, 2010, p. 16). Tem-se aí algo equivalente ao novo conceito de prova, processo e delito que, para Faria, devem emergir a partir da mentalidade de uma nova geração de juristas – entre os quais, obviamente, Moro estaria incluído como o grande protagonista.

O segundo elemento fundamental presente na passagem citada articula-se ao primeiro e o qualifica. Em se tratando de uma mudança global do direito penal, que tipo de mudança é essa? Através do discurso de Moro, é possível notar que, para combater os crimes contra a ordem econômica, o Estado parece ter assimilado, ele mesmo, uma lógica econômica, a qual agora revoluciona todo o sistema punitivo. É por isso que o que há de central e de mais profundo nessa nova política criminal reivindicada por Moro não é a assimilação de uma nova forma de investigação ou de execução penal. Mudanças desse tipo serão tão somente os efeitos de uma nova racionalidade essencialmente pragmática e governamental, que concebe o criminoso como um *homo oeconomicus*.

Será necessário, então, atuar sobre as variáveis que compõem o cálculo montado pelo infrator. É preciso interferir no seu ambiente, ou seja, na proporção entre riscos e incentivos que o ligam à conduta tipificada. Pode-se, com isso, atualizar governamentalmente o “velho adágio” de acordo com o qual “o crime não deve compensar”, quer dizer, é preciso elevar os custos e reduzir os benefícios da corrupção e do crime em geral, especialmente privando-se “o criminoso dos ganhos decorrentes de sua atividade”. Mas, sublinhe-se, esse confisco é tão somente um dos instrumentos a manifestar a introdução de uma nova racionalidade no seio do direito penal.

Não é à toa que Moro falará constantemente não apenas na repressão do crime, mas também na sua prevenção. A intervenção ambiental, característica da governamentalidade neoliberal, lida sempre com a decisão do sujeito, com o comportamento humano. Provocar uma reelaboração do teste de *custo x benefício* empreendido pelo criminoso, a partir da atuação sobre as variáveis que estruturam sua decisão, conduz inevitavelmente a uma reflexão sobre a política pública adequada também a prevenção dos ilícitos penais, em especial sobre a dimensão do enforço da lei.

A preocupação com a concorrência emerge em seguida aos comentários citados. Para o ex-juiz, é necessário “coibir a influência disruptiva do crime no domínio econômico e político”.

Isso porque

Qualquer vantagem injusta na atividade econômica ou política pode guindar o beneficiado a uma posição de predominância, em prejuízo de seus concorrentes. No domínio econômico, isso pode significar um mercado dominado por criminosos, pois o empresário criminoso pode valer-se de recursos que não estão disponíveis ao empresário honesto. Da mesma forma, no domínio político, o dinheiro proveniente do crime representa mais recursos para campanha do que os disponíveis ao adversário eleitoral honesto (...) A criminalização da lavagem, com eficiência ótima, imuniza o domínio econômico e político da influência do crime. (MORO, 2010, p. 16)

É relevante explorar ainda, para os propósitos desta tese, dois elementos da obra *Crime de lavagem de dinheiro*. Em primeiro lugar, trata-se da dura crítica que Sérgio Moro dirige à inefetividade do sistema penal, em plena convergência com o entendimento que viria a ser majoritário no Supremo, em 2016, acerca da execução provisória da pena. Moro afirma – novamente partindo do tema da lavagem de dinheiro para produzir inferências relativas ao sistema penal como um todo – que “há uma intenção generalizada na sociedade brasileira de incrementar a efetividade da legislação penal e processual penal, isso em relação ao crime de lavagem e, em geral, para todos os crimes” (MORO, 2010, p. 23).

Para o autor, não há “nada mais distante da realidade brasileira” do que o *rule of Law*, ou seja, nos seus termos, uma “aplicação eficaz e imparcial da lei” (MORO, 2010, p. 23). Isso porque a “morosidade do sistema judicial brasileiro, com múltiplos recursos, e até quatro instâncias de julgamento, tem o condão de não raras vezes retardar indefinidamente a aplicação da lei penal, minando a efetividade do sistema e a confiança da sociedade no Estado de Direito” (MORO, 2010, p. 24). Ao tratar do artigo 5º, LVII, da Constituição de 1988, Moro reclama da “pouca efetividade” conferida às sentenças e acórdãos condenatórios e questiona a “controvertida interpretação”, majoritária até 2016, que o STF deu à presunção de inocência (MORO, 2010, p. 24). Com ela, a sentença e o acórdão condenatório não valeriam mais do que “meros pareceres” (MORO, 2010, p. 24).

A crítica à política de enforço da lei segue, chegando o ex-juiz a afirmar que “para certos crimes, no Brasil, a acusação ganha, mas não leva, ou pelo menos quase nunca leva” (MORO, 2010, p. 25). Em crítica ao garantismo, sustenta que o que levou ao “quadro desalentador” da justiça penal foi “um discurso apegado a valores mais apropriados para o século XIX” (MORO, 2010, p. 25). Com isso, Sérgio Moro soma-se integralmente às reclamações por punição e pelo

incremento da eficiência da justiça penal e do *enforcement*, o que é inteiramente congruente com a racionalidade que o autor já exercitava ao estudar as estratégias de que dispõe o direito penal econômico.

Não é apenas através dessa obra que se torna possível notar uma significativa adoção, por parte de Moro, de uma razão governamental. Em geral, pode-se perceber que três elementos são recorrentes em seus posicionamentos: as reclamações por efetividade do sistema punitivo, o pragmatismo e a reflexão acerca do direito penal em termos de um jogo envolvendo custos e benefícios com que se depara o criminoso.

No artigo em que abordou o exemplo italiano da *Operação Mãos Limpas (Mani Pulite)*, Moro fala, já no resumo, em “uma das mais impressionantes cruzadas judiciárias contra a corrupção política e administrativa” (MORO, 2004, p. 56). Vale a pena observar o resumo na íntegra:

Traça breves considerações sobre a operação *mani pulite*, na Itália, uma das mais impressionantes cruzadas judiciárias contra a corrupção política e administrativa. Discute as causas que precipitaram a queda do sistema de corrupção italiano e possibilitaram a referida operação — entre elas os crescentes custos, aliados a uma conjuntura econômica difícil —, bem como a estratégia adotada para o seu desenvolvimento. Destaca a relevância da democracia para a eficácia da ação judicial no combate à corrupção e suas causas estruturais e observa que se encontram presentes várias condições institucionais necessárias para a realização de ação semelhante no Brasil, onde a eficácia do sistema judicial contra os crimes de “colarinho branco”, principalmente o de corrupção, é no mínimo duvidosa. Tal fato não escapa à percepção popular, constituindo um dos motivadores das propostas de reforma do Judiciário.

#### PALAVRAS-CHAVE

Operação mãos limpas; mani pulite; Itália; corrupção; prisão pré-julgamento; prisão pós-julgamento; Lei n. 10.628/2002; Lei n. 7.492/86; ação judicial; propina. (MORO, 2004, p. 56)

Note-se que o tema da efetividade do sistema penal e da prisão anterior ao trânsito em julgado é tão relevante para o autor que a “prisão pré-julgamento” aparece como palavra-chave. Ao mesmo, lança-se, desde o resumo, a crítica à eficácia da justiça criminal, sendo esse um aspecto decisivo para a reflexão sobre as condições necessárias para que a experiência da *Mani Pulite* fosse replicada no Brasil.

Fora isso, a expressão “cruzada judiciária” é inegavelmente sintomática. Revela o ativismo quase messiânico e o pragmatismo com que é concebida a função jurisdicional, já que, no artigo, Moro não tratará simplesmente do papel dos órgãos de acusação e investigação, mas também da função da justiça. Há, para o autor, efetivamente, uma *missão política* a ser

cumprida, na qual policiais, procuradores e também juízes devem engajar-se. A democracia – ou, nos termos do artigo, a opinião pública – é um *instrumento* fundamental para assegurar o devido cumprimento dessa tarefa heroica.

Acompanhemos o artigo em seu desenvolvimento. Sérgio Moro aponta que a operação italiana “constitui um momento extraordinário na história contemporânea do Judiciário” (MORO, 2004, p. 57). Destaca, a partir de certas referências, que três razões corroboraram com a queda do sistema de corrupção política na Itália. Duas delas são definidas sob a terminologia econômica dos *custos*. Primeiro, a “conjuntura econômica difícil” que se somou aos “custos crescentes da corrupção”. Segundo, articulando-se concorrência e corrupção, com a integração europeia, seria mais difícil aos italianos competirem em pé de igualdade no mercado continental, se considerados os “custos da corrupção”. Em terceiro lugar, com a “queda do socialismo real” e a desintegração do embate ideológico, a “fragilidade do sistema partidário e a corrupção se tornaram mais evidentes” (MORO, 2004, p. 57).

Com isso, desgasta-se o sistema político italiano, desgaste este que será aprofundado pela própria ação judicial. Nos termos do autor, “a deslegitimação, ao mesmo tempo em que tornava possível a ação judicial, era por ela alimentada” (MORO, 2004, p. 57). A deslegitimação da estrutura partidária passa a ser abertamente concebida não apenas como um reforço, mas como uma condição *sine qua non* para o desenvolvimento da operação: “o processo de deslegitimação foi essencial para a própria continuidade da operação *mani pulite*”, pois “não faltaram tentativas do [*sic*] poder político interrompê-la” (MORO, 2004, p. 57).

Diante de tais “tentativas”, Moro destaca o papel desempenhado pela “opinião pública”, através de “greves escolares”, “passeatas estudantis”, “protestos populares” e “vigílias perante as Cortes judiciais”. Dito isso, o autor comenta que seria uma ingenuidade acreditar que processos contra autoridades políticas e empresários pudessem ser “conduzidos normalmente sem reações”. Um Judiciário independente é fundamental, porém, “a opinião pública (...) é também essencial para o êxito da ação judicial” (MORO, 2004, p. 58). Essa passagem revela o tipo de relação que se estabelece entre Poder Judiciário e o sentimento majoritário. Trata-se, essencialmente, de instrumentalizar este último para o cumprimento da *missão*, e não de considera-lo como um critério político ou jurídico por si. A opinião pública é, portanto, não um fim em si, mas meio para um fim.

Moro sublinha, também se apoiando em certa bibliografia, que foi essencial à *Mani Pulite* uma renovação da magistratura (MORO, 2004, p. 58) – talvez se tratasse, como no Brasil atual, de uma “nova geração” que “pedia passagem”. Com isso, Moro, em conclusão parcial, afirma: “a independência judiciária (...), a progressiva deslegitimação de um sistema político

corrupto e a maior legitimação da magistratura em relação aos políticos profissionais foram, portanto, as condições que tornaram possível o círculo virtuoso gerado” pela *Mãos Limpas* (MORO, 2004, p. 58). É evidente, portanto, que, para replicar a cruzada judiciária, seria necessário conquistar a opinião pública para que os juízes crescessem perante o sistema partidário. Trata-se de um objetivo e de uma estratégia essencialmente política, para a qual tanto a opinião pública como o próprio direito adquirem natureza puramente instrumental.

O ex-juiz passa então a narrar o trajeto percorrido pela operação italiana. Ele demonstra que a *Mani Pulite* só se fez possível a partir da delação premiada de Mário Chiesa, membro do Partido Socialista Italiano. Surgem, então, uma série de comentários do atual Ministro da Justiça e Segurança Pública relativos a essa forma de delação (MORO, 2004, p. 59). Após afirmar que “a estratégia de investigação adotada pelos magistrados [italianos] incentivava os investigados a colaborar com a Justiça” (MORO, 2004, p. 59), Moro passa a reconstruir o cálculo racional hipotético do *homo oeconomicus* delator. E esse cálculo provável é indissociável de uma prisão anterior ao trânsito em julgado:

Por certo, a confissão ou delação premiada torna-se uma boa alternativa para o investigado apenas quando este se encontrar em uma situação difícil. De nada adianta esperar ato da espécie se não existem boas provas contra o acusado ou se este não tem motivos para acreditar na eficácia da persecução penal. A prisão pré-julgamento é uma forma de se destacar a seriedade do crime e evidenciar a eficácia da ação judicial, especialmente em sistemas judiciais morosos. Desde que presentes os seus pressupostos, não há óbice moral em submeter o investigado a ela. Roberto Mongini, um dos primeiros a serem presos pela *mani pulite*, assim se pronunciou a respeito do que teria provocado a sua confissão: “um Mongini em São Vittore (a prisão milanesa) é algo bastante diferente de um Mongini livre. Por exemplo, comigo na prisão, se os jornais divulgassem que eu estava confessando (como de fato alguns jornais divulgaram, após o primeiro interrogatório quando eu realmente não forneci qualquer informação), talvez alguns empresários que tivessem trabalhado com a SEA (órgão do qual Mongini era vice- presidente) ficassem com medo e corresse aos procuradores públicos antes que os “carabinieri”corresse atrás deles”. Aliás, a reduzida incidência de delações premiadas na prática judicial brasileira talvez tenha como uma de suas causas a relativa ineficiência da Justiça criminal. Não há motivo para o investigado confessar e tentar obter algum prêmio em decorrência disso se há poucas perspectivas de que será submetido no presente ou no futuro próximo, caso não confesse, a uma ação judicial eficaz. (MORO, 2004, p. 59)

Não à toa, um Procurador da República que atuou como membro da força-tarefa da *Lava Jato*, Manoel Pestana, sustentou em entrevista ao sítio *Consultor Jurídico*, no ano de 2014, que “o passarinho para cantar precisa estar preso”, ao defender que a prisão preventiva pode fundamentar-se na necessidade de forçar o réu a colaborar com a justiça. Mais revelador é o

que o Procurador disse em seguida: “é um negócio que o Estado faz com o criminoso: ele já agrediu a sociedade, agora agride os companheiros dele. Se os criminosos usam de todos os artifícios para tentar fugir, temos que tentar nos adequar”. Para ele também, é preciso revolucionar e modernizar o direito brasileiro: “É um entendimento meu, posso interpretar o Direito. Não estou distorcendo fatos, estou tratando de teses” (...) o Direito precisa evoluir”, argumenta Pestana<sup>215</sup>.

Afirmar anteriormente que o direito penal econômico, pelo objeto sobre o qual atua, assimilou uma lógica econômica de natureza expansiva, que se irradia por todo o direito penal e, no Brasil contemporâneo, pelo direito nacional em geral. Pelas palavras de Pestana, é possível notar mais. O Estado, ao conceber o criminoso como um *homo oeconomicus*, simula seu cálculo para nele interferir<sup>216</sup>. Para isso, o próprio agente estatal deve pensar como um sujeito de interesse. Sendo assim, ambos os *homens econômicos* – o agente estatal e o agente criminoso – habilitam-se a realizar transações entre si, a *negociar*, através do instituto da delação premiada. Essa homologia, essa equivalência entre Estado e quadrilha é anunciada pelo Procurador, ao afirmar que “se os criminosos usam de todos os artifícios para tentar fugir, temos que tentar nos adequar”. É, portanto, nesse mercado conformado pela oferta e procura de crimes, informações e sanções que se movimentam tanto a “nova política criminal” como as organizações criminosas.

A análise econômica da delação premiada já ocupou espaço relevante também em julgados do STF. Quando do julgamento da Ação Penal 470 (conhecida como “*Caso Mensalão*”), o Ministro Luiz Fux afirmou que “os efeitos favoráveis da delação premiada não se restringem aos resultados obtidos em uma determinada persecução penal. São eles muito mais abrangentes, e apenas podem ser corretamente dimensionados com o recurso à análise econômica do direito” (FUX, 2012, p. 74). Para Fux, a utilização do instituto pode desestimular o *homo oeconomicus* criminoso a investir no mercado do crime, cumprindo uma função preventiva, já que “a mera previsão legal da delação premiada é suficiente para instaurar a mútua desconfiança entre os membros da organização – ou até mesmo para evitar que elas se formem”, pois “a potencial traição de um comparsa é fator que desestimula a associatividade entre os que delinquem e fragiliza as quadrilhas existentes (FUX, 2012, p. 75).

