



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE
PRÓ-REITORIA DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

TATIANA BATISTA FROSI

**O ESTADO DE EXCEÇÃO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: análise da
atuação do Tribunal como poder soberano nos posicionamentos judiciais e extrajudiciais
da última década com enfoque na condução do Inquérito nº 4781**

São Cristóvão/SE

2022

TATIANA BATISTA FROSI

O ESTADO DE EXCEÇÃO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: análise da atuação do Tribunal como poder soberano nos posicionamentos judiciais e extrajudiciais da última década com enfoque na condução do Inquérito nº 4781

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Direito. Área de concentração: Constitucionalização do Direito. Linha de Pesquisa: Eficácia dos direitos fundamentais nas relações sociais e empresariais.

Orientadora: Profa. Dra. Flávia de Ávila

São Cristóvão/SE

2022

BANCA EXAMINADORA

Profa. Dra. Flávia de Ávila – UFS
Universidade Federal de Sergipe
Presidenta-Orientadora

Prof. Dr. Clóvis Marinho de Barros Falcão- UFPE
Universidade Federal de Pernambuco
1º Examinador – Externo

Profa. Dra. Daniela Carvalho Almeida Da Costa– UFS
Universidade Federal de Sergipe
2ª Examinadora – Interna

EPÍGRAFE

Consagre ao Senhor tudo o que você faz, e os seus planos serão bem-sucedidos.

Provérbios 16:3

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pela força, motivação e proteção para superar os obstáculos diários enfrentados durante esses dois anos de Mestrado em meio a uma pandemia.

A minha mãe, por ser um anjo enviado por Deus para me cuidar com tanto zelo não apenas durante esse período de estudo, mas por toda a minha vida. Obrigada pela compreensão e pelo cuidado em todos os momentos em que precisei de ajuda nesse processo.

Ao meu marido Marcel, pelo amor e dedicação ímpares dos últimos 15 anos. Obrigada por todos pequenos e grandes gestos de carinho que me impulsionaram a escrever cada página deste trabalho. Saiba que você é uma inspiração para mim, não apenas para crescer profissionalmente, mas como ser humano.

Ao meu irmão Vladimir, por me inspirar a ser resiliente em face das dificuldades que a vida nos impõe com sua vontade de viver.

A todos os meus familiares, pela torcida, carinho e suporte em todos os momentos.

A minha orientadora Flávia de Ávila, pela paciência, pelo comprometimento e por servir de exemplo de professora e profissional da educação.

Aos meus amigos, pelo alívio e motivação concedidos durante essa jornada, especialmente Carol pelo encorajamento especial de quem está passando pela mesma fase.

Aos meus colegas de classe Antônio, Larissa, Nara, Wolney, Silvia e Agnus, pelo estímulo constante apesar da distância do EAD.

A todos os que fazem a Universidade Federal de Sergipe, por estarem fazendo parte de mais uma etapa da minha formação como profissional e ser humano.

RESUMO

O ESTADO DE EXCEÇÃO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: análise da atuação do Tribunal como poder soberano nos posicionamentos judiciais e extrajudiciais da última década com enfoque na condução do Inquérito nº 4781

Esta pesquisa examina a progressão do casuísmo nas decisões do Supremo Tribunal Federal (STF) proferidas na última década cujo ápice se encontra na instauração do Inquérito nº 4781, de modo a se reconhecerem elementos biopolíticos caracterizadores do “estado de exceção” jurisdicional, quando a Corte incorpora o “poder soberano” ao criar uma hipótese de atuação investigativa sem fundamentação legal através da suspensão normativa. Para tanto, o estudo se divide em três capítulos. O primeiro oferece um panorama das decisões do Tribunal dos últimos dez anos em determinados temas em que despontam os mecanismos de manipulação da vida humana como instrumentos para a prolação de decisões casuístas e desconectadas com o ordenamento jurídico para, em sequência, apresentar detalhadamente o Inquérito como um desdobramento de uma tendência já anunciada por decisões anteriores. No segundo capítulo, apresenta-se a biopolítica foucaultina e o seu conceito de “dispositivo”, assim como as definições de “poder soberano”, “relação de inclusão-exclusão”, “força-de-lei”, “*imperium*” e “estado de exceção” de Giorgio Agamben. Já no terceiro capítulo, o estudo articula a teoria do biopoder com as decisões da Corte apresentadas anteriormente para demonstrar como o STF traz a vida aos seus cálculos de poder para fortalecer e preservar da instituição, ao mesmo tempo em que se afasta dos seus deveres institucionais. A metodologia do trabalho consiste em uma revisão bibliográfica inicial dos autores citados articulada a uma pesquisa documental coletada do portal eletrônico do STF. O conteúdo das decisões dos últimos dez anos, pareceres e petições do Inquérito nº 4781 foram os documentos pesquisados. O estudo emprega o método de análise de conteúdo, visto que, tem-se como ponto de partida uma hipótese fundamentada em estudo exploratório e na análise bibliográfica e jurisprudencial.

Palavras-chave: biopoder, estado de exceção, suspensão normativa, Inquérito nº 4781, Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

THE STATE OF EXCEPTION IN THE SUPREME FEDERAL COURT: analysis of the Court's performance as a sovereign power in judicial and extrajudicial positioning in the last decade, focusing on the conduct of Inquiry No. 4781

This research investigates the progression of casuistry in the decisions of the Supreme Court issued in the last decade, which apex is the Inquiry No. 4781, in order to recognize biopolitical elements that characterize the jurisdictional state of exception, when the Court incorporates the sovereign power to create a hypothetical investigative action without legal foundation through norm suspension. Therefore, the study is divided into three chapters. The first describes an overview of the Court's decisions over the past ten years on specific topics in which the mechanisms of manipulation of human life emerge as instruments for the delivery of casuist decisions. Those decisions, disconnected from the legal system, escalated to the Inquiry in detail as an unfolding trend existed. The second chapter presents Foucault's biopolitics and its concept of apparatus, as well as Giorgio Agamben's definitions of sovereign power, inclusion-exclusion, force-of-law, "imperium", and state of exception. In the third chapter, the study articulates the biopower theory with the Court's decisions to demonstrate how the STF considers life in its power calculations to strengthen and preserve the institution while moving away from its institutional duties. The work's methodology consists of an initial bibliographical review of the cited authors, articulated to documental research collected from the STF's electronic portal. The decisions content of the last ten years and the opinions and petitions of the Inquiry nº 4781 were the documentation researched. This study employs the method of content analysis, as its starting point is a hypothesis based on an exploratory study and bibliographic and jurisprudential analysis.

Keywords: biopower, state of exception, norm suspension, Inquiry n. 4781, Brazilian Federal Supreme Court.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	05
1. TENDÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS E ENTENDIMENTOS ADOTADOS PELO STF DA ÚLTIMA DÉCADA	11
1.1 O casuísmo do STF em decisões da última década	11
1.2 A atuação do STF no Inquérito nº 4781	32
2. BIOPOLÍTICA, “PODER SOBERANO” E O “ESTADO DE EXCEÇÃO” NA VISÃO DE GIORGIO AGAMBEN E MICHEL FOUCAULT	43
2.1 Biopolítica como mecanismo de exercício do poder	43
2.2 Conceito de “dispositivo” em Foucault como operador da instauração de “estado de exceção”	50
2.3 “Paradoxo da soberania”, “poder soberano”, “relação de inclusão-exclusão”, “estado de exceção”, “força-de-lei” e “ <i>imperium</i> ” em Giorgio Agamben	55
3. O ESTADO DE EXCEÇÃO NORMATIVO	65
3.1 A biopolítica do STF	66
3.2 Declaração de constitucionalidade na ADPF 572 e condução das investigações do STF no Inquérito nº 4781 como exemplo de atuação do STF como “poder soberano”	74
3.3 Reflexões acerca da contenção dos poderes de exceção	82
CONSIDERAÇÕES FINAIS	91
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	98

INTRODUÇÃO

Este trabalho aborda como as ações do Supremo Tribunal Federal, observadas sob chaves de leitura biopolíticas, nas suas decisões judiciais da última década progrediram até a instauração do Inquérito nº 4781. Desse modo, torna-se possível associar a atuação da Corte no procedimento investigativo com as noções de “paradoxo da soberania”, “relação de inclusão-exclusão”, “força-de-lei”, “*imperium*” e “estado de exceção”, nos moldes da doutrina de Giorgio Agamben. Na medida em que o STF cria uma hipótese de atuação policial sem fundamentação na lei, opera-se a suspensão da norma jurídica e a imposição de uma normatização pautada no “poder soberano” do Tribunal, o que permite conectar a conduta da Corte com a instauração de um “estado de exceção” normativo.

A separação dos poderes se constitui em princípio fundamental da República brasileira (art. 2º, *caput*, da Constituição Federal de 1988¹), deixando claro o caráter democrático que norteia toda a Carta Magna.

Andreas Krell (2002, p. 22) chama a atenção para a importância de se manter a integridade das instituições definidas pela Constituição Federal, de sorte a impedir a interferência do Poder Judiciário nas matérias e competências reservadas a outros Poderes, ainda que o Legislativo e Executivo no Brasil se mostrem incapazes de garantir o cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais. Assim, o reconhecimento de uma invasão do Poder Judiciário nas funções dos demais Poderes através de decisões judiciais ativistas já representa uma ameaça ao Estado Democrático de Direito do Brasil, eis que abre espaço para o cometimento de abusos de jurisdição, a exemplo do que ocorre no aludido Inquérito.

Esse trabalho demonstrará que o desequilíbrio entre as funções da República atesta a ausência de consolidação da democracia brasileira como regime político sólido pautado no respeito à incolumidade das instituições que a compõem. A falta de concretização do ideal democrático na sociedade possibilita que os poderes constituídos manipulem o conteúdo de direitos e deveres, a fim de justificar a ingerência de um poder sobre outro. Isso se deve ao fato de os princípios e direitos fundamentais previstos na Carta Magna terem sido formulados com um texto aberto passível de infundáveis interpretações pensadas estrategicamente pelo legislador constituinte para funcionarem como permissivo ao julgador para relativizar a lei casuisticamente.

¹ Art. 2º da CF: São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Para além de supor uma grande teoria da conspiração, a grande justificativa para a investigação dessa temática contempla o interesse de compreender os mecanismos de biopoder envolvidos na manipulação do ordenamento jurídico pelo Poder Judiciário, para consolidar entendimentos jurisprudenciais vinculantes que favoreçam interesses alheios aos jurídicos.

A manipulação da vida humana pelo ativismo judicial opera de modo bastante sofisticado, haja vista que os julgadores se utilizam de lacunas legislativas e da omissão administrativa para criar direitos e gerar obrigações não previstas em lei fundamentadas em interpretações extensivas dos princípios e direitos fundamentais. A ampla discricionariedade de atuação dos magistrados concedida pela CF/1988 concede poderes aos julgadores de legislar em casos concretos que sobrecarregam o sistema jurídico com uma carga política que não lhes cabe como função típica.

Saliente-se que a crise de legitimidade dos poderes Legislativo e Executivo em atender as prestações sociais alimenta a tolerância da sociedade com o fortalecimento do ativismo judicial, haja vista que, em certa medida, o casuísmo judicial oferece benefícios aos demandantes, sobretudo em causas de saúde e previdenciárias. Essas demandas sociais abriram caminho para que o Judiciário conquistasse o respaldo popular e despontasse como “salvador da pátria” de forma tão sutil que o povo sequer se apercebe de que, em verdade, figuram como peças de xadrez nos cálculos de poder de um astuto soberano.

As excepcionalidades das hipóteses de atuação que sustentam os protagonismos judiciais se tornaram regra no cotidiano judicial, de sorte que se observa a consolidação de uma jurisdição casuística, em descompasso com os ditames do Estado Democrático de Direito. A evolução desse processo de fortalecimento do casuísmo culminou com a instauração do Inquérito nº 4781 do STF. O procedimento investigativo em comento foi instaurado de ofício pelo ministro-presidente do STF, Dias Toffoli, por meio da Portaria GP nº 69 em 14 de março de 2019, em sigilo absoluto, com fundamento no art. 43 do Regimento Interno do STF, com relatoria designada ao ministro Alexandre de Moraes com o objetivo de apurar supostas notícias fraudulentas (*fake news*), denúncias caluniosas e ameaças que atingiriam a honorabilidade e a segurança dos membros do STF e de seus familiares. A investigação teve a sua constitucionalidade questionada por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 572 a qual foi julgada improcedente

pela Suprema Corte em 18 de junho de 2020, por 10 votos a 1². As violações ao sistema acusatório e ao princípio da separação dos poderes podem ser observadas desde a abertura do Inquérito cujo fundamento legal seria pautado em uma interpretação questionável do artigo 43 do Regimento Interno do STF até culminarem com os abusos de autoridade nas medidas cautelares de busca e apreensão e quebra de sigilo de redes sociais sem que fossem apresentadas provas de materialidade e autoria dos supostos delitos cometidos pelos investigados.

O procedimento investigativo do Inquérito nº 4781 do STF, desde a sua gênese, coleciona discrepâncias com o sistema penal acusatório e destoa de toda a jurisprudência dominante acerca da exigência da imparcialidade, ao respeito ao juiz natural e à proibição aos Tribunais de Exceção para o exercício da jurisdição, o que permite a sua relação da atuação do STF com o que Agamben descreve como “estado de exceção”.

O objetivo geral deste estudo consiste em, a partir das lições de Giorgio Agamben e de Michel Foucault sobre biopolítica, identificar uma aproximação da conduta da Corte dos últimos dez anos, e, sobretudo, no Inquérito nº 4781, com a instauração de um “estado de exceção”. Assim, pretende-se demonstrar a forma em que o STF manipula norma jurídica para afastar a sua incidência com a finalidade de inovar deliberadamente na ordem jurídica. Já como objetivo específico, este trabalho enfoca na atuação do STF no Inquérito nº 4781 para configurá-la como indício representativo de instauração de um “estado de exceção” pela Corte.

Importa enunciar que as lições de Giorgio Agamben acerca do “estado de exceção” se revelam como o fio condutor dessa pesquisa, eis que fornecem o aporte teórico para se avaliar o comportamento da Suprema Corte no aludido Inquérito. O autor conceitua “estado de exceção” como expressão do poder do soberano que define uma hipótese excepcional que o autoriza a promover a suspensão do ordenamento jurídico àquela situação por ele determinada, permitindo ao detentor do poder que se institua uma agenda governamental sem limites na lei.

No Inquérito objeto de estudo, o STF justifica o desrespeito ao princípio democrático da separação dos poderes e inicia a investigação sem dispor de poderes constitucionais para tanto ao apelar para a defesa da honorabilidade dos membros da corte e

² Voto dissidente proferido pelo Ministro Marco Aurélio: “Prossegue versando a instauração de ofício do inquérito e abordando problemática ligada – para mim, seriíssima, porque escolhido a dedo, não aceitaria essa relatoria – ao Relator do inquérito, sem observância do sistema democrático da distribuição. Presidente, estamos diante de inquérito natimorto. Ante as chegadas verificadas, depois de instaurado, diria mesmo de inquérito do fim do mundo, sem limites!” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ADPF Nº 572/DF, 2020)

de seus familiares. Assevera a Corte que a propagação de mensagens supostamente falsas (*fake news*) na internet a respeito dos ministros e seus familiares representariam uma ameaça à ordem constitucional, demandando uma resposta do Tribunal de mesma proporção, mesmo que passe por cima de premissas básicas da democracia. Ao assim agir, a Corte Constitucional toma para si a prerrogativa de decidir sobre o que seria o caos e a normalidade social, colocando-se acima da lei a qual deve obediência irrestrita (AGAMBEM, 2004, p. 25).

A metodologia do trabalho consiste em uma pesquisa documental coletada do portal eletrônico do STF para analisar a evolução da atuação casuísta da Corte a partir de decisões judiciais e extrajudiciais proferidas na última década. Posteriormente, apresentar-se-á o contexto de abertura do Inquérito nº 4781 do STF, bem como o conteúdo de pareceres da Procuradoria-Geral da República, pedidos de arquivamento e petições das partes envolvidas e os desdobramentos da declaração de constitucionalidade do Inquérito. Cumpre ressaltar a dificuldade de acesso aos documentos relacionados ao Inquérito no portal eletrônico do STF, haja vista o caráter sigiloso das investigações. Assim, a pesquisa teve que buscar o inteiro teor das petições dos advogados dos investigados e pareceres formulados pelo Ministério Público Federal no bojo do Inquérito em veículos de informação da mídia, em razão da ausência de disponibilização dessas informações no site oficial do STF. Já com relação às petições e documentos relacionados à ADPF nº 572, os obstáculos de acesso se reduziram, eis que a maioria das manifestações das partes ficou registrada no site do Tribunal. Contudo, esta pesquisa também enfrentou dificuldades em coletar o inteiro teor do voto dissidente do Ministro Marco Aurélio de Melo, eis que não havia sido publicado com os demais votos vencedores. Desta feita, existiu a necessidade de entrar em contato direto com a assessoria do Ministro Marco Aurélio para ter ciência do conteúdo da decisão. Em seguida, realiza-se uma revisão bibliográfica para apresentar a biopolítica de Giorgio Agamben e Michel Foucault com a ênfase nos conceitos de “dispositivo”, “paradoxo da soberania” e da “relação de inclusão-exclusão” e “estado de exceção”, “*imperium*” e “força-de-lei”. Ao final, realiza-se o cotejo entre a teoria da exceção e a atuação do STF dos últimos dez anos com destaque no Inquérito nº 4781.

A pesquisa empregou o método de abordagem da análise de conteúdo, visto que, desenvolvem-se os conceitos apresentados no capítulo dois, interpretando-os a partir da análise das decisões do STF estudadas no primeiro capítulo, especialmente no Inquérito nº 4781, para averiguar quais as motivações biopolíticas que permearam a fundamentação das decisões na investigação. Assim, realiza-se um estudo fundamentado em estudo exploratório e na análise bibliográfica e jurisprudencial.

Nessa linha, o trabalho se divide em três capítulos. O primeiro capítulo analisa os posicionamentos do STF nos últimos dez anos em temas determinados com a finalidade de demonstrar como o ativismo da Corte em efetivar direitos fundamentais deu espaço para a prolação de decisões casuísticas e desconectadas com as suas funções constitucionais. No item seguinte, o capítulo adentra no estudo do Inquérito nº 4781 do STF, desde a abertura até os desdobramentos do mesmo até a publicação deste trabalho, de sorte a evidenciar a investigação como o aprofundamento da tendência ao casuísmo do Tribunal. Assim, adentra-se no estudo da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 572 do STF) em que se questionou a constitucionalidade da abertura do Inquérito e seu fundamento regimental, analisando os votos dos ministros, peças processuais e pareceres do Ministério Público Federal, com base nas informações disponíveis no portal eletrônico do STF. Na sequência, faz-se o contraponto do posicionamento majoritário da Corte com o voto dissidente proferido pelo Ministro Marco Aurélio, e, por fim, colacionam-se jurisprudências dominantes da Suprema Corte em temas como interceptações telefônicas e buscas e apreensões em contrariedade com o posicionamento adotado pelo STF no Inquérito, a fim de se abrir a discussão acerca do caráter político das decisões adotadas do capítulo seguinte.

No capítulo dois, apresenta-se o arcabouço teórico para o desenvolvimento da análise biopolítica do trabalho, a começar pela teoria do biopoder de Michel Foucault acerca da utilização do conceito de “dispositivo”, sobretudo o jurídico, como tecnologia de biopoder para manipulação da população para viabilizar a realização de uma determinada agenda política. Após, adentra-se na teoria do “estado de exceção” desenvolvida por Giorgio Agamben com enfoque nas categorizações da “relação de inclusão-exclusão”, do “paradoxo da soberania”, “*imperium*” e “força-de-lei”, o qual se revela em referencial teórico principal.

O terceiro capítulo correlaciona o arcabouço teórico do primeiro e segundo capítulos para se identificar os elementos biopolíticos estudados nas decisões judiciais extrajudiciais mencionadas no primeiro capítulo. O item seguinte atende aos objetivos específicos deste estudo, eis que confronta a conduta da Corte durante a condução do Inquérito com as definições de “poder soberano” numa “relação de inclusão-exclusão” com o ordenamento jurídico, na medida em que a Corte cumula as competências de investigador e julgador, associando-se a atuação do Tribunal no procedimento investigatório a um “estado de exceção” normativo.

Discute-se, ainda, como a ausência de fundamento constitucional e os abusos de autoridade reiterados nas apurações da Suprema Corte no Inquérito das *fake news* demonstram que o Estado Democrático de Direito não se revela suficiente para impedir

criações de espaços de exceção por parte do “poder soberano”. A ausência de consolidação do projeto democrático implicou a ausência de uma consciência dos poderes instituídos quanto à importância de cumprir os seus deveres constitucionais. As fraturas do sistema fazem com que a exceção encontre o cenário perfeito para se tornar a regra. Dentre essas rachaduras, o ativismo judicial do STF revela indícios de instituição de uma exceção normativa sutil que maneja os instrumentos legais democráticos com a finalidade de justificar o cometimento de arbitrariedades em face da sociedade.

Em seguida, faz-se uma análise do comprometimento do ideal do Estado Democrático de Direito após a instauração do Inquérito e de suas imprevisíveis repercussões no cenário do Poder Judiciário nacional. Por fim, trazem-se as alternativas doutrinárias de Luigi Ferrajoli e Boaventura de Souza Santos para subsidiar a reflexão de como seria possível promover a contenção de mecanismos biopolíticos antidemocráticos por parte do Poder que deveria promover a proteção da democracia.

CAPÍTULO 1: TENDÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS E ENTENDIMENTOS ADOTADOS PELO STF DA ÚLTIMA DÉCADA

Este capítulo realizará um levantamento de jurisprudências e entendimentos propagados pelo Supremo Tribunal Federal nos últimos dez anos em determinados temas com o fim de demonstrar como o Tribunal altera substancialmente seus posicionamentos e decisões judiciais em um curto lapso temporal motivado por um casuísmo dos seus membros, cuja inspiração se resume à defesa do interesse político e/ou econômico pretendido, o qual revela o afastamento da Corte de sua função institucional.

1.1 O casuísmo do STF em decisões da última década

Os últimos dez anos de jurisprudência e decisões extrajudiciais do Supremo Tribunal Federal revelam o desapego do Tribunal com a coerência doutrinária e ideológica de seus posicionamentos. Para tanto, esta pesquisa ressaltará a importância de se constatar que a oscilação de entendimentos da Corte em matérias semelhantes representa um perigo à segurança jurídica do Poder Judiciário nacional e, em maior medida, um risco à manutenção da própria instituição e da democracia.

Os casos abaixo listados revelam a ausência de compromisso do STF com a sua função típica de órgão de cúpula do Judiciário e guardião da Constituição Federal ao demonstrarem a facilidade em que os entendimentos da Corte em matérias semelhantes se alteram em um curto espaço de tempo. Assim, importa salientar que o problema do situacionismo das decisões da Suprema Corte brasileira exemplificado pelos casos listados a seguir não indica a formação de uma coesão ideológica entre os seus ministros. Outrossim, a tendência casuísta representa um perigo ainda maior à democracia do a vinculação ou não da Corte à determinada linha de pensamento filosófico entre os seus membros, haja vista que enuncia que STF pode decidir de uma forma ou de outra a depender de qual interesse desponte no momento como importante, seja do ponto de vista político, social ou, até mesmo, econômico. Portanto, as decisões apresentadas demonstrarão que o STF se trata de uma instituição que deveria estabelecer um padrão de posicionamentos judiciais e extrajudiciais, mas que vem atuando de forma atípica, imprevisível e alheia a sua função institucional.

Importa salientar que a Constituição Federal dividiu as funções de cada um dos Poderes da República ao longo do seu texto ao definir as suas funções típicas e atípicas. A título de exemplificação, o Poder Legislativo atua tipicamente ao legislar (art. 49, *caput*, da CF) e fiscalizar o Poder Executivo (art. 49, X, da CF), além de contar com atribuições

administrativas ao realizar concursos públicos e licitações para contratações de serviços de atividade meio (art. 52, XIII, da CF), como também possui prerrogativa jurisdicional ao deter competência de julgar autoridades por crimes de responsabilidade (art. 50, 51 e 52, da CF) e de abrir Comissões Parlamentares de Inquérito com função investigativa (art. 26, da CF). Já o Poder Executivo tem a função típica de administrar os recursos da União, Estados e Municípios e implementar políticas públicas, porém também se encontra legitimado a elaborar Medidas Provisórias com “força-de-lei” e a proferir decisões em processos administrativos em seu âmbito de atuação através dos processos administrativos. Por fim, o Poder Judiciário detém a atribuição primordial de interpretar e julgar casos através da subsunção de fatos às normas, também pode elaborar os Regimentos Internos dos Tribunais e realizar licitações e concursos, atuando assim de modo atípico.

Ademais, com o compromisso de solidificar a incidência dos direitos fundamentais, o Poder Judiciário herdou da Constituição de 1988 a prerrogativa de invalidar leis que pudessem ser contrárias aos ditames constitucionais, deixando de aplicar normas ou atos normativos dos demais Poderes que interpretasse como prejudiciais à Carta Magna. Nessa linha, o controle de constitucionalidade, a possibilidade de edição de súmulas vinculantes do STF e a unificação de jurisprudência dos Tribunais de instâncias inferiores ampliam o espectro de atuação do Poder Judiciário motivado pelo vácuo de poder deixado pelos demais Poderes da República, de sorte a se verificar a atuação atípica dos magistrados com regularidade. A atuação atípica do Poder Judiciário abre espaço para o exercício da parcialidade do órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro e reflete no processo que fortalecimento da tendência de decisões políticas do STF, que encontram explicação com a ascensão do ativismo judicial no cenário nacional.

Antes de avançar com a pauta, cumpre definir o ativismo judiciário. Esse fenômeno atende por dois aspectos bem distintos como o da “judicialização da política” que aborda os julgamentos das pretensões apresentadas aos magistrados pela ótica político-institucional com a transferência de poderes políticos ao Judiciário. Por outro lado, a “judicialização das relações sociais” traz uma abordagem suplementar que atrai para o judiciário a função de implementar políticas públicas e prestações sociais indevidamente negadas à população interessada em casos concretos postos a sua apreciação (CARVALHO; MARONA, 2010). Este segundo trata-se de um fenômeno jurídico em que o Poder Judiciário avoca a função de concretizador de políticas públicas e direitos e garantias fundamentais, sobretudo os direitos sociais em casos concretos, para suprir a lacuna de atuação dos poderes originariamente competentes para tanto. Sob esse aspecto, inegável que o protagonismo judicial nas prestações

sociais tem se revelado como um instrumento de combate ao conhecido descaso dos demais poderes constituídos na concreta efetivação de políticas públicas, sobretudo observado em tempos de crise política, como a experimentada atualmente pela pandemia do COVID-19.

O ativismo judicial representa a possibilidade de os julgadores manejarem a legislação existente de maneira criativa e interpretem as normas com a finalidade de dar o máximo de efetividade aos direitos fundamentais, o que tem por consequência a criação de novas hipóteses normativas nos casos concretos. A militância do Poder Judiciário brasileiro encontrou um espaço de crescimento na promoção da judicialização de direitos constitucionais que já poderiam ter sido implementados pelos poderes Legislativo e Executivo, caso eles não se omitissem na concretização dessas normas e criassem políticas públicas eficazes.

O vácuo de poder deixado pelos poderes Executivo e Legislativo, originariamente competentes para legislar e executar as políticas públicas, permite que as decisões do Judiciário extrapolem os seus limites de atuação típicos através da interpretação extensiva das normas, ao ponto de se imiscuírem no âmbito de atuação dos poderes competentes tanto na criação legislativa, como na realização daquelas prestações sociais. Para tanto, o Poder Judiciário tem imposto obrigações de dar, fazer e de pagar, sobretudo prestações sociais aos demais poderes da República, de modo a impor, inclusive, penalidades para forçar o cumprimento destas determinações (CAMPOS, 2004, p. 322).

Importante deixar evidente que o termo ativismo judicial surgiu nos Estados Unidos após a publicação do artigo de autoria do jornalista Arthur Schlesinger Júnior na Revista Fortune, no ano de 1947, que tem como título: “The Supreme Court: 1947”. O texto trazia uma divisão dos magistrados da Suprema Corte em duas modalidades: ativistas e de autocontenção. Os primeiros estariam focados em julgar sempre com o fim de efetivar a justiça social, enquanto os segundos primavam pelo apego à forma da lei, não se permitindo ir além dos limites da norma jurídica. O artigo elucida que o ativismo judicial americano estaria focado na implementação de políticas públicas.

Já em solo brasileiro, o ativismo se torna destaque com a promulgação da Constituição de 1988 e, sobretudo, com a Emenda Constitucional nº 45 de 2004, que ampliou os poderes do Poder Judiciário com a ampliação dos mecanismos do controle de constitucionalidade e a criação das súmulas vinculantes. Ambos servem como instrumentos constitucionais que podem inovar o ordenamento jurídico, sem interferência dos Poderes Legislativo e Executivo.

Antes de se tornar ministro do STF³, Luís Roberto Barroso (2011, p. 6) elaborou um conceito de ativismo judicial e trouxe exemplos de como a atuação proativa do Tribunal poderia ser justificada no caso concreto:

A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

Barroso (2011, p. 7) aponta que o objetivo do ativismo judicial se consubstancia, a princípio, na possibilidade de dar o máximo de efetividade ao texto constitucional, abreviando o rito legislativo e executivo no caso concreto, sempre com foco em atender às demandas sociais. Esclarece o atual ministro que a criação legislativa derivada do protagonismo judicial não se relaciona a um mau uso das prerrogativas do Poder Judiciário, uma vez que a atividade atípica se justificaria no caso concreto apresentado para acautelar a finalidade maior: concretizar direitos e garantias fundamentais. Por fim, a omissão legislativa e administrativa violaria mais o Estado Democrático de Direito que uma eventual inserção do Judiciário na criação de normas e implementação de políticas públicas (BARROSO, 2011, p. 16-17). A ocupação dos vácuos de poder gerados pelos demais Poderes da República alicerçada na concretização de direitos fundamentais da Constituição Federal através uma interpretação extensiva dos princípios e normas constitucionais, tem sido o padrão do discurso para a legitimação do ativismo judicial.

Importa salientar que não falta razão ao ministro quanto à crise institucional por que passam os Poderes Legislativo e Executivo, os quais tendem a se omitir em relação ao cumprimento dos deveres constitucionalmente definidos alusivos à implementação de direitos fundamentais básicos da população brasileira.

Nesse ponto, Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2016, p. 15) afirma que:

(...) o ativismo judicial não pode ser considerado aprioristicamente ilegítimo, pois isso depende dos diferentes fatores envolvidos e da dimensão decisória manifestada, de maneira que apenas a dimensão antidialógica, constituída por uma supremacia judicial e uma recusa a dialogar com os outros Poderes, deve ser tida como manifestação judicial ilegítima.

³ Luís Roberto Barroso tomou posse do cargo de ministro do Supremo Tribunal Federal em 26 de junho de 2013. (HAIDAR, 2013)

O intento originário da prolação de decisões com cunho ativista se consubstanciava em servir como meio de pressão à ação efetivadora concreta dos Poderes Executivo e Legislativo de políticas públicas, notadamente voltadas à população vulnerabilizada do Brasil. Sendo assim, o ministro entendia que a tendência ao casuísmo deveria ter sido invocada com prazo e finalidade determinados a dar concretude às pautas sociais na análise das situações da realidade.

Ademais, cite-se trecho do texto do atual ministro (BARROSO, 2011, p.19) oriundo de um tempo em que acreditava no ativismo judicial como um paliativo eficaz para a ausência de políticas públicas:

Uma nota final: o ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes.

O fenômeno do ativismo judicial deriva da chamada judicialização⁴ que representa a busca cada vez maior por essa concreção dos direitos sociais negados indevidamente na esmagadora maioria das vezes à população que encontra no Judiciário um aliado em situações de crise (BARROSO, 2011). Essa tendência foi acompanhada pelo fortalecimento do Poder Judiciário com a constitucionalização de órgãos de atendimento aos cidadãos carentes (Defensorias), do Ministério Público, além da tomada de consciência da condição de sujeitos de direitos e obrigações por boa parte dos brasileiros, após o processo de redemocratização. Para Luiz Werneck Viana (1999, p. 22), a perspectiva da judicialização das relações sociais representa a inserção da ingerência do órgão julgador nas aludidas políticas públicas, a exemplo da saúde, com o correspondente incremento na demanda por serviços judiciários.

Corroborando o exposto, afirma Felipe Albertini Nani Viaro (2015, p. 06-07):

A expressão ‘judicialização das relações sociais’ refere-se ao fenômeno da expansão do poder judicial no âmbito das relações socioeconômicas, caracterizado pelo aumento geral de regulação e pela incorporação dos métodos e estruturas tipicamente associadas ao Poder Judiciário no seio da vida privada e das organizações particulares, bem como pelo incremento da interferência ou da efetiva transferência, para o Poder Judiciário, de deliberações de questões particulares, como o aumento da demanda por serviços judiciários.

Embora este trabalho não foque na complexidade envolvida no protagonismo judicial, o ponto que se destaca neste momento se refere à forma como se manifestam estas

⁴ “Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão jurídica e social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo (...). Envolve uma transferência de poder para juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade.” (BARROSO, 2011, p. 7)

decisões ativistas, haja vista que não é possível, sob critérios jurídicos previamente determinados, constatar um padrão na produção dessas normas casuístas. Desse modo, possibilita-se que a decisão aponte em qualquer direção pretendida pelo julgador, sob a bandeira da efetividade dos direitos fundamentais. Assim, ao se analisar o conteúdo das decisões proativas emitidas pelo STF não se identifica uma linha ideológica ou doutrinária que possibilite qualquer previsibilidade do julgamento a ser proferido a seguir, o que fere a segurança jurídica essencial à atividade judicial (CAMPOS, 2014, p. 163).

