

**UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO - UNICAP
PRÓ-REITORIA ACADÊMICA
COORDENAÇÃO GERAL DE PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE DOUTORADO EM DIREITO**

JOSÉ ELIO VENTURA DA SILVA

**O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NUM CENÁRIO DE CRISE INSTITUCIONAL:
UMA ANÁLISE À LUZ DA TEORIA DOS SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN**

Recife, 2022.

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO – UNICAP
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NUM CENÁRIO DE CRISE INSTITUCIONAL:
UMA ANÁLISE À LUZ DA TEORIA DOS SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN.

Aluno: José Elio Ventura da Silva
Orientador: Prof. Dr. João Paulo Fernandes de Souza Allain
Teixeira

Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco - PPGD-UNICAP, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito.

Linha de pesquisa: Jurisdição, Cidadania e Direitos Humanos.

Tema: Crise entre os Poderes e Teoria dos Sistemas.

Recife, 2022.

S586p

Silva, José Elio Ventura da

O papel do poder judiciário num cenário de crise institucional : uma análise à luz da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann / José Elio Ventura da Silva, 2022. 209 f.

Orientador: João Paulo F. de Souza Allain Teixeira
Tese (Doutorado) - Universidade Católica de Pernambuco. Programa de Pós-graduação em Direito. Doutorado em Direito, 2022.

1. Poder judiciário. 2. Brasil. Supremo Tribunal Federal. 3. Juízes – Decisões. 4. Luhmann, Niklas, 1927-1998.
I. Título.

CDU 342.56

Luciana Vidal - CRB-4/1338

UNIVERSIDADE CATÓLICA DE PERNAMBUCO – UNICAP
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Folha de aprovação

Aluno: José Elio Ventura da Silva

**O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NUM CENÁRIO DE CRISE INSTITUCIONAL:
UMA ANÁLISE À LUZ DA TEORIA DOS SISTEMAS DE NIKLAS LUHMANN.**

Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Pernambuco, como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito. A presente tese foi defendida e aprovada em 19 de setembro de 2022 pela banca examinadora constituída pelos professores:



Dr. João Paulo Fernandes de Souza Allain Teixeira
Orientador (Unicap)



Dr. Marcelo Labanca Corrêa de Araújo
Examinador interno (Unicap)



Dr. Gustavo Ferreira Santos
Examinador interno (Unicap)

Documento assinado digitalmente
 JADSON CORREIA DE OLIVEIRA
Data: 21/09/2022 14:29:05-0300
Verifique em <https://verificador.itl.br>

Dr. Jadson Correia de Oliveira
Examinador externo (Ucsal/Unirios)

IVAN LUIZ DA SILVA:70556628420
Assinado de forma digital por IVAN LUIZ DA SILVA:70556628420
Dados: 2022.09.20 16:30:15 -03'00'

Dr. Ivan Luiz da Silva
Examinador externo (Cesmac)

*Aos meus queridos João, Heitor e Mirela.
Vocês representam o que de melhor pude
conquistar nessa breve existência.*

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao bom e querido **DEUS**, inteligência Suprema do Universo e causa primária de todas as coisas, a quem, por todos os momentos roguei para que me concedesse a sabedoria e o discernimento necessários.

Agradeço a **JESUS CRISTO** e aos espíritos de luz pela inspiração e força, especialmente nos momentos mais difíceis.

Agradeço aos meus pais **Manoel Elio e Maria José** que nunca duvidaram da importância que deve ser dada aos estudos e a uma boa formação.

Agradeço à minha esposa **Mirela Ventura** e aos meus queridos filhos **João e Heitor**, notadamente pela compreensão pelos momentos de ausência e força nos momentos de maior fragilidade.

Agradeço a **Rosilma Ventura e Roseli Ventura**, irmãs queridas pelo apoio e cuidado de sempre.

Agradeço à **Universidade Católica de Pernambuco** - UNICAP, na pessoa do ex-Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito, Prof. Dr. **Marcelo Labanca Corrêa de Araújo**, pelo frequente entusiasmo e estímulo, mostrando-nos que era possível fazer mais e melhor a cada dia. Receba minha mais sincera gratidão.

Agradeço à **Fundação de Amparo à Ciência e Tecnologia de Pernambuco** (FACEPE), notadamente pela concessão de bolsa de estudos sem a qual não seria possível a realização do trabalho e tampouco a materialização dessa conquista. Meus agradecimentos, especialmente, pela seriedade com que trata a pesquisa e a importância que lhe confere.

Agradeço a meu orientador, Prof. Dr. **João Paulo Fernandes de Souza Allain Teixeira** que, com seu elevado nível de conhecimento, competência, sobriedade, paciência, solidariedade e compreensão permitiu a construção desse trabalho pelo melhor caminho, a quem credito os méritos do mesmo.

Agradeço a meu coorientador, Prof. Dr. **Fernando Rister de Sousa Lima**, profissional do mais elevado grau de respeitabilidade, ser humano extraordinário, espírito de grande elevação, pessoa em quem deposito grande apreço e enorme admiração.

Agradeço imensamente à Prof^a Dr^a **Marília Montenegro Pessoa de Melo** por me permitir sonhar desde o momento em que cheguei à UNICAP, tendo ingressado ainda como aluno especial no Mestrado dessa instituição. Saiba que carregarei

sempre o acolhimento recebido, o respeito e a admiração pela extraordinária pessoa e profissional que és.

Agradeço ao Prof. Dr **Gustavo Ferreira Santos**, detentor de características que vão além de um exímio professor é, em verdade uma grande pessoa, notadamente pelo respeito ao próximo, a solidariedade e agradabilidade no trato diário.

Agradeço ao **Centro Universitário do Rio São Francisco - UNIRIOS** pelo apoio dado para realização do Doutorado, pela compreensão às ausências na IES quando dos deslocamentos semanais ao Recife – PE. Agradeço nas pessoas dos Professores **Jacson Gomes de Oliveira e Gilberto Sérgio Gomes de Oliveira**, defensores incondicionais da necessidade constante de melhoramento da qualificação profissional.

Agradeço aos Professores Doutores **Jadson Correia de Oliveira, Ivan Luiz da Silva e Fernando Sérgio Tenório de Amorim**, pelo incentivo e colaboração de sempre.

Agradeço ao amigo e estudioso da Teoria dos Sistemas, Dr. **André Galvão Vasconcelos de Almeida**, cujo respeito e admiração há muito nutro. Agradeço, especialmente, pelo extraordinário trato e disponibilidade em acolher e ajudar.

Agradeço ao Professor e amigo **Eloy Lago Nascimento** por todo apoio, paciência e boa vontade, notadamente nas horas reservadas às discussões afetas ao tema.

Agradeço aos amigos **Vinícius Malta, Dafhne Dinás, Kleiton Lucas, Gustavo Loyola, Pedro Maurício, Críscia Monique, Yasmin Lisboa, Julia Raiane, Ivson Lucas e Breno Vianna**, especialmente, em virtude dos momentos de ausência.

Agradeço, ainda, ao amigo **Elton Rocha**, notadamente pela boa vontade, paciência e compreensão com meus constantes pedidos de utilização de espaço para escrita da tese em horários nada convencionais, especialmente aos domingos. Seu apoio foi fundamental.

Agradeço aos colaboradores do Programa de Pós-graduação em Direito, nas pessoas de **Nélia, Sérgio, Nicéias, Eliane, Daniele, Cleyton e Paulo**, que sempre atenderam aos alunos com muita prestimosidade e carinho.

Agradeço, finalmente, aos que, ao procederem à leitura deste trabalho creditem certa compreensão às insuficiências deste estudo, especialmente porque estas decorrem de quão grandioso é o tema e quão grandiosa é a dificuldade da tarefa, além

das limitações pessoais do autor, a despeito de toda dedicação para confeccionar o melhor.

“Deus ama a simplicidade em todas as coisas”.
A. Kardec.

RESUMO

SILVA, José Elio Ventura da. **O papel do Poder Judiciário num cenário de crise institucional**: uma análise à luz da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann. 2022. 210 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Católica de Pernambuco, UNICAP, Recife, 2022.

A presente tese tem por objetivo compreender o papel do Poder Judiciário, em especial, do Supremo Tribunal Federal, num cenário de crise institucional em face da necessidade de observância da separação de poderes de um lado e da vedação à denegação de justiça (*non liquet*) de outro. O direito, segundo a Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, tem como elemento fundante a generalização congruente das expectativas normativas. A política, por sua vez, opera a partir da tomada de decisões coletivamente vinculantes. Num contexto de extrema complexidade social e de grande contingência, há uma relação de reciprocidade entre os sistemas, o que gera infinitas possibilidades de ação. Muito embora paradoxal, os sistemas parciais devem funcionar operacionalmente fechados, porém, cognitivamente abertos. Trata-se de uma relação absolutamente necessária ao estabelecimento da rede de comunicações dentro da sociedade. Nesse contexto, o risco é inexorável, próprio dessas relações. Cabe ao direito, portanto, a estabilização dessas expectativas. Assim, em que pese os sistemas político e jurídico encontrarem-se acoplados estruturalmente pela Constituição, as distinções precisam ser consideradas, sob pena de desnaturação das operações, com a culminância na corrupção dos códigos. A decisão judicial se torna, portanto, ponto de partida para estruturação da discussão, seguida de uma análise acerca dos sistemas político e jurídico imersos na mencionada crise. O Judiciário exerce papel relevante nesse contexto de hipercomplexidade das relações, mesmo porque é demandado a cada dia com maior frequência para se manifestar acerca de questões de cunho político, notadamente o Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido, a tese, elaborada com base em pesquisa bibliográfica, revisão teórica e análise documental, trata de tema de enorme complexidade: compreender a função do Poder Judiciário (STF) nesse cenário, sob a perspectiva da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann. Não menos complexa, certamente, é a teoria escolhida, contudo, é necessário um olhar crítico ao papel do direito nesse contexto. Acredita-se que, embora a teoria selecionada não esteja imune às críticas, corresponde a um modelo que acolhe satisfatoriamente às expectativas aqui apresentadas e, sem fechar os olhos às ditas críticas, a teoria tem condições de indicar potenciais respostas ao problema apresentado, exatamente por se tratar de uma teoria evolutiva do direito e da sociedade.

Palavras-chave: Decisão judicial; sistemas político e jurídico; teoria dos sistemas; Niklas Luhmann; poder judiciário; STF.

ABSTRACT

SILVA, José Elio Ventura da. **The role of the Judiciary in a scenario of institutional crisis:** an analysis in the light of Niklas Luhmann's Systems Theory. 2022. 210 f. Thesis (Doctorate in Law) – Postgraduate Program in Law, Catholic University of Pernambuco, UNICAP, Recife, 2022.

This thesis aims to understand the role of the Judiciary, in particular, the Federal Supreme Court, in a scenario of institutional crisis in the face of the need to observe the separation of powers on the one hand and the prohibition of denial of justice (*non liquet*) on the other. Law, according to Niklas Luhmann's Systems Theory, has as its founding element the congruent generalization of normative expectations. Politics, in turn, operates on the basis of collectively binding decision-making. In a context of extreme social complexity and great contingency, there is a relationship of reciprocity between the systems, which generates infinite possibilities for action. Although paradoxical, partial systems must function operationally closed, however, cognitively open. It is an absolutely necessary relationship for the establishment of the communications network within society. In this context, the risk is inexorable, characteristic of these relationships. It is up to the law, therefore, to stabilize these expectations. Thus, in spite of the political and legal systems being structurally linked by the Constitution, the distinctions need to be considered, under penalty of denaturing the operations, with the culmination in the corruption of the codes. The judicial decision becomes, therefore, a starting point for structuring the discussion, followed by an analysis of the political and legal systems immersed in the aforementioned crisis. The Judiciary plays an important role in this context of hypercomplexity of relationships, even because it is demanded every day more frequently to express its opinion on issues of a political nature, notably the Federal Supreme Court. In this sense, the thesis, based on bibliographic research, theoretical review and document analysis, deals with a subject of enormous complexity: understanding the role of the Judiciary in this scenario, from the perspective of Niklas Luhmann's Systems Theory. No less complex, certainly, is the chosen theory, however, a critical look at the role of law in this context is necessary. It is believed that, although the selected theory is not immune to criticism, it corresponds to a model that satisfactorily meets the expectations presented here and, without closing its eyes to said criticisms, the theory is able to indicate potential responses to the problem presented, precisely because of it is an evolutionary theory of law and society.

Keywords: Judicial decision; political and legal systems; systems theory; Niklas Luhmann; judicial power; STF.

RESUMEN

SILVA, José Elio Ventura da. **El papel del Poder Judicial en un escenario de crisis institucional**: un análisis a la luz de la Teoría de Sistemas de Niklas Luhmann. 2022. 210 ss. Tesis (Doctorado en Derecho) – Programa de Posgrado en Derecho, Universidad Católica de Pernambuco, UNICAP, Recife, 2022.

Esta tesis tiene como objetivo comprender el papel del Poder Judicial en particular, el Supremo Tribunal Federal en un escenario de crisis institucional ante la necesidad de observar la separación de poderes por un lado y la prohibición de denegación de justicia (non liquet) por el otro. El derecho, según la Teoría de Sistemas de Niklas Luhmann, tiene como elemento fundante la generalización congruente de las expectativas normativas. La política, a su vez, opera sobre la base de la toma de decisiones colectivamente vinculante. En un contexto de extrema complejidad social y gran contingencia, existe una relación de reciprocidad entre los sistemas, que genera infinitas posibilidades de acción. Aunque paradójico, los sistemas parciales deben funcionar operativamente cerrados, sin embargo, cognitivamente abiertos. Es una relación absolutamente necesaria para el establecimiento de la red de comunicaciones dentro de la sociedad. En este contexto, el riesgo es inexorable, propio de estas relaciones. Corresponde a la ley, por lo tanto, estabilizar estas expectativas. Así, a pesar de que los sistemas políticos y jurídicos están estructuralmente ligados por la Constitución, las distinciones deben ser consideradas, so pena de desnaturalizar las operaciones, con la culminación en la corrupción de los códigos. La decisión judicial se convierte, por tanto, en un punto de partida para estructurar la discusión, seguido de un análisis de los sistemas políticos y jurídicos inmersos en la referida crisis. El Poder Judicial juega un papel importante en este contexto de hipercomplejidad de las relaciones, incluso porque cada día se le exige con más frecuencia que se pronuncie sobre cuestiones de carácter político, en particular el Supremo Tribunal Federal. En ese sentido, la tesis, basada en la investigación bibliográfica, revisión teórica y análisis documental, aborda un tema de enorme complejidad: comprender el papel del Poder Judicial en este escenario, desde la perspectiva de la Teoría de Sistemas de Niklas Luhmann. No menos compleja, ciertamente, es la teoría escogida, sin embargo, es necesaria una mirada crítica al papel del derecho en este contexto. Se cree que, si bien la teoría seleccionada no es inmune a las críticas, corresponde a un modelo que cumple satisfactoriamente con las expectativas aquí presentadas y, sin cerrar los ojos a dichas críticas, la teoría es capaz de señalar posibles respuestas al problema presentado, precisamente por eso es una teoría evolutiva del derecho y de la sociedad.

Palabras llave: Decisión judicial; sistemas políticos y legales; teoría de sistemas. Niklas Luhmann; poder Judicial; STF.

SOMMAIRE

SILVA, José Elio Ventura da. **Le rôle du pouvoir judiciaire dans un scénario de crise institutionnelle**: une analyse à la lumière de la théorie des systèmes de Niklas Luhmann. 2022. 210 s. Thèse (Doctorat en droit) – Programme de troisième cycle en droit, Université catholique de Pernambuco, UNICAP, Recife, 2022.

Cette thèse vise à comprendre le rôle du pouvoir judiciaire notamment le Tribunal fédéral dans un scénario de crise institutionnelle face à la nécessité de respecter la séparation des pouvoirs d'une part et l'interdiction du déni de justice (non liquet) d'autre part. Le droit, selon la théorie des systèmes de Niklas Luhmann, a pour élément fondateur la généralisation congruente des attentes normatives. La politique, à son tour, fonctionne sur la base d'une prise de décision collectivement contraignante. Dans un contexte d'extrême complexité sociale et de grande contingence, il existe une relation de réciprocité entre les systèmes, qui génère des possibilités d'action infinies. Bien que paradoxaux, les systèmes partiels doivent fonctionner opérationnellement fermés, mais cognitivement ouverts. C'est une relation absolument nécessaire à l'établissement du réseau de communication au sein de la société. Dans ce contexte, le risque est inexorable, caractéristique de ces relations. Il appartient donc à la loi de stabiliser ces attentes. Ainsi, bien que les systèmes politiques et juridiques soient structurellement liés par la Constitution, les distinctions doivent être considérées, sous peine de dénaturer les opérations, avec pour point culminant la corruption des codes. La décision judiciaire devient donc un point de départ pour structurer la discussion, suivie d'une analyse des systèmes politiques et juridiques plongés dans la crise susmentionnée. Le pouvoir judiciaire joue un rôle important dans ce contexte d'hypercomplexité des relations, même parce qu'il est sollicité chaque jour plus fréquemment pour exprimer son avis sur des questions à caractère politique, notamment le Tribunal fédéral. En ce sens, la thèse, basée sur la recherche bibliographique, l'examen théorique et l'analyse de documents, traite d'un sujet d'une énorme complexité : comprendre le rôle du pouvoir judiciaire dans ce scénario, du point de vue de la théorie des systèmes de Niklas Luhmann. Non moins complexe, certes, est la théorie choisie, cependant, un regard critique sur le rôle du droit dans ce contexte s'impose. On considère que, bien que la théorie retenue ne soit pas à l'abri de critiques, elle correspond à un modèle répondant de manière satisfaisante aux attentes présentées ici et, sans fermer les yeux sur lesdites critiques, la théorie est en mesure d'indiquer des réponses potentielles au problème posé, précisément parce qu'elle est une théorie évolutionniste du droit et de la société.

Mots-clés: Décision judiciaire; systèmes politiques et juridiques; théorie des systèmes. Niklas Luhmann; pouvoir judiciaire, STF.

RIEPILOGO

SILVA, José Elio Ventura da. **Il ruolo della Magistratura in uno scenario di crisi istituzionale**: un'analisi alla luce della Teoria dei Sistemi di Niklas Luhmann. 2022. 210 segg. Tesi (Dottorato in Giurisprudenza) – Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza, Università Cattolica del Pernambuco, UNICAP, Recife, 2022.

Questa tesi si propone di comprendere il ruolo della Magistratura in particolare il Tribunale federale in uno scenario di crisi istituzionale di fronte alla necessità di osservare la separazione dei poteri da un lato e il divieto di negazione della giustizia (non liquet) dall'altro. Il diritto, secondo la Teoria dei Sistemi di Niklas Luhmann, ha come elemento fondante la congruente generalizzazione delle aspettative normative. La politica, a sua volta, opera sulla base di un processo decisionale vincolante collettivamente. In un contesto di estrema complessità sociale e di grande contingenza, esiste un rapporto di reciprocità tra i sistemi, che genera infinite possibilità di azione. Sebbene paradossali, i sistemi parziali devono funzionare operativamente chiusi, tuttavia cognitivamente aperti. È un rapporto assolutamente necessario per l'instaurazione della rete di comunicazione all'interno della società. In questo contesto, il rischio è inesorabile, caratteristico di queste relazioni. Sta alla legge, quindi, stabilizzare queste aspettative. Pertanto, nonostante gli ordinamenti politico-giuridici siano strutturalmente legati dalla Costituzione, le distinzioni devono essere considerate, pena la denaturazione delle operazioni, con il culmine nella corruzione dei codici. La decisione giudiziaria diventa, quindi, un punto di partenza per strutturare la discussione, seguita da un'analisi degli ordinamenti politici e giuridici immersi nella predetta crisi. La magistratura gioca un ruolo importante in questo contesto di ipercomplessità dei rapporti, anche perché è chiamata ogni giorno più frequentemente ad esprimersi su questioni di natura politica, in particolare il Tribunale federale. In questo senso, la tesi, basata su ricerca bibliografica, revisione teorica e analisi documentale, affronta un tema di enorme complessità: comprendere il ruolo della Magistratura in questo scenario, dalla prospettiva della Teoria dei Sistemi di Niklas Luhmann. Non meno complessa, certamente, è la teoria scelta, tuttavia è necessario uno sguardo critico al ruolo del diritto in questo contesto. Si ritiene che, sebbene la teoria scelta non sia immune da critiche, essa corrisponda ad un modello che soddisfa in modo soddisfacente le aspettative qui presentate e, senza chiudere gli occhi a dette critiche, la teoria sia in grado di indicare potenziali risposte al problema presentato, proprio per questo è una teoria evolutiva del diritto e della società.

Parole chiave: decisione giudiziaria; sistemi politici e giuridici; teoria dei sistemi. Niklas Luhmann; potere giudiziario, STF.

LISTA DE ABREVIATURAS

AC Ação Cautelar

ADC Ação Declaratória de Constitucionalidade

ADPF Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

AG. REG. Agravo Regimental

DF Distrito Federal

CF. Conforme

CRFB Constituição da República Federativa do Brasil

MC Medida Cautelar

MDB Movimento Democrático Brasileiro

MS Mandado de Segurança

PGR Procuradoria-Geral da República

PPS Partido Popular Socialista

PSDB Partido da Social Democracia Brasileira

PT Partido dos Trabalhadores

STF Supremo Tribunal Federal

TSE Tribunal Superior Eleitoral

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	18
2 NIKLAS LUHMANN: SUPORTE REFERENCIAL PARA APREENSÃO DA SOCIEDADE COMPLEXA.....	25
2.1 O sistema social, a autopoiese e a identidade como garantia da unidade.....	27
2.2 A contingência como instrumento de seletividade, o meio ambiente e o acoplamento estrutural.....	32
2.3 A comunicação sistêmica, o código binário e a diferenciação funcional	38
2.4 Os subsistemas político e jurídico numa perspectiva luhmanniana.....	44
2.5 O fechamento operativo do direito e a Constituição como instrumento de acoplamento estrutural.....	50
3 A HIPERCOMPLEXIDADE DA RELAÇÃO ENTRE OS SISTEMAS POLÍTICO E JURÍDICO NUMA SOCIEDADE CONTINGENTE: UMA VISITA AOS INSTITUTOS DA SEPARAÇÃO DE PODERES E DA DECISÃO JUDICIAL.....	55
3.1 O papel desempenhado pelo Princípio da Separação dos Poderes.....	56
3.2 Legitimidade, legalidade, independência, harmonia e colaboração entre os poderes.....	62
3.3 O princípio da Separação de Poderes numa perspectiva sistêmica e brasileira.....	64
3.4 A decisão judicial, sua relação com o <i>non liquet</i> e sua relevância para o alcance da estabilização de expectativas.....	70
3.5 A função do subsistema judiciário num cenário de instabilidade e os aspectos políticos que circundam a decisão judicial.....	73
4 JUDICIALIZAÇÃO, ATIVISMO, CRISE E O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO...85	85
4.1 Distinções entre a judicialização da política e o ativismo judicial.....	86
4.2 Os riscos da politização do Judiciário.....	91
4.3 A crise entre os poderes.....	92
4.4 O papel do Supremo Tribunal Federal.....	102
4.5 A Supremocracia em crise.....	112

5 ANÁLISE DE DECISÕES COM REPERCUSSÃO NO CENÁRIO BRASILEIRO	115
5.1 Análise da Medida Cautelar em Mandado de Segurança 34.070 e 34.071 DF (Caso ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva).....	116
5.2 Análise da Ação Cautelar 4.070 DF (Caso ex-Presidente da Câmara dos Deputados Eduardo Cunha).....	123
5.3 Análise da Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 402 DF (Caso ex-Presidente do Senado Federal Renan Calheiros).....	133
5.4 Análise da Medida Cautelar em Mandado de Segurança 34.609 DF (Caso ex-Ministro de Estado Chefe da Secretaria-Geral da Presidência da República Wellington Moreira Franco).....	146
5.5 Análise do Ag.Reg. no terceiro Ag. Reg. na Ação Cautelar 4.327 DF (Caso ex-Senador da República Aécio Neves).....	151
6 NOTAS CONCLUSIVAS	170
REFERÊNCIAS	176
ANEXOS	181
ANEXO I.....	182
ANEXO II.....	195
ANEXO III.....	196
ANEXO IV.....	199
ANEXO V.....	208

1 INTRODUÇÃO

O Brasil tem vivenciado uma crise do seu sistema político em virtude da inobservância dos preceitos norteadores da atividade política por parte de seus agentes, representantes da sociedade, causando um processo de insatisfação generalizada. Chega-se a pensar, inclusive, que as decisões coletivamente vinculantes, concebidas a partir da ideia de bem comum, têm sido relegadas a último plano.

A conjuntura de hipercomplexidade produz enfrentamentos entre interesses opostos e seus atores sociais, ensejando posicionamentos e decisões polêmicas por parte dos diversos poderes da República, acirrando disputas e provocando atritos no interior da sociedade. Isso vem transformando o subsistema jurídico em sujeito ativo do processo decisório, numa espécie de judicialização de demandas políticas e, por consequência, tem gerado grande tensão entre os sistemas. Assim, o direito e a política têm enfrentado uma crise institucional sistêmica.

É nesse contexto, portanto, que se insere a tese, definindo como tema central: **o papel efetivamente desempenhado pelo Poder Judiciário brasileiro, com ênfase no Supremo Tribunal Federal, em meio à crise política e institucional contemporânea.**

Para alcançar os resultados, o estudo estabelece por objeto as **decisões judiciais proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, entre os anos de 2016 e 2018.** O período escolhido leva em consideração o momento de ruptura nas ordens política e jurídica, causado pelo **processo de *impeachment* da ex-Presidente Dilma Rousseff e seus consequentes desdobramentos imediatos.**

No que diz respeito, ainda, aos **critérios objetivos de escolha das decisões analisadas,** conforme o recorte temporal, foram considerados **juízos das pessoas públicas ocupantes de cargos de elevada envergadura política, no contexto da República brasileira, a saber: um ex-Presidente da República, um ex-Presidente da Câmara dos Deputados, um ex-Presidente do Senado Federal, um ex-Ministro da Secretaria-Geral da Presidência da República, um ex-Senador da República e o segundo colocado no pleito presidencial do ano de 2014.**

Com isso, pôs-se à tarefa de analisar os citados julgados no intento de promover a sua interpretação à luz de teorias críticas, recorrendo-se à Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann que, reconhecendo sua complexidade, entende sua

pertinência por permitir o diálogo sistêmico, sinalizando para a possibilidade de alcance das respostas perseguidas pela investigação, especialmente diante da constatação da necessidade de estudos com esse foco.

Dessa forma, acresça-se que o cenário brasileiro contemporâneo, envolto por uma crise política, por vezes, tem colocado em rota de colisão as instituições constituídas no interior do Estado, porque as mesmas são instadas, não apenas a se posicionarem, mas a atuar ativamente frente aos anseios da sociedade e às indecisões no âmbito dos seus sistemas jurídico-políticos, fazendo aflorar as disputas de interesses e de competências constitucionais.

As nuances de tal realidade provocam uma problemática social que leva ao questionamento sobre as atribuições de cada Poder da República e às críticas sobre a invasão de competências entre os sistemas de poder, colocando em dúvidas a legitimidade, legalidade, independência, harmonia e colaboração entre os poderes. Por vezes, chegando até mesmo a aparentar um contexto de caos e inviabilização do sistema de freios e contrapesos tão bem elaborado por Montesquieu, a preconizar a autonomia e limites impostos ao próprio poder.

Muito embora acoplados pelo mesmo instrumento, leia-se a Constituição, os sistemas político e jurídico têm atravessado notável crise institucional, especialmente em virtude da separação entre os poderes em contraponto à regra de vedação à denegação de justiça.

É em tal conjuntura que está imerso o judiciário brasileiro enquanto elemento dos mais atuantes, requisitados e, igualmente criticados. Por vezes, provocado a agir por força de suas atribuições, mas, em muito, contestado, tanto nas intervenções, como nas omissões. Em sua condição de guardião do ordenamento jurídico, não pode se omitir em proferir decisão acerca das demandas que lhe são apresentadas, por força do princípio do *non liquet*. Contudo, em tese, esse tem sido um dos motivos para o estabelecimento da crise entre os poderes.

Diante dessa realidade conflituosa, coloca-se, portanto, a seguinte questão: o papel atualmente desempenhado pelo judiciário brasileiro enquanto subsistema, de acordo com a Teoria dos Sistemas de Nicklas Luhmann, o coloca em consonância com o subsistema político, cumprindo o seu preceito constitucional, enquanto sistema acoplado estruturalmente, mas autônomo e autopoietico, garantindo a sua identidade, sem deixar de exercer a relação necessária com o ambiente, ou ofende os princípios da legalidade e da separação dos poderes, na medida em que, não só doa energia ao

subsistema político, mas provoca o fenômeno descrito por Luhmann de “corrupção”, tanto do subsistema político, como do próprio subsistema jurídico?

Pretende-se investigar o problema de pesquisa formulado acima a partir da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, notadamente por se tratar de uma teoria evolutiva (na acepção luhmanniana) do direito e da sociedade, com pretensão de universalidade, cogitando sua aplicação na interpretação de todo fenômeno social, certamente relevante em suas contribuições. Ainda que reconhecendo limites apontados por seus críticos e não contestando ou camuflando a crise de paradigmas presente em todas as narrativas científicas na contemporaneidade.

A tese, portanto, tem por objetivo geral investigar, sob a perspectiva da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, o papel do Judiciário brasileiro num cenário de crise institucional para apresentar um diagnóstico a partir de importantes ações enfrentadas por essa esfera de poder e suas consequências em termos de preservação da identidade ou corrupção das competências próprias do subsistema jurídico e do seu ambiente configurado, em específico, no subsistema político.

Em vista da necessidade de alcançar o propósito geral da pesquisa, o trabalho concentra seus esforços no sentido de reunir a produção bibliográfica de Niklas Luhmann, dos seus principais intérpretes, comentadores e críticos, para identificar a forma como são compreendidos os subsistemas jurídico e político, bem como as maneiras de explicar as crises sistêmicas e institucionais no seio do sistema social; identificou as decisões de repercussão nacional no campo político, proferidas pelo Judiciário brasileiro (STF), no período delimitado acima, a fim de identificar as principais distinções entre os poderes e as competências constitucionais inerentes aos sistemas político e jurídico, como forma de compreender a crise institucional que tem separado os subsistemas parciais; selecionou e classificou um rol de ações do poder judiciário com repercussão na política nacional, durante o período estudado, para verificar a diferenciação de tratamento em relação aos diversos atores políticos em litigância, comprovando ou não a condição de corrupção dos sistemas; e confrontou as decisões judiciais com os conceitos e categorias propostos na Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, a fim de apresentar um diagnóstico das condições de identidade *versus* corrupção dos subsistemas jurídico e político.

Diante desses pontos até aqui levantados, a tese proposta nesta pesquisa tem como fulcro um estudo de caso sobre o judiciário brasileiro (STF) enquanto subsistema em suas relações com o seu meio ambiente formado também pelo

subsistema político em um cenário de crise, trazendo como consequências inseparáveis as crises jurídica e institucional de forma abrangente, pondo em teste a identidade desses sistemas e o risco de corrupção sistêmica. Os conceitos aplicados, como se vê, remetem à perspectiva luhmanniana da Teoria dos Sistemas, desenvolvida em meados do século XX e concebida aqui como atual e capaz de dar conta da compreensão de tal realidade multifacetada, mesmo tendo em conta suas limitações e críticas.

É no trato do objeto proposto, portanto, que se configuram as diretrizes apontadas em sua metodologia de pesquisa delineada, por entender ciência como um produto inacabado, em constante lapidação através da pesquisa, e a metodologia como um processo flexível que deve adequar-se às exigências da realidade sempre mais complexa que seu recorte científico. Dessa forma, faz-se imprescindível expor os passos metodológicos estabelecidos na investigação.

O tipo de pesquisa proposta é a bibliográfica, não só em sua fase inicial, mas em todo o percurso investigatório ante à necessidade de interpretar, criticar e aplicar as diretrizes teóricas da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, compreendendo e aplicando conceitos e categorias necessários à elaboração do diagnóstico científico aventado, cujos principais são: o próprio conceito de sistema social e/ou subsistema, por ser norteador teórico e metodológico para se elaborar os resultados da pesquisa e alcançar suas conclusões; o conceito de identidade como capacidade do sistema referir-se a si mesmo, garantindo a sua unidade; a noção de contingência, que estabelece a seletividade dos elementos do sistema em sua relação com seu meio ambiente, reduzindo a complexidade sistêmica; diferenciação funcional estabelecendo a função exclusiva do sistema e sua diferença em relação a um outro sistema; meio ambiente enquanto base do sistema, sendo sua estrutura material o pressuposto para a própria existência do sistema; autopoiese ou autorreferência definindo a capacidade do sistema de trabalhar com seus próprios elementos, diferenciando-se dos elementos alheios, creditando a sua existência enquanto tal e garantindo a possibilidade de sua autorreprodução; acoplamento estrutural que confere a ligação entre meio ambiente e sistema, essencial para sua formação, visto que este não existe sem meio ambiente; comunicação sistêmica responsável por configurar intercâmbio e trocas de informações entre os sistemas; código binário que estabelece a visão de mundo de cada sistema funcional, oferecendo sempre duas alternativas em cada situação, sendo positiva ou negativa; e, por fim, corrupção

sistêmica ocorrida quando há processos de interferência externa nas funções do sistema, tendo como consequência a intervenção de um sistema por outro, sendo ambos desvirtuados.

Para tal aprofundamento, a tese recorre, enquanto fontes secundárias, à produção científico-acadêmica de Luhmann, bem como dos seus comentadores e intérpretes; mas também dos seus críticos e dos autores relacionados ao tema.

A tese tem ainda suas fontes primárias, no âmbito da coleta documental, recorrendo-se às decisões com repercussão nacional no campo político, no período entre 2016 e 2018, através dos sistemas digitais de dados do judiciário e da internet de modo geral, levantando ações, julgados e precedentes no âmbito das esferas do Poder Judiciário, bem como, das demandas advindas, tanto do Poder Executivo, como do Legislativo, do Ministério Público Federal e dos Partidos Políticos, enquanto partes ou subsistemas acoplados ao subsistema jurídico.

Quanto à vertente seguida, aplicou a pesquisa quantitativa, dado o caráter objetivo da massa de informações pesquisadas, realizando a mensuração das variáveis, mostrando dados sobre posicionamentos e quantificação das decisões do judiciário contra ou a favor de partidos ou políticos; acolhimento, não acolhimento ou omissão das demandas advindas das diversas correntes em conflito; tempo decorrido para prolatar decisões em benefício ou prejuízo dos diferentes atores envolvidos e outras informações quantificáveis identificadas no trabalho.

Mas, por ser o direito uma ciência social aplicada, portanto, interpretativa, dada a configuração própria do objeto em estudo, a tese não pode se furtar em recorrer também à metodologia qualitativa, devido à produção subjetiva existente e demonstrada nas falas, na escrita, nas atitudes e ações das diversas consciências pertencentes aos sistemas, identificadas nos posicionamentos ideológicos, partidários e corporativos; nas demonstrações de afetividade ou repulsa, legalização ou criminalização de instituições e sujeitos. Tais dados estão abundantes, através de documentação produzida, notícias e imagens circulantes nas mídias.

Já em sua forma, tomando por base os objetivos delineados, a tese configura-se enquanto processo de investigação, de início como uma pesquisa exploratória, dada a atualidade dos acontecimentos no tempo presente e a pouca produção com tal rumo ainda carente de informações científicas, principalmente porque propõe a aplicabilidade da teoria luhmanniana na análise da crise institucional brasileira. Mas, avança nas exigências da pesquisa descritiva, pois intenta registrar, analisar e

interpretar as características dos eventos investigados, descobrindo sua frequência de ocorrência, os fatores e variáveis, na estrutura e funcionamento dos sistemas até alcançar o nível da pesquisa explicativa, dada a exigência do diagnóstico e do referencial aplicado, que obriga a concluir as causas dos problemas estudados, identificando os fatores que contribuem para a ocorrência dos fenômenos ou variáveis que afetam o processo, enfim, por pretender explicar o porquê da crise institucional, sob o olhar da Teoria dos Sistemas.

Por isso, os procedimentos adotados são do estudo de caso, visto que toma por objeto uma unidade específica configurada no sistema de justiça brasileiro, inserido em uma crise institucional, que pode configurar uma crise sistêmica. Sendo, portanto, este o método mais adequado para a compreensão do fenômeno pesquisado.

Por universo, portanto, compreende-se o sistema de justiça brasileiro em suas relações com o sistema político. Em consequência, a produção configurada em dados registrados e publicados no período estudado. Tomando por amostra, especificamente, as decisões de repercussão nacional que interferem diretamente na vida da República, envolvendo atores representantes dos três poderes da Nação.

A tese, portanto, fulcra-se em quatro pontos de investigação científica, de forma que o primeiro deles traz Niklas Luhmann como suporte referencial para apreensão da sociedade complexa. Sequencialmente o trabalho discutirá a hipercomplexidade da relação entre os sistemas político e jurídico numa sociedade contingente, tendo como lastro os institutos da Separação de Poderes e da decisão judicial. Ato contínuo, apresentará importantes elementos que contribuirão para a compreensão do cenário vivenciado, a partir de fatores como a judicialização, o ativismo, a crise e o papel do poder judiciário e, por fim, procederá à análise de decisões com repercussão na realidade brasileira, aproximando o contexto teórico da sistemática jurídica adotada, especialmente pelo Supremo Tribunal Federal.

A primeira linha de investigação permitirá melhor compreender conceitos fundamentais a respeito da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, com foco, sempre, na aproximação da citada teoria à realidade imanente à sociedade, especialmente no que diz respeito às variadas dimensões de complexidade afetadas às relações mantidas entre os subsistemas parciais. Nesse ponto serão trabalhados conceitos vinculados ao sistema social, à autopoiesis, à identidade como garantia da unidade, à contingência como instrumento de seletividade, o meio ambiente e o

acoplamento estrutural, a comunicação sistêmica, o código binário e a diferenciação funcional, os subsistemas político e jurídico numa perspectiva luhmanianna, o fechamento operativo do direito e a constituição como instrumento de acoplamento estrutural.

Na sequência o trabalho discutirá, no contexto da hipercomplexidade da relação entre os sistemas, o papel desempenhado pelo Princípio da Separação dos Poderes, desde uma perspectiva histórica até os dias atuais, discutirá ainda fatores como legitimidade, legalidade, independência, harmonia e colaboração entre os poderes. Para além disso, abordará o Princípio da Separação de Poderes sob um viés sistêmico e brasileiro bem como o instituto da decisão judicial, sua relação com o *non liquet* e sua relevância para o alcance da estabilização de expectativas.

Dando continuidade, a tese trabalhará conceitos distintivos entre o fenômeno da judicialização e do ativismo judicial. Direcionará bastante energia para compreender as razões que justificam a existência de uma crise entre os poderes bem como focará no papel do Poder Judiciário num cenário de crise institucional com especial atenção à atuação do Supremo Tribunal Federal.

Por fim, a tese analisará, detalhadamente, importantes ações que tramitaram no âmbito da Suprema Corte brasileira no período de 2016 e 2018 e, que por sua vez, foram portadoras de enorme repercussão nacional com reflexos diretos para a Separação de Poderes bem assim para a relação nem tão harmônica nem mesmo tão independente entre os mesmos.

2 NIKLAS LUHMANN: SUPORTE REFERENCIAL PARA APREENSÃO DA SOCIEDADE COMPLEXA

O arcabouço teórico produzido por Niklas Luhmann causa, seguramente, em seus continuadores, sejam eles intérpretes, comentadores, estudiosos ou mesmo críticos e opositores, a imprescindibilidade de compreender a sociedade em suas múltiplas e variadas dimensões de complexidade, sem, entretanto, se perder nas variadas dimensões do real e da análise.

Seu cabedal interpretativo tem como eixo de formulação a comunicação exercendo papel central na compreensão conceitual de sociedade, sendo estes dois elementos: sociedade e comunicação de natureza indissociável. Assim, sua perspectiva demonstra que a sociedade se faz pela comunicação e a comunicação só se produz em sociedade. Compreender a sociedade complexa nos moldes contemporâneos é, portanto, desvendar as suas estruturas comunicacionais.

Ao intentar uma leitura da Teoria dos Sistemas luhmaniana é possível vislumbrar sua contribuição para apreender a complexidade da sociedade de forma acurada e profunda, notadamente pela capacidade de um olhar singular, mesmo lidando com tema de grande complexidade e ao mesmo tempo extremamente instigante. É nessa perspectiva que Luhmann mostra ser possível, apesar de aparentemente antagônica, a redução da complexidade em termos analíticos.

De acordo com Marcelo Neves, a teoria dos sistemas, na sociedade moderna, seria resultado da hipercomplexificação social que, por sua vez, se encontra intimamente relacionada à diferenciação funcional, no que toca aos âmbitos do agir e do vivenciar, de forma tal que seria responsável por promover o “desaparecimento de uma moral de conteúdo hierárquico, válida para todas as conexões de comunicação, e o surgimento de sistemas sociais operacionalmente autônomos, reproduzidos com base nos seus próprios códigos e critérios, embora condicionados pelos seus ambientes respectivos”¹.

A Teoria dos Sistemas, assim, pauta-se na criação e utilização de vocabulário próprio e numa perspectiva interdisciplinar, o que permite uma visão inovadora dos fenômenos sociais, impondo a necessidade de compreensão de tais fenômenos sob uma óptica distinta da até então concebida, na qual conceitos sistêmico-luhmannianos

¹ NEVES, Marcelo. Luhmann, Habermas e o Estado de direito. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, 1996. p. 93 -106.

do tipo *autopoiesis*, autorreferência, código binário e acoplamento estrutural passa a substituir outros outrora conhecidos referenciados em termos como validade, norma fundamental, valores axiológicos, força ou ainda a divindade, usados na identificação do fenômeno social, inclusive no campo do fenômeno jurídico² *stricto sensu*.

A complexidade vista pelo susodito autor se reporta às inúmeras possibilidades de acontecimentos que podem se materializar diante da relação entre o sistema e o mundo, de forma que, em um contexto de análise, o olhar com as lentes dos sistemas sociais colabora para redução da complexidade inerente ao fenômeno social no âmbito da sociedade complexa.

Acrescente-se que a contribuição da teoria luhmanniana se torna ainda mais evidente ao mirar na compreensão de fenômenos sociais variados, sendo essencialmente útil para desvendar as nuances da comunicação enquanto elemento definidor do sistema social, visto que os modelos comunicacionais encontram-se imersos no universo dos princípios da ordem social e seu aporte teórico permite refletir acerca da constituição da sociedade, bem como investigar as relações de sociabilidade que circundam o meio social.

Muito embora pese sobre a teoria luhmanniana, conforme asseverado por João Paulo Bachur, um duplo juízo pejorativo em que, de um lado seria vista como árida e hermética e até mesmo abstrata e, de outro lado, conservadora e reacionária, em decorrência da postura política adotada por Luhmann, a verdade é que, a despeito das críticas que possam ser lançadas, a teoria dos sistemas é de suma importância para a sociedade contemporânea, notadamente por ser capaz de oferecer um refinado aparato conceitual para o diagnóstico dessa mesma sociedade³.

É oportuno salientar que a partir da teoria de Luhmann, os estudos sobre a sociedade vêm alcançando patamares bastante elevados e de maneira suficientemente consolidada. Para Arthur Stanford, a teoria de Luhmann precisa ser enfrentada e compreendida como uma espécie de sociologia primeira, semelhante ao quanto vislumbrado por Aristóteles quando da criação de um estilo de encarar a filosofia na acepção de se traduzir como uma filosofia de primeira ordem, ou seja, sob a perspectiva de esta encontrar-se em grau superior às realidades físicas, sendo, a

² A esse respeito vide interessante passagem de LIMA, Fernando Rister de Sousa. **Sociologia do Direito**: o direito e o processo à luz da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012, p. 24.

³ BACHUR, João Paulo. A teoria de sistemas sociais de Niklas Luhmann. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, v. 36, n. 2, 2020.

posteriori, denominada de metafísica, notadamente diante da necessidade de transcendência do pensamento humano⁴.

2.1 O sistema social, a *autopoiesis* e a identidade como garantia da unidade

A Teoria dos Sistemas Sociais de Niklas Luhmann tem como ponto nodal um olhar bastante criterioso quanto à distinção entre o sistema e o meio, de modo a considerar, nessa relação, o processo de comunicação como sendo extremamente significativo, conforme já aduzido em linhas anteriores. Pode-se dizer, a partir dos estudos do autor que sistema e meio, apesar de distintos, se encontram estruturalmente acoplados e se comunicam através de códigos por vezes não claros, mas que precisam ser desvendados pelo investigador social.

Privilegiar a interpretação sobre a distinção tem por objetivo primeiro discernir sobre aquilo que pertence a um sistema ou está fora dele⁵. Nesse sentido, o sistema, ao se deparar com o que está fora identifica suas próprias diferenças e passa a construir sua própria identidade. Dito de outra maneira, a teoria de Luhmann busca abordar os processos e a estruturação da sociedade de modo a descrever como ela

⁴ “De maneira similar, a reflexão de Luhmann é a ‘sociologia primeira’: trata de delimitar, em sua forma mais básica, aquele âmbito emergente do mundo que chamamos sociedade. Luhmann pretende que a sociologia (ciência que aborda o fenômeno social): 1) Indague os princípios primeiros e supremos da ordem social; 2) Analise a operação constitutiva da sociedade; 3) Estude a comunicação - que é a substância da socialidade e 4) Investigue a sociedade, que é o fenômeno omnicomprensivo de tudo que se designa como social.” “A sociologia, pois, de Luhmann se apresenta em primeiro lugar como a busca dos princípios primeiros e supremos da ordem social (formas elementares). Ela descobre que o princípio fundamental (e o primeiro da sociedade) se encontra no fato de que a sociedade é tão só Forma. Forma é simplesmente o paradoxo que resulta do emprego de uma distinção. É paradoxo porque a distinção joga com dois movimentos simultâneos: 1) Joga com a unidade ao incluir algo; e 2) joga com a diferença ao excluir algo.” “A sociedade é um cálculo de distinções, um jogo de distinções. Um jogo que separa, discrimina, discerne unidades e cria, por isso mesmo, diferenças. A sociedade é, pois, em princípio e fundamento um cálculo formal: uma Forma.” “No transcurso da evolução, este cálculo formal se traduz na operação de comunicação. Nós, seres humanos, nos comunicamos recorrendo a uma forma: a um código, a uma linguagem, a sinais, a símbolos. A comunicação é, em certo sentido, a Forma, a natureza intimada (*sic*) [intima da] sociedade. A sociedade está composta tão só por formas de comunicação.” SILVA, Artur Stamford da. **10 lições sobre Luhmann**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2016. (coleção 10 Lições), p. 10-12.