Retornando ao texto de Sérgio Moro, o que ele descreve na última passagem citada

---

<sup>215</sup> De acordo com: <https://www.conjur.com.br/2014-nov-27/parecer-mpf-defende-prisoas-preventivas-forcar-confissoes>.

<sup>216</sup> Nos termos de Foucault, como visto no Capítulo 1, o Estado precisa “passar para o lado” do criminoso, pensando como ele e simulando seus cálculos.



é uma correlação entre prisão e delação que se funda na maximização da eficiência do sistema criminal como um todo. Com *mais prisão*, pode-se interferir de maneira mais produtiva sobre o teste de *custo x benefício* empreendido pelo acusado. Os custos de permanecer preso ao longo do julgamento devem fazer com que se eleve o número de delações, o que, por sua vez, também produzirá novas prisões e delações. Mais eficiência gera, assim, mais eficiência, fazendo com que apareça, no texto de Moro, novamente a figura do “círculo virtuoso”: “as prisões, confissões e a publicidade conferida às informações obtidas geraram um círculo virtuoso, consistindo na única explicação possível para a magnitude dos resultados obtidos pela operação *mani pulite*” (MORO, 2004, p. 59).

Na última passagem citada, consta não apenas a relação entre prisões e confissões, mas, novamente, o apelo à opinião pública (sob a forma da “publicidade conferida às informações obtidas”). O “círculo virtuoso” é feito de *prender, delatar e publicizar* e, note-se a ênfase, essa é a “única explicação possível” para o sucesso da *Mãos Limpas*. Nesse trecho, fica mais claro o tipo de relação que se estabelece entre Judiciário e opinião pública, mediado pela imprensa. Moro cita uma passagem de Gilbert Mark, de acordo com a qual a investigação feita pelos órgãos de controle italianos “vazava como uma peneira” (MARK, Gilbert, 1995, pp. 134-135 APUD MORO, 2004, p. 59), ao que não se segue nenhuma crítica. Aparecem apenas observações sobre a necessidade de se evitar “lesão indevida à honra do investigado”, o que não deve conduzir a uma “proibição abstrata de divulgação, pois a publicidade tem objetivos legítimos e que não podem ser alcançados por outros meios” (MORO, 2004, p. 59). Enfim, para Moro (2004, p. 57), com a publicização dos resultados da operação, seria mais fácil obter novas confissões e delações (já que os possíveis investigados seriam alertados “sobre o aumento da massa de informações nas mãos dos magistrados”, cf. MORO, 2004, p. 57), assim como se fez possível evitar qualquer obstrução ao funcionamento da justiça.

Ao fazer suas considerações finais, o autor do artigo afirma que a operação italiana tem “seus admiradores, mas também seus críticos” (MORO, 2004, p. 60). Para Sérgio Moro, no entanto, “é inegável (...) que constitui uma das mais exitosas cruzadas judiciárias contra a corrupção” (MORO, 2004, p. 60). Moro, ao fim e ao cabo, não realiza ele mesmo nenhuma crítica à operação. O que expõe é que, em seu ponto de vista, a ação judicial, por si, não é capaz de fazer frente ao crime organizado, pois seriam necessárias reformas mais profundas. Mas não se encontra em todo o texto praticamente nenhum reparo, nenhuma indicação de ajuste ao procedimento adotado pela magistratura italiana.

Para Moro, aquela que seria “talvez a lição mais importante de todo o episódio seja a de que a ação judicial contra a corrupção só se mostra eficaz com o apoio da democracia” (MORO,

2004, p. 60). Moro está se referindo ao “apoio da opinião pública” e chega a escrever que é a democracia “quem define os limites e as possibilidades da ação judicial”. Não deixa de ser curioso que não apareça o direito como limite, mas o apoio das massas. O autor sustenta que a atuação do Judiciário não pode “substituir a democracia no combate à corrupção”, inclusive pela necessidade de forte carga probatória para condenação em juízo. A opinião pública poderia, mais facilmente, condenar ao ostracismo os políticos criminosos (MORO, 2004, p. 61). No entanto, tal abordagem enseja a pergunta: como saber se são criminosos, de fato, sem o exercício do direito à defesa em uma discussão processual adequada?

As últimas linhas do artigo destinam-se a uma avaliação das condições de possibilidade de se replicar, no Brasil, o “brilho” (MORO, 2004, p. 61) da *Mani Pulite*. Sérgio Moro (2004, p. 61) aponta que o país apresenta “várias das condições institucionais necessárias” para tanto. Entre elas, estão o pouco prestígio da classe política junto à população e a independência de procuradores e juízes. Por outro lado, o foro por prerrogativa de função e o fato de o “acesso aos órgãos superiores” do Judiciário” ser “mais dependente de fatores políticos” atrapalharia (MORO, 2004, p. 60).

No entanto, além desses dois elementos, haveria um terceiro e principal entrave. Trata-se de uma “mentalidade consubstanciada em uma prática judicial pouco rigorosa com a corrupção” (MORO, 2004, p. 61), que remete imediatamente, no artigo, ao tratamento da presunção de inocência. Para Moro (2004, p. 61), “vencida a carga probatória necessária para a demonstração da culpa, (...) não deveria existir maior óbice moral para a decretação da prisão, especialmente em casos de grande magnitude e nos quais não tenha havido a devolução do dinheiro público, máxime em país de recursos escassos”. Assim, a não devolução do dinheiro e a escassez de recursos tornam-se um critério para a produção jurídica. Após uma série de considerações relativas ao direito norte-americano, o texto constitucional é considerado acidentalmente, apenas para que se afirme que ele não constituiria um óbice, pois haveria “várias alternativas interpretativas”: “registre-se que a construção excessivamente liberal brasileira não é um resultado necessário do princípio da presunção de inocência previsto no inc. LVII do art. 5º da Constituição Federal, pois este comporta várias alternativas interpretativas (MORO, 2004, p. 61).

As duas ideias finais do texto merecem, ainda, atenção. Uma delas se aproxima da noção de *corrupção sistêmica*<sup>217</sup>, de uma corrupção que “tende a espalhar-se enquanto não encontrar barreiras eficazes” (MORO, 2004, p. 61). Isso afetaria o “mercado político” e sua concorrência,

---

<sup>217</sup> Moro (2018) faz referência a essa expressão em outro artigo, intitulado “A missão do STF”.

já que o “político corrupto, por exemplo, tem vantagens competitivas no mercado político em relação ao honesto”. O que há, para Moro, é um “ambiente viciado”, o qual “tende a reduzir os custos morais da corrupção, uma vez que o corrupto costuma enxergar o seu comportamento como um padrão e não a exceção” (MORO, 2004, p. 61). Nota-se que a corrupção, seja nas duas obras de Moro citadas até aqui ou no discurso do Ministro Barroso, parece indissociável da promoção da concorrência como dispositivo de regulação da vida social. No mercado econômico ou político, a corrupção desnatura a verdade concorrencial de mercado, favorecendo os *espertos* em detrimento dos *bons*.

Ao mesmo tempo, acatar a tese da *corrupção sistêmica*, aquela que se desenvolve em um “ambiente viciado”, deve conduzir a uma intervenção ambiental, capaz de elevar os custos, inclusive os custos morais, do crime. Ao passar, imaginariamente, para o lado do criminoso através da razão econômica, ou seja, ao colocar-se no lugar do criminoso por identifica-lo como mais um investidor racional, a autoridade política deve reorganizar os custos e benefícios com que o agente se depara em um dado *meio*. Para tal empreendimento, é necessário que o léxico econômico se universalize e alcance – como a expressão “custo moral” demonstra – esferas não econômicas da vida<sup>218</sup>.

O último ponto levantado pelo artigo também reforça algo já abordado nos capítulos anteriores. Trata-se da preocupação com a credibilidade e a própria estabilidade do Poder Judiciário: “o mais grave ainda é que a corrupção disseminada não coloca em xeque apenas a legitimidade do regime democrático (o que por si só já é bastante grave), mas também a do sistema judicial” (MORO, 2004, p. 61). Novamente, a preocupação com a legitimidade e com a própria conservação da autoridade estatal é destacada. Como visto principalmente nos capítulos 4 e 5, esse tipo de reflexão tem passado a ocupar diretamente as decisões judiciais, convertendo-se em uma fonte de argumentação jurídica frequente e eficaz.

---

<sup>218</sup> O cálculo de Sérgio Moro, na verdade, vai além. Ao falar dos custos sociais da corrupção, o autor levanta os custos implicados pelos *crimes do colarinho branco* na Itália à época da *Mãos Limpas*: “a operação *mani pulite* ainda serviu para interromper a curva ascendente da corrupção e de seus custos. Giuseppe Turani, jornalista financeiro italiano, estimou que, na década de 1980-1990, a corrupção teria custado à Itália um trilhão de dólares. Superestimados ou não esses números, há registro de que os custos de obras na Itália seriam mais elevados em comparação com os de outros países: *No que se refere a contratos públicos em Milão, em relação aos quais as investigações judiciais teriam determinado a quantia paga em propina, foi notado que a linha de metrô milanesa custaria 1000 bilhões (de liras) por quilômetro e levaria 12 anos para estar completa; em Zurique, 50 bilhões e sete anos. O Teatro Piccolo já custou 75 bilhões e deve estar pronto em nove anos; na Grã-Bretanha, o novo teatro de Leeds custou 28 bilhões e foi construído em dois anos e três meses. A reestruturação do estádio de San Siro custou 140 bilhões, o estádio olímpico de Barcelona, 45 bilhões. A linha número três da ferrovia metropolitana de Milão custou 129 bilhões por quilômetro; a linha subterrânea de Hamburgo custou 45 bilhões*” (MORO, 2004, p. 60). O autor afirma que, após a *Mãos Limpas*, os contratos públicos teriam sido barateados em até 50% (MORO, 2004, p. 60).

Em outros artigos, Sérgio Moro repete o mesmo tom. A polêmica relativa à execução provisória da pena é uma constante (MORO, 2014; MORO, 2015; MORO, 2018), bem como a reclamação por incremento da eficiência da justiça<sup>219</sup> – e, assim, do enforço da lei, sempre tratado com prioridade. Para que se tenha uma noção disso, “O problema é o processo” é o título de um desses textos (MORO, 2015). Pode-se dizer que Moro tem atuado, praticamente, como um militante em defesa da prisão do réu a partir momento em que é proferida a sentença condenatória ou, no máximo, a partir da sua confirmação por órgão judicial colegiado. Por falar em militância, em artigo intitulado *A missão do STF*, Moro sustenta que “algum ativismo judicial contra a corrupção” (MORO, 2018) se justifica, a partir do *Caso do Mensalão* e da *Lava Jato*. De modo curioso, argumenta que tal ativismo judicial consistiria na estrita aplicação da lei para todo e qualquer cidadão (“tal atuação é produto de certo ativismo, ainda que este seja fundado não em interpretações constitucionais criativas, mas na exigência fundamental de que a lei seja aplicada de maneira igual para todos”, cf. MORO, 2018).

O combate judicial à corrupção no Brasil tem funcionado como uma janela aberta à governamentalização do direito nacional. Através dessa abertura, penetra no direito uma nova racionalidade, caracterizada, simultaneamente, pelo ativismo judicial, pela proteção e conservação da autoridade judiciária, pelo punitivismo, por uma busca pela maximização da eficiência, pela *concorrencialização* da sociedade, pelo pragmatismo e por uma *intervenção jurídico-ambiental* que tem em vista um sujeito concebido como *homo oeconomicus*. A síntese entre esses elementos consubstancia a produção de uma cruzada judiciária, com amplos efeitos sobre o sistema de justiça e sobre o próprio modo de organizar e fabricar verdades jurídicas.

Uma cruzada, naturalmente, não se permite deter pelos limites da lei. Embora o discurso de Moro não anuncie franca e abertamente uma fratura com a legalidade, sua defesa da execução provisória da pena, articulada ao elogio do ativismo judicial contra a corrupção, expõe a maneira como o ex-magistrado visualiza a relação entre *regra legal* e *decisão judicial*. Ao mesmo tempo, foi em meio à *Operação Lava Jato* e com o propósito declarado de combater a

---

<sup>219</sup> Lê-se, por exemplo que “uma das respostas é que o sistema de Justiça Criminal, aqui incluído Polícia, Ministério Público e Judiciário, não tem sido suficientemente eficiente contra crimes desta natureza. Como resultado, os problemas tendem a crescer, tornando a sua resolução, pelo acúmulo, cada vez mais custosa. A ineficiência é ilustrada pela perpetuação na vida pública de agentes que se sucedem nos mais diversos escândalos criminais. Não deveria ser tão difícil condená-los ao ostracismo. Parte da solução passa pelo incremento da eficiência da Justiça criminal. Sem dúvida com o respeito aos direitos fundamentais dos investigados e acusados, mas é necessário um choque para que os bons exemplos de eficiência não fiquem dependentes de voluntariedade e circunstâncias. (...) O Brasil vive momento peculiar. A crise decorrente do escândalo criminal assusta. Traz insegurança e ansiedade. Mas ela também oferece a oportunidade de mudança e de superação. Se a crise nos ensina algo, é que ou mudamos de verdade nosso sistema de Justiça Criminal, para romper com sua crônica ineficiência, ou afundaremos cada vez mais em esquemas criminosos que prejudicam a economia, corrompem a democracia e nos envergonham como País” (MORO, 2015).

corrupção que o STF produziu dispositivos jurisdicionais de exceção para derrotar as regras constitucionais relativas à presunção de inocência e ao foro funcional. Curiosamente, como se viu, Sérgio Moro reclamava, desde 2004, alterações na regulação dessas duas matérias (no caso da execução provisória da pena, ele reivindicava expressamente uma nova e diversa interpretação constitucional). Não se sabe, ainda, em que medida o juiz da *Lava Jato* foi ouvido. Mas, invariavelmente, seu desejo foi atendido.

Contudo, a relação entre estado de exceção e *Lava Jato* não se reduz a isso. Ela encontrou sua forma paradigmática em 23 de setembro de 2016, através dos argumentos desenvolvidos pelo Desembargador Federal Rômulo Pizzolatti, vinculado ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região, ao apreciar recurso contra decisão do Corregedor-Regional que arquivou representação contra o (à época) juiz federal Sérgio Moro. A representação havia sido apresentada à Corregedoria Regional da Justiça Federal da 4ª Região por um conjunto de dezenove advogados. Requeria-se, entre outros pedidos, a instauração de processo disciplinar contra Moro, bem como seu afastamento cautelar, em razão da publicização, no ano de 2016, de conversas telefônicas envolvendo o ex-Presidente Lula da Silva e a então Presidente da República Dilma Rousseff.

A posição do Relator, Pizzolatti, foi majoritária, no sentido de negar provimento ao recurso e manter o arquivamento da representação, sob os fundamentos acima. Quando do julgamento, os fatos já haviam sido examinados pelo STF, através da Reclamação 23.457 proposta pelo Advogado-Geral da União. Nela, o Ministro Relator Teori Zavascki (2016a) fixou a ilegitimidade da decisão que levantou o sigilo dos diálogos interceptados, tanto pela incompetência da 13ª Vara Federal de Curitiba, como pela violação ao direito fundamental à garantia de sigilo (ZAVASCKI, 2016a, p. 05). Zavascki afirmou também que, contra a proteção legal (Lei 9.269) e constitucional do sigilo, “é descabida a invocação do interesse público da divulgação ou a condição de pessoas públicas dos interlocutores atingidos, como se essas autoridades, ou seus interlocutores, estivessem plenamente desprotegidas em sua intimidade e privacidade” (ZAVASCKI, 2016a, p. 06).