Além do comprometimento à segurança jurídica, a grande crítica ao ativismo consiste na violação do princípio da separação dos poderes que não pode encontrar legitimação na omissão dos demais poderes em cumprir os seus deveres institucionais. Assim, o protagonismo do Poder Judiciário pode aprofundar a crise dos demais poderes democraticamente eleitos, de modo a comprometer em última medida a democracia. Todavia, para melhor entendimento dos temas dantes discutidos, importa concentrar a pesquisa na forma como o Supremo Tribunal Federal percorreu o caminho na construção de jurisprudência judicial e extrajudicial casuística, informal e imprevisível sob critérios jurídicos nos últimos dez anos.

Ao longo da última década, a Corte de cúpula do ordenamento jurídico nacional foi instada a se manifestar sobre temas de alta relevância para sociedade, ao firmar entendimentos vinculantes que supririam a ausência da elaboração de leis e criação de políticas públicas e atenderam a clamores sociais. A amplitude do conteúdo da norma constitucional permitiu que a judicialização da saúde despontasse como palco inaugural para o desenvolvimento de decisões ativistas pelo STF. O direito social à saúde se encontra definido na Constituição federal como direito de todos e dever do Estado com acesso universal e igualitário, nos termos do art. 196 da CF⁵. A ineficiência da administração pública em proporcionar acesso à saúde de qualidade a todos gerou um acúmulo de demandas individuais em todas as instâncias judiciais, de sorte a forçar a manifestação da Suprema Corte sobre os temas correlatos.

Nesse sentido, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45 (STF, 2004), julgada em 2004, representou um marco jurisprudencial histórico, a despeito de ter sido extinta ao final sem resolução do mérito. Esta foi umas das primeiras oportunidades em que o STF admitiu expressamente a intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas,

⁵ Art. 196 da CF: A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

como a saúde, quando visasse a sua concretização, a política pública estivesse prevista na Constituição Federal e houvesse, ao menos parcialmente, a omissão das instâncias governamentais.

A Corte Suprema passou a ser provocada a se pronunciar em temas polêmicos como o relativo à permissão de pesquisa em células tronco embrionárias (ADI nº 3.510, relatoria do Ministro Ayres Britto, julgamento em 29/5/2008) e à possibilidade de interrupção de gravidez em caso de fetos anencefálicos (ADPF nº 54, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 11/04/2012).

Concomitante ao julgamento de casos emblemáticos como os citados, as primeiras e segundas instâncias judiciais acumulavam procedências em pleitos relativos ao custeio de tratamentos medicamentosos contemplados pela Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME) do Sistema Único de Saúde (SUS) e cirurgias de emergência e eletivas, de modo a impor obrigações de dar e fazer aos entes da federação para que concedessem os tratamentos e cirurgias pleiteados.

A alta incidência de ações envolvendo o direito fundamental à saúde reverberou na provocação do STF para proferir entendimentos vinculantes sobre as diversas controvérsias geradas. Nesse sentido, pode-se citar a decisão da Corte em repercussão geral (tema nº 06) cujo *leading case* foi o Recurso Extraordinário nº 566.471 a qual foi admitida em 03/12/2007 e julgada em 01/09/2020 com relação ao estabelecimento do dever do Estado em fornecer medicamento de alto custo ao portador de doença grave hipossuficiente.

O Tema 500 de Repercussão Geral do STF abordou o custeio de medicamentos de alto custo, registrados na ANVISA, mas que não estivessem incorporados à política pública de dispensação gratuita do SUS. O *leading case* foi oriundo do Recurso Extraordinário nº 657718 originário do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, cuja repercussão geral foi admitida em 12/03/2012 com julgamento do mérito em 09/11/2020.

Esse julgado estabeleceu as condições para que o Estado arcasse com o tratamento prescrito que contemplasse medicamentos não registrados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária em caso de mora irrazoável da agência reguladora para a apreciação do pleito (prazo superior ao previsto na Lei nº 13.411/2016), quando preenchidos três requisitos: a existência de pedido de registro do medicamento no Brasil (salvo no caso de medicamentos órfãos para doenças raras e ultrarraras); a existência de registro do medicamento em renomadas agências de regulação no exterior; e a inexistência de substituto terapêutico com registro no Brasil.

Ao definir a imposição de ônus financeiro aos entes da federação, o STF passou a ser questionado em razão da competência para a assunção destas despesas extraordinárias. Assim, diante da repetição de julgamentos nas instâncias inferiores, o órgão de cúpula do Judiciário foi instado a declarar repercussão geral em 06/03/2015 sobre a questão por meio do Tema nº 793 de repercussão geral cujo *leading case* foi o Recurso Extraordinário nº 855178 (STF, 2020a). A decisão proferida no julgamento do mérito do Tema nº 793 do STF (16/04/2020) impôs a responsabilidade solidária em demandas por tratamentos médicos entre os entes federativos e possibilitou que a autoridade judicial direcionasse o cumprimento da decisão, conforme as regras de repartição de competências com a possibilidade de ressarcimento a quem suportou o ônus financeiro.

Embora a judicialização da saúde figure como terreno fértil à prolação de decisões ativistas, o STF também legisla no caso concreto quando se trata do Direito Penal. Importa salientar que a criação normativa em matéria penal conta com a restrição constitucional do princípio da reserva legal, de sorte que a Carta Magna, no art. 5º, XXXIX⁶ define que apenas a lei pode criminalizar ou descriminalizar determinada conduta. Assim, essa particularidade inerente à norma penal evidencia a ausência de competência do STF ao definir condutas penalizáveis pelo Direito Penal. Dessa forma, a atuação ativista em matéria penal configura uma dupla violação à Constituição, seja ao sistema de tripartição dos poderes, seja ao princípio da reserva legal.

O apego à formalidade da norma criminalizadora representa uma garantia ao cidadão submetido ao rito processual penal de que não terá a sua liberdade restrita sem que seja comprovado o cometimento de um crime previsto na legislação competente em respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Desta feita, o artigo 41 do Código Processual Penal⁷ assegura ao acusado que a denúncia contra ele formulada deva conter a exposição detalhada dos fatos criminosos a qual permite a identificação do acusado como o autor do delito com a descrição de todas as circunstâncias fundamentais, a fim de evitar que aquele sofra a persecução penal de forma injusta. Essa narração pode até ser sucinta, considerando que não se dispõe de todos os elementos probatórios nesta fase processual, todavia deve o acusador estabelecer a necessária vinculação da conduta individual de cada

⁶ Art. 5º, XXXIX, da CF - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

⁷ Art. 41. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.

agente aos eventos delituosos sob pena de se qualificar a denúncia como inepta⁸ e ser arquivada pelo órgão competente.

Nesse sentido, o STF decidiu ser insustentável a formulação de denúncia genérica, eis que a peça acusatória deve demonstrar o liame entre o acusado e a conduta a ele imputada, com o objetivo de que se torne possível o exercício do direito à ampla defesa no processo (STF, 2003). O entendimento da Corte não comporta exceções ainda que se trate de crime societário, em que não se exige a descrição pormenorizada da conduta de cada sócio, mas não se admite que se ofereça denúncia genérica (STF, 2012). Toda acusação penal deve ser provada pelo seu acusador de forma inequívoca. O sistema jurídico repele a condenação de determinado cidadão por um crime baseada a partir de meras conjecturas ou presunções desprovidas de provas contundentes seguidas pelo exercício do contraditório pelo acusado.

Cumpra esclarecer ainda que o STF editou a Súmula Vinculante nº 14⁹ em que se determina que, até mesmo na fase investigativa policial, deve o investigado ter garantido o contraditório e a ampla defesa, de modo que o advogado do mesmo deve ter acesso amplo aos elementos probatórios que já estejam documentados nos autos inquisitoriais. O enunciado esclarece que a permissão de acesso aos dados do inquérito por patrono constituído pelo investigado apenas abrange os elementos de prova que digam respeito ao investigado não atingindo informações relativas a terceiros (STF, 2009). Por óbvio, o fato de o entendimento ter sido consignado em súmula de natureza vinculante evidencia a importância para o Tribunal do respeito ao princípio do contraditório e ampla defesa.

Outro tema consolidado na jurisprudência da Corte Suprema se refere à necessidade de se respeitar a taxatividade das competências penais originárias do Supremo Tribunal Federal contida no art. 102 da CF¹⁰, inclusive no que toca à etapa investigatória.

⁸ Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando:

I - for manifestamente inepta;

⁹ Súmula Vinculante nº 14- Acesso de advogado ao inquérito policial

É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

¹⁰ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

I - processar e julgar, originariamente:

a) a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal ou estadual e a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal;

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;

c) nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade, os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, ressalvado o disposto no art. 52, I, os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente;

Assim, o Tribunal rejeita a assunção de competência criminal em casos que não envolvam os agentes públicos elencados no rol constitucional (STF, 2018a).

A Corte não admite a usurpação de competência penal originária para que se processem ou investiguem agentes públicos desprovidos do foro por prerrogativa de função no STF. A título de exemplificação, cite-se caso em que o Tribunal foi instado a se manifestar acerca de pedido de busca e apreensão a ser cumprido nas dependências de casas legislativas relativos a policiais legislativos. O STF decidiu que não dispunha de competência para julgar pedidos relativos à agente público desprovido de foro naquele Tribunal com base no art. 102 da CF. Esclareceu, ainda, que o fator de determinação de competência do STF não seria o critério espacial, ou seja, o local do exercício das funções dos citados agentes públicos. Assim, determinou que os policiais legislativos fossem investigados pelos juízes de primeira instância, eis que não se inserem no rol taxativo a legitimar a competência penal originária da Suprema Corte (STF, 2020b).

Devidamente esclarecidas as normas constitucionais penais com relação à competência penal, reserva legal e contraditório relativas à Suprema Corte, registre-se que, no que tange à fase instrutória penal, o STF, em certos momentos, adotou posturas garantistas em suas decisões.

A teoria garantista ganha relevo com Luigi Ferrajoli, por meio da sua obra *Direito e Razão* publicada em 1989. O autor sustenta que o garantismo propõe o reconhecimento de uma normatividade submetida à supremacia das Constituições, de modo a concretizar os direitos fundamentais e promover a limitação dos poderes para evitar a punição de inocentes (CALDAS, 2001, p. 136). Os poderes a que o autor se refere não se limitam aos estatais, como também contemplam os particulares na relação entre cidadãos em patamares sociais distintos.

O garantismo prevê uma dupla finalidade ao Direito Penal, quais sejam prevenir a violência entre os particulares, ao passo em que deve garantir a proteção do cidadão contra a violência que advém da punição arbitrária pelo Estado e pela sociedade. Frise-se que a teoria não rechaça a importância da finalidade preventiva clássica desse ramo do Direito, mas acrescenta que o Estado não pode violentar o condenado ou acusado ao privar-lhe de exercer a

d) o habeas corpus, sendo paciente qualquer das pessoas referidas nas alíneas anteriores; o mandado de segurança e o habeas data contra atos do Presidente da República, das Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, do Procurador-Geral da República e do próprio Supremo Tribunal Federal;

sua defesa de modo eficiente e nos termos da Constituição vigente (FERRAJOLI, 2010, p. 334).

Nessa linha, Ferrajoli (2010, p. 147) explica que a teoria garantista promove o controle da atuação dos Poderes constituídos com base nos ditames constitucionais, de sorte a garantir a ausência de discricionariedade no exercício das funções institucionais. Assim, à luz do paradigma constitucional rígido, haverá mácula ao princípio da separação dos Poderes, caso o Poder Judiciário invadisse o Legislativo ao criar normas no caso concreto podem criar normas.

Ferrajoli (2010, p. 147 e ss.) assim sintetiza:

Os juízes, com base em tal paradigma, não podem criar normas, o que implicaria uma invasão no campo da legislação, mas somente censurar a sua invalidade por violação à Constituição, anulando-as no âmbito da jurisdição constitucional, ou, então, desaplicando-as ou suscitando exceções de inconstitucionalidade no âmbito da jurisdição ordinária; em ambos os casos, intervindo, assim, não na esfera legítima, mas na esfera ilegítima da política. A legitimidade da jurisdição se funda, na verdade, a meu ver, sobre o caráter mais cognitivo possível da subsunção e da aplicação da lei, dependente por sua vez – bem mais do que pela formulação como regra – do grau de taxatividade e de determinação da linguagem legal; enquanto a indeterminação normativa e a consequente discricionariedade judicial são um fator de deslegitimação da atividade do juiz. O cognitivismo judiciário (*veritas non auctoritas facit iudicium*), mesmo como ideal regulativo, é, na verdade, a outra face do princípio da legalidade (*auctoritas non veritas facit legem*). É óbvio que a satisfação de um ideal similar é uma questão de grau, dependente do grau de determinação ou de estreita legalidade da linguagem legal. Mas, ao ultrapassar um certo grau de indeterminação, quando se converte em poder criativo ou de disposição, o Poder Judiciário perde qualquer legitimidade.

O autor afasta a sua teoria garantista de qualquer aproximação com o ativismo judicial ao explicar que este fenômeno decorre do enfraquecimento do caráter vinculante das normas constitucionais que permite a atuação do magistrado desconectada da Constituição, e, portanto, do modelo de garantias propugnado pela doutrina (FERRAJOLI, 2011, p. 109).

A título de exemplificação da aplicabilidade da teoria garantista pelo STF, esta pesquisa apresentará uma análise jurisprudencial em que a Corte oscilou entre momentos em que se volta a dar máxima efetividade aos direitos fundamentais e noutros a retirar-lhes a eficácia sem qualquer critério doutrinário e ideológico aparente.

Nessa linha, a Suprema Corte já reconheceu repercussão geral no tema 280 com relação à obtenção de provas mediante invasão de domicílio por policiais sem mandado de busca e apreensão¹¹. O tema nº 280, originário do RE nº 603.616 RG/RO, teve a repercussão

¹¹ No julgamento do Tema nº 280, o Supremo Tribunal Federal fixou a tese de que "a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, e de nulidade dos atos praticados"

geral reconhecida em 27/05/2010 e teve mérito julgado pelo ministro Gilmar Mendes em 10/05/2016.

A inviolabilidade de domicílio definida como direito fundamental pelo art. 5º, XI, da CF garante que a entrada forçada em domicílio desprovida de autorização judicial prévia se considera arbitrária. Outrossim, apenas a comprovação de emergência que justifique a configuração de flagrante delito poderá justificar a violação do domicílio do cidadão, sob pena de responsabilização penal, administrativa e civil do agente público violador. Saliente-se que a justificação da situação de flagrância deverá ser feita posteriormente à entrada em domicílio, de forma pormenorizada para fundamentar a excepcionalidade do caso.

Ademais, a proteção à incolumidade do acusado ou preso foi acautelada pelo STF através da edição da Súmula Vinculante nº 11¹² após decisão da Corte, publicada em 22/08/2008, em que o Plenário restringiu a possibilidade de se utilizar as algemas no preso a situações excepcionais, reconhecendo a aplicação de penalidades servidores públicos pelo abuso de poder. O enunciado prescreve que apenas se permite o uso de algemas, caso exista resistência do preso ou fundado receio de fuga ou perigo à integridade física própria ou de terceiros, circunstâncias que devem estar registradas por escrito, sob pena de responsabilização disciplinar, civil e penal da autoridade abusadora. A súmula tem como finalidade promover a proteção da dignidade da pessoa do preso e a sua incolumidade física e moral, de sorte a não submetê-lo a constrangimento desnecessário.

Semelhantemente, o Tribunal decidiu nas Arguições de Descumprimento de Preceitos Fundamentais (ADPFs) nº 395 e 444 (STF, 2018b) pela incompatibilidade com a Constituição Federal da condução coercitiva de investigados ou de réus para interrogatório, eis que representa restrição temporária da liberdade de locomoção mediante custódia por forças policiais, em vias públicas. A Corte entendeu que a condução coercitiva violava uma série de direitos e garantias constitucionais como o direito a não autoincriminação, na modalidade direito ao silêncio consistente na prerrogativa do acusado se negar a depor em investigações ou ações penais contra si movimentadas, sem que o silêncio fosse interpretado como admissão de responsabilidade, nos termos dos art. 5º, LXIII, combinado com os art. 1º, III; 5º, LIV, LV e LVII, todos da CF.

¹² Súmula Vinculante 11: Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado. (BRASIL. STF. Súmula Vinculante nº 11. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1220>)

Por fim, a decisão do STF com relação à prisão após condenação em segunda instância merece destaque maior nesta pesquisa, haja vista que evidencia como a Corte alterou o seu entendimento sobre o tema num lapso temporal de apenas três anos, de modo a alternar o seu posicionamento entre garantismo e punitivismo penais, a depender do caso e do condenado em apreço.

Em 2009, o STF firmou a jurisprudência no sentido de que a execução da pena após o julgamento em segunda instância representava violação ao princípio da presunção da inocência ao proferir decisão no pleito de Habeas Corpus nº 84.078¹³ por sete votos a quatro. O Supremo entendeu que o princípio da ampla defesa e do contraditório deveria alcançar todos os momentos processuais e recursais, de sorte que o recolhimento do réu à prisão antes do trânsito em julgado comprometeria a formulação de uma defesa justa, configurando cerceamento de defesa.

Contudo, em 17/02/2016, a Corte reuiu o seu entendimento quanto ao tema ao julgar o Habeas Corpus nº 126292¹⁴ ao admitir a prisão do réu após julgamento de eventual apelação em segunda instância sem que se considerasse maculada a garantia da presunção da inocência prevista no artigo 5º, inciso LVII¹⁵, da Constituição da República.

A justificativa dada por sete dos onze ministros da Corte se referiu ao alcance dado pelo princípio. Assim, antes de prolatada a sentença penal, devia prevalecer o benefício

¹³ BRASIL. STF. HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. (...) 6. 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 extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis 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 do STF não pode ser lograda a esse preço. (...) 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual Ordem concedida. (STF, 2010)

¹⁴ BRASIL. STF. CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. 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. 2. Habeas corpus denegado. (STF, 2016)

¹⁵ Artigo 5º, inciso LVII, da CF: Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

da dúvida em face do réu, o que reverbera sobre a instrução probatória, de sorte a serem acautelados todos os direitos e garantias processuais na distribuição do ônus probante. Contudo, após a condenação em primeira instância, o relator Teori Zavascki (STF, 2016, s/p) sustentou em seu voto que restaria superada a presunção de inocência por estabelecimento de um juízo de culpa, o qual se entende por essencial à condenação. Com o exercício do duplo grau de jurisdição, o tribunal de segunda instância voltaria a analisar os elementos do prova colhidos no processo em que houve condenação e poderia confirmar a decisão de piso. Dessa forma, a confirmação da condenação em duas instâncias judiciais enfraqueceria a presunção de inocência do réu do caso em análise, embora o ordenamento jurídico ainda garanta a revisão do julgado pelos Tribunais Superiores. Nesse ponto, o relator destacou que seria nas instâncias judiciais ordinárias o momento para o exame de fatos e provas, eis que os recursos de natureza extraordinária se prestam a apurar a legalidade ou constitucionalidade da legislação aplicada ao caso concreto.

Cite-se trecho esclarecedor do voto do ministro Teori Zavascki (STF, 2016) com relação ao argumento que fundamentou a alteração do entendimento quanto à execução da pena após condenação em segundo grau de jurisdição:

(...) Realmente, a execução da pena na pendência de recursos de natureza extraordinária não compromete o núcleo essencial do pressuposto da não-culpabilidade, na medida em que o acusado foi tratado como inocente no curso de todo o processo ordinário criminal, observados os direitos e as garantias a ele inerentes, bem como respeitadas as regras probatórias e o modelo acusatório atual. Não é incompatível com a garantia constitucional autorizar, a partir daí, ainda que cabíveis ou pendentes de julgamento de recursos extraordinários, a produção dos efeitos próprios da responsabilização criminal reconhecida pelas instâncias ordinárias.

Com a mudança de entendimento, a Corte adotou um posicionamento punitivista que condiciona o sucesso de um processo criminal à imposição de penas como a resposta adequada a todo o processo, independente do sacrifício dos direitos e garantias fundamentais.

A alteração do entendimento sofreu duras críticas da doutrina nacional e internacional as quais invocavam a literalidade do texto constitucional que prescreve que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença condenatória. A norma constitucional do art. 5º, LVII define expressamente o momento até quando deverá reverberar a presunção de inocência do réu: o trânsito em julgado da decisão condenatória o qual somente ocorre após o pronunciamento das cortes superiores.

O princípio da presunção de não culpa¹⁶ representa uma garantia de que o réu será tratado como inocente até que seja provada a sua culpa, após o pleno exercício do contraditório e ampla defesa durante a fase instrutória. Assim, o mandamento constitucional deverá ter o máximo de efetividade em todos os aspectos do rito processual, especialmente no que tange à carga probatória e às normas que regulamentam o tratamento do acusado, de sorte a afastar o caráter estigmático decorrente da persecução penal.

Segundo Ferrajoli (2012, p. 549), quando se chega ao ponto de a Justiça provocar medo nos cidadãos de que sofrerão arbitrariedade ao formularem a sua defesa em determinado processo judicial, tem-se que a jurisdição perdeu a sua legitimidade política. Desse modo, possibilita-se processo que pode levar ao autoritarismo, em que vigora a insegurança jurídica, o que pode anular a força normativo-política da Carta Magna de uma nação.

Destaque-se, por oportuno, que a Constituição Federal reconhece a validade das modalidades de prisão em flagrante, preventiva e temporária, uma vez cumpridos os seus requisitos autorizadores de incidência de cada uma das hipóteses citadas, nos exatos termos do artigo 5º, LXI, da CF¹⁷, artigos 301 e 311 do CPP e da Lei nº 7.960/1989 (lei de prisões temporárias).

Além da ausência de previsão constitucional, mencione-se o argumento do voto divergente do ministro Ricardo Lewandowski (STF, 2016, p. 97-98) de que a mudança do entendimento em apreço causou-lhe perplexidade por ter sido a decisão adotada após a Corte ter assentado que o sistema penitenciário brasileiro se encontrava falido por ocasião do julgamento da ADPF 347 e do RE 592.581. Com a possibilidade de se executar milhares de julgados após as condenações em segunda instância, o sistema prisional iria colapsar por não haver celas suficientes para acomodar a grande quantidade de condenados. Nesse ponto, o ministro destaca que o sistema penitenciário brasileiro já contava com uma das maiores populações carcerárias do mundo (aproximadamente 600 mil presos) e que a autorização para o encarceramento de pessoas antes do trânsito em julgado iria gerar um problema social e administrativo que o Judiciário não estaria levando em consideração.

¹⁶ Explica-se o uso do termo presunção de não culpa através das lições de Renato Brasileiro (2015, p.43-44): Comparando-se a forma como referido princípio foi previsto nos Tratados Internacionais e na Constituição Federal, percebe-se que, naqueles, costuma-se referir à presunção de inocência, ao passo que a Constituição Federal em momento algum utiliza a expressão inocente, dizendo, na verdade, que ninguém será considerado culpado. Por conta dessa diversidade terminológica, o preceito inserido na Carta Magna passou a ser denominado de presunção de não culpabilidade.

¹⁷ Artigo 5º, LXI, da CF: Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.

Cumpra salientar que a decisão do STF também ofendeu o Pacto de San José da Costa Rica, haja vista a previsão do art. 8º, I, do Tratado em que se atesta que: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa”. Assim, além de o Brasil ter incorporado o princípio da presunção da inocência com a Constituição Federal de 1988, o Decreto Legislativo nº 27 de 1992 já havia aderido às disposições do Pacto, de forma que o país conta com duas normas constitucionais dispondo sobre a garantia da presunção da não culpa, seja pela previsão expressa do art. 5º da CF, seja por força do art. 5º, § 2º da CF/88 que impõe a natureza de constitucional ao tratado internacional devidamente aprovado pelo país.

As críticas à alteração do entendimento do STF se estenderam com a apresentação das ADCs de nº 43, 44 e 54 ainda em 2016, respectivamente pelo Partido Ecológico Nacional (PEN) e o Conselho Federal da OAB em face do artigo 283 do CPP¹⁸ que condiciona a prisão ao trânsito em julgado. As duas ações continham medidas cautelares que pleiteavam a suspensão das prisões decretadas após decisão de segunda instância, porém não tiveram êxito.

O assunto foi revisitado quando realizado o julgamento do mérito das aludidas ADCs do STF¹⁹, o que poderia repercutir na liberdade do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, preso após confirmação da condenação em segundo grau (TRF 4, 2018c). Após votação acirrada de 6 ministros contra 5 realizada em 7 de novembro de 2019, a maioria decidiu pela constitucionalidade do art. 283 do CPP, de forma a afastar a prisão antes do trânsito em julgado de decisão condenatória.

Os seis ministros reprisaram os argumentos da anterior votação no sentido de enaltecer a importância do princípio da presunção de inocência durante todo o processo penal, sobretudo na instrução probatória, e serve de corolário ao exercício do direito ao contraditório e ampla defesa²⁰. Aventou-se também a literalidade do comando constitucional do artigo 5º,

¹⁸ Art. 283 do CPP. Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado.

¹⁹ PENA – EXECUÇÃO PROVISÓRIA – IMPOSSIBILIDADE – PRINCÍPIO DA NÃO CULPABILIDADE. Surge constitucional o artigo 283 do Código de Processo Penal, a condicionar o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, considerado o alcance da garantia versada no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, no que direciona a apurar para, selada a culpa em virtude de título precluso na via da recorribilidade, prender, em execução da sanção, a qual não admite forma provisória. (STF, 2020b)

²⁰ Trecho do voto do ministro relator Marco Aurélio de Melo: “O princípio da não culpabilidade é garantia vinculada, pela Lei Maior, à preclusão, de modo que a constitucionalidade do artigo 283 do Código de Processo Penal não comporta questionamentos. O preceito consiste em reprodução de cláusula pétrea cujo núcleo essencial nem mesmo o poder constituinte derivado está autorizado a restringir. A determinação constitucional não surge desprovida de fundamento. Coloca-se o trânsito em julgado como marco seguro para a severa

inciso LVII, da Constituição Federal e do artigo 283 do CPP o qual transpõe para legislação infraconstitucional o mandamento da Carta Magna²¹. Por fim, o ministro Celso de Mello apontou que não se pode invocar a impunidade como cartilha para evitar o acesso do cidadão aos recursos previstos em lei. Se existe a morosidade dos julgamentos dos sucessivos recursos, a questão deve ser resolvida pelo Legislativo ao sumarizar o rito recursal (STF, 2020c). Assim, o acesso às instâncias recursais extraordinárias permite que as Cortes Superiores cumpram suas funções de uniformizadores de jurisprudência e de interpretação da norma constitucional ou ordinária.

Diante do quadro acima descrito, indaga-se qual pode ter sido a razão para a alteração de jurisprudência de forma radical em um lapso temporal de apenas três anos. O ministro Alexandre de Moraes, que votou a favor da manutenção da possibilidade da prisão após o julgamento em segunda instância, citou em seu voto a constatação da existência de “populismo judicial” (STF, 2020c). O voto discorreu sobre a influência do “clamor das ruas” sobre o processo de tomada de decisão do Tribunal que teria cedido às pressões de “grupos de pressão majoritariamente barulhentos ou setores midiáticos ideologicamente engajados”, em contraponto ao compromisso institucional do STF.

Já o ministro Luís Roberto Barroso (STF, 2020d, p. 103) rebateu essa argumentação ao asseverar que o debate acerca da manutenção da execução provisória da decisão condenatória após confirmação em segunda instância não se relaciona à opinião pública. Barroso aponta que essa alegação visa desqualificar os defensores de tese contrária a sua. Ademais, apontou que a questão em discussão se associa à realização de justiça e de efetividade de direitos fundamentais cujo comando estaria claro na Carta Magna (STF, 2020d, p. 104).

Ressalte-se que, em 2016, votaram a favor do cumprimento da pena antes do trânsito em julgado os ministros Teori Zavascki (falecido), Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Cármen Lúcia, Luiz Fux, Dias Toffoli, e Gilmar Mendes. Já na decisão de 2019, os dois últimos alteraram os seus entendimentos e houve a substituição do Ministro Teori Zavascki por Alexandre de Moraes, em virtude do falecimento trágico de Zavascki.

limitação da liberdade, ante a possibilidade de reversão ou atenuação da condenação nas instâncias superiores. (STF, 2020d)

²¹Trecho do voto do ministro relator Marco Aurélio de Melo: “Atendem para a organicidade do Direito, levando em conta o teor do artigo 5º, inciso LVII, da Lei Maior – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. A literalidade do preceito não deixa margem a dúvidas: a culpa é pressuposto da sanção, e a constatação ocorre apenas com a preclusão maior”. (STF, 2020d)

Ao se analisar sinteticamente os dois votos dos ministros Dias Toffoli e Gilmar Mendes, tem-se que o voto de Toffoli pode gerar dúvidas relativas às motivações pessoais que o levaram a alterar o seu entendimento, já que o ministro foi indicado a ocupar a cadeira de ministro por indicação do ex-presidente Lula, que seria beneficiário direto da mudança de posicionamento da Corte²². O ministro era o Presidente do STF em 2019 e foi o último a votar, desempatando a sessão.

O ministro Toffoli citou o aumento do encarceramento no país após a alteração de entendimento da Corte em 2016 ao trazer dados estatísticos do Banco Nacional de Mandados de Prisão (BNMP). Em tais dados, constatou-se que a maioria das 845.545 pessoas privadas de sua liberdade está nessa situação sem trânsito em julgado das decisões condenatórias. Em seguida, o ministro se reportou ao objeto do julgamento relacionado à análise da constitucionalidade do art. 283 do CPP, o que representaria diferenciação entre o julgamento de 2019 e o de 2016. Apresentou também estatísticas em que se refutou o argumento da impunidade na protelação na apreciação dos recursos ao asseverar que 85% dos recursos providos no STF se originavam da acusação. Por fim, invoca a literalidade do texto infraconstitucional do art. 283 do CPP o qual exige o trânsito em julgado para recolhimento do cidadão à prisão, concluindo o seu voto.

Já o ministro Gilmar Mendes explicou sua mudança de posição com base na alteração do cenário da persecução penal no país (STF, 2020c, p. 293). Apontou que ilegalidades teriam sido cometidas em “operações midiáticas”, o que impunha a necessidade de se colocar limites à atuação do poder punitivo do Estado. No voto, o ministro Gilmar Mendes (2019, p. 293) assim constata:

(...) Desde que votei favoravelmente à execução provisória da pena, muito refleti sobre as consequências amplas de tal posicionamento e percebi que uma leitura tão destoante do texto expresso da Constituição Federal só acarretaria abertura de brechas para cada vez mais arbitrariedades por todo o sistema penal. E, sem dúvidas, isso reflete essencialmente naqueles que são, inevitavelmente, a clientela preferencial do Direito Penal. Por óbvio, precisamos adotar medidas para que todas as pessoas, ricas ou pobres, que cometam crimes graves sejam devidamente punidas. Contudo, não podemos esquecer que todas as medidas adotadas para expandir o Direito Penal incidiram forte e diretamente nessa clientela preferencial. Isso é, infelizmente, inevitável.

Gilmar Mendes sustentou ser necessária a adoção de linha garantista após o aumento do encarceramento dos pobres em decorrência da autorização em recolher à prisão antes do trânsito em julgado. Apontou que o crescimento da população carcerária evidencia a adoção de um Direito Penal simbólico, essencialmente preocupado em distribuir punições.

²²Informação extraída do site: <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2019/11/07/voto-toffoli-stf-segunda-instancia.htm>

Em seu voto, reiterou os fundamentos jurídicos apontados pelos demais ministros como a evidência do texto legal e constitucional acerca da temática, a natureza de cláusula pétrea do princípio da presunção da inocência, além de argumentar que se o problema é a morosidade no julgamento dos recursos, a solução não poderia passar pela reinterpretação a Constituição.

A ênfase dada ao tema da prisão em segunda instância tem a finalidade de demonstrar a ausência de critério jurídico nas oscilações nos entendimentos da Suprema Corte. A discussão em torno da possibilidade de impor a execução provisória da pena de restrição à liberdade antes do trânsito em julgado de decisão condenatória entre os anos de 2016 e 2019 evidencia que a Corte em nada alterou os fundamentos jurídicos apresentados. Houve alteração significativa do contexto fático, de modo que se pode destacar a possibilidade de colocar em liberdade um ex-presidente preso com base no entendimento anterior.

Se essa foi a motivação central, não há como este trabalho comprovar, porém as citações nos votos da pressão midiática foram contundentes e reiteradas, de sorte a indiciar que influências externas ao ordenamento jurídico teriam sido exercidas em face dos guardiões da Constituição. A Corte oscilou entre entendimentos punitivistas e garantistas ao se utilizar da manipulação do discurso de proteção ao duplo grau de jurisdição e à presunção da inocência, respectivamente. A discussão acerca do alcance do princípio pode ser alterada conforme a direção em que o ministro tendeu a seguir, podendo encontrar limites no trânsito em julgado da decisão condenatória ou no julgamento em segunda instância.

Para finalizar com os exemplos na seara penal, vale citar a imersão do STF na atividade legislativa, quando criminalizou recentemente a homofobia como crime de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional previstos na Lei 7.716/89²³. O caso foi discutido na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26 e no Mandado de Injunção nº 4.733, por maioria de 8 votos a 3 em 13 de junho de 2019, em que se reconheceu a omissão do Congresso Nacional para incriminar atos atentatórios a direitos fundamentais dos integrantes da comunidade LGBTI+. A ADO 26 objetivava a declaração da omissão do Congresso Nacional em não votar projeto de lei que criminaliza atos de homofobia, e, por conseguinte, impor o dever de elaborar a lei penal

²³ A norma prevê:

Art. 1º Serão punidos, na forma desta lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

Pena: reclusão de um a três anos e multa

quanto ao tema; já o MI nº 4733 pleiteava a interpretação extensiva do conceito de racismo descrito na Lei nº 7.716/89 para abranger a discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero, além de reconhecer a mora do Congresso Nacional, semelhantemente a ADO 26.