⁵ “A teoria social sistêmica elaborada por Niklas Luhmann trata-se de uma teoria holística, de aplicação generalizada no âmbito das ciências formais e empíricas, tanto naturais, como sociais, e tem como distinção fundamental a relação entre ‘sistema’ e ‘meio – ambiente’” “A distinção entre sistema e seu meio ambiente é utilizada para explicar tudo entre o que pertence a determinado sistema e o que está fora, no ambiente circundante, como elemento de outros ou não.” “O desenvolvimento desta teoria ocorre a partir de um conceito de sociedade que possui uma distinção. Para Luhmann, sociedade é a ‘sociedade mundial’ (*Weltgesellschaft*) que se forma modernamente. O que compõe a sociedade não são os seres humanos que a ela pertencem, mas sim a comunicação entre eles, que nela circula de várias formas, nos diversos subsistemas funcionais, tais como: direito, economia, arte, religião, ciência etc.” GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNEIRO, Henrique Garbellini. **Introdução à sociologia do direito**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 296.

se apresenta de fato, ou seja, a distinção aqui explicitada sobre a relação entre sistema e meio ambiente objetiva mostrar quais elementos fazem parte de um dado sistema e quais fazem parte de um outro e não do sistema em análise, possibilitando identificar sua identidade e demarcar suas diferenças em relação ao meio em que está inserido.

É por conta da complexidade social que se faz necessária a diferenciação entre sistema e ambiente para entender o surgimento e desenvolvimento dos mais variados sistemas. Nessa seara é importante aludir que todo sistema é independente em relação ao meio, isso no que pertine à sua organização interna, apesar de necessitar do ambiente para continuar existindo e se desenvolvendo. Na verdade, Luhmann, a partir da teoria sistêmica, intenta por descrever a sociedade enquanto sistema autorreferencial, que se organiza e se reproduz levando em consideração os elementos do próprio sistema.

Pensar sobre essa capacidade autorreferencial remete à reflexão sobre o sistema *autopoietico*. Para Luhmann, os subsistemas da sociedade são autorreferenciais, uma vez que produzem e reproduzem de forma reiterada com fulcro na sua própria organização⁶. Segundo tal teoria, a *autopoiesis* é a habilidade de um sistema complexo conseguir reproduzir os elementos que o compõe, bem como as suas próprias estruturas. Assim, a citada reprodução, dar-se pelo viés da realização de processos fechados de operações conduzidos pelos elementos do próprio sistema.

Dessa forma a *autopoiesis* viabiliza uma seleção frente aos subsistemas e, assim o processo de comunicação, por vezes passa por um filtro, não entrando na sua totalidade nos subsistemas propriamente ditos. Os sistemas sociais são, portanto, autopoieticos, logo não sofrem influência de acontecimentos externos advindos do meio ambiente, de maneira que as operações realizadas no seu interior têm seu nascedouro nas comunicações internas próprias. Entretanto, pensar o sistema operacionalmente fechado não é sinônimo de que o sistema autopoietico desconhece

⁶ “Sistema autopoietico é o sistema dotado de organização autopoietica, no que há a (re)produção dos elementos de que compõe o sistema que geram sua organização, pela relação reiterativa, circular entre eles.” “Ele se figura como um sistema autônomo, pois nele o que se passa não é determinado por nenhum componente do ambiente, mas sim por sua própria organização, formada por seus elementos.” “O fato de ser autônomo indica sua condição de clausura, ou seja, ser ‘fechado’ diante do ponto de vista de sua organização, não havendo nem entrada (inputs) e nem saídas (outputs) para o ambiente, pois os elementos interagem no e por meio dele.” “[...] para Luhmann apenas a comunicação se autoproduz, razão pela qual qualificam-se como autopoieticos os sistemas de comunicação da sociedade. GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNIO, Henrique Garbellini. **Introdução à sociologia do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 296.

o ambiente, pois, naturalmente, é claro que existem processos de comunicação e influências, mas sim da possibilidade do sistema social realizar a produção de sentido no seu interior.

Para Luhmann a rede de comunicações é o centro de todas as relações. Em suas formulações acerca dos sistemas sociais, o autor inspira-se nos chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela e suas teorias no campo da biologia para apresentar o conceito de *autopoiesis* ou autorreprodução. Assim, insista-se, é autopoietico “o sistema no qual há a (re)produção dos elementos de que se compõe o sistema e que geram sua organização pela ação reiterativa, circular entre eles”⁷.

É importante dizer que as formas comunicacionais ao entrarem nos subsistemas provocam uma irritação em relação ao meio. E esta dinâmica de entrar e causar irritação ao ambiente faz nascer os sistemas operacionalmente fechados, e ao trocar dados entre eles, faz consolidar os sistemas cognitivamente abertos, levando desta forma à diminuição da complexidade social⁸. A redução dessa complexidade se dá pelo fato de a comunicação realizar a autorreferência da própria comunicação. Nesse contexto é oportuno afirmar que a comunicação é social, conforme defende Luhmann, e não psíquica. Logo, a autorreferência e a *autopoiesis* da comunicação definem a semântica da sociedade, posto que ela consolida a diferenciação a partir da observação⁹. A comunicação, portanto, por meio da linguagem é a condição primeira para que haja acoplamento entre os sistemas, ou

⁷ GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNIO, Henrique Garbellini. **Introdução à sociologia do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 296.

⁸ “A *autopoiesis* promove um filtro nos subsistemas sociais pelo qual nem todas as comunicações passam. Quando entram, irritam o ambiente. Eles são chamados de sistemas operacionalmente fechados; entretanto, por permitirem troca de dados entre os ambientes distintos de outros sistemas, são classificados de sistemas cognitivamente abertos. Nesse sentido, sua epistemologia produz uma razão interna, busca-se integrar o sujeito e o objeto descrito, conseqüentemente a sua complexidade é reduzida.” LIMA, Fernando Rister de Sousa. **Sociologia do direito: o direito e o processo à luz da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012. p. 26.

⁹ “Lembraremos que a comunicação é a realização simultânea de informar, partilhar e compreender. [...] é uma seleção, portanto, duplamente contingente; alter nem ego dominam o sentido. Há comunicação se Ego compreende que Alter partilhou uma informação; portanto, se realiza a distinção expressão/informação. Observe que uma comunicação começa com alter partilhando algo a ser compreendido por ego. Luhmann faz essa inversão justamente para afirmar que a comunicação é social, não psíquica: mente, consciência. [...] Esse esquema é apresentado por Luhmann para mostrar que a autorreferência e a autopoiesis da comunicação designam a semântica própria da sociedade, afinal a seleção não se confunde com o sujeito empírico; antes, é ela já uma observação de segunda ordem. A comunicação (informar, partilhar, compreender) opera a diferenciação por observação.” SILVA, Artur Stamford da. **10 Lições sobre Luhmann**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2016. (Coleção 10 lições), p. 52-53.

seja, os sistemas sociais, a partir da diferenciação comunicativa, reduzem a complexidade social¹⁰.

Na verdade, há uma dúplici condição que torna os subsistemas permanentemente abertos às “irritações”, permitindo sua autorreprodução, conforme acentua Teixeira¹¹, isso porque os subsistemas são simultaneamente abertos e fechados, eis a razão para a afirmação luhmanniana de que as relações estabelecidas entre fechamento operativo e abertura cognitiva são paradoxais. Assim, “a teoria deve ser suficientemente complexa para captar a complexidade do mundo”¹².

Na verdade, “cada subsistema tem nos demais subsistemas a seu entorno informações possíveis de serem incorporadas, desde que passem pelo seu crivo específico de seletividade”¹³. Pode-se afirmar, sem qualquer dúvida, que a relação estabelecida entre os dois sistemas, apesar de paradoxal (fechamento e abertura), é imprescindível. Há uma espécie de redução e manutenção de complexidade, absolutamente necessárias para o surgimento de novas alternativas e, portanto, novas decisões.

A identidade de cada sistema, por sua vez, garante a sua unidade. Isso implica dizer que a partir da comunicação, o sistema define as suas fronteiras, suas limitações, de forma tal a garantir a manutenção da sua unidade. Sendo ela, a comunicação, portanto a base para o sistema¹⁴. Por meio da repetição comunicativa, marcada pela efetividade de sentido, o sistema ganha forma e consolida a sua existência, como bem salienta Fernando Rister de Sousa Lima¹⁵.

¹⁰ “O crescimento da complexidade social, porém, fundamenta-se em última análise no avanço da diferenciação funcional do sistema social.” “A diferenciação funcional cria sistemas sociais parciais para resolução de problemas sociais específicos.” LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

¹¹ TEIXEIRA, João Paulo Allain. Direito e política na teoria dos sistemas. *In*: Sociedade, Direito e Decisão em Niklas Luhmann: **Congresso Internacional em Homenagem a Cláudio Souto**. Recife: Editora Universitária UFPE, 2009.

¹² SILVA, Artur Stamford da. **10 Lições sobre Luhmann**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2016. (Coleção 10 lições), p. 28.

¹³ TEIXEIRA, op. cit., p. 320.

¹⁴ “É por isso que, em Luhmann, o social é assimilado à comunicação. A comunicação (e não o indivíduo) é a unidade elementar da sociedade, a operação-base por meio da qual o sentido é produzido”. BACHUR, João Paulo. A teoria de sistemas sociais de Niklas Luhmann. **Revista da Faculdade de Direito do Sul De Minas**, v. 36, n. 2, 2020.

¹⁵ “A comunicação é a base dos sistemas. A partir da repetição da mesma operação comunicativa, realizada mediante um sentido, o sistema começa a se formar, o ambiente é dividido entre interno e o externo do sistema. O sistema toma forma quando a comunicação, pela repetição, delimita a sua fronteira. Dito de outro modo, o meio social é dividido em dois pela reiteração da operação comunicativa: um torna-se o ambiente do sistema e estará situado dentro dos limites dele; o outro permanecerá do lado de fora, chamado de entorno, mas que ainda – como o espaço interno ao sistema – faz parte do ambiente do sistema global.” LIMA, Fernando Rister de Sousa. **Sociologia do direito: o**

Nesse contexto, o sistema é limitado ao seu ambiente, composto da sua própria comunicação, fazendo-se diferente e distinto de outros sistemas, ou seja, mantendo suas comunicações e operações específicas. Assim, pode-se dizer ser esse o modelo da teoria sistêmica de Niklas Luhmann que busca contribuir, em sua compreensão, com a redução da complexidade da sociedade. Dito de outra maneira, a Teoria dos Sistemas é uma teoria autorreferente e autopoietica, tendo em vista que, o sistema, ao apresentar a possibilidade de ser decomposto em elementos e em relações, ao passo que é marcado pela *autopoiesis*, se torna capaz de construir, a partir de si mesmo, sua estrutura, assim como os elementos que a compõem.

A forma sistêmica é constituída pelo sistema e o seu entorno e é através das operações comunicativas que conduz à produção e reprodução dos seus componentes. Isso implica dizer que é pelo liame das especificações da comunicação, advindas das necessidades da funcionalidade dos sistemas, que um sistema específico é delimitado em detrimento do seu entorno¹⁶. É por meio dessas especificações comunicativas que as operações delimitam-se e especializam-se de tal forma a constituir um código binário próprio¹⁷.

As construções desses códigos corroboram para que o sistema observe suas respectivas operações, de modo a formar suas próprias unidades e são justamente os códigos que possibilitam o processo de comunicação. Desse modo, é pelo viés da comunicação que o sistema se diferencia do seu entorno, ou seja, através da comunicação específica, como seus códigos próprios, diferenciada e reiterada, evidencia a diferença existente entre o sistema e o ambiente.

São as operações reiteradas ocorridas de maneira sequenciada que conduzem à diferença entre o sistema e o ambiente, conforme aludido anteriormente. Assim, a comunicação, representa uma fronteira entre o sistema e o ambiente¹⁸. O pensamento

direito e o processo à luz das teorias dos sistemas de Niklas Luhmann. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012. p. 52-53.

¹⁶ “A forma sistêmica é formada por dois lados: o sistema e o entorno. A partir das especificações comunicativas, motivadas pela elevada funcionalidade dos sistemas, o sistema delimita-se perante o seu entorno pelas suas operações comunicativas – caso do direito *l/i* – das quais produz e reproduz seus componentes.” LIMA, Fernando Rister de Sousa. **Sociologia do direito: o direito e o processo à luz das teorias dos sistemas de Niklas Luhmann**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012. p. 53.

¹⁷ “No caso do Direito, a teoria torna-o autoprodutor dos seus elementos e o produz mediante operações internas por meio da mesma comunicação, que o diferencia do sistema social (sociedade) que envolve. A sociedade não é apenas o ambiente do sistema. É dentro dela que as operações especializam-se até formar um código binário próprio e, após a sua formação, o subsistema continua situado dentro da sociedade; opera, todavia, recursivamente.” Id, *Ibid*, p. 53-54.

¹⁸ “A Teoria dos Sistemas identifica um sistema quando pela sua comunicação específica diferencia-se do ambiente. Eles existem a partir de momentos constitutivos de uma diferença produzida

sistêmico de Luhmann se destina a olhar justamente para a diferença entre sistema e ambiente, e tal diferença, se efetiva segundo o autor, por meio da fronteira traçada entre ambos, sendo crucial a observação da produção dessa diferença.

É válido salientar que a sociedade atual é conduzida pela diferença funcional, de modo que a especificidade de cada sistema social surge para resolver demandas e/ou problemas específicos presentes no âmbito da sociedade contemporânea em sua complexidade existencial. Destaque-se, que é através da binariedade que os sistemas realizam os ajustes necessários para atender determinadas funções no seio da sociedade.

2.2 A contingência como instrumento de seletividade, o meio ambiente e o acoplamento estrutural

Ao se fazer uma reflexão sobre o fenômeno da chamada fórmula para contingência, cumpre dizer que a susodita fórmula repousa sobre a distinção entre o que pode ser determinável ou não determinável, de forma que sua função se cristaliza na medida em que passa a ser capaz de exceder a certos limites, o que demanda a existência de possibilidades diversas. Assim, fórmula de contingência e função se traduzem como elementos umbilicalmente ligados, de forma tal que a separação de ambos pode ensejar uma espécie de deslegitimação¹⁹.

A contingência é um conceito apresentado por Niklas Luhmann em muitas das suas obras. Ao trazer esse conceito, o autor discorre sobre a constituição de sentido. Em diversos argumentos, o mesmo deixa explícito que a contingência está vinculada ao processo de geração de sentido, e este, viabiliza a criação dos sistemas sociais pelo viés da seletividade²⁰. Nesta seara reflexiva é oportuno aduzir que o sentido tem

reiteradamente pelas operações comunicativas. Ambos são comunicação. A sequência de operações diferenciadas é a responsável pela diferença/ambiente. A diferenciação inicial é fruto de uma escolha do observador, cuja repetição comunicativa reproduz uma fronteira entre sistema e o respectivo ambiente. Com isso, as demarcações – chamadas por Luhmann de forma – marcam a diferença entre interno e o externo do sistema. Resulta, deste modo, da diferença entre o sistema e o ambiente em operações do seu próprio tipo e da exclusão das demais. LIMA, Fernando Rister de Sousa. **Sociologia do direito: o direito e o processo à luz das teorias dos sistemas de Niklas Luhmann**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012. p. 54.

¹⁹ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução de: Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 293.

²⁰ “O sentido é o meio pelo qual se criam os sistemas sociais mediante seletividade. Ele trabalha sempre com dois lados: realidade e possibilidade ou, ainda, atualidade e potencialidade. Dentro de um lado, as hipóteses altear-se-ão. Resulta de uma conquista evolutiva dos sistemas em que se permite dar forma à autorreferência e à construção da complexidade dos sistemas sociais. Por conseguinte, a própria forma sistema/ambiente. Essa diferença reproduz-se intensamente na vivência do sentido e confere à experiência o valor da informação. Além disso, representa a grande diferenciação da sociedade

por base a diferença, esta que por sua vez gravita em torno daquilo que é atual e daquilo que representa possibilidade em potencial, ou seja, têm-se aí dois caminhos a serem analisados, um que diz respeito àquilo que é real, e outro, àquilo que representa possibilidade²¹.

Partindo do discorrido acima é válido aduzir que a contingência estaria vinculada à ideia de que as escolhas realizadas levam em consideração algumas possibilidades podendo ou não, ser exatamente as esperadas. Isso quer dizer que quando se é realizada uma determinada escolha, deixa-se um universo de outras possibilidades que poderiam ser ou não ser as desejadas. Logo, a contingência deve ser percebida como sendo a possibilidade de seleção mediante as mais variadas alternativas de escolhas.

Acrescente-se que a Teoria dos Sistemas exclui aquilo que é externo ao sistema, para que só assim possa garantir a manutenção desse mesmo sistema. Logo, a contingência, para a teoria luhmanniana, funciona como instrumento de seletividade dos elementos do sistema, mediante a complexidade da sociedade contemporânea. Luhmann explicita acentuada preocupação em estabelecer parâmetros que contemplem a complexidade e a contingência da sociedade atual, quando dos sujeitos que estão a realizar a observação desta²². Partindo dessa preocupação, mister se faz compreender que a seletividade dos elementos do sistema está imbricada de certa maneira à função do sentido dentro dele, posto que ele viabiliza a redução, bem como a manutenção da complexidade, vez que estabelece a diferença entre sistema e ambiente.

contemporânea, como expressamente faz menção Luhmann.” LIMA, Fernando Rister de Sousa. **Sociologia do direito: o direito e o processo à luz das teorias dos sistemas de Niklas Luhmann**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012. p. 57.

²¹ “Dito de outro modo, é pelo sentido que as operações dos sistemas – seja o social, seja o psíquico – tomam forma. Nos primeiros, fala-se de comunicações, enquanto no segundo são os pensamentos, as operações. As operações não podem estar fechadas em si mesmas: reclamam do contato com outras operações. Deste modo, quem ligará uma operação a uma outra operação é o sentido. Ela determina a capacidade de relação entre os elementos sistêmicos e assegura os sistemas a condição de continuar operando.” Id, ibid, p. 57-58.

²² “As reflexões em torno do conceito de sentido não podem excluir a referência do observador, visto que não se pode imaginar uma observação sem levar em conta o sentido. Nesse processo de observação, a comunicação reproduz sentido. Ainda assim, é imperioso fazer menção à importância da negação no gotejo do sentido: as negações sempre se referem a algo determinado, ou seja, elas implicam negações de outras delimitações. O sistema é aberto à outras operações por meio de sentido, porém é fechado àqueles em outro sentido. O sentido, deste modo, delimita as observações do sistema. Põe-se como meio necessário à operação dos sistemas (sociais e psíquicos). Por outro lado, a forma do sentido propicia a observação específica de determinados tipos de sistemas. O sentido precisa deles para se realizar. Ambos pressupõem-se e condicionam reciprocamente. Só são possíveis de existir juntos.” Id, ibid, p. 58.

A contingência é inerente à ideia de gerar sentido, já o sentido, encontra-se inerente à diferença. Essa diferença diz respeito àquilo que é atual, em detrimento daquilo que representa uma possibilidade. A diferença representa, portanto, a base de todo e qualquer sentido. Contudo, fato é que a complexidade social está ligada à contingência, visto que as experiências realizadas sempre estão inseridas num vasto campo de possibilidades e são exatamente essas aberturas para as escolhas que desaguam na complexidade social.

Então, mediante as muitas possibilidades escolhas/decisões e a complexidade propriamente dita é que se tem a chamada sociedade moderna. Ora, estando inserida num contexto de inúmeras possibilidades, o risco constante acaba fazendo parte do processo. O panorama de múltiplas possibilidades, inevitavelmente corrobora para a complexidade. Frise-se que frente à contingência, a sociedade contemporânea acaba aceitando o risco oriundo das suas escolhas/decisões.

Luhmann traz uma importante reflexão, tanto da ideia de sentidos quanto acerca do conceito de diferenças operacionais. Pensar complexidade e contingência requer analisar esses conceitos minimamente. Dessa maneira, tais conceitos são cruciais para o entendimento da Teoria dos Sistemas. Vale observar, ainda, que a operação, especificamente, é o elemento de conexão entre outras operações no âmbito do sistema, já à observação lhe é atribuída a tarefa de indicar os lados (dois) de uma mesma distinção como traz sabiamente o autor Fernando Rister²³, em seus apontamentos.

Luhmann deixa explícito que o sistema constrói a si mesmo a partir da realização de operações próprias pelo viés das próprias operações, de modo a diferenciar-se daquilo que está no seu entorno, de maneira a reproduzir a si mesmo.

²³ “A distinção operação/observação é referência obrigatória do conceito sistêmico. Dentro do construtivismo proposto por Luhmann, é a extensão do conceito *autopoiesis* aos sistemas constituídos de sentido. Pelas operações, entende-se a reprodução de um elemento do sistema autopoietico, sempre com base no elemento do mesmo sistema. Fala-se, portanto, num modo específico de operação, cujo resultado é o sistema. Por outro lado, não existe operação sem sistema. Ela deve ser reconduzida à operação de algum sistema. A operação é carregada da conexão com outra operação do mesmo sistema, mantendo, desta maneira, a clausura operacional. Não há com esse procedimento um fim a ser alcançado, ou seja: não se tem cunho teleológico. As operações operam cegamente, todavia, conectadas pela comunicação. A realização deste processo é mister das operações. Por sua vez, a observação é uma operação que se utiliza da distinção para indicar dois lados da mesma distinção. Esta distinção, pois, permite à observação construir ulteriores distinções, as quais lhe permitirão obter informações do objeto observado. Em verdade, o que isto significa é que a operação comunicativa, identificada pelo sentido, permite ao sistema sua auto-observação.” LIMA, Fernando Rister de Sousa. **Sociologia do direito**: o direito e o processo à luz das teorias dos sistemas de Niklas Luhmann. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012. p. 59.

Ainda dialogando acerca da diferença abordada por Luhmann é pertinente acrescentar que esta é a parte constitutiva do próprio sistema²⁴. Então, pode-se dizer que Luhmann traz como uma das premissas básicas da sua teoria, justamente a contingência enquanto elemento que compõe a dinâmica da realidade da sociedade contemporânea. Para ele, a contingência está vinculada à produção de sentido, bem como o entendimento de que a realidade atual é advinda da seleção de um universo de inúmeras outras possibilidades.

Dito isso, é fundamentalmente relevante esclarecer que a complexidade social está intimamente ligada à essência ideológica da contingência posto que ela (contingência) é apontada como sendo as possibilidades de inúmeras experiências as quais poderiam se dar de maneira diferenciada das aguardadas/esperadas. Essas possibilidades podem desaguar num aparato de alternativas que conduzirá a um vasto campo de decisões²⁵. Logo, essas decisões poderiam tomar diversos caminhos, ou seja, sempre navegar por um mar de possibilidades, podendo tais decisões traçar caminhos diferentes, podendo ser diferente do que realmente são, de forma a ensejar desapontamento e gerar a necessidade de assumir riscos de alguma natureza²⁶.

Ainda nesse contexto, quando se trata da justiça como fórmula para contingência, por sua vez, não se pode perder de vista a ideia há muito consagrada

²⁴ “A distinção operação/observação toma força na teoria sistêmica, em razão desta última (Teoria dos Sistemas) ter como ponto de partida a diferenciação sistema/ambiente, a qual, por sua vez, está conectada às outras distinções, sendo uma delas justamente o objeto deste item. E dentro dessas ulteriores diferenciações, ela tem relevo, a partir da diferenciação inicial do sistema, guiará as observações deste. Por isso mesmo, essa operação é responsável pela autorreferência do sistema, pois que os sistemas se referem a si mesmos pelas suas operações. Em outras palavras: são operações que garantem a autorreferencialidade sistêmica.” LIMA, Fernando Rister de Sousa. **Sociologia do direito: o direito e o processo à luz das teorias dos sistemas de Niklas Luhmann**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012. p. 61

²⁵ Em síntese a dupla contingência é um problema social, centrado na coordenação de seleções imprevisíveis e contingentes, de um *ego* e de um *alter* que se observam reciprocamente e podem não se entender. Ela é um problema de referência constante, que se incorpora continuamente aos sistemas sociais, com base em sua reprodução. Como é devido à dupla contingência, não existe certeza comunicativa; os sistemas sociais propiciam, nos seus limites, comunicação, ao menos compreensível dentro de um código só. Com efeito, é a própria dupla contingência que instaura o processo que leva à sua solução. *Ego* observa *alter* com outra perspectiva e, com base nela, faz observação. É por conta desta observação que eles convergem e criam mútuo interesse no combate à situação de indeterminação, realizado pela construção de estruturas. Id, *ibid*, p. 64.

²⁶ “Com complexidade queremos dizer que sempre existem mais possibilidades do que se pode realizar. Por contingência entendemos o fato de que as possibilidades apontadas para as demais experiências poderiam ser diferentes das esperadas; ou seja, que essa indignação por ser enganosa por referir-se a algo inexistente, inatingível, ou a algo que após tomadas as medidas necessárias para a experiência concreta (por exemplo, indo-se ao ponto determinado), não mais lá está. Em termos práticos, complexidade significa seleção forçada, e contingência significa perigo de desapontamento e necessidade de assumir-se riscos.” LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Tradução: Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983. p. 45-46.

de igualdade. A citada igualdade é vista, portanto, como princípio, que se autolegitima, dispensando da justiça a necessidade de qualquer fundamentação. Por meio da fórmula de contingência são buscados valores que somente possam ter a capacidade de alcançar a validade jurídica quando transmutados na forma de programas²⁷.

Já o acoplamento estrutural, por sua vez, consiste em um dos elementos que viabiliza a comunicação com o ambiente, ou seja, é ele responsável por vincular informações facilitando ou excluindo essas para a funcionalidade do sistema, sem perder necessariamente a sua autonomia. Frente a essa relação pode-se dizer que existe uma resposta síncrona de dependência e de independência no seio dos sistemas acoplados estruturalmente.

Dessa forma, o acoplamento estrutural é apresentado por Luhmann como sendo uma operação que conduz à interação entre o sistema e o ambiente, a qual pode ser analisada como sendo de irritação ao sistema, provocada pelo ambiente. O sistema, por sua vez, a partir das irritações incitadas pelo ambiente, torna-se capaz de estruturar suas próprias operações e com isso reduzir a complexidade externa, ficando evidente que esse mesmo sistema *autopoietico* só consegue determinar suas operações pelo viés das suas estruturas.

Para Luhmann, a sociedade moderna é marcada pela sua função sistêmica em que se faz presente uma comunicação que é registrada pela binariedade que, por sua vez, conduz à constituição de inúmeros outros subsistemas e esses são revestidos do seu código próprio, na medida em que cada um passa a ser caracterizado conforme a função que irá desempenhar. É a partir do acoplamento estrutural que os subsistemas estabelecem a comunicação e assim passam a buscar adaptação ao ambiente novo. Trazendo para a realidade da sociedade pode-se colocar o termo Constituição, sendo um bom exemplo da dinâmica de acoplamento estrutural, de forma que ela (a Constituição) explicita a ligação entre o sistema jurídico e o sistema político.

Ao se analisar a Constituição é possível perceber que o acoplamento estrutural acontece a partir do instante em que um dos sistemas utiliza-se dos elementos do outro sistema para poder conduzir a operacionalização do seu próprio processo comunicativo. É importante salientar que frente ao acoplamento estrutural um sistema não se comunica com o outro sistema meramente para realizar a irritação, mas para

²⁷ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Tradução: Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983. p. 297-298.

conduzir o funcionamento das suas próprias operações. Na verdade, pode-se dizer que há uma interpenetração entre os sistemas sociais, conforme aduz Fernando Rister²⁸.

É oportuno observar que a irritação ou desestabilização provocada pelo acoplamento estrutural não é prejudicial aos sistemas, desde que contribua para o desenvolvimento dos sistemas que estão passando pelo processo de interpenetração. O acoplamento estrutural pode-se perfazer tanto em sistemas simples como em sistemas complexos sem que para isso precise abstrair a complexidade daquele tido como extremamente complexo, o que ele precisa fazer é unicamente estabelecer conexão, a fim de relacionar-se com os elementos do sistema para poder operacionalizar seus próprios elementos.

Outro exemplo crucial para se entender a interpretação entre sistema pelo viés do acoplamento estrutural é pensar o sistema político e o direito mediante o ato de elaborar leis. Veja-se que a elaboração de leis no âmbito legislativo é por natureza pautada em diretrizes legais, ainda que passe pelo crivo da política. Sendo mais objetivo, para se elaborar leis, mister se faz que o sistema político esteja engajado, visto tratar de decisão de poder²⁹. Ainda que os legisladores não entendam a

²⁸ “A Carta Magna é o exemplo clássico de acoplamento estrutural. Ela promove a referida ligação entre o sistema jurídico e o político. Também funciona como fator de exclusão e inclusão. Acaba por incluir novos valores e excluir outros anteriormente impostos ao Direito; por outro lado, é tida como mecanismo de irritação do sistema por trazer nova comunicação. Da mesma forma, a propriedade é um acoplamento estrutural, contudo, do sistema parcial do Direito com a Economia (ou vice-versa). E a base na qual a Economia diferencia-se enquanto sistema. Processa-se por meio do seu código binário: ter/não ter. Porém, a propriedade não faz parte da comunicação do sistema jurídico. Não é possível resolver pendências jurídicas com a Economia. A Constituição Federal, o acoplamento estrutural (*strukturelle Kopplung*) entre os sistemas político e jurídico, age, a seu turno, como mecanismo de interpenetração permanente e concentrada entre os mencionados sistemas sociais. Possibilita, pois, a constante troca de influências recíprocas entre os subsistemas, filtrando-as. Ao mesmo tempo em que inclui, exclui. Portanto, promove uma solução jurídica à autorreferência do sistema político, ao mesmo tempo em que se fornece resposta política à autorreferência do sistema jurídico. LIMA, Fernando Rister de Sousa. **Sociologia do direito: o direito e o processo à luz das teorias dos sistemas de Niklas Luhmann**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012. p. 36-37.

²⁹ “Quanto ao acoplamento estrutural do sistema do direito com o sistema da política, há o Estado Constitucional, no qual questões como soberania, hierarquia das normas jurídicas, separação dos poderes, inconstitucionalidade, direitos fundamentais, interpretação da Constituição não são abordados como paradoxo da diferenciação direito e política, mas como acoplamento estrutural, portanto, como irritações recíprocas ou mesmo autoirritações. No caso de irritação recíproca: a política, como entorno do direito, irrita-o, por exemplo, a cada mudança legislativa; o direito, como entorno da política, irrita a política ao estabelecer princípios e limites para a política, como no caso do direito eleitoral, dos limites para se alterar a constituição e das demais legislações, com a inconstitucionalidade, cláusulas *pétreas*, interpretação do texto constitucional etc. No caso de autoirritação (inclusão do entorno no sistema), há ‘maiores possibilidades de o sistema jurídico registrar decisões políticas em forma jurídica; bem como maiores possibilidades de a política se servir do direito para pôr em prática seus objetivos’”. SILVA, Artur Stamford da. **10 lições sobre Luhmann**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2016. (Coleção 10 Lições), p. 10-12.

complexidade dos parâmetros legais ao representar o povo, podem votar. Pode, assim, realizar suas operações sem conhecer da complexidade do outro sistema. Frente a essa realidade, a ideia de acoplamento estrutural é inevitável vez que um sistema interpenetra no outro com o fito de operacionalizar suas próprias operações.

Não se pode olvidar ainda que fatores como a diferença e a adaptação entre sistema e ambiente são imprescindíveis para que a evolução do direito se imponha. Esse processo evolutivo se estabelece a partir da satisfação de diferentes condições, decorrentes, invariavelmente, de uma espécie de acoplamento entre si, entretanto, mister se faz observar a existência da variação de um elemento do sistema, da seleção da estrutura e da sua estabilização³⁰. Considere-se que o fechamento operativo não tem o condão de obstar o processo de evolução do direito, na verdade, o que se tem é uma reconstrução do ponto de vista evolutivo de estruturas previamente existentes³¹.

Pode-se dizer, a partir dos argumentos anteriores, que o acoplamento estrutural tem relevante papel diante do crescimento da sociedade, visto que por meio das irritações e perturbações advindas das interpenetrações ocasiona evolução nos sistemas. Agora é imperioso aduzir que o acoplamento estrutural torna-se crucial quando tem seu nascedouro advindo da funcionalidade de cada sistema.

2.3 A comunicação sistêmica, o código binário e a diferenciação funcional

A comunicação sistêmica representa o elemento viabilizador para os sistemas sociais operarem. A comunicação torna possível a esses subsistemas efetivarem o processo de diferenciação interna/externa, assim como a seleção e a produção de inúmeros outros processos de comunicação. A diferença é, pois, para Luhmann, o ponto fulcral da discussão, notadamente por se traduzir como algo inexoravelmente presente na relação ambiente *versus* sistema³².

³⁰ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução: Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 321-326.

³¹ Id, Ibid.

³² “O ponto de partida da Teoria dos Sistemas, portanto, não é uma identidade, uma unidade, um objeto, seja ele o indivíduo ou o sistema. Luhmann toma como seu ponto de partida uma diferença, qual seja, aquela entre sistema e ambiente. Enquanto mesmo a tradição do pensamento sistêmico referia-se ao sistema como uma unidade, Luhmann desloca seu olhar para a diferença que se produz entre sistema e ambiente. um sistema diferencia-se de seu ambiente traçando uma fronteira, uma diferença entre estes dois lados, sistema e ambiente.” MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. Teoria dos sistemas. In: AVRITZER, Leonardo *et al.* **Dimensões políticas da justiça**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. p. 97.

A Teoria dos Sistemas, assim, apresenta uma base referencial, apontando para o fato de que os sistemas produzem a si mesmos, sendo, portanto, autopoieticamente fechados. Com isso, o autor elegeu a comunicação como sendo o elemento central na operação dos sistemas sociais, visto que a partir dela, os sistemas observam a si próprios e aos outros sistemas. A comunicação, portanto, é o elemento a viabilizar a concretização das relações sistêmicas. A continuidade para além, produzindo outras comunicações, desse modo, é garantida pelo desencadear de tais processos comunicacionais. O elemento comunicação é tido, portanto, como o processo primeiro para a constituição do sistema social, apesar dela (comunicação) ser parte indissociável deste.

Na hipótese de inexistir comunicação entre o sistema e o ambiente, sendo o sistema, por natureza, operacionalmente fechado, não recebendo informação do meio, ele abre-se ao ambiente para poder observá-lo e a partir dessa observação, gera os processos capazes de fazer acontecer a comunicação interna do sistema, fazendo-se, portanto, crucial para a formação do próprio sistema.

Portanto, ao ser percebida enquanto processo elementar para o contexto de constituição dos sistemas sociais, necessário se faz entender que a comunicação é, em síntese, seleção de informação, ato de emissão e seleção do ato de entender, responsável por produzir a diferença entre os sistemas sociais e os sistemas psíquicos³³. E nesse contexto é imperioso deixar claro que o sujeito da comunicação não é um sistema psíquico (os indivíduos), mesmo não sendo possível comunicar sem a presença destes. Em verdade é somente através do ato de entender que a continuidade da comunicação pode ser efetivada e essa continuidade tornar-se possível pelo fato de a comunicação estar em constante movimento já que cada comunicação gera sempre uma nova comunicação e esta nova comunicação dará origem a uma nova comunicação e assim gerando um infinito de comunicações.

Dito de outra maneira, a comunicação se consolida no momento em que o *ego* (receptor de informação) entende a seu modo a informação enviada pelo *alter* (quem

³³ Como única operação genuinamente social, a comunicação é complexa, dando-se em três etapas: o ato de comunicar, a informação e a compreensão daquilo que foi comunicado. Dessa forma, não se pode atribuir a totalidade do processo comunicativo a nenhum dos partícipes da comunicação. Ao contrário, cada partícipe, enquanto posição comunicativa é a um só tempo ele mesmo (*ego*) e aqueles com quem se comunica (*alter*), já que toda comunicação pressupõe expectativas recíprocas nas ações comunicativas e nas compreensões daquilo que foi comunicado. MAGALHÃES, Juliana Neuenschwander. Teoria dos sistemas. In: AVRITZER, Leonardo *et al.* **Dimensões políticas da justiça**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. p. 97.

comunica), ou seja, a comunicação acontece quando o ego consegue discernir a informação, concretizando a compreensão. Havendo compreensão da informação emitida há comunicação. A comunicação é o elemento indispensável para a autorreprodução dos sistemas sociais e acontece realmente quando a informação, ou seja, a mensagem emitida por um lado e a compreensão recepcionada pelo outro lado, passam por um processo de sintetização.

Cumprido aduzir que, mesmo a informação emitida sendo compreendida de forma equivocada, ainda assim tem-se um processo de comunicação, pois o relevante é que haja um processo de compreensão de algo. Nesse contexto, se a informação foi compreendida corretamente ou não, é desimportante, interessa é ter havido o entendimento de algo qualquer. Portanto, importante é o ato de compreender alguma informação, reconhecendo ser possível que a informação emitida não seja exatamente a recebida, *ipsis litteris*³⁴. Logo, a comunicação na Teoria dos Sistemas Sociais, não poderá ser encarada como a mera transmissão de informações, conforme sinaliza a teoria tradicional³⁵ e ainda dominante no ensinar, no aprender e na sociedade. Na perspectiva luhmanniana “A comunicação não é entendida como processo de compreensão plena, contudo ego tem que perceber a diferença entre as duas seleções emitidas por *alter*³⁶.”

³⁴ “Pressuposto para tudo que segue é, então, um esclarecimento do conceito de comunicação. Para isso, normalmente se emprega a metáfora da ‘transmissão’. É comum se afirmar que a comunicação transmite mensagens ou informações do emissor para o receptor.” “Tentaremos evitar essa metáfora, pois ela nos sobrecarregaria com decisões prévias problemáticas. A metáfora da transmissão não serve porque implica demasiada ontologia. Ela sugere que o emissor transfere algo que o receptor recebe. Mas o emissor não se desfaz de algo, no sentido de perder algo, já nesse ponto essa metáfora não é correta. Todo esse metaforismo do possuir, ter, dar e receber, o conjunto das metáforas das coisas, não serve para um entendimento de comunicação.” LUHMANN, Niklas. **Sistemas Sociais**: esboço de uma teoria geral. Tradução: Antonio C. Luz Costa, Roberto Dutra Torres Junior, Marco Antonio dos Santos Casanova. Petrópolis, RJ: Vozes. (Coleção de Sociologia). p. 163.

³⁵ “Como supramencionado, a comunicação não é concebida conforme preconiza a teoria tradicional, a qual concebe como ato de transmitir informação. É vista numa estrutura triádica: informação, comportamento comunicativo e compreensão. A primeira diz respeito a um evento que altera o estado das coisas, quer dizer, a informação não é algo que existe em si mesmo e já estaria pronta a ser transferida. Ela é fruto de uma seleção do sistema, como preconizou Luhmann: ‘seleção surpreendente’, constituída internamente como surpresa, o que significa que a informação repetida não é tida como informação, teria perdido o seu valor comunicativo. Ainda sobre a informação no processo de comunicação, os participantes precisam tomar a decisão a respeito da informação a ser comunicada – às vezes, por mais de uma vez dentro do processo comunicativo – o que nada mais é do que a resposta à pergunta: o que vai ser comunicado? Ela deve ser tomada por ambos os participantes da comunicação. Ora, enquanto o comportamento comunicativo, referido acima, diz respeito à escolha da atitude que se utilizará para comunicar, a compreensão é ligada à capacidade de assimilar a mensagem de quem a recebe. A comunicação só ocorrerá quando ego compreende que *alter* comunicou uma informação [...]”. LIMA, Fernando Rister de Sousa. **Sociologia do direito**: o direito e o processo à luz das teorias dos sistemas de Niklas Luhmann. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012. p. 39-40.

³⁶ Id, *ibid*, p. 40.

A verdade, segundo Luhmann, é que a informação se destaca de *alter* rumo ao ego, e no ego esta informação não apenas é absorvida, mas, sim, elaborada. Ainda que a informação passe por uma reconstrução e resulte em um entendimento errôneo, diferente do que foi emitido, ainda que o receptor receba a informação elaborando entendimento equivocado, ainda assim havendo qualquer tipo de entendimento, não importando o resultado, a função de *alter* e de ego terá cumprido a sua atuação. Dessa forma, para o sistema, o que é relevante não é a informação propriamente dita mas os estímulos que provocam reelaboração de estruturas a partir da comunicação. Na prática, “somente a comunicação pode produzir comunicação”³⁷.

A comunicação, nesse sentido, é improvável pois não há garantia de que a mensagem emitida chegou ao final, ao receptor, da forma com que foi encaminhada. Existe nesse caminhar comunicacional o desencadear de operações selecionadas. Cada sistema atende demandas específicas da sociedade, preconizando para tanto seleções comunicativas específicas que corroborem com a diminuição da complexidade social. Acrescente-se que os sistemas sociais realizam a observação deles próprios e dos outros sistemas e utilizam-se da comunicação para redução da chamada complexidade social. Então é pertinente dizer que a comunicação é quem possibilita a constituição dos sistemas sociais pelo viés das operações, de modo a garantir a unidade destes.

O sistema, segundo Luhmann, constrói a si mesmo quando opera as suas próprias operações a partir de operações próprias, de modo a diferenciar-se do seu ambiente. Por meio dessa condição de operação realizada de maneira continuada, o sistema reproduz a si mesmo. Com essa dinâmica de reproduzir a si mesmo é notável a diferença existente entre sistema e ambiente. Implica-se dizer que, frente à redução de complexidade social, a comunicação vai construindo uma rede, de modo que as comunicações vão se ligando às outras. A comunicação sistêmica, portanto, é muito além do que mensagem e/ou informações, é um processo comunicativo que conduz à própria organização do sistema social.

Entretanto, o processo de reprodução do sistema jurídico não se revela muito claro quando analisado apenas sob a vertente da relação estabelecida com o ambiente. Para que fique melhor compreendido tal processo mister que a função do direito seja visualizada aliada ao estabelecimento de determinada estrutura, ou seja,

³⁷ ROCHA, Leonel Severo. Interpretação jurídica e racionalidade. **Sequência: estudos jurídicos e políticos**, v. 18, n. 35, p. 16-23, 1997.

função e estrutura devem andar unidas, tendo em vista que ao garantir a segurança das expectativas normativas, que é função do direito, na concepção de Jeremy Bentham, é inexorável a existência de comandos para tal³⁸.

Daí a necessidade de compreender um outro conceito luhmanianno, o conceito de código, este, por sua vez, é apresentado como sistemas que se integram por meio de uma distinção e de uma forma, de modo que suas operações são conectadas indistintamente. Por isso, o autor elabora o conceito de código binário, neste, o valor positivo, ou seja, aquele que age de acordo com as regras do sistema é denominado legal e o valor negativo, que por sua vez, age em desconformidade às regras do sistema, é chamado ilegal. Em razão da *autopoiesis* do direito, a codificação binária é responsável estruturalmente pela incessante produção de novos elementos³⁹.

Para melhor ser compreendido, a comunicação opera por meio de um código binário. Este código é considerado um esquema de distinção, ao mesmo tempo identifica e diferencia. É através dele que o sistema se comunica. Ao relacionar atividades positivas e atividades negativas, participa da diferenciação das funções da sociedade⁴⁰. Logo, pode-se dizer que as comunicações funcionam por meio de códigos binários e que essa binariedade opera no interior dos sistemas, fazendo com que eles possam observar suas operações, ao passo que conduzam a formação da sua unidade⁴¹.

³⁸ Citado na obra de LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução: Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016. 810 p., p. 219.

³⁹ Id, *ibid.*, p. 235-238.

⁴⁰ "O código é um esquema binário de distinção, em que se excluem outros valores que não os dois inseridos no código. Tem seu fundamento na comunicação científica: verdadeiro/não verdadeiro. Sua utilização proporciona segurança, só por ele o sistema se comunicará. Permitirá, ainda, ao sistema relacionar uma atividade positiva com uma negativa, conseqüentemente participará da diferenciação funcional da sociedade. A binariedade permite identificar com facilidade dois valores contrapostos e como esses valores se relacionam. Uma verdade é autêntica devido ao código considerá-la desta forma. A verdade será uma característica dada sem alternativa, uma vez que é verdade por não ser inverdade. Ela é fundamental à função do código, qual seja: tratar de modo simétrico os seus valores. É uma preferência institucionalizada entre o valor positivo e o negativo." LIMA, Fernando Rister de Sousa. **Sociologia do direito: o direito e o processo à luz das teorias dos sistemas de Niklas Luhmann**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012. p. 62.

⁴¹ "Na linguagem de Luhmann, os sistemas sociais se caracterizam por serem funcionalmente diferenciados, ou seja, deterem unidade que diferencia o sistema de seu entorno, bem como o sistema dos demais sistemas da sociedade, pois esses são ambiente integrante do entorno do sistema de referência na comunicação. Essa unidade é uma forma de dois lados por se constituir de um sentido positivo e um negativo = código binário de referência (*Binären Code*). A unidade do sistema da arte, pois, é o código binário de referência belo/feio (*schön/hässlich*) ou cultura/contracultura (*Kunst/Nichtkunst*); da ciência, verdadeiro/falso (*wahr/unwahr*); do direito, lícito/ilícito (*Recht/Unrecht*); da economia, propriedade/não propriedade (*Eigentum/Nichteigentum*); da educação, titulação/não titulação (Para Luhmann não há código específico para educação, o código dependerá do programa, porém tomamos titulação como opção geral); da política, governo/oposição (*Regierung/Opposition*); da

Evidentemente existe uma variedade de sistemas em funcionamento a partir de códigos diferentes. Contudo, em decorrência do fechamento operativo e dos limites impostos, a sociedade não carece de código próprio, mas apenas diferenciar comunicações de não comunicações. Não é demais dizer que os códigos são responsáveis por gerar os chamados programas. Assim, sob o enfoque da programação, os valores próprios dos códigos se colocam como possibilidades, ou seja, instrumento de aceitação de formas variadas. Todavia a segurança do direito consistirá em se observar e enfrentar as circunstâncias segundo as diretrizes do código do direito e não de códigos que fogem às perspectivas do direito⁴².

São os códigos responsáveis por garantir a *autopoiesis* e não necessariamente os programas (normas), que tem o papel de complementar a codificação. Assim, a despeito da importância dos códigos e programas, eles por si só não são capazes de gerar situações portadoras de qualidade própria, isso porque para tal será necessária a existência da comunicação. Dessa maneira, os códigos apenas identificam se há relação de pertencimento ou não ao sistema e os programas, por sua vez, responsáveis por atribuir legalidade ou ilegalidade se impõem como valorações de validade ou invalidade⁴³.

Já a diferenciação funcional é outro aspecto extremamente importante para os estudos de Niklas Luhmann. Para ele é necessário refletir sobre a diferenciação entre o que está dentro do sistema e o que está fora para poder ser possível compreender a relevância de o sistema ser fechado. A diferenciação entre sistema e ambiente é, por sua natureza, ponto central já que sem a diferenciação a autorreferência sequer existiria. A diferenciação sistêmica constitui os subsistemas no âmbito dos sistemas sociais e estes subsistemas têm seu nascedouro pautado na necessidade de desempenhar funções específicas.

A propósito, em se tratando do sistema fechado é preciso deixar claro que para a Teoria dos Sistemas de Luhmann, tanto a *autopoiesis* quanto o fechamento operacional, dizem respeito à formação e à permanência da unidade do sistema e, é a partir da comunicação diferenciada que ao sistema é conferida a unidade e o

religião, fé/não fé (*Glauben/Unglauben*); da moral, bem/mal (*gut/schlecht*).” SILVA, Artur Stamford da. **10 lições sobre Luhmann**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2016. (Coleção 10 Lições), p. 100-101.