Apesar do reconhecimento da ilegalidade do ato pelo STF e do consequente deferimento da liminar requerida pela Presidente da República (através da AGU) à corte, o Desembargador Relator Pizzolatti resolveu sustentar que a decisão do ex-juiz Sérgio Moro seria amparada pela teoria do estado de exceção. A operação seria inédita e escaparia à normalidade que a regra jurídica tem em vista:

De início, impõe-se advertir que essas regras jurídicas só podem ser corretamente interpretadas à luz dos fatos a que se ligam e de todo modo verificado que incidiram dentro do âmbito de normalidade por elas abrangido. É que a norma jurídica incide no plano da normalidade, não se aplicando a situações excepcionais, como bem explica o jurista Eros Roberto Grau: A 'exceção' é o caso que não cabe no âmbito da 'normalidade' abrangida pela norma geral. A norma geral deixaria de ser geral se a contemplasse. Da 'exceção' não se encontra alusão no discurso da ordem jurídica vigente. Define-se como tal justamente por não ter sido descrita nos textos escritos que compõem essa ordem. É como se nesses textos de direito positivo não existissem palavras que tornassem viável sua descrição. Por isso dizemos que a 'exceção' está no direito, ainda que não se encontre nos textos normativos do direito positivo. Diante de situações como tais o juiz aplica a norma à exceção 'desaplicando-a', isto é, retirando-a da 'exceção' [Agamben 2002:25]. A 'exceção' é o fato que, em virtude de sua anormalidade, resulta não incidido por determinada norma. Norma que, em situação normal, o alcançaria (GRAU, E. R. Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 6ª ed. refundida do Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 124-25). Ora, é sabido que os processos e investigações criminais decorrentes da chamada "Operação Lava-Jato", sob a direção do magistrado representado, constituem caso inédito (único, excepcional) no direito brasileiro. Em tais condições, neles haverá situações inéditas, que escaparão ao regramento genérico, destinado aos casos comuns. Assim, tendo o levantamento do sigilo das comunicações telefônicas de investigados na referida operação servido para preservá-la das sucessivas e notórias tentativas de obstrução, por parte daqueles, garantindo-se assim a futura aplicação da lei penal, é correto entender que o sigilo das comunicações telefônicas (Constituição, art. 5º, XII) pode, em casos excepcionais, ser suplantado pelo interesse geral na administração da justiça e na aplicação da lei penal. A ameaça permanente à continuidade das investigações da Operação Lava-Jato, inclusive mediante sugestões de alterações na legislação, constitui, sem dúvida, uma situação inédita, a merecer um tratamento excepcional. Parece-me, pois, incensurável a visão do magistrado representado - anterior à decisão do STF na Rcl nº 23.457 -, no sentido de que a publicidade das investigações tem sido o mais eficaz meio de garantir que não seja obstruído um conjunto, inédito na administração da justiça brasileira, de investigações e processos criminais – “Operação Lava-Jato” –, voltados contra altos agentes públicos e poderes privados até hoje intocados.” (PIZZOLATTI, 2016, pp. 04-05)

Mantive, acima, a citação à obra de Eros Grau, por tudo que revela. Retornarei a esse ponto ao final. O magistrado sustentou ainda que, antes da decisão do Ministro Teori Z., inexistia precedente “aplicável pelo representado, mesmo porque, como antes exposto, as investigações e processos criminais da chamada "Operação Lava-Jato" constituem caso inédito, trazem problemas inéditos e exigem soluções inéditas” (PIZZOLATTI, p. 05)

Em voto vencido, o Desembargador Rogério Favreto (FAVRETO, 2016) alegou que não se poderia recorrer dessa forma à teoria do estado de exceção, sobretudo na esfera penal. Juntou ainda referência a uma de obra de Daniel Sarmento e Cláudio Pereira de Souza Neto (*Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*), na qual os autores criticam a

opção, feita por Eros Grau enquanto Ministro do STF, de utilizar a teoria do estado de exceção como fundamento de “diversos” votos seus<sup>220</sup>.

Para Favreto, houve ilegalidade no levantamento de sigilo, o que foi agravado pelo fato de o diálogo publicizado ter sido obtido após a ordem de interrupção da captação, pela incompetência do juízo e pela ausência de correlação entre o conteúdo da conversa e a investigação em curso (FAVRETO, 2016, p. 02). Sustentou ainda, em contraponto ao relator, que já havia precedente do STF no sentido de vedar condutas como aquela adotada por Moro. Isso é feito através de citação à própria decisão do Ministro Zavascki na Reclamação 23.457 (FAVRETO, 2016, p. 03).

O Desembargador passa, então, a examinar se, no caso, há razões para a abertura de processo disciplinar. Favreto junta passagem do artigo de Sérgio Moro, citado nesta tese, para afirmar que “o magistrado (...) defende posição contrária à proibição em abstrato da divulgação de dados colhidos em investigações” (FAVRETO, 2016, p. 04). Não seria possível, para o Desembargador, impor um entendimento doutrinário como esse, ancorado no “propósito de satisfazer a opinião pública”, em contraponto ao que prevê a legislação<sup>221</sup> (FAVRETO, 2016, p. 05).

Rogério Favreto destaca que esse não seria o primeiro episódio problemático do ponto de vista disciplinar a atingir Sérgio Moro (FAVRETO, 2016, p. 07) e argumenta ainda que certos componentes políticos que caracterizariam a conduta do representado seriam suficientes para a deflagração de processo disciplinar – ou seja, não se tratava ainda de um juízo definitivo acerca do comportamento de Moro. Refere-se à nota pública divulgada pelo ex-juiz, na qual agradecia o apoio que lhe havia sido prestado em meio a protestos contra a corrupção e em

---

<sup>220</sup> Favreto (2016, p. 01) afirma que “de início, entendo não ser adequada a invocação da teoria do estado de exceção, sustentada por Eros Roberto Grau tanto em sede doutrinária quanto em alguns votos no Supremo Tribunal Federal. A propósito do tema, bem observam os professores Daniel Sarmiento e Cláudio Pereira de Souza Neto: “Em diversos votos proferidos no STF pelo Ministro Eros Grau, empregou-se a teoria do estado de exceção para justificar a não aplicação de regras constitucionais a casos em que, pelo seu texto, deveriam incidir, mas nos quais a presença de circunstâncias excepcionais justificariam o respectivo afastamento. Algumas dessas decisões poderiam ser explicadas por meio do recurso à ideia de equidade, ao invés da teoria do estado de exceção. Não nos parece apropriado (...) atribuir ao STF o “poder soberano”, no sentido de Carl Schmitt, de suspender a força de normas jurídicas para instaurar a exceção. Esta linha argumentativa, além de desnecessária, pode revelar-se perigosa, se manejada por quem não tenha os mesmos compromissos democráticos do Ministro Eros Grau” (SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. 1a edição. p. 545-546)”.

<sup>221</sup> Favreto (2016, p. 05) afirma que “o debate doutrinário é saudável. Todavia, não pode, porém, converter em decisão judicial, com todos os drásticos efeitos que dela decorrem, uma tese que não encontra fundamento na legislação nacional. Ao assim agir deliberadamente, pode o magistrado ter transgredido o art. 35, I, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Outrossim, a tentativa de justificar os atos processuais com base na relevância excepcional do tema investigado na comentada operação, para submeter a atuação da Administração Pública e de seus agentes ao escrutínio público, também se afasta do objeto e objetivos da investigação criminal, mormente porque decisão judicial deve obediência aos preceitos legais, e não ao propósito de satisfazer a opinião pública”.

defesa do *impeachment* de Dilma Rousseff; e à participação de Moro em eventos públicos organizados pelo peessedebista João Dória (FAVRETO, 2016, p. 05). O Desembargador destaca o impacto político que a decisão de levantamento do sigilo produziu (“teve o condão de convulsionar a sociedade brasileira”, cf. FAVRETO, 2016, p. 05) e concluiu:

O Poder Judiciário, ao qual é própria a função de pacificar as relações sociais, converteu-se em catalizador de conflitos. Não é atributo do Poder Judiciário avaliar o relevo social e político de conversas captadas em interceptação e submetê-las ao escrutínio popular. Ao fazê-lo, o Judiciário abdica da imparcialidade, despe-se da toga e veste-se de militante político. (...) Penso que não é esse o papel do Poder Judiciário, que deve, ao contrário, resguardar a intimidade e a dignidade das pessoas, velando pela imprescindível serenidade. (FAVRETO, 2016, p. 05)

Pode-se perceber através dessa divergência, assim como tem ocorrido no Plenário do STF, o embate entre diferentes racionalidades jurídicas. Uma razão jurídico-governamental, que caracteriza o processo de governamentalização da justiça, de um lado, busca fazer valer pragmaticamente seus objetivos através da alternância estratégica entre regra e exceção. De outra parte, reivindica-se o respeito à semântica legal e constitucional, rejeitando-se o vocabulário da excepcionalidade e da politização da justiça.

Quando se examina o voto do relator, chama a atenção que um ex-Ministro, Eros Grau, sustente a exceção como fundamento de decisões judiciais em uma obra teórica, cujo título é, sintomaticamente, *Por que tenho medo dos juízes*, e que isso seja feito em referência expressa ao pensamento de Agamben, reconhecido por sua crítica ao estado de exceção. Essa ilustração demonstra a forma embaraçosa com que muitos magistrados articulam a teoria a suas decisões. Ao mesmo tempo, dificilmente algo poderia explicar melhor o motivo pelo qual os magistrados deveriam ser temidos. O que pode ser mais assustador do que um juiz que, ao redigir uma obra que carrega um título como esse, legitima a exceção através de um crítico da soberania?

Como seria de se esperar, a posição de Eros Grau constituiu um precedente no qual decisões posteriores poderiam ancorar-se, como ocorreu com a decisão do TRF da 4ª Região. Como observou Honório (2007), em artigo publicado no ano de 2007, Eros Grau fundamentou seus votos ao menos em dois casos na teoria do estado de exceção: o Agravo Regimental na Reclamação 3034 e a ADI 3.689. A referência surge de forma inteiramente expressa na própria ementa do Ministro Relator, inclusive com citações a Agamben, como se pode ver abaixo:

Ementa: (...) OMISSÃO DO PODER LEGISLATIVO. EXISTÊNCIA DE FATO. SITUAÇÃO CONSOLIDADA. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA



JURÍDICA. SITUAÇÃO DE EXCEÇÃO, ESTADO DE EXCEÇÃO. A EXCEÇÃO NÃO SE SUBTRAI À REGRA, MAS ESTA, SUSPENDENDO-SE, DÁ LUGAR À EXCEÇÃO – APENAS ASSIM ELA SE CONSTITUI COMO REGRA, MANTENDO-SE EM RELAÇÃO COM A EXCEÇÃO. (GRAU, 2007, p. 01)

Cumpra além do mais considerarmos que essa integração real não está inserida para além do ordenamento, senão no seu interior. É que o estado de exceção é uma zona de indiferença entre o caos e o estado de normalidade, zona de indiferença capturada pela norma. De sorte que não é a exceção que se subtrai à norma, mas ela que, suspendendo-se, dá lugar à exceção – apenas desse modo ela se constitui como regra, mantendo-se em relação de exceção (GRAU, 2007, p. 16)

Retornando ao voto de Pizzolatti, a derrota excepcional das regras relativas ao sigilo das conversas interceptadas serve a um “interesse geral na administração da justiça e na aplicação da lei penal” que é muitíssimo semelhante ao “interesse constitucional na efetividade da lei penal” que Barroso quer proteger através do julgamento do HC 126.292. Em ambos os casos, trata-se de desaplicar o direito positivo para elevar a efetividade do sistema penal, realizando o objetivo de proteger e aperfeiçoar o funcionamento da ordem social.

Ainda no voto do Desembargador Relator, revela-se, mais uma vez, a natureza instrumental da opinião pública sob a justiça governamentalizada, uma vez que “a publicização das investigações tem sido o mais eficaz meio de garantir que não seja obstruído um conjunto, inédito (...), de investigações e processos criminais – Operação Lava-Jato -, voltados contra altos agentes públicos e poderes privados até hoje intocados (PIZZOLATTI, 2016, p. 05). O sentimento majoritário – inclusive sua construção, sua ativação e sua mobilização – apresenta-se, portanto, como uma ferramenta disponível para a razão jurisdicional de governo, tendo em vista um *uso tático* contra seus inimigos.

Para encerrar este tópico, gostaria de retomar o ponto levantado em seu início. A ideia de uma “reforma dos juristas”, como se viu, remete ao Schmitt da década de 30. Na verdade, muito mais do que Agamben, é Carl Schmitt o jurista homenageado pelo TRF-4 ou por Eros Grau. Da mesma forma, o “novo padrão jurídico” imposto pela *Lava Jato*, a reclamação por uma mudança da “mentalidade” (o termo preciso é usado por Moro e J. E. Faria, já citados aqui) dos juristas ou o elogio à “nova geração” poderiam ser sintetizados como um projeto de “reforma dos juristas”. Mas o que isso quer dizer?

Já argumentei que esse novo jurista deve carregar uma nova razão, uma nova racionalidade. É um jurista de governo, com tudo que isso acarreta. Mas é necessário ir além do que já foi dito. Penso que a demanda por um novo tipo de jurista, um novo sujeito jurídico-profissional, uma nova subjetividade jurídico-profissional (que não se deve confundir com o

*sujeito de direito*) representa a maneira como o modo de subjetivação neoliberal – ou o modo de produção de subjetividade neoliberal – alcança e regula, de maneira regional e detalhada, o comportamento humano. Nesse caso, trata-se de fabricar a subjetividade do jurista, mas isso consiste tão somente em um exemplo. A universalização da razão neogovernamental tende a produzir não apenas um *homo oeconomicus* genérico, mas também suas variações, suas formas específicas, suas adequações a diferentes áreas da vida – um *homo oeconomicus pedagogo*, um *homo oeconomicus psicólogo* etc. O novo jurista é, essencialmente, o *homo oeconomicus jurídico-profissional*, capaz de desenhar estratégias governamentais para a atuação da justiça, no que se inclui a sua habilidade de pensar como aquele que é seu oposto, mas, ao mesmo tempo, seu equivalente: o virtual *homo oeconomicus criminoso* a governar.

## 6.9 GOVERNO E EXCEÇÃO NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA OU SOBRE COMO JOGAR O DIREITO CONTRA SI

Em 19 de setembro de 2018, o Superior Tribunal de Justiça, através de sua Corte Especial, julgou os *Embargos de Divergência em Recurso Especial 1.582.475*, que tinha como objeto a possibilidade de penhora de fração do salário, do vencimento ou da remuneração de um devedor para fins de pagamento de dívida não alimentar. As regras previstas pelo Código de Processo Civil de 1973 e de 2015 são as seguintes:

Art. 649. São absolutamente impenhoráveis: (...)

IV – os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, observado o disposto no § 3o deste artigo (...)

§ 2o O disposto no inciso IV do caput deste artigo não se aplica no caso de penhora para pagamento de prestação alimentícia. (Incluído pela Lei no 11.382, de 2006). (BRASIL, 1973)

Art. 833. São impenhoráveis: (...)

IV - os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2o; (...)

X - a quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de 40 (quarenta) salários-mínimos; (...)

§ 2o O disposto nos incisos IV e X do caput não se aplica à hipótese de penhora para pagamento de prestação alimentícia, independentemente de sua origem, bem como às importâncias excedentes a 50 (cinquenta) salários-mínimos

mensais, devendo a constrição observar o disposto no art. 528, § 8o, e no art. 529, § 3o. (BRASIL, 2015)

O julgamento dos embargos refletiria na aplicação tanto do antigo como do novo CPC. Para o Ministro Relator, Benedito Gonçalves, tratava-se de entender se, além das exceções explícitas à regra da impenhorabilidade dos salários (penhora para pagamento de prestação alimentícia ou que incida sobre uma remuneração mensal superior a cinquenta salários mínimos), seria “possível que se formule”, também, “uma exceção implícita” (GONÇALVES, 2018, p. 16).