Em que pese a ampliação da proteção para a minoria LGBT, rechaça-se a intromissão da Suprema Corte na elaboração de norma penal incriminadora cuja competência deve ser exercida pelo Congresso Nacional. O princípio da reserva legal não admite exceções, sobretudo quando a consequência do enquadramento da conduta como crime inafiançável e imprescritível.

O ministro Alexandre de Moraes (STF, 2020e) traz em seu voto a insuficiência de medidas protetivas aos direitos e liberdades fundamentais contra as vítimas da homofobia e a transfobia, além de listar o aumento da violência e abusos contra a população LGBTI+ como fundamento a justificar a excepcionalidade da intervenção do Supremo.

Os ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli não acataram a extensão da interpretação do conceito de racismo contido na Lei nº 7.716/89 para abranger a homofobia e transfobia, sob o argumento de que a ampliação da interpretação dos dispositivos da citada lei feririam os princípios da reserva legal, analogia em matéria penal e taxatividade, a despeito de terem reconhecido a mora legislativa e a necessidade urgente de o Congresso se manifestar sobre o tema. O ministro Marco Aurélio acrescentou à argumentação dos demais votos vencidos que a interpretação extensiva do tipo penal de racismo também viola a separação dos poderes²⁴, além de julgar improcedente o pleito também com relação à omissão legislativa quanto à criminalização específica da homofobia e da transfobia.

Como consequência do julgamento da ADO 26 e do MI 4733, o STF afrontou as regras de competência constitucional para legislar em matéria criminal, como também o princípio da reserva legal para tipificação de condutas constante do artigo 5º, XXXIX, da CF com a equiparação da homotransfobia ao racismo para fins penais. Nessa oportunidade, a Suprema Corte contraria sua própria jurisprudência consolidada no sentido de que apenas a lei pode criar condutas tipificadas pelo Direito Penal como no RHC 121.835 PE de relatoria do ministro Celso de Mello²⁵ (que votou pela procedência da ADO nº 26).

²⁴ Segue trecho do voto do Ministro Marco Aurélio: “Percebam a independência e a harmonia dos Poderes da República – Legislativo, Executivo e Judiciário, e nessa ordem estão no artigo 2º da Lei das leis –, a pressupor que cada qual atue na área que lhe é reservada constitucionalmente. Cumpre observar a tríplex reserva institucional, sob pena de não se alcançar patamar civilizatório aceitável.” (STF, 2020c)

²⁵ E M E N T A: RECURSO ORDINÁRIO EM “HABEAS CORPUS” - LAVAGEM DE DINHEIRO - ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA - INFRAÇÃO PENAL ANTECEDENTE - QUADRILHA (ATUALMENTE DESIGNADA “ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA”) - CONDUTAS PRATICADAS ENTRE 1998 E 1999, MOMENTO QUE PRECEDEU A EDIÇÃO DA LEI Nº 12.683/2012 E DA LEI Nº 12.850/2013 -

Interessante notar o uso do argumento do encarceramento em desfavor do agressor no julgamento da ADO nº 26 e MI nº 4733 e pelas ADC 43, 44 E 45 os quais foram proferidos pelo STF no mesmo ano de 2019. No caso da criminalização da homofobia como crime de racismo, utiliza-se da lógica do punitivismo prisional para repelir a prática violenta e discriminatória em face da comunidade LGBTI+. Enquanto no julgamento da prisão em segunda instância, o encarceramento excessivo representa um óbice para a manutenção da jurisprudência que autorizava a execução provisória da pena de restrição de liberdade. Assim, no primeiro caso, o STF prefere criminalizar condutas e prender eventuais agressores em um tipo penal criado por analogia in *malam partem*, ao passo em que, no segundo, a superlotação passa a ser um argumento considerável a afastar o encarceramento de réus condenado em segunda instância.

O nível do casuísmo praticado pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro chega ao ponto de se usar a face punitivista e garantista do mesmo argumento para justificar posicionamentos diferentes. A Corte mobiliza o seu discurso conforme o interesse que se pretenda defender no momento e ignora outros preceitos constitucionais as quais deve reverência, de modo a desvirtuar o seu papel institucional de guarda da Constituição. Ao assim agir, o STF compromete a tripartição constitucional dos poderes e, em última medida, o próprio Estado Democrático de Direito.

1.2) A atuação do STF no Inquérito nº 4781

O Inquérito nº 4781 representa o ápice da tendência ao casuísmo observada nos últimos anos na prática judicial e extrajudicial do STF, razão pela qual ganha o centro de

IMPOSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL DE SUPRIR-SE A AUSÊNCIA DE TIPIFICAÇÃO DO DELITO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA, COMO INFRAÇÃO PENAL ANTECEDENTE, PELA INVOCACÃO DA CONVENÇÃO DE PALERMO - INCIDÊNCIA, NO CASO, DO POSTULADO DA RESERVA CONSTITUCIONAL ABSOLUTA DE LEI EM SENTIDO FORMAL (CF, art. 5º, inciso XXXIX)- DOCTRINA - PRECEDENTES - INADMISSIBILIDADE, DE OUTRO LADO, DE CONSIDERAR-SE O CRIME DE FORMAÇÃO DE QUADRILHA COMO EQUIPARÁVEL AO DELITO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA PARA EFEITO DE REPRESSÃO ESTATAL AO CRIME DE LAVAGEM DE DINHEIRO COMETIDO ANTES DO ADVENTO DA LEI Nº 12.683/2012 E DA LEI Nº 12.850/2013 - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. - Em matéria penal, prevalece o dogma da reserva constitucional de lei em sentido formal, pois a Constituição da República somente admite a lei interna como única fonte formal e direta de regras de direito penal, a significar, portanto, que as cláusulas de tipificação e de cominação penais, para efeito de repressão estatal, subsumem-se ao âmbito das normas domésticas de direito penal incriminador, regendo-se, em consequência, pelo postulado da reserva de Parlamento. Doutrina. Precedentes (STF) - As convenções internacionais, como a Convenção de Palermo, não se qualificam, constitucionalmente, como fonte formal direta legitimadora da regulação normativa concernente à tipificação de crimes e à cominação de sanções penais. (STF, 2015)

análise deste estudo pelas particularidades destacadas desde a instauração do procedimento investigativo pela Suprema Corte.

Inicialmente, cumpre trazer um breve histórico do contexto de abertura do Inquérito nº 4781 do STF. O procedimento foi instaurado de ofício pelo ministro presidente do STF Dias Toffoli por meio da Portaria GP nº 69 em 14 de março de 2019, em sigilo absoluto, com fundamento no art. 43 do Regimento Interno do STF, com relatoria designada ao ministro Alexandre de Moraes. O objetivo da investigação consistia em apurar supostas notícias fraudulentas (*fake news*), denúncias caluniosas e ameaças que atingiriam a honorabilidade e a segurança dos membros do STF e de seus familiares.

Em 11 de abril de 2019, na edição número 50 da *Revista Eletrônica Crusoé*, foi publicada uma reportagem intitulada “O amigo do amigo de meu pai” (COUTINHO; RANGEL, 2019), que tinha como subtítulo: “Em documento a que Crusoé teve acesso, o empreiteiro Marcelo Odebrecht revela à Lava Jato o codinome usado para se referir a Dias Toffoli na empreiteira”. Assim, a redação obteve contato com o “termo de esclarecimentos do colaborador da Justiça Marcelo Odebrecht” protocolado na Justiça Federal do Paraná em que Marcelo Odebrecht indicava o ministro Dias Toffoli como a pessoa referenciada pela alcunha de “o amigo do amigo de meu pai”. Dois dias depois de divulgada a matéria (STF, 2019a), o ministro Alexandre de Moraes expediu ordem cautelar que determinava que a reportagem fosse retirada de circulação, sob pena de imposição de multa R\$ 100.000,00 por dia no bojo do Inquérito nº 4.781, como também determinou a inquirição dos jornalistas responsáveis pela publicação pela Polícia Federal em até 72 horas.

Em 12 de abril de 2019, o ministro relator determinou o imediato bloqueio das contas de sete cidadãos brasileiros no Facebook, Instagram, Twitter e WhatsApp, em razão de terem postado comentários *online* considerados ofensivos à reputação da Corte com objetivo de promover a subversão da ordem. Na mesma decisão, Alexandre de Moraes determinou a busca e apreensão dos telefones celulares, *tablets* e *notebooks* encontrados nos endereços indicados na decisão que possam estar relacionados à disseminação das *fake news* (STF, 2019b).

Ademais, importa destacar que, no dia seguinte a sua instauração, o procedimento investigatório foi questionado pela Procuradora Geral da República (PGR), à época, Raquel Dodge com pedido de manifestação do ministro relator, quanto ao objeto específico do inquérito, em homenagem ao sistema acusatório de matriz constitucional.

O pleito da PGR restou ignorado pelo ministro relator e foi sucedido por pedido de arquivamento nº 519/2019- LJ/PGR²⁶ em 16 de abril de 2019. O pedido de arquivamento apontou que a instauração do procedimento investigatório por órgão julgador macularia as garantias do juiz natural, proibição de Tribunais de Exceção e comprometeria a estrutura do sistema acusatório como um todo. Enfatizou, ainda, a titularidade da ação penal por parte do órgão do Ministério Público, a PGR, nos termos do art. 129 da CF. A PGR, ainda, apontou como ilegalidades a designação específica do ministro relator para condução das investigações levadas a efeito pelo Inquérito nº 4781, em confronto com o art. 66 do Regimento do STF, além de o procedimento estar genérico na fixação de seu objeto, de modo a tornar ainda mais temerária a sua condução por órgão julgador. Asseverou, por fim, que a competência para a atuação do STF se encontra definida pelo foro dos investigados e não o foro das supostas vítimas dos atos investigados. Isso significa que a competência do STF não estaria fixada no caso pelo fato de se considerarem vítimas de algum ato delituoso, haja vista a impossibilidade de se acumular a função de investigador e julgador no mesmo órgão. Assim sendo, evidencia-se a lógica do sistema acusatório no pedido de arquivamento do inquérito em comento pela PGR, de modo a sustentar que os fatos supostamente delituosos deveriam ter sido noticiados oficialmente ao órgão acusador, a fim de se dar início legítimo à persecução penal.

Outrossim, o pleito pelo arquivamento foi negado pelo ministro relator Alexandre de Moraes em 16 de abril de 2019 (STF, 2019c) por sustentar estar o objeto da investigação devidamente delimitado. Sem se aprofundar nas alegações da PGR de que a persecução investigatória pelo órgão julgador comprometia a impessoalidade, o ministro relator apenas rechaçou o pleito pelo arquivamento por entender haver o respaldo legal para a competência de polícia judiciária no mencionado art. 43 do Regimento Interno do STF.

Nesse ínterim, o partido político Rede Sustentabilidade adentrou com Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) em 23 de março de 2019²⁷ em que se pleiteava a declaração de inconstitucionalidade da Portaria GP nº 69, de 14 de março de 2019, que fundamentou a abertura do Inquérito nº 4781 com base no art. 43 do Regimento Interno do STF.

²⁶ Inteiro teor do pedido de arquivamento 519/2019- LJ/PGR no site: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/INQ4781.pdf>

²⁷ Trecho da decisão do STF na ADPF nº 572: “A arguição de descumprimento de preceito fundamental tem por objetivo evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público, sendo certo que, nos termos do art. 4º, § 1º, da Lei 9.882/99, “não será admitida ADPF quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade.” (STF, 2020f)

Semelhantemente aos frustrados esforços da PGR, a ADPF 572²⁸ foi julgada improcedente pela Suprema Corte em 18 de junho de 2020. Por 10 votos a 1²⁹, o STF declarou a constitucionalidade da Portaria GP nº 69/2019, por considerar as específicas circunstâncias de fato envolvidas no cenário de abertura do Inquérito como justificantes da acumulação da competência investigatória da Corte com base no artigo 43 do RISTF às demais funções do Tribunal.

A inicial da ADPF nº 572 apontou que o procedimento investigativo, desde a sua gênese, coleciona surpresas no tocante a subversão à lógica do sistema penal acusatório e de toda a doutrina e jurisprudência dominantes acerca dos temas relativos à exigência de imparcialidade, juiz natural e proibição aos Tribunais de Exceção para o exercício da jurisdição, especialmente, a constitucional.

O primeiro questionamento feito na ação se reportou ao fundamento legal de abertura do Inquérito nº 4781: o art. 43 do Regimento Interno do STF. A fim de tornar didática a explanação, transcrever-se-á o dispositivo legal:

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.

Evidencia-se que a norma se encontra em total descompasso com o ordenamento jurídico brasileiro, especialmente com o sistema acusatório, haja vista atribuir competência de polícia judiciária à Suprema Corte o que levaria a se questionar, a princípio, até a sua recepção pela Constituição Federal de 1988. Isso porque o Regimento Interno do STF data de 1970, ou seja, anterior à promulgação da Constituição Cidadã de 1988. Mais que isso, o Regimento do STF foi editado durante o Regime Militar brasileiro, quando ainda o sistema inquisitivo vigorava como regra na persecução penal, espelhando, pois, ideais ditatoriais e autoritários daquele momento histórico. Desta forma, o art. 43 do regimento interno do STF não deveria sequer ter sido recepcionado pelo novel ordenamento constitucional editado sob as lentes da democracia. Até a decisão da ADPF nº 572, destaque-se que não existia nenhuma decisão do STF sobre a não recepção do artigo 43 do Regimento Interno, de modo que a norma estava com sua aplicabilidade incólume dentro ordenamento jurídico. Esse deslize do

²⁸ Inteiro teor da inicial da ADPF nº 572 disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/rede-adpf-inquerito-ameacas-ministros.pdf>

²⁹ Voto dissidente proferido pelo Ministro Marco Aurélio: “Prossegue versando a instauração de ofício do inquérito e abordando problemática ligada – para mim, seriíssima, porque escolhido a dedo, não aceitaria essa relatoria – ao Relator do inquérito, sem observância do sistema democrático da distribuição. Presidente, estamos diante de inquérito natimorto. Ante as chegadas verificadas, depois de instaurado, diria mesmo de inquérito do fim do mundo, sem limites!.” (STF, 2020g)

jurista brasileiro em contestar a recepção do artigo 43 do Regimento Interno pela novel constituição custou muito caro à coesão do sistema acusatório, avesso à cumulação de funções de investigador e julgador em um mesmo órgão, no caso, o STF, o guardião da Constituição Federal de 1988. Por oportuno, o ministro Marco Aurélio, em seu voto vencido, entendeu que, como a Constituição Federal aderiu ao sistema acusatório, esse artigo 43 do RISTF não foi recepcionado (STF, 2020g)³⁰.

Ademais, ainda que fosse possível entender pela recepção do dispositivo, este não teve sequer o seu comando legal respeitado na abertura do mencionado inquérito, eis que condicionava a abertura do procedimento investigatório ao fato de a suposta infração penal ter ocorrido nas dependências do Tribunal. O dispositivo foi regulamentado pela Resolução nº 564/2015 do Supremo que estabeleceu o âmbito de aplicação do art. 43, o qual se limitaria à atuação como polícia judiciária para garantir a sua independência, caso alguma infração ocorresse dentro na sede ou dependências do STF para que se garantisse a ordem dos trabalhos dentro da Corte.

Nesse ponto, o ministro relator da ADPF 572 Edson Fachin³¹, em seu voto, traz uma explicação fantasiosa acerca da adequação do art. 43 do RISTF, ao dispor que, em se tratando de crimes contra a honorabilidade e ameaças contra membros e familiares do STF ocorridos em ambiente virtual, consideram-se estes como consumados dentro da sede do Tribunal. O ministro enfatizou o caráter difuso dos crimes cometidos por meio da Internet, em que a escala mundial foi reconhecida legalmente pelo art. 2º, I, da Lei n. 12.965/2014, de forma que se admite a ampliação do conceito da sede do Tribunal em razão de o STF ter jurisdição em todo território nacional (CF, art. 92, §2º).

Acrescentou o ministro Edson Fachin que o art. 43 do Regimento Interno contempla regra excepcional que confere ao Judiciário a prerrogativa investigativa de modo atípico e condiciona o seu exercício legítimo à submissão a rigor na condução das investigações, em respeito aos ditames da proporcionalidade e razoabilidade, de forma a garantir o respeito à tripartição dos poderes instituídos. O ministro suscitou a utilização da prerrogativa anômala

³⁰ “(...)Empolgou-se no ato, na Portaria editada, o artigo 43 do Regimento Interno do Tribunal. Acontece que, havendo a Constituição Federal de 1988 consagrado o sistema acusatório, esse artigo não foi recepcionado, tendo, inclusive, parágrafo polivalente, próprio ao sistema inquisitivo e que estaria a autorizar a instauração do inquérito, ainda que não ocorrido o crime no âmbito do Supremo.” (STF, 2020g)

³¹ Vide trecho da decisão: “No entanto, o caráter difuso dos crimes cometidos por meio da Internet, cuja escala mundial foi reconhecida legalmente (art. 2º, I, da Lei n. 12.965/2014), permite estender o conceito da sede do Tribunal, uma vez que o STF exerce sua jurisdição “em todo território nacional (CF, art. 92, §2º)”, como, aliás, evidenciou a necessidade contingencial decorrente da pandemia. Logo, os crimes objeto do inquérito – crimes contra a honra e, portanto, formais – cometidos no ambiente virtual, podem ser considerados como cometidos na “sede ou dependência do Tribunal.” (STF, 2020f)

apenas como um instrumento de defesa da própria Constituição, haja vista que os órgãos primariamente competentes teriam se omitido ou restado inertes ante a ciência dos fatos delituosos³². Nesse particular, a Suprema Corte sustenta que a PGR teria se omitido na análise das denúncias apresentadas, como que fosse possível justificar o poder polícia do órgão julgador pela inércia do poder competente para investigar os fatos supostamente delituosos.

Ainda nessa linha, chama-se a atenção ao argumento justificante da competência anômala investigativa arguida pelo STF: a defesa do compromisso institucional com a ordem constitucional aviltada nas ofensas e ameaças supostamente sofridas pela Suprema Corte e objeto da investigação do Inquérito nº 4781.

Em seu voto vencedor, o ministro Edson Fachin citou ideias nobres como a defesa da ordem democrática, posicionando-se avesso às práticas abusivas de sede ditatorial, mas ignorou que a atuação do Tribunal afrontava a interpretação sistêmica constitucional e a democracia defendida. Aduziu, ainda, que o preceito regimental não dispensava a participação e supervisão necessária do *Parquet* durante as investigações, como também garantiu os direitos e garantias fundamentais dos acusados, sobretudo na condução de diligências limitadoras de direitos fundamentais como a de busca e apreensão.

O voto dissidente do Ministro Marco Aurélio (2020) demonstra perplexidade em relação à argumentação de seus colegas. Ao atestar a importância do respeito ao sistema acusatório, afirmou que os inquéritos devem ser instaurados pela autoridade policial. Atestou, ainda, que a suposta vítima não detém legitimidade para instaurar inquérito, conduzir as investigações e, por fim, julgar a demanda judicial. Por sua vez, o sistema acusatório (CABIALE, 1996, p. 18 e 19) designa um processo de partes bem definidas com notórias delimitações entre os papéis de acusar e julgar, de forma a salientar que a formação do convencimento do magistrado dependeria de iniciativa das partes. Assim sendo, o juiz consegue manter a sua imparcialidade, uma vez que estaria imune de eventuais influências da investigação e passivo em relação à instrução probatória (LOPES Jr., 2020, p. 94). O sistema acusatório se revela como decorrência da própria repartição de competências constitucional relativa a cada órgão componente do Poder Judiciário, como também pela designação da titularidade da ação penal ao Ministério Público, nos termos do art. 129, I, da CF³³. Não fossem suficientes as disposições constitucionais acerca do tema, tem-se que, finalmente, a

³² Vide trecho da decisão: “A defesa institucional que pode legitimar o artigo 43 em pauta tem cabimento restrito às hipóteses de inércia ou omissão de atuação própria do Ministério Público ou mesmo da polícia judiciária, e se limita a bens jurídicos institucionais.” (STF, 2020f)

³³ Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

legislação processual penal expressou formalmente a adoção do sistema acusatório por meio do art. 3º-A, incluído pela Lei 13.964/2019.

Esclarecidos os pontos preliminares quanto à competência do STF e à mácula ao sistema acusatório, pontue-se que não foram apenas os fundamentos legais da abertura do inquérito dignos de críticas, mas, principalmente, a condução das investigações pelo Supremo. No curso do inquérito, diversas medidas cautelares foram deferidas para realizar reiteradas diligências de busca e apreensão determinadas pelo STF, posteriormente julgadas pelo mesmo STF. Como exemplo, as realizadas nos dias 15 de abril de 2019 (determinou-se à revista Crusoé e ao site O Antagonista que retirassem do ar textos que associam, indevidamente, o presidente do STF, ministro Dias Toffoli, à Odebrecht) e as do dia 27 de maio de 2020.

A busca e apreensão ocorrida em 27 de maio de 2020 (STF, 2019d) teve o objetivo de apreender computadores, *tablets*, celulares e outros dispositivos eletrônicos, bem como de quaisquer outros materiais relacionados à disseminação das aludidas mensagens ofensivas e ameaçadoras em face de, ao menos, 29 pessoas sem a participação, supervisão ou anuência prévia do órgão de persecução penal. Após a realização das diligências, os investigados adentraram com pedidos de *habeas corpus* para acessar o Inquérito com fulcro na Súmula Vinculante nº 14, haja vista o caráter sigiloso do procedimento³⁴.

Pontue-se que não haveria nenhuma justificativa plausível a se manter o Inquérito em sigilo absoluto em relação aos investigados, ao ponto de que seus advogados tivessem de impetrar *habeas corpus* para acessar as informações coletadas e formular a defesa. Destaca-se que o fato de o Inquérito ser sigiloso já indicia uma motivação alheia à jurídica por parte do Tribunal com relação aos objetivos das investigações, de modo a gerar desconfiança quanto à legitimidade do procedimento.

Em virtude de tais diligências policiais terem ocorrido sem a participação e controle da PGR, as ações realizadas se caracterizam por arbitrárias, haja vista que foram analisadas pelo mesmo órgão que as ordenou, em comprometimento total da imparcialidade, em um juízo de exceção do STF.

Ainda, a indeterminação dos destinatários da investigação levada a efeito pelo Supremo sequer permitia identificar quaisquer dos supostos acusados como os dotados de prerrogativa de foro, à luz do citado artigo 102 da CF. A delimitação clara do objeto da investigação criminal decorre da garantia do devido processo legal, com o fito de proceder ao

³⁴ HCs 170329, 170330, 170263, 170328, 170336, 170401, 170271, 170274, 170285 e 182388, todos de relatoria do Ministro Edson Fachin, em que foi demonstrada a inexistência de qualquer ilegalidade ou descumprimento da SV 14 do STF (STF, 2020f).

controle externo da atividade policial, definir juiz competente, bem como para assegurar o respeito ao contraditório e ampla defesa.

Em suma, o STF inova na interpretação constitucional sistêmica que tanto defende em sua jurisprudência consolidada para sustentar a admissibilidade do Inquérito com fundamento regimental no art. 43 do Regimento Interno. Enaltece o sistema acusatório, ao mesmo em que o descredita, ao propor uma versão híbrida do mesmo, em que se permite a cumulação das funções de julgador e investigador na mesma figura.

A despeito de todas as contradições e desencontros com a doutrina jurisprudência e até dos ditames constitucionais, o Inquérito foi declarado constitucional, apenas admitindo algumas adequações como a maior participação do Ministério Público, como também retirando o sigilo para permitir o acesso aos autos pelos advogados dos investigados, nos termos da Súmula Vinculante nº 14 do STF.

Por oportuno, registre-se a íntegra do dispositivo do voto do ministro Fachin resumindo a posição do STF (2020f), de modo a se abrir a discussão para o ativismo judiciário:

(...)Ante o exposto, nos limites desse processo, diante de incitamento ao fechamento do STF, de ameaça de morte ou de prisão de seus membros, de apregoada desobediência a decisões judiciais, julgo totalmente improcedente o pedido nos termos expressos em que foi formulado ao final da petição inicial, para declarar a constitucionalidade da Portaria GP n.º 69/2019 enquanto constitucional o artigo 43 do RISTF, nas específicas e próprias circunstâncias de fato com esse ato exclusivamente envolvidas.

Declarada a constitucionalidade do Inquérito, as investigações tiveram desdobramentos importantes como a expedição de duas ordens de prisão em relação a dois parlamentares, quais sejam, Daniel Silveira e Roberto Jefferson.

O deputado federal Daniel Silveira divulgou vídeo³⁵ em que atacou os membros do STF por meio de ameaças e ofensas à honra, instigando violência contra os ministros, além de propagar práticas antidemocráticas como a retomada do Ato Institucional nº 5. O ministro relator do Inquérito Alexandre de Moraes decretou a ordem de prisão em 16 de fevereiro de 2021, como também determinou a intimação da rede social YouTube para o imediato bloqueio da disponibilização do vídeo, sob pena de imposição de multa diária de R\$ 100.000,00 (cem mil reais). Após apresentado o Habeas Corpus pela defesa do deputado, o Plenário do STF decidiu converter a prisão em domiciliar com a imposição do uso de tornozeleira eletrônica ao parlamentar em decisão de 14 de março de 2021 (STF, 2021a).

³⁵ O vídeo em comento estava disponibilizado através do link: <https://youtu.be/jMfInDBItog>, no canal do youtube denominado “Política Play”.

O deputado teve a prisão restabelecida em 24 de junho de 2021 depois de pedido do procurador-geral da República, Augusto Aras, em razão de reiteradas violações às regras do monitoramento eletrônico e do não pagamento da fiança a ele estabelecida (STF, 2021b). Daniel Silveira também está sujeito processo disciplinar no Conselho de Ética da Câmara dos Deputados, que pode ter como consequência a cassação do deputado (PSL-RJ) em razão da veiculação do vídeo (MARTINS, 2021).

Ante os fatos narrados, evidencia-se que as condutas do parlamentar podem ser consideradas questionáveis e, até mesmo, ilegais, porém a Constituição apenas permite a prisão de um parlamentar em caso flagrante de crime inafiançável, segundo o art. 53, §2º³⁶. Alexandre de Moraes justificou a decretação da prisão em flagrante na suposta continuidade delitiva em razão do prolongamento da disponibilização do vídeo ao longo do tempo até o momento em que a decisão foi prolatada.

Outro alvo das investigações do inquérito das *fake news* foi o ex-deputado federal Roberto Jefferson. Em 13 de agosto de 2021 (STF, 2021c), Alexandre de Moraes decretou a prisão preventiva em face do ex-parlamentar em que teria atacado integrantes de instituições públicas como o STF e a Câmara dos Deputados. Além disso, o político teria descreditado todo o processo eleitoral brasileiro, ao colocar suspeitas quanto à legalidade da votação por meio da urna eletrônica. A decisão respondeu a pleito da Polícia Federal, em razão da suposta participação do político em milícias digitais, as quais seriam autoras da disseminação de ataques e ofensas aos ministros da Corte e as instituições. Roberto Jefferson teve o pedido de conversão da prisão em domiciliar negado (STF, 2021d). Contudo, se encontra internado em unidade hospitalar até o momento da defesa deste trabalho para tratamento de saúde, após o qual voltará a ser recolhido à prisão (GIMENEZ, 2021).

Inobstante os fatos imputados ao investigado sejam graves, não se revelam como suficientes a atender aos requisitos do art. 312 do CPP e os da CF para a decretação da prisão preventiva. O artigo 312 do Código de Processo Penal condiciona a prisão preventiva para garantir a ordem pública, a ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado. Falta à decisão do ministro Alexandre de Moraes a indicação de que a permanência de Jefferson em liberdade colocaria em risco a sociedade e a instrução processual, uma vez que a decisão apenas

³⁶ § 2º Desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável. Nesse caso, os autos serão remetidos dentro de vinte e quatro horas à Casa respectiva, para que, pelo voto da maioria de seus membros, resolva sobre a prisão.

sustenta haver indícios de autoria dos delitos e não comprova a existência de *periculum libertatis*³⁷. O recolhimento ao cárcere se consubstancia como medida extrema e apenas pode ser aventada, quando comprovados nos autos o atendimento a todos os requisitos legais.

Por fim, a mais importante repercussão das investigações consistiu na inclusão do atual presidente da República, Jair Bolsonaro, como investigado no Inquérito nº 4781 do STF. O relator do Inquérito, o ministro Alexandre de Moraes, acolheu a notícia crime apresentada pelo Tribunal Superior Eleitoral (TSE) em 04 de agosto de 2021 sob o fundamento de que o chefe de estado teria feito apologia ao voto impresso³⁸ e questionava o resultado das eleições eletrônicas cuja fiscalização cabe ao TSE. Ademais, o presidente teria se posicionado de forma “criminosa e atentatória às instituições” em pronunciamento na rede social YouTube no dia 29 de julho de 2021 e feito acusações aos ministros da Corte Suprema de que teriam a intenção de fraudar as próximas eleições. As condutas do Presidente noticiadas configuravam, em tese, os crimes previstos nos arts. 138 (calúnia), 139 (difamação), 140 (injúria), 286 (incitação ao crime), 287 (apologia ao crime ou criminoso), 288 (associação criminosa), 339 (denúncia caluniosa), todos do Código Penal, bem como os delitos previstos nos arts. 17, 22, I, e 23, I, da Lei de Segurança Nacional (Lei 7.170/83) e o previsto no arts. 326-A da Lei 4.737/65 (Código Eleitoral).

Em seguida, o Presidente Bolsonaro impetrou a ADPF nº 877³⁹ na qual alegou a não recepção do artigo 43 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, pleito que já foi apreciado na ADPF 572. O ministro Edson Fachin argumentou que não caberia a ADPF no caso para rediscutir a recepção de norma pré-constitucional, eis que a compatibilidade da norma com a CF já teria sido apreciada pela Corte. Assim, o STF julgou extinta a ADPF

³⁷ (...) Na presente hipótese, conforme demonstrado, patente a necessidade de garantia da ordem pública e conveniência da instrução criminal, pois presentes o *fumus commissi delicti* e *periculum libertatis*, inequivocamente demonstrados nos autos os fortes indícios de materialidade e autoria dos crimes previstos nos artigos 138 (calúnia), 139 (difamação), 140 (injúria), 286 (incitação ao crime), 287 (apologia ao crime ou criminoso), 288 (associação criminosa), 339 (denúncia caluniosa), todos do Código Penal, bem como os delitos previstos no artigo 20, § 2º, da Lei 7.716/89; e 2º da Lei 12.850/13; nos artigos. 17, 22, I, e 23, I, da Lei de Segurança Nacional (Lei 7.170/83) e o previsto no artigo 326-A da Lei 4.737/65 (Código Eleitoral)" (STF, 2021c)

³⁸ “O pronunciamento do Presidente da República, JAIR MESSIAS BOLSONARO, se revelou como mais uma das ocasiões em que o mandatário se posicionou de forma, em tese, criminosa e atentatória às Instituições, em especial o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – imputando aos seus Ministros a intenção de fraudar as eleições para favorecer eventual candidato – e o TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL –, no contexto da realização das eleições previstas para o ano de 2022, sustentando, sem quaisquer indícios, que o voto eletrônico é fraudado e não auditável, como, exemplificativamente, é possível verificar em sua live divulgada em seu canal do Youtube (link: <https://www.youtube.com/watch?v=sE3OAVpHY>), no dia 29/7/2021”. (STF, 2021e)

³⁹ Inteiro teor da petição inicial disponível no endereço: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=756864673&prcID=6240492#>

proposta pelo Presidente por entender que a mesma consistia em formulação de defesa a eventuais lesões individuais e concretas que deveriam ser objeto de impugnação pela via processual adequada (STF, 2021f).

Tudo que envolveu a abertura do Inquérito nº 4781 pelo STF, desde a fundamentação legal utilizada, os argumentos jurídicos apresentados na declaração de constitucionalidade do mesmo, a condução das investigações, as medidas cautelares decretadas, as prisões dos parlamentares supostamente infratores até a inserção do Presidente da República no rol de investigados corrobora para o entendimento de que a Suprema Corte teria se afastado dos interesses institucionais constitucionalmente previstos, sobretudo quando se avalia a jurisprudência e entendimentos esposados nos últimos dez anos.

Como já visto, o acórdão prolatado na ADPF 572 foi praticamente unânime em decidir pela constitucionalidade de um inquérito aberto de ofício pelo STF, com o fito de investigar notícias falsas e ameaças destinadas aos seus membros, que serão posteriormente julgadas por eles. O referido inquérito padece de vícios insuperáveis a começar pela base legal da competência reconhecidamente anômala de natureza regimental, consubstanciada no art. 43 do Regimento Interno do STF. Esse dispositivo sequer deveria ter sido recepcionado pela novel constituição por refletir auspícios inquisitoriais, especialmente relacionados ao Direito Processual Penal.

O item anterior deste capítulo colaciona jurisprudência que não admite a utilização de argumento regimental para legitimar a abertura de um procedimento investigatório no âmbito do Tribunal. O entendimento da Corte sempre se direcionou no sentido de não permitir que o STF exorbitasse de sua competência constitucional. Todavia, isso foi ignorado para que as investigações seguissem seu curso conforme pretendido.