⁴² LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução: Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016. 810 p., p. 248-258.

⁴³ Id, *ibid*, p. 270-281.

fechamento operacional⁴⁴. Nesse sentido, a determinação da unidade e a identidade do sistema são advindos das operações formadas dentro do próprio sistema, oriundos de comunicações próprias. Isso implica dizer que todos os elementos operativos têm seu surgimento a partir de um elemento anterior e que dará origem a um novo elemento posteriormente. Então pode-se concluir que a sobrevivência do sistema social está intimamente ligada a esse movimento circular em que o sistema produz seus elementos internos e estes viabilizam a manutenção do próprio sistema.

Nesse contexto, o fechamento operacional conduz à produção de sentido no interior do sistema, dando a este, a possibilidade de criar novos elementos de forma recorrente. Esta produção de sentido ligado ao fechamento, toma por base as informações apresentadas pelo ambiente, não que esses elementos sejam tidos como elementos de interconexão interna, a bem da verdade, esses elementos externos são ruídos que contribuem para constituição de operações comunicativas no âmbito dos sistemas sociais.

Dessa forma, consoante fechamento operacional, os sistemas se abrem cognitivamente e captam as irritações do ambiente. E é pelo viés do código binário que, tanto a diferenciação, quanto o fechamento operacional ocorrem, visto ser da binariedade a capacidade de atribuir o valor positivo versus valor negativo mediante à composição de unidade do sistema.

2.4 Os subsistemas político e jurídico numa perspectiva luhmanniana

A sociedade brasileira tem demonstrado inexorável insatisfação com o sistema político empreendido já há algum tempo, seja pela ausência de adoção de posturas que tenham no bem coletivo sua razão de ser, desde a origem e sua expressão de vivência na Grécia antiga, conforme a filosofia sofista, seja ainda pelas constantes denúncias de corrupção administrativa, tanto existentes, como narradas estrategicamente enquanto retórica das disputas políticas. Em consequência, tem-se

⁴⁴ “O processo de diferenciação refere-se estritamente à unidade e, com isso, ao fechamento da interconexão das seleções, à seleção de seleções aí presente, à redução de complexidade obtida com isso. Por isso, um sistema comunicativo nunca é autárquico, mas pode adquirir autonomia mediante seu condicionamento de sínteses comunicativas.” LUHMANN, Niklas. **Sistemas Sociais**: esboço de uma teoria geral. Tradução: Antonio C. Luz Costa, Roberto Dutra Torres Junior, Marco Antonio dos Santos Casanova. Petrópolis, RJ: Vozes. (Coleção de Sociologia). p. 168.

notado uma perda acentuada da capacidade política em dar respostas consistentes⁴⁵, o que provoca maior legitimação do “poder criativo do juiz”. Contudo, esse poder criativo deve ser avaliado com grande cautela por todas as consequências dele decorrentes e dos riscos, tanto ao sistema político, como ao próprio sistema jurídico.

Aparentemente o país tem caminhado para um movimento semelhante ao ocorrido na Itália de *suplenza dei giudici*, ou seja, de substituição do político pelo magistrado. Entretanto, “substituir o político pelo juiz seria corromper a forma de operação entre os sistemas jurídico e político das sociedades complexas, reduzindo drasticamente o espaço da democracia”⁴⁶.

Reconheça-se que, em decorrência da complexidade das relações socialmente estabelecidas⁴⁷ e em virtude da regra de proibição do *non liquet*, o acoplamento estrutural entre tais sistemas é algo inevitável, contudo se um sistema interfere nas operações do outro sistema, há, em grande medida, o risco do que Luhmann denomina por corrupção dos códigos, comprometendo o funcionamento dos sistemas e, é claro, da própria sociedade enquanto sistema social abrangente⁴⁸.

No que diz respeito às diferenças entre os subsistemas, cumpre aduzir que o direito, na concepção de Niklas Luhmann, é responsável pela generalização congruente das expectativas normativas diferentemente da política que é responsável pela tomada de decisões coletivamente vinculantes. As decisões da alçada do direito irão, via de regra, atingir apenas as partes diretamente vinculadas ao processo, já as decisões de cunho político, tem um caráter geral destinado a um número indefinido de pessoas.

Para uma melhor compreensão do sistema político, pode-se aduzir que, em seu centro, encontra-se o Estado e em sua periferia as organizações políticas. Enquanto o Estado funciona como elemento de diferenciação, as organizações políticas são responsáveis pelo encaminhamento das decisões políticas que por sua vez são

⁴⁵ TEIXEIRA, João Paulo Allain. Direito e política na teoria dos sistemas. *In*: Sociedade, Direito e Decisão em Niklas Luhmann: **Congresso Internacional em Homenagem a Cláudio Souto**. Recife: Editora Universitária UFPE, 2009.

⁴⁶ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 60.

⁴⁷ “[...] é possível determinar o conceito de complexidade: designaremos complexa uma quantidade conexa de elementos, quando, em virtude de restrições imanentes à capacidade de conexão dos elementos, cada elemento não puder mais a qualquer momento ser conectado a qualquer outro elemento.” LUHMANN, Niklas. **Sistemas Sociais**: esboço de uma teoria geral. Tradução: Antonio C. Luz Costa, Roberto Dutra Torres Junior, Marco Antonio dos Santos Casanova. Petrópolis, RJ: Vozes. (Coleção de Sociologia). p. 42.

⁴⁸ Id, *ibid*, p. 463.

tomadas pelo centro do sistema. Trata-se de uma assimétrica complexidade, imprescindível para a manutenção do sistema⁴⁹.

Destaque-se o importante papel desempenhado pela democracia nesse processo complexo. Acrescente-se que redução de complexidade não se confunde com repressão da contingência ou desdiferenciação do sistema, consoante acentua CAMPILONGO⁵⁰. Assim, sendo muitas as possibilidades de escolha à disposição do sistema, maiores serão as alternativas descartadas e esse fator inexoravelmente tem o condão de causar decepções⁵¹.

Segundo a Teoria dos Sistemas de Luhmann⁵², enquanto o sistema político opera a partir da necessidade de adoção das chamadas decisões coletivamente vinculantes, o sistema jurídico realiza suas operações segundo o código direito/não direito, a partir de uma ideia de circularidade. Em Luhmann, a distinção entre expectativas cognitivas e expectativas normativas, ou seja, entre fatos e normas, é o que fornece ao sistema jurídico os elementos necessários às suas conexões.

Ao poder político é dada a possibilidade de não decidir, o que para o sistema jurídico é vedado, de forma que uma das consequências da regra de vedação ao *non liquet* (os tribunais devem decidir sobre qualquer caso que se apresente⁵³) é o aumento da carga decisória dirigida ao Judiciário diante dessa omissão do poder político o que faz gerar um excesso de discricionariedade ao magistrado que, ao não observar o seu entorno e os limites de sua atividade, assume contorno de um juiz excessivamente político, causando além de um risco à atividade judicial, uma verdadeira desnaturação do sistema, ou seja, uma desdiferenciação.

São as operações de comunicações quem definem o sistema, isso porque se a operação traz o código direito/não direito está-se diante do sistema jurídico se, por outro lado, a operação faz alusão a governo/oposição, está-se diante do sistema

⁴⁹ TEIXEIRA, João Paulo Allain. Direito e política na teoria dos sistemas. *In*: Sociedade, Direito e Decisão em Niklas Luhmann: **Congresso Internacional em Homenagem a Cláudio Souto**. Recife: Editora Universitária UFPE, 2009. p. 322.

⁵⁰ "A democracia é o pressuposto para manutenção da complexidade, visto que continuamente reproduz as possibilidades de escolha, garante a reversibilidade das decisões e está sempre aberta à renovação dos temas. À democracia compete elaborar a complexidade do sistema político." CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 73.

⁵¹ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Tradução: Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 112.

⁵² LUHMANN, Niklas. **Sistemas Sociais: esboço de uma teoria geral**. Tradução: Antonio C. Luz Costa, Roberto Dutra Torres Junior, Marco Antonio dos Santos Casanova. Petrópolis, RJ: Vozes. (Coleção de Sociologia).

⁵³ Id, Ibid.

político. Assim como ocorre com o sistema político, a periferia do sistema jurídico possui um nível de complexidade superior ao centro que por sua vez é representado pelos tribunais.

Para melhor se compreender a diferenciação existente no sistema político, vale salientar a chamada circularidade autorreferencial⁵⁴, ou seja, o movimento característico da operacionalização sistemática. É através da circularidade que o “público influencia a política, a política limita a administração e o legislativo, a administração cria vínculos para si e para o público e o público reage a todo processo”⁵⁵.

Ainda a respeito da política e do o direito, sua relação de proximidade é muito grande e suas diferenças são bastante tênues, a começar por dois pontos centrais comuns a estes sistemas, a saber, a legislação e a constituição. A Teoria dos Sistemas tem no sistema jurídico uma operação na qual política e direito são funcionalmente diferenciados embora com matizes complexos para enxergar suas distinções, como visto acima e isso se explica por causa da contingencialização das relações no âmbito social. É bem verdade que a perspectiva voltada ao funcionamento do sistema jurídico é outra, mesmo porque o fim é igualmente outro, voltado basicamente à generalização congruente das expectativas normativas.

A inexorável dependência entre os dois sistemas recebe o nome de “dupla interdependência” ou dependência recíproca, dito em outras palavras, o sistema político subsidia as decisões judiciais por meio da legislação e o sistema jurídico ao executar o comando de tais decisões pode vincular o sistema político, funcionando sempre em níveis distintos. Assim a diferenciação funcional⁵⁶ é imprescindível para promover a separação entre os poderes e esse diálogo somente é possível pelo chamado acoplamento estrutural, isso porque “internamente aos sistemas parciais, o

⁵⁴ “No interior do sistema político, segundo Luhmann, o processo de diferenciação conduz à passagem de um sistema bidimensional (correspondente às sociedades estratificadas e caracterizado pelo binário hierárquico superior/inferior) a um sistema tridimensional (correspondente às sociedades diferenciadas funcionalmente e caracterizado por uma interdependência recíproca mais elevada entre os componentes do sistema, a saber, a tridimensionalidade entre política, administração e público). A comunicação política deixa de expressar exclusivamente a forma ‘comando/obediência’ para adquirir a forma de uma grande ‘circularidade autor-referencial’”. CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 90.

⁵⁵ Id, ibid.

⁵⁶ SILVA, Artur Stamford da Silva. **10 Lições sobre Luhmann**. Petrópolis: RJ, Vozes, 2016. p. 22-23.

acoplamento admite “irritações” (reação interior das estruturas do sistema a partir de seu modo particular de observar o ambiente)”⁵⁷.

As ditas “irritações” são absolutamente necessárias ao aumento e redução de complexificação das relações, o que exige a seletividade de possibilidades. Cabe ao direito, portanto, a redução de complexidade para alcançar a congruência das expectativas.

Para que seja possível o acoplamento estruturante, o respeito aos códigos binários é imprescindível, ou seja, não se pode admitir uma outra possibilidade para além da relação direito/não direito, governo/oposição. A esse fenômeno CAMPILONGO denomina de intranscendência dos sistemas. Dito em outros termos, o diálogo que expressa as “irritações”, além de possíveis são necessárias, mas nenhum sistema poderá operar fora de seu código.

Na concepção de Luhmann não há dúvidas de que o direito se projeta num espaço relevante da sociedade e por essa razão qualquer que seja a teoria da sociedade, precisará se debruçar sobre o direito da sociedade⁵⁸. Nesse contexto, a previsibilidade se apresenta como um elemento que inexoravelmente deve andar de mãos dadas com o direito, de modo que este se coloque o mais próximo possível do previsível, semelhante à elaboração de um cálculo aritmético⁵⁹, em que pese se reconheça toda dificuldade enfrentada para se alcançar a certeza no direito, mormente por conta da complexidade e contingência que circundam as relações sociais.

O direito é para Luhmann, em paráfrase a Hume, Rousseau, Lingner, Kant, dentre outros, a civilização histórica do poder, muito embora tal ideia tenha sido sabotada pela metafísica do espírito de Hegel⁶⁰. Sob a perspectiva do sistema jurídico vale dizer que é ele parte integrante do subsistema social, notadamente porque as operações próprias do direito são intrinsecamente envolvidas ao círculo operacional

⁵⁷ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 97.

⁵⁸ Assim o autor escreve em seu prefácio: “uma vez que as figuras mais ambiciosas do direito se encontram na sociedade - e somente na sociedade -, isso vale até para as conexões mais sutis da semântica jurídica e para toda e qualquer decisão que venha a ser tomada no direito [...]” LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução: Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016. 810 p., p. 7.

⁵⁹ “O direito deve ser maximamente previsível e, também, um instrumento cujos efeitos sejam passíveis de cálculo. Em casos ideais, uma palavra-chave acaba por produzir a decisão, assim como a análise exata de um osso permite a constatação sobre o animal a que teria pertencido. Id, Ibid., p. 25.

⁶⁰ Id ibid, p. 27.

da sociedade. Cabe ao direito, portanto, proteger os limites estabelecidos pela própria sociedade⁶¹.

No que diz respeito à função do direito é imprescindível enfrentar o tema a partir das chamadas expectativas, isso porque há uma relação de proximidade muito estreita entre o futuro e a dita função do direito, que por sua vez é enlaçada pela necessidade de simbolização do ordenamento, criando-se um rol de expectativas generalizadas a partir de toda uma simbologia. Não é demais afirmar que as ditas simbolizações são responsáveis, em larga escala, pela geração do fenômeno da estabilidade, semelhante ao que ocorre com a religião no âmbito da sociedade⁶².

Sob a perspectiva abstrata, em seu aspecto funcional, o direito pode ser visto a partir dos chamados custos sociais da vinculação temporal de expectativas. Sob o ponto de vista concreto, ainda na perspectiva da função do direito, o direito passa a ter uma feição de estabilizador de expectativas normativas em razão do processo de regulação inerente às já mencionadas generalizações, sejam elas relativas ao tempo, de caráter objetivas ou ainda pautadas em aspectos sociais. Ocorre que, diante do crescente aumento das expectativas normativas, para que o direito seja capaz de estabilizá-las é imprescindível que haja uma escolha fiel daquilo que se deve proteger verdadeiramente⁶³.

A distinção entre direito e política é indubitavelmente um ponto de nodal significância, isso porque esses sistemas possuem dependência recíproca e essa condição impossibilita o estabelecimento de uma linha divisória mais concreta, ou seja, de uma diferenciação funcional mais palpável. Cabe ao direito, portanto, a função de promover a segurança da expectativa, num cenário de decepções potencialmente dotadas de previsibilidade e mais do que isso, de inevitabilidade⁶⁴.

⁶¹ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução: Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016. 810 p., p. 27-47.

⁶² Id, *ibid*, p. 166-172. Conforme registra: “A função do direito está relacionada a expectativas; com efeito se parte da sociedade e não de indivíduos, existe a possibilidade de trazer reconhecimento tanto às expectativas de comunicar como à comunicação. Id, *ibid*, p. 166.

⁶³ Id *ibid*., p. 175-182. “A pergunta pela função do direito [...] põe-se em duas diferentes vias, cada qual a depender do problema de referência que é formulado. Visto abstratamente, o direito tem a ver com os custos sociais da vinculação temporal de expectativas. Visto concretamente, trata-se da função de estabilização de expectativas normativas pela regulação de suas generalizações temporais, objetivas e sociais. O direito torna possível saber quais expectativas encontrarão aprovação social e quais não. Id, *ibid*, p. 175.

⁶⁴ Id, *ibid*, p. 200-204.

2.5 O fechamento operativo do direito e a Constituição como instrumento de acoplamento estrutural

Quando Luhmann (2016) trata do fechamento operativo⁶⁵, tem o cuidado de ressaltar que “fechado” não deve ser entendido como “isolado”, notadamente em razão da distinção existente entre fechamento causal (isolamento) e fechamento operativo, traduzido na ideia de abstração de relações causais entre sistema e ambiente, na medida em que tais sistemas se interconectam com sua rede de operações para formarem novas operações, gerando uma espécie de autorreprodução. Por tais razões diz-se que tais sistemas são operativamente fechados. Cabe lembrar, portanto, que é por meio dessa autorreprodução que o sistema tem a capacidade de diferenciar o que lhe é próprio daquilo que verdadeiramente se refere ao ambiente⁶⁶.

O fechamento operativo do direito ocorre, portanto, devido ao mesmo ser um sistema de comunicação e não apenas um sistema de regras. Assim, as operações produzidas pelo sistema do direito se dão pela efetivação de suas comunicações, independentes das regras e do que as mesmas venham a estabelecer. Desse modo, o ponto de partida não está na normatividade ou nos valores contidos no direito, está sim, na distinção sistema/entorno que produzem operações e reconhecem outras operações próprias de sua estrutura interna, daí a sua condição de fechamento operativo⁶⁷.

Logo, se o direito não se define pelas normas, mas por suas formas de comunicação, desse modo para uma comunicação ser reconhecida como jurídica deve comprovar seu caráter de conformidade (lícito) ou discrepância (ilícito), ou seja, deve permanecer dentro do campo de domínio do código do direito. Nesse sentido, lembra Luhmann que a comunicação jurídica não é exclusiva dos tribunais enquanto

⁶⁵ “[...] a teoria do sistema operativo fechado é uma teoria da diferença entre sistema e ambiente.” LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução: Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016. 810 p., p. 58.

⁶⁶ Id, ibid, p. 58-60. Destacando: “Ele não impede, ainda que realce, à sua própria maneira, relações causais intensivas entre sistemas e seus ambientes e ainda que interdependências de tipo causal se façam estruturalmente necessárias para o sistema. Pode-se pensar aqui, por exemplo, nas condições da vida sobre a Terra, que são complexas e, do ponto de vista físico, altamente seletivas. [...] por isso, na teoria dos sistemas, já há muito se aceitou que a abertura (dependência do sistema em relação ao meio), com base na matéria ou energia, não estabelece nenhum conflito com a tese de fechamento informacional ou semântico. Assim, diferenciamos fechamento causal (isolamento) de fechamento operativo. Id ibid., p. 58-59.

⁶⁷ SILVA, Artur Stamford da. **10 lições sobre Luhmann**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2016. p. 112, (Coleção 10 Lições).

centro do sistema do direito, ela se dá também fora deles, na própria sociedade. Conforme traduz Artur Stamford da Silva “afinal, o direito é operativamente fechado, ou seja, tem estruturas suficientes para que ocorram enlaçamentos altamente seletivos das operações do sistema.”⁶⁸ E isso não compromete o sistema. Pelo contrário, é elemento de sua diferenciação com seu entorno.

Igualmente, Fernando Rister de Souza Lima, ao elaborar sua sociologia do direito à luz da teoria luhmanniana, fundamenta-se na denominada “clausura operacional dos sistemas”, dizendo que, por meio desta, “nada provém do exterior do sistema”, tudo é produzido internamente, dentro dos seus contornos, mas, como este não está isolado do seu ambiente externo, quando em contato com outra comunicação, o sistema entra em condição de “irritação”. Desse modo “Os estímulos e os distúrbios provenientes de outro ambiente são repelidos pelo sistema e, quando entram em contato, ativam-se operações internas.”⁶⁹

Não se pode perder de vista que a autopoiese do direito se edifica apenas e tão somente no âmbito das chamadas operações sociais, de modo que, diante de tal cenário cumpre compreender o fenômeno como elemento histórico, isso porque os sistemas autopoieticos tomam como diretriz a existência de uma realidade preconcebida por eles próprios. Nessa concepção conceitual, vale compreender o sentido do termo operações que repousa sob a égide de acontecimentos, fundados em circunstâncias que desaparecem, ato contínuo a sua realização⁷⁰.

De tal modo, Luhmann traduz operações, historicamente, como acontecimentos sociais que atualizam suas possibilidades em um tempo determinado, mas, depois desaparecem após serem realizadas, sua duração é mínima, ele chega a afirmar que “não tem nenhuma duração”, dando o exemplo do tempo de uma sentença em seu pronunciamento, deixando de existir logo após ser pronunciada, assim a observação dura um mínimo de tempo. “Uma vez sem duração, tampouco

⁶⁸ SILVA, Artur Stamford da. **10 lições sobre Luhmann**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2016. p. 112, (Coleção 10 Lições), p. 113. Acrescenta o autor que “[...] o direito não adquire realidade por meio de alguma idealidade estável, mas devido às operações que produzem e reproduzem sentido específico do direito. O fechamento operacional, portanto, viabiliza a promoção de operações por remissão à rede de suas próprias operações (autoreferência do direito) e a reprodução de si mesmo (*autopoiesis* do direito).

⁶⁹ LIMA, Fernando Rister de Souza. **Sociologia do Direito: o direito e o processo à luz da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012. p. 31.

⁷⁰ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução: Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016. 810 p., p. 65-66.

podem ser alteradas”. Além de tudo ocorrer no próprio sistema, pelas condições comunicacionais dadas por este⁷¹.

Dado importante reside na questão da diferenciação entre sistema (autorreferência) e ambiente (heterorreferência), especialmente por se traduzir numa exigência da própria autopoiese. Conforme explica Luhmann, mesmo aquelas operações básicas do sistema precisam da autoreferência quando dependem da auto-observação. Quando o sistema se depara com escolhas nas possibilidades de associação, precisam diferenciar suas operações de outras relações e fazem por meio da diferenciação autoreferência/heterorreferência, através da execução da autopoiese, definindo quais acontecimentos no tempo contam como comunicação no próprio sistema e quais são desconsiderados⁷².

O sistema do direito se impõe observar tratar-se de um subsistema do sistema da sociedade. Esse sistema jurídico é também visto como uma máquina histórica tendo em vista que a autopoiese provoca modificações no sistema quando coloca essa máquina numa outra posição, impulsionado a criação de novas operações, a partir da modificação das condições iniciais⁷³.

A especificação da função do direito aliada à codificação binária do sistema (lícito/ilícito) são elementos importantes à diferenciação e ao fechamento operativo do sistema do direito, de forma que o que estiver fora desse ângulo de observação (legal/ilegal) ensejará o seu não pertencimento ao sistema do direito. Em outras palavras, o atendimento de tais condições torna o sistema autopoietico, a partir da reprodução de unidades emergentes dependentes do fenômeno do fechamento operativo, também chamado de autonomia⁷⁴.

Em verdade, para melhor compreender os sistemas sociais é importante os encarar na forma de comunicações que se valem de outras comunicações para construção de um certo sentido, provocando inclusive uma espécie de relação de união entre tais comunicações. Nesse percorrer de informações é que se torna

⁷¹ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução: Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016. 810 p., p. 66-67.

⁷² Id, ibid, p. 71.

⁷³ Id, ibid, p. 76-78. “[...] trata-se, pois, não de uma máquina trivial, que transforma sempre, e de maneira repetitiva, *inputs* em *outputs* [...] mas de uma máquina que em cada operação põe em jogo o seu próprio estado, razão pela qual a cada operação constrói uma nova máquina. Só mesmo tomando esse pano de fundo é que se tem o sentido do postulado segundo o qual o sistema do direito poderia funcionar de maneira calculável, como uma máquina qualquer, e, de modo correspondente, ser ajustado de maneira artificial (por exemplo, fazendo abstração do tempo). Id, Ibid., p. 78.

⁷⁴ Id, ibid, p. 80-83.

possível assegurar que só o próprio sistema do direito tem a capacidade de promover o fechamento, proporcionar a reprodução de suas operações e ainda estabelecer limites, cabendo a ele próprio distinguir o lícito do ilícito. Ressalte-se que o código legal/ilegal somente é verificável diante da chamada observação de segunda ordem, ou seja, a partir da observação de observadores, consoante ocorre com o fechamento operativo⁷⁵.

Sob o ponto de vista funcional pode-se dizer que o sistema do direito materializa sua operação a partir de uma perspectiva de normatividade fechada, ou seja, opera normativamente fechado diante de uma realidade cognitivamente aberta, de modo que essa abertura cognitiva encontra-se intimamente relacionada ao fechamento normativo do sistema, numa espécie de relação aparentemente antagônica, sendo praticada, entretanto, apenas no interior do sistema⁷⁶.

No que diz respeito à constituição como instrumento responsável pelo acoplamento entre os dois sistemas, cumpre mencionar que o sentido que o mesmo fornece a cada sistema é distinto pois enquanto no sistema político tem-se a proposta de elaboração de decisões coletivamente vinculantes, no direito tem-se a noção de mecanismos de generalização congruente das expectativas normativas.

Segundo Germano Schwartz e Renata Almeida da Costa, na medida em que o direito se encontra acoplado à política por meio da Constituição, isso não implica dizer que há uma invariabilidade temporal, pelo contrário, é exatamente por meio dos acoplamentos que ambos os sistemas preservam suas identidades ou especificidades e paralelamente têm a possibilidade de evoluir. O acoplamento estrutural, na prática funciona como uma garantia de que tanto as peculiaridades do direito quanto da política serão preservadas, mesmo porque quem define, por exemplo, o que está de acordo com o Direito ou que lhe é oposto (Recht/Unrecht) é exatamente a Constituição, ou seja, o instrumento de acoplamento estrutural⁷⁷.

Na prática, de acordo com Pablo Holmes, o sistema político e o sistema jurídico são responsáveis por elaborar, a partir do esquema constitucional, um quadro de acoplamento estrutural que responde com a criação de um elevado nível de irritação recíproca, de forma tal que o direito se vale das prestações da política para neutralizar,

⁷⁵ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução: Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016. 810 p., p. 89-95.

⁷⁶ Id *ibid.*, p. 104-114.

⁷⁷ SCHWARTZ, Germano; COSTA, Renata Almeida da. As constituições em tempos de transformações sociais: o acoplamento entre o direito e a política. **Revista Jurídica**, v. 4, n. 53, p. 374-395, 2018.

em certa medida, os usos de seu código, e a política, por sua vez, se vale das chamadas prestações funcionais do direito para realizar seus objetivos, decididos nas instâncias políticas. Dessa forma, a Constituição pode ser vista e explicada como uma aquisição evolutiva que fomenta solução para o problema da diferenciação funcional⁷⁸.

Essa relação de comunicação entre os sistemas político e jurídico é responsável por fomentar uma espécie de fronteira funcional, de forma que quando a situação se torna conflituosa a ponto de ser conduzida ao Poder Judiciário, é a Suprema Corte, no caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal, responsável por sanar a contenda entre a política e o direito.

Nessa vertente, a corte constitucional se coloca como o palco onde se materializa o acoplamento estrutural entre os sistemas jurídico e político, proporcionado pela Constituição, sob o olhar sistêmico. Assim, esse acoplamento estrutural é usado para dirimir um litígio, consoante esclarece Fernando Rister de Sousa Lima⁷⁹.

⁷⁸ HOLMES, Pablo. O constitucionalismo entre a fragmentação e a privatização: problemas evolutivos do direito e da política na era da governança global. **Dados**, v. 57, 2014. p. 1137-1168.

⁷⁹ LIMA, Fernando Rister de Sousa. **Decisões do STF em direito à saúde: aspectos econômicos e políticos**. São Paulo: Almedina, 2020. p. 327-328.

3 A HIPERCOMPLEXIDADE DA RELAÇÃO ENTRE OS SISTEMAS POLÍTICO E JURÍDICO NUMA SOCIEDADE CONTINGENTE: UMA VISITA AOS INSTITUTOS DA SEPARAÇÃO DE PODERES E DA DECISÃO JUDICIAL

Pensar na hipercomplexidade da relação entre os sistemas político e jurídico, impõe considerar a complexidade da vida contemporânea bem como a necessidade de redesenhar o modelo idealizado de Separação de Poderes.⁸⁰ Isso porque, por natureza, as muitas transformações que emergem na sociedade em detrimento da própria evolução social, gera a contingência, a qual impõe tomadas de decisões que carecem da atuação de sujeitos, que no modelo idealizado para organização da Separação dos Poderes, não necessariamente a eles estariam atribuídas tais funções.

É bem verdade que o sistema político deve cumprir a função de produzir as chamadas decisões coletivamente vinculantes. O sistema jurídico, por sua vez, é responsável por promover a estabilização das expectativas normativas, trabalhando a partir de um processo de seleção responsável por criar a possibilidade de reprodução posterior da comunicação autopoieticamente, restabelecendo a clausura sistêmica e dessa maneira promovendo a evolução tanto da política quanto do direito. Todo esse processo está envolto na Constituição como elemento de acoplamento estrutural⁸¹.

No cenário desenhado para Separação dos Poderes os juízes deveriam apenas limitar-se à aplicação das leis e daquilo que está expresso na Constituição, mas as múltiplas transformações sociais exigem que, por vezes, o julgador também apresente solução para determinadas situações, tornando-se participante direto do ato de criar o direito.

Acerca dessas ponderações, Luís Roberto Barroso assevera que ao STF cabe a tarefa de realizar a interpretação da Constituição, de modo a representar os desejos almejados pelo povo. Ocorre que, essa interpretação não acontece de forma mecanizada posto que inerente à atuação do agente vai uma carga de valoração significativa diante de situações e/ou fatos, a serem decididos. Esta valoração por sua

⁸⁰ "Direito e política são coisas diferentes. Essa é uma distinção essencial para a democracia. A política é feita de vontade, da maioria. O direito é o domínio da razão, da razão pública, que se projeta na Constituição e nas leis." BARROSO, Luís Roberto. **Sem data vênica: um olhar sobre o Brasil e o Mundo**. Rio de Janeiro: História Real, 2020. p. 196.

⁸¹ SCHWARTZ, Germano André Doederlein; RIBEIRO, Diógenes V. Hassan; RIBEIRO, Douglas Cunha. Direita (o) volver? Os sistemas do direito, da política e da educação no Brasil contemporâneo. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, v. 12, n. 3, 2020. p. 461-480.

vez, faz com que o sentido da lei receba uma dose de subjetividade que viabiliza às decisões um resíduo de interação política no âmbito dos Tribunais Constitucionais⁸².

3.1 O papel desempenhado pelo Princípio da Separação dos Poderes

A expressão poder deriva de um fenômeno do qual não é possível conceber o momento do seu nascedouro, isso porque, por mais longínquo que seja o agrupamento social não se tem como mensurar nem quando nem onde tal instituto tenha surgido. Essa condição faz com que o poder assuma contornos de universalidade.

Por se traduzir como algo de natureza universal, é ele, um dos mais relevantes aspectos observados nas sociedades humanas, notadamente porque pode facilmente ser visualizado nas mais diversas relações, sejam elas de caráter familiar, econômicas, culturais ou mesmo institucionais, estando disperso por toda a sociedade. Assim, o poder do Estado é apenas mais uma forma de manifestação de poder, com o diferencial de que essa entidade pode se valer do uso legítimo da violência física, no intuito de promover a ideia de bem coletivo, sob a égide da manutenção da paz social, o que o faz, naturalmente, por meio de três importantes órgãos: os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, consoante assevera Leal⁸³.

É bem verdade que foi necessário um longo percurso para se chegar à noção de atuação desses órgãos, sob a perspectiva de funções estatais. Para alguns autores a ideia de distribuição das funções teria surgido entre os séculos XVII e XVIII, notadamente na perspectiva delineada por Locke e em seguida por Montesquieu. Ocorre que há indicativos de que já no século VIII a.C., na Grécia, a ideia de Separação de Poderes já pairava sob a necessidade de retirada do monopólio dos reis e distribuição entre um número variado de servidores.

⁸² “A valoração dos fatos e a atribuição de sentido às palavras da lei sempre envolverão uma dose de subjetividade. Como consequência, sempre haverá, ainda que residualmente, um traço político nas decisões de um tribunal constitucional. Por essa razão, a linha divisória entre direito e política nem sempre é nítida e certamente não é fixa.” BARROSO, Luís Roberto. **Sem data vênica**: um olhar sobre o Brasil e o Mundo. Rio de Janeiro: História Real, 2020. p. 197.

⁸³ LEAL, Sergio. **À sombra de Montesquieu**: reflexão sobre a separação de poderes. Belo Horizonte: Del Rey, 2019. p. 3-9.

Segundo a proposta concebida por Aristóteles, numa das mais importantes obras já produzidas, *Política*⁸⁴, o poder público era distribuído por três grupos de cidadãos, aqueles responsáveis pelos assuntos atinentes à soberania, os magistrados, por sua vez, responsáveis pelo exercício de uma espécie de serviço público e um terceiro grupo, encarregado de exercer atividades semelhantes às funções jurisdicionais⁸⁵.

Contudo, apesar do brilhantismo aristotélico, o autor não logrou a criação necessariamente de uma teoria da Separação de Poderes, nos moldes atualmente concebidos, isso porque, os pilares da autonomia dos órgãos estatais e a consideração da existência de diversificados instrumentos de controle recíproco, notadamente, não se impuseram, mesmo porque, está-se a falar de um período em que a existência de tais aspectos talvez não fizesse muito sentido, o que evidentemente não retira, em absoluto, a importância da obra⁸⁶.

Feitas tais considerações acerca da influência de Aristóteles para a concepção da separação de funções estatais, necessário se faz um salto na história para se chegar à ideia de separação de funções na perspectiva inglesa do século XVII, especialmente quando da transição do modelo de Estado fincado no arcabouço feudal para o modelo de organização estatal representativo.

Na perspectiva inglesa, mesmo antes da conhecida Revolução Gloriosa de 1688, já se discutia a necessidade de separação das funções legislativa e executiva, como forma de se engendrar a contenção do poder político, influenciado, evidentemente, pelas ideias preconcebidas por Aristóteles, relativas à Constituição Mista, em que o poder haveria de ser distribuído entre o rei, a nobreza e o povo. Assim, o povo inglês somente conseguiu limitar o poder dos seus governantes em razão da fragmentação das funções estatais⁸⁷.

Nesse contexto, John Locke teve papel de imensurável importância, tendo em vista que, segundo a sua concepção a lei não poderia ser aplicada pelos mesmos homens responsáveis por fazê-las, isso porque caberia ao legislativo a tarefa de criar as normas responsáveis por organizar o complexo social de uma forma geral, sem

⁸⁴ ARISTÓTELES. *Política*. São Paulo: Martin Claret, 2017. Tradução Torrieri Guimarães.

⁸⁵ LEAL, Sergio. *À sombra de Montesquieu: reflexão sobre a separação de poderes*. Belo Horizonte: Del Rey, 2019. p. 14 - 15.

⁸⁶ Id, Ibid, p. 15.

⁸⁷ Id, Ibid, p. 16-17.

abusos ou opressões. O Executivo, por sua vez teria a função de executar os comandos legais em vigor.

Locke asseverou ainda a necessidade de existirem dois outros órgãos, o poder federativo e o poder de prerrogativa. Ao poder federativo caberia cuidar das relações internacionais, já o poder de prerrogativa agiria de maneira pautada no elemento discricionariedade, isso porque muitos elementos escapariam ao crivo da previsibilidade legal⁸⁸.

Frente à perspectiva da limitação de poderes, John Locke teve inquestionável relevância exatamente porque o seu trabalho foi responsável por fortalecer enormemente o regime liberal. Considerado o “pai do liberalismo moderno” a obra do autor inglês influenciou decisivamente nas revoluções liberais da Europa e da América, muito embora seu trabalho traduzisse uma vertente eminentemente teórica. A função estatal e a promoção da liberdade e da propriedade, sem dúvida vincularam o trabalho de Locke ao liberalismo⁸⁹.

A despeito da singular contribuição dada por Locke, especialmente no que diz respeito à Separação dos Poderes, o Poder Judiciário não logrou ocupar espaço e o Poder Legislativo gozou de soberania sobre os demais. Pode-se então dizer que o Judiciário foi encarado como algo de somenos importância.

Inarredavelmente foi a preocupação com os excessos do absolutismo que contribuiu e, mais do que isso, estimulou o barão de Montesquieu a pensar numa ferramenta de controle das ações do soberano. Assim, enquanto Locke foi considerado “o pai do liberalismo”, Charles Louis de Secondat assumiu o posto do pai da “tripartição dos poderes”, na medida em que, segundo a sua linha de intelecto, aquele a quem coubesse legislar não poderia executar e tampouco julgar, notadamente porque quem exerce o poder tende a dele abusar, de forma que o contributo de Montesquieu assume um viés mais pragmático, na medida em que pressupõe a definição dos atores e, respectivamente, os papéis a serem desempenhados⁹⁰.

Quando se fala em separação de poderes imediatamente não se relacionam valores como “liberdade, modernidade, constituição e desagravo à

⁸⁸ LEAL, Sergio. **À sombra de Montesquieu: reflexão sobre a separação de poderes**. Belo Horizonte: Del Rey, 2019. p. 18-20.

⁸⁹ LIMA, Fernando Rister de Sousa. **Separação dos poderes na modernidade: uma releitura sistêmica**. 22. ed. Curitiba: Juruá, 2018. p. 36-39.

⁹⁰ Id, Ibid, p. 39 – 41.

monarquia”⁹¹. Interessante, entretanto, notar que a despeito do contributo de Montesquieu para a Revolução Francesa muitas das expressões utilizadas pelos revolucionários não necessariamente foram verbalizadas pelo autor, basta considerar que Charles Louis de Secondat jamais mencionara o termo divisão de poderes, apenas tratou da separação das três funções dentro de um mesmo poder.

Na verdade, a ideia de Separação de Poderes não se impõe necessariamente revestida da proposta de limitar tais poderes, o que se deseja em verdade é a divisão de tarefas, dito em outras palavras, a distribuição do trabalho com o intuito muito definido, que é o de majorar a eficiência dos poderes e, em vista do histórico protagonismo do Legislativo, foi imprescindível conceder especial atenção à autonomia do Judiciário, na perspectiva segundo a qual a Suprema Corte seria a responsável por dar a derradeira palavra sobre temas de índole constitucional.

John Locke se distingue de Montesquieu notadamente por não haver contemplado e até mesmo ignorado a necessidade de um judiciário pautado pelo elemento autonomia, bem como de haver deixado de considerar a relevância de um instrumento de autocontenção, denominado, a *posteriori* de *check and balances* (sistema de freios e contrapesos).

A despeito disso, Charles Louis de Secondat, o Barão de Montesquieu, foi fortemente influenciado pela proposta inglesa de separação das funções estatais, especialmente porque, entre os anos de 1728 e 1731 estava em Londres respirando o funcionamento das instituições inglesas.

Quando Montesquieu escreveu “O Espírito das Leis”, a ideia de tripartição de poderes em si, não foi o ponto nodal de seu estudo mas sim a efetiva majoração da liberdade individual diante de uma atuação balanceada e autolimitada dos órgãos estatais, isso porque, segundo a sua concepção não há como se conceber liberdade enquanto as funções do Estado estiverem concentradas em um só órgão, de maneira que a única forma de contenção de abusos praticados pelo Estado somente se daria por meio da utilização de elementos de controle institucional. Com isso, o autor pensou na distribuição de poderes entre três órgãos independentes e autônomos (legislativo, executivo das coisas que dependem do direito das gentes e executivo das coisas que

⁹¹ Id, Ibid, p. 42.

dependem do direito civil), numa relação simbiótica em que haveria limitação de poder pelo próprio poder⁹².

Para Montesquieu, o Poder Legislativo teria como função precípua a criação de leis, revogação ou modificação daquelas porventura existentes. Na sua concepção, esse poder haveria de ser formado por representantes da nobreza e do povo. Para alguns autores esse modelo pensado para o legislativo se traduz numa espécie de separatismo entre nobres e plebeus, fortemente combatido no cenário da Revolução Francesa. Ainda segundo Charles Louis, o legislativo deveria ser composto por duas casas distintas, cujas deliberações deveriam ser tomadas em separado e seus representantes deveriam fazer parte de classes contrapostas⁹³.

O Poder Executivo, chamado de executivo das coisas que dependem do direito das gentes deveria ser exercido por uma única pessoa, dada necessidade de atuação rápida e, por sua vez, seria responsável por assuntos relativos à guerra ou à paz, acordos internacionais e ainda temas referentes à segurança interna, muito embora não tenha efetivamente enumerado as funções cabíveis ao Executivo. Já o Judiciário, chamado pelo autor de executivo das coisas que dependem do direito civil, ficaria adstrito ao julgamento de contendas entre particulares e aplicação de penas aos sujeitos responsáveis por alguma prática criminosa. Interessante notar que Montesquieu defendia que a função jurisdicional fosse realizada por um agrupamento de pessoas do tecido social, em dados momentos do ano e com forma prescrita pela lei, de maneira a formar um tribunal com duração idêntica ao tempo necessário à solução das contendas⁹⁴.

A obra de Montesquieu inexoravelmente se impõe como de extrema significância para o contexto mundial, em que pese o seu autor jamais tenha feito uso da expressão Separação de Poderes. A expressão aqui trazida, em verdade, partiu dos revolucionários franceses e dos fundadores dos Estados Unidos da América, mesmo porque, por Separação de Poderes pode ser extraída uma gama diversificada de significados. Apesar da sua importância, as propostas de Montesquieu, já não mais

⁹² LEAL, Sergio. **À sombra de Montesquieu**: reflexão sobre a separação de poderes. Belo Horizonte: Del Rey, 2019. p. 21 – 25.

⁹³ LEAL, Sergio. **À sombra de Montesquieu**: reflexão sobre a separação de poderes. Belo Horizonte: Del Rey, 2019. p. 24-25.

⁹⁴ Id, Ibid., p. 24 – 27.

seriam capazes de sanar os problemas cada vez mais complexos, numa perspectiva contemporânea⁹⁵.

Seguindo essa linha de raciocínio é perfeitamente possível dizer que a ideia de Separação de Poderes, nos moldes contemporâneos, verdadeiramente solidificou-se no instante em que passou a ser efetivamente adotada pela Constituição norte-americana de 1787, por meio dos federalistas James Madison, Alexander Hamilton e John Jay. Evidentemente que o cenário no qual a separação de poderes se materializou para o modelo estadunidense foi bastante distinto daquele vivenciado na perspectiva europeia, impedindo, por sua vez, que o poder legislativo assumisse algum tipo de protagonismo, especialmente em razão da proposta de mínima intervenção do citado poder na realidade dos sujeitos, sem falar na visível aversão ao modelo monarquista europeu.

Outra relevante adaptação feita pelo modelo norte-americano em relação à Separação de Poderes baseou-se no tratamento dado ao Poder Judiciário. A concepção federalista distanciou-se da ideia de que o juiz seria um mero aplicador da lei ou na expressão de Montesquieu, o juiz como boca da lei.

Não se pode, por óbvio, negar a influência recebida pelo modelo apresentado por Montesquieu. Entretanto, a proposta norte-americana foi além para contemplar um elemento não previsto por Charles Louis de Secondat. Segundo o modelo adotado pelos federalistas, a preocupação com a contenção/limitação do poder foi levada a cabo, materializando, assim, um sistema realmente de freios e contrapesos, em que por um lado havia de se considerar a mínima ingerência de um poder sobre o outro bem como uma sistemática de regulação recíproca entre eles, o que exige, por sua vez, uma atuação separada e distinta.

Foi por meio da Constituição norte-americana, até então vanguarda para o resto do mundo que os federalistas materializaram a necessidade de distribuição de atribuições a determinados órgãos de poder, prevendo não somente instrumentos de defesa, mas também elementos de ataque para a preservação de suas prerrogativas.

Uma maneira encontrada para frenar o protagonismo legislativo e, portanto, conter os poderes desse órgão, foi por meio da divisão desse poder em duas distintas casas, a Câmara de Representantes e o Senado. Por entender que o Poder Executivo estava imerso em natural debilidade os federalistas defendiam o seu fortalecimento

⁹⁵ Id, Ibid., p. 28-31.

como forma inclusive de fazer frente à hegemonia do parlamento, um exemplo clássico disso foi exatamente o poder de veto a ele concedido, somente podendo ser derrubado diante da manifestação expressa de dois terços das duas casas legislativas⁹⁶.

Na perspectiva federalista, diferentemente do que ocorria com o poder político, o sistema judicial pressupunha a impossibilidade de sua escolha ser feita pelo voto popular, especialmente em virtude da necessária imparcialidade que deve conduzir a atividade judicante, com exceção ao fato de que a constituição norte-americana previu a possibilidade de indicação de ministros para a Suprema Corte por meio do Poder Executivo.

Como reforço à autonomia do Poder Judiciário, os federalistas defendiam que este poderia declarar nulidades de atos normativos contrapostos à constituição bem assim interpretar a carta constitucional, sem falar que ao Judiciário foram concebidos outros direitos e garantias, a exemplo da vitaliciedade e irredutibilidade de seus vencimentos, o que traz por si só, para além da influência recebida de Montesquieu uma distribuição de poderes capaz de conter o poder pelo próprio poder, o que se espalhou por diversos países do globo e é revelador do fato de que muito embora a citada carta tenha sido escrita há quase três séculos, continuam atuais as suas escolhas, basta considerar os países que resolveram adotar o regime presidencialista de governo, a exemplo da República Federativa do Brasil.

Nessa contextura vale avançar na análise, passando, portanto, a compreender melhor como os fatores como legitimidade, legalidade, independência, harmonia e colaboração entre os poderes se relacionam no ordenamento brasileiro.

3.2 Legitimidade, legalidade, independência, harmonia e colaboração entre os poderes

Ao se fazer uma análise acerca do que se concebe como um bom governo pode-se dizer que esse deve estar organizado a partir da estruturação dos três poderes, a saber: Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário, para que somente assim possa ser desenvolvido o controle recíproco entre os mesmos.

⁹⁶ LEAL, Sergio. **À sombra de Montesquieu**: reflexão sobre a separação de poderes. Belo Horizonte: Del Rey, 2019. p. 37-38.

Nessa seara, Campilongo aduz que a teoria referente à divisão dos poderes se faz necessária para que cada esfera do Estado possa atuar levando em consideração missões específicas pois ao definir os mecanismos de atuação de cada um dos poderes tornar-se possível viabilizar um alargamento no que diz respeito à complexidade e capacidade diante da tomada de decisão por parte do Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário. Destaca também que a divisão dos Poderes desenvolve além do controle recíproco entre eles, a autoinibição⁹⁷. E mais, pode-se dizer que a liberdade na acepção da palavra só existirá verdadeiramente se tais poderes desempenharem suas funções corretamente, do contrário o que se terá é um governo marcado pela tirania.

A colaboração entre os poderes é, portanto, crucial para a organização e funcionamento do Estado. Nesse contexto, cada poder deve assumir o seu papel, tendo em vista que a inversão deles, ou seja, a inversão de atuação nas suas respectivas esferas, pode contribuir sensivelmente para o destino de uma sociedade antidemocrática, representando, portanto, um significativo problema de ordem social. Nessa conjuntura, cumpre aduzir ainda que não há ou não deve haver relação de subordinação entre os três poderes, uma vez que eles devem ter independência mútua, o que os leva a ser percebidos no mesmo contexto de igualdade.

Pensar sobre a Separação dos Poderes induz a inúmeras reflexões, uma vez que os fenômenos sociais crescentes vêm exigindo muito da atenção e atuação dos três poderes. Esses poderes se colocam como o cerne da organização e estruturação do Estado, tendo em vista que a eles são atribuídas incalculáveis funções em nome dessa organização e estruturação.