Ao admitir o recurso, o Ministro demonstra a existência de divergência entre a Primeira Seção e a Segunda Seção do tribunal acerca do problema. Nos julgados da Terceira Turma, citados pelo Ministro, já se encontra o forte apelo à celeridade e à efetividade da justiça, bem como o argumento calcado no método teleológico, o qual apontaria para a necessidade de considerar as finalidades e os princípios que se relacionam com a regra processual (GONÇALVES, 2018, pp. 13-14).

O Relator passa, então, a examinar o mérito da questão, ou seja, a verificar a possibilidade jurídica de inserção de exceções implícitas à impenhorabilidade da remuneração do devedor. Ele afirma tratar-se de uma questão complexa (GONÇALVES, 2018, pp. 13-14), pois, de um lado, há a necessidade de assegurar a subsistência do devedor e, de outro, o direito do credor à satisfação do crédito, bem como a importância da boa-fé, que “deve reger o comportamento dos sujeitos processuais” (GONÇALVES, 2018, pp. 16-17).

O Ministro junta, então, citação da obra de José Miguel Garcia Medina, segundo a qual “quando esses limites [os limites legais à penhora] são estabelecidos em virtude de necessidades naturais do executado, as regras respectivas devem ser interpretadas teleologicamente, de modo que as restrições às medidas executivas amoldem-se adequadamente a tais necessidades” (MEDINA, 2017 APUD GONÇALVES, 2018, p. 16). Lança-se mão, assim, do argumento teleológico. Gonçalves sustenta que, para haver “tratamento processual isonômico”, deve-se equilibrar o “direito do devedor a responder pelo débito com a preservação de sua dignidade” e o direito do credor a receber o pagamento (GONÇALVES, 2018, p. 17). Com isso, apareceriam dois direitos fundamentais contrapostos:

de um lado, o credor tem direito ao Estado de Direito, ao acesso à ordem jurídica justa, ao devido processo legal processual e material. De outro, também o devedor tem direito ao devido processo legal, que preserve o mínimo existencial e sua dignidade. Sob essa ótica da preservação de direitos fundamentais, o direito do credor a ver satisfeito seu crédito não pode

encontrar restrição injustificada, desproporcional, desnecessária. (GONÇALVES, 2018, p. 17)

A conclusão a que chega o Relator dos embargos, após afirmar isso, é que só será legítima a “impenhorabilidade daquela parte do patrimônio do devedor que seja efetivamente necessária à manutenção de seu mínimo existencial, à manutenção de sua dignidade e da de seus dependentes” (GONÇALVES, 2018, p. 17). Para o Ministro, entendimento no sentido contrário desconsidera a relação entre Direito e Economia (GONÇALVES, 2018, p. 18). Citando o *Curso de Processo Civil* de Marinoni, Arenhart e Mitidiero, Gonçalves sustenta que, ao fim e ao cabo, não adicionar cláusulas de exceção à regra da impenhorabilidade prejudica o próprio devedor. Novamente, aparece a contraintuitividade característica da análise econômica, da qual já se falou em outros casos ao longo deste trabalho. Quanto menor a garantia do credor em receber o pagamento, maiores serão as garantias exigidas para as trocas econômicas, o que termina por onerar a todos – inclusive, ora, o próprio devedor. Narrou-se que algo análogo ocorreria com o empregado que procura a Justiça do Trabalho (Tópico 6.1) ou ainda com o trabalhador que se tornaria mais produtivo pela generalização da concorrência (Tópico 6.2).

O princípio regulador do mercado seria capaz, assim, de provocar uma torção no argumento jurídico e mostrar sua inaptidão para produzir os efeitos a que se prestava. Jogando o direito contra si mesmo – e jogando o devedor contra si mesmo – a razão governamental esvazia a legalidade e produz uma outra forma de aplicar o direito. No fundo, assim como ocorre com o almoço ou com o processo judicial (Tópico 6.1), também *não há regra de impenhorabilidade grátis*, como se pode ver na passagem abaixo:

A interpretação segundo a qual a impenhorabilidade das verbas previstas no art. 649, IV, do CPC/73 só encontra exceção no caso expressamente previsto no parágrafo 2o do mesmo artigo (de dívida de alimentos) olvida, ademais, da relação entre Direito e Economia, pois, como observam Marinoni, Arenhart e Mitidiero ("*Curso de Processo Civil*", v. 2, 2015, p. 903):

O exagero no elenco de bens a que se confere essa impenhorabilidade, ao contrário de proteger o devedor, acaba por prejudicá-lo, pois o comércio exige maiores garantias para permitir que qualquer pessoa possa realizar compras e financiamentos. Desta forma, impõe-se a limitação da extensão dada a esta impenhorabilidade, nos moldes da atual redação do art. 833 do CPC, cingindo-se a impenhorabilidade aos bens imprescindíveis à manutenção do padrão médio de vida da entidade familiar. (GONÇALVES, 2018, p. 18)

Manter a extensão legal da impenhorabilidade não representa, portanto, uma boa forma de governar. Não apenas pelo que se expôs acima, mas também porque significaria a legitimação do comportamento do devedor bem remunerado e contumaz. Não é isso,

obviamente, que se espera do *homo oeconomicus*. Com o auxílio de Barroso, seria possível dizer que é preciso premiar a *bondade*, não a *esperteza*, e isso se faz, no caso, mediante o incremento da efetividade da jurisdição e da derrota da regra processual:

Caso se afirmasse que os vencimentos do devedor, nestes autos, são 100% impenhoráveis, estar-se-ia chancelando o comportamento de qualquer pessoa que, sendo servidor público, assalariado ou aposentado, ainda que fosse muito bem remunerada, gastasse todas as suas rendas e deixasse de pagar todas as suas dívidas, sem qualquer justificativa. Tal comportamento não merece proteção judicial. Ao contrário. Aquele que tem um título executivo líquido, certo e exigível é quem tem o direito a receber tutela jurisdicional que confira efetividade, na medida do possível e do proporcional, a seus direitos materiais. (GONÇALVES, 2018, p. 18)

É, portanto, através da derrota da regra, quer dizer, do estabelecimento de cláusulas de exceção (que se alega estarem implícitas à lei) a partir do recurso a princípios e do argumento teleológico, que se viabiliza o bom funcionamento da ordem, concebida sob uma lógica de governo. Em certa passagem, o Ministro, citando obra de Hermes Zaneti Júnior, fala em uma “desaplicação” da norma em sede de controle de constitucionalidade difuso (GONÇALVES, 2018, p. 17). Não há dúvida de que se realiza, no caso, um dispositivo governamental de exceção através da jurisdição. Através desse procedimento, aliás, produz-se uma juridicidade de governo que é completamente estranha ao Código. Ou haveria dificuldade relevante para que a decisão legislativa houvesse simplesmente remetido à jurisdição a apreciação, nos casos concretos, da viabilidade de uma penhora da remuneração do devedor que não comprometesse sua subsistência? O Poder Legislativo poderia fazê-lo facilmente. Não o fez. A justiça governamentalizada, por sua vez, trouxe para si a competência para realizar tal procedimento. Ao fazê-lo, usurpa competências de modo a viabilizar o que considera representar a gestão adequada de uma população.

Por fim, chama a atenção a citação feita pelo Ministro a uma espécie de análise econômica do processo civil, feita por Marinoni, Arenhart e Mitidiero, em uma das mais lidas obras de processualistas brasileiros. Filiando-se ao neoconstitucionalismo e, conseqüentemente, ao neoprocessualismo, juntamente com outros doutrinadores do país, os autores passam a uma intensa defesa da efetividade do processo, sustentando constantemente a ampliação de poderes jurisdicionais, especialmente no que se refere aos meios executivos. Sob essa nova perspectiva, o resultado, os efeitos do processo passam ao centro do palco. A execução – o enforcement da lei – assume, a partir do pragmatismo, a condição de protagonista da teoria e da prática processuais.

Não é de se estranhar, portanto, que as discussões em torno do Código de 2015 tenham sido atravessadas permanentemente pelas demandas por celeridade e efetividade da justiça. Requer-se, sob a razão de governo, uma justiça produtiva e de performance eficiente. Que um ponto de vista como esse desagüe, no caso de Marinoni e dos coautores, em uma análise econômica do direito é, no fundo, apenas coerente.

#### 6.10 O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS E OS ACÓRDÃOS 396/2011 E 353/2012: A CRISE ECONÔMICA COMO ELEMENTO FÁTICO-CONSTITUCIONALIZANTE

Adiciono este tópico para juntar algumas considerações sobre julgados que, desde fora do Brasil, problematizam a relação entre direito, mercado e emergência econômica. Ao contextualizar os casos, somarei um conjunto de comentários que justificam essa inclusão. Mas o núcleo do que se pretende tratar aqui, como se verá, diz respeito a uma crise econômica que funciona, através do discurso judicial, como elemento fático-constitucionalizante da atuação estatal.

A crise econômica de proporções mundiais que eclodiu em 2008 gerou um rastro de problemas sociais e polêmicas políticas. Não são desconhecidas as informações sobre o aumento alarmante do desemprego na Europa após o colapso financeiro, por exemplo<sup>222</sup>. Cortes orçamentários foram realizados em diversos setores da política social e há fortes tensões no chamado “Mercado Comum Europeu”<sup>223</sup> desde então.

Agrava esse cenário o fato de que Europa, América e parte da Ásia já se encontravam sob um processo de fortes transformações sociais desde a década de 70<sup>224</sup>. Com a última grande crise, a chamada “crise da dívida”, avança o processo de *reestruturação produtiva*<sup>225</sup>, caracterizada pelo incremento da automação, pelas exigências por um trabalhador flexível e pelo corte de direitos sociais. O avanço da reestruturação produtiva expressa uma nova correlação de forças no período pós-crise, marcada pela dissolução do compromisso fordista e do Estado de Bem-Estar Social e pela (re)concentração dos ativos econômicos, em especial sob

---

<sup>222</sup> Com a crise econômica, segundo a OIT, 80 milhões de pessoas perderam seus empregos; 27 milhões delas, nos principais centros econômicos.

<sup>223</sup> Para uma mais densa discussão sobre as origens da crise, ver HARVEY (2011) e KRUGMAN (2008).

<sup>224</sup> Cf. HARVEY (1992).

<sup>225</sup> Ver HARVEY (1992) e ANTUNES (2009, p. 49 e ss).

o controle dos setores dominantes ligados às finanças<sup>226</sup>. Corrobora com isso o alastramento da governamentalidade neoliberal, sobre a qual já se comentou no Capítulo 1.

Conforma-se, assim – no amálgama entre reestruturação produtiva, neoliberalismo e crise econômica – o atual quadro de ampla *concorrencialização* da sociedade e a conseqüente retirada ou limitação de direitos sociais em ampla região do globo. Num contexto como o descrito acima, o direito tende a tornar-se, efetivamente, ao menos em seus traços mais gerais, o *direito da crise*.

Tal constatação acentua-se pelo fato de que o Brasil parece ter ingressado em cenário semelhante, ao menos desde 2015. Não é claro de que forma ou por quanto tempo viveremos também a nossa “austeridade”. Os seus efeitos sobre direitos sociais já se fazem sensíveis, em termos trabalhistas, previdenciários, bem como no direito à educação e à saúde. A compreensão das teses jurídicas acerca da “austeridade” é, portanto, indispensável, também, aos juristas brasileiros. A verificação e antecipação da análise de argumentos, o estudo do conflito social e da função social das decisões judiciais nos será, sem dúvida, útil. É por essa razão que julgo ser relevante adicionar à tese o presente tópico.

Ainda neste sentido, compreender o papel das cortes constitucionais frente a uma crise cujos efeitos ainda se fazem sentir, gestada num sistema econômico que reproduz crises de modo permanente, é fundamental para entender os destinos dos regimes constitucionais e, assim, da própria teoria constitucional, dos direitos fundamentais e da democracia. A jurisprudência do Tribunal Constitucional<sup>227</sup> (TC) português tem se mostrado paradigmática neste sentido. Primeiro, por terem sido gerados julgados diversos em torno das chamadas “medidas de austeridade”<sup>228</sup>; e por se ter desenvolvido a discussão pública em torno da relação entre direito, política e crise, com alguns estudiosos que chegam a falar em uma “jurisprudência da crise”<sup>229</sup> construída pela referida corte.

É preciso destacar aqui, além disso, que Portugal foi um dos países mais atingidos pela crise financeira. Apesar da recuperação econômica recente, Portugal enfrentou um dos períodos econômicos mais duros de sua história, integrando o grupo dos chamados PIIGS (sigla em inglês que se refere a Portugal, Itália, Irlanda, Grécia e Espanha), países europeus em que a recessão econômica se fez mais sensível.

---

<sup>226</sup> Ver HARVEY (2008).

<sup>227</sup> Segundo a definição do artigo 221 da Constituição Portuguesa, “o Tribunal Constitucional é o tribunal ao qual compete especificamente administrar a justiça em matérias de natureza jurídico-constitucional”. Disponível em: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>

<sup>228</sup> Entende-se aqui sob o conjunto das “medidas de austeridade” as diversas medidas tomadas pelos Estados de modo a reduzir seu déficit fiscal.

<sup>229</sup> Ver, por ex., PINHEIRO (2014), ALEXANDRINO (2014), GONÇALVES et al (2013), FERREIRA, A. (2011).

A mais polêmica discussão em torno da chamada “jurisprudência da crise” tem circulado em torno dos questionamentos à sua fundamentação dogmática. Critica-se, em alguns casos de maneira bastante enfática, em trabalhos da área do Direito Público, do Direito do Trabalho ou da Sociologia do Direito<sup>230</sup>, a precariedade da relação argumentativa que se estabelece entre o ordenamento jurídico português e as decisões do TC. Mesmo para os defensores de tais decisões, é esse o tema central e incontornável, a ponto de alguns pesquisadores já falarem na tomada de *medidas de exceção* por parte do Tribunal<sup>231232</sup>.

Destaque-se que cresce o espaço para tal crítica na medida em que o próprio TC refere-se constantemente ao contexto de crise como motivador da forma como aplica o direito, referindo-se, com frequência, à necessidade de se atender a um “interesse público” de natureza excepcional. Os acórdãos em que tais problemas se tornam mais evidentes são dois: 396/2011 e 353/2012<sup>233</sup>. De forma sucinta, na medida do necessário para sua compreensão em linhas gerais, apresenta-se abaixo em que consistem.

O acórdão 396/2011 diz respeito à apreciação da constitucionalidade da redução da remuneração de servidores públicos, promovida através de lei orçamentária relativa ao ano de 2011 (Lei n.º 55-A/2010). A referida redução se dirigia aos servidores que recebiam acima de € 1500<sup>234</sup> (mil e quinhentos euros), variando o percentual de redução a depender dos rendimentos do trabalhador<sup>235</sup>.

Após recusar o argumento da inicial no que se refere à irredutibilidade da remuneração, o juiz relator (cujo voto foi acompanhado por nove membros da corte e recusado por três deles) aponta que o princípio da proteção da confiança (assegurado pela Constituição portuguesa através do Princípio do Estado de Direito Democrático, no seu art. 2º) é gravemente atingido pela Lei 55-A/2010, nos seguintes termos:

<sup>230</sup>Ver ALEXANDRINO (2014), FERREIRA, A. (2011; 2014), PINHEIRO (2014).

<sup>231</sup> Cf. ALEXANDRINO (2014) e PINHEIRO (2014).

<sup>232</sup> Destaque-se que não há qualquer previsão de um “estado de exceção econômico” no direito português, assim como o TC não busca reconhecer esse *status* e, portanto, não o institui expressamente em suas decisões. Ver URBANO (2013).