A Corte abusa da retórica jurídica para enobrecer suas decisões em apelo aos ideais democráticos e da integridade e honorabilidade da Suprema Corte, assim como o faz com sua base principiológica com a intenção de moldar suas decisões conforme o interesse político e social demandarem. O STF distorce a sua função de guarda da constituição e usa dos princípios e direitos fundamentais para criar novos direitos e deveres a outrem, como se legislador fosse.

Outro ponto conflitante com os entendimentos judiciais e extrajudiciais do Tribunal diz respeito à impossibilidade de se formular denúncia genérica como se evidencia no Inquérito nº 4781. A amplitude da descrição do seu objeto feita pelo ministro Alexandre de Moraes (STF, 2020f) em seu voto permitiu que a investigação (ainda em curso) abarcasse todos os que se insurjam contra o STF em nítida violação às garantias constitucionais:

O objeto deste inquérito é investigação de notícias fraudulentas (fake news), falsas comunicações de crimes, denúncias caluniosas, ameaças e demais infrações revestidas de animus caluniandi, diffamandi ou injuriandi, que atingem a honorabilidade e a segurança do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, de seus membros; bem como de seus familiares, quando houver relação com a dignidade dos Ministros, inclusive o vazamento de informações e documentos sigilosos, com o intuito de atribuir e/ou insinuar a prática de atos ilícitos por membros da Suprema Corte, por parte daqueles que têm o dever legal de preservar o sigilo; e a verificação da existência de esquemas de financiamento e divulgação em massa nas redes sociais, com o intuito de lesar ou expor a perigo de lesão a independência do Poder Judiciário e o Estado de Direito.

A ausência de explicação clara dos elementos que indiciem a autoria se revela em desacordo com todo o entendimento do STF com relação à matéria e à disciplina expressa do artigo 41 do CPP⁴⁰, de sorte a comprometer o direito ao contraditório e a ampla defesa e a fulminar a peça acusatória de inépcia, consoante o art. 395 do CPP. O exercício do contraditório deve ser amplo de forma a se permitir o acesso aos elementos de prova formulados em desfavor aos investigados, nos termos da Súmula Vinculante nº 14. O fato de o Inquérito ser sigiloso dificulta o acesso dos advogados dos investigados às provas produzidas, o que macula o contraditório e ampla defesa. Inclusive, esse foi um dos pontos que foram revistos na decisão pela constitucionalidade do Inquérito na ADPF nº 572, tanto que consta do dispositivo que a Súmula Vinculante nº 14 seja integralmente observada.

O ministro Marco Aurélio (STF, 2020f, p. 5) ainda aponta mais um erro grave, que se consubstancia na possibilidade de indicação direta do relator do Inquérito, o que fere as regras de distribuição dos processos e procedimentos, de modo a macular ainda mais a imparcialidade dos investigadores/julgadores. O art. 66 e seguintes do Regimento Interno do STF trazem as regras de distribuição de processos e procedimentos do Tribunal, que foram afastadas por interpretação ampliativa do art. 43 que aduz que o Presidente poderia instaurar um inquérito ou delegar esta atribuição a outro Ministro. Assim, o fato de poder delegar a atribuição de instauração do Inquérito permitiria, segundo voto do relator Edson Fachin⁴¹, por exemplo, que fosse feita a designação do relator do procedimento sem que se comprometesse a imparcialidade.

⁴⁰ Art. 41 do CPP: A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.

⁴¹ Trecho do voto de Edson Fachin na decisão da ADPF 572: “Examinando a matéria, concluo que a delegação, nestes termos, pode afastar a distribuição por sorteio, por conseguinte, a distribuição de modo aleatório entre todos os Ministros do Tribunal. Em casos tais, embora legítimas as duas vias (delegação por designação e distribuição via sorteio), a regra do art. 43 não prevê a distribuição ou a redistribuição entre todos os Ministros. Não se tem dúvidas que a livre distribuição é mais coerente e mais consentânea com o processo no Estado de Direito democrático, apta a evitar o que pode ser arguido na delegação por designação, vale dizer, sejam suscitadas ofensas à imparcialidade, ao juiz natural e a outros preceitos constitucionais.” (STF, 2020f)

Por fim, as medidas cautelares de busca e apreensão e as prisões decretadas também se encontram em descompasso com o arcabouço jurisprudencial e legal defendido pela Corte, sobretudo nos últimos dez anos. O desrespeito aos limites legais no curso das medidas de busca e apreensão e a ausência de acesso amplo à prova produzida despontam como características que comprometem a lisura das investigações decorrentes do Inquérito nº 4781.

Importa pontuar que o STF alega que a PGR teria se omitido em apurar as denúncias a ele apresentadas, sendo a tomada de decisão pela investigação com fundamento regimental uma opção motivada pelo descaso do órgão titular da ação penal. O Ministério Público também coleciona uma série de críticas a sua parcialidade na condução de diversas investigações, a exemplo da espetacularização da “Operação Lava Jato”. Outrossim, a incapacidade de uma instituição em cumprir suas funções não pode servir de pretexto para o cometimento de outras arbitrariedades sob pena de se sacrificar um bem maior: a integridade da Suprema Corte.

Em uma democracia, existe uma estrutura de poderes que atua em harmonia em seu benefício, sempre tendo em vista que o titular único desse poder original é o povo, segundo o art. 1º, parágrafo único da Carta Magna. Precisa-se trazer à memória que os poderes da República foram constituídos pelo povo e a ele devem representar. Caso essa representação não esteja a contento, deve a nação chamar para si a responsabilidade e impugnar o exercício inconstitucional do poder delegado.

Não se pode olvidar que os Poderes da República nada são, além do que meros representantes do povo, de modo que apenas dispõem de legitimidade para exercer o poder democrático que lhe foi delegado pela nação brasileira, nos exatos moldes desta repartição constitucional de competências.

CAPÍTULO 2: BIOPOLÍTICA, “PODER SOBERANO” E O “ESTADO DE EXCEÇÃO” NA VISÃO DE GIORGIO AGAMBEN E MICHEL FOUCAULT

Este capítulo trará o aporte teórico necessário à compreensão do comportamento casuísta do STF à luz da biopolítica com ênfase nos conceitos relacionados à atuação da Corte Suprema nos casos apresentados acima com base na teoria originariamente desenvolvida por Michel Foucault e aprofundada por Giorgio Agamben. Para tanto, apresenta-se a teoria biopolítica de Michel Foucault através da definição dada pelo autor das formas de exercício do mecanismo de gestão da vida em sociedade por parte do poder constituído e da construção do conceito de “dispositivo” foucaultiano. Posteriormente, a pesquisa exporá o aprofundamento do biopoder realizado por Giorgio Agamben através do estudo das

categorizações relacionadas com o objeto de análise como “paradoxo da soberania”, “relação de inclusão-exclusão”, “estado de exceção”, “*imperium*” e “força-de-lei”.

2.1) Biopolítica como mecanismo de exercício do poder

Michel Foucault dedicou boa parte de suas obras ao estudo do poder. Em “Microfísica do poder” (FOUCAULT, 2013), o autor concebeu o poder como algo relacional e que opera de forma difusa na sociedade. O núcleo social, por sua vez, divide-se em grupamentos em que essas relações de poder se manifestam, como escola, família, hospitais, prisões, dentre outros, de modo a se revelar num conjunto de forças multilaterais. Assim, a compreensão do poder constituído perpassa pela consideração das pequenas relações de dominação existentes em uma população. O autor denominou de genealogia do poder o método de abordagem que leva em consideração a prática social ao longo da história para enxergar o que inspirava as relações de poder entre os indivíduos (FOUCAULT, 2013, p. 55).

Foucault (2013, p. 10) assim define o seu método genealógico:

Queria ver como estes problemas de constituição podiam ser resolvidos no interior de uma trama histórica, em vez de remetê-los a um sujeito constituinte. E preciso se livrar do sujeito constituinte, livrar-se do próprio sujeito, isto é, chegar a uma análise que possa dar conta da constituição do sujeito na trama histórica. E isto que eu chamaria de genealogia, isto é, uma forma de história que dê conta da constituição dos saberes, dos discursos, dos domínios de objeto, etc., sem ter que se referir a um sujeito, seja ele transcendente com relação ao campo de acontecimentos, seja perseguindo sua identidade vazia ao longo da história.

A partir da análise histórico-analítica, a concepção de poder de Foucault pretendia superar a ideia tradicional de que o poder estaria circunscrito às relações entre dominador e dominado concentrado em um soberano onisciente, como definido na lógica do Estado Absolutista em face da sociedade civil. Ao contrário, as relações de força se revelam de forma diversa nos diferentes arranjos sociais e se modificam com o curso dos anos.

A obra “Em defesa da sociedade” consiste em um compilado das aulas ministradas por Foucault no Collège de France em 1976 e explicou a teoria da soberania em que se fundava o estudo do poder. A aula de 17 de março de 1976 definiu que as relações de poder do Estado Absolutista do século XVIII como pautadas na soberania jurídico-política. Esta soberania se manifestava na legitimidade do poder do rei de tirar vidas de seus súditos, de sorte que aqueles devem ao soberano “o direito de estar vivo ou o direito, eventualmente, de estar morto” (FOUCAULT, 2005, p. 286). O exercício do poder sobre a vida e sobre a morte autorizada o soberano a dispor da vida de seus súditos para defender o território da nação, assim como para aplicar-lhes castigos ou executa-los caso desobedecessem aos

comandos do rei. Desse modo, Foucault (2005, p. 287) concluiu que o direito do soberano sobre a morte de seus súditos era imediato, já o sobre a vida, não, eis que o soberano apenas agia em direção a vida daqueles por poder matá-los. Assim, “o direito de soberania é, portanto, o de fazer morrer ou de deixar viver” (FOUCAULT, 2005, p. 287).

Os suplícios⁴² consistiam em uma maneira de punir até o fim do século XVIII, através dos castigos corporais que o soberano poderia impor ao súdito como expressão de poder sobre a morte (FOUCAULT, 1999, p. 36). Os supliciados deveriam sofrer as punições de forma pública como se fosse um espetáculo para a sociedade em que a pena infligida ao súdito deveria ser proporcional ao crime praticado. O cometimento de um delito representava uma afronta ao “poder soberano”, de modo que o suplício objetivava restaurar a confiança no poder do rei que teria sido mitigada com a afronta do réu que cometeu o crime. Assim, o suplício figurava como uma vingança do desprezo do réu em face da autoridade do soberano (FOUCAULT, 1999, p. 66) e “não restabelecia a justiça; reativava o poder” (FOUCAULT, 1999, p. 67).

Foucault (1999, p. 67) explicou a função do suplício:

O suplício tem então uma função jurídico-política. É um cerimonial para reconstituir a soberania lesada por um instante. Ele a restaura manifestando-a em todo o seu brilho. A execução pública, por rápida e cotidiana que seja, se insere em toda a série dos grandes rituais do poder eclipsado e restaurado (coroação, entrada do rei numa cidade conquistada, submissão dos súditos revoltados): por cima do crime que desprezou o soberano, ela exhibe aos olhos de todos uma força invencível. Sua finalidade é menos de estabelecer um equilíbrio que de fazer funcionar, até um extremo, a dissimetria entre o súdito que ousou violar a lei e o soberano todopoderoso que faz valer sua força.

A era dos suplícios recorrentes foi substituída de forma paulatina por outra forma de expressão de poder sobre os corpos, denominada de disciplina. A punição espetaculizada passou a ser questionada pela população (FOUCAULT, 1999, p. 78), eis que a recorrência dos suplícios representava a ineficiência do poder do soberano no controle da criminalidade, ao passo em que o castigo público se assemelhava ao próprio delito punido ou podia ser até pior, o que gerava simpatia da sociedade com supliciado (FOUCAULT, 1999, p. 94). No final do século XVIII, uma nova estratégia de exercício do poder de castigar se formou com o objetivo de fazer da punição e da repressão uma função coextensiva à sociedade com a inserção da ideia de punição no seio da sociedade (1999, p. 102).

Assim, nos suplícios, a relação de soberania incidia sobre a totalidade do corpo social nos termos da relação soberano-súdito. Contudo, no começo do século XIX, o direito

⁴² Foucault (1999, p. 36) assim definiu suplício: Que é um suplício? Pena corporal, dolorosa, mais ou menos atroz [dizia Jaucourt]; e acrescentava: é um fenômeno inexplicável a extensão da imaginação dos homens para a barbárie e a crueldade.

de soberania cedeu espaço às tecnologias de poder focadas na gestão da vida, ou seja, as que faziam viver e deixavam morrer. Essa mudança se deveu à alteração do contexto histórico com a ascensão da burguesia e a criação do Estado Moderno. Posteriormente, a Revolução Industrial gerou demandas sociais que demonstravam que interessava mais ao poder manter o cidadão vivo, produtivo e controlado do que apenas deter o poder de eliminá-lo (FOUCAULT, 2005, p. 291) .

A assunção da vida pelo poder ou estatização do biológico (FOUCAULT, 2005, p. 286) se desenvolveu em duas técnicas, sendo uma voltada à disciplinarização dos corpos e outra a populações inteiras. Foucault definiu as disciplinas ou a anatomo-política, como a tecnologia de poder centrada no âmbito individual. Os corpos individuais passaram a ser vigiados, treinados e, eventualmente, punidos pelo poder constituído, na medida em se utilizam de técnicas focadas em aperfeiçoar o rendimento do trabalho dos indivíduos e na ocupação espacial do território pelos mesmos, por meio da utilização dos conhecimentos científicos desenvolvidos nesse período (FOUCAULT, 2005, p. 287).

Foucault esclareceu que as disciplinas não representavam uma tecnologia de poder inteiramente nova, eis que historicamente as características de domínio sobre os corpos individuais podiam ser constatadas nos mosteiros. Os mosteiros são um exemplo de modelo de dominação que adotava os preceitos do sistema disciplinar. O autor difere as disciplinas da escravidão, por exemplo, em que a “relação de dominação constante, global, maciça, não analítica, ilimitada e estabelecida sob a forma da vontade singular do patrão, seu capricho” (FOUCAULT, 1999, p. 135). A sujeição dos corpos operada pelas disciplinas se realiza de forma minuciosa, centrada no controle dos corpos através do uso de conhecimentos científicos específicos, como a medicina, de forma a atender aos objetivos de domesticar e tornar os corpos úteis aos objetivos do poder dominante (FOUCAULT, 2005, p. 288). O mecanismo de controle disciplinar promovia a distribuição espacial dos corpos individuais e os colocava em vigilância constante do poder constituído para que a finalidade de atingir a docilidade e utilidade desses indivíduos seja alcançada (FOUCAULT, 2005, p. 289).

Sobre as disciplinas, Foucault (1999, p. 164) apontava que:

O corpo humano entra numa maquinaria de poder que o esquadriha, o desarticula e o recompõe. Uma “anatomia política”, que é também igualmente uma “mecânica do poder”, está nascendo; ela define como se pode ter domínio sobre o corpo dos outros, não simplesmente para que façam o que se quer, mas para que operem como se quer, com as técnicas, segundo a rapidez e a eficácia que se determina.

O corpo humano passava a ser visto como uma máquina que precisava ser dominada com a finalidade de aumentar a força econômica do corpo e, ao mesmo tempo,

reduzir sua força política (CASTRO, 2009, p.112). A anátomo-política do corpo humano constitui uma rede de relações entre elementos heterogêneos que envolvem o manejo de conhecimentos diversos como os relativos à medicina, ao direito, à geografia, dentre outros, com vistas à produção de indivíduos politicamente dóceis e economicamente rentáveis. Os mecanismos de poder podem se alterar conforme os objetivos pretendidos e podem suscitar a combinação de novas técnicas e conjuntos de conhecimentos para se adaptar o controle exercido às novas exigências. Pode-se citar como exemplo a integração de diversos conhecimentos científicos como a medicina com o saneamento básico com o fim de se criar um ambiente mais saudável aos trabalhadores para evitar que adoecessem (FOUCAULT, 2005, p. 290).

Na segunda metade do século XVIII, desenvolve-se a biopolítica das populações que se dirige ao controle da vida humana enquanto espécie. Foucault (2008, p. 3) desenvolve o conceito de biopolítica como:

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 do poder.

Essa tecnologia de poder recorre aos conhecimentos de controle de natalidade, fecundidade, mortalidade e longevidade das populações inspirada pelas crises econômicas e políticas da segunda metade do século XVII (FOUCAULT, 2005, p. 290). Os governos passam a se preocupar em promover tratamentos médicos aos cidadãos, bem como saneamento básico, em razão do risco da escassez da mão-de-obra pela doença. No século XIX, com a industrialização, a população começa a envelhecer, de sorte a se levar em conta aquele sujeito que não contribui economicamente na sociedade. Nesse momento, desenvolvem-se mecanismos mais sutis de controle de populações, como seguridade e poupanças individuais e coletivas.

A biopolítica se revela numa tecnologia de poder que se preocupa em criar mecanismos de controle de populações inteiras através de conhecimentos estatísticos junto de processos como a proporção dos nascimentos e óbitos, a taxa de fecundidade de forma a se avaliar a longevidade da comunidade (FOUCAULT, 2005, p. 290).

Foucault (2005, p. 302) entende que os mecanismos biopolíticos se integram aos disciplinares, de modo a gerar a sociedade de normalização. De um lado, o poder cria aparatos estatais capazes de controlar comunidades, de outro, pode-se citar as técnicas disciplinares, consistentes em saberes dirigidos ao domínio dos sujeitos de forma individualizada.

Essa breve introdução aos ensinamentos de Foucault sobre a biopolítica serve para compreender a evolução das tecnologias de poder. O pioneirismo do autor francês inspirou o estudo de Giorgio Agamben sobre a temática do biopoder a qual foi aprofundada com o desenvolvimento do projeto *Homo Sacer*. Esse estudo examina os dois primeiros volumes: *Homo Sacer: o poder soberano e a vida nua* (2007) e *estado de exceção* (2004).

Agamben resgata o conceito foucaultiano de biopoder, aprofundando-o, de modo a acrescentar aos cálculos de poder dos governantes não apenas a vida humana, como também uma espécie humana à míngua da sociedade, a que denomina de “vida nua”. A falta de uma análise quanto às vidas nuas na obra de Foucault representa um limite à sua teoria da biopolítica, eis que desconsidera a zona de intersecção entre o modelo jurídico-institucional e o modelo biopolítico do poder. Segundo o autor italiano (AGAMBEN, 2007, p. 14), embora Foucault constate os mecanismos de biopoder em sua obra, não estuda a quem esse poder se dirige e como ele pode ser articulado, ou seja, desconsidera a implicação da vida nua no centro de suas decisões:

É evidente que estas duas linhas (que dão continuidade, de resto, a duas tendências presentes desde o início no trabalho de Foucault) se entrelaçam em vários pontos e remetem a um centro comum ponto em que estes dois aspectos do poder convergem permaneceu, todavia, singularmente à sombra na pesquisa de Foucault, tanto que se pôde afirmar que ele teria constantemente se recusado a elaborar uma teoria unitária do poder. Se Foucault contesta a abordagem tradicional do problema do poder, baseada exclusivamente em modelos jurídicos ("o que legitima o poder?") ou em modelos institucionais ("o que é o Estado?"), e sugere "liberar-se do privilégio teórico da soberania" (Foucault, 1976, p. 80), para construir uma analítica do poder que não tome mais como modelo e como código o direito, onde está, então, no corpo do poder, a zona de indiferenciação (ou, ao menos, o ponto de intersecção) em que técnicas de individualização e procedimentos totalizantes se tocam? E, mais genericamente, existe um centro unitário no qual o "duplo vínculo" político encontra sua razão de ser? Que exista um aspecto subjetivo na gênese do poder já estaria implícito no conceito de *servitude volontaire* em La Boétie; mas qual é o ponto em que a servidão voluntária dos indivíduos comunica com o poder objetivo? É possível, em um âmbito tão decisivo, contentar-se com explicações psicológicas, como aquela, ainda que não desprovida de sugestões, que estabelece um paralelismo entre neuroses externas e neuroses internas? E diante de fenômenos como o poder midiático espetacular, que está hoje por toda parte transformando o espaço político, é legítimo ou até mesmo possível manter distintas tecnologias subjetivas e técnicas políticas? Se bem que a existência de uma tal orientação pareça logicamente implícita nas pesquisas de Foucault, esta permanece um ponto cego no campo visual, que o olho do pesquisador não pode perceber, ou então algo como um ponto de fuga que se afasta ao infinito, em direção ao qual as diversas linhas perspectivas de sua investigação (e, mais em geral, de toda reflexão ocidental sobre o poder) convergem sem jamais poder atingi-lo.

Agamben também não ignora as contribuições de Hannah Arendt com relação ao estudo da condição humana nos campos de concentração tomada pelo domínio do regime totalitário. Todavia, semelhantemente à Foucault, Agamben (2007, p. 112-113) constata a ausência de perspectiva biopolítica na obra arendtiana, haja vista que a autora não teria

buscado o fundamento originário para a legitimação da dominação total dos corpos pelo nazismo que teria sido justamente o processo de criação das vidas nuas.

A proposta de Agamben se refere à superação da análise dos mecanismos de controle sobre os corpos humanos apenas sob a perspectiva político-jurídica, reinterpretando os institutos jurídicos à luz da biopolítica. Para tanto, deve-se considerar a existência de grupos humanos desprovidos de proteção jurídica que ocupam uma zona cinzenta dentro da estrutura jurídica clássica. Tratam-se das vidas nuas que constituem na primeira categorização agambeniana importante a este trabalho.

Para compreender a vida nua, Agamben (2007, p. 12) retoma a ideia Aristóteles de *zoé* e *bíos* da obra *Ética a Nicômaco* (1991). Referem-se à dois vocábulos gregos que conjuntamente definem o sentido da palavra *vida*. Por *zoé*, entende-se por uma existência meramente biológica, comum a todos os seres vivos, enquanto *bios* se refere por uma vida politicamente qualificada, ou seja, seria o cidadão politizado que ocupa as *polis* (cidades) gregas. Essa separação da vida em dois conceitos distintos revela que o poder constituído pode articular mecanismos de domínio diversos voltados a cada um desses dois grupos. Aristóteles, portanto, já enunciava que a politização da *zoé* poderia integrar as decisões dos poderosos da Grécia Antiga.

Inspirado pelo pensamento aristotélico, Agamben (2007, p. 14) destaca como ponto crucial para o desenvolvimento da biopolítica a compreensão do espaço ocupado pelas vidas despolitizadas nos cálculos de poder dos soberanos, devendo ser controladas com eficiência para a manutenção das estruturas de poder.

Para tanto, o filósofo italiano resgata a figura do *homo sacer* da Roma Antiga para esclarecer a natureza ambígua inerente à dominação da vida nua. Assim, o homem sacro é:

(...), aquele que o povo julgou por um delito; e não é lícito sacrificá-lo, mas quem o mata não será condenado por homicídio; na verdade, na primeira lei tribúncia se adverte que 'se alguém matar aquele que por plebiscito é sacro, não será considerado homicida'. Disso advém que um homem malvado ou impuro costuma ser chamado sacro (AGAMBEN, 2007, p. 79).

O *sacer esto* se define como a pena imputada àquele que comete um delito tão grave que passa a ter como punição a sujeição de sua existência aos deuses íferos, sem que lhe seja imposto o sacrifício. Esclareça-se que o sacrifício religioso (AGAMBEN, 2007, p. 89-90) era encarado como a oportunidade de purificação do pecador, de sorte que a proibição da imolação representava um castigo pior que a morte. Embora o homem amaldiçoado não fosse sacrificado perante os deuses, o cidadão que o matasse não seria condenado por homicídio. Dessa forma, o *homo sacer* se encontrava em uma situação ambígua em que não

pertencia nem ao mundo dos homens, tampouco o da religião, estando sujeito à morte a todo o momento sem que a punição alguma se aplicasse ao seu algoz.

Ávila e Santos (2019, p. 84) exemplificam o *homo sacer* agambeniano na figura do refugiado:

Porém, questão maior se sobrepõe no tocante ao refugiado, uma vez que se revela desprovido de qualquer tutela e dos direitos comuns aos cidadãos do Estado. Na esteira desse debate, Agamben (2014) esclarece que o estado de exceção promove a inclusão do refugiado ao impor que o indivíduo abra mão de sua cidadania originária e das regras que o segmenta, para ganhar o direito de pertencimento em outro Estado. O refúgio, portanto, traduz-se num esquema de força e de controle da vida, assumido pelo imigrante e perante parâmetros de excepcionalidades, que recrudescem para mais ou para menos, conforme o discurso político em voga. Para Agamben (2015), o refugiado encerra um paradoxo, pois aquele que deveria encarnar por excelência o exercício de direitos nos âmbitos internacional e interno, se vê alijado de tais direitos na forma da inclusão exclusiva ao romper o nexo entre homem e cidadão.

Na prática jurídica, evidencia-se que a vida humana tem sido levada em consideração no momento da prolação das decisões judiciais. Pode-se resgatar do capítulo 1 o exemplo da judicialização da política, em que se percebe que a intervenção do poder judiciário se utiliza de seus “dispositivos” jurídicos como uma das estratégias de controle sobre a vida e de efetivo exercício de poder. Assim, as tecnologias de poder sobre a vida se aprimoram com o passar do tempo, a ponto de repercutirem sobre a atuação de todos os Poderes da República, de modo que o Poder Judiciário desponta como grande articulador biopolítico do momento histórico atual.

Foucault sintetizou que (2002, p.11):

As práticas judiciárias — a maneira pela qual, entre os homens, se arbitram os danos e as responsabilidades, o modo pelo qual, na história do Ocidente, se concebeu e se definiu a maneira como os homens podiam ser julgados em função dos erros que haviam cometido, a maneira como se impôs a determinados indivíduos a reparação de algumas de suas ações e a punição de outras, todas essas regras ou, se quiserem, todas essas práticas regulares, é claro, mas também modificadas sem cessar através da história — me parecem uma das formas pelas quais nossa sociedade definiu tipos de subjetividade, formas de saber e, por conseguinte, relações entre o homem e a verdade que merecem ser estudadas.

2.2) Conceito de “dispositivo” em Foucault como operador biopolítico:

O conceito de “dispositivo” guarda um significado muito distinto no estudo da biopolítica. No mundo jurídico, o vocábulo “dispositivo” define apenas a referência à norma jurídica ou ao artigo de determinada lei.

Michel Foucault (1998, p. 244) traz uma acepção de “dispositivo” como designação genérica capaz de compreender o conjunto de discursos, normas, atos

administrativos, doutrinas, arquiteturas enfim, saberes que possam ser articulados com o exercício de poder. O autor definiu o termo em:

Um conjunto decididamente heterogêneo que engloba discursos, instituições, organizações arquitetônicas, decisões regulamentares, leis, medidas administrativas, enunciados científicos, proposições filosóficas, morais, filantrópicas. Em suma, o dito e o não dito são os elementos do dispositivo. O dispositivo é a rede que se pode tecer entre estes elementos. [Um] discurso que pode aparecer como programa de uma instituição ou, ao contrário, como elemento que permite justificar e mascarar uma prática que permanece muda; pode ainda funcionar como reinterpretação desta prática, dando-lhe acesso a um novo campo de racionalidade. Em suma, entre estes elementos, discursivos ou não, existe um tipo de jogo, ou seja, mudanças de posição, modificações de funções, que também podem ser muito diferentes. [O dispositivo pode ser entendido também] como um tipo de formação que, em um determinado momento histórico, teve como função principal responder a uma urgência histórica. O dispositivo tem, portanto, uma função estratégica dominante.

Assim, depreende-se do trecho supra que “dispositivo” se refere ao cruzamento entre poder e saber dos quais derivam formas de subjetividade que visam à concretização de uma finalidade inserida nos cálculos de poder ou fazer frente a uma determinada necessidade. O “dispositivo” funciona como uma estratégia que articula saberes e o exercício do poder, podendo, inclusive, assumir a feição do não dito, ou seja, de discursos interiorizados na sociedade. Por exemplo, Foucault cita a sexualidade que se encontra inserida em rede em diversos seguimentos da sociedade e que, em conjunto, formam um discurso que rege a forma de viver dos seres viventes naquele aspecto da vida. Assim, o “dispositivo” da sexualidade determinou a propagação do discurso da patologização da mulher histórica⁴³.

Por isso, a obra foucaultiana aborda o “dispositivo” da sexualidade, “dispositivo” disciplinar e “dispositivo” biopolítico, linguísticos, não linguísticos, jurídicos, técnicos, todos com um objetivo de gerar algum feito ou de atender a determinada necessidade (AGAMBEN, 2009, p. 11).

Para ficar mais claro, Sandra Mara Corazza (1997, p. 78) identifica algumas modalidades de “dispositivos”:

(...) dispositivos disciplinares, dispositivos de saber e poder, dispositivo da prisão (ou do encarceramento), dispositivo de sexualidade, dispositivo da loucura, da doença mental, da neurose, da aliança, da confissão, da escuta clínica, da seleção (entre os ‘normais’ e ‘anormais’), de segurança, de verdade, de luta, de guerra, de batalha.

⁴³ “Histerização do corpo da mulher: tríplex processo pelo qual o corpo da mulher foi analisado — qualificado e desqualificado — como corpo integralmente saturado de sexualidade; pelo qual, este corpo foi integrado, sob o efeito de uma patologia que lhe seria intrínseca, ao campo das práticas médicas; pelo qual, enfim, foi posto em comunicação orgânica com o corpo social (cuja fecundidade regulada deve assegurar), com o espaço familiar (do qual deve ser elemento substancial e funcional) e com a vida das crianças (que produz e deve garantir, através de uma responsabilidade biológico-moral que dura todo o período da educação): a Mãe, com sua imagem em negativo que é a “mulher nervosa”, constitui a forma mais visível desta histerização” (FOUCAULT, 1999, p. 98).

O “dispositivo” evidencia um agenciamento político do corpo, de modo fazer parte de uma estratégia de poder que se liga ao manejo de saberes que tendem a formar sua percepção de mundo e sua subjetividade como ser humano. Segundo Foucault, “(...) é isto, o dispositivo: estratégias de relações de força sustentando tipos de saber e sendo sustentadas por eles” (1998, p. 246).

Edgardo Castro (2015, p. 70) explica o sentido em que a palavra é empregada por Foucault, quando trata das disciplinas:

Em poucas palavras, a disciplina é um dispositivo, vale dizer, uma rede de relações entre elementos heterogêneos (instituições, construções, regulamentos, discursos, leis, enunciados científicos, disposições administrativas) que surge com vistas a uma determinada finalidade estratégica (nesse caso, a produção de indivíduos politicamente dóceis e economicamente rentáveis) e cujo funcionamento e cujos objetivos podem modificar-se para adaptar-se a novas exigências.

Depreende-se do trecho supra que não existe uma maneira de o ser humano se desvencilhar da influência e gerência dos “dispositivos” os quais moldam a subjetividade humana e determinam as suas atitudes em sociedade. Importa notar que os “dispositivos” são mutáveis, acompanhando a evolução social. Giles Deleuze (1999, p. 159) ressalta que: “Em todo “dispositivo” há que distinguir o que somos (o que já não somos) e o que estamos sendo (...) não se trata de prever, mas de estar atento ao desconhecido que bate à nossa porta.”.

Giorgio Agamben (2009, p. 10) elaborou um estudo sobre a palavra “dispositivo” na acepção de Foucault. Agamben se reporta à entrevista de Foucault concedida em 1977, inferindo que:

a) é um conjunto heterogêneo, que inclui virtualmente qualquer coisa, linguístico e não linguístico, no mesmo título: discursos, instituições, edifícios, leis, medidas de polícia, proposições filosóficas, etc. O dispositivo é a rede que se estabelece entre esses elementos; b) o dispositivo tem sempre uma função estratégica concreta e se inscreve sempre numa relação de poder; c) como tal, resulta do cruzamento de relações de poder e de relações de saber. Isto ocorre para que se cumpra uma missão determinada, prestar auxílio aos vínculos de poderio, cruzando relacionamentos de poder, com o saber.

Agamben (2009, p. 13) não apenas sintetiza a ideia foucaultiana, mas a amplia ao denominar por “dispositivo” tudo que for capaz de “capturar, orientar, determinar, interceptar, modelar, controlar e assegurar os gestos, as condutas, as opiniões e os discursos dos seres vivos”. Desta feita, o “dispositivo” não compreende apenas prisões e seus discursos, disciplinas e, até mesmo, o Direito, como também todos os instrumentos concebidos pelo homem para dar funcionalidade a sua vida. Sendo assim, existem diversas maneiras de capturas de corpos e ações humanas as quais variam segundo os diferentes grupos sociais e as demandas sociais.

Desta feita, Agamben destaca que o paradigma do “dispositivo” biopolítico analisa os mecanismos utilizados pelo poder para se relacionar com a vida e com os corpos. Para tanto, os “dispositivos” de manipulação da vida humana devem ser trabalhados em uma rede multilateral pelo poder constituído, a fim de promover o controle de modo mais efetivo dos corpos. Assim, o biopoder opera de maneira complexa, podendo se valer de um ou de várias tecnologias de poder para alcançar os objetivos do governante.

Nesse sentido, a vida nua se insere nos “dispositivos” biopolíticos como um paradigma da contemporaneidade. O *homo sacer* desponta como personagem-chave na formulação dos “dispositivos” de controle da vida humana, de sorte a se formar uma rede transversal de saberes e técnicas de poder de captura dessas vidas descartáveis. Com isso, naturalizam-se ideias de que os homens sacros seriam indignos de proteção jurídica, promovendo o cerceamento de direitos em vigor.

O “estado de exceção” produtor da vida nua se configura em um “dispositivo” jurídico-político que articula estratégias de manejo desses indivíduos, concreta e abstratamente, através da suspensão da aplicação das normas protetivas previstas e não previstas em lei.

Ante a articulação de mecanismos biopolíticos para a produção da vida nua, o “dispositivo” jurídico se destaca como o mais eficiente em promover a exclusão-inclusiva de corpos. A suspensão operada pelo “estado de exceção” assume feição de “dispositivo” biopolítico, que captura a vida nua para conduzi-la a um vazio normativo e à sujeição a toda sorte de abusos.