Para além disso, Tiago Gagliano Pinto Alberto faz consideráveis ponderações acerca da Separação dos Poderes, destacando o *check and balances*. Na concepção do autor, este sistema (freios e contrapesos) hodiernamente filtra sua energia em estabelecer diretrizes objetivando ingerências positivas, não focando exclusivamente em exercer a função refreadora⁹⁸. Dessa forma, a harmonia e a igualdade são

⁹⁷ “A teoria da ‘divisão de poderes’, ao atribuir a cada esfera de atuação do Estado uma missão específica e ao definir os mecanismos internos de operação de cada poder, permite um acréscimo na complexidade e na capacidade de tomada de decisão tanto do Legislativo quanto do Executivo e do Judiciário. A tripartição de poderes desenvolve não só controles recíprocos entre os poderes, mas ainda enfrenta o problema da autoinibição de cada Poder.” CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 32.

⁹⁸ “O conhecido sistema dos freios e contrapesos não mais se atém à função refreadora; ao contrário, presta-se a estabelecer diretrizes visando a ingerências positivas. Nesta vertente, uma nova visão

considerados elementos cruciais para o desempenhar das funções as quais lhes foram confiadas. Logo, a inversão de função pode desaguar em arbitrariedade bem como no negligenciar dos direitos fundamentais.

Para garantir a legitimidade, a legalidade, a independência, a harmonia e a colaboração, mister se faz a limitação do poder, por isso a necessidade da separação dos mesmos. Conforme preceitua o texto constitucional, os Poderes da República devem ter claramente as funções típicas a realizar, e principalmente, ter muito bem delimitado o exercício e a fiscalização entre si. A Constituição explicita textualmente que os três poderes têm suas funções bem definidas. Pode-se dizer que trazer as delimitações previamente estabelecidas possibilita a fiscalização de um poder em relação ao outro, evitando, portanto, o aflorar de excessos no âmbito de cada um desses poderes⁹⁹.

Há quem acredite que a ideia de freios e contrapesos, inerente a este contexto de Separação de Poderes, nasceu não na ideia da separação pela separação dos poderes, mas sim para viabilizar a combinação de força de cada sistema, a fim de garantir de fato os direitos previstos na Constituição, principalmente aqueles que preconizam a dignidade da pessoa humana¹⁰⁰.

3.3 O princípio da separação de poderes numa perspectiva sistêmica e brasileira

Considerando que a complexidade é um elemento que estimula o fator contingência, tanto numa perspectiva social quanto num viés jurídico, na medida em que as possibilidades de escolha são majoradas, maiores serão, sem dúvida, as

acerca da divisão dos poderes poderá ensejar, em último grau, o desenvolvimento do país não apenas sob enfoque econômico, senão também político jurídico e social, apto a garantir o enlevo da liberdade dos indivíduos.” ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto. **Poder Judiciário e argumentação no atual estado democrático de direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris 2020. p.22.

⁹⁹ “A Constituição da República Federativa do Brasil, no artigo 2º, dispõe que ‘São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário’. O conteúdo normativo do texto constitucional recebeu influência do ideário apregoada por Montesquieu no sentido de que os Poderes da República devem preferencialmente apresentar funções típicas bem determinadas, de maneira que possam exercer uns sobre os outros fiscalização e decote de atuações proscritas sob o aspecto positivo.” ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto. **Poder Judiciário e argumentação no atual estado democrático de direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris 2020. p. 24.

¹⁰⁰ “A atual sociedade apresenta conflitos que não mais podem resolver à custa da decisão solitária de determinado legitimado pela via eletiva, pelas ideias técnico-jurídicas de uma turma julgadora (por mais suprema que se revele), ou, ainda, pela difusa participação dos representantes indiretos da sociedade em sede legislativa. Impõe-se não apenas a atuação protagônica de um dos poderes – submetidos, sabe-se, à análise corretiva dos demais –, senão o diálogo e atuação conjunta de todos enquanto segmentos da estrutura do poder estatal. Apenas assim se poderá alcançar solução que atenda os primados constitucionais, garanta o desenvolvimento estatal pela via do bem-estar dos cidadãos e consagre os direitos previstos na Carta, notadamente a dignidade da pessoa humana.” Id, *Ibid*, p. 27.

possibilidades de resultados diversos. Essa característica é típica dos modelos atuais de sociedade e a isso se impõe todo um contexto de notável complexidade. Esse fenômeno impacta diretamente nas decisões estatais, que, premidas pela necessidade de observância ao princípio da Separação dos Poderes, impõe que seja observado um equilíbrio real entre os citados poderes que deverão atuar reciprocamente limitados, a fim de garantir que um poder ao coibir o outro seja capaz de obstaculizar o abuso do próprio poder, seguindo uma distribuição de tal forma a manter com hígidez a engrenagem do sistema de freios e contrapesos pensada pelo constitucionalismo liberal¹⁰¹.

Quando Luhmann sinaliza para a posição ocupada pelos tribunais, aponta para o fato de que, enquanto a legislação e os contratos se encontram na periferia, os mencionados órgãos de justiça localizam-se no centro do sistema jurídico. Em verdade, todos compõem o sistema, de forma que a diferenciação funcional é responsável por, através do código binário (lícito/ilícito), controlar a comunicação dentro de cada subsistema. Dito de outra forma, caso a diferenciação comunicativa não seja observada, não há como se pensar em subsistemas¹⁰².

Nessa perspectiva foi a Separação dos Poderes responsável por fortalecer o instituto da diferenciação comunicativa, o que sem dúvida contribuiu decisivamente para a inibição do abuso de poder. Segundo Luhmann, a diferenciação funcional é precipuamente representativa do Estado Democrático de Direito, isso porque, por meio dela se garante a autonomia dos sistemas parciais, leia-se: política e direito, basta considerar que o Estado Constitucional nasce exatamente da diferenciação do sistema político que se vale da positivação do direito para controlar o abuso do poder¹⁰³.

Tendo em vista o contexto de elevada complexidade e diante de um cenário de suntuosa corrupção sistêmica, a tarefa atribuída ao direito de garantir as expectativas normativas se coloca severamente comprometida na medida em que o sistema jurídico enfrenta dificuldades reais para solver os diversos problemas sociais que surgem no cotidiano. Essa circunstância impõe ao Poder Judiciário, por vezes, encarar o princípio da Separação de Poderes numa dimensão distinta da até então

¹⁰¹ LIMA, Fernando Rister de Sousa. **Separação dos poderes na modernidade: uma releitura sistêmica**. 22. ed. Curitiba: Juruá, 2018. p. 53 – 56.

¹⁰² LIMA, Fernando Rister de Sousa. **Separação dos poderes na modernidade: uma releitura sistêmica**. 22. ed. Curitiba: Juruá, 2018. p. 57.

¹⁰³ Id., *ibid*, p. 58-59.

concebida. Assim, é por meio das comunicações diferenciadas que se encontrará o caminho para a busca da estabilização das ditas expectativas, levando em consideração, evidentemente, os preceitos trazidos pela Constituição, através, especialmente, do seu principal intérprete, o Supremo Tribunal Federal.

Assim, sob o ponto de vista do ordenamento jurídico brasileiro, a Separação de Poderes, historicamente enfrentou severas dificuldades para fatidicamente se concretizar. Isso é bastante sintomático de que a propalada independência e harmonia entre os poderes é algo que padece de certa delicadeza para se materializar, especialmente em decorrência da invasão recíproca de determinadas competências promovidas no âmbito da atuação dos poderes.

Muito embora alguns autores asseverem que a Separação de Poderes é fruto do modelo de Estado liberal, desejoso de não somente evitar a concentração do poder, mas, para além disso, limitar o exercício do poder, em Aristóteles já se discutia as atribuições ou competências do Poder Deliberativo, do Poder Executivo e do Poder Judiciário, de forma que, apesar de alguns dissensos pode-se dizer que a origem do citado princípio ganhou dimensão com os escritos aristotélicos, notadamente, no livro “Política”. Contudo, foi de fato com Montesquieu que a ideia de Separação de Poderes realmente se impôs de forma sistematizada, muito embora nunca tivesse mencionado efetivamente a expressão separação de poderes, mas sim separação de funções, na perspectiva de limitação do poder pelo próprio poder¹⁰⁴, como dito em linhas pretéritas.

Interessante notar que Paulo Bonavides *apud* Diógenes Ribeiro, no texto constitucional da Magna Carta Americana assevera que não há, de maneira expressa, alusão ao princípio da Separação de Poderes, contudo seria uma incongruência pensar na técnica de repartição das competências sem considerar a sutil presença do citado princípio, ainda que de forma implícita. Acrescente-se que, muito embora não haja previsão expressa, no instante em que a Carta Constitucional norte-americana prevê a competência do Poder Judiciário da Suprema Corte, outro raciocínio não poderia ser extraído que não fosse o de que a Separação de Poderes é imanente à própria Constituição¹⁰⁵.

A Separação de Poderes ganhou notoriedade na perspectiva do século XVIII, no instante em que o povo francês inscreveu no artigo 16 da Declaração dos Direitos

¹⁰⁴ RIBEIRO, Diogenes V. Hassan. **A revisão do princípio da separação dos poderes**: por uma teoria da comunicação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 49-52.

¹⁰⁵ Id, *Ibid*, p. 53.

do Homem e do Cidadão de 1789 que “toda sociedade na qual não esteja assegurada a garantia dos direitos do homem, nem determinada separação de poderes, não possui constituição”. Esse fato é bastante ilustrativo da ideia de que o citado instituto ganhou *status* de primeira necessidade.

Sob o ponto de vista da realidade brasileira, o modelo monárquico hereditário adotado até 1889 impediu, de certa maneira, a consolidação do princípio da Separação de Poderes, isso porque, no país, para além dos poderes Executivo, Legislativo e Judicial havia um outro poder conferido ao imperador, chamado de Poder Moderador, o que distanciou totalmente o modelo tripartite pensado pelos clássicos do constitucionalismo liberal com o padrão quadripartita adotado pelo Brasil.

Com a Constituição de 1891 e a superação do modelo monárquico, o modelo republicano, em que pese tenha eliminado o Poder Moderador no Brasil, não foi capaz de promover o apogeu do princípio da Separação de Poderes, notadamente porque, o padrão presidencialista impôs enorme prestígio ao Poder Executivo que, por meio de decretos-lei, atribuiu ao Poder Executivo grande protagonismo, basta considerar o período em que o Congresso Nacional foi fechado e diversos parlamentares tiveram seus mandatos cassados.

Com o fim da ditadura militar e o advento da Constituição cidadã de 1988, as medidas provisórias ainda são indicativos dessa postura do Executivo, em que pese seja compreensível a ideia de controle recíproco entre os poderes, aí consideradas as funções típicas e atípicas albergadas pelo texto constitucional. Fato é que a intervenção desmedida de um poder no raio de incidência de outro tem o condão de provocar, sem qualquer dúvida, a crise entre os poderes especialmente sob a perspectiva sistêmica de Niklas Luhmann quando trata da corrupção sistêmica.

Essa circunstância, igualmente pode ser aferida quando se tem um Legislativo que faz uso indevido de suas prerrogativas para sufocar ou mesmo tumultuar as funções do Executivo, por exemplo. Ou ainda, um Poder Judiciário que com certa frequência assume funções típicas dos outros poderes, agindo para além de sua esfera de competência.

Sob a óptica da Teoria dos Sistemas, o princípio da Separação dos Poderes não é encarado sob um ângulo tradicional e clássico. Nesse sentido, a teoria Luhmanniana não vislumbra identidade entre Estado e direito, tendo em vista que este se coloca como um sistema social, por sua vez, aberto cognitivamente e acoplado estruturalmente a outros sistemas, traçando ligações com seu entorno, o que faz

concluir que, para que o direito seja considerado válido, é necessário que seja observada a natureza das suas operações e não necessariamente do rigorismo que as conduz. Com isso, quando se diz que o sistema jurídico é autônomo, isso não implica dizer que é capaz de viver em absoluto isolamento, ou seja, ser autopoietico não quer dizer que o sistema independe do ambiente¹⁰⁶.

Na prática, tradicionalmente, o conceito de função jurisdicional foi pautado pela ideia de busca pela resolução de um conflito segundo a aplicação do direito cujos procedimentos se encontram regulados em lei, de forma que, ao Judiciário caberia substituir-se à vontade das partes quando da prolação do julgamento do caso concreto, sem, contudo, ser admitida a intervenção de órgãos estranhos à atividade judicante. Ocorre que, sob uma perspectiva atual a questão se impõe mais delicada do quanto esposado por essa visão mais tradicionalista, especialmente em decorrência da complexidade que circunda as relações, basta considerar que é visível o fato que o Judiciário brasileiro tem proferido um elevado número de decisões fatidicamente fora da esquadra de atos normativos previamente estabelecidos e editados pelo sistema político. Esse fenômeno se impõe, também, pela necessidade de superação da ideia de subsunção de fatos à norma, consoante defendido por Montesquieu¹⁰⁷.

Assim, no intuito de que sejam evitados abusos pelos poderes, o sistema de freios e contrapesos se coloca exatamente na condição de um complexo de técnicas que permitem o controle recíproco do agir dos mais variados órgãos de poder. Pelo princípio da separação de poderes a independência e a harmonia devem ser marcas indeléveis da atuação das cortes de justiça, notadamente do Supremo Tribunal Federal, no que diz respeito à realidade brasileira.

À luz de uma retrospectiva breve pode-se extrair que na perspectiva de Locke o Judiciário não logrou apresentar-se com qualquer preeminência. John Locke sequer concebeu a existência de um Judiciário com quaisquer traços de autonomia. Na óptica do Barão de Montesquieu, muito embora tivesse sido considerada a importância do Judiciário, tal poder se colocava, como dantes observado, na condição de mero aplicador dos comandos editados pelo Poder Legislativo, ou seja, como a boca da lei. Contudo os federalistas trouxeram um elevado protagonismo ao Poder Judiciário, na

¹⁰⁶ RIBEIRO, Diogenes V. Hassan. **A revisão do princípio da separação dos poderes**: por uma teoria da comunicação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 78-82.

¹⁰⁷ LEAL, Sergio. **À sombra de Montesquieu**: reflexão sobre a separação de poderes. Belo Horizonte: Del Rey, 2019. p. 53-56.

medida em que além de autonomia concederam-lhe força, inclusive para, além de interpretar a carta constitucional, anular atos normativos que porventura a afrontasse, o que impõe uma melhor compreensão do papel exercido por esse poder a fim de afastar a ideia de corrupção entre os sistemas político e jurídico.

Tendo em vista que o poder se reveste do caráter de universalidade, mormente porque, não há como se conceber o momento preciso de seu surgimento, é fato que o mesmo nasce difuso e desorganizado e somente com o decurso do tempo e, por sua vez, da convivência entre os sujeitos é que tal instituto tende a se estabilizar e formar as instituições políticas e sequencialmente as instituições jurídicas¹⁰⁸.

Nessa perspectiva, a relação mantida entre poder e povo é um elemento quase simbiótico. Não por outra razão a Carta Constitucional Brasileira elencou no parágrafo único do seu artigo 1º que “Todo poder emana do povo que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Não é demasiado dizer, a título de reforço que o conceito da divisão tripartite de poderes, remontando-se alguns séculos a.C. surge mesmo em Aristóteles no instante em que o filósofo entendeu a distribuição de poderes como os mecanismos voltados à deliberação de assuntos públicos, a execução de suas realizações e a administração da justiça. Nessa linha, a proposta de separação tripartite de poderes foi pensada por Maquiavel quando mencionou, em sua obra, as funções parlamentares reais e judiciais. Alguns séculos depois John Locke foi responsável por imprimir o embrião do que mais tarde se transformaria em uma verdadeira teoria da separação de poderes, seguido por Charles Louis de Secondat que, a partir de uma análise concreta da experiência inglesa, referiu-se aos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário como elementos independentes e harmônicos¹⁰⁹.

A Revolução Gloriosa de 1688 contribuiu decisivamente para a independência do parlamento em relação à coroa. A revolução norte-americana iniciada em 1775 materializou enorme contributo com a independência da Suprema Corte dos Estados Unidos. A revolução francesa de 1789 trouxe visível independência à administração pública. Essas influências, especialmente a norte-americana, com o destaque dado à Suprema Corte acabaram servindo de modelo para muitos países do globo, em especial o Brasil, que na sua primeira Carta Republicana de 1891 criou o Supremo

¹⁰⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Relações entre poderes e democracia**: crise e superação. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 33.

¹⁰⁹ Id, Ibid, p. 65-66.

Tribunal Federal, destacando o seu importante papel na perspectiva organizacional do Estado brasileiro¹¹⁰.

3.4 A decisão judicial, sua relação com o *non liquet* e sua relevância para o alcance da estabilização de expectativas

Diversas são as possibilidades que se apresentam ao julgador no momento de decidir, especialmente em virtude do fator contingência, próprio das relações socialmente estabelecidas. Ao julgador cabe, portanto, a tarefa de proferir decisão de maneira a escapar ao contingenciamento e respeitar a previsão lícito/ilícito. Segundo Luhmann “a decisão está sempre relacionada a uma alternativa que consiste em no mínimo dois e não raras vezes mais caminhos que podem ser trilhados”¹¹¹.

A tarefa torna-se um pouco mais delicada pelo fato de que a decisão judicial enfrenta o fenômeno do fechamento operativo do sistema jurídico de um lado e a abertura cognitiva às questões políticas de outro. Assim, “as referências à normatividade e ao formalismo do processo decisório judicial passam a ser combinadas com uma abertura cognitiva a uma racionalidade material que, crescentemente permite, a coligação entre o sistema jurídico e os demais subsistemas”¹¹².

Ocorre que, diferentemente de alguns outros ramos em que a decisão, apesar de ser elemento necessário, por vezes é prescindível, como ocorre com a política, por exemplo, no direito, o juiz é compelido a julgar, segundo o princípio do *non liquet*, isto quer dizer que o magistrado não tem escolha, não pode denegar a justiça, ou seja, é responsável por colocar termo a um conflito.

Na prática, quando o juiz é proibido de denegar a justiça, o sistema é forçado a, dentro da perspectiva de competência universal, se tornar capaz de decidir sobre uma infinidade de casos que possam chegar a esse local sistêmico, a partir da instrumentalização do elemento interpretação. Esse fenômeno traz acentuada importância às questões dos princípios dentro da perspectiva dos *hard cases*, não

¹¹⁰ Id, Ibid, p. 70 - 71

¹¹¹ LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução: Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 411.

¹¹² CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 29.

bastando apenas o conhecimento técnico para decidir a quem pertencerá o direito e, a despeito de serem casos difíceis, caberá ao direito a solução desses¹¹³.

Trata-se de uma espécie de constrangimento imposto ao julgador por força do chamado fechamento operacional que traz a ideia de completude do ordenamento. Por outro lado, essa vedação à omissão do juiz em julgar permite a chamada abertura cognitiva a infinitas possibilidades, eis que surge, segundo Luhmann, a paradoxal condição do sistema jurídico vez que a obrigatoriedade se transforma em verdade, em liberdade¹¹⁴.

Dentro desse cenário de complexidade contemporânea é necessário considerar que a lei é incapaz de prever as hipóteses de aplicação para todos os casos, gerando o que Leonel Severo e Fernando Tonet chamam de porosidade normativa, ou seja, nem todos os casos podem ser contemplados dentro da previsibilidade legal, o que reforça a ideia de utilização de princípios como forma de responder, de modo coerente ao ordenamento jurídico¹¹⁵.

Quando a decisão judicial traz em si a necessidade de imposição de limites aos demais poderes, o risco de um entrechoque torna-se bastante evidente. É bem verdade que o processo decisório exige independência do magistrado, assim essa autonomia refere-se tanto a influxos externos quanto circunstâncias de natureza interna. Por certo que tal independência não pode se revestir de caráter absoluto, sob pena de desnaturar o próprio sistema¹¹⁶.

Ainda sobre a obrigatoriedade da decisão, Leonel Severo e Fernando Tonet, apontam que o aspecto da compulsoriedade em decidir se torna o Cavallo de Tróia do sistema jurídico, isso porque, uma vez despidos dos códigos apropriados, gera-se uma espécie de debilidade metodológica em que as observações são reduzidas e a complexidade aumentada, dentro de um cenário em que os tribunais têm o dever de decidir¹¹⁷.

¹¹³ ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho. O futuro da constituição: o constitucionalismo social em Luhmann e Teubner. *In*: ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho (Orgs.). **Paradoxos, decisão e indeterminação: uma tentativa de aproximação entre Niklas Luhmann, Gunther Teubner e Giorgio Agamben**. Porto Alegre: FI, 2022.

¹¹⁴ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 35.

¹¹⁵ ROCHA, Leonel Severo; SILVA, Fernando Tonet. Por quem cantam as sereias de Homero e o paradoxo sistêmico da decisão. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, v. 42, n. 1, p. 129-144, 2018.

¹¹⁶ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito**. Vol. I. Tradução: Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 227-228.

¹¹⁷ ROCHA; SILVA op. cit.

Acrescente-se que, a depender do nível de complexidade da decisão judicial, esta não pode ser tomada de forma imediata pois exige-se certo grau de maturação, o respeito à observância de um tempo a fim de que possam ser obtidas informações suficientes para adoção de uma decisão que reflitam o maior grau de reflexividade do direito, em decorrência das naturais possibilidades de mudanças¹¹⁸.

Outro aspecto que deve ser considerado reside no nível de criatividade do juiz¹¹⁹, isso porque essa discricionariedade deve ser cautelosa a fim de que não sejam geradas incongruências no sistema democrático de direito.

De acordo com a linha de raciocínio traçada por Carlo Guarniere *apud* Campilongo, há ao menos quatro tipos ideais de juiz: juiz-executor, juiz-delegado, juiz-guardião e juiz-político. O juiz-executor é caracterizado por uma baixa autonomia e baixa criatividade, limitando-se a tão somente executar a lei, reproduz o modelo de juiz do século XIX. O modelo de juiz-delegado tem na ação política algo inevitável, isso porque, para essa concepção, dada incompletude do ordenamento para a solução dos casos, cabe ao magistrado agir de acordo com a vontade da coletividade. O juiz-guardião, portador de alta dose de autonomia e baixa criatividade tem a pretensão de basicamente anular a discricionariedade de seu julgamento, seu papel primordial reside na defesa da constituição. O último perfil de juiz apresentado é o juiz-político, portador de elevada autonomia política e criatividade judicial¹²⁰.

Se por um lado o modelo de juiz-político pode privilegiar uma espécie de insegurança, sob outra vertente poderá fomentar o diálogo com outros segmentos, a exemplo o político. Contudo é necessário muito cuidado para se evitar que esse perfil de julgador se arvora a tomar decisões típicas da política, pois assim, além de desnaturar o sistema provocará a chamada corrupção dos códigos.

Nessa perspectiva é preciso ter bastante cuidado para não se chegar ao que Leonel Severo e Fernando Tonet chamam de carnavalização da decisão ao bel prazer do intérprete, sem qualquer constrangimento epistemológico, na medida em que as decisões deixam de ser interpretadas e passam a ser meramente opinadas pelos

¹¹⁸ FLORES, Luis Gustavo Gomes; ROCHA, Leonel Severo. Resiliência do direito: a inovação jurídica, entre universidades e tribunais. **Direito Público**, v. 13, 2016.

¹¹⁹ CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999. p. 24-25.

¹²⁰ CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 35.

juízes de acordo com sua consciência, desprovidas de fundamentação legal pautadas em teorias epistemológicas com o mínimo de seriedade¹²¹.

3.5 A função do subsistema judiciário num cenário de instabilidade

A sociedade funciona como um sistema amplo e global que necessita de subsistemas para se manter em funcionamento e estes se comunicam de acordo com as demandas do corpo social/sociedade. Isso implica dizer que se organizam internamente com objetivo de uma maior comunicação, que é o diálogo com a sociedade.

Levando em consideração a Teoria dos Sistemas, Celso Fernandes Campilongo, a partir dos argumentos de Luhmann, salienta que a sociedade consiste numa rede de comunicações, que muda conforme a evolução histórica, que se dá, não pela perspectiva valorativa, mas através das variações de estruturas, bem como da seleção e estabilização desta, sem esquecer que o modelo de evolução aqui trazido encontra-se inerente à diferenciação social¹²².

Nessa seara, importante se faz declinar um olhar criterioso frente ao subsistema judiciário, posto que este tem um papel crucial diante dos muitos conflitos que têm surgido na sociedade contemporânea. É bem verdade que esta sociedade se encontra em constante movimento, o qual demanda um alto grau de troca de informações, conhecimentos, entre outros. Ocorre que toda essa movimentação gera mudanças nas comunidades, o que exige um processo de adequação entre todos os subsistemas.

¹²¹ “Assim, sustentamos que uma decisão coerente passa primeiramente pela utilização de uma teoria apta aos processos complexos gerados pela pós-modernidade. Segundo, que o intérprete tenha uma macro observação do sistema jurídico, social e político, para que possa decidir mantendo a integridade jurídica. Essa decisão necessariamente passa por uma (re)construção de toda história institucional do direito, pois nenhuma interpretação nasce de um ponto zero. Após analisar todas as possibilidades da utilização de regras e princípios, dos confrontos possíveis e de sua coerência constitucional, deve o julgador decidir com a norma que melhor corresponda a coerência constitucional do direito”. ROCHA, Leonel Severo; SILVA, Fernando Tonet. Por quem cantam as sereias de Homero e o paradoxo sistêmico da decisão. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, v. 42, n. 1, p. 129-144, 2018.

¹²² “Para Luhmann, a sociedade sempre foi uma rede de comunicações. Entretanto, os modos de organização dessa rede variam historicamente [...]. Evolução não deve ser entendida, aqui, como sinônimo de progresso ou de qualquer outra referência valorativa. Evolução é o resultado de um processo constante de variação, seleção e estabilização de estruturas. A chave do modelo evolutivo de Luhmann reside na noção de diferenciação social.” CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1999. p. 23.

Quanto ao subsistema judiciário pode-se aduzir que este, no contexto da Teoria dos Sistemas, é autônomo em relação aos demais subsistemas. Importante dizer também, que o subsistema judiciário apesar de ser fechado, mantém conexão com o ambiente, tendo por objetivo tomar conhecimento de informações necessárias ao seu pleno funcionamento. Dito de outra forma, o Judiciário enquanto subsistema se autorreproduz de tal maneira que se perfaz continuamente através da adequação às mudanças, às necessidades do ambiente. Logo, este subsistema pode ser avaliado como fechado normativamente, ao passo que aberto no âmbito da cognitividade.

Por isso o direito, no campo do subsistema judiciário, sofre mudanças conforme às necessidades da sociedade. Esta, ao sofrer complexas mudanças, exige do subsistema judiciário novas mudanças.

Para Celso Fernandes Campilongo, partindo das ideias defendidas por Luhmann, o sistema jurídico tem como código operativo o direito /não direito, é através deste que o Judiciário consegue se manter fechado operativamente. Ainda acresce que o sistema Judiciário é normativo. Estes podem ser alterados, uma vez que seguem a necessidade de mudança de conteúdo¹²³. É importante aludir que as mudanças legais, oriundas da necessidade de acompanhar a complexidade das transformações sociais não devem ser realizadas aleatoriamente, devem seguir a previsão constitucional.

Gabriela Soares Balestero, acerca dessa discussão, assevera que os sistemas sociais são capazes de se autorregularem posto que o ser humano ao se deparar com as influências do ambiente em que vive, realiza reflexões, as quais em muitas vezes os leva a almejar que mudanças externas venham a acontecer, de forma que são as ostentações por mudanças advindas externamente aliadas a essas reflexões que coadunam nas reações propriamente ditas. A esse caminhar, percebe-se existir subsistemas, dentro de um sistema maior chamado sociedade. E frente a esses subsistemas, a Constituição se faz impor, na expectativa de catalisar e de atender às necessidades humanas¹²⁴.

¹²³ “O sistema jurídico consegue seu fechamento por meio dessa diferença. Nenhum outro sistema pode operar com este código. Os programas do sistema jurídico são normativos. Incluem textos e precedentes, regulamentos e práxis jurisprudenciais.” CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 77.

¹²⁴ “Na teoria dos sistemas de Luhman os sistemas sociais se autorregulam, pois o indivíduo, sofrendo a influência do meio em que vive, passa a exercer a reflexão, ostentando uma reação externa, de maneira a refletir no meio ambiente em que vive. Desta forma, ocorre uma reação externa diante do exercício da reflexão. Tratam-se, na verdade de subsistemas, dentro de um sistema chamado sociedade. Dentro dessa sociedade, formada por tais subsistemas, passa a existir a necessidade da

Diante de um cenário de mudança social, por vezes marcado pela instabilidade, cabe ao subsistema jurídico realizar a interpretação da Constituição e leis. É imperioso destacar que as decisões judiciais e as novas leis devem nascer das demandas sociais. Nesse particular, vale acrescentar que a sociedade hodierna vem evidenciando mudanças em velocidade meteórica, e essas alterações sociais reclamam, com uma constância jamais vista, de iniciativas do Judiciário, especialmente no que toca aos direitos fundamentais.

Nesse contexto de mudanças sociais não é novidade a presença da instabilidade. E esta, exige do subsistema jurídico trabalhar para a sociedade e não para o instituto jurídico em si. Logo, deve o subsistema jurídico ser capaz de dar respostas às inquietações, às exasperações advindas da sociedade em movimento. Ainda partindo dessas ponderações, é apropriado mencionar que a partir da Constituição de 1988, o subsistema jurídico passou a ser percebido e a atuar enquanto protagonista.

É bem verdade que a Sociologia Jurídica foi fundamental para percepção e consolidação de demandas provenientes das alterações sociais. E essas demandas colocaram o subsistema jurídico numa condição de protagonista porque a ele foi atribuída a tarefa de resolver situações que demandaram atuação complexa.

Dessa forma, as mudanças sociais que vêm promovendo certa instabilidade, impõem uma atuação complexa do subsistema jurídico, pois a sociedade por natureza é marcada pela complexidade da contemporaneidade. Esta complexa atuação advém da positividade do próprio direito. Pode-se dizer que o subsistema jurídico evolui de acordo com a evolução da sociedade, bem como com os outros subsistemas com os quais mantém uma interrelação. Ocorre que toda complexidade que se desponha na sociedade em movimento vem arraigada de alterações e quando estas exigem a atuação do subsistema judiciário geralmente os demais subsistemas evidenciam significativas insatisfações. Logo, ao se recorrer ao subsistema judiciário, este deve atuar para que os direitos fundamentais sejam garantidos.

Estando num cenário de instabilidade, o subsistema tem de priorizar a aplicação da Constituição e das leis, sem olvidar-se que está lidando geralmente com questões complexas e contingentes. Com isso, imprescindível se faz entender que a

existência de uma Constituição na tentativa de catalisar todas essas necessidades humanas, tanto no aspecto social, quanto político e jurídico." BALESTRO, Gabriela Soares. **Reforma política e o poder judiciário**: questões polêmicas. Curitiba: Juruá, 2015. p. 136.

complexidade da sociedade pode ser percebida de diversas formas, o que oportuniza um fato específico, ser interpretado de forma diferente, portando viabilizar resultados diferentes.

O subsistema jurídico no contexto de instabilidade tem o dever de regular os conflitos, mas sem com isso causar anomalias sociais, devendo manter a razoabilidade e racionalidade para que desta forma consiga assegurar os direitos fundamentais.

É imperioso afirmar que frente à instabilidade social, o Judiciário não poderá negligenciar as normas que direcionam a constituição da sociedade, ao passo que também não poderá ultrapassar os limites jurídicos. Isso implica dizer que o subsistema jurídico, frente a sua atuação deve realizar um sopesamento acerca das decisões tomadas.

Nesse contexto, a ideia de juiz como mero executor da vontade da lei é um modelo que se pode considerar superado necessariamente porque essa neutralidade excessiva gera uma espécie de Judiciário marcado por uma nódoa de debilidade¹²⁵, isso porque na medida em que o juiz interpreta o texto da lei ele também cria o direito. Contudo, o magistrado não pode funcionar em operações próprias de outros poderes e isso é muito difícil pois o ponto comum responsável por essa separação é a Constituição.

Particularmente interessa à discussão o papel que deve ser desempenhado pelo Poder Judiciário, especialmente o Supremo Tribunal Federal num cenário de crises como o atualmente vivenciado, marcado necessariamente pela ausência de uma demarcação concreta de limites à sua atuação.

Segundo Germano Schwartz e Renata Almeida, o Supremo Tribunal é central mas não superior, tendo em vista que deve decidir de maneira última sobre um texto que representa a aquisição evolutiva das sociedades complexas, sendo, portanto, os textos das normas constitucionais uma observação de primeiro grau e a decisões, doutrinas e afins, observação de segundo grau, todas elas, por sua vez, imanentes ao sistema do direito¹²⁶.

¹²⁵ LEITE, Glauco Salomão. A “politização” da jurisdição constitucional: uma análise sob a perspectiva da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. **RERE**: Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 13, março/abril/maio, 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em 13 jan. 2016. p. 7.

¹²⁶ SCHWARTZ, Germano; COSTA, Renata Almeida da. As constituições em tempos de transformações sociais: o acoplamento entre o direito e a política. **Revista Jurídica**, v. 4, n. 53, p. 374-395, 2018.

Não é dever do sistema jurídico definir os rumos a serem tomados pelo sistema político sob pena de caracterizar uma espécie de “governo de juízes”¹²⁷. A questão é delicada especialmente porque de um lado se tem a possibilidade de não decidir por parte da política e em contrapartida tem-se a vedação de denegação de justiça por parte do Poder Judiciário¹²⁸. Esse dilema se intensifica ainda mais quando a “irritação” repousa com maior escala no âmbito do STF pois na condição de guardião maior da constituição não se pode permitir invasor de outro poder mormente porque é a constituição o elemento responsável pelo acoplamento estruturante.

O cenário político e jurídico no Brasil tem demonstrado atravessar momento de extrema dificuldade, isso porque a Suprema Corte do país tem sido demandada com grande frequência para se manifestar acerca de temas aprioristicamente pertencentes a outros poderes, o que pode ocasionar uma espécie de inobservância do princípio da Separação de Poderes.

De acordo com a Teoria dos Sistemas, cada subsistema parcial deve atuar na exata medida de seu código sistêmico, isso vale tanto para a política quanto para o direito, notadamente porque a interferência de um subsistema em outro tende a desnaturar a operação e gerar a chamada corrupção dos códigos.

A preocupação que se tem particularmente considerado reside na chamada “politização” do sistema jurídico pois certamente o elemento imparcialidade tende a ser substancialmente comprometido. Inarredavelmente a Teoria dos Sistemas apresentada por Niklas Luhmann tem o papel de contribuir para o oferecimento de uma resposta à potencial crise existente entre tais sistemas. Outro fator que deve ser considerado reside no julgamento feito não a partir do código binário (lícito/ilícito) mas a partir da necessidade de concessão de resposta à sociedade, especialmente quando a decisão envolve casos de corrupção administrativa que necessariamente demandam repercussão¹²⁹.

¹²⁷ LEITE, op. cit., p. 10.

¹²⁸ A esse respeito Luhmann assevera que “Não se pode subtrair aos tribunais a competência de interpretar as leis e, de modo correspondente, a autodeterminação das tomadas de decisão”. LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução: Saulo Krieger. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 405.

¹²⁹ LEITE, Glauco Salomão. A “politização” da jurisdição constitucional: uma análise sob a perspectiva da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. **RERE**: Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 13, março/abril/maio, 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em 13 jan. 2016. p. 4.

Assim, a preocupação com um julgamento em conformidade com a lei é tema de discussão há muito considerado, basta mencionar que Platão já asseverava que o juiz não pode julgar afastando-se da lei. Tempos depois, mais precisamente no final do século XVIII, idêntica preocupação foi esboçada por Alexander Hamilton ao dizer que juízes não gozam nem de força, nem de vontade, apenas devem julgar, no cenário de democracia constitucional. Ocorre que, esse modelo assim desejado se revela um tanto irreal, notadamente porque os julgadores são influenciados por sentimentos, aversões e mesmo emoções, pois a dita racionalidade e neutralidade se depara com um sem número de limitações humanas¹³⁰.

Fatores internos, ligados, por sua vez, à psicologia comportamental e outros de natureza externa inerentes aos aspectos institucionais propriamente ditos, a exemplo incentivos, constrangimentos, interesses pessoais, humor, emoção, antipatia, sem qualquer dúvida, podem influenciar na adoção de determinadas posições judiciais do julgador, especialmente porque, como mencionado por Jerome Frank *apud* Júlio César Vieira Gomes, “no “mundo real” devemos aceitar o fato de que juízes são humanos”¹³¹.

A verdade é que as decisões adotadas pelo julgador refletem, antes de tudo, sua ideologia política e suas preferências pessoais, desempenhando os princípios e a lógica um papel, por assim dizer, dissociado do aspecto primário que se almeja. Assim, não se pode deixar de considerar que como humanos os Juízes têm seus interesses, sejam eles de cunho profissional ou mesmo relativos à sua reputação, sem falar que há de certa forma uma preocupação dos julgadores com o risco de que seus julgamentos destoem do viés engendrado pelas cortes superiores.

Nessa linha de raciocínio Júlio César Vieira Gomes *apud* Chris Guthrie, Jeffrey Rachlinski e Andrew Wistrich, aduz que em pesquisa realizada com mais de 1800 juízes estaduais e federais norte-americanos, concluiu-se que os sentimentos dos juízes sobre os litigantes influenciam seus julgamentos. Sensações do tipo alegria, raiva, nojo e medo, na visão do autor acima citado, são responsáveis por comprometer severamente a razão do julgador que a todo instante faz questão de impor neutralidade e imparcialidade absolutas¹³².

¹³⁰ GOMES, Julio Cesar Vieira. **Decisões judiciais, racionalidade e neutralidade: uma proposta de deferência à administração tributária**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 101-103.

¹³¹ Id, *Ibid*, p. 105.

¹³² Id, *Ibid*, p. 107 - 114.

Nessa senda, quando se fala em decisões judiciais, surge, de imediato, a ideia de absoluta independência dos julgamentos. Contudo, se for levado em consideração o fato que os julgadores acabam tendo que observar a linha de pensamento traçada por uma perspectiva institucional, logo se vê que a questão da propalada independência acaba assumindo outros contornos, especialmente em razão da necessidade de adequação, uniformidade nos julgamentos.

É notável, portanto, a influência exercida pelas instituições em seus membros em razão dos laços institucionais que os circundam. Isso é tão intenso que há a impressão de que os julgamentos somente logram estar corretos quando em conformidade com o pensamento institucional.

Nessa linha, vale observar interessante trabalho realizado por Eduardo Santos de Oliveira Benones que, ao proceder à análise de sentenças que compõem a amostra de seu estudo, concluiu que a vinculação ao pensamento institucional se impõe nitidamente em diversas decisões, notadamente quando os julgadores apresentam seus pontos de vista, entretanto fazem ressalva aos mesmos, quando são contrários aos institucionais, fazendo prevalecer o entendimento da instituição, demonstrando claramente, que não há independência judicial¹³³.

Em verdade, a despeito da suposta independência judicial o que se verifica é que o magistrado se sente constrangido ou até mesmo desconfortável caso decida em desacordo com a linha de raciocínio traçada pela instituição do qual faz parte e mesmo consignando seu entendimento contrário, acaba, em grande parte das vezes, curvando-se ao posicionamento institucional sob a alegação de racionalização do trabalho judiciário, efetividade jurisdicional, razoável duração do processo e respeito à jurisdição superior, ou mesmo à segurança jurídica.

Com esteio nas afirmações apresentadas por Eduardo Benones, de fato há sentido em encarar a independência como princípio, mas a considerar negada como fato. Isso porque, as decisões, na prática são reveladoras da observância às regras pré-estabelecidas pelo tribunal do qual fazem parte os juízes. Há no dizer do autor uma espécie de unidade e não necessariamente liberdade. É como se os tribunais se afastassem de sua condição revisora para ocupar um posto de instrumento de

¹³³ BENONES, Eduardo Santos de Oliveira. **Supremo Tribunal Federal: duas línguas, uma gramática**: desvelando a interação sistêmica entre o político e o jurídico. Belo Horizonte: Dialética, 2021. p. 143.

imposição junto aos juízos inferiores, fazendo sobrepor-se, sempre, o discurso de hegemonia da Corte Suprema¹³⁴.

Diante dessa formatação, o magistrado que decide se insurgir contrariamente a esse modelo é visto como uma espécie de sujeito alheio à estrutura judicante concebida e, mais do que isso, como alguém disposto a desafiar todo aparato institucional, restando aos mesmos a sorte dos procedimentos que podem ser instaurados em seu desfavor, o que reforça a tese de que a independência judicial é muito mais teórica do que mesmo algo pragmaticamente observado.

A despeito disso, o processo de tomada de decisão judicial deve ser feito de maneira a afastar do julgador quaisquer juízos para além da racionalidade decisória. Isto implica dizer que sentimentos de justiça individuais devem ser repelidos quando comprometerem a higidez da decisão, especialmente porque, ao decidir, o juiz tem absoluta responsabilidade política, de modo que, ao agir de forma diferente, comprometerá a segurança jurídica e a previsibilidade das decisões judiciais, fatalmente se aproximando do indesejado arbítrio judicial.

Segundo a concepção traçada por Leonardo Zehuri Tovar¹³⁵, é importante pensar sobre o modelo de juiz que seria compatível com o Estado Democrático de Direito. Para alcançar esse desiderato, o autor busca amparo nas linhas de raciocínio desenhadas por François Ost e Ronald Dworkin.

Para François Ost *apud* Leonardo Zehuri Tovar, dois são os modelos de juízes que se apresentam à teoria do direito, o juiz Júpiter e o juiz Hércules, de maneira que cada um deles representa um modelo de direito. Para Júpiter a lei é a principal fonte do direito, visto, por sua vez, de maneira totalmente hierarquizado, semelhante a uma estrutura piramidal. Em sentido contrário, o Juiz Hércules se coloca como um semideus com capacidade de realizar feitos para além da condição humana, responsável por dar solução a qualquer problema com absoluta maestria, funciona como uma espécie de engenheiro social. Segundo essa concepção, o instrumento de autoridade para o juiz Hércules é a decisão e não necessariamente a lei. Para Ost, *apud* Tovar, esse modelo se encontra em crise, tendo em vista que não mais é capaz de suprir as necessidades de um direito inserido num contexto de demandas pós-modernas¹³⁶.

¹³⁴ Id, *Ibid*, p. 151-152.

¹³⁵ TOVAR, Leonardo Zehuri. **Teoria do Direito e decisão judicial**: elementos para a compreensão de uma resposta adequada. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

¹³⁶ Id, *Ibid*, p. 370-372.

O juiz Hermes, por sua vez, é um perfil de juiz que estabelece relacionamento com o direito numa perspectiva de rede, em que há a interligação de uma multiplicidade de atores jurídicos e políticos, de forma que, o juiz se coloca como uma espécie de mediador e comunicador responsável por realizar uma conexão entre os mais diversificados discursos e assim proceder a uma construção intersubjetiva capaz de solucionar os casos em concreto. Em verdade, estar-se a falar de um juiz norteado pela prudência, que visualiza possibilidades para a solução de problemas a partir de um viés ainda em construção pelo direito, dito em outras palavras, indeterminado e inacabado¹³⁷.

O autor acrescenta que na acepção de Ronald Dworkin, o juiz Hércules, diferentemente do padrão indicado por Ost, não compreende o direito como algo dado, cuja previsão no texto se explicita na decisão judicial¹³⁸.

Fato é que, um juiz cuja adequação de sua função se imponha bem relacionada ao padrão constitucionalmente almejado, pressupõe certo afastamento da pura objetividade dos textos normativos, mas que não se desassocia desse mesmo padrão normativo para substituí-lo pela mera vontade do julgador, de forma que, para se alcançar esse modelo constitucionalmente adequado é imperioso que diversas garantias sejam observadas, dentre elas, a garantia do contraditório, especialmente porque, não se pode descuidar em nenhum momento que o julgador tem responsabilidade política no instante de decidir, sob pena de se estar diante de um verdadeiro arbítrio estatal.

Na visão de Lenio Streck, acerca dos modelos de juízes, a literatura exerce importante papel no processo de humanização do direito e não só isso, tem a possibilidade de contribuir para a instituição de uma cultura sob à égide de questões como igualdade, justiça, liberdade, dentre outros, o que credencia a arte literária ao estudo do direito e assim, ao exercício de uma influência sobre este¹³⁹.

O papel exercido pela literatura na perspectiva do direito é de tamanha importância que no início do século XVII Shakespeare já prenunciava discussões hermenêuticas relativas às angústias jurídicas que seriam enfrentadas desde o século XIX até os dias atuais. Basta considerar o modelo de Juiz “boca-da-lei” que transmuda

¹³⁷ TOVAR, Leonardo Zehuri. **Teoria do Direito e decisão judicial**: elementos para a compreensão de uma resposta adequada. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

¹³⁸ Id, Ibid., p. 373.

¹³⁹ STRECK, Lenio Luiz. **Os modelos de juiz**: ensaios de direito e literatura. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 227.

do completo objetivismo ao mais patente subjetivismo, escancarado com a mudança de atitude de Ângelo quando decide poupar Cláudio da força caso a bela Isabela o amasse, na peça *Medida por Medida* de 1600.

Diversos outros trabalhos literários podem ser relacionados ao direito por apresentarem familiaridades que mais tarde ficariam ainda mais evidentes. Pode-se citar *Otelo*, igualmente de Shakespeare em que se busca na aparência “a própria coisa”, como se tivesse uma essência, tendo sido Otelo enganado por ignorar a razão. Lenio Streck, menciona, ainda, na relação direito vs literatura outros modelos de Juiz que podem ser contrapostos, a exemplo o juiz exegeta–dedutivista de *A morte de Ivan Ilitch*, que se assemelha ao juiz “boca-da-lei” do positivismo do século XIX, e o juiz Azdak, da peça *O círculo de giz caucasiano* de Bertolt Brecht¹⁴⁰.

O rigor e o formalismo eram marcas indeléveis no caso de Ilitch, o “juiz-caxias”. Por esse modelo de juiz não se permitia nenhum tipo de relação do julgador com pessoas que não fossem do círculo de relações oficiais e, desde que em ambiente oficial. Já o juiz Azdak decide como quer. Em algumas ocasiões, este reconhece o direito aos pobres e em outras ocasiões, como dito por Streck, se contradiz ao extremo, não devendo explicações a ninguém e tampouco justificando as suas decisões. Esse modelo de juiz representaria o que Streck chama de atuação do STF ao entender que a decisão jurídica é um ato de vontade e que o juiz possui livre convencimento.

Para Luhmann, a grande preocupação em relação ao poder reside na possibilidade de abuso pelo poderoso, isso porque, na medida em que, o poder centralizado se torna disponível e visível, o problema do tirano que dispõe despótica e arbitrariamente deste é quase inevitável. Assim, a teoria política somente será capaz de reagir a esse fenômeno por meio de uma ética institucional¹⁴¹.

Acrescenta Luhmann, que o aumento do poder no sistema político ocasiona ou, ao menos, contribui para a possibilidade de alteração dos seus titulares, pelo menos no que diz respeito às posições de liderança, tanto em relação à escolha daquilo que é possível, quanto no que diz respeito à práxis temporal, podendo ocorrer durante o período de mandato¹⁴².