<sup>233</sup> Tal entendimento é fundada na análise das decisões, mas também na observação de outros estudos, tais como ALEXANDRINO (2014), FERREIRA, A. (2011), PINHEIRO (2014)

<sup>234</sup> Para que o leitor possa avaliar melhor a chamada “medida de austeridade” em análise, é importante considerar que o salário mínimo em Portugal era de € 485 em 2011.

<sup>235</sup> A redução incidiria da seguinte forma, nos termos da lei orçamentária: “Artigo 19.º Redução remuneratória 1 — A 1 de Janeiro de 2011 são reduzidas as remunerações totais ilíquidas mensais das pessoas a que se refere o n.º 9, de valor superior a € 1500, quer estejam em exercício de funções naquela data, quer iniciem tal exercício, a qualquer título, depois dela, nos seguintes termos: a) 3,5 % sobre o valor total das remunerações superiores a € 1500 e inferiores a € 2000; b) 3,5 % sobre o valor de € 2000 acrescido de 16 % sobre o valor da remuneração total que exceda os € 2000, perfazendo uma taxa global que varia entre 3,5 % e 10 %, no caso das remunerações iguais ou superiores a € 2000 até € 4165”.



O quase contínuo passado de aumentos anuais dos montantes dos vencimentos, na função pública, legitima uma expectativa consistente na manutenção, pelo menos, das remunerações percebidas e a tomada de opções e a formação de planos de vida assentes na continuidade dessa situação. As reduções agora introduzidas, na medida em que contrariam a normalidade anteriormente estabelecida pela actuação dos poderes públicos, nesta matéria, frustram expectativas fundadas. E trata-se de reduções significativas, capazes de gerarem ou acentuarem dificuldades de manutenção de práticas vivenciais e de satisfação de compromissos assumidos pelos cidadãos. Sem esquecer que, relativamente a algumas categorias de destinatários, elas se cumularam com outras medidas anteriores de redução remuneratória. (PORTUGAL, 2011, pp. 19-20)

O relatório expõe ainda que a mudança dos rendimentos se processaria, praticamente, de um dia para o outro: de 31 de dezembro de 2010, data publicação da nova lei orçamentária, para 01 de janeiro de 2011: “essa redução teve, além disso, efeitos imediatos, logo no dia de entrada em vigor da lei do Orçamento do Estado, ou seja, um dia após a sua publicação em Diário da República” (PORTUGAL, 2011, p 20).

Como se pode notar, o comprometimento da segurança jurídica (nos termos do princípio da proteção da confiança) é apontado cabalmente pelo magistrado. Note-se, ainda, que ele qualifica esse entendimento com a indicação de que ocorreria prejuízo às “práticas vivenciais” e à “satisfação de compromissos assumidos”. Ou seja, reconhece-se, assim, que há perdas bastante significativas. No entanto, logo em seguida, a excepcionalidade da situação de crise arrebatou todas as considerações anteriormente levantadas. A citação abaixo é longa para que se possa demonstrar com mais clareza as razões do TC:

Não se pode ignorar, todavia, que atravessamos reconhecidamente uma conjuntura de absoluta excepcionalidade, do ponto de vista da gestão financeira dos recursos públicos. O desequilíbrio orçamental gerou forte pressão sobre a dívida soberana portuguesa, com escalada progressiva dos juros, colocando o Estado português e a economia nacional em sérias dificuldades de financiamento. Os problemas suscitados por esta situação passaram a dominar o debate político, ganhando também foros de tema primário na esfera comunicacional. Do que não pode razoavelmente duvidar-se é de que as medidas de redução remuneratória visam a salvaguarda de um interesse público que deve ser tido por prevalecente – e esta constitui a razão decisiva para rejeitar a alegação de que estamos perante uma desprotecção da confiança constitucionalmente desconforme. Na verdade, à situação de desequilíbrio orçamental e à apreciação que ela suscitou nas instâncias e nos mercados financeiros internacionais são imputados generalizadamente riscos sérios de abalo dos alicerces (senão, mesmo, colapso) do sistema económico-financeiro nacional, o que teria também, a concretizar-se, consequências ainda mais gravosas, para o nível de vida dos cidadãos. As reduções remuneratórias integram-se num conjunto de medidas que o poder político, actuando em entendimento com organismos internacionais de que Portugal faz parte, resolveu tomar, para reequilíbrio das contas públicas, tido por absolutamente necessário à prevenção e sanção de consequências desastrosas, na esfera económica e social. São medidas de política financeira basicamente

conjuntural, de combate a uma situação de emergência, por que optou o órgão legislativo devidamente legitimado pelo princípio democrático de representação popular. (PORTUGAL, 2011, pp. 20-21)

É sob essa argumentação, fundada na *fórmula interesse público + excepcionalidade*, que o magistrado declarará a constitucionalidade da lei orçamentária. É verdade, diga-se, que a jurisprudência do TC havia consolidado, em julgados anteriores, posição no sentido de se ponderar “desproteção da confiança” e “interesse público”; no entanto, a força do vetor composto pelo argumento calcado nos “fatos econômicos” supera completamente, no voto, a realização do princípio da proteção da confiança. Não haverá, aliás, qualquer mitigação dos efeitos da decisão. A excepcionalidade da situação, ou seja, a invocada emergência político-econômica, sob a precária e vaga forma jurídica do interesse público, fez-se impor completamente, resultando na conclusão de que não se trataria de uma desproteção da confiança constitucionalmente desconforme.

Em outras palavras, a jurisprudência do TC que autoriza que, em casos como o que aqui se descreve, um interesse público de natureza tida como excepcional possa gerar a figura da *desproteção da confiança não constitucionalmente desconforme*, funciona, socialmente, como um modo de conferir *forma jurídica* a uma veridicação de mercado (ver Capítulo 1) em momentos de crise. Assim, atribui-se juridicidade àquilo que não a teria, através de uma categoria jurídica completamente aberta: aberta porque tem como função *dar passagem* a elementos oriundos da razão de governo, possibilitando-os acessar o campo jurídico.

As divergências expostas nos votos dos magistrados conduzem a reflexão para além dos termos expostos até aqui. De modo geral, embora não questione que as medidas estejam calcadas na noção de interesse público, o entendimento minoritário sustenta que os cortes não resistem ao crivo da necessidade, enquanto uma das dimensões do exame da proporcionalidade. Somam a isso a apreciação do princípio da igualdade: para a posição vencida, as medidas não apenas ofenderiam a proteção da confiança, como atingiriam de modo injustificadamente desigual os servidores públicos (aponta-se, por exemplo, a via da instituição de tributos como aquela que atingiria de maneira mais uniforme o conjunto dos cidadãos).

O relator destinou ele próprio um tópico específico ao princípio da igualdade, no qual afirma que a aplicação de tal princípio não é capaz de oferecer solução ao caso concreto e que o Poder Legislativo estaria atuando dentro de uma “margem de livre conformação política”, mencionando ainda que os planos de austeridade devem contar também com medidas relacionadas ao aumento da arrecadação:

Invocar, a propósito de medidas de consolidação orçamental, o princípio da igualdade perante os encargos públicos, princípio estruturante da nossa constituição fiscal, é o mesmo que sustentar que, por exigência do princípio da igualdade, a correcção dos desequilíbrios orçamentais tem necessariamente que ser levada a cabo por via tributária, pelo aumento da carga fiscal, em detrimento de medidas de redução remuneratória. Será assim? É indiscutível que, com as medidas em apreciação, a repartição dos sacrifícios impostos pela situação excepcional de crise financeira não se faz de igual forma entre todos os cidadãos com igual capacidade contributiva, uma vez que elas não têm um alcance universal, recaindo apenas sobre as pessoas que têm uma relação de emprego público. Há um esforço adicional em benefício de todos, em prol da comunidade, que é pedido exclusivamente aos servidores públicos. Também não sofre controvérsia que não estava excluída a tomada de medidas de natureza tributária, conducentes à obtenção de uma receita fiscal de montante equivalente ao que se poupa com a redução remuneratória. E, nessa hipótese, todas as pessoas que auferem iguais rendimentos colectáveis ficariam sujeitas a um igual sacrifício do ponto de vista da sua contribuição para os encargos públicos. Mas esta dupla constatação de forma alguma equivale à fundamentação do cabimento do princípio da igualdade perante os encargos públicos, quando se trata de apreciar a constitucionalidade de medidas estaduais que visam a contenção do défice orçamental dentro de determinados limites. A fundamentação de que aquele princípio tem uma projecção constringente nesta matéria (não como princípio estruturante, mas como princípio impositivo do sistema fiscal), predeterminando o tipo de soluções disponíveis e retirando ao decisor político democraticamente legitimado qualquer margem de livre opção, é algo que fica por fazer. E esse ónus de fundamentação teria que ser satisfeito, pois a definição dos encargos públicos e dos seus limites – o que está aqui em causa – situa-se a montante da questão da sua repartição, sem com ela se confundir. O princípio constitucional da igualdade perante os encargos públicos não pode, pois, ser automaticamente transposto, sem mais, para este campo problemático. É sabido que a actuação, em combate ao défice, pelo lado da receita (privilegiadamente fiscal), ou, antes, pelo lado da despesa (bem como a combinação adequada dos dois tipos de medidas e a selecção das que, de entre eles, merecem primazia) foi (e continua a ser) objecto de intenso debate político e económico. E a divergência de orientações e de propostas tem como pano de fundo a não coincidência dos efeitos produzidos por uma ou outra categoria de medidas. Ainda que um acréscimo de receitas fiscais possa conduzir, no estrito plano contabilístico-financeiro, a ganhos pecuniários equivalentes aos resultantes de um corte de despesas, do ponto de vista dos concomitantes efeitos colaterais e das repercussões globais no sistema económico-social, está longe de ser indiferente seguir uma ou outra via. Não há, nesta matéria, variáveis neutras e rigorosamente intermutáveis, pelo que as políticas a implementar pressupõem uma ponderação complexa, em que se busca um máximo de eficácia, quanto ao objectivo a atingir, e um mínimo de lesão, para outros interesses relevantes. Não cabe, evidentemente, ao Tribunal Constitucional intrometer-se nesse debate, apreciando a maior ou menor bondade, deste ponto de vista, das medidas implementadas. O que lhe compete é ajuizar se as soluções impugnadas são arbitrárias, por sobrecarregarem gratuita e injustificadamente uma certa categoria de cidadãos. Não pode afirmar-se que tal seja o caso. O não prescindir-se de uma redução de vencimentos, no quadro de distintas medidas articuladas de consolidação orçamental, que incluem também aumentos fiscais e outros cortes de despesas públicas, apoia-se numa racionalidade coerente com uma estratégia de actuação cuja definição cabe

ainda dentro da margem de livre conformação política do legislador. (PORTUGAL, 2011, p. 23)

Em síntese, a divergência entre os magistrados demonstra os diferentes tratamentos jurídicos que a situação poderia ter recebido. O fundamento desse julgado ou o núcleo de todo o problema é a crise econômica como *elemento fático-constitucionalizante da atuação estatal*, pois, sem o recurso à noção de *crise*, a decisão seria simplesmente impensável.

Explanarei de forma mais breve o segundo acórdão, pois sua compreensão torna-se mais simples uma vez apresentado o primeiro. O acórdão 353/2012 trata de problema semelhante, mas diz respeito à lei orçamentária referente ao ano de 2012. Trata-se, basicamente de um agravamento das medidas de “ajuste” operadas no ano anterior. Em resumo, a redução passaria a incidir sobre remunerações salariais, mas também sobre as pensões, de modo a suspender o pagamento de subsídios de férias e natalinos ou prestações correspondentes aos 13º e 14º meses para aqueles que recebessem remuneração até € 1100<sup>236</sup>, até o ano de 2014 – último ano de vigência do plano de austeridade (PAEF – Programa de Assistência Econômica e Financeira).

A decisão do TC, neste caso, é curiosa. A corte reconheceu a inconstitucionalidade da medida, por sua severidade e violação ao princípio da igualdade (uma vez que apenas aqueles que tinham rendimentos ligados ao serviço público seriam atingidos). No entanto, nos termos do artigo 282, n. 4º, da Constituição de Portugal, com base num “interesse público de excepcional relevo”, restringiu os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, de modo a permitir a vigência da redução remuneratória por todo o ano de 2012<sup>237</sup>, impedindo que tal medida se prolongasse para os dois anos seguintes de vigência do PAEF.

Estas medidas de suspensão do pagamento de remunerações e de pensões inserem-se, como ficou aludido, no quadro de uma política económico-financeira, tendente à redução do défice público a curto prazo, de modo a dar cumprimento aos limites (4,5% do PIB em 2012) impostos nos memorandos acima mencionados, os quais condicionam a concretização dos empréstimos faseados acordados com a União Europeia e com o Fundo Monetário Internacional. Sendo essencial para o Estado Português, no atual contexto de grave emergência, continuar a ter acesso a este financiamento externo, o cumprimento de tal valor orçamental revela-se, por isso, um objetivo de excepcional interesse público. Ora, encontrando-se a execução orçamental de 2012 já em curso avançado, reconhece-se que as consequências da declaração de inconstitucionalidade acima anunciada, sem mais, poderiam determinar, inevitavelmente, esse incumprimento, pondo em perigo a manutenção do financiamento acordado e a consequente solvabilidade do Estado. (...) Estamos, pois, perante uma situação em que um interesse público de

<sup>236</sup> Havia também suspensão parcial do pagamento de tais benefícios para quem recebesse entre €600 e €1100.

<sup>237</sup> Dispõe a Constituição Portuguesa em seu artigo 282, n. 4: “Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade com alcance mais restrito do que o previsto nos n. 1 e 2”.

excepcional relevo exige que o Tribunal Constitucional restrinja os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, nos termos permitidos pelo artigo 282.º, n.º 4, da Constituição (...) (PORTUGAL, 2012, pp. 12-13).

Muitas foram as críticas feitas, novamente, ao TC. Apesar de não se manter na mesma posição diante do recrudescimento dos cortes, o TC continuou a comportar-se como um “tribunal pró-austeridade”, em linhas gerais<sup>238</sup>. O resultado é que há, hoje, alguns trabalhos publicados que buscam relacionar estado de exceção e julgados relativos a medidas de austeridade em Portugal. É o caso do Relatório intitulado “A anatomia da crise”, elaborado pelo Centro de Estudos Sociais (CES) da Universidade de Coimbra. Embora não tenho como objetivo imediato relacionar a jurisprudência e as questões conceituais específicas do estado de exceção, o Relatório (CES, 2013) traz interessante discussão sobre o embate entre o que chama de “argumentários” do Constitucionalismo do Estado de Direito e do Estado de Exceção. Sustenta que, na crise portuguesa, esse embate resulta da tentativa de se impor, pela jurisdição constitucional, uma “normatividade da exceção” (CES, 2013, p. 252), o que teria gerado o confronto interno ao próprio TC. Tenta-se explicar, com base nisso, também as decisões que “chumbaram” medidas de austeridade. O relatório (CES, 2013, pp. 260 e ss.) traz ainda uma breve análise de três acórdãos (396/2011, 353/2012 e 187/2013) e um extenso conjunto de informações sobre a situação socioeconômica portuguesa.