A suspensão da normatividade que exclui a vida nua de sua aplicabilidade concreta se revela como “dispositivo original” por meio do qual “(...) o direito se refere à vida e a inclui em si por meio de sua própria suspensão” (AGAMBEN, 2004, p. 12). Por sua vez, o ordenamento jurídico, instrumento operador do “estado de exceção”, funciona como um “dispositivo” no sentido definido por Foucault e Agamben, promovendo a inclusão pela exclusão através da suspensão da norma às vidas sacras.

Para melhor esclarecer a inscrição do Direito em eficaz “dispositivo” biopolítico, pode-se citar a criação de “dispositivos” como cárcere e a polícia do Direito Penal (FOUCAULT, 1999, p. 222). Embora previstos a toda a sociedade, o encarceramento se impõe majoritariamente em face das vidas nuas, sujeitas ao descarte, por meio da exceção

normativa⁴⁴. Emerge nesse cenário o papel do Poder Judiciário para articular a suspensão de garantias processuais e/ou direitos descartando vidas. Para tanto, age como “poder soberano” que captura a vida nua por meio da exclusão, articulando a fundamentação de decisões desprovidas de conteúdo legal.

Ainda com relação ao “dispositivo” jurídico, Foucault (2003, p.11) apontou que:

(...) as práticas judiciárias – a maneira pela qual, entre os homens se arbitram os danos e as responsabilidades, o modo pela qual a história do Ocidente, se concebeu e se definiu a maneira como os homens podiam ser julgados [...] – me parecem uma das formas pelas quais nossa sociedade definiu tipos de subjetividade, formas de saber e, por conseguinte, relações entre o homem e a verdade que merecem ser estudadas.

Para ilustrar como os “dispositivos” podem articular conhecimentos diversos para promover o controle social, cite-se o estudo de Foucault sobre o inquérito administrativo durante a Idade Média na França. O inquérito representava um procedimento a cargo do procurador eleito pelo soberano com o objetivo de apurar a verdade quando um cidadão cometia um delito (FOUCAULT, 2003, p. 65). O inquérito administrativo teve origem na Igreja⁴⁵ na Idade Média durante o século XII (FOUCAULT, 2003, p. 71).

Com a ascensão do Estado ao poder, o Rei atraiu para si a atividade inquisitorial, a qual era executada por intermédio de representantes eleitos por ele, os chamados procuradores (FOUCAULT, 2003, p. 71). Os procuradores adotaram os procedimentos inquisitivos utilizados pelos eclesiástas para a descoberta de eventuais de infratores cometidas contra o rei⁴⁶. Tratava-se, portanto, de um “dispositivo” complexo de exercício de poder que articulava a prática judiciária incipiente daquele momento histórico com a religiosa com vistas à busca da verdade do caso apresentado com base nos relatos dos cidadãos influentes. Apenas estes indivíduos tinham a opinião validade no momento de apuração da verdade por parte do procurador⁴⁷. Desta feita, impossível não relacionar os saberes envolvidos no

⁴⁴ “Além da precariedade do sistema carcerário, as políticas de encarceramento e aumento de pena se voltam, via de regra, contra a população negra e pobre. Entre os presos, 61,7% são pretos ou pardos. Vale lembrar que 53,63% da população brasileira têm essa característica. Os brancos, inversamente, são 37,22% dos presos, enquanto são 45,48% na população em geral. E, ainda, de acordo com o Departamento Penitenciário Nacional (Depen), em 2014, 75% dos encarcerados têm até o ensino fundamental completo, um indicador de baixa renda.” (CÂMARA DOS DEPUTADOS DO BRASIL, 2018)

⁴⁵ O inquérito religioso podia ser dividido em três momentos. O primeiro consistia no *inquisitio generalis*, fase em que o bispo coletava os depoimentos de todas as testemunhas que podiam ter algum conhecimento sobre o crime. O segundo *inquisitio specialis* consistia quando o eclesiásta determinava o autor do delito e o terceiro se voltava à proclamação pública do culpado (FOUCAULT, 2003, p. 68-70).

⁴⁶ Segundo Foucault (2003, p. 73), o inquérito “(...) se introduz no Direito a partir da Igreja e, conseqüentemente, é impregnado de categorias religiosas”.

⁴⁷ Nesse sentido, Foucault (2003, p. 69) explica que “o poder, para determinar a verdade, dirige-se aos notáveis, pessoas consideradas capazes de saber devido à situação, idade, riqueza, notabilidade etc.”.

processo de descoberta da verdade viabilizado com o inquérito administrativo com a política, eis que o procedimento funcionava como forma de governo sobre os corpos voltados para uma finalidade específica de punir aquele que fosse considerado culpado (FOUCAULT, 2003, p. 72).

O autor sintetiza o inquérito administrativo da seguinte forma:

(...) o inquérito não é absolutamente um conteúdo, mas a forma de saber. Forma de saber situada na junção de um tipo de poder e de certo número de conteúdos e conhecimentos. Aqueles que podem querer estabelecer uma relação entre o que é conhecido e as formas políticas, sociais e econômicas, que servem de contexto a esse conhecimento costumam estabelecer essa relação por intermédio da consciência ou do sujeito de conhecimento. Parece-me que a verdadeira junção entre processos econômico-políticos e conflitos de saber poderá ser encontrada nessas formas que são ao mesmo tempo modalidades de exercício de poder e modalidades de aquisição e transmissão de saber. (FOUCAULT, 2003, p. 78)

O manejo do “dispositivo” jurídico pode se operar com a aparência de legalidade na medida em que Foucault entende que o inquérito articula a norma jurídica para se apresentar o exercício do arbítrio estatal com uma forma legítima. Trata-se de outra roupagem para a violência exercida com relação aos dominados em determinada nação disfarçada de legal. Assim, o Direito institui regras de comportamento conforme a aceitabilidade social, de forma que apenas reproduz um padrão. Dessa forma, a tipificação normativa é capaz de legitimar toda e qualquer conduta, mesmo que seja para promover a exclusão. Para Foucault (2002), o direito positivado a vida de forma expressa. Agamben (2009) aprimora a noção foucaultiana de “dispositivo” normativo, apontando que a legitimação de tecnologias de poder por meio da norma pode se efetuar por meio da não aplicação da norma, simplesmente ignorando a sua previsão a depender do destinatário, atendendo aos desígnios de poder.

Dessa forma, o Direito, além de regular a vida em sociedade no sentido foucaultiano, ao normatizar diversos instrumentos de controle positivo e negativo, também pode promover esse mesmo controle por meio da exclusão da vida nua. A exclusão em comento se realiza implicitamente, na indeterminação e na penumbra do ordenamento positivo, em que direitos são negados a determinados grupos sociais. Assim, o ordenamento jurídico age regulando a vida em sociedade, promovendo a exclusão inclusiva que estabelece estados de exceção.

2.3) O “paradoxo da soberania”, “poder soberano”, “relação de inclusão-exclusão”, “estado de exceção”, “força-de-lei” e “*imperium*” em Giorgio Agamben

A obra de Giorgio Agamben desponta como o referencial teórico na temática do “estado de exceção”, em razão de sua preocupação em categorizar as figuras conceituais, a

fim de facilitar a identificação por parte do leitor das diferentes articulações da biopolítica nas situações práticas vivenciadas.

O método arqueológico-paradigmático⁴⁸ utilizado pelo autor que parte da premissa de que o processo de formação do conhecimento deve ser baseado numa análise do passado o qual subsidia a elaboração de categorizações teóricas que facilitam a compreensão do fenômeno estudado. Assim, a arqueologia permite olhar para a história para entender o presente e projetar o futuro, a partir do estudo dos fenômenos políticos, sociais, jurídicos e econômicos que formaram a vida em sociedade. A partir do entendimento do que se passou, o autor cria os paradigmas teóricos que se materializam em categorizações capazes de explicar os fenômenos históricos analisados. Esse processo de formação do pensamento permite a ampliação da visão do objeto de estudo, reconhecendo que a aprendizagem deve ser despida de um caráter binário e, portanto, simplista, haja vista os fenômenos político-sociais serem complexos por natureza.

Como exemplo das categorizações agambenianas, tem-se a figura do *homo sacer* vista no item 2.1. A ambiguidade do *homo sacer* repercute na dificuldade em se constatar como o poder constituído elege as vidas expostas ao sacrifício. Agamben explica que a escolha das vidas sacras se realiza pelo “poder soberano” o qual detém o poder de suspender a aplicação do ordenamento jurídico sobre essas vidas. A suspensão da aplicabilidade do estatuto jurídico vigente se opera por meio do “paradoxo da soberania” por meio de uma “relação de inclusão-exclusão”.

Cumprido esclarecer que Agamben (2007, p. 23) define “poder soberano” com aporte nas lições de Carl Schmitt como sendo aquele no qual o “ordenamento jurídico reconhece o poder de proclamar o “estado de exceção” e de suspender, deste modo, a validade do ordenamento”. Assim, o soberano ostenta uma posição no sistema do Direito que lhe permite impedir que os direitos fundamentais fossem aplicados a determinados grupos

⁴⁸ Meu método é arqueológico e paradigmático num sentido muito próximo ao de Foucault, mas não completamente coincidente com ele. Trata-se, diante das dicotomias que estruturam nossa cultura, de ir além das exceções que as têm produzido, porém não para encontrar um estado cronologicamente originário, mas, ao contrário, para poder compreender a situação na qual nos encontramos. A arqueologia é, nesse sentido, a única via de acesso ao presente. Porém, superar a lógica binária significa, sobretudo, ser capaz de transformar cada vez as dicotomias em bipolaridades, as oposições substanciais num campo de forças percorrido por tensões polares que estão presentes em cada um dos pontos sem que exista alguma possibilidade de traçar linhas claras de demarcação. Lógica do campo contra lógica da substância. Significa, entre outras coisas, que entre A e A se dá um terceiro elemento que não pode ser, entretanto, um novo elemento homogêneo e similar aos anteriores: ele não é outra coisa que a neutralização e a transformação dos dois primeiros. Significa, enfim, trabalhar por paradigmas, neutralizando a falsa dicotomia entre universal e particular. Um paradigma (o termo em grego quer dizer simplesmente exemplo) é um fenômeno particular que, enquanto tal, vale por todos os casos do mesmo gênero e adquire assim a capacidade de construir um conjunto problemático mais vasto. (COSTA, 2006).

humanos. A criação das vidas nuas estaria, portanto, a cargo do soberano e opera numa “relação de inclusão-exclusão” com o ordenamento jurídico. O soberano decide pela suspensão da lei com base em uma situação cuja excepcionalidade também foi por ele criada sem qualquer respaldo na ordem jurídica. Normalmente, a situação que respalda a suspensão do ordenamento jurídico revela uma excepcionalidade também criada pelo soberano.

Assim, o “paradoxo da soberania” consiste na prerrogativa do soberano de estar fora do ordenamento jurídico e, ao mesmo tempo, de pertencer ao mesmo, na medida em que pode criar excepcionalidades de aplicabilidade das normas em relação a determinados indivíduos (AGAMBEN, 2007, p. 23). Agamben assevera que o soberano se encontra, em verdade, acima da lei numa relação de pertencimento a ela, de modo que lhe é permitido escolher a excepcionalidade que exclui a aplicabilidade da norma. A inclusão-exclusão compreende a suspensão do Direito sem que ele deixe de existir e de vigor em sociedade, apenas não se aplica a determinados grupamentos humanos.

Nesse sentido, assevera Agamben (2007, p. 90):

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 insacriticabilidade e é incluído na comunidade na forma da matabilidade. A vida insacriticável e, todavia, matável, é a vida sacra.

Como é possível se depreender da leitura dos conceitos de Agamben, todos se relacionam e se completam. Desta forma, da suspensão da norma jurídica, instaura-se o “estado de exceção”. A exceção normativa tem sido a ferramenta do soberano para gerenciar as vidas nuas baseado em uma situação de excepcionalidade idealizada pelo mesmo e que se revela capaz de impedir a aplicabilidade da norma aos homens sacros. Pautado numa exceção por ele concebida, o soberano cria um ordenamento jurídico autônomo que legitima a sujeição dos corpos sacros a violações aos direitos fundamentais básicos da pessoa humana.

O desenvolvimento da teoria do “estado de exceção” teve como ponto de partida a doutrina de Carl Schmitt nas obras “A Ditadura” de 1921 e “Teologia Política” de 1922. No primeiro livro, o “estado de exceção” se apresenta se materializa como forma de ditadura. O autor alemão identifica duas modalidades de regimes ditatoriais: comissária e soberana. A primeira tem como finalidade a defesa e manutenção da ordem constitucional vigente, enquanto a segunda propor uma nova ordem constitucional (AGAMBEN, 2004. p. 53). Schmitt entende que o fundamento para a ruptura perpetrada com a ditadura estaria inscrita no ordenamento jurídico.

Importa salientar que, na ditadura comissária, o substrato jurídico da exceção que permite defender a Constituição vigente não é passível de questionamento, eis que a própria

norma define quais os instrumentos legais que possibilitariam essa proteção. A Constituição pode ter sua aplicação interrompida temporariamente sem que deixe de vigor, diante da previsão legal de excepcionalidade concreta voltada para defesa da ordem constitucional vigente (SCHMITT, 2013, p. 137).

Outrossim, a natureza jurídica da exceção normativa fica mais difícil de ser explicada na hipótese da ditadura soberana. Nesta, a nova ordem constitucional que se impõe representa uma ruptura no sistema jurídico, estando portando, aparentemente dissociada dele (AGAMBEN, 2004, p. 55). Schmitt justifica a manutenção da exceção em comento no âmbito do Direito na distinção entre poder constituinte e poder constituído. O poder constituinte seria o legitimado a promover a instauração de uma nova ordem jurídica e, portanto, refere-se a um poder que “mantém com toda constituição vigente uma relação tal que de aparece como poder fundador (...)” (SCHMITT, 2013, p. 137).

O autor alemão compreende que a exceção representa a suspensão da ordem jurídica à determinada situação atípica e, portanto, adote uma aparência de desconexão com a forma do direito. Todavia, a possibilidade de o soberano decidir sobre a instauração de uma exceção normativa implica uma relação direta dessa legitimação soberana com o Direito (SCHMITT, 2013, p. 175). A definição da natureza do “estado de exceção” dentro da seara jurídica se justifica na noção schmittiana de que a exceção não se realiza numa situação de caos social e político. Ao revés, sempre existirá uma ordem na exceção, embora esta não seja necessariamente jurídica (SCHMITT, 2005, p. 18).

A autora Letícia Garcia Ribeiro Dyniewicz (2016, p. 30) aduziu que:

O estado de exceção se justifica pela situação de ameaça à unidade política, portanto, não pode ser limitado, a não ser que esta unidade deixe de existir. A exceção, não poderia se manifestar no limite do direito, pois só ela, exceção, permite, para Schmitt, que se chegue à essência do direito. A situação excepcional não é anarquia ou caos, pois sempre subsiste uma ordem, mesmo que não seja jurídica. O estado de exceção existe para criar a situação na qual o direito poderá valer.

Agamben (2004, p. 145) comenta que a decisão soberana representa "um mínimo de constituição", de modo a estar garantida a relação entre “estado de exceção” e ordem jurídica. Já em “Teologia Política”, Schmitt abandona a ideia de ditadura e apresenta o “estado de exceção” relacionada à doutrina da soberania. Schmitt aponta que é na decisão soberana que se reconhece a natureza jurídica da exceção normativa. Assim, a distinção entre norma e decisão se revelam como os operadores da inscrição do “estado de exceção” no Direito.

Ao decidir sobre a emergência que suspende a lei, o soberano se coloca fora da ordem jurídica, mas a ela pertence na medida em que detém a competência para deliberar se a Constituição vigente seria suspensa parcial ou completamente (SCHMITT, 2005, p. 8), o que Agamben define como o oxímoro do “êxtase-pertencimento”. Em razão de o soberano se identificar com a lei, as decisões por ele emanadas mantem-se em relação direta com o Direito, revelando um espaço de indeterminação de “força-de-lei” sem lei.

Em consequência do “estado de exceção”, impõe-se uma normatividade de fato a cargo do soberano que abre espaço para que arbitrariedades sejam cometidas contra as vidas nuas. Até o momento, pode-se estabelecer que os *homini sacri* se revelam em produtos de um “estado de exceção”.

A tecnologia de poder operada pela via da exceção implica a imprecisão com relação ao seu alcance e à imputação de responsabilidade por eventuais abusos. Logo, cabe ao soberano determinar o que se insere dentro do limite do que considera normal e o que se encontra fora do mesmo, ou seja, caberá ao arbítrio do chefe de estado definir o estado de necessidade suficiente a sustentar a excepcionalidade. Dessa forma, enquanto vigente a excepcionalidade, os três poderes da República se tornam indiscerníveis, valendo-se da lógica da soberania.

A imposição da excepcionalidade normativa não interessa ao soberano para governar os cidadãos que ocupam posição de destaque na sociedade em razão de sua condição política ou econômica, haja vista serem titulares de direitos e obrigações. Esses indivíduos que participam da vida política ativamente, a princípio, não são o objeto do controle do “poder soberano”. É na vida nua, descartável por natureza, que a suspensão da normatividade jurídica encontra seu espaço e impõe uma lógica de poder tão complexa quanto à definição do *homo sacer*. Parece contraditório apontar que excluir incluindo determinados grupos humanos da aplicação das normas jurídicas que garantem o mínimo existencial seja essencial para o exercício de poder. Contudo, é justamente o manejo de indivíduos eleitos ao descarte que permite a manutenção da estrutura hierarquizada de poder. Nesse contexto, as desigualdades sociais se avolumam, de modo a se enriquecerem cada vez mais os detentores do poder econômico.

Um exemplo elucidador pode ser verificado quando o soberano barganha com o povo parcela dos direitos para, em momento posterior, retirá-los, quando os movimentos sociais pela concessão de direitos voltam a emergir, de modo a atestar que a biopolítica encontra sua maior expressão na vida nua. Trata-se de estratégia de poder que permite o

controle de revoltas populares que pudessem representar algum risco à preservação da estrutura vigente.

A partir do momento em que o “poder soberano” entendeu que o controle das vidas nuas se revela como mecanismo eficaz de governo dos povos foi que o “estado de exceção” passou a se tornar mais comum. Quando o “estado de exceção” se estabelece, não se impõe uma anomia social. Existe uma ordem na exceção que se legitima na regulamentação por meio de decretos com “força-de-lei” de competência do soberano. Aquele que suspende a lei, avoca a possibilidade de suprir a ausência de norma durante o “estado de exceção” através do uso de sua autoridade.

Para tanto, o soberano edita atos executivos com o mesmo valor de uma lei, ou melhor, com a imperatividade perante a sociedade semelhante à de uma norma jurídica vigente. Jacques Derrida (2007, p. 24) trouxe o conceito de “força-de-lei” para definir a supremacia dos atos estatais expressos pelas assembleias que representavam o povo durante a Revolução Francesa.

Derrida (2010, p. 26) ressaltou que as normas com “força-de-lei” não podem ser consideradas ilegais ou injustas em seu conteúdo de forma direta. O autor ensinou que o “estado de exceção” que suscitou a edição de tais instrumentos normativos por órgão incompetente já serviria de fundamento a suplementar a suposta ausência de atribuição legal do “poder soberano”. Nesses termos, Derrida (2010, p. 26) sustenta:

O que não quer dizer que [as leis] sejam injustas em si, no sentido de ‘ilegais’ ou ‘ilegítimas’. Elas não são nem legais nem ilegais em seu momento fundador. Elas excedem a oposição do fundado ao não fundado, como de todo fundacionismo ou todo antifundacionismo. Mesmo que o êxito de performativos fundadores de um direito (por exemplo, e é mais do que um exemplo, de um Estado como garante de direito) suponha condições e convenções prévias (por exemplo no espaço nacional ou internacional), o mesmo limite ‘místico’ ressurgirá na origem suposta das ditas condições, regras ou convenções – e sua interpretação dominante.

Agamben (2004, p. 60) retomou as lições de Jacques Derrida e acrescentou que o sintagma se refere “(...) não à lei, mas àqueles decretos - que têm justamente, como se diz, força-de-lei - que o poder executivo pode, em alguns casos - particularmente no “estado de exceção” - promulgar”. Assim, ao mesmo tempo em que existem leis válidas e vigentes, estas não podem ser aplicadas a determinada situação definida como atípica pelo soberano, ao passo em que decretos, medidas provisórias e, até decisões judiciais, formulados pelo Executivo ou Judiciário, que não são leis em sentido formal, adquirem valor de lei (AGAMBEN, 2004, p. 61).

Agamben (2004, p. 60) elucidada:

A doutrina moderna distingue a eficácia da lei, que decorre de modo absoluto de todo ato legislativo válido e consiste na produção de efeitos jurídicos, e força-de-lei que, ao contrário, é um conceito relativo que expressa a posição da lei ou dos atos a ela assimilados em relação aos outros atos do ordenamento jurídico, dotados de força superior à lei (como é o caso da constituição) ou de força inferior a ela (os decretos ou regulamentos promulgados pelo executivo).

O poder de vinculação de um povo a uma norma editada por órgão incompetente, a exemplo do Executivo, pode encontrar explicado na distinção dos momentos de criação e de aplicação da norma feita por Carl Schmitt. Evidencia-se, na ditadura comissária, que a separação do momento de aplicação da norma e da criação desta são diferentes, uma vez que a espécie schmittiana se refere à hipótese de a lei poder ser “suspensa sem, no entanto, deixar de estar em vigor” (SCHMITT, 2013, p. 137). Já, na ditadura soberana, uma nova ordem jurídica deve ser importar com a sucessão da constituição anterior por uma nova por meio da atuação do poder constituinte. Tal situação revela um estado normativo em que a Constituição, embora não esteja em vigor, ainda se aplica à sociedade, de forma a tornar a autoridade constituinte legitimada a elaborar uma nova norma. Então, na transição entre normas constitucionais, Schmitt encontra uma “força-de-lei” que normatiza a criação legislativa.

A separação entre a lei e a aplicabilidade da mesma permite que o poder do soberano possa suspender a aplicação do ordenamento com base na sua autoridade em um “estado de exceção”. Assim, a lei se encontra com a vigência plena, mas com a sua aplicabilidade suspensa, a fim de que se empregue uma normatividade alheia aos preceitos legais (AGAMBEN, 2004, p. 61). Agamben (2004, p. 61) retomou os conceitos de ditadura schmittianos para afirmar que a “força-de-lei” se evidencia em um conceito indeterminado e, por isso, pode ser reivindicado pela autoridade estatal tanto na ditadura soberana, como por uma organização revolucionária, na ditadura comissária.

Agamben (2004, p. 63) esclareceu que a “força-de-lei” evocada em um estado de exceção representa, na verdade, uma “força-de-lei” sem lei (que deveria, portanto, ser escrita: “força-de-lei”), já que a imperatividade do comando normativo em um “estado de exceção” se fundamenta em uma pura força inerente à autoridade soberana e não em uma lei em sentido estrito. Assim, na exceção normativa, o ordenamento jurídico válido passa a ter sua vigência suspensa, aplicando-o por meio de sua desaplicação, ao passo em que vigora a “força-de-lei” pautada no “poder soberano”. Nessa linha, Agamben (2004, p. 58) resume que “o estado de exceção separa, pois, a norma de sua aplicação para tornar possível a aplicação”.

Nessa linha, o autor italiano formulou crítica à expressão “plenos poderes”, que se define como o incremento de poderes do Executivo por meio do uso exaustivo de decretos

com “força-de-lei” (AGAMBEN, 2004, p. 19). Na concepção de Herbert Tingsten (1934, p. 13), um uso sistemático do instituto levaria à liquidação da democracia por caracterizar um retorno ao “estado pleromático” em que se observa a indistinção entre os poderes em Legislativo, Executivo e Judiciário. Outrossim, Agamben observa que muito mais que um estado pleromático, no “estado de exceção” se verifica um estado “kenomático”, um vazio de direito. Ele sustenta a perda de prestígio do Poder Legislativo, de sorte que o Executivo já absorvia, ao menos parcialmente, as funções legislativas. Hoje, essa problemática da falta de efetividade do princípio da separação de poderes se encontra ainda mais evidenciada com a dilação dos poderes do Poder Judiciário em prolatar decisões com valor de norma (AGAMBEN, 2004, p. 17-33).

Nesse sentido, emerge outra categorização agambeniana relacionada com os objetivos deste trabalho: “*imperium*”. O “*imperium*” se trata de um sintagma com diversos significados⁴⁹, porém para este trabalho importa a acepção que designa a personificação do poder estatal pelo magistrado durante o Império Romano. O poder de “*imperium*” exige a obediência de todo cidadão ou súdito romano, todavia se encontra limitada pelos direitos fundamentais concedidas pela lei de Roma.

O “*imperium*” do magistrado encontra na sua origem popular a legitimidade necessária ao poder do instituto romano, afinal o juiz era eleito pelo povo nos comícios. O povo era o real titular do poder, de sorte que o magistrado apenas obtinha sua autoridade após a assembleia (SURGIK, 1986, p. 22). Cumpre esclarecer que os poderes das magistraturas romanas se dividiam entre a *potestas* e o “*imperium*”. A *potestas* consistia na autoridade conferida ao Deus, o povo, os magistrados, os *patres familiarum*. Na seara familiar, *potestas* traduzia o poder que o *pater familias* tinha sobre seus filhos. Com relação ao magistrado, consistia na competência de o juiz representar o Estado sempre que expressasse a sua vontade, o que implicava na geração de direitos e obrigações ao ente (ALVES, 2018, p. 44).

O “*imperium*” designa a personificação da supremacia do Estado no magistrado. O juiz *cum imperio* detinha atribuições militares, administrativas e judiciárias, o que lhe permitia, além do exercício da jurisdição cível e criminal com a prerrogativa de imputar penas de morte, levantar e comandar as forças armadas, velar pela segurança pública, administrar as finanças públicas e exigir exações, dentre outras (PEIXOTO, 1997, p. 29).

⁴⁹ “Por paradoxal que possa parecer e por mais que o vocábulo *imperium* nos suscite desde logo a idéia de dominação e autoritarismo, seu verdadeiro sentido de origem, na república romana, particularmente no âmbito processual, é de caráter nitidamente popular. Sua deturpação veio a ocorrer somente com o advento do principado e, de um modo especial, durante o império” (MEIRA, 1986, p. 100).

Moreira Alves (2018, p. 43) esclarece que:

Todos os magistrados têm a *potestas*, mas nem todos o *imperium*. Daí as magistraturas se classificarem em magistraturas *cum imperio* e *sine imperio*. Eram magistraturas *cum imperio*: o consulado, a pretura, a ditadura, o tribunato militar consulari potestate. *Sine imperio*, as demais.

Interessante observar que o poder sobre a vida do magistrado *cum imperio* podem ser observados através da simbologia relacionada aos feixes lictórios. Agamben (2011, p. 118) explica que “(...) os feixes eram varas de olmo ou de bétula de cerca de 1,3 metros, atadas por uma tira de couro de cor vermelha, à qual estava presa lateralmente uma machadinha”. Os feixes eram confiados aos chamados lictores, os quais carregavam os feixes sobre o ombro esquerdo. Os lictores eram formados por oficiais de justiça e por carrascos, em número total de doze pessoas, que tinham a função de acompanhar os juízes em todas as ocasiões, exceto nas aparições públicas. Os feixes foram considerados um símbolo do “*imperium*”, em razão de representar o poder de o detentor de “*imperium*” infligir materialmente a pena capital, em suas duas formas: o açoite e a decapitação (AGAMBEN, 2011, p. 119).

Nessa linha, o autor concluiu que a simbologia inerente pelo uso dos feixes pelos lictores, inseparáveis dos magistrados *cum imperium*, representa uma indivisibilidade do poder de morte. Assim, o fato de os lictores serem compostos por metade de membros por carrascos aliada à prerrogativa de estes carregarem os feixes permite inferir que o poder sobre a vida de um cidadão podia estar nas mãos dos seus julgadores, os quais impunham e executavam as suas penas (AGAMBEN, 2011, p. 120).

Ao se articular as chaves de leitura agambenianas, tem-se que o resultado dos abusos e violências desmedidas do soberano durante o “estado de exceção” produz a vida nua, desprovida de proteção jurídica e sujeita à normatividade de fato do governante que as enxerga como indesejáveis à manutenção da estrutura hierarquizada de poder dominante.

Anderson Alves Esteves (2009, p. 2) comenta o projeto *Homo Sacer* da seguinte forma:

Na trilogia ‘Homo Sacer’, de Agamben, a interseção entre o biopolítico e o jurídico e a implicação da vida nua na esfera política são trabalhadas pelo autor de maneira nova, fazendo parte desta nova abordagem sobre biopolítica, também, um conceito de soberania que decorre do pensamento de Schmitt e a ideia do estado de exceção como uma regra da modernidade, permitindo a Agamben alcançar as ideias de campo [de concentração] como o paradigma de governo na política contemporânea, a permanência do estado de exceção e a biopolítica transformando-se em tanatopolítica.

Definido o conceito agambeniano de “estado de exceção”, cumpre esclarecer que este trabalho evidencia a problemática verificada quando a técnica exceptiva se torna a regra e se consagra como o paradigma de governo da atualidade (AGAMBEN, 2004, p. 13). Nessa

linha, a obra aponta a proximidade entre o estado exceptivo e a guerra civil, a insurreição e a resistência, as quais se relacionavam a uma necessidade temporária com a finalidade de dar fim aos conflitos internos de uma nação (2004, p. 12). Contudo, a diferença entre os institutos ressalta quando se atesta o recurso reiterado do “estado de exceção” na modernidade, de modo a permitir que se invoque uma emergência sem fim com o objetivo de se legitimar um novo padrão de governo dos povos.

Agamben (2004, p. 13) constata:

O totalitarismo moderno pode ser definido, nesse sentido, como a instauração, por meio do estado de exceção, de uma guerra civil legal que permite a eliminação física não só dos adversários políticos, mas também de categorias inteiras de cidadãos que, por qualquer razão, pareçam não integráveis ao sistema político.

A sucessão de governos de exceção e reprodutores de vidas nuas encontra respaldo na perpetuação da excepcionalidade que funda o “estado de exceção” e suspende a lei. Assim, a exceção normativa apenas se encerra, quando o soberano decidir que a emergência legitimadora não mais existe (AGAMBEN, 2004, p. 21). Agamben cita o filósofo Clinton Rossiter (1948, p. 313, apud AGAMBEN, 2004, p. 22) que esclarece que:

Descrevendo os governos de emergência nas democracias ocidentais, este livro pode ter dado a impressão de que as técnicas de governo, como a ditadura do executivo, a delegação dos poderes legislativos e a legislação por meio de decretos administrativos, sejam por natureza puramente transitórias e temporárias. Tal impressão seria certamente enganosa [...]. Os instrumentos de governo descritos aqui como dispositivos temporários de crise tornaram-se em alguns países, e podem tornar-se em todos, instituições duradouras mesmo em tempo de paz.

François Saint-Bonnet (2001, p. 23-25) traz posicionamento interessante quanto ao interesse político envolvido ao retorno à normalidade após o restabelecimento da ordem pretendida quando a exceção foi instaurada pelo governante. A retomada da estabilidade jurídica depende de uma decisão política e não jurídica, de sorte que a democracia deve ser reclamada pelos seus formais detentores do poder: o povo.

As democracias contemporâneas estão impregnadas dessa técnica de poder, de modo de ser possível concluir pela convivência diária com estados de exceção permanentes. A contradição do vocábulo já enuncia as zonas de indeterminação do Estado Democrático de Direito que abre espaço para a legitimação da violência e à restrição de direitos fundamentais em nome de uma ordem e segurança meramente pressupostas pelo detentor do “poder soberano” (ABDALLA, 2010, p. 27).

Walter Benjamin (2011, p. 161) já ensinava que:

A tradição dos oprimidos ensina-nos que o estado de exceção no qual vivemos é a regra. É-nos preciso elaborar uma concepção da história que corresponda a um tal estado. A partir daí constataremos que a nossa tarefa consiste em criar um

verdadeiro estado de exceção; e assim tornar-se-á melhor a nossa posição na luta contra o fascismo.

Constatar a fragilidade da democracia na modernidade é a tarefa essencial para o combate de abusos dos poderes constituídos. Se Agamben ressaltou a figura do “poder soberano” encarnada no Poder Executivo exorbitando de suas competências constitucionais, no momento se vive um período em que o governo por exceção encontra um novo protagonista dotado de força inquestionável: o Poder Judiciário.

A produção normativa deixou de ser monopólio do Poder Legislativo com o aprofundamento da prolação de decisões ativistas nos últimos anos no Brasil. O Judiciário se utiliza do texto aberto da Constituição Federal para conceder liberdade criativa ao intérprete da lei de modo a permitir a inovação no ordenamento jurídico por meio de decisões que criam restringem direitos. Esse trabalho se propõe a analisar como esse poder teria despontado nos últimos anos como gigante na normatização de fato dos povos brasileiros.

A reflexão que se pode deixar nesse momento se expressa na constatação de que o “estado de exceção” reproduz uma violência ao regime democrático, sobretudo enquanto técnica de governo de natureza perene. Nesse sentido, Gilberto Bercovici (2005, p. 10):

Para o autor, as democracias ocidentais vivem um processo de rompimento com o antigo *nomos* da Terra, levando à ruína o sistema de limitações recíprocas. O fundamento oculto desse rompimento é a exceção soberana, e o que presenciamos é a irrupção desse estado para além de seus limites. Estabelecendo uma relação entre direito e violência (em que esclarece os equívocos criados em torno do tema da segurança), demonstra que o ordenamento jurídico contém em si o seu contrário: a suspensão dos direitos, que admite uma violência não regulada pela lei, na qual o estado de exceção se torna uma estrutura jurídico-política estabelecida. Este é o prenúncio do novo *nomos* da Terra.