¹⁴⁰ STRECK, Lenio Luiz. **Os modelos de juiz**: ensaios de direito e literatura. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

¹⁴¹ LUHMANN, Niklas. **Poder**. Brasília: Universidade de Brasília, 1985, p. 67.

¹⁴² Id, *Ibid*, p. 70.

Segundo Lenio Streck, é diante de *hard cases* que os juízes mostram, de fato, suas convicções pessoais sobre o direito no âmbito de uma sociedade fragmentada¹⁴³. Assim, a depender do perfil dos envolvidos, os métodos aplicados de persecução penal se impõem de forma diferente. Exemplifica o autor quando sinaliza a prisão e a soltura de determinados envolvidos pelos mesmos argumentos, o que dificulta a compreensão do processo penal sob uma perspectiva totalmente alheia aos critérios de imparcialidade que devem nortear os julgamentos.

Assim, essa crise paradigmática impõe que os direitos e as garantias processuais dependam menos da estrutura pré-concebida pelo direito e mais do solipsismo judicial ancorado em fragmentadas decisões judiciais que, na concepção de Streck, devem ser proferidas por princípios e não por políticas. Contudo, a livre apreciação da prova, de certa forma, se tornou um problema nessa contextura, tendo em vista que, por serem a cada dia mais teleológicas, primeiro se decide e só depois se busca a justificativa, especialmente nos casos que envolvem atuação da mídia. A única forma de corrigir esse inconveniente é julgar mais por princípios e menos por política¹⁴⁴.

Por outro lado, Arthur Stamford, aduz que a análise da argumentação relativa à decisão política e jurídica, contribui para a compreensão de determinada decisão, na medida em que tal decisão tenha sido tomada de uma maneira ou de outra, considerando a observação de elementos argumentativos. Segundo esta concepção, o principal desafio para se compreender a construção do sentido do direito repousa sobre a argumentação jurídica, a partir do fenômeno da dupla contingência, ou seja, a partir do “paradoxo de que qualquer decisão pode ser diferente da que foi tomada”¹⁴⁵, isso porque a decisão tomada em si parte de todo um contingenciamento¹⁴⁶.

A decisão, portanto, para ser considerada política ou jurídica, mister se faz observá-la a partir dos argumentos apresentados, de maneira a identificar a sua reação com o código próprio do sistema político, ou do sistema jurídico. Dito de outra maneira, a decisão será jurídica se pautada por uma argumentação relativa ao

¹⁴³ STRECK, op. cit., p. 35-36.

¹⁴⁴ STRECK, Lenio Luiz. **Os modelos de juiz**: ensaios de direito e literatura. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 38 – 39.

¹⁴⁵ SILVA, Artur Stamford da. **Decisão jurídica na comunicativação**. São Paulo: Almedina, 2021. p. 321.

¹⁴⁶ Id, Ibid, p. 321.

aspecto da licitude e, por sua vez, será política se fizer referência ao sistema de comunicação política, consoante assevera Artur Stamford¹⁴⁷.

¹⁴⁷ Id, *Ibid*, p. 322-323.

4 JUDICIALIZAÇÃO, ATIVISMO, CRISE E O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO

A judicialização de questões políticas tem se revelado um fenômeno cotidiano não só no Brasil, mas em diversos países do mundo, especialmente pelo fato de que juízes e tribunais têm se colocado cada vez mais presentes em questões sociopolíticas até então reservadas aos outros poderes, provocando crises sistêmicas recorrentes.

Diante de tal cenário, em específico a realidade brasileira, mister salientar o papel do Supremo Tribunal Federal em meio a essa conjuntura, especialmente em se tratando da relação mantida com o sistema político, isso porque, na medida em que o STF concentra e controla a interpretação da Constituição não há como não se considerar uma permanente tensão entre os sistemas jurídico e político, o que, para José Rodrigo Rodriguez, é de certa forma até produtivo para a administração da justiça e para o próprio debate público, de maneira que, o que se tem que fazer não é necessariamente eliminar tensão, mas sim regrá-la da forma mais democrática possível¹⁴⁸.

Nesse sentido, quando se cogita da separação de poderes diante de um cenário de intensa judicialização de questões políticas, o que se espera é que, a despeito dos influxos externos, sejam proferidas decisões de natureza técnica com nível máximo de imparcialidade, aproximando-se o mais possível de uma visão normativista do direito, respeitando a harmonia e independência entre os poderes e evitando qualquer ameaça de corrupção sistêmica.

Dessa forma, segundo José Rodrigo Rodriguez, em um estado de direito só há algum sentido em falar de judicialização da política ou mesmo ativismo judicial quando a discussão repousa sobre uma teoria normativa da política, apoiada, por sua vez, numa perspectiva particular da separação de poderes. Esses dois fenômenos (judicialização da política e ativismo judicial), na verdade, são lados de uma mesma

¹⁴⁸ “Em um sistema misto de controle constitucional como é o brasileiro, essa tensão é permanente.” Para o autor existem prós e contras dependendo do caso. “[...] assim como as liminares de primeira instância em boa medida salvaram a economia do país de um colapso quando da vigência do Plano Collor, o mesmo exercício no que diz respeito à garantia de acesso a remédios e tratamentos de saúde ganhou tal dimensão que acabou por se tornar um problema para a administração do orçamento público.” RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. p.199.

moeda, “de um mesmo processo visto ora da perspectiva da política que seria “invadida” pela lógica judicial, ora da perspectiva do próprio “invasor””¹⁴⁹.

Como dito em outras linhas, a despeito da sensível importância atribuída ao trabalho desenvolvido por Charles Louis de Secondat, o Barão de Montesquieu, a sua obra não se resume a simplesmente proceder à divisão dos poderes em três como sendo o divisor de águas, em verdade, o que havia de mais importante nisso tudo para Montesquieu era a instauração de poderes capazes de se autocontrolar com o fito de evitar a perpetuação do absolutismo desmedido, impedindo o arbítrio do governante.

Noutros tempos mais recentes e numa perspectiva luhmaniana, a preocupação passa a ser a autonomia dos códigos do sistema do direito e da política e a sua capacidade de comunicação interna e na relação externa com o ambiente sem, entretanto, afetar cada sistema em seu requisito de fechamento operacional e abertura cognitiva.

4.1 Distinções entre a judicialização da política e o ativismo judicial

Para se compreender melhor os fenômenos da judicialização e do ativismo é importante esclarecer que se tratam de institutos distintos, isso porque enquanto a judicialização representa a possibilidade de ingresso em juízo com o fim de debater quaisquer direitos ou pretensões, o ativismo, por sua vez, se compraz como um modo proativo e expansivo de atuação judicial. Na verdade, o ativismo é exatamente o oposto da chamada autocontenção judicial¹⁵⁰.

Por judicialização da política pode-se compreender um fenômeno adotado pelo Estado, mas, não necessariamente, uma escolha ou um comportamento deliberado. No que diz respeito ao ativismo judicial, tal instituto é uma escolha do elemento interpretativo em cujo efeito reside a majoração do sentido e do alcance da regra, o que impõe observar se a citada expansão é responsável por caracterizar uma invasão de competência.

¹⁴⁹ “[...] a ligação entre os dois momentos está posta em uma visão em que o Legislativo deve ser o centro vivo de um estado democrático de direito, tanto a sede por excelência da política quanto seu real ativista.” RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes? para uma crítica do direito (brasileiro)**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2013. p. 183.

¹⁵⁰ BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 24.

A judicialização pressupõe que as mais variadas questões, sejam elas políticas, sociais ou mesmo morais, acabem sendo enfrentadas e decididas em último grau pelo sistema jurídico. Essa circunstância impõe uma expansão do Judiciário em detrimento do sistema político, aqui considerado o Legislativo e o Executivo, desse modo a política e o direito têm se entrelaçado de tal maneira que sua linha de separação acaba sendo bastante tênue e em muitas ocasiões provocando inconvenientes e dissabores para os citados sistemas.

A desejável e exigida imparcialidade se torna algo distante da realidade quando se tem um ambiente de relativo ativismo. Esse fenômeno não pode ser analisado dissociado do fato de que os tribunais nutrem relação com o sistema político, especialmente porque, o sistema jurídico se encontra intimamente relacionado ao viés político, notadamente porque, como já dito, funciona a Constituição como instrumento de acoplamento estrutural.

Alguns fatores podem se colocar como elementos que possivelmente justifiquem esse comportamento, dentre eles pode-se citar o reconhecimento da importância de se ter um Judiciário suficientemente forte e minimamente independente como meio imprescindível para o alcance de uma democracia moderna. O segundo elemento que se coloca como causa justificadora desse fenômeno pauta-se na desilusão com o modelo de política majoritária adotado, especialmente em razão da notável crise de representatividade e funcionalidade dos parlamentos em geral. Há ainda um outro elemento que deve ser considerado, isso porque diversos atores políticos, quando da necessidade de decidir questões polêmicas, ameaçadoras de causar prejuízo à sua imagem, preferem transferir ao Judiciário o papel de instância decisória de tais questões¹⁵¹.

Quando se fala do papel desempenhado pelo Poder Judiciário nas instâncias superiores, especialmente nas de natureza constitucional, não se pode ignorar que o ativismo judicial estará mais latente, especialmente em razão dos influxos políticos que norteiam tais relações. Para alguns, o ativismo judicial representa algo, de certa forma, louvável, tendo em vista se colocar como alternativa para o déficit de legitimidade causado pela omissão parlamentar, contudo, especialmente o universo acadêmico, o encara como uma forma de usurpação de poder e desrespeito à soberania popular, afinal Executivo e Legislativo neste país são escolhidos pelo povo

¹⁵¹ BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 44-47.

enquanto o Judiciário não passa pelo escrutínio do voto. No Brasil, esse fenômeno tem sido visto em elevado grau no âmbito do Supremo Tribunal Federal¹⁵², tendo sido, inclusive, batizado por Oscar Vilhena de “Supremocracia”¹⁵³.

Assim, praticamente todas as questões com algum tipo de relevância moral, social ou mesmo política, acabam sendo discutidas, notadamente, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, o que impõe a necessidade de posicionamento por parte do Poder Judiciário, pela imposição do princípio do *non liquet*, tornando a judicialização algo inevitável, especialmente em decorrência do modelo constitucionalmente adotado.

O ativismo judicial foi uma expressão surgida nos Estados Unidos, tornando-se uma espécie de revolução e, muito embora sem grandes alardes, impactou diretamente em diversas práticas políticas daquele país, constituindo uma jurisprudência progressista em relação a direitos fundamentais, num contexto em que as mudanças se davam sem participação ou interferência do Legislativo ou mesmo do Executivo. Em decorrência dos impactos trazidos por esse novo modo de agir da Suprema Corte, as críticas e as irresignações foram inevitáveis, causando uma espécie de imagem negativa do Poder Judiciário, especialmente em razão dessa mais elástica interferência.

É bem verdade que identificar a exata medida da suposta intromissão de um poder sobre o outro é algo difícil, pois os limites não se encontram perfeitamente delineados. Contudo, é fato que o incentivo da população para uma postura mais incisiva por parte, por exemplo, dos ministros da Suprema Corte, além de conceder uma espécie de respaldo, conseqüentemente influencia no comportamento dos julgadores, sem falar que os ditos fatores internos e externos impõem um grau maior de subjetividade para o enfrentamento do caso em julgamento.

Nesse trilhar, muito embora intensas sejam as discussões a respeito do papel político dos tribunais, independentemente da forma como é encarado, fato é que, são eles instituições políticas e, como tais, não operam em um vácuo institucional ou

¹⁵² GOMES, Julio Cesar Vieira. **Decisões judiciais, racionalidade e neutralidade**: uma proposta de deferência à administração tributária. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 114-117.

¹⁵³ “Supremocracia é o poder sem precedentes conferido ao Supremo Tribunal Federal para dar a última palavra sobre as decisões tomadas pelos demais poderes em relação a um extenso elenco de temas políticos, econômicos, morais e sociais, inclusive quando essas decisões forem vinculadas por emendas à Constituição. A supremocracia é uma consequência da desconfiança na política e da hiperconstitucionalização da vida brasileira.” VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes**: da transição democrática ao mal-estar constitucional. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 162.

ideológico, de maneira que, por força do *non liquet* alguma resposta deve ser dada sob pena de desrespeito aos comandos editados pela Constituição.

Na perspectiva do ordenamento jurídico brasileiro, a aplicação direta da Constituição a contextos não expressamente contemplados, a declaração de inconstitucionalidade de atos do Legislativo a partir de critérios menos rígidos e a imposição de condutas ou mesmo de abstenções ao poder público são exemplos que, de certa forma, afastam o Judiciário de sua função típica de aplicação do direito, aproximando-o mais de uma função de criação do direito. Nesse contexto, enquanto a judicialização se coloca como algo decorrente do modelo constitucionalmente adotado, o ativismo judicial se impõe mais como uma escolha do julgador que, ao traduzi-lo numa dimensão mais proativa de enfrentar a Constituição, acaba por expandir o seu sentido e o seu alcance, notabilizando-se, especialmente em circunstâncias de vácuo legislativo¹⁵⁴.

Não se pode ignorar que um Judiciário forte, inarredavelmente, contribui para a manutenção de um Estado Democrático de Direito, contudo, o custo para isso não pode ser de tamanha envergadura que caracterize uma usurpação indevida de um poder sobre o outro, fazendo com que a prudência e a moderação sejam instrumentos de contínua observância, mesmo porque, distintos são os papéis a serem realizados pelos poderes.

Nesse contexto, as críticas se afiguram inevitáveis, isso porque, na medida em que o Judiciário invalida atos, sejam do Legislativo, sejam do Executivo ou mesmo lhes impõe deveres de atuação ou abstenção, inevitavelmente estará a desempenhar um papel político, gerando o que muitos autores chamam de dificuldade contramajoritária. É como se a judicialização representasse uma reação das elites tradicionais contra o processo de democratização, como se, simplesmente fossem desconsideradas a participação popular e a política majoritária. A verdade é que, quando não estiverem em jogo direitos fundamentais ou mesmo procedimentos democráticos, o ideal é que juízes e tribunais respeitem as escolhas feitas pelo Legislador, bem assim a razoável discricionariedade que norteia o administrador, mesmo porque, não é o fato de portar a última palavra sobre determinados assuntos que coloca o Judiciário como o único ou o principal espaço de debate e de

¹⁵⁴ A esse respeito vide BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 47-50.

reconhecimento da vontade constitucional, mesmo porque, como bem coloca Luis Roberto Barroso, o poder emana do povo e não dos juízes¹⁵⁵.

Nessa linha de intelecto cumpre aduzir que o Supremo Tribunal Federal tem exercido um papel de destaque, especialmente nas duas últimas décadas. Esse fato tem merecida ênfase, notadamente porque, assuntos que até então eram enfrentados e decididos pela esfera política passaram a ser cotidianamente transportados para a Corte Constitucional, pelos mais variados motivos e pelos mais diversos agentes políticos, ocasionando o uso frequente de termos do tipo judicialização da política ou mesmo ativismo judicial.

O fenômeno da judicialização da política tem se justificado, de certa forma, porque a política, já de algum tempo, tem demonstrado sinais de crise de representação bem como pelo fato de que a Constituição Federal direciona ao STF uma ampla competência jurisdicional. O ativismo judicial, por sua vez, representa, como dito por Fernando Rister de Sousa Lima, “a potencialização do prestígio social do Poder Judiciário para lutar contra o privilégio dos políticos, historicamente falando”¹⁵⁶. Adverte, contudo, o autor que esse ativismo cego, caso não seja capaz de olhar para o seu entorno, poderá impor ao Poder Judiciário um severo desprestígio, semelhante ao que tem acontecido com os demais poderes¹⁵⁷.

O cuidado que precisa ser tomado reside na incorporação de vieses não jurídicos no cotidiano dos tribunais, já que estes infelizmente não são excepcionais e nem mesmo meros acidentes de percurso¹⁵⁸. O engendramento de questões políticas é inevitável, mesmo porque, os tribunais, em especial, o STF desempenha um papel igualmente político, não se podendo perder de vista a necessidade de observância à racionalidade e imparcialidade responsáveis pela legitimação do respaldo de seus julgadores.

¹⁵⁵ BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 50-55.

¹⁵⁶ LIMA, Fernando Rister de Sousa. **Decisões do STF em direito à saúde: aspectos econômicos e políticos**. São Paulo: Almedina, 2020. p. 23.

¹⁵⁷ “Esses fatores, porém, foram apimentados pela dimensão legal e social que o acesso à justiça tomou no período pós-Constituição de 1988.” “A população brasileira ingressa rotineiramente com ações judiciais. Procurar o Judiciário, a propósito, tornou-se parte da cultura nacional.” Id *ibid.*, p. 23-24.

¹⁵⁸ GOMES, Julio Cesar Vieira. **Decisões judiciais, racionalidade e neutralidade: uma proposta de deferência à administração tributária**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. p. 122.

4.2 Os riscos da politização do Judiciário

Pode-se, sem qualquer dúvida, afirmar que a judicialização de questões de cunho político não se restringe ao Brasil. Em verdade é um fenômeno que tem se alastrado por diversos países do globo, ou seja, traduz-se como fenômeno de natureza mundial. Dessa forma, o direito, por meio dos tribunais, impacta diretamente na ação política, na medida em que limita a atuação do Parlamento, igualmente do Executivo e, até mesmo dos partidos políticos, obrigando-os, portanto, a adotarem novo modelo comportamental.

Variadas tem sido as decisões que em certo grau demandam a imposição de restrições ao Legislativo, impondo limites ao exercício do poder pelo Executivo e obrigando um novo arranjo na quadra de funcionamento dos órgãos públicos, partidos políticos ou mesmo grupos de interesses. Esse novo padrão é apoiado por poderosos atores políticos e segundo Ran Hirschl *apud* Lunardi, “mostra a transição para uma espécie de “juristocracia””¹⁵⁹. Contudo, isso é algo que não pode ser analisado somente a partir de uma aparente “sanha nefasta” do Judiciário de atrair para si esse protagonismo, mas de todo um contexto que indubitavelmente envolve outros elementos.

Diante do cenário que vem se desenhando ao longo das últimas décadas o sistema político tenta cada vez mais exercer uma espécie de controle relativo às nomeações para os tribunais bem assim influenciar os juízes nomeados no momento da tomada de decisões. Esse fenômeno provoca uma espécie de politização dos tribunais, consequência portanto, do processo de judicialização da política. Isso pode, inclusive, comprometer o papel desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal no que diz respeito à manutenção da ordem democrática. Isso tudo é muito delicado porque não se pode ignorar que a Constituição é também um elemento político, de modo que as contendas constitucionais se reverberam em questões políticas, o que impede encarar a mesma como algo exclusivamente jurídico¹⁶⁰.

¹⁵⁹ LUNARDI, Fabrício Castagna. **O STF na política e a política no STF**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 45.

¹⁶⁰ Id, *ibid*, p. 45-50.

4.3 A crise entre os poderes

A relação entre os sistemas político e jurídico, já há algum tempo, tem dado claros sinais de que algo não tem andado na conformidade da harmonia/coordenação de poderes estabelecida pela Carta Cidadã de 1988. Esse fato se tornou bastante evidente, notadamente, com as manifestações datadas de 2013¹⁶¹, quando um sentimento de repulsa tomou parte do povo brasileiro e o impulsionou a ir às ruas demonstrando seu cansaço com o modelo de política adotado¹⁶². Essa situação, propiciou o estabelecimento de uma espécie de terreno de beligerância entre o direito, suas instituições e a política, numa frequência conflitiva jamais vista, tornando a retaliação institucional algo bastante comum, o que sem dúvida, vem comprometendo substancialmente a dita estabilização de expectativas. Em quase uma década pôde-se perceber que a intolerância e a instabilidade se impuseram na relação entre os sistemas político e jurídico¹⁶³.

Oscar Vilhena indica que as falhas na representação política, a sistemática corrupção eleitoral, a impunidade e a ausência de imparcialidade na aplicação da lei que desbordaram nas manifestações de 2013 sem dúvida são catalisadores de contradições presentes numa sociedade em processo de transformação. Chama a atenção ainda para o fato de o ano de 2014 ter sido norteador por um clima de absoluta polarização da vida política, responsável, por sua vez, pela mais acirrada e conflitiva eleição daquele ciclo democrático¹⁶⁴.

¹⁶¹ As manifestações de 2013 partiram de um ponto bastante específico: aumento dos preços das passagens de ônibus e metrô na Cidade de São Paulo, contudo esse ponto se traduziu apenas como o elemento motivador de um movimento muito mais amplo que, por sua vez, abarcou questões, verdadeiramente, de cunho estrutural. A respeito desse período, existem divergências nas interpretações dos estudiosos, desde a compreensão do eclodir de um movimento autônomo, a uma visão de manipulação, até a defesa da existência de espontaneidade no início e cooptação por forças de interesses posteriormente. Seja como for, a marca desse movimento foi ausência de comando explicitado e aversão ao sistema político formal, encaminhando posteriormente para a transformação dos agentes do sistema de justiça em heróis do povo brasileiro.

¹⁶² “Os protestos que tomaram as ruas das principais cidades brasileiras em junho de 2013 foram uma expressão surpreendente da disposição de muitos setores da sociedade, em especial dos mais jovens, de exigir o cumprimento das promessas feitas pela Constituição de 1988 nos campos dos direitos fundamentais, da democracia e do estado de direito. Ao repudiarem de forma tão ampla e veemente o comportamento de partidos e lideranças, as manifestações desestabilizaram o que parecia ser o sólido equilíbrio adquirido pelo sistema político brasileiro a partir do pacto constitucional que selou nosso processo de transição.” VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes**: da transição democrática ao mal-estar constitucional. São Paulo: Companhia da Letras, 2018. p. 15.

¹⁶³ Id, Ibid, p. 15-16.

¹⁶⁴ Id, Ibid, p. 18-19.

O ano de 2015 foi bastante ilustrativo, especialmente em decorrência da intensificação da Operação Lava Jato que, motivada pelas manifestações de 2013, trouxe a público diversos escândalos de corrupção, envolvendo variadas autoridades e um sem número de partidos políticos, especialmente da base de sustentação do governo. No ano seguinte, 2016, fatos como o *impeachment* da ex-Presidente Dilma Rousseff, o julgamento da chapa Dilma-Temer pelo TSE, 2017, até a prisão do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, em 2018, dentre diversos outros, são fatores que marcadamente contribuíram para a catalisação da crise entre os poderes.

É bem verdade que, até o momento, a crise institucional não se desdobrou para uma crise de natureza realmente constitucional, entretanto, as constantes investidas contra a Carta Maior têm provocado um sinal de alerta, notadamente por, possivelmente, a sociedade brasileira atravessar um momento de retrocesso em relação às conquistas políticas tão duramente alcançadas, basta considerar a existência de grupos, nesse cenário de mobilização, que passaram a reivindicar o retorno dos militares ao poder ou até conspirar contra as instituições, numa visível afronta à estrutura democrática brasileira.

Com a ausência de habilidade da ex-Presidente Dilma Rousseff em manter um diálogo com o Congresso Nacional; além das investidas promovidas pelo então Presidente da Câmara dos Deputados Eduardo Cunha, através das “pautas-bomba”; e o rompimento com o Partido Político MDB, seu principal aliado, que tinha Michel Temer como Vice-Presidente da República, os poderes Executivo e Legislativo abriram espaço para mais uma batalha, tendo como epicentro o desencadeamento do *impeachment* da então Presidente da República.

O fortalecimento da Lava Jato, em razão do amplo apoio popular conquistado e, por outro lado, a partir das críticas de que agia de forma parcial e seletiva impulsionou a amplitude do rol de investigados, o que provocou uma espécie de união entre diversas siglas partidárias com o objetivo comum de frear o que alguns políticos chamavam de sangria, com nítido intuito de parar a investigação, impedir as responsabilizações criminais e, dentro do possível, reverter as condenações¹⁶⁵.

Para Douglas Zaidan e Maurício Palma, esse amplo apoio popular à Lava Jato propiciou uma espécie de projeção de membros do Ministério Público e do Judiciário,

¹⁶⁵ “Os diversos setores afetados pela Lava Jato passaram então a buscar aliados dentro do sistema de justiça, com o objetivo de reverter o que se convencionou chamar de processo de “criminalização da política.” VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes**: da transição democrática ao mal-estar constitucional. São Paulo: Companhia da Letras, 2018. p. 20.

fazendo-os alcançar uma posição de destaque no universo político-institucional, dentro de um cenário de teatralização da apuração dos escândalos de corrupção, com notável espaço nos instrumentos de comunicação e nas redes sociais¹⁶⁶. Sem dúvida, esse foi mais um elemento que contribuiu para o acirramento de ânimos e intensificação da crise¹⁶⁷.

Na medida em que a Lava Jato avançou, maior se tornou a ruptura institucional e, assim, a crise entre os poderes se intensificou. Não se pode ignorar, inclusive, que a citada crise alcançou o interior do Poder Judiciário, em especial no Supremo Tribunal Federal, com duas correntes cujas linhas de atuação se colocavam de forma bastante divergentes dentro da Corte, basta considerar as mudanças de entendimento a respeito da prisão em segunda instância, objeto de debates incisivos e calorosos.

Contudo, quando se fala em crise institucional é preciso ter em mente que os fatores responsáveis pelo seu desencadeamento não se restringem a um elemento específico. Na verdade, diversos são os motivos que podem dar ensejo a esse inconveniente fenômeno. No caso do Brasil, da última década, em especial, pode-se acrescentar elementos como a crise econômica que, por sua vez, foi responsável pela instabilidade do governo, aliado a sucessivos escândalos de corrupção que provocaram nos diversificados segmentos sociais um sentimento de absoluta falta de confiança no sistema político.

Na concepção de Oscar Vilhena, dois, especialmente, foram os conflitos de natureza institucional que contribuíram mais ativamente para a crise desencadeada e

¹⁶⁶ “A chamada operação *Lava Jato* forneceu inúmeros exemplos de como o mutualismo entre a *criminalização* da política e a *moralização* do combate à corrupção projetou personalidades do Ministério Público e do Judiciário como agentes salvadores da nação no debate público. Entre esses exemplos, destaca-se a atuação do Procurador da República Deltan Dallagnol, que coordenou a força-tarefa da Lava Jato. Mestre em direito pela Universidade de Harvard e ressaltando a sua religiosidade cristã protestante da Igreja Batista, na esteira da projeção alcançada pela operação, Dallagnol trabalhou intensamente no projeto das *Dez medidas contra a corrupção*, do Ministério Público Federal, chegando a publicar o livro intitulado *A Luta Contra A Corrupção - A Lava Jato e o Futuro de Um País Marcado Pela Impunidade*, em 2017. O procurador, inclusive, passou a ter seu nome circulando entre os favoritos para assumir a chefia da Procuradoria-Geral da República”. CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de; PALMA, Maurício. Juristas contra a democracia: usos do direito e desintegração democrática no Brasil pós-2014. **Revista Uruguaya de Ciencia Política**, v. 29, n. 1, p. 80-108, 2020.

¹⁶⁷ “Porém, a personalidade mais notável alçada pela operação foi a do ex-juiz federal e atual Ministro da Justiça e Segurança Pública Sérgio Moro. A partir de 2014, enquanto as manifestações populares, apoiadas pela imprensa e movimentos de redes sociais, contra o governo da Presidente Dilma Rousseff e o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva ganhavam força nas ruas do país, Moro colocava-se na antípoda da impopularidade dos principais líderes dos partidos políticos tradicionais e do próprio Congresso para se consolidar como a principal figura representativa do combate à corrupção no país. A construção da imagem de herói nacional foi conquistada pelo ex-juiz sob dois pilares que se expressaram nas faixas, gritos e camisas dos seus defensores nos protestos de rua: 1) o enaltecimento de sua conduta à frente da Lava Jato e 2) a desqualificação pública de todas as instâncias de representação político-partidária e do Supremo Tribunal Federal”. Id, *ibid*.

posta em evidência pelos protestos de 2013: a crescente tensão entre o presidencialismo de coalizão e o sistema de controle e aplicação da lei e, em segundo plano, “[...] os conflitos distributivos associados ao confronto entre os gastos decorrentes de políticas públicas e direitos sociais, de natureza progressiva, e os crescentes gastos decorrentes de privilégios e interesses setoriais, de natureza regressiva”¹⁶⁸. Ao presente estudo cumpre dedicar maior atenção ao primeiro deles.

No que diz respeito à tensão entre o chamado presidencialismo de coalizão e o protagonismo assumido pelo estamento jurídico, vale considerar que o início desse mal-estar se deu mesmo antes de 2013, na verdade, se iniciou já em 2005, com o advento do julgamento do mensalão. Naquele momento não se cogitava da existência de uma crise no contorno e dimensão da atual crise, mas, ficou evidente o acirramento dos ânimos em razão da maior autonomia conquistada pelo sistema jurídico, lançando a classe política numa espécie de berlinda.

Não se pode deixar de considerar que no modelo de presidencialismo de coalização adotado, na prática, pelo Brasil, a relação entre os poderes Executivo e Legislativo é demasiadamente delicada, notadamente em decorrência de uma enorme quantidade de agremiações partidárias capazes de simplesmente inviabilizar o projeto de governabilidade do Executivo.

Com isso não se está a defender que possam ser celebrados pactos de toda natureza para se alcançar a dita governabilidade, isso porque, caso a calibragem funcione incorretamente, os riscos de corrupção serão quase inevitáveis, exigindo dos órgãos de controle, em especial, do Judiciário, uma postura firme e em conformidade com o texto constitucional.

Nesse sentido, o custo para se manter a base de sustentação do governo é bastante elevado, notadamente quando se tem uma vastidão de interesses políticos totalmente fragmentário e heterogêneo. Promover satisfação aos mais variados grupos nem sempre é tarefa factível, especialmente quando o governo se recusa a manter um canal de comunicação contínuo, como ocorreu com a gestão da ex-Presidente Dilma Rousseff.

A crise fiscal e a dificuldade de manter um diálogo com a heterogeneidade partidária comprometeu severamente o modelo de presidencialismo de coalização, até certo ponto ignorado pelo Governo Dilma Rousseff. Essa ausência de habilidade

¹⁶⁸ VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes**: da transição democrática ao mal-estar constitucional. São Paulo: Companhia da Letras, 2018. p. 25-26.

para negociar com as diversas siglas partidárias, inclusive sua própria agremiação, intensificou a crise política e desaguou na questionada perda de mandato da Presidente da República.

Dessa forma, a coexistência do presidencialismo de coalização num cenário de hiperfragmentação e heterogeneidade partidária como ocorre no Brasil e, de outro lado, o avanço da autonomia das instituições de justiça provocava àquela altura o que Oscar Vilhena¹⁶⁹ chamou de fricção entre as esferas política e jurídica, isso porque o grande problema reside exatamente na disputa entre um sistema político viciado e um sistema de aplicação da lei que a cada dia se colocava mais contundente e buscando maior autonomia.

Com isso, elementos como o agravamento da crise econômica, a falta de solução para o déficit da previdência social, os conflitos distributivos, a pressão para ampliação das políticas de incentivo à indústria, dentre outros, contribuíram decisivamente para o agravamento da crise¹⁷⁰. Acrescente-se a isso o fato de que a crise fiscal, unida ao enfraquecimento da representação política ocasionado pelo avanço da apuração de escândalos variados realmente escancarou o cenário de efetiva crise vivenciado e provocou, através da ida de milhões de pessoas às ruas, uma espécie de desestabilização do sistema político, o que reverberou na relação entre os poderes, notadamente porque desencadeou posturas mais hostis e em grande parte das vezes até controvertidas¹⁷¹.

Em verdade, o conceito de crise pode partir de uma perspectiva circundada na ideia de instabilidade. Mais ainda, pode ter como pano de fundo a existência de circunstância de notável dificuldade que carece de alguma maneira ser debelada com o intuito de ser restabelecida a normalidade, dentro dos padrões esperados¹⁷².

O que tem ocorrido no Brasil, notadamente nos últimos dez anos, é bastante sintomático de que se vive de fato uma crise institucional, especialmente nas esferas relacionadas aos poderes político e jurídico. Diversos são os fatos que tornam

¹⁶⁹ VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes**: da transição democrática ao mal-estar constitucional. São Paulo: Companhia da Letras, 2018. p. 30–32.

¹⁷⁰ Id, Ibid, p. 30-32.

¹⁷¹ Id, Ibid, p. 30-33.

¹⁷² “A palavra crise costuma ser associada ao conceito de tempos difíceis e de instabilidade. Em sua origem grega, o termo também designa decisão – no caso, uma decisão fundamental voltada à recuperação do equilíbrio de um organismo ou de um sistema político ou social, sem o que esse organismo ou sistema corre o risco de perecer.” Id, Ibid, p. 32-33.

evidente a materialização e a insistente permanência desse indesejado fato, o que tem impactado sobremaneira no cotidiano das instituições democráticas.

Como dito em linhas anteriores, as movimentações de rua de 2013 seguidas das eleições polarizadas de 2014, as renovadas manifestações de 2015, a intensificação da crise econômica no segundo mandato da petista Dilma Rousseff, os diversos casos de corrupção revelados especialmente pela Lava Jato, o *impeachment* da ex-Presidente Dilma, o posicionamento mais direto e até por vezes hostil do Supremo Tribunal Federal com diversas decisões de cunho monocrático, a prisão do ex-Presidente Lula, o impedimento à sua candidatura para o pleito de 2018, a vitória de Jair Messias Bolsonaro, defensor de posturas nitidamente contrárias à Constituição, a defesa de grupos desejosos de uma intervenção militar, dentre outros, são, sem sombra de dúvidas, elementos caracterizadores da crise entre os poderes¹⁷³.

As disputas, os embates e até mesmo os conflitos num jogo democrático são perfeitamente possíveis dentro de uma quadra constitucional. É imperioso, entretanto, que não extrapolem os limites de funcionamento e raio de incidência de cada poder, contudo o que se tem visto, é um contínuo conflito entre esses mesmos poderes que chega a caracterizar, inclusive, uma forma de degeneração da propalada separação de poderes, deixando claro que a harmonia é algo que tem sido relegada a segundo ou a último plano e até mesmo desconsiderado.

A intensificação desse fenômeno pode estar provocando uma espécie de usurpação de poder, o que é muito ruim à manutenção do *status* democrático tão duramente conquistado. É imperioso muito cuidado a fim de evitar abusos e conflitos de competência. Mais do que isso, mister que os poderes exerçam uma autocontenção pois a depender de como as coisas poderão caminhar, poder-se-á estar diante de uma escalada no embate entre esses mesmos poderes que poderá se transformar numa crise verdadeiramente constitucional e mais radicalmente num conflito social e violento, fazendo com que a Constituição perca sua capacidade de “contribuir para a coordenação do conflito político”¹⁷⁴. Essa última década, em

¹⁷³ VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes**: da transição democrática ao mal-estar constitucional. São Paulo: Companhia da Letras, 2018. p. 33 - 34.

¹⁷⁴ Embora Oscar Vilhena venha afirmar: “As constituições democráticas também dispõem de mecanismos extraordinários para lidar com tipos específicos de crise, mais graves. Embora isso possa parecer um paradoxo, o pensamento constitucional aprendeu com a experiência de Roma que situações excepcionais – como guerras, graves convulsões sociais ou mesmo catástrofes naturais, que são muitas vezes inevitáveis – podem colocar em risco a estabilidade do regime. Daí a necessidade de

especial, pode facilmente ser caracterizada como um período de estresse constitucional¹⁷⁵.

Aprofundando um pouco mais a análise, pode-se dizer que a crise desencadeada entre os sistemas político e jurídico, ao menos nas duas últimas décadas, tem como marco histórico o processo do mensalão e, em seguida, a Operação Lava Jato. Esses dois elementos promoveram uma mudança drástica na relação entre os estamentos (denominação dada por Oscar Vilhena), notadamente porque, até então, a relação mantida jamais havia sido ampliada para um clima de intensa disputa entre os poderes, como se visualiza nos últimos 20 (vinte) anos.

O julgamento do mensalão, em particular, foi bastante representativo, basta considerar a postura mais dura adotada pelo Supremo Tribunal Federal no instante em que, de fato, passou a cumprir o quanto determinado pela Constituição de 1988, especialmente no que diz respeito à competência da corte para julgar altas autoridades e membros do Parlamento. A adoção dessa postura destoou tanto do que até então se tinha visto que causou grande espanto até mesmo em quem respirava diariamente o ar do direito, afastando a Corte de uma posição mais omissa para assumir uma postura de controle direto da atividade política¹⁷⁶.

A Operação Lava Jato, por sua vez, é reflexo do comportamento mais duro adotado pelo Supremo Tribunal Federal, cerca de uma década antes. Acrescente-se o fato de que a Lava Jato intensificou o acirramento de ânimos com o sistema político na medida em que recebeu grande apoio popular, tornando-se ainda mais forte quando do advento do instituto da delação premiada sancionado pela então Presidente da República, premiada pelas insatisfações impostas pelas manifestações das ruas.

Outro fator que igualmente contribuiu para o fortalecimento da Lava Jato foi a intensificação das conduções coercitivas, mais tarde suspensas pelo Supremo Tribunal Federal. Não se pode negar que a decisão que permitiu a prisão após decisão

conceber formas extraordinárias de exercício de poder com um único objetivo: a manutenção da ordem constitucional.” VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes**: da transição democrática ao mal-estar constitucional. São Paulo: Companhia da Letras, 2018. p. 36.

¹⁷⁵ Para Vilhena, “Períodos de estresse constitucional seriam aqueles em que a utilização de jogadas pesadas, heterodoxas e legalmente controvertidas por parte dos que ocupam mandatos políticos ou têm prerrogativas institucionais, se intensifica e alonga no tempo, favorecendo o surgimento de círculos de retaliações políticas e jurídicas e aumentando a tensão e a instabilidade institucional. Id, Ibid, p. 42.

¹⁷⁶ “Ao longo da história brasileira a relação entre juristas de Estado e o poder político foi predominantemente simbiótica. Em troca de prestígio, benefícios e privilégios corporativos, o estamento jurídico removeu obstáculos e não ameaçou os poderosos. Isso valeu para governos liberais e autoritários, oferecendo raras demonstrações de insubordinação.” Id, Ibid, p. 43.

de segunda instância energizou o ritmo da operação e fortaleceu sobremaneira o instituto da delação premiada, de modo que todas essas mudanças contribuíram decisivamente para a intensificação da crise entre a política e o direito.

Para além disso, os vazamentos seletivos das informações fortaleceram em muito o discurso de que a operação pautava-se por uma espécie de parcialidade na sua condução. A liberação dos áudios das conversas mantidas pelo ex-Presidente Lula e a então Presidente da República Dilma Rousseff, momentos depois considerados ilegais pelo STF, representam o que Oscar Vilhena chama de estocada constitucional, tendo se valido o ex-Juiz Sérgio Moro de uma prerrogativa funcional com o objetivo de fragilizar o ex-Presidente Lula que se encontrava na iminência de assumir um Ministério, o afastando da jurisdição do juízo de primeiro grau. Esse comportamento mais agressivo do Judiciário, a partir das chamadas estocadas constitucionais, dá ensejo ao que Mark Tushnet *apud* Vilhena, chama de “jogo duro”¹⁷⁷.

É bastante provável que a principal marca deixada pela Lava Jato foi o caráter decisivo para o processo de *impeachment* da ex-Presidente Dilma Rousseff, de forma que o impedimento se colocou como o maior “jogo duro”, como sinaliza Vilhena. Para os defensores da existência de um golpe, as ditas pedaladas fiscais não se caracterizaram crime de responsabilidade na medida em que não houve dolo necessário para sua configuração. Para outra ala, a tentativa de burlar as normas orçamentárias com a determinação de abertura de crédito suplementar afrontou diretamente o artigo 85, VI e VII da Constituição, caracterizando, portanto, crime de responsabilidade. Fato é que o Congresso Nacional, ao julgar o Presidente da República, tem um amplo grau de discricionariedade¹⁷⁸.

Esse jogo duro, a partir dessas estocadas constitucionais, teve no Deputado Federal Eduardo Cunha uma figura central. Insatisfeito com a falta de apoio do Partido dos Trabalhadores - PT num processo que tramitava junto ao Conselho de Ética da Câmara em seu desfavor, o Presidente da Casa viu, na abertura do processo de

¹⁷⁷ VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes:** da transição democrática ao mal-estar constitucional. São Paulo: Companhia da Letras, 2018. p. 48-51. Destacando Vilhena: “Embora a validade de algumas dessas ações possa ser contestada, o fato de terem sido praticadas pela autoridade competente, e estarem submetidas ao controle de instâncias revisoras e terem sido acatadas, torna difícil que sejam simplesmente desqualificadas como extraconstitucionais. O efeito desse tipo de conduta não convencional foi desestabilizar as relações políticas nos termos em que vinham sendo praticadas. Id, Ibid, p. 48-51.

¹⁷⁸ Id, Ibid, p. 52-58.

impedimento, um momento bastante oportuno para materializar toda sua irrisignação com a pessoa da Presidente da República. Não obstante, poucos dias após a adoção dessa conduta de absoluta parcialidade, por parte do Deputado Eduardo Cunha, o Supremo Tribunal Federal resolveu afastá-lo da presidência da casa, adotando, por sua vez, o que muitos denominam de mais um episódio de “jogo duro”, dessa vez promovido pela Corte Suprema.

Outros fatores, sem dúvida, foram responsáveis pela intensificação da crise entre os poderes, impondo ao Judiciário a necessidade precípua de julgar fatos e não pessoas. Diz-se isso, notadamente, se considerar o julgamento da chapa Dilma-Temer pelo Tribunal Superior eleitoral que, até certo ponto, caminhava para um desfecho e quando da tomada do poder pelo ex-Presidente da República Michel Temer teve um final totalmente diferente, culminando inclusive na mudança radical do voto de seu ex-Presidente, Ministro Gilmar Mendes, que ao proferir o voto de minerva desempatou o julgamento e a corte eleitoral entendeu que a chapa não deveria ser cassada, impedindo a responsabilização do, à época, Presidente da República Temer.

Diversas decisões do Supremo Tribunal Federal, em especial, fragilizaram a Operação Lava Jato que, com o apoio da Procuradoria-Geral da República, a partir de 2019, culminou no fim do movimento que buscava combater com mais veemência a corrupção no interior do sistema político.

Evidente que não podem ser ignorados os equívocos cometidos por aqueles que conduziram a força-tarefa. Contudo, o que se vê é que a relação entre os poderes nunca esteve tão abalada e, mesmo com o fim da força-tarefa, o governo atual, em quase toda a sua gestão fez questão de criar maiores animosidades entre os sistemas, seja por meio de palavras ofensivas aos demais poderes seja através de efetivo enfrentamento, como tristemente se observa ao longo dos últimos 4 (quatro) anos, em visível afronta à Constituição.

Na prática, para muitos autores, o fato de o Judiciário interferir, com certa frequência, em funções típicas dos poderes Legislativo e Executivo provoca uma espécie de sobreposição, protagonismo ou mesmo “ditadura” desse poder. Diversos são os autores que defendem que o Judiciário deveria de fato adotar uma postura de autocontenção diante do Legislativo, notadamente porque seria o Parlamento o instrumento de maior aptidão para decidir sobre direitos. Contudo, a impressão que se tem, em muitos casos, é que tanto o Poder Executivo quanto o Poder Legislativo, não só não se preocupam com esse fenômeno de crescente judicialização de

questões políticas como chegam ao ponto de, inclusive, estimular esse tipo de intervenção, ou seja, não só toleram como, para além disso, estimulam esse tipo de interferência por uma questão mesmo de conveniência política¹⁷⁹.

Apesar de soar estranha a afirmação de que os poderes constituídos, em determinadas situações, não só admitem como verdadeiramente chegam a incentivar a revisão judicial, esse fato contribui para a compreensão de uma postura de agigantada judicialização de questões políticas no Brasil, tendo em vista que há uma expectativa política de que a Corte se torne interessante aos ímpetos desse sistema quando julga em conformidade com as suas pretensões, na medida em que atrai para si o ônus de uma decisão contramajoritária ou, até mesmo, inconveniente sob a perspectiva política.

Será que tudo o que se vê é representativo de uma crise ou em algumas circunstâncias pontuais não se está a traduzir um verdadeiro realinhamento do ônus pertencente ao sistema político a fim de evitar algum tipo de desgaste político? Diz-se isso porque os defensores da tese de que o Judiciário estaria usurpando o poder do sistema político acabam se olvidando do fato de que em muitas circunstâncias o próprio poder político se vale da utilização do Judiciário para, por meio de decisões judiciais, indiretamente tomar medidas impopulares ou inconvenientes do ponto de vista político.

Não se pode ignorar que, estimular uma decisão judicial num tema politicamente delicado não é garantia de que a decisão servirá aos interesses desejados pelo sistema político. Contudo, o risco, em boa parte das vezes, não só é tolerado como estimulado, o que faz despertar para o fato de que a interferência judicial não seja, sob a perspectiva política, um mal em si mesmo, sendo, portanto uma estratégia adotada pelos poderes Executivo e Legislativo no intuito de impedir um desgaste à sua imagem.

Essa ponderação é bastante válida, principalmente diante da necessidade de ser desconstruído o mito de que o Legislativo e o Executivo se incomodam e, mais que isso, são contrários ao controle judicial realizado pois, a que tudo indica, a realidade seja outra. Isso não quer dizer, evidentemente, que tudo é planejado ou mesmo orquestrado para se impor dessa forma, contudo a análise institucional mostra

¹⁷⁹ LUNARDI, Fabrício Castagna. **O STF na política e a política no STF**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 27-37.

que nem sempre os poderes constituídos são contrários a um modelo forte de controle judicial¹⁸⁰.

É bem verdade que quando se fala da relação mantida entre o Supremo Tribunal Federal e os poderes Executivo e Legislativo surge logo à mente a ideia de que verdadeiramente se está diante de um típico caso de “supremocracia”. É como se o Judiciário exercesse uma espécie de poder moderador dando a última palavra sobre temas que por vezes se substituem às escolhas feitas majoritariamente. Ocorre que em diversas decisões, o Poder Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal vem dando sinais de certa fragilidade diante do sistema político. Contudo, não se pode dizer que essa vulnerabilidade se caracterize como perda de autoridade¹⁸¹.

Num passado relativamente recente, ao menos dois episódios foram bastante marcantes no que diz respeito à demonstração de força por parte Supremo Tribunal Federal. Em decisão monocrática proferida pelo então ministro do STF Gilmar Mendes, o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva foi obstado de tomar posse como Ministro-Chefe na Casa Civil sob alegação de que sua nomeação teria sido orquestrada no intuito de blindar o ex-presidente da República em relação ao julgamento em curso pela Vara Federal de Curitiba e transferir o foro de competência para a corte. Cerca de dois meses depois, o STF determinou a suspensão do mandato do Deputado Federal Eduardo Cunha e o afastou da presidência da casa sob o fundamento de que, em razão de existirem contra ele ações penais em andamento e em virtude do fato de o mesmo agir para impedir ou até obstaculizar a evolução dessas investigações, tais medidas seriam imprescindíveis sob a perspectiva da manutenção do Estado Democrático de Direito.