Um outro estudo relevante está publicado na forma de artigo, da autoria de Antonio Hespanha (2012). O autor faz uma análise da relação entre crise e constituição, comentando aspectos importantes do discurso judicial trazido nos acórdãos e tecendo relações com as questões relativas ao conceito de estado de exceção (muito embora, pelo formato de artigo, Hespanha não tenha desenvolvido plenamente esse aspecto conceitual). Hespanha tenta reconstruir o embate argumentativo que permeou a discussão judicial, apresentando os pontos de vista antagônicos acerca da questão da igualdade, da segurança jurídica, da proporcionalidade e das próprias noções de crise e de excepcionalidade. Cabem destacar duas contribuições do autor. A primeira aparece no que Hespanha chama de uma “constituição da crise” (“a constituição da crise é o estado de exceção – o Estado de não-direito”, cf. HESPANHA, 2012, p. 12). O autor argumenta que a ideia de um estado de necessidade, oriundo da crise econômica, tem gerado um direito constitucional de crise, excepcional, ao mesmo

---

<sup>238</sup> Pinheiro (2014, p. 177) afirma: “parece-nos difícil filiar o Acórdão n.º 353/2012 na categoria das decisões políticas, sem que chegue a entendimento idêntico no Acórdão n.º 396/2011. O TC não se mostra, e dificilmente o poderia fazer, imune ao circunstancialismo político”.

tempo em que junta afirmações de juristas portugueses importantes (como J. Canotilho) que lhe dão sustentação.

Com raras exceções, os juristas e constitucionalistas mais creditados têm sugerido ou declarado expressamente que, perante magnitude e urgência do contexto económico-financeiro, a lei constitucional deve ser substituída por uma constituição ditada pela gravidade e urgência dos problemas nacionais gerados pela crise, uma vez que a salvação coletiva é a lei suprema (“salus populi suprema lex est”). Numa entrevista radiofónica (Antena 1, 19.10.2011), por ocasião do encerramento de uma vida académica brilhante consagrada à promoção e defesa do Estado constitucional e da Constituição portuguesa, Joaquim Gomes Canotilho declarou, ainda que algo dubitativamente, que, em condições extremas, a constituição teria que ceder perante a suprema necessidade pública: “A necessidade pública é a lei superior [...] A revisão [da Constituição] acaba por ser substituída por certa ideia de necessidade pública, de saúde pública, que obriga os governos a ultrapassar certas formalidades constitucionais para responderem aí às exigências, digamos assim, aos desafios que nos são colocados [...] A eliminação de algumas garantias - sobretudo relativamente a algumas leis do trabalho, que há alguns anos nós diríamos que eram claramente inconstitucionais - hoje, como vê, acabamos por ver que há outras forças superiores à própria constituição”. Jorge Miranda, por sua vez, admitiu que alguns direitos sociais pudessem ser afetados, acrescentando que esperava que essa suspensão fosse apenas uma “suspensão” e uma não uma perda definitiva de direitos. A evolução posterior da situação veio a demonstrar que a distinção entre suspensão e perda definitiva não garante nada, uma vez que as suspensões temporárias (por exemplo, as que constam das leis do orçamento) podem ser indefinidamente renovadas. (HESPANHA, 2012, p. 12)

Destaquem-se as convergências entre o discurso do famoso constitucionalista português (J. Canotilho) e o léxico próprio ao estado de exceção: “a necessidade pública é a lei superior” – e não a Constituição. Outra contribuição importante do artigo de Hespánha reside na sua análise dos impactos da lógica económica neoliberal sobre a regulamentação e a lógica jurídica. O autor aponta o quanto o direito resta fragilizado pelo vetor económico, que o pressiona por saídas adequadas ao mundo dos negócios. Por fim, uma última contribuição do artigo a ser considerada é a compreensão de Hespánha acerca da fundamentação das decisões. Para ele, em comentários ao acórdão 613/2011, a decisão se apoia na noção de estado de exceção, sem, contudo, tratá-la de forma sistemática e precisa:

Chegados a este estágio da argumentação, deveriam colocar-se todas as questões do “estado de exceção”. O que é, quem define (decide de), e como, o interesse supremo (“quem é o garante último da constituição” ?), quais são as medidas de salvação suprema e quem decide sobre isso? Quais (se alguns) os limites destas medidas? Embora algumas destas questões sejam aludidas noutros lados, neste acórdão elas são deixadas implícitas em formulações retóricas muito imprecisas, articuladas sobre conceitos acrílicos, como

“unidade nacional”, “solidariedade nacional”. É interessante ver como se evita, discursivamente, esta melindrosa questão política e dogmática. A natureza, condições e conteúdo do estado de exceção, bem como a titularidade do poder durante ele, constituem um ponto central da teoria política da modernidade, um seu autêntico paradoxo. Embora seja muito duvidoso que os seus pressupostos pudessem incluir a situação atual de crise económica e financeira, o estado de exceção poderia ser um enquadramento dogmático de discussão das medidas jurídicas de crise. A verdade é que ninguém invocou ainda esta figura técnico-constitucional, que constituiria uma espécie de bomba atômica constitucional. Vários constitucionalistas aludiram, como se viu, a estados de suprema salvação pública, a contextos extraordinários de interpretação da constituição, a estado de necessidade ou de impossibilidade (de não exigibilidade, de força maior). Estas alusões vagas têm grande eficácia retórica justamente porque não afrontam nenhum das questões dogmáticas decisivas antes apontadas. Neste acórdão, adota-se implicitamente a mesma abordagem não técnica, impressionista, acrítica, do estado de exceção, da sua origem e justificação, do seu regime, da legitimação das medidas tomadas no seu âmbito. (HESPANHA, 2012, p. 31)

Como se pode notar, trata-se de fenómeno muito semelhante ao que se realiza no Brasil. Aqui, fala-se em “desprestígio do tribunal”, em assegurar “estabilidade institucional”, em evitar a “anomia”; fala-se em um sistema de justiça “arcaico e procrastinatório”, que seria ainda “péssimo” e “disfuncional”; fala-se em incrementar a eficiência. Ao mesmo tempo, realiza-se um agenciamento estratégico dos princípios, derrotando-se até mesmo regras constitucionais. No entanto, não se encontra sequer uma teoria minimamente consistente, capaz de figurar, ao menos, como uma tentativa de justificar a usurpação de competências legislativas.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Abri esta tese, a partir de um conjunto de enunciados oriundos de atores pertencentes ao campo jurídico brasileiro, com a problematização acerca de um influxo que pressiona, hoje, o Poder Judiciário do país. Não creio que seja possível, diante que foi exposto ao longo do trabalho, desprezar ou ignorar o que está em jogo. No fundo, em meio a uma guerra epistêmica, estão a ser definidos os destinos do direito nacional. O que emergirá após o cenário de crise política? Esse é o ponto, e é toda a nossa cultura jurídica que está em questão. A *revolução jurídica* que se anuncia, indissociável de uma “reforma dos juristas”, tem alcance muito maior do que eventuais mudanças legislativas. Ao se remodelar o comportamento dos que decidem quanto à própria aplicação – ou desaplicação – da lei, altera-se algo muito mais profundo e relevante, que é o modo de produção de verdades jurídicas estabelecido no país.

Para tratar do problema, identifiquei, em diversas passagens, a *modernização da justiça* como um apelo persuasivo subtextual. Mas a governamentalidade, no fundo, representa uma complexa combinação entre o arcaico e o moderno, se quisermos recuperar uma tese clássica da sociologia brasileira (FERNANDES, 1975). Essa afirmação, a qual já estava contida nas reflexões sobre penalidade e governo e sobre a relação entre as tecnologias de poder trazidas ao longo da tese, é importante e mesmo indispensável, para que não se tome a razão neoliberal como uma marcha iluminista ao progresso ou como uma produção indefinida de liberdade e liberalização. É sob uma espiral de modernização do arcaico e de arcaização do moderno (FERNANDES, 1975, p. 80) que a governamentalidade se reproduz através da governamentalização da justiça. Em outras palavras, é também multiplicando a penalidade, a exceção soberana e o autoritarismo judicial que a racionalidade neoliberal realiza seus pretensamente modernizadores cálculos de eficiência.

Como Foucault notou em suas aulas sobre a reprogramação neoliberal do governo, penso que, sem sonegar os desdobramentos éticos e políticos do neoliberalismo, é imprescindível decifrar seu funcionamento para compreender que seu “coeficiente de ameaça” é diretamente proporcional à sua eficácia (FOUCAULT, 2008a, p. 320). A tecnologia neoliberal faz funcionar eficazmente um corpo de instituições e um corpo de sujeitos-população, programando-os com razoável sucesso. Em suma, o liberalismo e o neoliberalismo, malgrado as crises de governamentalidade, sustentam-se. Param em pé. Compreender por que motivos isso ocorre é o fator decisivo para toda e qualquer crítica contemporânea da razão neogovernamental.



De maneira especial, é necessário compreender como uma tensão permanente e constitutiva da governamentalidade – entre jurisdição e veridicação – é delineada hoje. Não restam dúvidas de que, ao menos segundo as intuições de Foucault, é impossível entender as táticas de governo sem considerar sua heterogeneidade em relação ao direito. Esse é, certamente, um dos pontos de fissura dos dispositivos de segurança: toma-se o sujeito como um *homo oeconomicus* ou como um *homo juridicus*?

Não se trata, certamente, de converter um *projeto jurídico de sociedade* em um substituto do projeto governamental. O que essa tensão certamente sugere são duas interrogações: que outro modo de subjetivação, alternativo ao modo de produção de subjetividade governamental, pode-se opôr, eficazmente, às tecnologias neoliberais? Uma vez que não se pode suprimir o poder, entendido como relação social, que outra forma de conduzir condutas pode ser inventada? E qual o papel do direito, ou melhor, que destino deve-se dar ao direito tanto em meio ao processo de destituição das práticas de governo como na conformação de uma nova programação política, uma nova tecnologia de poder?

Pelo que se argumentou, a eficácia é a condição necessária para um novo modo de subjetivação e para a emergência de uma nova tecnologia de poder. Observando-se a crítica foucaultiana à ausência de uma arte socialista da condução de condutas, o que se exige, mais do que uma aderência a um conjunto de textos clássicos, é o desenvolvimento de uma específica arte política não neoliberal ou pós-neoliberal. É necessário reconhecer, então, que, de forma sistemática ela simplesmente não existe.

Retornando-se ao direito, há certamente duas vias abertas em termos de crítica contemporânea à governamentalidade. De um lado, haverá aqueles que, recuperando uma razão axiomático-jurídica, oporão ao poder a aplicação devida da legalidade. Trata-se de recuperar o valor e a autonomia do direito positivo como um compromisso democrático perante os juízos de utilidade. De outro lado, pode-se desafiar a ordem governamental por esgarçamento, jogando-se em seu terreno. Pode-se prorrogar ao extremo a inscrição dos fenômenos de população no direito, a ponto de, talvez, fazer com que a governamentalidade opere contra si. Em que medida seria possível operar um curto-circuito nas práticas judiciais de governo a partir de um cálculo utilitário que incluísse novas variáveis e outro modo de calcular a própria função do mercado como regulador social geral? Se a governamentalidade joga o direito contra si, é possível uma contraconduta que jogue a governamentalidade contra si?

Ou, de outra forma, seria possível estabelecer um outro tipo de esgarçamento, completamente fora dos quadros da governamentalidade neoliberal e de seus cálculos de utilidade? Seria imaginável um esgarçamento político da jurisdição e do direito, mas enquanto

contraconduta, a partir de outra programação, de outra tecnologia de poder, dotada de sua própria eficácia?

Mais do que isso: em havendo as duas linhas acima, é necessário optar por uma? Via axiomática ou via de esgarçamento? Elas podem ser unidas em um ou mais pontos? Certamente, a primeira via é de adoção mais óbvia em um primeiro momento, mas, à medida que avança a governamentalização da justiça, ela pode tornar-se efetivamente estéril. Os argumentos que levanta, provavelmente, serão esvaziados por uma lógica outra de argumentação jurídica.

Não pretendo oferecer resposta a nenhuma das questões acima, embora guarde minhas impressões sobre elas. O fato é que não constituíram objeto imediato desta tese. Talvez uma correlação entre a presente pesquisa e a figura conceitual dos comuns (DARDOT; LAVAL, 2017), a noção de contraconduta foucaultiana (FOUCAULT, 2008b, pp. 266 e ss.) e a genealogia da ética de Foucault (Capítulo 1) seja capaz de lançar luzes sobre o tema, ao lado de uma análise acurada do próprio funcionamento da política – e da justiça – no caso brasileiro, por exemplo. Em todo caso, não se deve esquecer nunca a diferença entre o plano teórico e o plano político: a relação de coerência que pode haver entre eles tem sempre uma natureza muito particular, na medida em que a prática social do poder deve responder a um quadro sempre muito mais complexo (de forças, agentes, instituições, representações sociais) do que aquilo que se apresenta no plano mais abstrato da teorização.

Lançadas essas provocações, gostaria de destacar o que me parece decisivo no processo de governamentalização pelo qual passa a justiça brasileira, em doze pontos:

- 1) Em primeiro lugar, a governamentalização da justiça se caracteriza por um modo governamental de subjetivação, que reconhece e produz permanentemente um *homo oeconomicus empresário de si*, através da multiplicação da empresa como poder enformador da sociedade.
- 2) Ao fazer com que o governo passe para o lado do *homo oeconomicus* para simular racionalmente suas prováveis condutas-investimento, o ator político e, sob a governamentalização da justiça, os atores jurídicos devem, eles mesmos, pensar e agir como um *homo oeconomicus*. Isso significa que, ao mesmo tempo em que imagina o que o indivíduo objeto do poder fará, a própria decisão política – e judicial – orienta-se por um permanente cálculo de custos e benefícios e pela *eficientização* do Estado e da sociedade, mais do que por uma regra jurídica.
- 3) Com isso, não há, sob o neoliberalismo, apenas um *homo oeconomicus genérico*, mas também suas ramificações, por exemplo, profissionais. Os casos revelam que, emerge, sem

dúvida, um *homo oeconomicus jurídico-profissional* e, mais especificamente, um *homo oeconomicus juiz* sob uma razão jurisdicional de governo. Trata-se de um *juiz-empresário* e uma *justiça-empresa* que lança um conjunto de *decisões-investimento* sobre uma população.

- 4) Heterogêneo e irreduzível ao *homo oeconomicus*, o sujeito de direito é deslocado e empalidecido. Em outras palavras, ao invés de aplicar a regra jurídico-positiva a um sujeito de direito, a justiça-empresa, cada vez mais, aplica um dispositivo de segurança a um sujeito de interesse.
- 5) Esse dispositivo de segurança consiste em uma intervenção ambiental, ou seja, aquela que atua indiretamente sobre os indivíduos, através das variáveis socionaturais com que se deparam e que assimilam a seus cálculos autointeressados. Estabelece-se, com isso, um modo governamental de normalização da população.
- 6) Para isso, é necessário *factualizar* permanentemente os problemas jurídicos, oferecendo-se lugar especial às estatísticas, pois são elas que denotam privilegiadamente os fenômenos de população a governar.
- 7) Através desse tipo de intervenção, a razão jurisdicional governamentalizada busca estender o princípio regulador do mercado ao conjunto da sociedade, possibilitando que a concorrência pronuncie permanentemente sua verdade. Trata-se do que foi chamado aqui de *concorrencialização da vida*.
- 8) Os dispositivos governamentais, para tanto, precisam estabelecer uma alternância estratégica entre regra e exceção, aplicação e desaplicação do direito positivo. Como resultado, produz-se um conjunto de anomalias jurídico-dogmáticas funcionais ao governo, através de dispositivos jurisdicionais de exceção.
- 9) O dispositivo jurisdicional de exceção se forma sempre que a decisão judicial derrota uma regra jurídica em nome da conservação ou da boa reprodução da ordem. A partir desse mecanismo, a própria guarda da Constituição se torna indistinguível de sua suspensão, operando-se uma destruição criativa da legalidade.
- 10) Sob essa lógica, a Constituição deixa de figurar como a deliberação sempre vinculante tomada pela autoridade máxima em uma democracia. Ela é concebida agora como um elemento de realidade entre outros a compor os cálculos de riscos e vantagens do *juiz-empresário*. No limite, a regra constitucional figura como um *custo*, já que sua aplicação pode ser demasiadamente onerosa sob um teste de ganhos e perdas prováveis.
- 11) A opinião pública também ingressa nos cálculos utilitários da justiça-empresa, mas não como um efetivo critério decisório. Ela aparece sob duas formas, apresenta uma natureza

dúplice: primeiro como elemento de realidade, ou seja, como um dado com o qual se depara o juiz-empresário. Será sempre mais custoso, nesse sentido, decidir *a contrapelo* da opinião pública, tendo em vista a preservação da legitimidade do tribunal e a própria eficácia social da decisão. Para fazê-lo, deve haver a compensação desse custo por outros tipos de ganhos. Nesse sentido, a opinião pública representa uma variável ao cálculo utilitário. Num segundo sentido, ela é um instrumento, quer dizer, algo que pode ser conformado midiaticamente e utilizado para viabilizar uma decisão-investimento considerada como alocação ótima de recursos escassos.