CAPÍTULO 3: O “ESTADO DE EXCEÇÃO” NORMATIVO

Através da metodologia da análise de conteúdo, este capítulo realiza o cotejo entre as decisões casuístas proferidas pelo STF na última década e o arcabouço teórico da biopolítica de Giorgio Agamben e Michel Foucault para que se identifiquem nos posicionamentos da Corte os elementos biopolíticos relacionados às categorizações citadas no capítulo anterior, de modo que se permita verificar indícios da instauração de um “estado de exceção” normativo pela Suprema Corte brasileira.

3.1) A biopolítica do STF:

Agamben (2004) e Foucault (2005) já haviam anunciado que a estatização do biológico não mais representava uma tecnologia de poder exclusiva do Poder Executivo. O

Poder Judiciário passou a se utilizar da biopolítica, através da manipulação da norma jurídica em suas decisões judiciais. A atuação da Suprema Corte nos últimos dez anos aponta o afastamento do STF de suas funções típicas com a finalidade de persecução de objetivos particulares do Tribunal e de seus membros. Esse distanciamento da Corte das suas prerrogativas constitucionais permite que se identifiquem posicionamentos do Supremo alinhados com as citadas categorizações biopolíticas como se demonstrará a seguir.

Importa destacar que o Direito representa um importante aliado para a viabilização da disciplinarização e da normalização da sociedade, na medida em que estabelece padrões de comportamento considerados adequados, ao passo em que penaliza as condutas em desacordo com o previsto na lei. Sobre a importância do Direito como suporte à biopolítica, Foucault (2005, p. 32) aponta:

O sistema do direito e o campo judiciário são o veículo permanente de relações de dominação, de técnicas de sujeição polimorfos. O direito, e preciso examina-lo, creio eu, não sob o aspecto de uma legitimidade a ser fixada, mas sob o aspecto dos procedimentos de sujeição que ele põe em prática.

Para tanto, o Poder Judiciário articula o ordenamento jurídico como mecanismo normalizador e disciplinador de povos no momento de prolação das decisões judiciais. Assim, o magistrado não apenas aplica a norma ao caso concreto, como também se utiliza outros saberes que, por vezes, acabam por substituir a lei. O Judiciário passou a admitir o recurso à medicina, pedagogia, clamor popular, dentre outros conhecimentos, que se entrelaçam ao discurso jurídico e inspiram a prolação de decisões desvinculadas aos ditames legais (FOUCAULT, 2001, p. 26).

A análise das decisões judiciais supramencionadas no capítulo 1, item 1.1, evidenciou que não existe uma linha ideológica e/ou doutrinária clara na adoção dos diferentes julgamentos da Corte (CAMPOS, 2014, p. 163), razão pela qual as decisões oscilam entre entendimentos voltados a garantir a efetividade dos direitos fundamentais e outros em que se retiram a eficácia de normas constitucionais mediante motivações obscuras, muitas vezes alheias às jurídicas. O STF se utiliza da incorporação de saberes de áreas diferentes do conhecimento, ao mesmo tempo em que se afasta de sua função institucional de guardião da Constituição e profere decisões desarticuladas com a letra da lei.

Através da leitura biopolítica do contexto e conteúdo das decisões estudadas, percebe-se que o STF vem testando os limites de sua competência institucional de forma progressiva para conduzir os seus posicionamentos em qualquer direção pretendida pelo julgador, com a finalidade de se fortalecer enquanto instituição e se preservar em um cenário político conturbado. Contudo, um tribunal de cúpula constitucional não pode se utilizar da

biopolítica para decidir de modo casuísta, sob pena de se afastar dos seus deveres institucionais definidos na Constituição Federal e, por fim, de se tornar um órgão político. O casuísmo representa consequência desse desprendimento do dever institucional primário da Suprema Corte, qual seja, a guarda da Constituição e da democracia que ela representa, animado pelos resquícios inquisitoriais do antigo regime ditatorial. Nessa linha, reprise-se o texto do Ministro Luís Roberto Barroso (2011, p. 100) ao dispor que é impossível ao Direito se desvencilhar completamente da política, mas destaca que o Direito deve ser exercido como tarefa jurídica, sujeito aos ditames constitucionais da objetividade, motivação, publicidade, contraditório e ampla defesa. A imparcialidade se trata de uma garantia ao exercício da judicatura, independente, desvinculado de influências externas, para que se possa chegar à solução mais próxima do ideal de justiça o possível no caso concreto posto à análise do magistrado.

A realidade judiciária brasileira envolve pretensões relativas a inúmeras prestações sociais não implementadas pelos Poderes competentes, o que colocou o Judiciário em uma situação em que devia apresentar uma solução para questões que exorbitavam seu âmbito de atuação. Ao decidir os pleitos apresentados pela população e implementar políticas públicas, o magistrado toma uma posição que pode extrapolar os ditames legais. Nessa conjuntura, o juiz já não se encontra completamente isento, dado que instigado a fazer política no caso concreto por meio do exercício da jurisdição através da manipulação da vida humana colocada a sua tutela por meio das ações judiciais.

Nessa linha, o item 1.1 apresentou a judicialização da saúde como a porta de entrada para as práticas biopolíticas pelo Poder Judiciário nacional. De início, o STF julgou casos emblemáticos como a possibilidade de pesquisa em células-tronco embrionárias e o da permissão de aborto em feto anencéfalo após a provocação da sociedade civil. Em ambos os casos, evidencia-se a estatização do biológico no processo de formação do convencimento do magistrado. No julgamento das ADI nº 3.510 e ADPF nº 54, estabeleceu-se um padrão de começo para a vida a partir de três teorias discutidas: a partir da fecundação, com a nidação (fixação do feto no útero) ou com a formação do sistema nervoso do feto. Para tanto, articularam-se conhecimentos de diversas áreas para que se desse respaldo aos ministros para decidirem quanto aos temas. Os *amicus curiae*⁵⁰ foram essenciais nesse processo de definição

⁵⁰ “Assim, continua o ilustre Ministro, o STF, ao admitir a figura do *amicus curiae*, nas hipóteses previstas na lei e de acordo com a jurisprudência que se vem firmando, “... não só garantirá maior efetividade e atribuirá maior legitimidade às suas decisões, mas, sobretudo, valorizará, sob uma perspectiva eminentemente pluralística, o sentido essencialmente democrático dessa participação processual, enriquecida pelos elementos de informação e pelo acervo de experiências que o *amicus curiae* poderá transmitir à Corte Constitucional, notadamente em um

do marco de início da vida, uma vez que profissionais da medicina, da psicologia e da religião católica foram chamados a dar seus pareceres. Depois de devidamente instruídos os processos em comento, o STF deu a última palavra. Ao proferir decisão nas ações constitucionais, a Corte elabora entendimentos com efeito vinculante em todo o país, de modo a serem interpretadas como normas jurídicas sobre os assuntos.

Importa destacar que este estudo não pretende questionar a importância de a Corte de cúpula do Poder Judiciário brasileiro abordar as temáticas relativas ao começo da vida a fim de não se criminalizar o aborto de fetos anencefálicos e de se contribuir com a ciência ao permitir a realização de pesquisas em células-tronco embrionárias, quando instigado pelos meios legais. O ativismo protagonizado pelo Tribunal nesses dois julgamentos foi provocado pela sociedade civil através das ações diretas de inconstitucionalidade e da arguição de descumprimento de preceito fundamental. As ADI nº 3.510 e ADPF nº 54 foram objeto de ampla discussão pela Corte por diversos setores do conhecimento o que abriu espaço para que os temas em comento fossem abordados no seio social através dos veículos de mídia.

O STF detém competência para decidir sobre temas de importância social através da provocação da população por meio das ações constitucionais nos termos do artigo 102 e seguintes da Constituição Federal, assim como através dos julgamentos em questões de repercussão geral.

As decisões do STF na ADI nº 3.510 e na ADPF nº 54 evidenciam a presença do “dispositivo” foucaultiano através da união de diversas áreas do conhecimento ao jurídico, a fim de implementar as prestações sociais relacionados ao direito à saúde. Nessa linha, evidencia-se o recurso aos conhecimentos de outras searas como a medicina e religião também foram empregados nos julgados através dos pareceres técnicos dos *amicus curiae*.

Após os julgamentos das ADI nº 3.510 e ADPF nº 54, o Poder Judiciário nacional passou a ser instado a se pronunciar sobre a prestação do direito à saúde em repercussão geral com os Temas 6, 500 e 793 após o aumento das demandas individuais nas primeiras e segundas instâncias do país. Os temas tratavam de demandas relativas à concessão de medicamentos de alto custo aos cidadãos hipossuficientes, dispensação de remédios sem inscrição no RENAME e, por fim, imposição da responsabilidade solidária em demandas por tratamentos médicos entre os entes federativos, respectivamente. Nos três julgados, o STF decidiu implementar políticas públicas relativas ao direito à saúde e impôs obrigações de dar e

processo — como o de controle abstrato de constitucionalidade — cujas implicações políticas, sociais, econômicas, jurídicas e culturais são de irrecusável importância e de inquestionável significação.” (LENZA, 2020, p. 264)

pagar aos entes estatais sem apurar a viabilidade orçamentária das medidas. Ao assim decidir, pode-se inferir que o STF aprofundou o ativismo judicial ao atuar como legislador positivo. As decisões em repercussão geral também se caracterizam por serem vinculantes a todos os órgãos do Poder Judiciário e à administração pública. Por conseguinte, os julgamentos repercutiram na multiplicação de demandas por medicamentos e tratamentos de saúde em todo o país para aplicar os comandos determinados pelo STF, de modo que a população não sentisse a necessidade de cobrar dos demais Poderes da República pelas medidas de suas competências acerca da política pública de saúde nacional. Assim, as decisões do Poder Judiciário passaram a ser consideradas suficientes para atender às necessidades da população carente em matéria de medicamentos no país. Embora as obrigações impostas aos entes estatais não emanassem de normas jurídicas, as sentenças detinham a normatividade capaz de compelir os devedores a cumprir as prestações determinadas. Dessa forma, os julgamentos dos temas de repercussão geral impunham obrigações com “força-de-lei” no sentido agambeniano.

Importa salientar o mérito do STF em colocar a população hipossuficiente em evidência ao conceder-lhes prestações sociais de caráter urgente, eis que inegável que vidas foram salvas. Dessa forma, o Tribunal se fortaleceu quanto instituição, de sorte a alcançar alto nível de respaldo junto à sociedade civil.

Essa tendência criativa do STF se aperfeiçoou na concessão de sentenças com conteúdo normativo, especialmente nas demandas criminais. Os casos mencionados neste trabalho, a princípio, traçam um panorama de decisões judiciais em matéria penal em que o Judiciário preza pela taxatividade do texto constitucional e defesa das garantias penais constitucionais em face do acusado/réu. Como exemplos, citem-se os julgamentos judiciais e extrajudiciais relativos à proibição de formulação de denúncia genérica (STF. 2003. Inquérito nº 1578), garantia de proteção à incolumidade do preso com a restrição do uso de algemas a determinadas situações (STF. 2008. Súmula Vinculante nº 11), acesso amplo aos elementos probatórios pelo investigado/acusado (STF. 2009. Súmula Vinculante nº 14), proibição de realização de medida cautelar de busca e apreensão através de invasão de domicílio (STF. 2016. Tema de repercussão geral nº 280 do STF), respeito à competência originária da Corte descrita no art. 102 da CF (BRASIL. STF. 2018. Petição nº 7321), e, por fim, a incompatibilidade com a Constituição Federal da condução coercitiva de investigados (STF. 2018. ADPF 395/DF e ADPF 444/DF).

Em todas as decisões supramencionadas, o STF adota postura garantista em relação aos direitos fundamentais dos investigados e réus com amparo nas normas

constitucionais vigentes com ressalvas à regulamentação feita pela Corte do uso da algema que se encontra desprovida de respaldo legal. Não houve necessidade de promover inovação no ordenamento jurídico na maioria destes casos, haja vista a previsão expressa no texto constitucional sobre os temas.

Outrossim, nos casos relativos à prisão após condenação em segunda instância (HC 126.292/SP e ADCs. nº 43, 44 e 54) e na equiparação ao crime de homofobia ao de racismo, o STF ultrapassou os limites de sua competência jurisdicional e legislou em direito penal e processual penal. A Constituição Federal determina que não deve existir crime sem lei anterior que o defina, nos termos do art. 5º, XXXIX da CF, bem como que esta tipificação de condutas se trata de matéria de competência exclusiva da União, segundo art. 22, I, da CF⁵¹. Sendo assim, o STF não dispõe de legitimidade para criar penas e definir regras de processo penal como o fez nos julgamentos em comento, de sorte que deve apenas se ater a aplicação da norma vigente.

As decisões da Corte na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) nº 26 e no Mandado de Injunção nº 4.733 se declarou a omissão do Congresso Nacional em elaborar norma protetiva à população vulnerável LGBT+ e se criminalizou a homofobia como crime de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional previstos na Lei 7.716/89. O clamor social da população LGBT+ se revelou em grande influência para a atuação criativa do STF com a criminalização da homofobia como crime de racismo.

Com os julgamentos das ações em comento, o STF ultrapassa os limites de suas prerrogativas constitucionais, haja vista que a edição de norma penal incriminadora se revela em competência legislativa a cargo do Congresso Nacional. Importa destacar que, embora o vácuo de poder ocupado pelo STF ao disciplinar sobre a matéria criminal em comento tenha efeitos positivos na contenção da violência à população LGBT+, acaba por legitimar a Corte a atuar atipicamente de modo reiterado. Ressalte-se que, por mais abominável que seja o preconceito e a violência sofridos pela comunidade LGBT+, o Poder Judiciário não se encontra habilitado pela Constituição Federal a atuar como legislador. Revela-se incompatível com o Estado Democrático de Direito a criação de normas penais pelo STF, de modo que a necessidade de tutela de uma população vulnerável não pode ser capaz de suplantar o dever de coerência da Corte com o regime democrático.

⁵¹ Art. 22 da CF: Compete privativamente à União legislar sobre:

I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

Nas decisões em comento, permitem a identificação do elemento biopolítico do “poder soberano” agambeniano quando o STF decide ignorar as normas constitucionais relativas à repartição de competência entre os Poderes, especialmente às disposições acerca do processo legislativo. A Constituição Federal descreve o rito de elaboração de leis brasileiras a partir do artigo 59 e nenhuma das normas citadas inclui o Judiciário na atividade legiferante. O posicionamento da Corte também permite a relação com o conceito de *“imperium”*, eis que o Supremo tipificou uma conduta como criminosa e impôs a sua normatividade a todo o território nacional, sem se utilizar do rito legislativo, de modo que editou norma com “força-de-lei”. O STF não apenas criou um crime de homofobia, mas o equiparou a um delito inafiançável e imprescritível. Tamanhas restrições aos direitos fundamentais de eventuais réus deveriam ter sido objeto de discussão perante as duas casas legislativas.

Interessante notar que o clamor da comunidade LGBTQ+ massacrada pela violência e preconceito no Brasil serviu como “dispositivo” a justificar a imposição do “estado de exceção” do STF. O respaldo da população vulnerabilizada se revela em tecnologia de poder que permite a perpetuação da exceção normativa, haja vista que, ainda que por caminhos antidemocráticos, um dos poderes estatais ofereceu suporte à luta da comunidade LGBTQ+. Assim, como a atuação da Corte Suprema em favor da população LGBTQ+ poderá salvar vidas, dificilmente, o povo questionará a atuação atípica do Poder Judiciário em situações semelhantes, o que possibilita que o STF tome liberdades ainda maiores em oportunidades posteriores.

Já com relação ao julgamento do HC 126.292/SP de 2016, o STF realizou interpretação punitivista da norma constitucional do art. 5º, inciso LVII, da Constituição Federal ao limitar o alcance do princípio da presunção da inocência à condenação em segunda instância. Desse modo, a partir do apelo em instâncias extraordinárias, a culpa do réu se configura confirmada nos autos, permitindo que o mesmo seja recolhido à prisão sem que a garantia constitucional fosse maculada. Também se argumentou que a grande quantidade de recursos no direito processual penal estimula a propagação da impunidade, o que deveria ser combatido com veemência pela Corte Constitucional. A preocupação com a efetividade dos julgamentos deve permear o imaginário do Tribunal, mas não pode servir de expediente para se ignorar as previsões expressas da Constituição acerca do tema.

Dito isso, em 2019, o tema foi revisitado pela Corte quando do julgamento das ADCs de nº 43, 44 e 54. Eventual alteração da decisão do STF repercutiria na liberdade do ex-presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva, preso em 5 de abril de 2018 após confirmação da condenação pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região por corrupção

passiva e lavagem de dinheiro no caso do triplex em Guarujá no bojo da “Operação Lava-Jato”.

Desta vez, destacou-se como argumento favorável à mudança do entendimento a discussão pela constitucionalidade do art. 283 do CPP, eis que o mesmo reprisa o inciso LVII do art. 5º da CF e condiciona a prisão do condenado à condenação criminal transitada em julgado. Ademais, invocou-se a literalidade do art. 5º, LVII, da CF, eis que o mesmo determina que a presunção da inocência do réu deva perdurar até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, de modo que não deviam restar dúvidas com relação ao momento de recolhimento à prisão do condenado.

Esta pesquisa explicitou que os fundamentos jurídicos explanados pelos ministros para a alteração do posicionamento do STF não trazem nenhuma novidade com relação à discussão travada em 2016, apenas houve uma nova interpretação às normas jurídicas no sentido de direcionar o entendimento da Corte na direção pretendida naquela oportunidade. Os ministros Dias Toffoli e Gilmar Mendes foram dois dos membros da Corte que mudaram de posição em 2019. Ambos citaram o aumento do encarceramento de pessoas pobres de 2016 a 2019, assim como a alteração do cenário processual penal brasileiro, que estaria mais preocupado em punir e prender a população, de sorte que o momento histórico justificava a limitação do arbítrio estatal. Os argumentos apresentados, embora relevantes do ponto de vista doutrinário, não possuem a mesma força jurídica que o da literalidade do comando constitucional e infraconstitucional em discussão.

Assim, o caso em comento evidencia que o Tribunal manipulou o ordenamento jurídico para fazer a leitura dos institutos jurídicos que fosse conveniente para a defesa do interesse pretendido do momento. Neste caso, evidenciam-se elementos relacionados ao conceito de “dispositivo” de Michel Foucault, quanto a Corte alterou o seu entendimento quanto ao momento do encarceramento do condenado em segunda instância. Os conhecimentos jurídicos foram articulados pelos ministros para dar interpretações opostas de uma mesma norma constitucional, a fim de direcioná-las ao atingimento de determinados objetivos, os quais normalmente se revelam em descompasso com a função institucional do Tribunal. Frise-se que a mudança no entendimento teve como plano de fundo a liberdade de um ex-chefe de estado com grande probabilidade de ser reeleito em eleição posterior. Dessa forma, se a libertação do ex-presidente teve influência no contexto de alteração do posicionamento da Corte não cabe a este trabalho apurar, todavia os votos vencidos dos ministros apontam que a Corte estaria cedendo a influências externas a que chamaram de “clamor populista”.

Além da evidência do uso do “dispositivo” foucaultiano, os dois julgamentos relativos à definição do momento do encarceramento do condenado em segunda instância recursal se conectam às categorizações biopolíticas de Giorgio Agamben. A decisão traz indícios de que o STF age imbuído do “*imperium*” do magistrado romano ao impor a suspensão de um direito fundamental previsto em norma internacional com adesão brasileira, constitucional e infraconstitucional. Assim, entende-se que a Corte se comporta como soberano, ao se colocar acima do ordenamento jurídico nacional e cria uma normatividade casuística com “força-de-lei”.

A fim de preservar o sistema de repartição de poderes, caberá ao STF ter ciência de sua posição no pacto democrático ao atuar dentro dos limites de sua competência institucional, nos termos da Constituição Federal. Os membros da Corte devem ter coerência em seus discursos e posicionamentos doutrinários quanto à consciência de seus deveres constitucionais.

Nessa linha, em seu Manual de Direito Constitucional, o ministro Luís Roberto Barroso (2018, p. 238) definiu as funções do STF: “proteger e promover os direitos fundamentais, bem como resguardar as regras do jogo democrático”. Ainda, o ministro Barroso (2009, p. 4) assim completou:

O Judiciário não pode ser menos do que deve ser, deixando de tutelar direitos fundamentais que podem ser promovidos com a sua atuação, e, de outra parte, não deve querer ser mais do que pode ser, presumindo demais de si mesmo e, a pretexto de promover os direitos fundamentais de uns, causar grave lesão a direitos da mesma natureza de outros tantos.

Giorgio Agamben (2004, p. 17) já havia anunciado sobre o perigo da perpetuação do “estado de exceção” e de sua consequência prática consubstanciada na abolição temporária da distinção entre os Poderes da República de modo que tem ameaçado estados contemporâneos democráticos, como o caso do Brasil. Nessa linha, Agamben (2004, p. 131) pontua que:

O estado de exceção, hoje, atingiu exatamente seu máximo desdobramento planetário. O aspecto normativo do direito pode ser, assim, impunemente eliminado e contestado por uma violência governamental que, ao ignorar no âmbito externo o direito internacional e produzir no âmbito interno um estado de exceção permanente, pretende, no entanto, ainda aplicar o direito.

3.2) Declaração de constitucionalidade na ADPF 572 e condução das investigações do STF no Inquérito nº 4781 como exemplo de atuação do STF como “poder soberano”

O STF encontrou nas demandas de implementação do direito à saúde da população o caminho para a preservação da instituição através da adoção da tendência ativista

em suas decisões vinculantes. Com o respaldo popular conquistado com a concessão de prestações sociais, não demorou para que o Supremo exorbitasse de suas competências constitucionais em outros ramos do Direito, como no Penal. O Tribunal extrapolou toda a cartilha de prerrogativas institucionais ao tipificar condutas criminais e negar garantias constitucionais de previsão expressa através da manipulação e da interpretação das normas jurídicas. Assim, o ativismo judicial das prestações sociais redundou em casuísmo completo nas decisões judiciais e extrajudiciais da Corte, de modo que o órgão de cúpula do Judiciário nacional se comportava como que se possuísse carta branca para emitir posicionamentos sem vinculação ao ordenamento jurídico, mas sim à vontade de seus membros.

Como frisado anteriormente, evidencia-se uma ausência de coerência das decisões no fato de não haver uma linha doutrinária ou ideológica seguida pela Corte em seus posicionamentos, de sorte que se permite constatar que o Tribunal altera seus entendimentos judiciais, a depender das circunstâncias sociais, políticas e econômicas convenientes na ocasião, conforme indicado nos exemplos supracitados.

A evolução dessa tendência casuísta se revela seu apogeu quando se avalia a atuação do Tribunal desde a abertura do Inquérito nº 4781 do STF. O ápice do ativismo judicial se revela no político, como o presente em toda a tramitação do Inquérito nº 4781 do STF em que o Tribunal articula a lei para afastar seus opositores políticos. Neste procedimento, o STF, a pretexto de investigar supostas agressões no meio cibernético e a divulgação de notícias desabonadoras de suas funções que tem como autores as figuras políticas, afastou a aplicação das normas constitucionais e dos entendimentos dominantes da Corte.

Importa frisar que o Inquérito nº 4781 se distingue dos demais exemplos citados por este estudo em razão de o procedimento investigativo ter sido instaurado pelos próprios membros do STF. Assim, não houve provocação da atuação da Corte pelo órgão competente para a persecução penal, o Ministério Público Federal, ou até mesmo pressão da sociedade civil, o que revela o nítido abuso das prerrogativas constitucionais pelo Supremo.

As decisões da Suprema Corte brasileira no inquérito das *fake news* se relevam tão distoantes da normatividade vigente que se permite reconhecê-las na zona de indeterminação existencial descrita por Giorgio Agamben (2007, p. 160). Os posicionamentos do STF se utilizam do aparato da normatividade jurídica para dar aparência de legalidade à facticidade política que inspira a atuação do Tribunal, como no caso do Inquérito das *fake news*. Essa constatação se revela importante à compreensão da evolução do casuísmo da Corte, em razão do contexto de disputa política em que a investigação surgiu. Este estudo já enunciou que o Inquérito foi instaurado como reação às denúncias realizadas pelo site “O Antagonista” que

ligava o ministro Dias Toffoli ao empreiteiro Marcelo Odebrecht investigado pela “Operação Lava Jato”.

Assim, o procedimento aberto pelo STF nasceu uma investigação fulminada de inconstitucionalidades a começar pela macula ao sistema acusatório consagrado na Constituição Federal. O sistema acusatório se caracteriza pela divisão de funções entre os órgãos de persecução judicial com a finalidade de conter o arbítrio estatal. Essa repartição de competências consta no texto constitucional incorporada na principiologia das garantias do juiz natural, proibição de Tribunais de Exceção, contraditório e ampla defesa, e expressamente definida no art. 129 da CF que designa a exclusividade da titularidade da ação penal ao órgão do Ministério Público. Por conseguinte, não existe nenhuma interpretação do ordenamento jurídico capaz de autorizar a instauração de uma investigação pelo próprio órgão julgador, sob pena de se impor um retrocesso às garantias constitucionais conquistadas. O Inquérito nº 4781 do STF representa uma reação política violenta aos opositores do Supremo sem qualquer respaldo no ordenamento jurídico. Dessa forma, o STF ocupa, ao mesmo tempo, a posição de vítima, investigador, acusador e juiz dos crimes em tese praticados.

Constata-se a presença do *“imperium”* dos tempos romanos, quando o STF concentra em si a figura do Estado e formaliza a abertura de um Inquérito policial que, posteriormente, irá julgar. Comporta-se como um soberano agambeniano ao suspender todo o ordenamento jurídico nacional contrário aos interesses particulares de seus membros e impõe uma normatividade de fato. Assim, o STF se coloca acima da legislação vigente ao mesmo em que concede aparência de legalidade aos seus atos ao proferir decisões com *“força-de-lei”*. Nessa linha, a Corte se utilizou do artigo 43 do regimento Interno do Tribunal para tentar dar a roupagem de legal à abertura da investigação. Como mencionado alhures, o normativo em comento foi editado durante a ditadura militar em 1970, de sorte que o seu texto reflete um momento histórico de arbitrariedade das autoridades estatais brasileiras. Dessa forma, não revela congruência com o restante do ordenamento jurídico, sobretudo com a Carta Magna promulgada posteriormente em 1988. Assim sendo, o STF se beneficiou de um texto legal não recepcionado pela Constituição Federal para fundamentar o Inquérito nº 4781 em manipulação grosseira de uma legislação revogada tacitamente do ordenamento jurídico nacional. Assim, verifica-se relação da norma em comento com a categorização da *“força-de-lei”*, eis que a legislação fundamentadora do Inquérito nº 4781 teve a sua aplicabilidade imposta como se fosse uma lei válida e eficaz, embora não possa ser considerada válida no contexto da Constituição Federal de 1988. Ademais, o recurso à fundamentação regimental incompatível com a CF de 1988 também pode ser apreciado à luz do conceito de *“dispositivo”*

como tecnologia de poder eficaz em que se manipulam conhecimentos diversos, nesse caso, o jurídico, para o alcance de objetivos previamente delimitados pelo soberano. A incidência do artigo 43 reverberou na distorção das regras de distribuição de processos e procedimentos por sorteio entre os membros do Tribunal, em razão de a norma do RISTF conter previsão de designação direta ou delegação, de sorte que autorizava a designação específica da relatoria ao ministro Alexandre de Moraes.

Ademais, ainda que fosse possível superar a incompatibilidade do artigo 43 do RISTF com a Carta Magna, tem-se que o conteúdo da norma condiciona a abertura do procedimento investigatório ao fato de a suposta infração penal ter ocorrido nas dependências do Tribunal. Os delitos investigados pelo STF contam com a particularidade de terem sido consumados no ambiente da internet, o que afasta a incidência da norma regimental como fundamento de abertura do Inquérito. O ministro relator da ADPF nº 572, Edson Fachin, fez uma interpretação extensiva da lei sem respaldo jurídico para considerar que os crimes cometidos em ambiente virtual, reputam-se consumados dentro da sede do Tribunal. O “dispositivo” foucaultinano emerge, assim, como mecanismo de exercício de poder, haja vista que a Corte molda a interpretação de textos legais à versão que melhor acolhesse os interesses dos membros do STF.

Ressalte-se, ainda, o teor da argumentação trazida pelo ministro do inquérito de que a gravidade das ofensas aos membros e familiares da Suprema Corte justificaria a excepcionalidade à competência anômala. Edson Fachin, ao mesmo tempo em que reconhece o absurdo da cumulação de competência investigatória e julgadora em mesmo órgão, sustenta que a defesa da integridade da instituição deve prevalecer à normatividade vigente. A expressão *necessitas legem non habet*⁵² explicada por Giorgio Agamben (2004, p. 40) ilustra a fundamentação dada pelo ministro, eis que a necessidade sobre a qual se baseia a exceção não tem a forma jurídica.

Adicione-se ao catálogo de irregularidades, a formulação de denúncia genérica em face dos investigados em desacordo com o artigo 41 do CPP. A necessidade de se formular denúncia com a explicitação clara dos elementos que evidenciam a autoria e materialidade do delito se qualifica como garantia processual penal relacionada aos princípios do contraditório e a ampla defesa. Nessa linha, o CPP considera a peça acusatória em desacordo com os requisitos elencados pelo art. 41 como inepta e fulminada de nulidade. Diante da vagueza do

⁵² Giorgio Agamben (2004, p. 43) explica que: “O princípio de que a necessidade define uma situação particular em que a lei perde sua vis obligandi (esse é o sentido do adágio *necessitas legem non habet*) transforma-se naquele em que a necessidade constitui, por assim dizer, o fundamento último e a própria fonte da lei.”

conteúdo da denúncia quaisquer condutas de cidadãos brasileiros podem ser investigadas, caso o Ministro Alexandre de Moraes os considere como ofensivos à “honorabilidade” da Corte poderão ser investigados no corpo do Inquérito. A dificuldade na formulação da defesa por parte do investigado não se limita à generalidade da acusação, eis que houve determinação do ministro relator de que o inquérito fosse sigiloso sem nenhuma fundamentação legal. Novamente, a Corte incorpora o “poder soberano” ao promover a suspensão das garantias processuais penais e constitucionais para que ampliasse o espectro do seu poder.

Nesse ponto, interessa apontar a aproximação dos investigados indeterminados com o *homo sacer* agambeniano, eis que as vidas nuas se encontram em uma “relação de inclusão-exclusão” com o ordenamento jurídico vigente imposta pelo soberano, o que lhes implica a negação da tutela do estatuto jurídico. Além disso, desponta a constatação da potencialidade de todos os cidadãos brasileiros se tornarem vidas nuas desprovidas de proteção jurídica, a depender da permanência da exceção normativa do STF. Agamben (2007, p. 182) asseverou:

O sistema político não ordena mais formas de vida e normas jurídicas em um espaço delimitado, mas contém em seu interior uma localização deslocante que o excede, na qual toda forma de vida e toda norma podem virtualmente ser capturadas.

Nessa linha, importa mencionar que a aporia do “*imperium*” do magistrado se revela em harmonia com a atuação do STF no mencionado Inquérito, em razão de personificarem a supremacia estatal em si de maneira semelhante aos juízes romanos *cum imperium*. O poder dos magistrados dotados de “*imperium*” se fundamentava no fato de serem eleitos pelo povo, e, principalmente, por conta da gerência sobre a vida humana que ostentavam por conta de serem acompanhado dos *lictors*. Do mesmo modo, o STF tem conduzido a sua atuação no curso do Inquérito nº 4781 por ostentar a posição de decidir quem estará ou não na mira da Corte. A amplitude das acusações e a indeterminação dos investigados do Inquérito carregam consigo o intento de causar o temor na população de que quem se manifestar contrariamente aos interesses da Corte, inclusive particulares, pode sofrer a incidência do feixe *lictório* do Supremo.

Todas as irregularidades mencionadas nesta pesquisa foram objeto de questionamento na abertura do Inquérito pelo MPF, porém todas as medidas adotadas pelo MPF e pelos investigados não tiveram sucesso. Concomitantemente, o partido político Rede Sustentabilidade impetrou a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) em 23 de março de 2019 que também pretendia a anulação de toda a investigação em face das ilegalidades apontadas. Contudo, a ADPF nº 572 foi julgada improcedente por decisão quase unânime dos membros da Corte. As razões legais para decidir pela inconstitucionalidade do

Inquérito saltavam aos olhos, mas o STF se esquivou de todas elas com base em fundamentação regimental desatualizada e, quando não cabiam mais argumentos, apelou aos princípios fundamentais, eis que não podia admitir que a instituição fosse contrariada. Embora se deva respeito a mais Suprema Corte brasileira, esta não está acima da lei e, sobretudo da Carta Magna, a qual este órgão deve reverência.

Destaque-se que não se está a desabonar o teor das denúncias apresentadas no bojo do aludido inquérito, eis que os ataques afirmados superam e muito o limite traçado pela liberdade de expressão, direito fundamental de integridade constitucional. Ao revés, pretende-se que a *notícia criminis* seja submetida ao protocolo penal de apuração pelos órgãos competentes com todas as garantias de contraditório e da ampla defesa garantidas, em homenagem, inclusive, ao princípio da presunção da não culpa.