4.4 O papel do Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal, conforme outrora aduzido, tem por função principal guardar a Constituição, com fulcro no cumprimento da Lei Maior, tendo em vista ser essa a Lei superior de regência do Estado Brasileiro.

Nessa conjuntura, ao se realizar uma reflexão sobre o papel do Supremo Tribunal Federal diante de uma crise institucional é importante considerar uma série de fatores,

¹⁸⁰ LUNARDI, Fabrício Castagna. **O STF na política e a política no STF**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 42.

¹⁸¹ Id., *ibid*, p. 50-54.

de maneira tal que é preciso enfrentar a Constituição brasileira como algo verdadeiramente acima de quaisquer outras normas, sendo, portanto, uma lei maior que tem por objetivo viabilizar a institucionalização de um governo que é emoldurado pela Democracia¹⁸².

O Supremo Tribunal Federal, na condição de guardião maior da Constituição, considerado, portanto, a última instância, tem suas decisões por definitivas, não cabendo recursos. Destaque-se que a própria Constituição deixa explícito acerca das principais atribuições do Supremo Tribunal Federal, entre elas estão as de processar e julgar ação direta de inconstitucionalidade, processar e julgar o Presidente, o vice-Presidente e membros do Congresso, assim como realizar o julgamento de *habeas corpus* e mandado de segurança, quando essas decisões são contestadas, além de julgar crime político.

É importante dizer que nem sempre é fácil, pela simples presença da lei, encontrar a solução para sanar a dicotomia do código binário lícito/ilícito, o que exige, inarredavelmente, do Poder Judiciário, segundo os preceitos regentes, julgar com o intuito de resolver a lide. Ocorre que, já há algum tempo, o país tem vivenciado momentos complexos e toda esta complexidade demanda do Supremo Tribunal Federal a tomada de decisões que vai além da obrigação de ser guardião da Constituição.

Assim, não são poucas as decisões que têm colocado o Supremo Tribunal Federal no centro das mais diversas discussões, sendo alvo de um sem número de questionamentos. Por diversas oportunidades o STF tem seus mecanismos de atuação questionados, onde, para muitos, representa o extrapolar dos limites constitucionais. A despeito das críticas atribuídas ao Supremo Tribunal, José Eduardo Faria, aduz ser correto afirmar que o STF é crucial à Democracia, tendo em vista ser através dele que se dá a possibilidade de correção das omissões dos outros poderes¹⁸³.

¹⁸² A Constituição é uma lei que está acima de todas as demais. Normalmente, ela é aprovada em momentos especiais da vida de uma nação e se destina, principalmente, a institucionalizar o governo democrático, a organizar e limitar o poder e a definir os direitos fundamentais de todos. Direitos fundamentais compõem uma esfera de proteção que todo indivíduo deve desfrutar, relativamente à sua liberdade, à igualdade na lei e perante a lei, bem como a um mínimo existencial que lhe assegure condições de vida digna. BARROSO, Luís Roberto. **Sem data vênua**: um olhar sobre o Brasil e o Mundo. Rio de Janeiro: História Real, 2020. p. 197.

¹⁸³ “Dizer que o STF é essencial à democracia é correto. Alegar que ele pode corrigir omissões dos outros poderes também é correto. Afirmar que sociedades complexas exigem formas abertas de raciocínio jurídico, estimulando os juizes a incorporar em suas decisões o respeito ao princípio da

Acrescenta o autor que a sociedade, por ser complexa, requer por vezes, formas abertas de raciocínio jurídico, de modo que leve os juízes a tomar suas decisões baseadas no princípio da dignidade humana. Além disso, o autor reconhece que em inumeráveis situações o STF posiciona-se como protagonista, principalmente naquelas em que existam antinomias no âmbito jurídico.

Ainda em Faria tem-se que “reconhecer que o STF assume algum protagonismo quando enfrenta problemas de antinomias jurídicas é aceitável, mas enfatizar que interpretações contramajoritárias e contrarrepresentativas dão potencialidades civilizatórias aos juízes é temerário [...]”¹⁸⁴. Assim, na concepção do autor, à luz dos pensamentos dos neoconstitucionalistas, o preocupante nesse cenário não é o quanto o STF ultrapassa o limite do aceitável, do cuidado com o que reza a Constituição, mas sim, o precedente que se abre para intervenções realizadas pelo Judiciário¹⁸⁵.

Isso implica dizer que frente às sociedades complexas e tão heterogêneas, as normas que são aplicadas nos casos costumeiros, rotineiros deve combinar com os princípios, que são aplicados em casos difíceis, os quais recorrem à interpretação e toda a experiência do juiz, uma vez não ser mero ato declaratório, mas sim ato de reconstruir o texto legal pelo viés da interpretação¹⁸⁶.

Para Denis de Castro Halis, à luz do pensamento de Holmes, a longa experiência de um juiz pode levá-lo a tomar decisões que represente o senso comum no campo das instâncias ordinárias. Passando ele a decidir não a singularidade daquele caso, mas para um corpo indefinido de litigantes, isso implica dizer que o juiz, ao recorrer à sua experiência preconiza constituir o direito pautando-se na ideia de justiça para todos, mas sem que para isso se torne uma fórmula fictícia¹⁸⁷.

Ao se deparar com limites hermenêuticos, os juízes por vezes aproveitam um pouco da liberdade para avaliar alguns casos, mas isso não pode representar em

dignidade humana, é correto.” FARIA, José Eduardo. **Corrupção, justiça e moralidade pública**. São Paulo: Perspectivas, 2019. p. 32. (coleção debates)

¹⁸⁴ Id, *Ibid*, p. 32.

¹⁸⁵ Id, *Ibid*.

¹⁸⁶ Id, *Ibid*.

¹⁸⁷ “[...] Um juiz que tenha, por longo tempo, exercido a função, *nisi prius*, há de adquirir gradualmente reserva de experiência que o torna capaz de representar o senso comum da comunidade nas instâncias ordinárias, muito melhor do que um júri típico [...]. Isto é, o juiz incorpora, de certa forma, os modos de ser e agir “médios” da comunidade. Dessa forma, compartilha de seus anseios, objetivos, visões etc. Coisas que, como visto, acabam por interferir nas suas decisões judiciais e na elaboração de princípios-que constituem o verdadeiro direito.” HALIS, Denis de Castro. **Por que conhecer o judiciário e os perfis dos juízes?** O pragmatismo de Oliver Holmes e a formação das decisões judiciais. Curitiba: Juruá, 2010. p. 173.

hipótese alguma, o negligenciar dos direitos fundamentais de um em detrimento de outrem. Pois bem, acerca dessa possibilidade de atuação dos juízes, Lenio Luiz Streck explicita acirrada preocupação em relação à livre interpretação do Direito, pois a interpretação não é meramente uma escolha de instrumentalização, devem as decisões judiciais respeitar os direitos fundamentais do cidadão em resposta à propositura da própria Constituição¹⁸⁸.

Portanto, cabe ao Supremo Tribunal, ao realizar os seus julgamentos, levar em consideração não apenas as transformações da sociedade, de modo que corrobore para superação dos momentos difíceis vivenciados por ela, mas recorrer principalmente ao Direito, à luz da Constituição, para tomar as decisões judiciais que se fizerem necessárias. Nessa senda, destaque-se que tal tarefa não é fácil, posto que atualmente tem-se deparado com uma sociedade complexa e heterogênea que reclama por uma tutela jurídica que dialogue com as normas e princípios de forma combinatória, de modo que se evite a afronta a direitos fundamentais dos cidadãos.

Ao recorrer aos princípios para tomar decisões diversas e, assim, ao realizar interpretações extensivas, o Supremo Tribunal não é visto com bons olhos por alguns segmentos, já que o STF, segundo tal concepção, estaria ultrapassando o seu papel sendo o guardião da Constituição. Nesse particular, José Eduardo Faria acrescenta que alguns cidadãos vêm apontando que a Corte passou a comportar-se como se poder constituinte permanente fosse, tendo em vista recorrer, com frequência, às interpretações extensivas com fulcro na criação de novas regras sem previsão legal no ordenamento jurídico¹⁸⁹.

E as críticas não se encerram por aqui, uma vez que há quem diga, inclusive, que os ministros tomam as suas decisões pautando-se em convicções de cunho moral

¹⁸⁸ Lenio Streck diz que o papel do intérprete, cujo trabalho seria instrumental, deve estar voltado para a busca da solução mais adequada e mais justa dos problemas suscitados. STRECK, Lenio Luiz; BREDA, Juliano (Coord.). **O dia em que a Constituição foi julgada**: a história das ADC's 43, 44 e 54. São Paulo: Thomson Reuters. Brasil, 2020. p. 90.

¹⁸⁹ "Dito de outro modo: por mais que esteja submetido a determinados limites hermenêuticos, todo magistrado goza de um momento de liberdade, em matéria de juízo de oportunidade e conveniência na avaliação dos casos sob sua responsabilidade. Essa tensão entre padrões objetivos e discricionariedade, no plano da interpretação da lei, coloca outro problema não menos importante: o da legitimidade dos juízes e procuradores e de suas respectivas instituições." FARIA, José Eduardo. **Corrupção, justiça e moralidade pública**. São Paulo: Perspectivas, 2019. p. 39-40. (Coleção Debates). "Evidentemente, a liberdade do intérprete não é absoluta e a interpretação não é uma subsunção mecânica do fato à norma. Juízes não são livres para atribuir qualquer significado que desejem às leis. Quanto mais distanciam dos textos legais, mais abusos podem cometer. Os limites da discricionariedade, porém, são porosos. Como os tribunais são reativos, só agindo quando acionados, os juízes têm de responder às demandas que lhes são encaminhadas." Id, Ibid, p. 90.

e de cunho político, de forma a ignorar a letra fria da lei. Além das críticas acima mencionadas, ainda existem as superinterpretações que são adotadas pelo Supremo Tribunal Federal em algumas situações. E estas, indubitavelmente, assombram de certa forma o direito, pois deixam de visualizar o que diz textualmente a Constituição.

Um exemplo ilustrativo trazido por André Karam Trindade foi o julgamento do Habeas Corpus de nº 126.292/SP, cujo relator foi o então Ministro Teori Zavascki, em 17 de fevereiro de 2016. Na ocasião, o plenário do STF procedeu a um *overruling*, relativizando a garantia constitucional da presunção de inocência, de modo a revogar o precedente que vedava a execução antecipada da pena¹⁹⁰. Tal decisão contribuiu para se pensar um pouco a respeito do quanto de protagonismo a Corte estaria a sinalizar e de forma cada vez mais veemente. Acredita-se que esse protagonismo tem por efeito vários motivos, dentre eles, a chamada interpretação extensiva, conforme aludido acima, bem como a participação acirrada do STF no cenário da vida política, tendo em vista ser chamado a arbitrar inúmeros conflitos aflorados no âmbito do sistema político, especialmente na perspectiva do Poder Legislativo, os quais desaguam, por vezes, no comprometimento de sua atuação.

Na oportunidade, referente ao julgamento do *Habeas Corpus* de nº 126.292/SP, a Corte utilizou-se de parâmetros inesperados, recorrendo a fundamentos pragmáticos inerentes a vieses metajurídicos calcados em demandas da sociedade, além de utilizar-se de argumentos equivocadamente já invocados em *HC* anterior.

Pode-se dizer que são muitos os entraves a se assomarem na relação entre os poderes, notadamente entre o Congresso e o Executivo, cabendo ao Supremo Tribunal Federal dirimi-los. Esse protagonismo se dá tanto em detrimento da omissão do legislador quanto em virtude da necessidade de, em algumas situações, ter de declarar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da matéria em casos polêmicos. Na verdade, é possível dizer que muitas das críticas atribuídas ao Supremo Tribunal Federal despontam da forma como as decisões são conduzidas dentro da própria Corte.

¹⁹⁰ “E, para tanto, nenhum exemplo poderia ser mais ilustrativo do que o polêmico julgamento do Habeas Corpus nº 126.292/ SP, de relatoria do ministro Teori Zavascki, por meio do qual, em 17 de fevereiro de 2016, o plenário do Supremo Tribunal Federal, por maioria, procedeu a um *overruling*, uma virada jurisprudencial, ao relativizar a garantia constitucional da presunção de inocência, revogando, assim, o precedente que vedava a execução antecipada da pena.” TRINDADE, André Karam. **O problema da superinterpretação no Supremo Tribunal Federal e o caso do cumprimento antecipado da pena.** In: STRECK, Lenio Luiz; BREDÁ, Juliano (Coord.). **O dia em que a Constituição foi julgada:** a história das ADC's 43, 44 e 54. São Paulo: Thomson Reuters. Brasil, 2020. p. 116.

A impressão dada é a de que alguns ministros decidem acerca de uma situação, por vezes emblemática, sem considerar ou mesmo realizar ponderações advindas dos argumentos dos seus pares. Assim, esses ministros fazem a enunciação dos seus votos sem realizar uma escuta dos demais membros da corte, o que acaba levando à perda de foco no aspecto relativo à tomada de decisões. Daí os mesmos já terem sido chamados de “11 ilhas incomunicáveis” pelo ex-Ministro do STF Sepúlveda Pertence.

O problema em si não é a falta de conhecimento no que pertine à letra da lei, ou aquilo que os atos normativos trazem, ou os princípios ou a doutrina, mas sim a forma de decidir do Supremo Tribunal Federal. Nessa perspectiva, José Eduardo Faria salienta que o problema está na forma que a Corte adotou para agir, para julgar, bem como realizar as suas decisões, diante o seu importante papel de zelar pela interpretação da Constituição¹⁹¹. Dessa forma, o problema está no fato de que o Supremo Tribunal Federal ao invés de elaborar uma decisão pautando-se na constitucionalidade das leis, assim como nos atos normativos, doutrinas e princípios, vem enunciando seus votos fundamentando-os no seu próprio entendimento, esquecendo de recorrer aos demais ministros para alinhar diálogos jurídicos e ponderações a cada situação específica.

Em verdade, é verificável a ocorrência no âmbito do STF de uma demasiada exploração da hermenêutica frente à anúnciação de muitas decisões, e não é irrelevante aduzir que tal prática deve ser observada com cautela, uma vez que as perspectivas hermenêuticas nem sempre encontram alinhamento adequado ao constitucionalismo.

Oportuno se faz dizer também que as críticas que orbitam no entorno do Supremo Tribunal Federal se perfazem também no fato de os ministros ora explicitarem apego excessivo à racionalidade lógico-formal, ignorando quase que totalmente a complexidade da sociedade contemporânea, ora esposarem apego excessivamente pragmático, ao ponto de esquecer que os princípios jurídicos precisam de um mínimo de sistematização.

Contudo, é necessário entender que ser guardião da constituição requer a compreensão de que o direito não está pronto e acabado, ato contínuo à sua

¹⁹¹ FARIA, José Eduardo. **Corrupção, justiça e moralidade pública**. São Paulo: Perspectivas, 2019. p. 90. (Coleção Debates).

positivação, mas que a sua essência se compraz da experiência advinda das demandas da sociedade, de modo a levar em consideração também a historicidade, assim como as teorias jurídicas, para que só assim torne-se possível a construção de uma decisão que culmine em resultados que corroborem para o efetivar de garantias de direitos clamados pela sociedade hodierna.

Uma outra crítica que se faz ao Supremo Tribunal Federal reside no fato de, por vezes, a corte julgar situações iguais seguindo parâmetros diferentes. Esse, sem dúvida, é um fator que coloca sob suspeita o princípio da isonomia.

A crise evidencia-se também no fato de que a Corte está focada nos resultados obtidos com excelência, negligenciando-se por vezes os procedimentos formais. Nessa esteira, José Eduardo Faria traz que os juízes passaram a atuar não apenas recorrendo aos critérios da legalidade, posto que vem balizando as suas decisões pautando-se nos princípios da eficiência, da economia, bem como da justiça substantiva. O autor aduz também que os ministros enfrentam diversos temas, indo desde a distribuição de renda, à inclusão social, à luta pela defesa das minorias. Essa diversidade de temas e temáticas controvertidas, leva os ministros a adotarem decisões monocráticas de forma recorrente¹⁹².

Por todos os argumentos apresentados é possível afirmar que a crise entre os poderes é palpável, pois é inquestionável o descompasso entre eles. É inegável também a sobrecarga processual que o Supremo Tribunal vem enfrentando. Fato é que em meio a esta crise, urgente se faz o (re)estabelecimento da harmonia entre os poderes para que o país possa avançar. Assim, a atuação do Poder Judiciário, em meio aos muitos descompassos sociais é evidentemente essencial, mas o modo de investidura dos juízes, sua formação, bem como discursos proferidos por eles merecem um olhar criterioso, exigindo uma significativa reflexão.

A sociedade contemporânea não deseja um Poder Judiciário enquanto instância hegemônica, nem almeja que a interpretação da Constituição seja transformada em usurpação da função legislativa, devendo ser preconizada a

¹⁹² “Com isso, em vez de se concentrar nos procedimentos formais inerentes às regras do jogo, os tribunais hoje também enfatizam a eficiência dos resultados. A atuação dos juízes deixou de ser pautada só pelos critérios da legalidade e passou também a ser balizada pelos princípios da eficiência, da economicidade e da justiça substantiva, com ênfase em temas como distribuição de renda, inclusão social e defesa das minorias. Isso implica dizer por que muitos ministros de tribunais superiores insistem em tomar monocráticas, com base numa agenda própria. Desprezando interpretações mais restritivas das leis, passaram a fazer interpretações criativas e a inovar princípios jurídicos para fazer a ‘história avançar’”. FARIA, José Eduardo. **Corrupção, justiça e moralidade pública**. São Paulo: Perspectivas, 2019. p. 125. (Coleção Debates).

prudência e a moderação frente a esta reflexão¹⁹³. É necessário pensar acerca das críticas político-ideológicas, referentes à capacidade institucional, assim como em relação à limitação do debate. Sob esse viés, Luis Roberto Barroso aduz que as críticas nascem do fato dos juízes e membros dos tribunais não terem sido eleitos pela vontade popular, e a instância judicial sobrepor às decisões dos agentes políticos, os quais foram eleitos pelo voto do povo. Tal realidade gera uma dificuldade contramajoritária¹⁹⁴.

O fato é que a jurisdição constitucional e a atuação expansiva do Judiciário que se aflora no âmbito da sociedade ao longo da história leva a inúmeras críticas de cunho político. Tais críticas promovem um questionamento acerca da legitimidade democrática, bem como sobre a eficiência no que diz respeito à proteção dos direitos fundamentais. Quanto à capacidade institucional é importante dizer que cabe aos três poderes a interpretação e atuação partindo daquilo que está posto na Constituição. Ao passo que se faz essa alusão, salienta-se que mediante a divergência entre os poderes, caberá ao Judiciário a atuação final¹⁹⁵.

É importante destacar que nem tudo caberá ao Judiciário resolver, pois conforme pontua o autor, o excesso de atuação e em áreas diversas poderá levar o Judiciário a ser percebido pelo prisma de um instituto indesejado, uma instância hegemônica. Dessa forma, para limitar a ingerência judicial, mister se faz definir qual o poder decidirá acerca das matérias específicas. Saliente-se também que se deve preconizar a cautela e deferência frente a situações que ultrapassam a vivência de casos concretos, casos de microjustiça¹⁹⁶.

Diante desse cenário necessário se faz uma análise mais criteriosa, pois existem decisões que causam grandes impactos à sociedade. Nessa linha, Barroso traz uma crítica à limitação do debate, destacando haver uma elitização do mesmo e uma exclusão de quem não domina a linguagem jurídica, e para agravar, enfatiza que

¹⁹³ “Diversas objeções têm sido opostas, ao longo do tempo, à expansão do Poder Judiciário nos Estados constitucionais contemporâneos. Identificam-se aqui três delas. Tais críticas não infirmam a importância do papel desempenhado por juízes e tribunais nas democracias modernas, mas merecem consideração séria. O modo de investidura dos juízes e membros de tribunais, sua formação específica e o tipo de discurso que utilizam são aspectos que exigem reflexão. Ninguém deseja o judiciário como instância hegemônica, e a interpretação constitucional não pode se transformar em usurpação da função legislativa. Aqui, como em quase tudo mais, impõem-se as virtudes da prudência e da moderação.” BARROSO, Luís Roberto. **A Judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 50-52.

¹⁹⁴ Id, Ibid.

¹⁹⁵ Id, Ibid.

¹⁹⁶ Id, Ibid.

quando os processos passam a ser visualizados nas manchetes dos jornais, os juízes muitas das vezes passam a adotar visões políticas, declinando para embates próprios de discussão parlamentar¹⁹⁷.

Ainda nessa linha, cabe acrescentar que diversos são os fatores que podem impactar no instante em que se julgam casos difíceis no âmbito, especialmente, de um tribunal guardião das principais franquias constitucionais, tendo em vista que em não raras vezes um Ministro acaba se curvando à posição da maioria quando percebe que seu ponto de vista não prosperará. Alinhamentos internos são muito comuns e podem impactar em determinadas posições quando da constatação de certa liderança intelectual, ou mesmo, pessoal, exercida por determinado Ministro. Incrivelmente, até mesmo um dissenso de natureza pessoal pode exercer influência na votação, isso sem considerar que a troca de apoios em casos diversos, apesar de contrário à ética, podem impactar no resultado. Igualmente, a ordem de votação ou mesmo o relator sorteado, ou ainda, um pedido de vista pode ser decisivo para o julgamento, sem falar do método de seleção de casos a serem julgados e a elaboração da pauta de julgamentos que, inarredavelmente, não se dissociam de escolhas políticas inerentes à agenda da Corte.¹⁹⁸ Veja-se que o que foi dito não guarda relação com a técnica do direito, mas sim com questões que podem, sem dúvida, ser decisivas quando da prolação de um resultado.

A Constituição, por sua vez, como dito em linhas pretéritas, coloca-se como instrumento de acoplamento estrutural entre a política e o direito. Dentre as suas competências está a de instituir os poderes do Estado e conseqüentemente demarcar as mais diversificadas competências. Ao Poder Legislativo, cabe a criação do complexo de normas que norteará o papel desempenhado pelo Estado, ao Executivo cabe a administração com base na legalidade, entretanto, com certo grau de discricionariedade. O Judiciário, por sua vez, por não depender de processo eleitoral,

¹⁹⁷ “A primeira consequência drástica da judicialização é a elitização do debate e a exclusão dos que não dominam a linguagem nem têm acesso aos loci de discussão jurídica. Institutos como audiências públicas, *amicus curae* e direito de propositura de ações diretas por entidades da sociedade civil atenuam, mas não eliminam esse problema. Surge, assim, o perigo de se produzir uma apatia nas forças sociais, que passariam a ficar à espera de juízes providenciais. Na outra face da moeda, a transferência do debate público para o judiciário traz uma dose excessiva de politização dos tribunais, dando lugar a paixões em um ambiente que deve ser presidido pela razão. No movimento seguinte, processos passam a tramitar nas manchetes de jornais- e não na imprensa oficial- juízes trocam a racionalidade plácida da argumentação jurídica por embates próprios da discussão parlamentar, movida por visões políticas contrapostas e concorrentes.” BARROSO, Luís Roberto. **A Judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 53.

¹⁹⁸ Id, *Ibid*, p. 80.

norteia seu modo de agir a partir de decisões de natureza técnica, a despeito de certas influências políticas recebidas no âmbito do processo de escolha para membros dos Tribunais Superiores.

Nessa linha, no intuito de impedir certa influência da política no direito, dois mecanismos foram pensados para tal, o primeiro deles se traduz na independência do Judiciário diante de órgãos propriamente políticos de governo, bem assim a vinculação ao direito, pautada pela atuação do juiz ou do tribunal, a partir da observância à constituição e às leis, de forma que os órgãos responsáveis pelo julgamento não devem gozar de vontade própria, mas sim respeitar a vontade política externada pelo processo legislativo, assim, julgadores são independentes da política e deve julgar de acordo com os preceitos legais doravante existentes, mesmo porque estar-se diante de um governo de leis e não, necessariamente, de homens (*the rule of the law*). Para isso, a Constituição da República Federativa do Brasil consagrou diversas garantias constitucionais ao Judiciário, a exemplo a autonomia administrativa e financeira e tantas outras de natureza funcional, a exemplo a vitaliciedade, a irredutibilidade de subsídios e a inamovibilidade, consoante proposta há muito consagrada do *check and balances*¹⁹⁹.

Cabe ao Judiciário, portanto, aplicar o direito sem se afastar dos preceitos normativos que regulam a atividade judicante e, ainda que haja a necessidade de certa criatividade judicial, essa não poderá se fazer desassociada de determinados valores previamente concebidos pela comunidade. Em outros termos, ao Juiz não é dada a possibilidade de decidir com absoluta liberdade, a ponto de caracterizar arbitrariedade.

É fato que, a linha divisória entre o direito e a política é bastante tênue, de forma que, nem sempre é nítida e, tampouco, fixa, o que exige do Poder Judiciário, em especial, do Supremo Tribunal Federal, uma postura efetivamente mais sóbria, tendo em vista que, por ser protagonista na definição do sentido e do alcance das normas constitucionais e da legislação em si, ou seja, por ser responsável por dar a última palavra, o equilíbrio, sem qualquer dúvida, deve ser o fiel da balança²⁰⁰.

¹⁹⁹ BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 57 – 59.

²⁰⁰ Id, *Ibid*, p. 61-62.

4.5 Supremocracia em crise

Não se pode ignorar o fato de que o Supremo Tribunal Federal, segundo tratamento concebido pela Carta Constitucional, ocupa um lugar de destaque no âmbito do sistema político brasileiro, podendo-se dizer, inclusive, que o STF goza de um papel central no espaço mencionado. Decorre, sem dúvida, do fato de que a constituição brasileira, por se traduzir em um documento em cuja formatação condensou um universo variado de temas, acabou por destinar ao seu guardião maior a tarefa de se posicionar sobre discussões das mais diversificadas, em cujos impactos tendem a refletir, em larga escala, na relação existente entre os sistemas político e jurídico.

É bem verdade que, sob uma perspectiva histórica nem sempre as coisas aconteceram dessa maneira uma vez que, como leciona Oscar Vilhena, o deslocamento para o centro das discussões políticas pelo STF se deu verdadeiramente após a Constituição de 1988. O susodito autor faz alusão a um termo que se tornou conhecido, nominando-o de supremocracia, ou seja, uma espécie de poder jamais visto, concedido a um órgão de justiça, no caso o STF, para se manifestar por último, ou seja, para dar a última palavra sobre temas tratados pelos demais poderes, sejam eles de caráter políticos, econômicos, morais e sociais, tendo como umas das principais razões de existir, a desconfiança no sistema político²⁰¹.

Na concepção do autor, a ampla discricionariedade concebida ao STF tem estimulado sobremaneira a supremocracia ante à existência basicamente de três fatores: ausência de uma cultura consolidada de precedentes no Brasil, dificuldade do tribunal de estabelecer *standards* interpretativos e; da dificuldade que o STF tem de ater-se apenas ao que foi pedido pelas partes quando do julgamento da demanda²⁰², o que contribui para o não cumprimento do papel do Supremo de estabilizar minimamente as expectativas.

Tendo em vista que as decisões tomadas pelo STF, em grande medida, não são passíveis de enfrentamento pelos demais poderes, por expressa orientação de índole constitucional, é quase inevitável o protagonismo e mesmo o controle que é exercido sobre a política pelo Judiciário, seja na perspectiva do Executivo seja na

²⁰¹ VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional**. São Paulo: Companhia da Letras, 2018. p. 161-162.

²⁰² Id, Ibid.

perspectiva do Legislativo, isso, sem dúvida, em decorrência especialmente do gigantismo de temas trazidos pela carta constitucional. Trata-se de uma opção política lançada na estrutura da Constituição de 1988 que, estrategicamente pensada ou não, tem impactado sobremaneira na relação com os demais poderes. Acerca desse gigantismo de temas mencionado acima acrescenta-se a tríplice função exercida pelo STF que ora funciona como tribunal de natureza constitucional, ora como órgão jurisdicional responsável pelo julgamento de um sem número de recursos, ora se coloca como órgão julgador de natureza originária.

Não se pode olvidar, igualmente, que boa parte das demandas que comprometem a relação de harmonia que deveria nortear a convivência entre os poderes é promovida pelos próprios segmentos políticos, muitas vezes incapazes de resolver seus problemas, socorrendo-se assim do Judiciário. Para se ter uma ideia, no período compreendido entre 1988 e 2016, foram ajuizadas, pelas mais diversas siglas partidárias, cerca de 951 ações diretas de inconstitucionalidade²⁰³.

É imprescindível que o Judiciário se comporte com bastante atenção, em especial o STF, ao enfrentar temas relacionados a questões de ordem política não podendo fazer-se substituir ao sistema político, pois a depender do movimento adotado pode caracterizar uma espécie de usurpação de poder, podendo-se mesmo estar diante de um típico caso de corrupção sistêmica.

Apresentando o tema para os dias atuais tornou-se fato que o STF foi carregado ao epicentro da crise, notadamente a partir dos anos de 2014. Pode-se dizer que a crise se intensificou com o avanço das investigações inerentes à Operação Lava Jato que, por certo período, foi vista como a bala de prata do combate à corrupção. Circunstâncias como a prisão do ex-senador Delcídio do Amaral, o afastamento cautelar do, à época, Presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Cunha, a determinação de afastamento dos Senadores Aécio Neves e Renan Calheiros, as decisões visivelmente contraditórias diante da impossibilidade de tomada de posse em ministério pelo ex-Presidente Lula de um lado e a permissão de posse pelo ex-Ministro Moreira Franco de outro, em contextos semelhantes, as contínuas reviravoltas da prisão em segunda instância, as conduções coercitivas depois vistas por inconstitucionais, entre outras são fatos que sem qualquer dúvida foram

²⁰³ Vide informação apresentada por VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional**. São Paulo: Companhia das Letras, 2018. p. 172, a partir de estudo elaborado por Ana Larissa Barbosa, pesquisadora do Supremo em Pauta, de acordo com o banco de dados de Jeferson Mariano da Silva.

responsáveis por intensificar a já estremecida crise entre os poderes. A divergência de entendimentos quanto à situação de Lula e Moreira Franco provoca o que Oscar Vilhena chama de efeito loteria²⁰⁴, algo presente no STF.

Igualmente a determinação de afastamento do ex-Presidente da Câmara dos Deputados Eduardo Cunha, por meio de uma medida cautelar, foi algo bastante emblemático, notadamente em decorrência da ausência de previsão segundo o art. 55 da Constituição de 1988, o que também causou grande repercussão junto ao Legislativo. Essas são pequenas mostras de fatos que consolidaram a crise entre os sistemas político e jurídico. A coordenação/separação, independência e harmonia entre os poderes nunca foi tão necessária. A sua inobservância pode promover o caos no estado democrático de direito brasileiro, com consequências sérias para todos os setores da sociedade brasileira e repercussões negativas diante do mundo, comprometendo danosamente, tanto o sistema jurídico, como o sistema político.

²⁰⁴ VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes: da transição democrática ao mal-estar constitucional**. São Paulo: Companhia da Letras, 2018. p. 162-165.

5 ANÁLISE DE DECISÕES COM REPERCUSSÃO NO CENÁRIO BRASILEIRO

A presente análise se impõe necessária na medida em que traz à discussão a hipercomplexidade da relação entre os sistemas político e jurídico numa sociedade contingente, atualmente marcada por uma crise entre os poderes, isso porque o Judiciário brasileiro, na condição de principal guardião do direito e da justiça, tem o dever de desempenhar importante função nesse cenário, de maneira que a relevância do trabalho reside exatamente na compreensão desse papel institucional exercido.

Para alcançar os resultados, o estudo estabelece por objeto as **decisões judiciais proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, entre os anos de 2016 e 2018**. O período escolhido leva em consideração o momento de ruptura nas ordens política e jurídica, causado pelo **processo de *impeachment* da ex-Presidente Dilma Rousseff e seus consequentes desdobramentos imediatos**.

No que diz respeito, ainda, aos **critérios objetivos de escolha das decisões analisadas**, conforme o recorte temporal, foram considerados **juízos das pessoas públicas ocupantes de cargos de elevada envergadura política, no contexto da República brasileira, a saber: um ex-Presidente da República, um ex-Presidente da Câmara dos Deputados, um ex-Presidente do Senado Federal, um ex-Ministro da Secretaria-Geral da Presidência da República, um ex-Senador da República e o segundo colocado no pleito presidencial do ano de 2014**.

Para isso faz-se necessário investigar, sob a perspectiva da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, o papel do Judiciário brasileiro num cenário de crise institucional para apresentar um diagnóstico das principais ações dessa esfera de poder e suas consequências em termos de preservação da identidade ou corrupção das competências próprias do subsistema jurídico e do seu ambiente configurado, em específico, no subsistema político.

Levantar as decisões de repercussão nacional no campo político, proferidas pelo Judiciário brasileiro, no período acima delimitado, a fim de identificar as principais distinções entre os poderes e as competências constitucionais inerentes aos sistemas político e jurídico, como forma de compreender a crise institucional que tem separado os subsistemas parciais é outra medida que se impõe.

Igualmente se faz necessário selecionar e classificar as ações do Poder Judiciário com repercussão na política nacional, durante o período estudado, para

verificar a diferenciação de tratamento em relação aos diversos atores políticos em litigância, comprovando ou não a condição de corrupção dos sistemas.

Como última medida, mister se faz, confrontar as decisões judiciais com os conceitos e categorias propostos na Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, a fim de apresentar um diagnóstico das condições de identidade *versus* corrupção dos subsistemas jurídico e político. A análise que aqui se pretende realizar é sem dúvida ponto crucial para o estudo.

5.1 Análise da Medida Cautelar em Mandado de Segurança 34.070 e 34.071 DF – Impedimento à posse do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva no cargo de Ministro Chefe da Casa Civil

A nomeação do ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva para o cargo de Ministro Chefe da Casa Civil foi responsável por desencadear mais um capítulo da crise recente existente entre os sistemas político e jurídico, possivelmente o mais importante deles, notadamente pelas consequências daí decorrentes.

O decreto de nomeação para ocupar o cargo de Ministro Chefe da Casa Civil deu-se em 16/03/2016, num contexto em que a Presidente da República, Dilma Rousseff, encontrava-se bastante fragilizada, especialmente em virtude da dificuldade de manutenção de um canal de comunicação contínuo com as diversas siglas partidárias, inclusive, com sua base de sustentação, como esposado em outras linhas.

Para alguns analistas políticos, a decisão de nomear Luiz Inácio Lula da Silva foi indicativo de que se tratava de uma estratégia voltada a estabelecer uma espécie de reunificação da base, notadamente em decorrência da habilidade do ex-Presidente da República para dialogar com os mais variados atores políticos. Para outros, a estratégia se traduziu numa desesperada intenção de conceder foro por prerrogativa de função ao ex-Presidente no intuito de retirar do então Juiz Sérgio Moro, titular da 13ª Vara Federal de Curitiba, os processos criminais que figuravam em desfavor do nomeado, deslocando, assim, a competência para julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, ante o *status* de Ministro de Estado concedido por força do decreto de nomeação.

Pois bem, na ocasião, o Partido Popular Socialista - PPS impetrou o Mandado de Segurança Coletivo 34.070 - DF e, ato contínuo, o Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB impetrou o MS de número 34.071 – DF, também de natureza coletiva.

Em ambos mandados, buscou-se, em apertada síntese, a concessão de medida liminar para sustar os efeitos da nomeação, bem assim provimento para desconstituir a citada nomeação. Pelo PSDB foi requerida, ainda, a manutenção da competência do Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba.

No que diz respeito ao cabimento da ação, o PPS aduziu que os partidos políticos gozam de ampla legitimidade para a impetração do citado remédio constitucional em caráter coletivo. Pontuou que a nomeação do ex-Presidente da República para o cargo de Ministro Chefe da Casa Civil foi praticada com desvio de finalidade, tendo como intuito a sua blindagem, consoante argumentos abaixo declinados:

Primeiro: a operação “Lava Jato”, cujo Juízo competente é exercido pelo magistrado Sérgio Moro, tem revelado que diversas pessoas, sabidamente aliadas do Ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, seriam autoras da prática de crimes (diversos deles contra a Administração Pública), inclusive com sentenças condenações (*sic*) já proferidas. (doc. 2);

Segundo: em 29 de Fevereiro de 2016, foi proferida decisão pelo Juiz Sérgio Moro, determinando a condução coercitiva do Ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva para prestar depoimento no bojo de investigações relacionadas com a operação “Lava Jato” (doc. 3);

Terceiro: em 14 de Março de 2016, a Juíza da 4ª Vara Criminal de São Paulo, ao apreciar o pedido de prisão preventiva do Ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, no bojo do processo 0017018-25.2016.8.26.0050, declinou de sua competência, por entender que o Juízo responsável pela ‘operação lava jato’ é o competente para apreciar os pedidos formulados pelo Ministério Público (doc. 4);

Quarto: todos os setores da sociedade brasileira começam a especular a possibilidade de prisão do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, o que é fato público e notório;

Quinto: dois dias após (16.03.2016), a autoridade coatora anuncia e decide nomear o Ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva como Ministro Chefe da Casa Civil, a deslocar todas as investigações contra o Ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva para o STF (doc. 1); e,

Sexto: nesse mesmo dia, interceptação telefônica da Polícia Federal revelou diálogo entre a Excelentíssima Presidente da República e o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva. Na referida gravação, a autoridade coatora informa que “BESSIAS” irá entregar o documento ao ex-presidente Lula. Na verdade, “BESSIAS” se trata do procurador da Fazenda Jorge Messias, atualmente na subchefia de assuntos jurídicos da Casa Civil. Na gravação, a autoridade coatora é clara ao falar para o ex-Presidente Luís Inácio Lula da Silva: ‘só usa em caso de necessidade, que é o TERMO DE POSSE, tá?!’ (doc. 5)²⁰⁵.

²⁰⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 34070 DF, Medida Cautelar. Liminar. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 18-03-2016. DJe-054, divulg. 22-03-2016, public. 28-03-2016.

O PPS aduziu ainda que, embora a Presidente da República tivesse competência para escolher os Ministros de Estado, a seu juízo, no caso em apreço, o ato teria sido praticado com desvio de finalidade, conferindo-se prerrogativa de foro ao nomeado, no intuito de impedir o curso das investigações.

O Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB, quando da impetração do Mandado de Segurança Coletivo de número 34.071-DF, valeu-se basicamente dos mesmos argumentos apresentados pelo PPS, relativos à finalidade não pública da nomeação, no intuito de impedir o curso das investigações.

Acrescentou que o ato da Presidente da República violou o princípio da moralidade bem como outros princípios norteadores da administração pública. Argumentou que a nomeação ofenderia aos preceitos do juiz natural e do devido processo legal. Aduziu que a Presidente da República, por meio do ato impugnado, incidira em crime de responsabilidade bem como que o ato em si atentou contra a Constituição Federal, o livre exercício do Poder Judiciário, a probidade na administração e o cumprimento das decisões judiciais, especialmente no que dizia respeito às decisões emanadas pelo Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba²⁰⁶.

Quando do enfrentamento dos Mandados de Segurança impetrados, o Relator, Ministro Gilmar Mendes, salientou que o emprego do Mandado de Segurança Coletivo para a tutela de interesses difusos é algo que não é aceito de forma tranquila pela Suprema Corte, pontuando, ainda, que ele mesmo já registrara, por ocasião de outro julgamento, discordância quanto à possibilidade de partido político impetrar segurança em favor de interesses alheios aos de seus eventuais filiados. Asseverou que naquela ocasião procedeu a uma interpretação assaz restritiva.

Nesse trilhar, o Relator sustentou que diante da inexistência de lesão imediata a direitos individuais, a oposição não disporia de ação capaz de atacar imediatamente o ato contrário ao direito alegado pelas siglas partidárias e, por entender que a oposição teria interesse em carrear ao Judiciário atos administrativos cujos efeitos concretamente trariam lesividade a direitos difusos, a despeito de, frise-se, agora entender diferentemente de como outrora fizera e, mesmo tendo deixado claro que o acolhimento de Mandado de Segurança Coletivo manejado por partido político em sede de direitos difusos não se traduziria como tema tranquilo no âmbito do STF, o

²⁰⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 34070 DF, Medida Cautelar. Liminar. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 18-03-2016. DJe-054, divulg. 22-03-2016, public. 28-03-2016.

Relator achou por bem de, monocraticamente, entender pelo cabimento do citado remédio constitucional, alegando tratar-se de uma via de defesa da ordem institucional perfeitamente válida.

Após o enfrentamento das questões relativas ao cabimento do Mandado de Segurança Coletivo impetrado, o Ministro Gilmar Mendes pontuou que nenhum Chefe do Poder Executivo, seja qual for a esfera de poder, pode se arvorar como dono da condução dos destinos do país, sendo, em verdade, mero mandatário da vontade popular que, por sua vez, deve ser norteada pelos princípios constitucionais que regem a administração pública, dentre eles a moralidade e a probidade, consoante previsão constante do Art. 37 da Constituição Republicana, de forma que a nomeação de um Ministro de Estado com desvio de finalidade certamente macularia a honestidade, a probidade e a boa-fé no trato da coisa pública.

Assim, o Relator asseverou que, muito embora entenda que a atribuição de nomeação de Ministro de Estado seja privativo do Presidente da República, o ato que visa o preenchimento do cargo deve estar em consonância com os princípios constitucionais, de modo que é necessário apartar discricionariedade de arbitrariedade. A esse respeito, veja-se trecho do voto:

Aplicando essas noções ao caso em tela, tem-se que a Presidente da República praticou conduta que, a priori, estaria em conformidade com a atribuição que lhe confere o art. 84, inciso I, da Constituição – nomear Ministros de Estado. Mas, ao fazê-lo, produziu resultado concreto de todo incompatível com a ordem constitucional em vigor: conferir ao investigado foro no Supremo Tribunal Federal.

Não importam os motivos subjetivos de quem pratica o ato ilícito. O vício, o ilícito, tem natureza objetiva. A bem dizer, a comprovação dos motivos subjetivos que impeliram a mandatária à prática, no caso em tela configura elemento a mais a indicar a presença do vício em questão, isto é, do desvio de finalidade.

A rigor, não cabe investigar aqui o dolo, a intenção de fraudar a lei. Não está em questão saber se a Presidente praticou crime, comum ou de responsabilidade. Não é disso que se cuida.

É exatamente esse pano de fundo que deve nortear a análise de eventual desvio de finalidade na nomeação de Ministro de Estado.

Nesse contexto, o argumento do desvio de finalidade é perfeitamente aplicável para demonstrar a nulidade da nomeação de pessoa criminalmente implicada, quando prepondera a finalidade de conferir-lhe foro privilegiado. No caso concreto, a alegação é de que o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva teria sido empossado justamente para deslocar o foro para o STF e salvaguardar contra eventual ação penal sem a autorização parlamentar prevista no art. 51, I, da CF.

Havia investigações em andamento, que ficariam paralisadas pela mudança de foro, uma delas que ensejou medidas de busca e apreensão contra Luiz

Inácio Lula da Silva– Operação Aletheia, desdobramento da Lava Jato. Havia uma denúncia pendente de apreciação, acompanhada de um pedido de decretação de prisão preventiva – caso Bancoop.

É muito claro o tumulto causado ao progresso das investigações, pela mudança de foro. E “autoevidente” que o deslocamento da competência é forma de obstrução ao progresso das medidas judiciais.

Não se nega que as investigações e as medidas judiciais poderiam ser retomadas perante o STF. Mas a retomada, no entanto, não seria sem atraso e desassossego. O tempo de trâmite para o STF, análise pela PGR, seguida da análise pelo relator e, eventualmente, pela respectiva Turma, poderia ser fatal para a colheita de provas, além de adiar medidas cautelares.

Logo, só por esses dados objetivos, seria possível concluir que a posse em cargo público, nas narradas circunstâncias, poderia configurar fraude à Constituição²⁰⁷.

O Relator, fundamentou seu voto, ainda, em trechos da interceptação telefônica determinada pelo Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba, especialmente em relação às conversas mantidas entre o ex-Presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva e a, à época, Presidente da República Dilma Rousseff, cuja legalidade dos áudios já era objeto de profunda contestação, especialmente por terem sido realizados após ordem judicial para suspensão dos procedimentos.

Ocorre que, para o Relator, naquele momento não era necessário emitir juízo sobre a licitude da gravação, muito embora tenha reconhecido que a decisão determinando a interrupção das interceptações, pelo fato de não ter sido cumprida quando determinada, ocasionou o desvio e a gravação do áudio mencionado.

Acrescentou, ainda, que a admissão da conversa feita por ocasião de discurso proferido pela Presidente da República no momento da posse do mencionado Ministro gerou uma admissão irrevogável dos fatos, o que tornaria, na sua avaliação, irrelevante qualquer debate acerca da validade das gravações.

Diante de todo esse contexto, em 18/03/2016, o Relator entendeu que ficou evidenciado o desvio de finalidade no ato de nomeação, sustentando que seria urgente tutelar o interesse defendido, de maneira que, o fato de haver investigações em andamento em desfavor do nomeado, bem como pedido de prisão preventiva e de admissibilidade de ação penal que carecia de definição de foro para prosseguimento, a concessão da liminar seria medida que se impunha, a fim de suspender a nomeação de Luiz Inácio Lula da Silva para o cargo de Ministro Chefe

²⁰⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 34070 DF, Medida Cautelar. Liminar. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 18-03-2016. DJe-054, divulg. 22-03-2016, public. 28-03-2016, p. 19-20.

da Casa Civil, seguida da determinação da manutenção da competência da justiça de primeira instância (13ª Vara Federal de Curitiba) para os procedimentos criminais em desfavor do ex-Presidente da República.

Na prática, o Relator, Ministro Gilmar Mendes, entendeu que o decreto de nomeação do ex-presidente Lula buscou atrair a competência para o Supremo Tribunal Federal dos processos que originariamente tramitavam no âmbito da Justiça Federal do primeiro grau de Curitiba, de forma que a nomeação seria uma espécie de estratégia para deslocamento da competência em razão da prerrogativa de foro concedida ao nomeado.

Não se pode ignorar que foram visíveis as dificuldades enfrentadas pelo Relator para alcançar o desfecho da decisão aqui esposada. Não obstante o fato de haver acolhido a impetração de Mandado de Segurança Coletivo para tutelar direito difuso, adotando entendimento contrário ao exarado por ele próprio em julgamento pretérito, o Relator deliberadamente desconsidera a existência de prova colhida contrariamente aos preceitos que norteiam à sua obtenção e, não só isso, as utilizou como fundamento de sua decisão. A própria corte reconheceu o não cabimento de tais provas e, por ocasião de julgamento posterior, determinou o seu desentranhamento.

É bem verdade que, em não raras vezes, o Relator, Ministro Gilmar Mendes, se posicionara como um crítico bastante ostensivo do governo petista, de forma que a decisão monocrática exarada talvez tivesse seguido outro caminho caso fosse submetida a um julgamento colegiado. Fato é que a susomencionada decisão foi responsável por mudar drasticamente os rumos políticos do país. É bastante provável que a decisão do Ministro Gilmar Mendes tenha sido decisiva para a cassação do mandato da Presidente da República Dilma Rousseff ou ao menos para aceleração do processo que desaguou no efetivo impedimento da petista²⁰⁸.