- 12) Como saldo, a governamentalização da justiça altera radicalmente a morfologia do direito e do discurso jurídico, no sentido de que se obtém uma juridicidade sem forma definida, sem fronteiras definidas, sem diferenciação entre interno e externo. A alteração morfológica não consiste, portanto, em uma simples nova forma, mas na mutação constante de um direito polimórfico, a partir das táticas sempre móveis de um governo de populações.

Não é possível, então, determinar os limites da jurisdição de antemão, justamente porque o direito positivo não lhe é mais um limite. Não há a simples redefinição dos limites dos poderes judiciais, mas sua constante transformação pelos cálculos governamentais. Nesse curso, ao contrário do que poderia parecer, o direito não se fortalece, embora os atores jurisdicionais ampliem, ao menos no curto prazo, seus próprios poderes.

## REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua I**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002.

\_\_\_\_\_. **Estado de exceção**. São Paulo: Boitempo, 2004.

\_\_\_\_\_. Entrevista com Giorgio Agamben. [Entrevista cedida a Flávia Costa]. In: **Rev. Dep. Psicol., UFF., vol.18, n.1, 2006, pp.131-136**. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-80232006000100011&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-80232006000100011&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 01 de fevereiro de 2019.

\_\_\_\_\_. **O que resta de Auschwitz: o arquivo e a testemunha (Homo Sacer III)**. São Paulo: Boitempo, 2008.

\_\_\_\_\_. **Signatura Rerum: sur el método**. Barcelona: Anagrama, 2010.

\_\_\_\_\_. **O reino e a glória: uma genealogia teológica da economia e do governo: homo sacer, II, 2**. São Paulo: Boitempo, 2011.

\_\_\_\_\_. Estado de exceção e genealogia do poder. In: **Revista Brasileira de Estudos Políticos, n. 108, 2014, pp. 21-39**. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/download/P.0034-7191.2014v108p21/264>. Acesso em 01 de fevereiro de 2019.

ALEXANDRINO, José Melo. **O Impacto Jurídico Da Jurisprudência Da Crise**. 2014. Disponível em: [http://www.icjp.pt/sites/o\\_imp\\_jur\\_da\\_crise.pdf](http://www.icjp.pt/sites/o_imp_jur_da_crise.pdf). Verificado em: 11.05.2015.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy, 2001.

\_\_\_\_\_. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2011.

ANTUNES, Ricardo. **Os Sentidos do Trabalho: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho**. São Paulo: Boitempo, 2009.

ARGENDLER, Mariana; SALAMA, Bruno Meyerhof. Direito e Consequência no Brasil: em busca de um discurso sobre o método. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 262, 2013, p. 95-144. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/8901/7809>>. Acesso em 01 de fevereiro de 2019.

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005a.

\_\_\_\_\_. Moralidade, razoabilidade e eficiência na atividade administrativa. In: **Revista Eletrônica de Direito do Estado, n. 4, 2005 (2005b)**. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/humberto-avila/moralidade-razoabilidade-e-eficiencia-na-atividade-administrativa>. Acesso em 01 de fevereiro de 2019.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). In: **Revista de Direito Administrativo, v. 240, 2005, pp. 1-42**. Disponível em:

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>>. Acesso em 01 de fevereiro de 2019.

\_\_\_\_\_. **Estado e livre iniciativa na experiência constitucional brasileira**. 2014.

Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI199284,71043->

[Estado+e+livre+iniciativa+na+experiencia+constitucional+brasileira](https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI199284,71043-)>. Acesso em 01 de fevereiro de 2019.

\_\_\_\_\_. **Anotações para o voto oral do Ministro Luís Roberto Barroso no HC 124.306**.

2015a. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/leia-annotacoes-ministro-barroso-voto.pdf>>. Acesso em 01 de fevereiro de 2019.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015b.

\_\_\_\_\_. **Voto do Ministro Luís Roberto Barroso na Medida Cautelar nas Ações de Declaração de Constitucionalidade 43 e 44**. 2016a. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14452269>>. Acesso em 20 de março de 2018.

\_\_\_\_\_. **Voto do Ministro Luís Roberto Barroso no HC 124.306**. 2016b. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=937&classe=AP&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 01 de fevereiro de 2019.

\_\_\_\_\_. **Voto do Ministro Luís Roberto Barroso no HC 126292**. 2016c. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em 20 de março de 2018.

\_\_\_\_\_. **Voto oral do Ministro Luís Roberto Barroso no HC 126292**. 2016d. Disponível em:

<<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/2/art20160218-01.pdf>>. Acesso em 20 de março de 2018

\_\_\_\_\_. **Antecipação ao voto do Ministro Relator Luís Roberto Barroso na Q.O. da A.P. 937**. 2017a. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=937&classe=AP&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 01 de fevereiro de 2019.

\_\_\_\_\_. **Contramajoritário, representativo e iluminista: os papéis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas**. In: **Rev. Direito e Práxis, ahead of print, v. XX, n. XX, 2017 (2017b)**. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/30806>>. Acesso em 01 de fevereiro de 2019.

\_\_\_\_\_. **Voto do Ministro Relator Luís Roberto Barroso na QO da AP 937**. 2017c.

Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=937&classe=AP&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 20 de março de 2018.

\_\_\_\_\_. **Ementa do voto do Ministro Relator Luís Roberto Barroso na ADI 5.766**.

2018a. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/ementa-voto-barroso-custas-processos.pdf>>. Acesso em 01 de fevereiro de 2019.

\_\_\_\_\_. **Operação Abafa tenta barrar avanços do STF, escreve Barroso. Folha de São Paulo**, São Paulo. 2018b. Disponível em:

<<https://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2018/02/em-artigo-ministro-do-supremo-rebate-criticas-feitas-ao-tribunal.shtml>>. Acesso em 20 de março de 2018.

\_\_\_\_\_. **Voto do Ministro Luís Roberto Barroso no HC 152.752**. 2018c. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em 01 de fevereiro de 2019.

\_\_\_\_\_; SCHIETTI, Rogério. Execução penal, opinião e fatos. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 02 de fevereiro de 2018. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2018/02/luis-roberto-barroso-e-rogerio-schietti-execucao-penal-opiniao-e-fatos.shtml>>. Acesso em 20 de março de 2018.

BENJAMIN, Walter. **Origem do drama barroco alemão**. Brasília: Editora Brasiliense, 1984.

\_\_\_\_\_. **O anjo da história**. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2012.

\_\_\_\_\_. Para a crítica da violência. In: **Escritos sobre mito e linguagem**. São Paulo: Editora 34/Duas Cidades, 2013, pp.121-156.

BODIN, Jean. **Os seis livros da República** (Livro Primeiro). São Paulo: Ícone editora, 2011.

BRASIL. **Constituição Política do Imperio do Brazil (de 25 de março de 1824)**.

Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm). Acesso em 01 de fevereiro de 2019.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941** (Código de Processo Penal).

1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm). Acesso em 20 de março de 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973** (Código de Processo Civil de 1973).

Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869impressao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869impressao.htm)>. Acesso em 01 de fevereiro de 2019.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. 1988. Disponível

em:<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em 20 de março de 2018.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015** (Código de Processo Civil de 2015).

Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em 01 de fevereiro de 2019.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm)>. Acesso em 01 de fevereiro de 2019.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Argumentação contra legem**: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

\_\_\_\_\_. Princípios, regras e conflitos normativos: um modelo para a justificação das decisões contra legem a partir da teoria jurídica de Robert Alexy. In: **Revista Pensar**, v. 15, n. 2, 2010. Disponível em: <<http://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/2143/1743>>. Acesso em 20 de março de 2018.

BUTLER, Judith P. **Precarious life**: the powers of mourning and violence. Nova York: Verso, 2004.

CARVALHO, Eder Aparecido de; GILENO, Carlos Henrique. Reflexões sobre o Poder Moderador nas instituições políticas brasileiras: o pretérito e o presente. In: **Em Tese**,

**Florianópolis, v. 15, n. 1, jun. 2018, pp. 10-32.** Disponível em:  
<<https://periodicos.ufsc.br/index.php/emtese/article/view/1806-5023.2018v15n1p10>>. Acesso em 01 de fevereiro de 2019.

CASTRO, Edgardo. **Introdução a Giorgio Agamben: uma arqueologia da potência.** Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2013.

\_\_\_\_\_. **Introdução a Foucault.** 1ª ed. Belo Horizonte: Autentica, 2015.

Celano, Bruno. True exceptions: defeasibility and particularism. In: BELTRAN, Jordi Ferrer; RATTI, Giovanni Battista. **The logic of legal requirements: essays on defeasibility.** 2012, Oxford: Oxford University Press, 2012.

CENTRO DE ESTUDOS SOCIAIS (CES). **A anatomia da crise: Identificar os problemas para construir alternativas.** 2013. Disponível em:

[http://www.ces.uc.pt/observatorios/crisalt/index.php?id=6522&id\\_lingua=1&pag=6561](http://www.ces.uc.pt/observatorios/crisalt/index.php?id=6522&id_lingua=1&pag=6561).

Verificado em: 01.07.2017.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal.** São Paulo: Boitempo, 2016.

\_\_\_\_\_. **Comum: ensaio sobre a revolução no século XXI.** 1ª ed. São Paulo: Boitempo, 2017.

DIAS TOFFOLI, José Antonio. **Voto do Ministro Dias Toffoli na Q.O. da A.P. 937.** 2017. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=937&classe=AP&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 01 de fevereiro de 2019.

DIAS TOFFOLI, José Antonio. **Discurso “Eleições 2018”.** 2018. Disponível em:

<<https://www.conjur.com.br/dl/hora-pacto-nacional-reformas.pdf>>. Acesso em 01 de fevereiro de 2019.

DIAS TOFFOLI, José Antonio. **Esclarecimentos do Ministro Presidente Dias Toffoli ao Ministro Relator da ADPF 572 Edson Fachin.** 2019. Disponível em:

<<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5658808>>. Acesso em 01 de junho de 2019.

DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico.** São Paulo: Martins Fontes, 2007.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

EHRlich, Eugen. **Fundamentos da sociologia do direito.** Brasília: Editora Universidade de Brasília,

ESPOSITO, Roberto. **Bios: biopolítica e filosofia.** Lisboa: Edições 70, 2004

FACHIN, Edson. **Voto do Ministro Edson Fachin no HC 124.306.** 2016a. Disponível em:  
<<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=937&classe=AP&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 01 de fevereiro de 2019.

\_\_\_\_\_. **Voto do Ministro Edson Fachin no HC 126292.** 2016b. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em 20 de março de 2018.



\_\_\_\_\_. **Voto do Ministro Edson Fachin na Q.O. da A.P. 937**. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=937&classe=AP&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 01 de fevereiro de 2019.

FALCÃO, Joaquim. **Julgamento de Lula é símbolo da mania de justiça**. 2018a. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/artigo-julgamento-de-lula-simbolo-da-mania-de-justica-22317642>>. Acesso em 20 de março de 2018.

\_\_\_\_\_. **Uma nova geração de magistrados pede passagem**. 2018b. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/blog/noblat/uma-nova-geracao-de-magistrados-pede-passage/>>. Acesso em 20 de março de 2018.

\_\_\_\_\_. **Em defesa do Supremo**. 2019. Disponível em: <<http://joaquimfalcao.com.br/documents/596?q=>>>. Acesso em 01 de junho de 2019.

FARIA, José Eduardo. Há uma mudança no conceito de prova, de processo e de delito. In: **Jornal “Estadão”**. 2018. Entrevista concedida ao Jornal “Estadão”. Disponível em: <<https://cultura.estadao.com.br/blogs/estado-da-arte/ha-uma-mudanca-no-conceito-de-prova-de-processo-e-de-delito-entrevista-com-jose-eduardo-faria>>. Acesso em 20 de março de 2018.

FAVRETO, Rogério. **Voto no P.A. Corte Especial Nº 000302132.2016.4.04.8000/RS**. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/lava-jato-nao-seguir-regras-casos.pdf>>. Acesso em 01 de fevereiro de 2019.

FERNANDES, Florestan. **Capitalismo dependente e classes sociais na América Latina**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1975.

FERREIRA, Antonio Casimiro. A sociedade de austeridade: Poder, medo e direito do trabalho de exceção. In: **Revista Crítica de Ciências Sociais, n. 95, p. 119-136, 2011**. Disponível em: <http://rccs.revues.org/4417>. Acesso em 11.05.2015

\_\_\_\_\_. Política Do Direito Como Política De Austeridade. In: **Anais do VIII Congresso Português de Sociologia**, 2014. Disponível em: [http://www.aps.pt/viii\\_congresso/VIII\\_ACTAS/VIII0390.pdf](http://www.aps.pt/viii_congresso/VIII_ACTAS/VIII0390.pdf). Verificado em: 11.05.2015.

FERREIRA, Bernardo. **O risco do político: crítica ao liberalismo e teoria política no pensamento de Carl Schmitt**. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: Editora IUPERJ, 2004.

\_\_\_\_\_. O nomos e a lei: considerações sobre o realismo político em Carl Schmitt. In: **Kriterion, vol. 49, n. 118, 2008, pp. 327-366**. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0100-512X2008000200004&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-512X2008000200004&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 01 de fevereiro de 2019.

FGV. Fundação Getúlio Vargas.. **Educação e Direito**. Cadernos FGV Direito Rio. v. 5. 2010. Rio de Janeiro: FGV, 2010 (2010a).

\_\_\_\_\_. **Poder Judiciário e gestão eficiente**. Cadernos, ano 5, n. 12, maio/junho, 2010. Rio de Janeiro: FGV, 2010 (2010b).

FOUCAULT, Michel. **A arqueologia do saber**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1987.

\_\_\_\_\_. **História da Sexualidade I: A vontade de saber**. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1988.

\_\_\_\_\_. **Microfísica do Poder**. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1998.

\_\_\_\_\_. **Em defesa da sociedade**: curso dado no Collège de France (1975-1976). São Paulo: Martins Fontes, 1999.

\_\_\_\_\_. **Ditos e Escritos. Volume IV: Estratégia, poder-saber**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006.

\_\_\_\_\_. **Nascimento da Biopolítica**: curso dado no Collège de France (1978-1979). São Paulo: Martins Fontes, 2008a.

\_\_\_\_\_. **Segurança, Território, População**: curso dado no Collège de France (1977-1978). São Paulo: Martins Fontes, 2008b.

FUX, Luiz. **Voto do Ministro Luiz Fux na A.P. 470**. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=236494>>. Acesso em 01 de fevereiro de 2019.

\_\_\_\_\_. **Voto do Ministro Luiz Fux no HC 126.292**. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em 01 de fevereiro de 2019.

\_\_\_\_\_. **Voto do Ministro Luiz Fux na Q.O. da A.P. 937**. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=937&classe=AP&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 01 de fevereiro de 2019.

\_\_\_\_\_. **Voto do Ministro Luiz Fux na ADPF 449**. 2018a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=937&classe=AP&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 01 de fevereiro de 2019.