A identificação das categorizações biopolíticas na atuação do STF no Inquérito da *fake news* aliada à recalcitrância da Corte em reconhecer a sua arbitrariedade pode evidenciar a imposição de um “estado de exceção” normativo no Brasil. O STF tem prolatado decisões completamente desprovidas de fundamentação na normatividade jurídica. As diversas decisões com “força-de-lei” que distorcem as interpretações para dar-lhes a versão que convenham ao fortalecimento das relações de poder do STF e até mesmo, a sua autopreservação. O órgão de cúpula da nação se comporta como “poder soberano” ao promover a exclusão de todo o ordenamento jurídico vigente e impor uma normatividade que compactue com os interesses individuais dos membros da Corte, inclusive para se preservar diante de uma disputa política.

A reiteração da exceção normativa se evidencia diante de toda a resistência da Corte em acolher os argumentos dos órgãos que apresentaram os seus questionamentos no bojo das manifestações mencionadas nessa pesquisa. Não existe mais pudor do Tribunal com relação à desvinculação jurídica que se verifica do conteúdo das decisões no bojo do Inquérito. O intento do Tribunal indica revanchismo da Corte aos opositores por meio do aparato jurídico, em descompasso com os deveres institucionais do STF. A preocupação do STF com a honorabilidade da instituição não deve convencer a sociedade, uma vez que vem acompanhada de um desrespeito à Carta Magna a que devem obediência.

Desta feita, a justificação da investigação com fundamentação jurídica tão frágil pode encontrar uma explicação no fato de o STF se colocar em um espaço onde a política e o direito se tornam uma unidade, de modo que “as normas jurídicas se indeterminam em mero fato; um limiar, portanto, onde fato e direito parecem tornar-se indiscerníveis” (AGAMBEN, 2004, p. 54). No curso do Inquérito, o STF evidencia uma “violência sem logos”

(AGAMBEN, 2004, p. 63), ao suspender a aplicação das normas e garantias processuais aos investigados indeterminados e impor uma ordem fundamentada no seu “poder soberano”. A indeterminação dos investigados e a restrição de acesso aos meios de defesa revelam que o Tribunal não demonstra se submeter a quaisquer limites, de sorte a poder alcançar todo opositor que atinja a sua “honorabilidade”. O Tribunal se encontra dentro e fora do espaço jurídico que lhe foi delimitado constitucionalmente, operando as vidas nuas por ele eleitas conforme os interesses defendidos no momento.

Os indícios de instauração de um Tribunal de Exceção pelo STF com a perpetuação das investigações no Inquérito das *fake news* se evidenciam também com o deferimento de diversas medidas cautelares de busca e apreensão, sem que a supervisão do órgão de acusação fosse realizada. As medidas cautelares de natureza investigatória, prévias a uma futura ação judicial, já enunciam uma parcialidade completa da instituição diante dos fatos analisados, eis que se direciona a prova ao que se pretende encontrar na aludida diligência, em total desrespeito ao sistema acusatório e aos ditames do Estado Democrático de Direito.

Por oportuno, as decisões tomadas pela Corte após a declaração de constitucionalidade do Inquérito não surpreendem, na medida em que dão sequência à arbitrariedade anunciada na abertura do procedimento investigativo. A determinação de buscas e apreensões sem a participação dos órgãos de persecução penal abre espaço para o cometimento de abusos de autoridade e cerceamento dos direitos de defesa dos investigados. Exemplos recentes da perpetuação da exceção normativa do STF se revelam nas prisões do parlamentar Daniel Silveira e ex-deputado federal Roberto Jefferson, ambas no bojo do aludido inquérito. Os dois parlamentares promoveram manifestações de desapeço em face à Suprema Corte, de sorte que tiveram decretadas as prisões sem o atendimento dos requisitos da legislação aplicável a cada situação. No caso de Daniel Silveira, a prisão preventiva foi decretada, após a divulgação de vídeos que propagavam violência contra os ministros e outros atos antidemocráticos. Contudo, como se trata de deputado com mandato ativo, tem-se a incidência do artigo o art. 53, §2º da Constituição Federal, que condiciona a prisão de um parlamentar ao flagrante delito de crime inafiançável.

Todavia, Alexandre de Moraes, manipulando o “dispositivo” jurídico, justifica a configuração do flagrante no fato de o vídeo ter permanecido no ar na plataforma digital Youtube até o momento da decretação da prisão. Já com relação ao ex-deputado Roberto Jefferson, houve a determinação da prisão preventiva do parlamentar sem o cumprimento dos requisitos legais da espécie de encarceramento descritos no artigo 312 do CPP. Mais uma vez, o ministro relator apresenta fundamentação jurídica frágil relativa ao eventual risco que a

liberdade de Jefferson colocaria a sociedade e a instrução processual, ao passo em que apela a elementos extrajurídicos como o desrespeito às instituições públicas do país.

Como visto anteriormente, o STF se revela incoerente com relação a julgados próprios proferidos recentemente em temática semelhante, o que denota que o exercício da biopolítica do STF tem servido ao desejo de autopreservação da Corte contra os opositores da instituição. O Tribunal tem manejado os “dispositivos” de diversas áreas de conhecimento para forçar interpretações legais que servem a uma agenda política revanchista diante de seus opositores, o que não se compatibiliza com as funções constitucionais da instituição. Assim, emerge a conclusão de que a Corte tem instituído uma exceção normativa com vistas se autopreservar diante de um contexto nacional de disputa de poderes entre as instituições da República.

Ademais, ressalta-se que o estudo de Michel Foucault dos inquéritos administrativos durante a Idade Média no sistema de busca da verdade Foucault pode ilustrar a situação da Corte com o Inquérito nº 4781. Despontam similaridades entre o procedimento arcaico de apuração da verdade realizado nos inquéritos administrativos, eis que se pautavam apenas nas informações coletadas por pessoas notáveis da comunidade. Isso significa que a apreciação da culpa de eventual infrator dependia da boa ou má vontade dos cidadãos que tinham a opinião considerada pelos procuradores do soberano. Assim, a ausência de fundamentação jurídica e o consequente caráter factual das investigações permitiam que pessoas inocentes sofressem a incidência de penalidades, eis que a decisão se sujeitava ao bel-prazer dos notáveis, que poderiam deixar prevalecer qualquer interesse particular para punir o suposto infrator. Nesse ponto, o Inquérito nº 4781 do STF se assemelha com o inquérito administrativo da Idade Média, em razão de as fundamentações das decisões apresentadas pela Corte Suprema se revelam despojadas de normatividade, ao mesmo tempo em que impregnadas de facticidade da política. Interessante notar que Foucault (2003, p. 78) identifica o inquérito administrativo como uma tecnologia de poder exercida por meio de um órgão judicial, em razão de o sistema de busca da verdade da Idade Média ter como fim o alcance de algum objetivo com feição política, a exemplo, do enriquecimento do Estado.

O exemplo do inquérito administrativo dado por Foucault ensina que a atuação do órgão de cúpula do Poder Judiciário nacional tem representado um inadmissível retrocesso das práticas judiciárias nacionais às do século XII. Essa conclusão se extrai de toda problemática imbricada na abertura, declaração de constitucionalidade e a condução de um inquérito absolutamente distante da legalidade constitucional e em descompasso com o ordenamento jurídico penal. Por oportuno, a Constituição de 1988 surgiu como um manifesto

democrático e consagrador de direitos e garantias fundamentais incorporados em uma carta normativa e dirigente, de sorte que não se admitem quaisquer medidas constritivas àqueles, se não mediante fundamentação legal e constitucional contundente, sobretudo em se tratando de Direito Penal.

As investigações entabuladas pelo Inquérito ainda estão em curso e terão repercussões no cenário nacional, todavia a presença das chaves de leitura biopolíticas supramencionadas e a perpetuação dos abusos à legalidade vigente se revelam como representativas, desde então, da imposição de um “estado de exceção” pela Corte, que se anuncia como permanente. O Inquérito nº 4781 carece de fundamentação legal desde sua gênese e sua tramitação segue refletindo os preceitos inquisitoriais, em que a busca pela verdade real legitima qualquer instrumento de acesso à prova, haja vista que a investigação tem como função primordial garantir a integridade da Corte Suprema, não havendo, pois, limites para tanto. Os limites e meios de prova da investigação levados a efeito não podem ser apurados e controlados, eis que o controle não tem sido ofertado aos órgãos competentes como, no caso, a Procuradoria Geral da República.

O comportamento do Tribunal implica a segurança política-jurídica das decisões, de sorte a gerar dúvidas quanto ao teor da próxima decisão emanada pela Suprema Corte, haja vista que poderá refletir a ordem do dia e não o primado da constituição vigente. Como já dizia Luigi Ferrajoli (2008, p. 43), o Estado Democrático de Direito tem sua razão de ser subordinada ao cumprimento das normas constitucionais, sobretudo as consagradoras de direitos e garantias fundamentais, dentre elas sobressai o princípio da imparcialidade. Sem o respeito a tais pressupostos constitucionais, não há democracia legítima, e toda a estrutura social, jurídica e política pode vir a ruir e beirar ao absolutismo.

Ronald Dworkin (2001, p. 451) explicou as consequências dos abusos da judicialização da política:

Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima.

3.3) Reflexões acerca da contenção dos poderes de exceção

Esta pesquisa demonstrou que a tecnologia de governo marcada pela exceção normativa se revela incompatível com o Estado Democrático de Direito. A coerência do

sistema jurídico sobre o qual se pauta a organização do Estado brasileiro se coloca em risco com a perpetuação de práticas exceptivas por parte dos Poderes da República.

Agamben (2004, p. 76) aduz que o “estado de exceção” não se manifesta apenas na instituição de ditaduras autoritárias, mas, principalmente, podem se encontrar inseridas dentro de um Estado democrático, em que visualizam nuances de despotismo escondidas sob uma legalidade de fato. A chamada ditadura constitucional guarda a peculiaridade de estar inserida em um “(...) círculo vicioso segundo o qual as medidas excepcionais, que se justificam como sendo para a defesa da constituição democrática, são aquelas que levam à sua ruína” (AGAMBEN, 2004, p. 20).

O STF tem exercido uma ditadura constitucional, na medida em que respalda as arbitrariedades legais cometidas nos últimos 10 anos na defesa da democracia e integridade das instituições, como no caso emblemático do Inquérito nº 4781. A doutrina estudada neste trabalho demonstrou que a permanência de atuação exceptiva, a exemplo da praticada pela Corte Suprema nacional se revela uma técnica de exercício de poder que marca as democracias contemporâneas. Assim, o “estado de exceção” respaldado juridicamente implica uma violência ao regime democrático e deve ser combatido pela sociedade, sob pena de as arbitrariedades se avolumarem, de modo a minar os direitos fundamentais duramente conquistados.

Esclareça-se que esta pesquisa não pretende apresentar uma solução à problemática da perpetuação da exceção normativa pela Suprema Corte. Tampouco se tem a intenção de afirmar categoricamente que o Tribunal possui um projeto coeso de concentração dos poderes da República por meio da exceção. As discussões acerca do tema ainda não evoluíram suficientemente para que esta pesquisa faça afirmações conclusivas sobre a manutenção do sistema exceptivo pelo STF nos próximos anos. Outrossim, o trabalho busca apresentar um diagnóstico do comprometimento ao Estado Democrático de Direito protagonizado pela antijuridicidade das decisões do guardião da Constituição Cidadã na última década, e buscar respaldo teórico do casuísmo estudado com a teoria do “estado de exceção” agambeniana.

Destacam-se duas teorias que trazem perspectivas interessantes de como conter os abusos à democracia perpetrados pelo “poder soberano”. Para tanto, apresentar-se-ão, de modo sucinto, as doutrinas do constitucionalismo garantista de Luigi Ferrajoli (2015) e a da crise do estado moderno de Boaventura de Sousa Santos (2009).

Luigi Ferrajoli apresenta o constitucionalismo garantista como uma alternativa ao modelo neoconstitucional vigente. O neoconstitucionalismo ou constitucionalismo

princípioalista surgiu como proposta para superar as deficiências do positivismo jurídico no atendimento das demandas sociais, eis que a mera subsunção do fato à norma por parte dos julgadores não mais atendia às pleitos das sociedades democráticas. O constitucionalismo princípioalista tem como premissa a incorporação de princípios de viés ético-moral no texto constitucional dotados de caráter normativo e abertos às mais variadas interpretações por parte do magistrado, a exemplo dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade (FERRAJOLI, 2012, p. 6-7). A doutrina em comento apregoava uma posição de superioridade dos princípios em detrimento das normas, o que abria espaço para uma atuação normativa do julgador no exercício da atividade de ponderação de interesses. Assim, o neoconstitucionalismo propunha a reaproximação do direito com a moral, em oposição direta à premissa básica da separação entre direito e moral do positivismo (MOREIRA, 2008, p. 168). Nessa linha, Rossi (2011, p. 154) sustenta:

O neoconstitucionalismo quer promover o reencontro do direito com os valores, rematerializando-o. A técnica subsuntiva, própria do positivismo tradicional que separava hermeticamente o direito da moral, torna-se cada vez mais insuficiente para dar solução à gama complexa de questões que surgem no horizonte. O conflito entre princípios, especialmente na seara dos direitos fundamentais, exige uma nova técnica de solução, a ponderação de valores, o juízo argumentativo desta ponderação.

Ferrajoli (2012, p. 33) aponta que a admissão do reencontro epistemológico entre direito e moral pode redundar em duas falácias:

(...) a falácia jusnaturalista, consistente na identificação (e na confusão da validade com a justiça, em algum sentido objetivo desta segunda palavra; e a falácia ético-legalista, consistente – mesmo na variante do constitucionalismo ético – na oposta identificação (e confusão) da justiça com a validade.

A mera localização de uma norma no texto constitucional não garante a justiça em sua eventual aplicação, tampouco o fato de uma norma ser considerada justa pela sociedade implica a garantia da sua validade dentro ordenamento. Assim sendo, os conceitos de moral e a justiça de um “dispositivo” legal se vinculam a análises filosóficas alheias ao ramo do Direito.

O segundo aspecto do constitucionalismo princípioalista se relaciona à distinção entre princípios e normas, em que se apregoa que as normas principiológicas deteriam maior imperatividade que as normas, assim como um conteúdo mais amplo que o das regras jurídicas. Ferrajoli (2012, p. 38) entende que essa diferença embora exista, não pode ser considerada estrutural como definem pelos neoconstitucionalistas, mas apenas “de estilo”, eis que toda norma contém um princípio implícito em seu comando e vice versa.

Para Ferrajoli (2012, p. 38), admitir a distinção entre princípios e normas provoca o enfraquecimento do caráter normativo das Cartas Magnas de uma nação. Assim, a

concepção da Constituição como um conjunto de princípios de conteúdo moral e, por consequência, com normas de comandos indeterminados, relega a sua efetividade à interpretação de um julgador no caso concreto. Uma norma constitucional deve conter comandos claros a fim de facilitar a aplicabilidade direta e imediata apregoada pela própria Carta Magna, de modo que não pode condicionar a sua imperatividade à ponderação do aplicador do Direito. Deste modo, Ferrajoli (2012, p. 51) conclui que aplicação da técnica de ponderação entre os princípios em conflito habilita o magistrado a decidir qual princípio deverá prevalecer e em que medida isso acontecerá em determinada demanda, o que permite ao juiz criar uma norma a cada caso concreto.

Nessa linha, Ferrajoli combate o neoconstitucionalismo, haja vista a supervalorização do Poder Judiciário proposta por esse modelo de pensamento, de sorte que lhe amplia os poderes substancialmente, ao ponto de tolerar a atividade criativa de legislar em caso concreto, em razão da amplitude do conteúdo principiológico constitucional (FERRAJOLI, 2012, p. 44). Em outras palavras, o excesso de ativismo judicial percebido por Ferrajoli concede uma confiança exagerada ao Poder Judiciário que causa grave prejuízo à democracia e à separação dos poderes (SARMENTO, 2009, p. 12).

Assim, a proposta de Ferrajoli com o constitucionalismo garantista reside na atribuição de maior rigor normativo ao texto constitucional com o reconhecimento de uma normatividade forte das Constituições rígidas, em que se substitui o protagonismo do Judiciário pelo o do Legislativo na função normativa. Ferrajoli admite que, até mesmo uma constituição garantista pode conter lacunas e antinomias em seu texto, quando diante de um caso concreto. Contudo, a colmatação de lacunas e resolução de antinomias proposta pelo autor não seriam confiadas ao ativismo interpretativo dos juízes. Ao revés, constatada a necessidade da atividade legislativa pela ausência ou pela contradição de leis, o Judiciário poderia pressionar o órgão competente para a elaboração de leis.

Nesse sentido, Ferrajoli (2015, p. 11) aponta que o constitucionalismo garantista seria:

(...) um modelo normativo de ordenamento jurídico fundado na rígida sujeição de toda produção normativa às normas constitucionais e aos direitos nela estabelecidos, na configuração como antinomias ou como lacunas de suas violações, uma por comissão e outras por omissão, e na obrigação da jurisdição de anular as primeiras e da legislação de colmatar as segundas.

Ferrajoli (2012, p. 37) propõe a limitação da atividade do magistrado de sorte que:

Eles não podem criar e nem ignorar normas, o que implicaria numa invasão no campo da legislação, mas somente censurar a sua invalidade por violação à Constituição, anulando-as no âmbito da jurisdição constitucional, ou, então suscitando exceções de inconstitucionalidade no âmbito da jurisdição ordinária; em

ambos os casos, intervendo, assim, não na esfera legítima, mas na esfera ilegítima de política.

Nessa linha, a proposta da teoria garantista envolve a contenção da discricionariedade judicial, o fortalecimento da normatividade e imperatividade da norma constitucional e a proteção do Estado Democrático de Direito e do princípio da separação dos poderes.

As ponderações de Ferrajoli quanto ao constitucionalismo garantista se revelam numa alternativa mais branda para a restrição do autoritarismo do Poder Judiciário, eis que se baseiam apenas no fortalecimento da normatividade constitucional. Todavia, o posicionamento de Boaventura Souza Santos neste ponto apresenta proposta de desconstrução do sistema jurídico posto ao questionar toda a legitimidade da estrutura político-jurídica em que se molda o Estado Moderno.

Não se pretende apresentar toda a construção do pensamento decolonial⁵³ de Boaventura, mas apenas pontuar que sua doutrina questiona a forma autoritária em que a democracia foi concebida em países da América Latina. Para ele, a democracia representativa experimentada em países como o Brasil se construiu sob a ótica da exploração econômica, razão pela qual existe a dificuldade em reproduzir a concretização de direitos fundamentais (SOUZA SANTOS, 2009a, p. 142).

Boaventura de Souza Santos (2009a, p. 120-121) questiona as bases da formação do Estado Moderno e do sistema jurídico dele decorrente, haja vista que o Direito se encontra impregnado do ideário do europeu-colonizador em que predomina a lógica de dominação dos oprimidos (SOUZA SANTOS, 2009a, p. 245-246). As Constituições latino-americanas editadas após o processo de redemocratização das nações reproduziram o constitucionalismo europeu que visava ofertar resposta aos anseios específicos da população daquele continente. Os problemas sociais do contexto europeu se revelam menos complexos dos que os vivenciados pelas populações da América do Sul, de modo que a ideologia constitucional importada demonstra ser de difícil concretização em tão complexo seio social (BRASIL; URQUIZA, 2020).

⁵³ “Não há consenso quanto ao uso do conceito decolonial/ descolonial, ambas as formas se referem à dissolução das estruturas de dominação e exploração configuradas pela colonialidade e ao desmantelamento de seus principais dispositivos. Aníbal Quijano, entre outros, prefere referir- -se à descolonialidad, enquanto a maior parte dos autores utiliza a ideia de decolonialidad. Segundo Catherine Walsh (WALSH, Catherine (org.). Interculturalidad, Estado, sociedad: luchas (de)coloniales de nuestra época. Quito, Universidad Andina Simón Bolívar–Abya- -Yala, 2009.), a supressão do “s” não significa a adoção de um anglicismo, mas a introdução de uma diferença no “des” castelhano, pois não se pretende apenas desarmar ou desfazer o colonial” (QUINTERO; FIGUEIRA; PAZ, p. 4).

A crítica pós-moderna formulada por Boaventura perpassa pela transição paradigmática da produção de todo o conhecimento. Essa mudança deve ter como pressuposto o conhecimento-emancipação pautado no princípio da solidariedade que possibilita o reconhecimento das necessidades do outro em contraponto ao individualismo que marca a Modernidade. Para o autor, o reconhecimento do outro enquanto produtor de conhecimento se revela no primado da democracia. O autor entende que o conhecimento pós-moderno pode ser explicado da seguinte forma:

No projecto da modernidade podemos distinguir duas formas de conhecimento: o conhecimento-regulação cujo ponto de ignorância se designa por caos e cujo ponto de saber se designa por ordem e o conhecimento-emancipação cujo ponto de ignorância se designa por colonialismo e cujo ponto de saber se designa por solidariedade. Isto deveu-se ao modo como a ciência moderna se converteu em conhecimento hegemônico e se institucionalizou como tal (SOUZA SANTOS, 2009a, p. 29).

Na modernidade, o Direito teria perdido o seu caráter historicamente emancipatório, o que implica que o saber jurídico não detinha mais o poder de produzir e reproduzir transformações sociais (SOUZA SANTOS, 2009a, p. 78), de sorte que a ciência jurídica tem servido de instrumento ao exercício do poder político, o qual se define por regulatório (SOUZA SANTOS, 2009a, p. 77). O Direito sul-americano se encontra impregnado das “exigências regulatórias do Estado constitucional liberal e do capitalismo hegemônico” (2009a, p. 163). Assim, o Direito passou a espelhar os ideais de perpetuação do poder dominante, e aprofundou as desigualdades sociais, de modo que a Carta de Direitos se transforma em uma promessa sem perspectiva de realização. O caráter originariamente emancipatório da ciência jurídica implicava a consideração das lutas e exigências sociais no contexto de formação do conhecimento jurídico, haja vista que tem a sociedade como destinatária direta de sua incidência.

Boaventura denomina de razão indolente um modelo de racionalidade em que se reproduzem formas de pensamento antidemocráticas e que não consideram a relevância das experiências sociais. Como alternativa pós-moderna, o autor aponta a adoção do modelo cosmopolita que destaca a experiência social do presente, de modo a complementar o conhecimento científico.

A crítica pós-moderna consiste em “des-pensar” o Direito (SOUZA SANTOS, 2009 a, p. 164). Essa desconstrução do pensamento jurídico do Sul permite que se questione a importação dos conceitos e regras do direito estrangeiro sem qualquer adaptação à realidade do País. A concepção pós-moderna de Souza Santos (2009a, p. 172) apresenta uma transição

paradigmática para um plano societal com vistas a recuperar o potencial emancipatório do Direito, com as seguintes peculiaridades:

No momento, porém, impõe-se duas observações. A primeira é que a separação entre direito e Estado-nação é uma condição necessária, mas não suficiente para a recuperação do potencial emancipatório do direito, já que tão importante quanto essa separação é a direção que ela toma. A segunda observação é que essa separação é relativa, isto é, não colide com o reconhecimento da centralidade do direito estatal no sistema inter-estatal; apenas põe em causa a expansão simbólica dessa centralidade operada a partir do século XIX: passar do protagonismo do direito estatal, numa constelação de diferentes ordens jurídicas, para o de único ator numa ordem jurídica monolítica exclusivamente regulada pelo Estado. Esta expansão foi tão profundamente aceita pela cultura jurídica política e pelo senso comum que pô-la hoje em causa equivale a despensar o direito.

Como os ordenamentos jurídicos dos países sul-americanos não espelham os interesses da sociedade, mesmo nos casos de nações democráticas, a ausência de efetividade dos direitos fundamentais constitucionais acabou por forçar a população a buscar a concretização dos comandos legais através do Poder Judiciário. O protagonismo judicial se aproveita das lacunas da legislação e da ineficiência administrativa para conceder migalhas à população e, com isso, perpetuar a dominação dos aparatos estatais em face do seu povo. Assim, o ativismo judicial promove a segregação social, na medida em que o magistrado concede as prestações sociais a um cidadão, em detrimento de outros que não acionaram a justiça, como também desestabiliza o orçamento público da nação, que fica sem recursos para promover uma política pública coletiva e justa para todos os cidadãos.

O autor (SOUZA SANTOS, 2009b, p.77) identifica a judicialização dos conflitos como uma reação à inercia do Poder Executivo, o que permite aproximar o fenômeno a um conflito político. O enfraquecimento do Direito como instrumento promotor da emancipação social se verifica quando o Estado Democrático de Direito reduz o combate da problemática social coletiva à concessão de direitos prestacionais àqueles indivíduos que tiveram acesso à justiça. Ao evitar a judicialização coletiva em favor da população em geral, o Judiciário desestimula a ação e organização comunitária, o que reforça a ideia de que aquele apenas estaria preocupado em ampliar seu controle sobre a sociedade através da jurisdição (SOUZA SANTOS, 2009b, p.494).

Nesse sentido, Souza Santos (2009a, p. 152) asseverou que a banalização do Direito provocada pelo ativismo desmensurado teve como resultado a desnaturação do Estado de Direito, eis que a ciência jurídica deixa de ser o fundamento do Estado Moderno, para se reduzir a um instrumento de legitimação estatal:

O desenvolvimento incompleto da estatização do direito do Estado teve lugar num contexto político caracterizado por um ativismo jurídico tão intenso que conduziu à ideologia suprema da moderna ordem burocrática: o fetichismo jurídico e

institucional. No entanto, e aparentemente em contradição com isto, a sobreutilização do direito foi acompanhada, não de um aumento, mas de uma perda da centralidade do direito como fonte de legitimação do Estado. Enquanto o Estado liberal se legitimou através da racionalidade jurídico-formal do seu funcionamento, o Estado-Providência procurou a sua legitimação no tipo de desenvolvimento económico e na forma de sociabilidade que julgava fomentar. O direito foi despromovido da categoria de princípio legitimador do Estado para a de instrumento de legitimação do Estado. Assim se lançavam as sementes da banalização do direito.

A fim de implementar a transição paradigmática, Souza Santos apresenta a adoção do regime político da democracia participativa (SOUZA SANTOS, 2002, p. 158). No modelo representativo, o verdadeiro ideal democrático se reduziu ao exercício do voto em eleições de representantes que, mormente, não representavam os interesses das massas. Assim, o autor percebe a necessidade de incluir a sociedade civil organizada no processo democrático, de forma a tornar a gestão do poder um ato compartilhado por todas as instâncias populares (SOUZA SANTOS, 2002, p. 110).

Nesse sentido, Boaventura de Souza Santos (2002, p. 64) aduz que se devem criar “novas constelações de lutas democráticas que tornem possíveis mais e mais amplas deliberações democráticas sob aspectos cada vez mais diferenciados da sociabilidade”. Assim, deve-se incorporar o ideal societário emancipador que visualiza na mediação dos conflitos o instrumento para promover a participação dos atores sociais na tomada de decisões do governo (SOUZA SANTOS, 2002, p. 145).

O autor cita a experiência decolonial boliviana de construção do Tribunal Constitucional Plurinacional (2010, p. 73) provocada pela promulgação da Constituição Boliviana de 2009. A Carta Magna boliviana realizou um rompimento histórico da ideia de um único sistema jurídico (monismo jurídico) inserido na evolução constitucional na América latina. A Bolívia reconheceu a necessidade de reorganização do Estado e do Direito como condições para combater a desigualdade social e instabilidade política latino-americana. Para tanto, desenvolve-se a ideia do pluralismo jurídico na nova Constituição ao admitir a existência da jurisdição indígena⁵⁴ como fonte do conhecimento normativo do país. Assim, as populações originárias silenciadas ao longo do processo de colonização do conhecimento passaram a ter participação direta na solução dos conflitos político-jurídicos nacionais através da composição mista do Tribunal Constitucional Plurinacional em uma coexistência igualitária entre o sistema de justiça ordinária estatal e a justiça agroambiental (FAGUNDES, 2013, p. 157).

⁵⁴ Vale ressaltar que a Bolívia possui mais de 36 tribos indígenas (BOLÍVIA, 2009), logo, seria ingênuo falar em apenas uma justiça indígena; cada tribo possui sua própria justiça

Nesse sentido, Garcés (2009, p. 176) traz as características do Estado Plurinacional:

O Estado Plurinacional é considerado com um modelo de organização política para descolonizar nações e povos indígenas originários, recuperar sua autonomia territorial, garantir o exercício pleno de todos os seus direitos como povos e exercer suas próprias formas de autogoverno. Um dos elementos fundamentais para a concretização do Estado Plurinacional é o direito à terra, ao território e aos recursos naturais. Do mesmo modo, para as organizações do Pacto, o Estado Plurinacional implica que os poderes públicos tenham representação direta dos povos e nações indígenas, originários e camponeses de acordo com suas normas e procedimentos próprios.

Os membros são eleitos a partir de critérios de plurinacionalidade e com representação de autoridades de comunidades indígenas o que evidencia o compromisso do Estado com a emancipação através do pluralismo jurídico.

O Tribunal plurinacional foi criado para desempenhar a função de controle de constitucionalidade dos comandos constitucionais eventualmente em conflito em determinado caso concreto. A solução das demandas perante o Tribunal perpassa pelo diálogo intercultural e respeito mútuo entre todos os envolvidos no processo. Como consequência a adoção do pluralismo jurídico, pretende-se alcançar uma evolução na proteção à pessoa humana e à coletividade para a formação de uma nação mais plural e voltada ao desenvolvimento sustentável do ambiente e dos povos diversos.

O desafio da institucionalização da plurinacionalidade decolonial sulamericana consiste no combate às ingerências autoritárias do modelo colonial dentro das estruturas do Estado para evitar que a conquista constitucional não fique sem concretização. Assim, a efetivação das premissas decoloniais perpassa pelo rompimento completo com o constitucionalismo e homogeneizante da Europa o qual não tem como se realizar de modo imediato.

Até o momento de publicação deste trabalho, a experiência do novo Estado constitucional boliviano não permite concluir pelo sucesso de implementação da emancipação político-jurídica, tampouco não se revela suficiente para que seja possível apurar as suas consequências, erros e acertos nas propostas de solução de conflitos pelos Tribunais Plurinacionais. Assim sendo, o constitucionalismo decolonial da Bolívia se destaca pela inserção de populações invisibilizadas por séculos dentro do processo de formação do conhecimento jurídico, de sorte que seja possível ao Estado ouvir os pleitos do povo de forma democrática (PRONER, 2013, p. 152).

CONSIDERAÇÕES FINAIS:

Esta pesquisa demonstrou o abuso progressivo das prerrogativas constitucionais da Corte a partir da análise da jurisprudência judicial e extrajudicial do STF de determinados temas, nos últimos dez anos, a fim de compreender como a Corte oscilou entre entendimentos conflitantes e desprovidos de base legal. Assim, constata-se que a Corte pavimentou o caminho para se tornar um Tribunal casuísta e descomprometido com seus deveres constitucionais de modo gradativo.

Nas decisões das ADI nº 3.510 e ADPF nº 54, o STF adotou posicionamentos ativistas com o propósito de concretizar direitos fundamentais em demandas de saúde com relação a temas emblemáticos como os relativos à possibilidade de pesquisa em células-tronco embrionárias e o da permissão de aborto em feto anencefálico após a provocação de setores da sociedade civil. Em seguida, o exercício do casuísmo pela Corte avança a partir do momento em que o Tribunal decide por implementar das políticas públicas de saúde em ações individuais com o julgamento dos temas de repercussão geral nº 6, 500 e 793, ao impor obrigações aos entes estatais de caráter compulsório.

Devidamente fortalecido pelo ativismo nas pretensões sociais pelo direito à saúde, o STF começou a atuar de modo criativo com relação ao Direito Penal, ao criar normas penais incriminadoras sem cumprir o rito legal. O STF incorporou a atividade de legislador positivo quando decidiu pela criminalização da homofobia ao equipará-lo ao crime de racismo previsto na Lei 7.716/89 no julgamento da ADO nº 26 e do MI nº 4.733 em junho de 2019. Instigado pelas movimentações sociais da comunidade LGBTQ+, o Tribunal excede às suas competências constitucionais ao conceder uma interpretação extensiva à Lei 7.716/89 de modo a abarcar a conduta da homofobia nos crimes de racismo. Os fundamentos apresentados pela Corte se reportaram à inércia do Congresso Nacional em legislar sobre o tema, bem como à violência e ao preconceito sofridos pela comunidade. O julgamento importa em progressão do STF na pauta ativista que terá efeitos positivos à população vulnerabilizada LGBTQ+, porém viola o princípio da reserva legal e o da separação dos poderes ao criar crime sem existir lei que expressamente o defina.

Já a decisão do Tribunal quanto à impossibilidade de decretação de prisão após condenação em segunda instância se revelou em mais um avanço nesse processo de fortalecimento de atuação atípica do STF. Os julgamentos de 2016 e de 2019 abordam interpretações opostas do princípio constitucional da presunção da inocência prolatadas em um curto espaço de tempo, de modo que não foi possível perceber uma alteração do contexto

jurídico nacional capaz de justificar a alteração do entendimento da Corte em um lapso temporal de apenas três anos. O cenário político, contudo, trazia uma mudança significativa, eis que a modificação do posicionamento do STF repercutiria na liberdade do ex-presidente Lula, principal opositor do atual chefe de estado do Brasil. Diversamente da decisão criadora do crime de homofobia, o protagonismo da Corte não parece ter sido motivado por um grupo social vulnerável, mas sim por uma situação fática política relativa a um indivíduo. Se a prisão do ex-presidente Lula era justa ou não, este trabalho não detém subsídios para se posicionar, mas se destaca no caso a relevância que foi dada pelos próprios ministros em seus votos à situação do político Lula no julgamento das ADCs de nº 43, 44 e 54. Assim, a motivação para a oscilação das posições do Tribunal em três anos se revela afastada da juridicidade e próxima da facticidade inerente à política, haja vista a manipulação da interpretação da norma constitucional para conduzir os julgamentos às direções pretendidas na oportunidade.