Veja-se que, na prática, o direito, na concepção de Niklas Luhmann, é responsável pela generalização congruente das expectativas normativas diferentemente da política que é responsável pela tomada de decisões coletivamente vinculantes. Assim, as decisões da alçada do direito irão, via de regra, atingir apenas as partes diretamente vinculadas ao processo. Já as decisões de cunho político têm um caráter geral destinado a um número indefinido de pessoas, de modo que é muito importante adotar os cuidados necessários quando da prolação de determinadas

²⁰⁸ LUNARDI, Fabrício Castagna. **O STF na política e a política no STF**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 55-56.

decisões judiciais a fim de evitar a sobreposição ou mesmo confusão de um poder sobre o outro.

Não se pode olvidar que a liminar acima analisada nunca logrou ter seu mérito enfrentado, basta lembrar que quando do afastamento da ex-Presidente Dilma Rousseff, por força do processo de impedimento que sofrera, deu-se a exoneração de diversos Ministros, inclusive do ex-Presidente Lula, motivando o Relator a julgar prejudicados os Mandados de Segurança apresentados que buscavam impedir a posse, jamais sendo apreciado pelo plenário da Corte a decisão liminar do Relator²⁰⁹.

Na verdade, a relação mantida entre o direito e a política se coloca como algo quase que indissociável, numa dinâmica de simbiose entre os dois sistemas, de modo que não há como pensar em um equidistante do outro. É evidente que há pontos que devem ser considerados, basta olhar para a política que, por sua vez, projeta-se a partir do instituto da vontade, enquanto que o direito se perfaz no domínio da razão.

Ao analisar o caso sob a perspectiva da Teoria dos Sistemas, cumpre dizer que ao Subsistema do Direito cabe a tarefa de produzir decisões capazes de trazer segurança para o futuro da sociedade, pois o seu objetivo primeiro consiste em resolver problemas do ambiente, de modo a diminuir a complexidade²¹⁰. Em outras palavras, o sistema jurídico tem por função resolver problemas de um sistema mais abrangente, com objetivo justamente de estabelecer a segurança futura²¹¹.

Ocorre que julgamentos dessa natureza fragilizam não somente a segurança jurídica, mas são capazes de perquirir sobre a imparcialidade dos julgadores, sendo, sem dúvida, um catalisador da crise entre os poderes, pondo em risco o funcionamento do sistema político, como do próprio sistema jurídico.

Senão vejamos, o próprio Relator deixou expresso em sua decisão que o ato de nomeação de Ministro de Estado é privativo do Presidente da República, a despeito disso, interferiu no sistema político a ponto de impedir que o ato produzisse seus efeitos jurídicos, não restando outra alternativa senão entender pela incidência da

²⁰⁹ LUNARDI, Fabrício Castagna. **O STF na política e a política no STF**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 55-56.

²¹⁰ RIBEIRO, Diógenes V. Hassan. **A revisão do princípio da separação dos poderes**: por uma teoria da comunicação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p.141-142.

²¹¹ Então, se o sistema jurídico cumpre a função de produzir decisão, assim solucionando um problema do sistema mais abrangente, a sociedade, numa tentativa de reunir as categorias da teoria dos sistemas luhmanniano, cumpre concluir que as expectativas normativas formam a estrutura do direito e que as expectativas visam a trazer uma certa segurança sobre o futuro, para evitar a frustração. Id, ibid, p. 143.

corrupção sistêmica promovida por membro da mais alta corte de justiça do país, na medida em que o subsistema jurídico desfizera ato próprio do subsistema político.

5.2 Análise da Ação Cautelar 4.070 – Afastamento de Eduardo Cosentino da Cunha do cargo de Deputado Federal e da função de Presidente da Câmara dos Deputados.

O julgamento, em 05/05/2016, da medida liminar no bojo da Ação Cautelar n. 4.070 que, culminou na suspensão do mandato do, à época, Deputado Federal Eduardo Cosentino da Cunha bem como no seu afastamento da Presidência da Câmara dos Deputados representou, sem dúvida, grande impacto no destino político do país e inevitavelmente contribuiu para o acirramento de ânimos entre os poderes político e jurídico.

O pleito de afastamento do mandato e ainda da função de Presidente da Casa foi formulado pelo Procurador-Geral da República em cuja alegação asseverou que, a despeito de se traduzir como medida grave e excepcional, a mesma encontraria amparo na Constituição Federal bem assim na ordem jurídica brasileira.

O PGR acrescentou que o Deputado Eduardo Cunha já havia sido denunciado por corrupção em virtude do recebimento de vantagens indevidas e lavagem de dinheiro no bojo do Inquérito nº 3983. Mencionou, ainda, ter havido a instauração de novo inquérito (Inq. 4146) voltado à apuração de corrupção passiva, lavagem de dinheiro e manutenção de valores não declarados em conta no exterior. Por tais razões, seria necessária a concessão das cautelares voltadas a garantir a efetividade das ações penais e da investigação.

Segundo o Procurador-Geral da República, o Demandado estaria se valendo do cargo de Deputado Federal e de Presidente da Câmara dos Deputados para preservar interesse próprio, por sua vez, ilícito, com claro intento de impedir que as investigações em seu desfavor pudessem evoluir, de forma a reiterar as condutas criminosas objetivando ainda auferir vantagens indevidas. Assim, muito embora atípica e diferenciada a medida cautelar, seria ela responsável por assegurar a aplicação das leis, sobretudo aquelas de natureza penal, garantindo-se, portanto, a ordem pública.

Nessa esteira, diversos foram os fatos narrados pelo Ministério Público, supostamente caracterizadores de crime e praticados com desvio de finalidade, sendo tais orquestrados diretamente pelo então Deputado Federal Eduardo Cunha que,

insista-se, se valia do cargo, especialmente o de presidente da casa para alcançar fins ilícitos e auferir vantagens indevidas.

Na ocasião o PGR mencionou ao menos dezesseis fatos que, a seu sentir, eram representativos das condutas criminosas perpetuadas pelo Demandado. A esse respeito, vide trecho colacionado a seguir:

(a) apresentação, por meio da Deputada Solange Almeida, de requerimentos na Comissão de Fiscalização Financeira e Controle da Câmara dos Deputados (CFFC), com a finalidade de “pressionar Júlio Camargo a honrar o pagamento da propina” decorrentes de contratos da Petrobras (fl. 20);

(b) elaboração de “dezenas de requerimentos no Congresso Nacional, patrocinados por Eduardo Cunha e seus correligionários, a pedido de Lúcio Bolonha Funaro [...] com o intuito inequívoco de realizar um ataque claro e sistemático às empresas do Grupo SCHAHIN” (fl. 31), tendo em vista disputa judicial sobre a responsabilidade no rompimento da barragem da Pequena Central Hidrelétrica (PCH) de Apertadinho, em Rondônia;

(c) “elementos demonstram que Lúcio Bolonha Funaro, direta ou indiretamente, pagou veículos no valor de pelo menos R\$ 180.000,00 em favor da empresa de Eduardo Cunha” (fl. 64);

(d) entre 29 de agosto e 11 de setembro de 2014, Júlio Camargo teria concedido vantagem indevida a Eduardo Cunha por meio de utilização de horas de voo em sua aeronave, sendo identificados como alguns dos passageiros, além do próprio Eduardo Cunha, Lúcio Bolonha Funaro;

(e) convocação da advogada Beatriz Catta Preta, que atuou em diversos acordos de colaboração premiada, para prestar depoimento na CPI da Petrobras em 2015, com a finalidade de constranger e intimidar (fl. 67), uma vez que a “aprovação ocorreu, curiosamente, após Júlio Camargo, então cliente de Beatriz Catta Preta, prestar depoimento à Procuradoria-Geral da República, no qual revela que Eduardo Cunha recebeu parte da propina relacionada aos navios-sondas vendidos pela Samsung à Petrobras” (fl. 68);

(f) “contratação da KROLL, empresa de investigação financeira com atuação controvertida no Brasil [...] por R\$ 1.000.000,00 supostamente para auxiliar na investigação dos trabalhos da CPI. Contudo, pelo que se extrai do relatório final apresentado pela empresa, o foco do trabalho não foi apurar a autoria e materialidade dos crimes praticados contra a Petrobras, mas sim tentar descobrir algo que, numa eventualidade, possa comprometer os acordos de colaboração premiada firmados no âmbito da Operação Lava Jato (revelando, assim, total desvio de finalidade pública, salvo beneficiar os criminosos envolvidos nos fatos, especialmente Eduardo Cunha)” (fl. 76);

(g) apresentação de requerimentos na CPI da Petrobras de convocação e quebras de seus sigilos bancário, fiscal, telefônico e telemático, “genéricos, sem indicar qualquer elemento concreto” (fl. 89) em face da ex-esposa, da irmã e das filhas de Alberto Youssef;

(h) tramitação do Projeto de Lei 2.755/2015, de autoria do Deputado Federal Heráclito Fortes, aliado de Eduardo Cunha, que “visa impedir que um Colaborador corrija ou acrescente informações em depoimentos já prestados” (fl. 94), exatamente o que foi feito por Julio Camargo, ao se retratar e incriminar Eduardo Cunha como beneficiário de vantagens indevidas decorrentes de contratos da Petrobras e a determinação de “Eduardo Cunha, [...] na condição de Presidente da Câmara, [...] que o referido projeto tenha

apreciação conclusiva pelas Comissões de Segurança Pública e Combate ao Crime Organizado e pela Comissão de Constituição e Justiça. Isso implica que, caso o projeto seja aprovado nestas duas comissões, nas quais Eduardo Cunha conta com maioria aliada, o projeto não precisará ser submetido à votação pelo plenário” (fl. 95-96);

(i) Eduardo Cunha, também na condição de Presidente da Câmara, “e, nesta qualidade, podendo definir a pauta da Casa, colocou em votação projeto de lei que poderia eximi-lo da responsabilidade pela manutenção de valores não declarados no exterior (Projeto de Lei 2.960/2015)” (fl. 97);

(j) exoneração de “Luiz Antônio Sousa da Eira, então Diretor do Centro de Informática da Câmara dos Deputados, em razão deste ter reconhecido a autoria dos Requerimentos formulados por Eduardo Cunha” (fls. 97-98);

(k) retaliação aos “membros da bancada do PSOL, responsáveis por apresentar, junto com o partido Rede Sustentabilidade, [...] representação pela cassação de Eduardo Cunha perante o Conselho de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara dos Deputados” (fls. 100-101);

(l) apreensão de documento “que aponta para o recebimento de vantagens indevidas por parte de Eduardo Cunha para aprovar medida provisória de interesse do Banco BTG” (fl. 102), assim como a existência de “indícios da participação de Eduardo Cunha, direta ou indiretamente (por meio de interpostos parlamentares aliados dele) em medidas provisórias, apresentando emendas que visavam favorecer os bancos em liquidação e, mais especificamente, André Esteves: (i) MP 472; (ii) MP 517, (iH) MP 561; (iv) MP 510; (v) MP 627; (vi) MP 608; (vii) MP 668; (viii) MP 627; (ix) MP 675; (x) MP 651 e (xi) MP 688” (fl. 112);

(m) centenas de mensagens constantes do celular de Léo Pinheiro, dirigente da empresa OAS, indicam que “projetos de lei de interesse das empreiteiras eram redigidos pelas próprias empreiteiras, que os elaboravam, por óbvio, em atenção aos seus interesses espúrios, muitas vezes após a consultoria de Eduardo Cunha. Em seguida, o projeto era encaminhado ao Deputado Eduardo Cunha, que apresentava o projeto de interesse das empreiteiras perante o Congresso Nacional diretamente ou por meio de algum dos seus aliados” (fls. 112-113), mediante o pagamento de vantagens indevidas;

(n) adoção de “manobras espúrias para evitar a regular atuação de seus pares na apuração de condutas no âmbito da Câmara dos Deputados (da obstrução da pauta com o intuito de se beneficiar)” (fl. 136), com a finalidade de impedir a regular tramitação de representação instaurada contra ele no Conselho de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara dos Deputados;

(o) destituição, por intermédio de seus aliados, do Relator da representação que visa sua cassação, Deputado Fausto Pinato, “exatamente no momento em que ficou claro que o Conselho daria continuidade ao processo” (fl. 143);

(p) ameaças e oferecimento de vantagens indevidas ao Deputado Federal Fausto Pinato, em razão de sua atuação como relator da representação contra Eduardo Cunha no Conselho de Ética da Câmara²¹².

²¹² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Cautelar n. 4070. Referendo. Relator: Ministro Teori Zavascki. Tribunal Pleno. Julgado em 5-5-2016. Acórdão eletrônico. DJE-225, divulg. 20-10-2016, public. 21-10-2016.

Sintetizou, o Procurador-Geral da República, alegando que todos os elementos apresentados dariam conta de que Eduardo Cunha havia transformado a Câmara dos Deputados numa espécie de balcão de negócios e o seu cargo era utilizado na forma de mercância, de maneira tal que as condutas eram praticadas sob a forma reiteradamente delitiva, funcionando o citado deputado como um grande representante dos empresários que buscavam seu apoio para criar legislações voltadas a seus próprios benefícios, recebendo, o Demandado, pagamentos para agir dessa forma, com qual, inclusive, contemplava os colegas parlamentares aliados.

Na prática funcionava como um verdadeiro vendedor de atos legislativos o que, segundo o PGR, já justificaria a impossibilidade de permanência no cargo de Deputado Federal, tendo esse comportamento se intensificado a partir do instante em que Eduardo Cunha passou a ocupar a presidência da casa, dado maior nível de poder e articulação, sendo mister o afastamento do cargo para se evitar a perpetuação da conduta criminosa.

O PGR ainda trouxe fatos relativos à obstrução do funcionamento do Conselho de Ética e Decoro da Câmara dos Deputados, por parte de Eduardo Cunha, alegando que muito embora o trâmite processual diga respeito a processo cuja instrução se daria no âmbito da Câmara, a citada obstrução na investigação certamente comprometeria as investigações em curso no Supremo Tribunal Federal uma vez que todo material produzido pelo Conselho de Ética, aliado ao material apresentado pelo Ministério Público Federal, sem dúvida, seriam capazes de se somar no intuito de alcançar a verdade em torno dos fatos, notadamente por se traduzirem fatos idênticos, de maneira que a conduta de Eduardo Cunha de obstar os trabalhos do Conselho de Ética certamente impactaria no esclarecimento dos fatos investigados.

Para além disso, segundo o PGR, caso o conselho chegasse à conclusão da perda do mandato do Deputado Eduardo Cunha, como de fato sucedeu, logo, o mesmo perderia a prerrogativa de foro junto ao Supremo Tribunal Federal, o que se traduziria em grande prejuízo para o parlamentar. Assim, todo esse contexto de interferência e obstrução atentaria contra a ordem pública e contra a liberdade e independência do Poder Judiciário, ratificando-se, ainda mais, a necessidade da concessão das cautelares requeridas.

Por fim, o Procurador-Geral da República pugnou pelo afastamento cautelar de Eduardo Cunha do cargo de Deputado Federal e, por arrastamento, da função de

Presidente da Câmara dos Deputados. Subsidiariamente, pugnou pelo afastamento, ao menos, da função de Presidente da Câmara dos Deputados.

O Demandado, por sua vez, alegou que a medida cautelar intentada pela Procuradoria-Geral da República não possui qualquer consistência, especialmente porque os fatos narrados não passariam de meras suposições do PGR ou simplesmente diziam respeito expressamente a outras pessoas e não necessariamente ao próprio requerido. Alegou em sua defesa que tais fatos se referiam a notícias veiculadas na mídia sem qualquer confirmação por elementos minimamente probatórios, de modo que a medida intentada não poderia antecipar resultado prático de eventual decisão penal condenatória.

O senhor Eduardo Cunha aduziu ainda que a maioria dos fatos apresentados pelo Ministério Público não seriam contemporâneos, se revelando imprestáveis para indicar situação minimamente hipotética de risco.

Alegou, também, que o Procurador-Geral da República não teria legitimidade para postular qualquer providência cautelar, especialmente porque, no que diz respeito ao processo administrativo disciplinar, faltava-lhe competência para tal, sendo, portanto, impertinente a sua atuação.

No que diz respeito aos dezesseis fatos apontados pelo Procurador-Geral da República como representativos de prática criminosa por parte do Demandado, o deputado rebateu um a um. Em sua manifestação, o Deputado aduziu que o órgão de acusação tomou por base notícias de jornais, tendo as encarado como prova dos fatos noticiados, o que, em sua concepção, revelava-se absolutamente inviável sob a perspectiva jurídica.

Por fim requereu a ilegitimidade parcial do Procurador-Geral da República em relação a qualquer questão de cunho administrativo do Presidente da Câmara e em relação ao procedimento de natureza político-administrativa por lhe faltar competência para tal e, no mérito, pediu o julgamento pela improcedência da ação cautelar.

Após considerar a tese apresentada pela acusação bem como a tese defensiva, o Ministro Relator, Teori Zavascki, aduziu que o deferimento de medidas cautelares no processo penal não se confunde necessariamente com o juízo de culpabilidade, de forma que, a seu sentir, naquele momento haveria de se identificar se o comportamento das pessoas envolvidas no processo poderia se traduzir ou não em risco de ineficácia para a realização da persecução penal.

Para o Relator, por se tratar de uma medida marcada pelo elemento da provisoriedade, esta não teria o condão de destituir ou privar quem quer que seja, em definitivo, do exercício de um direito, notadamente em deferência ao princípio da presunção de inocência, de forma que a decretação da medida serviria a dois interesses distintos, sendo o primeiro deles a preservação da utilidade do processo e o outro a preservação da finalidade pública do cargo.

No que diz respeito aos fundamentos apresentados contra a legitimidade da Procuradoria-Geral da República para requerer o afastamento de Eduardo Cunha do cargo de Deputado Federal e, por arrastamento, da função de Presidente da Câmara ou, subsidiariamente, o afastamento da função de Presidente da Câmara, o Relator asseverou que o controle cautelar das circunstâncias relativas ao exercício do mandato por parte do Judiciário não poderia ser obstado, uma vez que esse controle não atenta contra a presunção de não culpabilidade bem como que o preceito da harmonia entre os poderes não interdita necessariamente o funcionamento de qualquer deles, muito pelo contrário, admite que cada um deles funcione dentro de suas respectivas competências, notadamente porque o princípio da inafastabilidade da jurisdição daria o amparo necessário ao deferimento das medidas cautelares de persecução penal contra deputados, sendo, portanto, viável a concessão de tais medidas, em especial, de afastamento parlamentar para a preservação dos fins voltados à elucidação da responsabilidade penal, especialmente em decorrência da necessidade de fiscalização recíproca entre os poderes fartamente amparada na ideia de freios e contrapesos.

Por tais razões, o Ministro-Relator afastou a tese defensiva e entendeu pelo perfeito cabimento do pedido de afastamento temporário do exercício do mandato parlamentar.

No que diz respeito à postulação do Ministério Público quanto à suspensão do Senhor Eduardo Cunha do exercício da Presidência da Câmara, o Ministro Teori Zavascki entendeu por perfeitamente viável, tendo em vista que, na sua óptica, o mandato para a presidência da casa não poderia ser utilizado como instrumento de proteção voltado à frustração da jurisdição penal, não sendo portanto infenso a qualquer forma de controle judicial, de forma que o fato de exercer a presidência da casa não tornaria o Demandado imune a possíveis medidas penais de caráter cautelar, especialmente porque o posto ocupado impõe, nas palavras do relator,

“escrúpulos compatíveis com a sua altíssima honorabilidade”²¹³, o que exigiria do Judiciário uma postura ainda mais firme.

Para o Relator, o parlamentar demandado agia com aparente desvio de finalidade e com finalidade específica de praticar ilícitos, o que poderia ser facilmente extraído das mensagens encontradas no aparelho celular de propriedade do senhor Léo Pinheiro, dirigente da Construtora OAS e por sua vez implicado criminalmente por participação nos escândalos de corrupção envolvendo a Petrobras, pessoa muito próxima do Deputado Eduardo Cunha. Na avaliação do Relator, seria algo indubitável que no exercício da Presidência da Câmara dos Deputados o demandado continuaria a delinquir, consoante trecho abaixo:

É certo que no exercício da Presidência da Câmara dos Deputados os riscos de reiteração da prática desses atos, a tentativa de ocultar possíveis crimes e a interferência nas investigações são, obviamente, potencialmente elevados. Já considerada essa condição, há indícios mais recentes, trazidos pelo Procurador-Geral da República, de que o Deputado Federal Eduardo Cunha continua atuando com desvio de finalidade e promovendo interesses espúrios. Os elementos aportados pela acusação revelam, por exemplo, atuação parlamentar de Eduardo Cunha, com desvio de finalidade, durante a Comissão Parlamentar de Inquérito denominada CPI da Petrobras²¹⁴.

O Relator considerou ainda relevantes os elementos apontados pelo Ministério Público no que diz respeito à interferência contínua do Deputado Eduardo Cunha nos trabalhos do Conselho de Ética que objetivava, por sua vez, julgá-lo por suposta quebra de decoro parlamentar. Muito embora tenha o Demandado alegado que todas essas questões seriam, na verdade, *interna corporis* da Casa Legislativa, o Ministro-Relator asseverou que a Comissão de Ética estaria se mostrando incapaz de colocar em prática minimamente as suas atribuições em relação ao acusado e, nesse ponto, não se estava a considerar assuntos de natureza interna mas sim a constatação de haver ou não comprometimento dos trabalhos da comissão, por força da atuação do parlamentar.

Outro ponto que chamou a atenção do Relator se deu em razão das supostas ameaças direcionadas ao Deputado Federal Fausto Pinato, à época escolhido o relator do processo de ética em desfavor do senhor Eduardo Cunha. O Ministro Teori Zavascki aduziu que o fato de haver sido encontrado no bolso do paletó do Deputado Eduardo Cunha boletins de ocorrência relacionados ao Deputado Fausto Pinato, com

²¹³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Cautelar n. 4070. Referendo. Relator: Ministro Teori Zavascki. Tribunal Pleno. Julgado em 5-5-2016. Acórdão eletrônico. DJE-225, divulg. 20-10-2016, public. 21-10-2016, p. 27.

²¹⁴ Ibid, p. 49-50.

o fim provável de buscar alguma fragilidade de sua parte, seria representativo de algo muito grave, especialmente diante de denúncias de ameaça dirigidas ao citado deputado.

Muito embora tenha reconhecido o Ministro Teori Zavascki que não se traduzia em momento de formular juízo definitivo acerca dos fatos descritos, estava clara, a partir dos documentos apresentados, a existência de indícios de que o Requerido, na condição de Deputado Federal e, mais, na condição de Presidente da Câmara dos Deputados teria meios para obstruir a investigação, comprometer a colheita de provas, intimidar testemunhas e impedir, ainda que indiretamente, o trâmite da ação penal em curso no âmbito da Suprema Corte Brasileira assim como outras investigações doravante instauradas.

Outro ponto considerado pelo Relator residiu no fato de que, em decorrência de a Presidente da República se achar na eminência de sofrer suspensão de suas funções por determinação do Senado Federal, o Presidente da Câmara dos Deputados seria, portanto, alçado à posição de primeiro substituto da Presidência da República, ao menos em se tratando de afastamento temporário do novo titular e, tendo em vista que o investigado não gozaria, portanto, das condições pessoais mínimas para exercer esse mister, ante ao fato de não estar qualificado para o encargo de substituição da Presidência da República, especialmente por figurar na condição de réu no INQ 3983, em curso no Supremo Tribunal Federal, o afastamento por tais razões seria, em verdade, uma alternativa para proteger o interesse público.

Assim, muito embora não esteja expressamente inserida na Constituição a impossibilidade de exercício da função de Presidente da República na hipótese em que o seu substituto venha se tornar réu no âmbito do Supremo Tribunal Federal, permitir a permanência do Demandado no exercício da Presidência da Câmara dos Deputados e, por consequência, na possibilidade de exercer a Presidência da República na hipótese de substituição do seu titular seria assaz perigoso, notadamente pela afronta aos princípios de probidade e moralidade que devem governar o comportamento dos agentes políticos, isso porque a liberdade para administrar e governar não pressupõe o abandono ao descaso para com a Constituição, as palavras do Relator²¹⁵. Acrescentou, ainda, que os poderes da

²¹⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Cautelar n. 4070. Referendo. Relator: Ministro Teori Zavascki. Tribunal Pleno. Julgado em 5-5-2016. Acórdão eletrônico. DJE-225, divulg. 20-10-2016, public. 21-10-2016. p. 71.

República são independentes entre si, mas jamais poderão ser independentes da Constituição²¹⁶.

O Relator reconheceu finalmente a excepcionalidade da medida e asseverou que seria papel do Supremo Tribunal Federal atuar para cessar os indícios concretos que colocam em risco a quebra da respeitabilidade das instituições, garantindo, na sua acepção, uma República para os comuns e não uma comuna de intocáveis²¹⁷.

Dessa forma considerou que mesmo não havendo previsão específica de índole constitucional a respeito do afastamento pela jurisdição criminal de parlamentares do exercício de seu mandato ou ainda afastamento da Presidência da Câmara dos Deputados quando o parlamentar seja processado criminalmente, a medida, a despeito disso, seria a devida, razão pela qual deferiu a suspensão o Deputado Eduardo Cunha do exercício de mandato parlamentar e, por consequência, da função de Presidente da Câmara dos Deputados.

É bem verdade que naquela ocasião o Supremo tinha a seu lado além de grande apoio popular, a mídia, um sem número de outros parlamentares, a rejeição popular ao Parlamentar com um histórico intenso de denúncias e investigação por corrupção o que, apesar de se tratar de político bastante influente, credenciou a Corte a tomar essa medida mais hostil. O grande questionamento que se fez, na verdade, repousou sobre o fato de que o STF somente adotou essa medida seis meses após o ajuizamento da ação, ou seja, após o processo de *impeachment* contra a ex-Presidente Dilma Rousseff ter evoluído e ter sido encaminhado ao Senado Federal²¹⁸.

Essa ponderação é bastante válida e perfeitamente adequada à análise do caso concreto, uma vez que, como ressabido, uma medida cautelar pressupõe algum risco ou prejuízo inafastável, então, o que justificaria o lapso de seis meses entre o ajuizamento da demanda e a concessão da medida? É possível considerar a abertura do impedimento da Presidente da República como condição para tal? Seria uma hipótese de “jogo duro” entre os poderes Judiciário e o Legislativo com reflexos para o Executivo?

²¹⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Cautelar n. 4070. Referendo. Relator: Ministro Teori Zavascki. Tribunal Pleno. Julgado em 5-5-2016. Acórdão eletrônico. DJE-225, divulg. 20-10-2016, public. 21-10-2016. p. 71.

²¹⁷ Ibid, p. 72.

²¹⁸ LUNARDI, Fabrício Castagna. **O STF na política e a política no STF**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 57.

Certamente é importante pensar a respeito, pois, a chegada a essa conclusão sem dúvida seria extremamente nociva à ideia de segurança jurídica.

Considerando que a Teoria dos Sistemas exclui aquilo que lhe é externo, a fim de garantir a manutenção desse mesmo sistema, o fato de não haver previsão constitucional para o afastamento do Presidente de uma casa legislativa sob o argumento de que, por se encontrar na linha sucessória da Presidência da República e pelo fato de responder a processo criminal, logo o seu afastamento seria medida a ser imposta, gera profunda desconfiança no sistema de justiça, uma vez que agindo dessa maneira o STF acabou invadindo esfera de competência do Poder Legislativo a quem cabe, constitucionalmente, afastar ou mesmo cassar mandato parlamentar.

É bem verdade que a dúplici condição de abertura e fechamento dos sistemas os torna permanentemente abertos às “irritações”, permitindo sua autorreprodução, conforme acentua Teixeira²¹⁹, isso porque os subsistemas são simultaneamente abertos e fechados, eis a razão para a afirmação luhmaniana de que as relações estabelecidas entre fechamento operativo e abertura cognitiva são paradoxais. Assim, “a teoria deve ser suficientemente complexa para captar a complexidade do mundo”²²⁰.

Na verdade, “cada subsistema tem nos demais subsistemas ao seu entorno informações possíveis de serem incorporadas, desde que passem pelo seu crivo específico de seletividade”²²¹. Pode-se afirmar, sem qualquer dúvida, que a relação estabelecida entre os dois sistemas, apesar de paradoxal (fechamento e abertura), é imprescindível. Há uma espécie de redução e manutenção de complexidade, absolutamente necessárias para o surgimento de novas alternativas e, portanto, novas decisões.

Evidentemente que não se defende neste trabalho a inexistência de diálogo entre os sistemas, tampouco, advoga-se pela impunidade, muito longe disso, o que se espera é que as decisões judiciais sejam manifestadas sem qualquer mácula e em absoluta conformidade com a Constituição, instrumento, portanto, de acoplamento

²¹⁹ TEIXEIRA, João Paulo Allain. Direito e política na teoria dos sistemas. *In*: Sociedade, Direito e Decisão em Niklas Luhmann: **Congresso Internacional em Homenagem a Cláudio Souto**. Recife: Editora Universitária UFPE, 2009. p. 320.

²²⁰ SILVA, Artur Stamford da. **10 lições sobre Luhmann**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2016. (Coleção 10 Lições), p. 28.

²²¹ TEIXEIRA, op. cit., p. 320.

estrutural²²² e responsável por manter a higidez na relação entre os subsistemas político e jurídico, já que somente dessa maneira, será possível, minimamente, alcançar a dita estabilização de expectativas pelo direito.

Ademais, a experiência é repleta de exemplos de nulidade em processos e decisões judiciais errôneas, vindo a favorecer, inclusive, muitos culpados e até incentivar corrupção e outros crimes, pondo o sistema de justiça em total descrédito, principalmente junto aos cidadãos.

5.3 Análise da Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 402/DF – determinação de afastamento do senador Renan Calheiros da Presidência do Senado Federal

No contexto jurídico-político brasileiro, especialmente no período compreendido entre 2016 e 2018, alguns fatos foram, indubitavelmente, impactantes para a relação mantida entre os poderes e determinantes para a manutenção de um clima de tensão institucional.

Como é consabido, nos autos da AC 4.070/DF, o Supremo Tribunal Federal decidiu pelo afastamento do, à época, Deputado Federal e Presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Cunha. Na ocasião, além de afastar o Presidente da Casa de suas funções, igualmente o afastara do mandato de Deputado Federal, num episódio assaz turbulento que reforçou ainda mais a já comprometida relação entre os poderes. Naquele momento, a Corte Suprema brasileira deu sinais de gozar de grande força.

Pois bem, passados cerca de sete meses, um novo episódio colocou à prova, mais uma vez, a dita relação entre os poderes, isso porque em 5/12/2016 o Ministro Marco Aurélio Mello, monocraticamente, concedeu liminar para determinar o afastamento do então Presidente do Senado Federal da Presidência da Casa, revolvendo a tensão entre o Legislativo e o Judiciário e, por sua vez, acirrando o clima de animosidade.

²²² “O problema central do acoplamento estrutural entre o sistema político e o sistema jurídico reside no alto risco de que cada um deles deixe de operar com base em seus próprios elementos (o judiciário com a legalidade e a política com a agregação de interesses e tomada de decisões coletivas) e passe a atuar com uma lógica diversa da sua e, conseqüentemente, incompreensível para a autorreferência do sistema. Essa corrupção de códigos resulta num Judiciário que decide com base em critérios exclusivamente políticos (politização da magistratura como a somatória dos três erros aqui referidos: parcialidade, ilegalidade e protagonismo de substituição de papéis) e de uma política judicializada ou que incorpora o ritmo, a lógica e a prática da decisão judicial em detrimento da decisão política”. CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 63.

Segundo o Ministro-Relator, pelo fato de o Senador Renan Calheiros haver se tornado réu em processo penal, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, estaria o mesmo impedido de manter-se na linha sucessória para ocupar a Presidência da República, consoante comando constitucional. Essa decisão promoveu tamanha polêmica que sequer foi cumprida pela Mesa Diretora do Senado Federal, intensificando ainda mais a tensão institucional.

A presente análise se concentrará, a partir de agora, nas razões apresentadas pelo Relator bem assim pelos demais ministros que apreciaram o caso em concreto, em sede de referendo da medida acauteladora.

Segundo o Ministro-Relator, o Partido Rede Sustentabilidade protocolizou, em 5/12/2016, petição, reiterativa, voltada à concessão de medida cautelar com o fim de que, até o julgamento definitivo da ADPF 402/DF, os ocupantes de cargos que figurassem na linha sucessória para substituição da Presidência da República, fossem obstados de ocupá-la quando respondessem à ação penal, no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Na ocasião, o mencionado partido postulou também pelo afastamento cautelar imediato do Senador Renan Calheiros do cargo de Presidente do Senado, tendo em vista que, em primeiro de dezembro de 2016, o pleno da Suprema Corte brasileira havia, parcialmente, recebido denúncia em seu desfavor, passando, o citado Senador, a ostentar a condição de réu, no bojo do inquérito 2.593 DF.

Vale lembrar que o Colegiado do STF, em 3/11/2016, havia formado maioria absoluta no sentido de assentar o entendimento de que o sujeito que ostentasse a condição de réu no âmbito do Supremo Tribunal Federal, ficaria impossibilitado de ocupar cargo vinculado à linha de substituição da Presidência da República, o que acabou reforçado, notadamente pelo julgamento da Ação Cautelar 4.070/DF, de relatoria do Ministro Teori Zavascki, à época, referendada pelo pleno do Supremo, cuja decisão surtiu efeito antes mesmo do referendo pelo colegiado.

O Ministro-Relator asseverou, quando do enfrentamento da medida acauteladora proposta pelo Partido Rede Sustentabilidade que, diante da maioria já formada nos autos da ADPF 402/DF, que obstava por sua vez, como dito em linhas anteriores, que réus figurassem na linha de substituição da Presidência da República e, considerando que o Presidente do Senado passou a ostentar essa condição numa votação de 8 a 3, no âmbito do STF, a permanência do citado Senador na função de Presidente da Casa comprometeria a segurança jurídica, razão pela qual, o mesmo

achou por bem deferir a liminar pleiteada, não no sentido de afastar o senador do mandato, mas do cargo de Presidente do Senado.

O Senador Renan Calheiros, ora afastado do cargo de Presidente do Senado Federal, interpôs agravo interno pugnando pela reconsideração da decisão monocrática e submissão do julgamento ao pleno do STF.

Aduziu afronta aos princípios da legalidade, devido processo legal e separação de poderes. Asseverou que as autoridades envolvidas no âmbito da ADPF 402/DF, após o pronunciamento do pleno, sequer foram notificadas. Sustentou que a decisão do Ministro Marco Aurélio violaria, inclusive, a prerrogativa dos senadores de escolherem o Presidente da Casa.

Pontuou que a única medida cabível, no caso concreto, seria o impedimento ou proibição de ele assumir a Presidência da República, por figurar na linha sucessória, conforme Constituição, contudo não seria possível o seu afastamento da Presidência do Senado Federal.

Por fim, aduziu não estarem presentes os requisitos necessários à concessão da medida acauteladora, de forma que, nem a urgência e tampouco o perigo de lesão grave a preceito fundamental estariam identificados.

O Ministro-Relator mencionou, ainda, as tentativas frustradas de cumprimento da decisão pelo oficial de justiça, o que se traduziria em notável desobediência à ordem judicial e, na sua aceção, desmoralização do tribunal.

A Mesa Diretora do Senado Federal, dentre outras ponderações, asseverou que a decisão monocrática do Relator comprometeria o andamento das atividades da casa, na medida em que as importantes propostas de deliberação, especialmente aquelas relativas à crise econômica, ficariam impedidas de avançar, ante ao afastamento do seu presidente.

Pela Mesa Diretora foi dito, ainda, que a decisão do Relator estaria a aguardar a confirmação do plenário da corte. Pontuou que nem o Senado Federal nem mesmo o seu presidente havia sido notificado para participar da ADPF 402/DF, notadamente diante da garantia constitucional do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Ponderou, por fim, que a Constituição Federal determina que seja observado o princípio da independência e da harmonia entre os poderes constituídos de forma que, quem deve escolher o Presidente da Casa é o Senado.

Em virtude das ponderações acima elencadas, a Mesa Diretora do Senado Federal decidiu aguardar a deliberação final do pleno do Supremo Tribunal Federal a

respeito da decisão prolatada pelo Ministro Marco Aurélio Mello, nos autos da ADPF 402/DF.

Nesse trilhar, tendo em vista o fato de a decisão monocrática do Ministro-Relator não haver sido cumprida nem pelo Presidente do Senado nem mesmo pela Mesa Diretora, na sequência, em 7/12/2016, o caso foi posto a referendo pelo plenário da Suprema Corte Brasileira.

Quando da prolação do seu voto, o Ministro-Relator, Marco Aurélio Mello asseverou tratar-se de situação com notória gravidade, sendo necessário, em sua óptica, impor a correção de rumos mediante uma atuação do tribunal sem medo, vez que o STF, a seu sentir, seria a última trincheira da cidadania, especialmente, no momento em que se operava grande inversão de valores, fazendo-se impor o primado da Carta da República.

O Relator manteve-se firme no propósito de considerar incabível a manutenção do Presidente do Senado em seu cargo, tendo em vista o fato de, insista-se, manter-se o citado Senador na linha de substituição da Presidência da República já que, pelo fato de não mais haver Vice-Presidente da República, essa possibilidade poderia transformar-se em realidade.

Na ocasião, o Relator esposou preocupação com uma possível diferença de tratamento entre o desfecho outrora dado ao caso do ex-deputado Eduardo Cunha e, ato contínuo, ao caso envolvendo o Senador Renan Calheiros, Presidente do Senado. Segundo o mesmo, diferença não havia, de forma que se colocaria absolutamente incabível adotar a máxima dos dois pesos e duas medidas, tendo em vista que, na sua visão, o processo não deveria ter capa mas sim conteúdo²²³.

Insistiu o Relator, ainda, no questionamento relativo ao tratamento a ser dado pelo plenário, uma vez que se estaria a falar da mesma Constituição e da mesma composição da Corte de Justiça, de maneira tal que a situação jurídica do Presidente da Câmara seria a mesma do Presidente do Senado. Para o Relator, entender de forma distinta seria fragilizar o Supremo Tribunal ante ao olhar da comunidade, isso porque o STF não poderia recuar da decisão já adotada no mesmo ano, pois o contrário disso seria uma espécie de provocação ao Poder Legislativo.

²²³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 402 Distrito Federal. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgado em 01-02-2017. Acórdão eletrônico. DJe-021, divulg. 06-02-2017, public. 06-02-2017, p. 10.

Acrescentou que o fato de a Constituição ser uma só, ou seja, a Lei das Leis, todos devem submissão a ela, de maneira indistinta. Entender diferentemente seria, na sua visão, reescrever casuisticamente a Constituição em favor de determinado réu.

O Ministro-Relator foi bastante enfático ao dizer que a permissão para que o Senador Renan Calheiros ocupasse o posto de Chefe de Governo, numa eventual substituição do Presidente da República, seria verdadeiro “deboche institucional”, seria um “jeitinho brasileiro”, seria uma “meia sola constitucional”, com absoluto desprezo ao já decidido bem como à Constituição, uma vez que a Carta Republicana traduz deferência não à pessoa mas à Casa Legislativa²²⁴.

O Relator pontuou que, tratar diferentes as situações do Presidente da Câmara dos Deputados e do Senado Federal seria fomentar uma blindagem pessoal ao Senador Renan Calheiros, na sua óptica, inusitada e desmoralizante, e mais, desaguaria num custo alto para o Tribunal, notadamente porque a decisão do Ministro Teori Zavascki, em relação ao ex-Deputado Eduardo Cunha, havia sido cumprida antes mesmo do referendo do plenário.

Alfim, implica a desmoralização ímpar do Supremo. O princípio constitucional envolvido passa a ser um nada jurídico, a variar conforme o cidadão que esteja na cadeira, tendo surtido efeitos relativamente ao Presidente da Câmara, deputado Eduardo Cunha, como surtiu na dicção do ministro Teori Zavascki, cumprida antes do referendo, subscrita por todos os ministros que hoje integram o Supremo, mas não para o senador Renan Calheiros. A que custo será implementada essa blindagem pessoal, inusitada e desmoralizante, em termos de pronunciamento judicial?²²⁵

Asseverou, por fim, que a decisão monocraticamente tomada não caracterizaria nenhum tipo de afastamento indevido, mas sim, de observância restrita à Constituição, tendo em vista a interpretação já sedimentada e executada pelo Supremo Tribunal Federal. Por tais motivos, como não seria de causar estranheza, votou pelo referendo da medida acauteladora implementada.

O Ministro Edson Fachin, ao proceder à declaração de seu voto, dentre outros pontos, fez alusão ao fato de que o Supremo Tribunal Federal teria como limite a própria Constituição, de forma que não estaria acima dela e tampouco dela deveria se apartar, ou seja, na sua óptica, é dever do STF interpretar e julgar de acordo, necessariamente, com a Constituição, não podendo se colocar nem além nem aquém da mesma.

²²⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 402 Distrito Federal. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgado em 01-02-2017. Acórdão eletrônico. DJe-021, divulg. 06-02-2017, public. 06-02-2017, p. 11.

²²⁵ Ibid, p. 12.

Na ocasião, o Ministro Fachin reiterou o voto proferido no bojo da ADPF 402/DF entendendo ser incompatível com a Constituição o exercício de cargos previstos na linha de substituição da Presidência da República quando o ocupante ostentar a condição de réu em processo criminal. Por tal razão, o Presidente do Senado, por figurar como eventual substituto do Presidente da República não poderia, portanto, ocupar a Presidência da Casa, uma vez encontrando-se na condição de réu.

O Ministro Teori Zavascki, no instante da apresentação do seu voto, fez alusão ao fato de que a discussão versava sobre questão de elevada estatura institucional que, sem dúvida, era responsável por trazer delicadas consequências no plano da relação entre os poderes. Na ocasião, fez questão de pontuar que a manutenção de um cenário político e social com predominância de algum tipo de tensão institucional não era, definitivamente, o interesse da Suprema Corte Brasileira.

Segundo o Ministro Teori Zavascki, o seu entendimento seria bastante semelhante ao adotado pelo Ministro Marco Aurélio, no sentido de que o recebimento da denúncia pelo Supremo Tribunal Federal obstaría o acusado não apenas do exercício da Presidência da República mas também de qualquer cargo que o vinculasse de modo direto à linha de sucessão ou substituição da mesma.

Ocorre que, no caso concreto, pelo fato de o Presidente do Senado somente figurar no cenário processual quando a demanda já estava em pleno curso, em fase de julgamento e, considerando o fato de encontrar-se em fim de mandato na Presidência da Casa, não visualizava cabível a concessão da liminar pleiteada e, nesse ponto, deixava de referendá-la.

Finalizou seu voto entendendo que os requisitos para a concessão da medida liminar se faziam presentes apenas no que diz respeito ao eventual exercício da Presidência da República, pelo Presidente do Senado, contudo, o afastamento imediato da Presidência do Senado, como requerido, seria incabível. Nesse sentido, votou pelo referendo parcial da medida.

O Ministro Dias Toffoli, quando da prolação de seu voto, aduziu que o interesse juridicamente protegido, no caso concreto, seria a higidez da linha sucessória da Presidência da República. Ocorre que, na sua avaliação, não haveria nenhum risco iminente a tal higidez, tendo em vista não existir, num lapso temporal próximo, a ausência concomitante do Presidente da República e do Presidente da Câmara dos Deputados, elemento tal que ensejaria a convocação do Presidente do Senado para

a devida substituição, o que, a seu sentir, tornaria inócua a existência do mencionado perigo da demora e, portanto, incabível a concessão da liminar.

Para o Ministro Toffoli, a existência da ação penal em curso não necessariamente tornaria o acusado inapto à titularização dos cargos previstos no art. 80 da Constituição, notadamente porque, a seu sentir seria um passo muito largo em face do que realmente está previsto na Constituição Federal acerca desse assunto.

Nesse aspecto, o Ministro Toffoli ressaltou, ainda, a previsão constante do § 4º do art. 86 da Constituição, segundo a qual, a responsabilidade do titular da Presidência da República, durante o exercício do mandato, só ocorre em razão de atos praticados no exercício do cargo, não podendo ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções²²⁶.

Aduziu também, que conforme a Constituição, há vedação expressa para que o Presidente da República seja criminalmente responsabilizado por infrações penais cometidas antes do exercício do mandato, ou ainda, do mandato que não guarde correlação com as funções de Presidente da República. Dessa forma, não haveria incompatibilidade absoluta entre a existência de ação penal e o exercício da Presidência da República, mesmo porque, na sua avaliação, a pessoa sendo réu em ação penal por crime não relacionado à função, numa eventualidade de responder, antes da posse, poderia, sem qualquer dificuldade, titularizar a Presidência da República, sendo plenamente elegível para o cargo.

Para o Ministro Toffoli, a tentativa de transpor a previsão de afastamento do Presidente da República para pessoas que eventualmente titularizassem outros cargos, desprovida de previsão constitucional para tal, geraria complexidades jurídicas das mais elevadas, como o fizera o Relator ao entender que a mera condição de réu perante o STF já seria suficiente para determinar o afastamento do parlamentar, no caso concreto, do Presidente do Senado da Presidência da Casa Legislativa e, por consequência, da linha sucessória.

²²⁶ Art. 86. “Admitida a acusação contra o Presidente da República, por dois terços da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, ou perante o Senado Federal, nos crimes de responsabilidade.”

§ 4º “O Presidente da República, na vigência de seu mandato, não pode ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções.” [**Constituição** (1988)]. **Constituição** da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: 04 de julho de 2022. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.

Ressaltou o Ministro Toffoli que a ação penal parcialmente recebida pelo STF em desfavor do Senador Renan Calheiros, então Presidente do Senado, fazia alusão a fatos praticados antes mesmo do mandato de Presidente do Senado, fazendo-o questionar, inclusive, se eventuais afastamentos poderiam ocorrer em razão do recebimento da denúncia pelo STF em relação a quaisquer tipos de crimes.

O Ministro Toffoli desenvolveu ainda linha de raciocínio no sentido de que, se a Constituição determina que o afastamento do Presidente da República se dê apenas em virtude de ação penal acerca de atos praticados no exercício da função, como admitir a medida liminar concedida pelo Ministro Marco Aurélio no instante em que considerou a ação penal relativa a fatos pretéritos praticados no mandato anterior do Senador Renan Calheiros, na Presidência da Casa?

Para Toffoli isso seria especialmente delicado, notadamente porque a concessão da liminar traria hipótese de inelegibilidade para os cargos de Presidente das Casas, especialmente legislativas, isso porque teria o condão de estabelecer distinções indevidas entre os parlamentares e, mais do que isso, ingerência no âmbito do Poder Legislativo.

Acrescentou que o impedimento para que parlamentares que respondam à ação no âmbito do Supremo Tribunal Federal possa figurar na linha sucessória da Presidência da República seria, além de retirar prerrogativas de sua representatividade política criar parlamentares de classes distintas, ou seja, de graus diferenciados, o que a Constituição veda.