\_\_\_\_\_. **Voto do Ministro Luiz Fux no HC 152.752**. 2018b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em 01 de fevereiro de 2019.

GONÇALVES, Benedito. **Voto do Ministro Relator Benedito Gonçalves nos Embargos de Divergência em Recurso Especial 1.582.475**. 2018. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=201600416831&dt\\_publicacao=19/03/2019](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201600416831&dt_publicacao=19/03/2019)>. Acesso em 01 de fevereiro de 2019.

GONÇALVES et al. **A crise e o direito público**. Lisboa Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2013.

GRAU, Eros R. **Voto do Ministro Eros Grau no HC 84.078**. 09 de abril de 2008. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC84078voto.pdf>>. Acesso em 20 de março de 2018.

\_\_\_\_\_. **Voto do Ministro Relator Eros Grau na ADI 2240-7**. 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=474616>>. Acesso em 01 de fevereiro de 2019.

Hart, H. L. A. The Ascription of Responsibility and Rights. In: **Proceedings of the Aristotelian Society, New Series, Vol. 49 (1948 – 1949), pp. 171-194**. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/4544455>>. Acesso em 01 de fevereiro de 2019.

\_\_\_\_\_. **O conceito de direito**. 3ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HARVEY, David. **A condição pós-moderna**. São Paulo: Edições Loyola, 1992.

\_\_\_\_\_. **Neoliberalismo. História e implicações.** São Paulo: Edições Loyola, 2008.

\_\_\_\_\_. **O enigma do capital e as crises do capitalismo.** São Paulo: Boitempo, 2011.

HERRERO, Montserrat. Estudio preliminar. In: SCHMITT, Carl. **Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica.** Madrid: Tecnos, 1996.

\_\_\_\_\_. Los valores o la posición absoluta de lo no absoluto. In: SCHMITT, Carl. **La tiranía de los valores.** Granada: Editorial Comares, 2010.

HESPANHA, Antonio. **A revolução neoliberal e a subversão do modelo “jurídico”. Crise, direito e argumentação jurídica. 2012.** Disponível em: <https://docs.google.com/viewer?a=v&pid=sites&srcid=ZGVmYXVsdGRvbWVpbnxhbnRvbmlvbWVudWVsaGVzcGFuaGF8Z3g6NGJjMmE0NzcyZjA5NjJiNQ>. Acesso em 01 de fevereiro de 2019.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

HONÓRIO, Cláudia. Estado de exceção – Estudo de caso. In: **Revista Eletrônica do CEJUR.**, v. 1, n. 2, 2007. Disponível em: <http://revistas.ufpr.br/cejur/article/view/16748>. Verificado em: 01.09.2017.

IHERING, Rudolf Von. **A finalidade do direito.** 2v. Rio de Janeiro: Ed. Rio, 1979.

KAFKA, Franz. **O processo.** São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito.** 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KRAEMER, Celso. A ontologia como uma possibilidade em Michel Foucault. In: **Synesis**, v. 6, n. 1, 2014, p. 12-25. Disponível em: <http://seer.ucp.br/seer/index.php/synesis/article/view/411>>. Acesso em 01 de fevereiro de 2019.

KRUGMAN, Paul. **A Crise de 2008 e a Economia da Depressão.** Rio de Janeiro: Editora Campus, 2009.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito.** Lisboa: Fundação Kalouste Gulbenkian, 1991.

LEITE FERREIRA NETO, JOÃO. Retraçando os deslocamentos de Foucault: o lugar da biopolítica e da governamentalidade. In: **Psicologia em Estudo**, v. 20, núm. 3, 2015, pp. 365-376. Disponível em: <http://www.periodicos.uem.br/ojs/index.php/PsicolEstud/article/view/27190> >. Acesso em 01 de fevereiro de 2019.

LEMKE, Thomas. Foucault, governamentalidade e crítica. In: **Plural (Revista do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da USP)**, v. 24.1, 2017 (2017a), pp. 194-213. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/plural/article/view/137508>. Acesso em 01 de fevereiro de 2019.

\_\_\_\_\_. **Foucault, governamentalidade e crítica.** São Paulo: Editora Filosófica Politeia, 2017b.

\_\_\_\_\_. **Biopolitics: an advanced introduction**. Nova York: New York University Press, 2011.

LEWANDOWSKI, Ricardo. **Voto do Ministro Ricardo Lewandowski no HC 126.292**. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em 01 de fevereiro de 2019.

\_\_\_\_\_. **Voto do Ministro Ricardo Lewandowski na Q.O. da A.P. 937**. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=937&classe=AP&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 01 de fevereiro de 2019.

LOPES, Karina Sousa. **Princípio da proporcionalidade: questionamentos sobre sua consistência e riscos do uso retórico do STF**. 2015. Disponível em: <[http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/19747/3/2015\\_KarinaNatherciaSousaLopesFontesLima.pdf](http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/19747/3/2015_KarinaNatherciaSousaLopesFontesLima.pdf)>. Acesso em 20 de março de 2018.

LÖWY, Michel. Sobre o conceito de “afinidade eletiva” em Max Weber. In: **PLURAL - Revista do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da USP, v.17.2, 2011, pp.129-142**. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/plural/article/view/74543/78152>>. Acesso em 01 de fevereiro de 2019.

MACCORMICK, Neil. **Retórica e Estado de Direito**. São Paulo: Editora Campus/Elsevier, 2008.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. O decisionismo jurídico de Carl Schmitt. **Lua Nova, n. 32, 1994, pp. 201-215**. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S010264451994000100011&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010264451994000100011&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 01 de fevereiro de 2019.

MACHADO, Roberto. Introdução – Por uma genealogia do poder. In: FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Rio de Janeiro: Edições Graal, 1998.

\_\_\_\_\_. **Foucault, a ciência e o saber**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

MAGRO, Maíra; MARTINS, Luísa. Duro em matérias penais, Barroso é formador de maiorias no STF. **Jornal “Valor Econômico”**. 07 de junho de 2018. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/politica/5576627/duro-em-materias-penais-barroso-e-formador-de-maiorias-no-stf>>. Acesso em 01 de fevereiro de 2019.

MATTOS, Pedro Lincoln C. L. de. "Os resultados desta pesquisa (qualitativa) não podem ser generalizados": pondo os pingos nos is de tal ressalva. **Cad. EBAPE.BR, vol. 9, 2011, pp.450-468**. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1679-39512011000600002&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-39512011000600002&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 01 de fevereiro de 2019.

MELLO, Celso de. **Voto do Ministro Celso de Mello no HC 126292**. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em 20 de março de 2018.

\_\_\_\_\_. **Voto do Ministro Celso de Mello na Q.O. da A.P. 937**. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=937&classe=AP&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 01 de fevereiro de 2019.

\_\_\_\_\_. Celso de Mello: a todo vapor para liberar primeiras ações da Lava-Jato. In: “**O Globo**”. 2018. Entrevista concedida ao Jornal “O Globo”. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/celso-de-mello-todo-vapor-para-liberar-primeiras-acoes-da-lava-jato-22454347>>. Acesso em 20 de março de 2018.

MELLO, Marco Aurélio. **Voto do Ministro Marco Aurélio Mello no HC 124.306**. 2016a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=937&classe=AP&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 01 de fevereiro de 2019.

\_\_\_\_\_. **Voto do Ministro Marco Aurélio Mello no HC 126292**. 2016b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em 20 de março de 2018.

MENDES, Gilmar. **Voto do Ministro Gilmar Mendes no HC 126292**. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em 20 de março de 2018.

\_\_\_\_\_. **Voto do Ministro Gilmar Mendes na Q.O. da A.P. 937**. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=937&classe=AP&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 01 de fevereiro de 2019.

\_\_\_\_\_. **Decisão Monocrática do Ministro Relator Gilmar Mendes no Mandado de Segurança 36.380**. 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MS36380.pdf>>. Acesso em 01 de junho de 2019.

MORAES, Alexandre de. **Voto do Ministro Alexandre de Moraes na Q.O. da A.P. 937**. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=937&classe=AP&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 01 de fevereiro de 2019.

\_\_\_\_\_. **Decisão monocrática na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.948**. 2018a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5948MCGuardasmunicipais.pdf>>. Acesso em 01 de fevereiro de 2019.

\_\_\_\_\_. **Voto do Ministro Alexandre de Moraes no HC 152.752**. 2018b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em 01 de fevereiro de 2019.

\_\_\_\_\_. **Despacho inicial no Inquérito 4.781**. 2019. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/inq4781.pdf>>. Acesso em 01 de junho de 2019.

MORAIS, Fausto Santos. **Hermenêutica e pretensão de correção: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal**. Tese de Doutorado (UNISINOS).

MORO, Sergio Fernando. Considerações sobre a Operação Mani Pulite. In: **R. CEJ, Brasília, n. 26, 2004, pp. 56-62**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/artigo-moro-mani-pulite.pdf>>. Acesso em 01 de fevereiro de 2019.

\_\_\_\_\_. **Crime de lavagem de dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. **Não é dos astros a culpa**. 2014. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/opiniaio/2014/08/1504474-sergio-fernando-moro-nao-e-dos-astros-a-culpa.shtml>>. Acesso em 01 de fevereiro de 2019.

\_\_\_\_\_. **O problema é o processo**. 2015. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-problema-e-o-processo/>>. Acesso em 01 de fevereiro de 2019.

\_\_\_\_\_. **A missão do STF**. 2018. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/50-ideias-para-50-anos/a-missao-do-stf/>>. Acesso em 01 de fevereiro de 2019.

PGR (Procuradoria-Geral da República). **Petição inicial na ADI 5.766**. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/ADI5766reformatrabalhistas.pdf>>. 2017. Acesso em 01 de fevereiro de 2019.

PINHEIRO, Alexandre Sousa. A jurisprudência da crise: Tribunal Constitucional português (2011-2013). In: **Observatório da Jurisdição Constitucional, Ano 7, no. 1, jan./jun. 2014**. Disponível em: <http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/artic961>. Verificado em: 11/05/2015.

PIZZOLATTI, Rômulo. **Voto no P.A. Corte Especial Nº 000302132.2016.4.04.8000/RS**. 2016a. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/lava-jato-nao-seguir-regras-casos.pdf>>. Acesso em 01 de fevereiro de 2019.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão 396/2011**. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20110396.html>. Verificado em: 11/05/2015.

\_\_\_\_\_. Tribunal Constitucional. **Acórdão 353/2011**. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120353.html>. Verificado em: 11/05/2015.

RIBEIRO, Jefferson. Toffoli diz que STF tem que agir como poder moderador, sem buscar protagonismo. In: **O Globo**. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/toffoli-diz-que-stf-tem-que-agir-como-poder-moderador-sem-buscar-protagonismo-22783577>. Acesso em 01 de fevereiro de 2019.

RICHTER, André. Lava Jato não é suscetível de qualquer retrocesso, diz Fachin. 2019. In: **Agência Brasil**. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2019-06/lava-jato-nao-e-susctivel-de-qualquer-retrocesso-diz-fachin>>. Acesso em 01 de julho de 2019.

ROCHA, Cármen Lúcia. **Voto da Ministra Cármen Lúcia no HC 126.292**. 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em 01 de fevereiro de 2019.

\_\_\_\_\_. **Voto da Ministra Cármen Lúcia na Q.O. da A.P. 937**. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=937&classe=AP&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 01 de fevereiro de 2019.

RÖPKE, Wilhelm. **The Social Crisis of our time**. Chicago: The University of Chicago Press, 1950.

SCHMITT, Carl. **Politische Theologie: vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität**. München/Leipzig: Duncker & Humblot, 1934.

\_\_\_\_\_. **La Dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberania hasta la lucha de classes proletaria**. Madrid: Alianza Editorial, 1985.

\_\_\_\_\_. **O conceito do político**. Petrópolis: Vozes, 1992.

\_\_\_\_\_. **Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica**. Madrid: Tecnos, 1996.

\_\_\_\_\_. **Teología Política**. Buenos Aires: Editorial Struhart & Cía., 1998.

\_\_\_\_\_. **El nomos de la tierra: en el Derecho de Gentes del “Jus Publicum Europaeum”**. Buenos Aires: Editorial Struhart & Cia, 2005.

\_\_\_\_\_. **O guardião da Constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

\_\_\_\_\_. **La tiranía de los valores**. Granada: Editorial Comares, 2010.

\_\_\_\_\_. Estado, Movimento, Pueblo: la triple articulación de la Unidad Política. In: **Eunomia**, n. 12, 2017, pp. 268-309. Disponível em: <<https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/viewFile/3668/2229>>. Acesso em 01 de fevereiro de 2019.

SENELLART, Michel. A crítica da razão governamental em Michel Foucault. In: **Tempo Social. Rev. Sociol. USP**, v. 7(1-2), 1995, pp. 01-14. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/ts/article/view/85117>>. Acesso em 01 de fevereiro de 2019.

\_\_\_\_\_. Situação dos cursos. In: FOUCAULT, Michel. **Segurança, Território, População: curso dado no Collège de France (1977-1978)**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

STF (Supremo Tribunal Federal). **Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal**. 1980. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=legislacaoRegimentoInterno>>. Acesso em 01 de junho de 2019.

\_\_\_\_\_. **Pleno – Julgamento de ação contra reforma trabalhista é suspenso** (gravação audiovisual publicada pelo portal do STF referente à sessão plenária de 10 de maio de 2018). Duração: 1h53min28s. 2018. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=dgQgvCso2jk>>. Acesso em 01 de fevereiro de 2019.

\_\_\_\_\_. **Portaria GP Nº 69, de 14 de março de 2019** (2019a). Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5651823>>. Acesso em 01 de fevereiro de 2019.

\_\_\_\_\_. **STF fixa tese de repercussão geral em recurso sobre transporte individual por aplicativos**. 09 de maio de 2019 (2019b). Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=410656&caixaBusca=N>. Acesso em 01 de fevereiro de 2019.

\_\_\_\_\_. **Suprema Corte brasileira e o exercício de suas atribuições constitucionais**. 15 de novembro de 2010. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=165752>>. Acesso em: 20 de março de 2018.

STRECK, Lenio. **Verdade e consenso**: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas – da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

URBANO, Maria Benedita. **Estado de crise económico-financeira e o papel do Tribunal Constitucional**. In: GONÇALVES et al. A crise e o direito público. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2013.

VELLOSO, Carlos. Há uma campanha para desacreditar a Lava-Jato. [Entrevista concedida a Ana Dubeux e Ana Maria Campos. In: **Correio Braziliense**. 2019. Disponível em <[https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2019/06/16/interna\\_politica,763256/entrevista-carlos-velloso-ao-correio-braziliense-lava-jato-sob-ataque.shtml](https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/politica/2019/06/16/interna_politica,763256/entrevista-carlos-velloso-ao-correio-braziliense-lava-jato-sob-ataque.shtml)>. Acesso em 01 de julho de 2019.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. In: **Rev. Direito GV.**, vol. 4, n. 2, 2008, pp. 441-463. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322008000200005&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322008000200005&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 01 de fevereiro de 2019.

WEBER, Rosa. **Voto da Ministra Rosa Weber no HC 124.306**. 2016a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=937&classe=AP&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 01 de fevereiro de 2019.

\_\_\_\_\_. **Voto da Ministra Rosa Weber no HC 126.292**. 2016b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em 01 de fevereiro de 2019.

\_\_\_\_\_. **Voto da Ministra Rosa Weber na Q.O. da A.P. 937**. 2017. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=937&classe=AP&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em 01 de fevereiro de 2019.

ZAVASCKI, Teori. **Decisão monocrática do Ministro Teori Zavascki na Reclamação 23.457**. 2016a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/Rcl23457.pdf>>. Acesso em 20 de março de 2018.

\_\_\_\_\_. **Voto do Ministro Teori Zavascki no HC 126292**. 2016b. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>>. Acesso em 20 de março de 2018.