Importa destacar que os julgamentos citados demonstraram que o STF realizou pequenas incursões em outras funções dos Poderes da República, de modo que podia se esperar que maiores interferências fossem realizadas nos anos seguintes. Com o segundo item do primeiro capítulo, a pesquisa avança para a análise de seu objeto de estudo: o Inquérito nº 4781 do STF. O procedimento investigativo em apreço representa o ápice da progressão do casuísmo do Tribunal, haja vista que o STF não apenas comete excessos de jurisdição como nos casos citados, mas transfigura todo o sistema jurídico nacional para tentar garantir a preservação da instituição em face aos seus opositores políticos.

A abertura pelo próprio STF de um inquérito sigiloso, fundamentado em uma interpretação questionável de um artigo do Regimento Interno da Corte, sem delimitação específica dos investigados e com relatoria designada ao ministro Alexandre de Moraes foi o resultado da evolução da atuação tendenciosa do STF da última década. A ausência de embaraço dos membros do STF ao instaurar e prosseguir com uma investigação fulminada de inconstitucionalidades patentes evidencia a importância da análise desse processo de fortalecimento de relações de poder da Corte.

Assim, a desvirtuação do sistema acusatório, às regras de competência constitucionais e à separação dos poderes se verificam na própria portaria de instauração do Inquérito, eis que as aludidas investigações contam com a particularidade de terem sido instauradas pelo próprio Tribunal que as irá julgar posteriormente. O trabalho demonstrou os abusos da investigação cometidos pela Corte desde a sua instauração até o momento de publicação desta pesquisa, bem como as tentativas frustradas de questionamento da

legitimidade da atividade policial do STF por parte da Procuradoria Geral da República e de partidos políticos por meio de ações constitucionais. Em todas as oportunidades de contestação da legalidade do procedimento, o STF se esquivou da fundamentação legal apresentada pelos litigantes com base em argumentos desprovidos de normatividade. Os pedidos de arquivamento do procedimento da Procuradoria Geral da República, os pedidos negados de acesso ao conteúdo sigiloso da investigação por parte dos investigados e a declaração de constitucionalidade da ADPF nº 572 por unanimidade se caracterizam por dados reveladores do desapego da Corte às suas funções constitucionais. O STF sustenta que as ameaças e a divulgação de notícias falsas acerca dos membros da Corte por determinados grupos políticos representavam ataques à democracia e à incolumidade da instituição que deviam ser combatidos com rigor, de sorte a justificar a atuação atípica do Tribunal.

No capítulo dois, foram apresentadas as doutrinas de Giorgio Agamben e de Michel Foucault, as quais ofertariam explicação ao comportamento casuísta do STF ao longo dos 10 anos de posicionamentos judiciais e extrajudiciais proferidos pela Corte. O primeiro item do citado capítulo abordou o biopoder de Michel Foucault e o aprofundamento dado por Giorgio Agamben com a inclusão da vida nua nos cálculos de poder do soberano. Foucault propôs a superação da lógica absolutista de que o poder apenas poderia ser exercido em uma relação binária entre dominador e dominado para se conceber que o poder exercer-se-ia de forma difusa nos diferentes arranjos sociais. O poder de soberania exercido sobre a morte dos súditos cedeu espaço às tecnologias de poder centrada na gestão da vida, eis o contexto político e social demonstrava que o ser humano servia mais aos objetivos de fortalecimento do “poder soberano” vivo e controlado. Assim, apresentaram-se as duas tecnologias de poder foucaultianas: as disciplinas e a biopolítica das populações. As disciplinas foram idealizadas através da articulação de diversos saberes com a finalidade de domesticar o ser humano individualmente, ao passo em que a biopolítica das populações se dirige ao controle da vida enquanto espécie. O trabalho avança para a visão de Agamben sobre biopolítica que não apenas leva em consideração a vida individual e coletivamente considerada, mas principalmente o *homo sacer*. Agamben aponta que as vidas desprovidas de proteção jurídica seriam essenciais ao entendimento de como o poder vinha sendo exercido.

O segundo item abordou a importância do conceito de “dispositivo” foucaultiano para se compreender os instrumentos a disposição do “poder soberano” para exercer a biopolítica. Citou-se como o ordenamento jurídico e as práticas judiciárias podem funcionar como “dispositivos” voltados à promoção do controle social ao definir comportamentos adequados socialmente e autorizar a punição daqueles que violassem as normalizações. Dessa

forma, como o controle da produção normativa se encontra a cargo do soberano, a articulação do “dispositivo” jurídico permite que o soberano cometa arbitrariedades respaldado pelo conteúdo da lei.

O capítulo finalizou o aporte teórico biopolítico com a apresentação das categorizações agambenianas do “poder soberano”, “relação de inclusão-exclusão”, “estado de exceção”, “força-de-lei” e “*imperium*”. Através do método arqueológico-paradigmático, Giorgio Agamben atribuiu a característica de “poder soberano” àquele que possui o poder de decidir sobre a imposição do “estado de exceção”. A exceção normativa se caracteriza pelo vácuo jurídico criado pelo soberano ao suspender a aplicação do ordenamento jurídico vigente com base em uma excepcionalidade por ele criada, e impõe uma normatividade de fato baseada em seu próprio poder e materializada pelas normas com “força-de-lei”. O poder do soberano de decretar o “estado de exceção” se fundamenta em sua “relação de inclusão-exclusão” com o ordenamento jurídico, de sorte que se encontra submetido à lei, mas acima dela. Enquanto inseridos na zona de indeterminação decorrente do “estado de exceção”, o indivíduo se sujeita ao arbítrio do soberano que governa por meio dos decretos com imperatividade de lei. Nesse ponto, emerge a grande contribuição de Agamben para a biopolítica, eis que entende que o manejo de indivíduos eleitos ao descarte possibilita o exercício eficaz da dominação pelo soberano. Quanto à normatividade factual imposta pelo soberano no “estado de exceção”, Agamben acentua que a mesma se fundamenta por meio da edição de normas que embora não tenham passado pelo rito legislativo, estariam dotadas de “força-de-lei”. Por fim, o “*imperium*” se relaciona com o objeto de estudo desta pesquisa por tratar da concentração do poder estatal na figura do magistrado durante o Império Romano, o qual pode decidir pela vida e pela morte dos jurisdicionados. Agamben atenta para o perigo de a técnica exceptiva se tornar a regra nos Estados ditos democráticos, o que legitima a restrição de direitos fundamentais a determinados grupamentos sociais sujeitos ao arbítrio do soberano.

O último capítulo analisou a atuação do Supremo Tribunal Federal dos últimos dez anos relação à luz das teorias biopolíticas apresentadas. O capítulo se inicia com constatação de que a Corte se identifica elementos biopolíticos nas decisões casuístas adotadas pelo Tribunal na última década. Em todos os julgamentos apresentados, constatou-se a progressão da identificação dos elementos teóricos biopolíticos estudados para reforçar que a Corte inseriu a vida humana no seu processo de tomada de decisão.

A manipulação da vida pelo STF se aperfeiçoou progressivamente ao longo dos anos a começar por incursões do Supremo nos vácuos de poder deixados pelos demais Poderes da República por meio da prolação de decisões ativistas em demandas relativas à

implementação de direitos sociais. Em ambos os posicionamentos, evidencia-se a manipulação da Corte dos “dispositivos” foucaultianos, haja vista a constatação da manipulação de diversas áreas do conhecimento a fim de se fundamentar a posição pretendida. Ademais, verificou-se que os acórdãos prolatados geravam comandos impositivos a todas as instâncias judiciais dotados de “força-de-lei”.

Em seguida, o estudo se volta à atuação do Tribunal no Direito Penal em que se percebe um aprofundamento das tecnologias biopolíticas empregadas nas decisões. O Direito Penal se trata de ramo do conhecimento jurídico marcado pela taxatividade de suas prescrições normativas, de sorte que a criação de normas incriminadoras depende de lei anterior ao delito que traga as definições da conduta. A pesquisa deu destaque a dois temas em que o STF exorbitou a suas prerrogativas constitucionais ao criar entendimentos com “força-de-lei” que restringiam o direito fundamental a liberdade: na equiparação da homofobia ao crime de racismo e no julgamento acerca da possibilidade de prisão após a condenação em segunda instância. Na criminalização da homofobia decorrente dos julgamentos da ADO nº 26 e do MI nº 4.733 de junho de 2019, o STF não apenas impõe obrigações a entes estatais como nos casos do ativismo do direito à saúde, mas atua criativamente para penalizar as condutas em razão da interpretação extensiva do rol de condutas consideradas racistas com base na Lei 7.716/89. A Corte justifica o exercício da jurisdição constitucional incriminadora na inércia do Poder Legislativo em elaborar norma específica e a necessidade de contenção à violência e ao preconceito sofrido pela comunidade LGBTQ+. Assim, o ativismo criminal não se coaduna com o Estado Democrático de Direito em nenhuma hipótese por encontrar barreiras na reserva legal necessária à criminalização de condutas, de sorte que o caso revelou uma invasão de competências não admitida pelo sistema jurídico. Além do “dispositivo” foucaultiano, identificou-se indícios de que o STF estaria se comportando como “poder soberano” imbuído de *“imperium”* para criminalizar uma conduta baseado em uma decisão com “força-de-lei”. Em novembro de 2019, o STF aprimorou as práticas de biopoder e abandonou as justificativas de clamor social para legitimar o seu casuísmo quando mudou o entendimento do Tribunal pela prisão após condenação em segunda instância. As motivações para a alteração do posicionamento da Corte despontam como antijurídicas, eis que os votos dos ministros apenas manipulam as normas em análise para fosse dada a interpretação julgada conveniente. O cenário político passou a influenciar o STF no processo de tomada de decisão, eis que via a sua sobrevivência como instituição constantemente ameaçada por opositores governamentais.

O trabalho analisou a atuação do STF na instauração do Inquérito nº 4781 à luz das figuras biopolíticas de modo que foi possível reconhecê-las desde o momento em que a Corte decide dar ensejo a uma investigação criminal sigilosa em face de pessoas indeterminadas usurpando a competência constitucional do MPF sem qualquer fundamento legal. As motivações da Corte para o comportamento atípico destoam das citadas nas decisões acima, eis que não se voltam à efetivação de direitos fundamentais negligenciados pelos demais poderes, mas se destinam a um revanchismo do Tribunal em face de dissabores políticos aliada a necessidade de se preservar como Poder da República. A manipulação da norma jurídica nas investigações alcança patamares insustentáveis num Estado Democrático de Direito, mesmo que a finalidade da Corte resida na sua autoconservação. A reação da Corte aos ataques dos rivais políticos se contrapõe às finalidades constitucionais da própria instituição como corte constitucional, de sorte que sua decisão de prosseguir com essa investigação a todo custo pode representar uma arbitrariedade muito maior a que se sustenta combater.

Assim, o comportamento da Corte na condução do Inquérito nº 4781 se aproxima ao “estado de exceção” agambeniano em que os ministros soberanos imbuídos de “*imperium*” suspendem a aplicação do ordenamento jurídico posto e impõem uma normatividade factual através da manipulação das normas e prolação de decisões com “força-de-lei” que apenas se conectam com o Direito através de sua “relação de inclusão-exclusão”.

Esta dissertação pretendeu traçar um diagnóstico sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal nos últimos dez anos, de modo a demonstrar como a presença constante e cumulativa dos elementos biopolíticos evidenciam a relação das decisões da Corte com o “estado de exceção” agambeniano, especialmente as proferidas no bojo do Inquérito nº 4781. Pretendeu-se atestar a problemática envolvida na perpetuação de uma prática judiciária exceptiva, sobretudo em Estados Democráticos de Direito. Assim, esta pesquisa refletiu sobre a perturbação democrática gerada pelos indícios de exceção normativa que o STF revelou em sua atuação no Inquérito, especialmente em razão de o mesmo continuar em curso.

Nessa linha, apresentaram-se duas alternativas doutrinárias que avaliam como as nações podem resistir às insurgências antidemocráticas vivenciadas. A teoria garantista constitucional de Luigi Ferrajoli combate o ativismo e casuísmo judiciais, ao propor uma constitucionalidade rígida que impede a discricionariedade judicial fundamentada em princípios de conteúdo indeterminado. O garantismo de Ferrajoli propõe que cada Poder da República ocupe coerentemente seu espaço dentro do pacto democrático, de modo que a criação normativa deva ficar a cargo do Poder Legislativo. Já com posição mais radical,

Boaventura de Souza Santos apresenta uma releitura decolonial do modelo jurídico sul-americano, como a realizada na Bolívia com a criação do Tribunal Constitucional Plurinacional. O Tribunal em comento conta com uma composição mista que integra a população indígena a qual teve sua participação anulada do processo de construção do conhecimento jurídico desde a fundação do Estado boliviano. O pluralismo jurídico se revela em uma alternativa interessante à concretização real da democracia em uma nação e pode ser uma opção adequada à realidade brasileira. A desconstrução de um ordenamento construído em bases coloniais pode impedir a perpetuação de “estado de exceção” tal qual o que se evidencia no STF após a instauração do Inquérito n 4781.

Essa breve síntese do pensamento de Luigi Ferrajoli e Boaventura de Souza Santos teve como intento apenas apresentar as duas alternativas de contenção do arbítrio estatal sem que exista qualquer pretensão de este trabalho se filiar a qualquer das duas. O objetivo da exposição consiste em apenas abrir o debate para as possibilidades consideradas relevantes por esta pesquisa, até mesmo porque não existe consenso quanto às chances de sucesso de qualquer uma das possibilidades mencionadas. Assim, seja através do fortalecimento da normatividade vigente, ou por meio da consagração do ideal emancipatório do Direito, apenas a experiência prática nacional irá demonstrar.

A ideia central deste trabalho consiste em atestar o comprometimento do Estado Democrático de Direito brasileiro evidenciado na atuação antijurídica do STF na condução do Inquérito nº 4781. Importa ressaltar que, como as investigações ainda estão em curso, não há como se mensurar o quão afetado se encontra o ideário democrático nacional, ao passo em que também não se sabe quais as próximas repercussões do procedimento. Assim, as consequências concretas do procedimento investigatório ainda se encontram em aberto, de forma que podem revelar ainda maiores abusos no exercício da jurisdição constitucional da Suprema Corte até que o inquérito seja finalizado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABDALLA, Guilherme de Andrade Campos. **O estado de exceção em Giorgio Agamben: contribuições ao estudo da relação direito e poder**. Dissertação de Mestrado (Faculdade de Direito), USP, São Paulo, 2010.

AGAMBEN, Giorgio. **Estado de exceção**. Trad. Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004.

_____. **A Política da profanação**. Entrevista concedida à Folha de São Paulo em 18.9.2005. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/mais/fs1809200505.htm>. Acesso em: 29 de mai. de 2021

_____. **Homo Sacer: poder soberano e vida nua I**. Trad. Henrique Burgo. Belo Horizonte: UFMG, 2007.

_____. **O que é contemporâneo? e outros ensaios**. Tradução de Vinicius Nicastro Honesko. Chapecó: Argos, 2009.

_____. **O reino e a glória : uma genealogia teológica da economia e do governo : homo sacer, II, 2**. Tradução Selvino J. Assmann. São Paulo: Boitempo, 2011.

ARISTÓTELES. *Ética à Nicômaco*. São Paulo: Nova Cultural, Col. Os Pensadores, 1991.

ASSMANN, Selvino; BAZZANELLA, Sandro. **A máquina/dispositivo política: a biopolítica, o estado de exceção, a vida nua**. In: LONGHI, Armindo (org.). **Filosofia, Política e Transformação**. São Paulo: LiberArs, 2012.

ALVES, José Carlos Moreira. **Direito Romano**. 18ª ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

ÁVILA, Flávia de; SANTOS, Allan Wesley M. dos. **Estado de exceção e Relações Internacionais: o refugiado e o poder soberano**. Prometeus. Filosofia em revista, v. 30, p. 69-88, 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **Constituição da República Federativa do Brasil Anotada**. São Paulo: Saraiva, 1998.

_____. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: Direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. 2009. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/estudobarroso.pdf> . Acesso em: 09. out. 2021.

_____. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Revista de Direito UNESP: 2011. Disponível em: https://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf. Acesso em: 05 out. 2021.

_____. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

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

_____. **Soberania e constituição: poder constituinte, estado de exceção e os limites da teoria constitucional**. São Paulo: [s.n], 2005.

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO FEDERAL**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 de mai. 2021.

BRASIL, Guilherme Maciulevicius Mungo; URQUIZA, Antonio Hilario Aguilera. **Mediação Coletiva e Novo Constitucionalismo Latino-Americano: Emancipação, Democracia e Interculturalidade**. In: DIREITOS HUMANOS, ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E DIREITOS SOCIAIS, 2019, Criciúma. **Anais [...]**. Criciúma: UNESC, 2019. Disponível em: <http://periodicos.unesc.net/AnaisDirH/article/viewFile/5790/5204>. Acesso em: 18 nov. 2021.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF: 45 DF**. Ministro relator: Min. Celso De Mello. Publicado em 04 mai. 2004. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14800508/medida-cautelar-em-arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-45-df-stf>. Acesso em: 30 set. 2021.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HC 94387 ED**. Primeira Turma. Ministro relator: Ricardo Lewandowski. Publicado em 06 fev. 2009. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur1659/false>. Acesso em: 04 out. 2021.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HC 84078 MG**. Tribunal Pleno. Ministro relator: Min. Eros Grau. Publicado em 26 fev. 2010. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>. Acesso em: 04 out. 2021.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HC 88875**. Segunda Turma. Ministro relator: Celso de Mello. Publicado em 12 mar. 2012. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21588636/habeas-corpus-hc-88875-am-stf/inteiro-teor-110380446>. Acesso em: 02 out. 2021.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **AgR RHC: 121835 PE**. Segunda Turma. Ministro relator: Min. Celso de Mello, Publicado em: 23 nov. 2015. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/864025342/agreg-no-recurso-ordinario-em-habeas-corpus-agr-rhc-121835-pe-pernambuco-9957817-6120141000000/inteiro-teor-864025413?ref=serp>. Acesso em: 04 out. 2021.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **HC 126.292/SP**. Plenário. Ministro relator: Teori Zavascki. Julgado em: 17 fev. 2016. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/862866932/habeas-corpus-hc-126292-sp-sao-paulo-8620448-8920151000000>. Acesso em: 03 out. 2021.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Pet 7321 AgR**. Segunda Turma. Ministro relator: Gilmar Mendes. EDSON FACHIN. Publicado em: 14 ago. 2018a. Disponível em:

<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/768162352/inquerito-inq-4696-df-distrito-federal-0069178-2020181000000>. Acesso em: 05 out. 2021.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF 444/DF**. Plenário. Ministro relator: Gilmar Mendes. Publicado em: 14 jun. 2018b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749900186>. Acesso em: 04 out. 2021.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF 395/DF**. Plenário. Ministro relator: Gilmar Mendes. Publicado em: 14 jun. 2018b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749901068>. Acesso em: 04 out. 2021.

BRASIL. TRF-4. **ACR: 50465129420164047000**. Oitava Turma. Relator: João Pedro Gebran Neto. Publicado em 24 jan. 2018c. Disponível em: <https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/823704627/apelacao-criminal-acr-50465129420164047000-pr-5046512-9420164047000>. Acesso em: 06 out. 2021.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **INQUÉRITO Nº 4781**. Ministro Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Publicação em: 13 abr. 2019a. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/4/art20190415-15.pdf>. Acesso em: 1º out. 2021.

BRASIL. STF. **INQUÉRITO Nº 4781**. Ministro Relator: Ministro ALEXANDRE DE MORAES. Publicação em: 12 abr. 2019b. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2019/4/art20190416-10.pdf>. Acesso em 02 out. 2021.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **INQUÉRITO Nº 4781**. Ministro Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Publicado em: 16 abr. 2019c. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/alexandre-rejeita-arquivamento.pdf>. Acesso em 02 out. 2021.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **INQUÉRITO Nº 4781**. Ministro Relator: Alexandre de Moraes. Publicação em: 26 mai. 2019d. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/inq-4781.pdf>. Acesso em 03 out. 2021.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **RE 855178 ED**. Ministro relator: Luiz Lux. Publicado em 16 abr. 2020a. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752469853>. Acesso em: 01 out. 2021.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Rel 25537**. Tribunal Pleno. Ministro relator: Edson Fachin. Publicado em: 11 mar. 2020b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752198218>. Acesso em: 04 out. 2021.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADC 54 DF**. Tribunal Pleno. Relator: Marco Aurélio de Mello. Publicado em 12 nov. 2020c. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1122954801/acao-declaratoria-de-constitucionalidade-adc-54-df-0069352-2920181000000>. Acesso em 06 out. 2021.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADC 43**. Tribunal Pleno. Ministro relator: Marco Aurélio. Publicado em 12 nov. 2020d. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357342>. Acesso em: 06 out. 2021.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADO 26 DF**. Tribunal Pleno. Ministro relator: Celso de Mello. Publicado em 06 out. 2020e. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/ado-26-voto-alexandre-moraes.pdf>. Acesso em: 02 out. 2021.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF N° 572/DF**. Publicado em 18 jun. 2020f. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp> sob o código 140F-AD67-AA33-2AC8 e senha 3F8E-8022-8409-184C. Acesso em: 02 out. 2021.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF N° 572/DF**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/autenticarDocumento.asp> sob o código 140F-AD67-AA33-2AC8 e senha 3F8E-8022-8409-184C. Publicado em 18 jun. 2020g. Acesso em: 02 out. 2021

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **PETIÇÃO 9.456** DISTRITO FEDERAL. Ministro Relator: Alexandre de Moraes. Publicado em: 16 fev. 2021a. Disponível em: <https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/wp-content/uploads/2021/03/Third-Silveira-Judgment.pdf>. Acesso em: 03 out. 2021.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Ação Penal (AP) 1044**. Ministro Relator: Alexandre de Moraes. Publicado em: 24 jun. 2021b. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1237631435/acao-penal-ap-1044-df-0036863-3120211000000/inteiro-teor-1237631437>. Acesso em: 03 out. 2021.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **PETIÇÃO 9.844 Distrito Federal**. Ministro Relator: Alexandre de Moraes. Publicado em 12 ago. 2021c. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/alexandre-manda-prender-roberto.pdf>. Acesso em: 03 out. 2021.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **PETIÇÃO 9.844 Distrito Federal**. Ministro Relator: Alexandre de Moraes. Publicado em 31 ago. 2021d. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2021/08/Pet-9844-PPrev.pdf>. Acesso em: 03 out. 2021.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **INQUÉRITO N° 4781**. Ministro Relator: ALEXANDRE DE MORAES. Publicado em: 04 ago. 2021e. Disponível em: http://estaticog1.globo.com/2021/08/04/despacho_4781__04.08_1.pdf?_ga=2.146266231.2112533513.1634771292-dfa7f019-af49-d910-d908-c52fc8f61356. Acesso em 09 out. 2021

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADPF: 877 DF**. Ministro relator: Edson Fachin. Publicado em 27 ago. 2021f. Disponível em:

<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1273778849/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-877-df-0059715-4920211000000/inteiro-teor-1273778862>. Acesso em 15 out. 2021.

CABIALE, José Antonio Díaz. **Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez**. Granada: Editorial Comares, 1996.

CALDAS, Andressa. **Constituição e garantismo jurídico: uma proposta de refundação do contrato social**. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná*, Curitiba, a. 33, v. 35, 2001.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Sistema carcerário brasileiro: negros e pobres na prisão**. Publicado em: 06/08/2018. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/noticias/sistema-carcerario-brasileiro-negros-e-pobres-na-prisao>. Acesso em: 01 de jul. 2021.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. **Estado de Coisas Inconstitucional**. Salvador: Juspodium, 2016.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de; MARONA, Marjorie Corrêa. **Por um conceito operacional de judicialização da política**. In: ENCONTRO DA ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE CIÊNCIA POLÍTICA, 7., 2010, Recife.

CASARA, Rubens. **Estado Pós-Democrático: neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

CASTRO, Edgardo. **Introdução a Foucault**. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2015.

CORAZZA, Sandra Mara. **O dispositivo da infatilidade – construtivismo@infância.criança.escola.br**. Porto Alegre: PPGEDU/UFRGS. Projeto de Tese de Doutorado, 1997.

COSTA, Flavia. **Entrevista com Giorgio Agamben**. Tradução de Susana Scramim. *Revista do Departamento de Psicologia da UFF*, Rio de Janeiro, v. 18, n. 1, p. 131-136, jan/jul. 2006. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-80232006000100011, acessado em 02 de junho de 2021.

DAL RI JUNIOR, Arno. **O Estado e seus inimigos: a repressão política na história do direito penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

DELEUZE, Giles. **Que és un dispositivo?** In: BALBIER, Etienne. et. al. Michel Foucault, filósofo. Barcelona: Gedisa, 1999, p. 155-163.

DERRIDA, Jacques. **Força-de-lei: o fundamento místico da autoridade**. Tradução de Leyla Perrone-Moisés. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DYNIWICZ, Leticia Garcia Ribeiro. **Estado de exceção como ruptura: uma leitura a partir de Carl Schmitt e Walter Benjamin**. Rio de Janeiro: PUC, Departamento de Direito, 2016.

ESTEVES, Anderson Alves. **Biopolítica segundo Foucault e Agamben**. *Academos* (São Bernardo do Campo), v. V, p. 90-116, 2009.

FAGUNDES, Lucas Machado. Reflexões sobre o processo constituinte boliviano e o Novo Constitucionalismo Sul-Americano. In: WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Petters (Org.). *Constitucionalismo Latino-americano: Tendências Contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 151-166.

FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Tradução de Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madrid: Trotta, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do garantismo penal**. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista**. In: **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. **Constitucionalismo garantista e neoconstitucionalismo**. Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional. Curitiba: ABDconst, 2011, p. 95-113. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista3/luigiferrajoli.pdf>. Acesso em: 21 jul. 2014.

_____. **A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FOUCAULT, Michel. **Sobre a história da sexualidade**. In: _____. **Microfísica do poder**. Rio de Janeiro: Graal, 1998.

_____. **Vigiar e Punir: história da violência nas prisões**. Petrópolis: Editora Vozes, 1999.

_____. **A Verdade e as Formas Jurídicas**. Trad. Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Moraes. 3ª ed. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2002.

_____. **Em defesa da sociedade: Curso no Collège de France (1975-1976)**, (trad. de Maria Ermantina Galvão). São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **Nascimento da Biopolítica**. Curso no Collège de France (1978-1979). São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. **Microfísica do Poder**. Organização, introdução e revisão técnica de Renato Machado. 26 ed. São Paulo: Graal, 2013.

GARCES, Fernando. **Os esforços de construção descolonizada de um Estado Plurinacional e os riscos de vestir o mesmo cavaleiro com um novo paletó.** In: VERDUM, Ricardo (Org.). Povos Indígenas: constituições e reformas políticas na América Latina: IES, 2009.

GIMENEZ, Elza. **Roberto Jefferson é levado para tratamento em hospital; ex-deputado é monitorado e não pode receber visitas.** TV Globo. Brasília. Publicado em: 05 set. 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/tj/rio-de-janeiro/noticia/2021/09/05/roberto-jefferson-e-levado-para-tratamento-em-hospital-ex-deputado-e-monitorado-e-nao-pode-receber-visitas.ghtml>

Haidar, Rodrigo. **Luís Roberto Barroso toma posse como ministro do STF.** 26 de junho de 2013. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2013-jun-26/luis-roberto-barroso-toma-posse-ministro-supremo-tribunal-federal>. Acesso em: 25 out. 2021.

HIGÍDIO, José; VOLTARE, Emerson. **Ações sobre a reforma trabalhista, 3 anos, repousam no Supremo.** Revista Consultor Jurídico, 28 de novembro de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-nov-28/acoes-reforma-trabalhista-anos-caducam-supremo#:~:text=A%C3%A7%C3%B5es%20sobre%20a%20reforma%20trabalhista%2C%203%20anos%2C%20repousam%20no%20Supremo,-28%20de%20novembro&text=No%20%C3%BAltimo%20dia%2011%20de,completou%20tr%C3%AAs%20anos%20de%20vig%C3%AAncia.&text=Desde%202017%2C%20foram%20ajuizadas%20perante,questionam%20pontos%20trazidos%20pela%20reforma>.

JAKOBS, Günther. **Direito Penal do inimigo e Direito Penal do cidadão.** In: JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do inimigo: noções e críticas.** 6ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. Cap. 1, p. 19-48.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** Tradução de João B. Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

_____. **Jurisdição Constitucional.** 3.ed. Tradução de Sérgio S érvulo da Cunha. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado.** 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

LOPES Jr. Aury. **Direito Processual Penal.** 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

LUDWIG, Aemilius; RICHTER, Friedberg E. **Corpus Iuris Canonici.** Editio lipsiensis secunda / post Aemilii Ludouici Richteri curas ad librorum manu scriptorum et editionis romanae fidei recognovit et adnotatione critica instruxit Aemilius Friedberg. Ex officina Bernhardi Tauchnitz; 1879. Reprint edição (3 dezembro 2012). Editora : Lawbook Exchange, Ltd.

MAGANE, RENATA POSSI; SERRANO, Pedro Estevam Alves Pinto. **A governabilidade de exceção permanente e a política neoliberal de gestão dos indesejáveis no Brasil**. Rev. Investig. Const. 7 (2) • May-Aug 2020. <https://doi.org/10.5380/rinc.v7i2.67686>.

MARTINS, Marco Antônio. **Daniel Silveira é preso de novo após violações ao uso da tornozeleira eletrônica**. G1 Rio. Publicado em: 24 jun. 2021c. Disponível em: <https://g1.globo.com/tj/rio-de-janeiro/noticia/2021/06/24/daniel-silveira-e-preso-de-novo.ghtml>

MATHIOT, André. **La théorie des circonstances exceptionnelles**. Mélanges Mestre, Paris, 1956.

MEIRA, Sílvio. **O imperium no direito romano**, Revista de Informação Legislativa, Brasília, 23 (90): 99-118, abr./jun. 1986.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Neoconstitucionalismo. A invasão da constituição**. São Paulo: Editora Método, 2008.

NASCIMENTO, Daniel Arruda. **Do fim da experiência ao fim do jurídico: percurso de Giorgio Agamben**. Campinas, 2010. 185f. Tese (Doutorado em Filosofia) – Universidade Estadual de Campinas.

NOAILLES, Pierre. **Fas et lus: études de droit romain**. Paris, Beiles Lettres, 1948.

PEIXOTO, José Carlos de Matos. **Curso de Direito Romano**, tomo I, 4 ed. Rio de Janeiro, Renovar, 1997.

PRONER, Carol. **O Estado plurinacional e a nova constituição boliviana – contribuições da experiência boliviana ao debate dos limites ao modelo democrático liberal**. In: WOLKMER, Antonio Carlos; PETTERS, Milena (Orgs.). **Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2013.

QUINTERO, Pablo; FIGUEIRA, Patricia; ELIZALDE, Paz Concha. **Uma breve história dos estudos decoloniais**. Arte e colonialidade: n.3. São Paulo: MASP Afterall, 2019.

RANGEL, Rodrigo; COUTINHO, Mateus. **“O amigo do amigo de meu pai”**. Revista Crusoé. Brasília, 11 de abr. de 2019. Disponível em: <https://crusoe.com.br/edicoes/50/o-amigo-do-amigo-de-meu-pai/>. Acesso em: 05 out. 2021.

ROSSI, Amélia Sampaio. **Neoconstitucionalismo: ultrapassagem ou releitura do positivismo jurídico**. Curitiba: Juruá, 2011.

ROSSITER, Clinton. L. **Constitutional Dictatorship: Crisis Government in the Modern Democracies**. New York, Harcourt Brace, 1948.

SAINT-BONNET, François. **L'État d'Exception**, Paris, PUF, 2001.

SCHMITT, Carl. **Teologia Política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

_____. **La Dictadura**. Madrid: Alianza Editorial: 2013.

SCHLESINGER, Arthur. **The Supreme Court: 1947**. Fortune, v.XXXV, n.1, jan. 1947.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. BDJur, Brasília, DF, jan. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br>>. Acesso em 17 nov. 2021.

SANTOS, Boaventura de Souza (Org.). **Democratizar a Democracia: os caminhos da democracia participativa**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Poderá o direito ser emancipatório?** Revista de Ciências Sociais, n. 65, 2003, p. 3-76.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. 7. ed. São Paulo: Cortez, 2009a.

_____. (2009b). **Sociologia jurídica crítica**. Por um novo senso comum na lei. (C. E. South, Ed. E C. Lema, Trad.) Bogotá, Colômbia: Instituto Latino-Americano de Serviços Jurídicos Alternativos. Vignemont, F. d. (2006). Quando nos empatamos? Em N. F. 278, Empatia e justiça (pp. 181-196).

SOUSA SANTOS, Boaventura de. **A gramática do tempo: para uma nova cultura política**. 3ª ed. São Paulo: Cortez, 2010.

SURGIK, Aloísio. **Do conceito romano de *imperium* e seus desvios jurídicos-políticos**. Revista da Faculdade de Direito UFPR. ISSN: 0104-3315 (impresso – até 2013) e 2236-7284 (eletrônico).

TEIXEIRA, Alessandra. **Prisões da exceção: política penal e penitenciária no Brasil contemporâneo**. Curitiba: Juruá, 2009.

TINGSTEN, Herbert. **Les pleins pouvoirs: l'expansion des pouvoirs gouvernementaux pendant et après la Grande Guerre**. Paris, Stock, 1934.

VIANNA, Luiz Werneck et al. **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIARO, Felipe Albertini Nani. **Judicialização, Ativismo Judicial e Interpretação Constitucional**. TJSP: 2015, Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br/download/EPM/Publicacoes/ObrasJuridicas/ic9.pdf?d=636676094064686945>. Acesso em: 05 jul. 2020.