O Ministro Toffoli, seguiu nessa linha de raciocínio fazendo um questionamento de relevante interesse. Na ocasião, conjecturou hipótese de o Vice-Presidente da República responder à ação penal. Nessa circunstância, estaria o mesmo impossibilitado de assumir a Presidência da República? Caso assim estivesse, na linha defendida pela cautelar, deveria igualmente ser afastado do cargo?

Na verdade, segundo Toffoli, essa segunda hipótese faria com que o Vice-Presidente da República perdesse o seu mandato, notadamente porque, a função primordial do vice é a de substituir o Presidente da República, na hipótese de sua ausência.

Na avaliação do Ministro Dias Toffoli, obstar o Presidente do Senado de continuar à frente da Casa pelo fato de haver se tornado réu no âmbito do Supremo Tribunal Federal seria criar uma espécie de requisito para os ocupantes dos cargos de Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal e do Supremo Tribunal

Federal, sem haver qualquer previsão na Constituição Federal, na legislação ordinária e nem mesmo no Regimento das Casas.

Asseverou, Toffoli, que o fundado receio de reiteração delitiva ou mesmo de que o acusado estivesse a valer-se da condição de Presidente da Casa para impedir a regular tramitação de ação penal não restou demonstrado no caso concreto, de forma a não existir razão para o afastamento do Presidente do Senado da sua função.

Acrescentou que é preciso manter o equilíbrio na atuação do Supremo Tribunal Federal sem afrontar o limite da separação dos poderes, a seu sentir, pedra de toque do sistema constitucional.

Por fim, o Ministro Toffoli entendeu que aqueles que figurem como réus em processo criminal no âmbito do Supremo Tribunal Federal podem ocupar o cargo integrante da linha sucessória ou de substituição do Presidente da República, contudo não podem substituir o titular desse cargo nas hipóteses previstas no artigo 80 da Constituição.

A Ministra Rosa Weber, por sua vez, votou no sentido de referendar a medida liminar nos moldes tais que foram deferidos pelo Relator, entendendo que, para se assumir ou permanecer em cargo na linha sucessória da Presidência da República ou mesmo de substituição do Presidente da República, seria necessário que o seu ocupante estivesse apto a exercer, a qualquer momento, a Presidência de seu país, caso se fizesse necessário.

Em outros termos, segundo a Ministra Rosa Weber, o sujeito que ostente a condição de réu, no âmbito do Supremo Tribunal Federal não pode ocupar a linha sucessória da Presidência da República bem como não pode ocupar a presidência de uma das casas que possa projetá-lo ao cargo de Presidente da República.

O Ministro Luiz Fux, rememorando ao voto proferido por força do julgamento da ADPF 402, entendeu que o substituto do Presidente da República deveria sofrer as mesmas interdições do substituído. Na ocasião acrescentou que cada um tem a sua óptica de análise, evidente que, sobre os fatos que lhe são apresentados.

O Ministro Fux ponderou que o risco ao resultado útil do processo ou mesmo o perigo de dano não subsistiriam para o caso concretamente enfrentado uma vez que o próprio Supremo Tribunal Federal, por seis votos a zero, já havia afastado a possibilidade de o Presidente do Senado figurar na cadeia de substitutos da Presidência da República. Assim, a tese de perigo da demora não se imporá.

No que concerne ao *fumus boni iuris*, o Ministro Fux entendeu não haver previsão constitucional para o afastamento e, permiti-lo seria o mesmo que construir por analogia uma linha de raciocínio que não pode assim ser construída, por uma razão muito simples, por faltar-lhe previsão constitucional.

Na verdade, para o Ministro Fux, o caso seria revelador de um *periculum in mora* invertido, isso porque, diante da inexistência de previsão constitucional de afastamento e, considerando uma agenda política que pede socorro e deliberação imediata, seria inegável encarar os fatos como uma verdadeira anomalia institucional, notadamente porque o Judiciário não poderia interferir, nem mesmo minimamente, na agenda do Parlamento, na perspectiva de um Estado Democrático de Direito.

Avaliou, por fim, o Ministro Luiz Fux que o Supremo não estava agindo nem com temor nem mesmo com receio, estava assim agindo com a responsabilidade política que impõe a Constituição, por tais razões acompanhou a divergência aberta pelo Ministro Celso de Mello, deixando de referendar a medida cautelar no aspecto relativo ao afastamento do Presidente do Senado Federal da Presidência da Casa.

O Ministro Ricardo Lewandowski, ao proferir seu voto, fez alusão ao fato de que seria perfeitamente cabível a concessão de uma medida liminar no âmbito de uma ADPF, consoante previsão constitucional. Segundo o mesmo, traduz-se num juízo privativo do Relator, sendo especialmente pautada pela mais ampla discricionariedade do seu julgador que, ao proferi-la, leva em consideração a sua consciência, dentro de um parâmetro mínimo de observância à ciência jurídica.

Ao enfrentar as questões relativas ao perigo da demora e à fumaça do bom direito, o Ministro Lewandowski, entendeu que ambos não subsistiriam no caso concreto, notadamente porque essa situação seria diferente daquela que afastou o Presidente da Câmara dos Deputados, por variados fatores.

Acrescentou, ainda, referenciando o Ministro Luiz Fux, que o STF, em verdade, estava diante de um perigo da demora invertido, especialmente porque, nem a ADPF402/DF e tampouco a ação penal em desfavor do Presidente do Senado havia chegado a um desfecho conclusivo.

Considerou, também, o fato de o Presidente do Senado encontrar-se na iminência de concluir o seu mandato, faltando pouco mais de dois meses para tal, não fazendo sentido determinar o seu afastamento.

Acrescentou, por fim, que o seu voto era no sentido de referendar a liminar em menor extensão, de forma a apenas impedir a substituição do Presidente da República

por pessoa que responda a processo criminal perante o Supremo Tribunal Federal e não necessariamente pelo afastamento do Presidente do Senado Federal do cargo ocupado, como requerido pelo Partido Rede Sustentabilidade.

O Ministro Celso de Mello, ao proferir seu voto, procedeu a um esclarecimento sobre o julgamento da sessão plenária de 3/11/2016. Consoante voto proferido naquela assentada, ficariam impossibilitados de exercer o ofício de Presidente da República aqueles que ostentassem a posição de réus criminais perante o Supremo Tribunal Federal, entretanto, o fato de não ser possível ocupar a Presidência da República não os retiraria da titularidade funcional dos cargos ocupados nas respectivas casas legislativas.

Para o Ministro Celso de Mello, considerando o alcance do significado do princípio da separação de poderes, estes, embora independentes, devem ser harmônicos entre si, ou seja, nessa relação pressupõe-se um convívio de respeito recíproco, de forma que, no seu modo de ver, a harmonia entre os poderes deve ser algo permanentemente preservada e não só isso, também cultivada, traduzindo-se como uma obrigação constitucional que a todos os atores se impõe observar.

Seguiu aduzindo que, quando o Judiciário interferir para conter excessos do poder e garantir as chamadas franquias constitucionais, caso o faça respeitando a Constituição, não estaria a transgredir o princípio da separação de poderes e tampouco afrontar os postulados constantes da carta republicana. Ainda no tocante ao princípio da separação dos poderes, o Ministro Celso de Mello fez duras críticas ao desrespeito à decisão judicial chamando-o de comportamento marginal. Salientou, ainda, que desrespeitar comandos sentenciais é verdadeiramente desrespeitar a separação de poderes, já que esse comportamento inaceitável, a seu sentir, representaria inequívoco desprezo pela supremacia da lei do país.

Após o aprofundamento de seu voto, o Ministro Celso de Mello, abriu divergência no intuito de pontuar que era sim favorável à impossibilidade de ocupação do cargo de Presidente da República por sujeito que figure na condição de réu, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, ou seja, aquele que ocupasse cargo na linha sucessória da Presidência da República, estaria, portanto, impedido de fazê-lo.

Assim, na sua avaliação, nada poderia justificar que meros substitutos eventuais do Presidente da República ocupassem a função do Chefe do Executivo quando a Constituição simplesmente nega essa possibilidade ao próprio titular do mandato presidencial.

A linha de raciocínio exarada pelo Ministro Celso de Mello é bastante diferente daquela apresentada pelo Ministro Dias Toffoli e, o mais curioso disso tudo é que cada ministro se vale dos mais diversificados argumentos para justificar o voto que acaba redundando num destino por vezes similar mas por caminhos distintos.

Por tudo quanto dito pelo Ministro Celso de Mello, o mesmo manteve-se fiel ao voto anteriormente prolatado por força do julgamento de 3/11/2016, referendando a liminar apenas em parte, no sentido de impedir que réus no Supremo Tribunal Federal ocupem a Presidência da República, negando referendo ao afastamento do Presidente do Senado Federal, o Senador Renan Calheiros, entendendo ainda que seria a hipótese de um perigo da demora invertido.

A Ministra Cármen Lúcia, à época Presidente do Supremo Tribunal Federal, apresentou o seu voto chamando atenção para o momento em que vivia o país e para necessidade de respeito à Constituição Brasileira. Pontuou que o Poder Judiciário, em especial o Supremo Tribunal Federal, sempre pautou-se pelo aspecto da independência bem como da harmonia entre os poderes.

Na ocasião a ministra mencionou a necessidade de observância às decisões judiciais esclarecendo que a ordem judicial pode perfeitamente ser discutida mas por meio dos instrumentos cabíveis, quais sejam, os recursos. Entretanto, a seu sentir, jamais deve ser descumprida pois desrespeitar uma ordem judicial seria o mesmo que dar as costas ao órgão de cúpula do Poder Judiciário.

Quanto ao referendo da liminar, a ministra Cármen Lúcia entendeu que o sujeito que ostente a condição de réu em processo criminal no âmbito do Supremo Tribunal Federal não poderia ocupar o ofício de Presidente da República, deixando de acompanhar o relator no sentido de determinar o imediato afastamento do Senador Renan Calheiros do posto de Presidente do Senado.

Feitas as considerações a respeito dos motivos que levaram os ministros do STF a julgarem de uma maneira ou de outra, não se pode ignorar que, muito embora já houvesse precedente no sentido de ser determinado o afastamento de um parlamentar da presidência da casa da qual fazia parte bem como do mandato outorgado pelo povo, tal decisão se dera num contexto em que o Relator teve sua decisão referendada pelo pleno do Supremo Tribunal Federal.

Ocorre que o caso aqui analisado foi decidido monocraticamente e em caráter liminar pelo seu Relator, sem haver a confirmação pelo plenário da Corte Suprema. Assim, a despeito de haver previsão legal nesse sentido, ou seja, apesar de

perfeitamente possível, a decisão coroou mais um episódio de mal-estar institucional, ou melhor dizendo, de crise propriamente e mais do que isso demonstrou uma espécie de recuo da Suprema Corte diante da elite política brasileira.

Sem qualquer dúvida o descumprimento da decisão judicial emanada pelo Relator, tanto por parte do Senador Renan Calheiros quanto pela Mesa Diretora do Senado, foi representativo de uma afronta à autoridade do STF e as consequências advindas dessa decisão demonstraram que talvez o Poder Judiciário não goze do protagonismo que todos acreditam existir. Eis uma constatação que precisa ser considerada.

Assim, diversos questionamentos se impõem: esse recuo de entendimento do STF não seria uma demonstração de fraqueza da Corte? O que justificaria a utilização de dois pesos e duas medidas, como dito pelo Ministro Marco Aurélio, no que se refere ao tratamento dado ao ex-Presidente da Câmara dos Deputados Eduardo Cunha e o, à época, Presidente do Senado Renan Calheiros? A composição do pleno do STF não era a mesma de outrora? O descumprimento acintoso da decisão judicial passou ao largo do STF sem maiores consequências? A liminar acolhida pelo Ministro Teori Zavascki seria mais importante do que a liminar não acolhida do Ministro Marco Aurélio? Seria o Senador Renan Calheiros mais importante e menos vulnerável do que o ex-Deputado Eduardo Cunha? Será que o Ministro Marco Aurélio foi incapaz de imaginar as consequências de sua decisão?²²⁷

Não se pode ignorar que, segundo a Teoria dos Sistemas, no centro do sistema político encontra-se o Estado e na periferia as organizações políticas. Enquanto o Estado funciona como elemento de diferenciação, as organizações políticas são responsáveis pelo encaminhamento das decisões políticas que por sua vez são tomadas pelo centro do sistema. Trata-se de uma assimétrica complexidade, imprescindível para a manutenção do sistema²²⁸.

Como dito em linhas pretéritas, ao poder político é dada a possibilidade de não decidir, o que para o sistema jurídico é vedado, de forma que uma das consequências da regra de vedação ao *non liquet* (os tribunais devem decidir sobre qualquer caso

²²⁷ CAVALCANTE FILHO, João Trindade. O dia em que um Ministro do Supremo Tribunal Federal afastou um Presidente de Poder. *In*: TORON, Alberio Zacharias *et al.* **Decisões controversas do STF: Direito constitucional em casos**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 143.

²²⁸ TEIXEIRA, João Paulo Allain. Direito e política na teoria dos sistemas. *In*: SILVA, Artur Stamford da; SANTOS, Gustavo Ferreira. (Org.) *Sociedade, Direito e Decisão em Niklas Luhmann: Congresso Internacional em Homenagem a Cláudio Souto*. Recife: Editora Universitária UFPE, 2009. p. 322.

que se apresente²²⁹) é o aumento da carga decisória dirigida ao Judiciário diante dessa omissão do poder político o que faz gerar um excesso de discricionariedade ao magistrado que, ao não observar o seu entorno e os limites de sua atividade, assume contorno de um juiz excessivamente político, causando além de um risco à atividade judicial, uma verdadeira desnaturação do sistema, ou seja, uma desdiferenciação que termina por ser comprometedor para o próprio sistema da sociedade.

Na verdade, não se pode fechar os olhos ao fato de que o Supremo Tribunal Federal inevitavelmente saiu fragilizado diante do contexto da concessão de uma liminar em que um ministro monocraticamente decidiu afastar um presidente de um outro poder de sua função.

5.4 Análise da Medida Cautelar em Mandado de Segurança nº 34.609/DF – impugnação à investidura de Wellington Moreira Franco no cargo de Ministro de Estado

A impetração de Mandado de Segurança Coletivo através da agremiação partidária Rede Sustentabilidade – Diretório Nacional contra decreto presidencial cujo ato de nomeação alçou Wellington Moreira Franco ao cargo de Ministro de Estado Chefe da Secretaria-Geral da Presidência da República é representativo de mais um episódio em que a relação entre os poderes foi posta à prova.

Segundo o impetrante, o ato de nomeação seria desprovido de validade, tendo em vista ser pautado por desvio de finalidade, isso porque buscou outorgar prerrogativa de foro ao litisconsorte passivo necessário (Wellington Moreira Franco), objetivando impedir o regular andamento das investigações no âmbito da Operação Lava Jato e, assim, obstar a prisão e os trâmites regulares perante o juízo natural, comprometendo, dessa maneira, a celeridade do julgamento.

Aduziu, ainda, o impetrante que seriam desnecessárias provas subjetivas outras para confirmar o quanto pontuado acima, notadamente porque o ministério para o qual o litisconsorte passivo necessário fora nomeado, foi criado quatro dias após a homologação de delações premiadas no caso Odebrecht, sendo clarividente que o intuito revelado era exatamente o de obstruir a justiça.

²²⁹ LUHMANN, Niklas. **Sistemas Sociais**: esboço de uma teoria geral. Tradução: Antonio C. Luz Costa, Roberto Dutra Torres Junior, Marco Antonio dos Santos Casanova. Petrópolis, RJ: Vozes. (Coleção de Sociologia). p. 414.

Acrescentou que a permanência do nomeado no cargo de Ministro de Estado, inevitavelmente implicaria a mudança na competência penal, transferindo-a do órgão judiciário de piso para o Supremo Tribunal Federal, o que impactaria na sequência das investigações, bem como na apreciação do pedido de prisão contra ele formulado, o que ensejaria visível fraude à constituição.

O Relator, Ministro Celso de Mello, por sua vez, sustentando razões de prudência, determinou a ouvida do impetrado, o Presidente da República, Michel Temer, autoridade apontada como coatora, a fim de que apresentasse manifestação, especialmente em relação à medida liminar pleiteada, bem assim sobre a questão relativa à legitimidade ativa de partidos políticos para ajuizamento de Mandado de Segurança Coletivo relativo à tema de proteção jurisdicional a direitos ou interesses metaindividuais.

O Presidente da República, por sua vez, manifestou-se, preliminarmente pelo não conhecimento da ação mandamental e ato contínuo pela denegação da segurança pleiteada sustentando plena validade do decreto de nomeação questionado. A esse respeito, veja-se trecho dos argumentos defensivos apresentados pelo impetrado.

a) O art. 88 da Constituição Federal estabelece o poder de criar e extinguir Ministérios e órgãos ministeriais e a MPv 768/2017 não procedeu à simples criação da Secretaria-Geral, mas também promoveu verdadeira recomposição da divisão de competências, além da organização de órgãos e unidades administrativas existentes no núcleo estratégico do Poder Executivo Federal sempre tendo em vista relevantes razões de interesse público.

b) A existência de qualquer vício no ato administrativo não passa de mera elucubração. Não há qualquer investigação em curso contra o Ministro e, conforme a jurisprudência desse Supremo Tribunal, o impedimento do acesso a cargos públicos antes do trânsito em julgado de sentença condenatória viola o princípio da presunção de inocência (art. 5º, inciso LVII, da Lei Maior).

c) O presente caso difere daquele indicado pelo impetrante como paradigma, qual seja o Mandado de Segurança nº 34.070, hipótese em que tratou da suspensão da nomeação do Sr. Luiz Inácio Lula da Silva para o cargo de Ministro Chefe da Casa Civil.

d) O nomeado para a Secretaria-Geral da Presidência da República possui atributos notoriamente reconhecidos quanto à coordenação e articulação política para o exercício do cargo. O Ministro, inclusive, já vinha exercendo, dentro do Poder Executivo Federal, importante cargo que cumulava uma parte das atribuições que agora são de competência da nova pasta.

e) O deferimento da medida liminar poderia ensejar o 'periculum in mora' inverso, constituindo empecilho ao regular prosseguimento das atividades da Secretaria-Geral da Presidência da República, acarretando grave lesão à ordem pública administrativa, além de violar frontalmente o princípio da

separação dos poderes, invadindo drasticamente a esfera de competência do Poder Executivo.”²³⁰

Segundo o Relator, toda questão repousa sobre a necessidade de verificar se o ato de nomeação para o cargo de Ministro de Estado representaria ou não obstrução à investigação criminal, considerando-se o fato de o Ministro de Estado ostentar prerrogativa de foro perante à Suprema Corte.

Para o Relator, os requisitos autorizadores da concessão da medida liminar não se acharam suficientemente demonstrados, especialmente, no que diz respeito à fumaça do bom direito.

Outro ponto bastante delicado e, por sua feita, enfrentado pelo Relator, repousou sobre a questão da legitimidade ativa “*ad causam*” de partidos políticos para o ajuizamento de Mandado de Segurança Coletivo relativo à proteção jurisdicional a direito ou interesses metaindividuais.

Na sua concepção, muito embora as agremiações partidárias sejam consideradas essenciais ao Estado democrático de Direito, no caso do mandado de segurança coletivo, diversos são os precedentes colegiados firmados pela Suprema Corte no sentido de não haver legitimidade ativa para este tipo de ação aos partidos políticos, isto porque, ao insurgir-se contra o decreto presidencial ora questionado, o partido político postulara, em nome próprio, a tutela jurisdicional de direitos difusos, o que faria desvirtuar a finalidade jurídica do remédio constitucional²³¹.

Ao enfrentar a questão propriamente dita, ou seja, a configuração ou não do desvio de finalidade mencionado, o Ministro Relator asseverou que, pelo fato de o ato administrativo gozar de presunção de veracidade e legitimidade, meras alegações ou juízos conjecturais não teriam aptidão para, por si só, configurar potencial ilegalidade, especialmente porque a ordem manejada pressupõe uma natureza essencialmente documental, impondo assim, ao impetrante a apresentação de provas pré-constituídas, aptas a evidenciar, em caráter incontestável, o direito invocado.

No que diz respeito à alegação de que a nomeação para o cargo de Ministro de Estado, por parte do Presidente da República, ensejaria o impedimento ao regular andamento das investigações da Lava Jato, obstaculização da prisão do litisconsórcio passivo necessário (Wellington Moreira Franco), risco à celeridade do julgamento bem

²³⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança n. 34609. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 14-02-2017. Acórdão eletrônico. DJe-031, divulg. 14-02-2017, public. 16-02-2017, p. 03.

²³¹ Ibid, p. 08.

assim obstrução da justiça com a indevida intervenção no âmbito da atividade jurisdicional, o Relator entendeu que a mera nomeação de determinada pessoa para o cargo de Ministro de Estado, uma vez preenchidos os requisitos exigidos pela Constituição, não configura por si só o alegado desvio de finalidade que, na sua concepção jamais se presume, tendo em vista que a prerrogativa de foro não caracteriza nenhum tipo de obstrução à justiça e tampouco comprometimento de atos inerentes à persecução penal, mesmo porque o fato de possuir a seu favor a citada prerrogativa não atribui ao detentor qualquer privilégio de natureza pessoal.

A decisão exarada pelo Ministro Celso de Mello considerou que:

(a) a nomeação de alguém para o cargo de Ministro de Estado, desde que preenchidos os requisitos previstos no art. 87 da Constituição da República, não configura, por si só, hipótese de desvio de finalidade (que jamais se presume), eis que a prerrogativa de foro – que traduz consequência natural e necessária decorrente da investidura no cargo de Ministro de Estado (CF, art. 102, I, “c”) – não importa em obstrução e, muito menos, em paralisação dos atos de investigação criminal ou de persecução penal;

(b) a mera outorga da condição político-jurídica de Ministro de Estado não estabelece qualquer círculo de imunidade em torno desse qualificado agente auxiliar do Presidente da República, pois, mesmo investido em mencionado cargo, o Ministro de Estado, ainda que dispondo da prerrogativa de foro “*ratione muneris*”, nas infrações penais comuns, perante o Supremo Tribunal Federal, não receberá qualquer espécie de tratamento preferencial ou seletivo, uma vez que a prerrogativa de foro não confere qualquer privilégio de ordem pessoal a quem dela seja titular;

(c) o Ministro de Estado, quando sujeito a atos de persecução penal perante o Supremo Tribunal Federal – que se qualifica, constitucionalmente, como seu inafastável juiz natural –, está sujeito, como qualquer outro cidadão da República, às mesmas medidas de restrição e de coerção, inclusive decretação de prisão preventiva e suspensão cautelar do exercício do cargo ministerial (v. item n. 7 desta decisão), que incidem, por força de lei, sobre as pessoas em geral;

(d) a exigência de prévia autorização da Câmara dos Deputados, como requisito constitucional de procedibilidade (CF, art. 51, I), não se aplica às hipóteses de infrações penais comuns (QCr 427/DF, Rel. Min. MOREIRA ALVES) ou de crimes de responsabilidade (Pet 1.656/DF, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA), desde que não guardem conexão com crimes da mesma natureza eventualmente cometidos pelo Presidente da República;

(e) o Ministro de Estado pode ser submetido, perante o Supremo Tribunal Federal, a investigação criminal instaurada pela Polícia Judiciária ou pelo Ministério Público (Inq 2.411- -QO/MT, Rel. Min. GILMAR MENDES), independentemente da prévia autorização da Câmara dos Deputados a que se refere o art. 51, I, da Constituição da República.²³²

²³² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança n. 34609. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 14-02-2017. Acórdão eletrônico. DJe-031, divulg. 14-02-2017, public. 16-02-2017, p. 23 - 24.

Considerando os argumentos apresentados pelo Ministro-Relator, a conclusão do caso apresentado materializou-se na negativa e, portanto, indeferimento do pedido de medida liminar formulado.

Ocorre que, esse caso, quando comparado aos Mandados de Segurança Coletivos formulados pelo PPS e pelo PSDB (34070 e 34071), respectivamente, gera profunda incerteza em relação à segurança jurídica que se espera de uma decisão judicial, notadamente porque, a despeito da semelhança dos casos, o desfecho de cada um se impôs de modo totalmente distinto.

Explique-se. No caso do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, aquele foi impedido de tomar posse na condição de Ministro Chefe da Casa Civil, no governo da então Presidente da República Dilma Rousseff, por suposto desvio de finalidade, em decisão monocrática exarada pelo Ministro-Relator, Gilmar Mendes. No presente caso, o Senhor Wellington Moreira Franco não enfrentou qualquer objeção por parte do Supremo Tribunal Federal em relação ao ato de nomeação e exercício do cargo de Ministro Chefe da Secretaria-Geral da Presidência da República, em contextos, insista-se, dramaticamente semelhantes.

A questão que se coloca é a seguinte: os julgamentos acima mencionados foram pautados verdadeiramente pelo enfrentamento de fatos juridicamente relevantes e não só, de fatos juridicamente válidos ou os julgamentos simplesmente consideram pessoas e não fatos?

E mais: é possível pensar em harmonia entre os poderes quando circunstâncias semelhantes são decididas de formas diferentes a depender dos sujeitos ou interesses postos em discussão?

A discussão não é simplória a ponto de refletir em um ou outro caso, isolado, mas, verdadeiramente na essência do princípio da isonomia, bem assim, no efetivo respeito ao princípio da separação de poderes.

Nesse contexto, muito embora as ditas “irritações” sejam absolutamente necessárias ao aumento e redução de complexificação das relações, o que exige a seletividade de possibilidades, cabe ao direito, portanto, a redução de complexidade para alcançar a congruência das expectativas, contudo quando trata de modo distinto casos aparentemente idênticos não contribui para a citada estabilização de expectativas, mais ainda colabora para a intensificação da crise.

5.5 Análise do Ag. Reg. no terceiro Ag. Reg. na Ação Cautelar 4.327 DF – Caso Aécio Neves.

A higidez da relação entre o sistema político e o sistema jurídico foi mais uma vez posta à prova quando o Supremo Tribunal Federal, no âmbito da Ação Cautelar 4.327 DF, promovida pela Procuradoria-Geral da República, decidiu, em 29 de setembro de 2017, por aplicar uma série de medidas cautelares em desfavor do Senador Aécio Neves, dentre as quais consignou-se: a suspensão do exercício das funções parlamentares ou de qualquer outra função pública; a proibição de contatar qualquer outro investigado ou réu no contexto dos feitos em apreciação; proibição de o Senador ausentar-se do país, devendo proceder à entrega de seus passaportes e, por fim, recolhimento domiciliar no período noturno²³³.

Considerando o fato de que o implicado, o Senador Aécio Neves, era possuidor de notório prestígio político, as medidas cautelares impostas se tornariam ainda mais delicadas de se impor, notadamente porque já havia entendimento sedimentado no âmbito da Suprema Corte no sentido de que a aplicação de medidas cautelares dessa natureza não necessariamente careceria de autorização da Casa Legislativa respectiva, o que tornaria automáticas as restrições, fazendo aumentar drasticamente a tensão.

Ocorre que o Senado Federal não estava disposto a endossar a decisão da Suprema Corte, tanto que resolveu agendar sessão para debater a questão em 3 de outubro de 2017. O Supremo Tribunal Federal, por sua vez, apressou-se em definir data para pautar o julgamento na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5526, em trâmite desde maio de 2016, cuja natureza discutia abstratamente o tema.

O clima ficou ainda mais tenso e a relação entre os poderes mais comprometida, o que motivou uma reunião entre os, à época, Presidente do Senado Eunício Oliveira e a Presidente do Supremo Tribunal Federal Ministra Cármen Lúcia, tendo havido alinhamento no sentido de que o Supremo apressaria o julgamento da ADI mencionada e o Senado aguardaria o desfecho de tal julgamento, adiando, portanto, a discussão sobre as medidas impostas ao Senador Aécio Neves²³⁴.

²³³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Cautelar n. 4.327. Agravo regimental. Relator: Ministro Marco Aurélio, Relator p/ Acórdão: Ministro Roberto Barroso. Primeira Turma. Julgado em 26-09-2017. DJe-247, divulg. 26-10-2017, public. 27-10-2017.

²³⁴ Interessantes colocações feitas por LUNARDI, Fabrício Castagna. **O STF na política e a política no STF**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 59-60.

Nesse momento importa analisar, cuidadosamente, os argumentos utilizados pelo Relator e pelos demais ministros que compunham a Primeira Turma, quando do enfrentamento da questão.

Segundo relatório apresentado pelo Ministro Marco Aurélio Mello, o mesmo resolveu por reconsiderar o ato que havia resultado na imposição ao Senador Aécio Neves de medidas cautelares distintas da custódia, de maneira a afastar as restrições outrora implementadas.

O Procurador-Geral da República, por sua vez, pleiteou pela reconsideração da decisão do Ministro-Relator, ocasião em que, intentou pelo decreto da prisão preventiva do Senador ou alternativamente pelo afastamento do mandato e de qualquer função pública, utilização de dispositivo de monitoramento eletrônico, proibição de estabelecimento de contato com o investigado ou réu em processo relativo à Lava Jato ou ainda processos desmembrados, proibição de entrada em quaisquer repartições públicas, especialmente o Congresso Nacional, exceto na hipótese de figurar como usuário de serviço certo e determinado e desde que previamente comunicado ao Supremo Tribunal Federal e proibição de ausentar-se do país, entregando os seus passaportes²³⁵.

O PGR se insurgiu ainda ao fato de o Relator haver reformado decisão do Ministro Luiz Edson Fachin, tendo, na sua avaliação, substituído-se à Turma Julgadora e promovido verdadeira violação aos princípios da colegialidade e do duplo grau de jurisdição, prejudicando, dessa maneira, a segurança jurídica e a credibilidade do Poder Judiciário.

Para o PGR, a situação que envolvia o Senador Aécio Neves era típica de flagrante impróprio, no que diz respeito ao crime de corrupção passiva e, flagrante próprio, no que alude aos delitos de constituição de grupo criminoso e embaraço à investigação de organização criminosa. Ainda nessa linha, o PGR aduziu que a constrição da liberdade seria indispensável para garantia da ordem pública e da instrução criminal, notadamente por conta da condição de flagrância do envolvido e da gravidade da conduta que tornaria, portanto, inafiançável o crime. Asseverou que a imunidade parlamentar não se traduziria em prerrogativa absoluta capaz de afastar a prisão, uma vez que semelhante situação já havia desaguado na concessão de

²³⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Cautelar n. 4.327. Agravo regimental. Relator: Ministro Marco Aurélio, Relator p/ Acórdão: Ministro Roberto Barroso. Primeira Turma. Julgado em 26-09-2017. DJe-247, divulg. 26-10-2017, public. 27-10-2017.

cautelares outras, a exemplo as de número 4039 (Caso Delcídio do Amaral) e 4070 (Caso Eduardo Cunha).

Acrescentou o PGR que o afastamento provisório do mandato parlamentar encontra guarida no Código de Processo Penal, de forma que a conduta perpetrada caracterizaria grave desvio de finalidade do exercício do mandato bem como uma atuação voltada a obstruir e mesmo impedir os avanços da operação Lava jato. Por fim, o PGR enfatizou o cabimento da constrição da liberdade, notadamente pelo risco de reiteração delitiva, salientando o descumprimento da decisão judicial por parte do implicado no que diz respeito ao afastamento do mandato, tendo em vista que o mesmo realizara reunião com outros parlamentares em 30/05/2017, mesmo após tal restrição, o que demonstraria a incapacidade ou mesmo insuficiência da medida²³⁶.

Em sua defesa, o Senador Aécio Neves asseverou que a reconsideração da decisão pelo Relator seria própria do juiz natural, notadamente por ter havido redistribuição do processo. Argumentou que a pretensão do Procurador-Geral da República além de equivocada, se imporia autoritária, uma vez que estaria intentando uma espécie de “exegese corretiva” da Constituição, notadamente do artigo 53 § 2º. Aduziu que os delitos imputados não seriam crimes inafiançáveis. Mencionou, ainda, o não cabimento da prisão em flagrante tendo em vista que a conduta se perfizera há mais de 5 meses. Na ocasião argumentou que a situação era totalmente diversa daquela enfrentada na Ação Cautelar nº 4.070, salientando, inclusive, inexistir ato colegiado de recebimento da denúncia.

Segundo o Senador Aécio Neves, o fato de ter tecido críticas às operações policiais não seria suficiente para caracterizar uma conduta típica. Assinalou que a decisão judicial outrora adotada pelo Ministro Edson Fachin não o proibira de manter contato com colegas de partido e tampouco de manter conversas sobre política, dizendo absolutamente respeitada a cautelar de afastamento do cargo. Por fim pontuou que as medidas diversas da prisão intentadas pelo PGR seriam absolutamente desnecessárias.

Quanto da prolação de seu voto o Ministro Marco Aurélio Mello, então Relator, aduziu que o caso concreto era portador de importância singular, notadamente por envolver, na perspectiva da atuação parlamentar, a separação, a independência e a

²³⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Cautelar n. 4.327. Agravo regimental. Relator: Ministro Marco Aurélio, Relator p/ Acórdão: Ministro Roberto Barroso. Primeira Turma. Julgado em 26-09-2017. DJe-247, divulg. 26-10-2017, public. 27-10-2017.

harmonia dos poderes presentes na Constituição da República Federativa do Brasil. Acrescentou a necessidade de se traduzir com fidedignidade os ditames constitucionais e legais vigentes, por parte do STF, notadamente no campo processual penal e diante de acontecimentos de repercussão social inédita, especialmente por ser, na visão do Relator, a última trincheira da cidadania:

No campo processual penal, o Supremo tem sido chamado a pronunciar-se sobre acontecimentos de repercussão social inédita e não deve furtar-se a fazê-lo, enquanto última trincheira da cidadania.

A intervenção deve atender a balizas, a critérios objetivos versados no Texto Maior. Em quadra de abandono a princípios, de perda de parâmetros, de inversão de valores, de escândalos de toda ordem, cumpre ser fiel aos ditames constitucionais e legais, sob pena de imperar o descontrole institucional, com risco para a própria democracia²³⁷.

Segundo o Relator a imunidade em si não é responsável por inviabilizar a persecução penal e tampouco poderia impedir a prisão, entretanto é responsável por estabelecer limites rígidos que devem ser observados no intuito de se preservar a atividade parlamentar. Essas garantias seriam, na sua avaliação, responsáveis, inclusive, por conceder maior eficácia ao princípio da separação e harmonia entre os poderes. Em sua concepção, o princípio da separação de poderes impede, em absoluto, a limitação de um poder da república por outro, notadamente por serem independentes e harmônicos entre si.

O princípio da separação dos poderes encerra a impossibilidade absoluta de limitação de um Poder da República por outro, no que independentes e harmônicos entre si. A independência dos membros do Legislativo decorre da diplomação e está vinculada à permanência no cargo, para desempenho das respectivas atribuições.

As medidas acauteladoras próprias ao processo crime, quase sempre individuais, por natureza precárias e efêmeras, vale dizer, formalizadas a partir de exame superficial, envolvendo parlamentar, não de ser raras e harmônicas com o sistema constitucional.

Mostra-se insuficiente articular com as normas editadas pelo legislador ordinário, em metodologia alheia às balizas constitucionais. A liminar de afastamento é, de regra, incabível, sobretudo se considerado o fato de o desempenho parlamentar estar vinculado a mandato que se exaure no tempo. Em síntese, o afastamento do exercício do mandato implica esvaziamento irreparável e irreversível da representação democrática conferida pelo voto popular. Como, então, implementá-lo, em ato individual, sequer de Colegiado, no início de investigação voltada a apurar possível prática a consubstanciar tipo penal? O afastamento precoce – e não ocorre o fenômeno sequer ante título judicial condenatório precluso na via da recorribilidade, porquanto a Constituição Federal pressupõe declaração da Mesa da Casa Legislativa (artigo 53, § 3º) – não é compatível com os parâmetros constitucionais que a todos, indistintamente, submetem, inclusive os integrantes do Supremo, guarda maior da Constituição Federal. Implica o empréstimo de pouca importância ao Senado da República, como se os

²³⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Cautelar n. 4.327. Agravo regimental. Relator: Ministro Marco Aurélio, Relator p/ Acórdão: Ministro Roberto Barroso. Primeira Turma. Julgado em 26-09-2017. DJe-247, divulg. 26-10-2017, public. 27-10-2017, p. 983-984.

integrantes não fossem agentes políticos de estatura ímpar, que têm incolumidade resguardada por preceitos maiores²³⁸.

Ainda de acordo com o voto do Ministro Marco Aurélio Mello, os delitos, em tese praticados pelo Senador Aécio Neves, não se enquadrariam nos crimes tidos por inafiançáveis bem como inexistiria a condição de flagrância, uma vez não ter sido o Senador surpreendido cometendo crime. Acrescentou que, mesmo na hipótese de prisão em flagrante, por maioria de votos do Senado Federal, o decreto de prisão poderia ser afastado.

Aduziu o relator, no que tange à suspensão do mandato eletivo pleiteada pelo Procurador-Geral da República que essa seria uma medida de cassação temporária branca que, por sua vez, sequer teria previsão como cautelar substitutiva da prisão. Para o Ministro Marco Aurélio, o afastamento do mandato autorizado pelo Ministro Luiz Edson Fachin, em verdade, se operara como uma espécie de sanção prévia, colocando-se o Supremo como substituto do Senado federal. Para o Relator, o processo, por si só, não era revelador de quadro que autorizasse a imposição de medida acauteladora e tampouco do afastamento da sua função parlamentar.

Quanto ao argumento do Procurador-Geral da República de que o Senador Aécio Neves se articulava politicamente para substituir o Ministro da Justiça, em seu cargo, é interessante colacionar trecho do entendimento do ministro a esse respeito, notadamente quando aduz que articulação dessa natureza seria algo inerente ao presidencialismo de coalização cuja conduta não poderia ser criminalizada. Veja-se a respeito:

A articulação política relativamente à ocupação de cargo de Ministro de Estado é inerente ao presidencialismo de coalização e não pode ser criminalizada, sob pena de ofensa à imunidade material dos parlamentares. Críticas à atuação do Ministro da Justiça são normais, esperadas e, até mesmo, decorrentes do exercício legítimo da função do Legislativo, não revelando perigo concreto de influência nas atividades do Presidente da República ou de embaralhamento de investigações em curso, isso quanto a controle da Polícia Federal, por sinal do Estado, e não deste ou daquele Governo.²³⁹

No que diz respeito a uma possível ingerência do citado Senador para fins de aprovação de mudanças e inovações legislativas, especialmente relativas à Lava Jato,

²³⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Cautelar n. 4.327. Agravo regimental. Relator: Ministro Marco Aurélio, Relator p/ Acórdão: Ministro Roberto Barroso. Primeira Turma. Julgado em 26-09-2017. DJe-247, divulg. 26-10-2017, public. 27-10-2017, p. 987-988.

²³⁹ Ibid, p. 989.

o Ministro-Relator esclareceu tratar-se de atividade própria da função parlamentar, confira-se:

No tocante à mobilização para aprovação de alterações e inovações legislativas, tem-se atividade ínsita à função parlamentar, protegida pela imunidade constitucional a alcançar palavras, votos e opiniões, sendo inadequado fundamentar medida que se diz acauteladora em conduta alcançada pela proteção da Lei Maior²⁴⁰.

Em relação à notícia veiculada pelo Procurador-Geral da República no sentido de que o Senador Aécio havia se reunido com políticos, a despeito das restrições que lhe foram impostas, o Ministro Marco Aurélio Mello asseverou que o citado senador havia sido afastado do exercício do mandato, entretanto continuara a ostentar os direitos políticos inerentes a cada cidadão.

Quanto ao recolhimento do passaporte, o Relator entendeu ausentes quaisquer elementos relativos ao risco de o parlamentar abandonar o país, especialmente pelo fato de este possuir fortes elos de ligação com o Brasil, já que além de ser brasileiro nato, seria chefe de família com carreira política elogiável.

Interessante notar a apresentação feita pelo Ministro, com aparente deferência à pessoa do Senador:

O agravante é brasileiro nato, chefe de família, com carreira política elogiável – Deputado Federal por quatro vezes, ex-Presidente da Câmara dos Deputados, Governador de Minas Gerais em dois mandatos consecutivos, o segundo colocado nas eleições à Presidência da República de 2014 – ditas fraudadas –, com 34.897.211 votos em primeiro turno e 51.041.155 no segundo, e hoje continua sendo, em que pese a liminar implementada, Senador da República, encontrando-se licenciado da Presidência de um dos maiores partidos, o Partido da Social Democracia Brasileira²⁴¹.

Para o Relator, considerando os tempos estranhos vividos na realidade política brasileira, seria a hora, em verdade, de temperança, de agir com absoluta racionalidade, evitando-se, inclusive, atos extremos de forma que o respeito ao mandato do parlamentar seria condição inafastável, especialmente em respeito ao sufrágio universal.

Seguiu em sua linha de raciocínio asseverando que a concessão de uma liminar para fins de afastamento de um Senador da República, sem sequer existir um processo-crime contra o Parlamentar seria incabível, de maneira tal que o Judiciário não poderia substituir-se ao Legislativo, especialmente no que tange a um ato de

²⁴⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Cautelar n. 4.327. Agravo regimental. Relator: Ministro Marco Aurélio, Relator p/ Acórdão: Ministro Roberto Barroso. Primeira Turma. Julgado em 26-09-2017. DJe-247, divulg. 26-10-2017, public. 27-10-2017, p. 989.

²⁴¹ Ibid, p. 990.

força, capaz de conflitar a harmonia e a independência dos poderes, sendo, no seu sentir, imprescindível a autocontenção judicial. Veja-se:

A todos os títulos, há de prevalecer a autocontenção judicial, virtude essencial sobretudo em tempos estranhos. É hora de serenidade, de temperança, de observância do racional, evitando-se atos extremos. A deferência ao Senado da República, o respeito ao mandato eletivo surgem inafastáveis, não como dados a levarem à impunidade, mas em atenção ao sufrágio universal. O agravante foi eleito com 7.565.377 votos, ou seja, mais de 39% dos válidos do Estado de Minas Gerais.

Em síntese, o afastamento, em liminar, sem a existência sequer de processo-crime contra o parlamentar, do exercício do mandato é incabível, valendo notar que, no âmbito da Casa Legislativa, do Senado, há de ser resolvida a questão, considerado até mesmo possível processo administrativo-político por quebra de decoro, se é que houve. O Judiciário não pode substituir-se ao Legislativo, muito menos em ato de força a conflitar com a harmonia e independência dos Poderes²⁴².

Para o Relator, a atenção aos parâmetros constitucionais seria algo imprescindível, tendo em vista que nem mesmo o recebimento da denúncia em desfavor de um parlamentar implicaria o seu afastamento do exercício do mandato. Em sua avaliação, acolher o quanto decidido pelo seu antecessor na relatoria seria o mesmo que criar uma figura esdrúxula de Senador de segunda classe, desprovido, portanto, das atribuições do cargo que lhe foi conferido pelo povo e isso se tornaria ainda mais grave considerando-se o fato de a investigação encontrar-se em fase embrionária.

Questionou-se então, “como endossar uma suspensão do exercício do mandato no caso concreto”?²⁴³

Na sua avaliação, implementar a medida de afastamento do mandato seria uma espécie de sanção, de uma pena irreversível, uma espécie de morte política do parlamentar, afrontando se em demasia a essência do mandato conferido pelo povo.

Será que o antecessor na relatoria, o autor da decisão, mesmo assim, implementaria a medida extrema, verdadeira sanção, verdadeira pena, irreversíveis, verdadeira morte política do Senador, afastando a essência do mandato parlamentar, que é o exercício?²⁴⁴

Assim, segundo o Relator, seria imprescindível tanto à sociedade quanto ao implicado, a preservação do interesse primário, a saúde das instituições pautadas pelo critério da democracia, o respeito à Constituição e o impedimento à feitura de justiça

²⁴² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Cautelar n. 4.327. Agravo regimental. Relator: Ministro Marco Aurélio, Relator p/ Acórdão: Ministro Roberto Barroso. Primeira Turma. Julgado em 26-09-2017. DJe-247, divulg. 26-10-2017, public. 27-10-2017, p. 991.

²⁴³ Ibid., p. 991.

²⁴⁴ Ibid., p. 992.

a ferro e fogo, a tomada de providência extrema, o justicamento, conforme adiante se observa²⁴⁵:

À sociedade, e não apenas ao agravante, importa a preservação do interesse primário, a higidez das instituições democráticas, a respeitabilidade à Constituição Federal, e não a feitura de justiça a ferro e fogo, a tomada de providência extrema, o justicamento. A história é impiedosa considerados atos de força que, em última análise, provocam consequências imprevisíveis²⁴⁶.

Finalizou o seu voto aduzindo, quanto à prisão preventiva requerida pelo PGR que os argumentos lançados pelo Ministério Público Federal, uma vez pautados na mera suposição do excepcional ou mesmo do extravagante não seriam capazes de justificar a constrição da liberdade, mesmo porque quando o direito deixar de ser observado, notadamente pelo Tribunal que se encontra no ápice da pirâmide do Judiciário, o STF, tudo poderá acontecer, notadamente por se impor o critério da força.

Ocorre que os argumentos do Relator, muito embora bastante alinhados à Constituição, segundo o caso em análise, destoa em muito dos fundamentos esposados pelo mesmo Ministro quando do julgamento da ação que determinara o afastamento do Senador Renan Calheiros, da Presidência do Senado Federal, a qual, coincidentemente também fora Relator.

O Ministro Alexandre de Moraes, por sua vez, iniciou o voto apontando que as imunidades parlamentares ocupam espaço de singular importância no que diz respeito à independência e harmonia que regem o princípio da separação de poderes, esclarecendo que a proteção buscada para os parlamentares no exercício de suas funções é imperiosa quando da existência de abusos e pressões dos demais poderes, se impondo como um verdadeiro direito de garantia de liberdade de atuação, seja por meio de palavras, de votos ou mesmo de opiniões. Asseverou, ainda, que tais imunidades não se colocam para proteger a figura do parlamentar, mas sim a função exercida, como mecanismo de garantia de independência diante de outros poderes²⁴⁷.

Após longa digressão histórica sobre o instituto das imunidades parlamentares, feita numa perspectiva tanto internacional quanto nacional, o Ministro Alexandre de Moraes foi bastante incisivo ao dizer que o texto constitucional além de expresso é muito claro ao dispor que, em regra, o parlamentar não sofrerá qualquer tipo de prisão

²⁴⁵ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Cautelar n. 4.327. Agravo regimental. Relator: Ministro Marco Aurélio, Relator p/ Acórdão: Ministro Roberto Barroso. Primeira Turma. Julgado em 26-09-2017. DJe-247, divulg. 26-10-2017, public. 27-10-2017, p. 992.

²⁴⁶ Ibid., p. 992.

²⁴⁷ Ibid, p. 995.

de natureza processual penal, salvo em caráter excepcional, ou seja, nas hipóteses de flagrância por crime inafiançável. Sob essa perspectiva o Ministro pontuou não subsistir espaço interpretativo capaz de afastar a incidência dessa norma de índole constitucional, sob pena mesmo de afronta ao equilíbrio entre os poderes, já que não se pode confundir continente com o conteúdo²⁴⁸, de forma que, a prática da conduta criminosa de um parlamentar não pode afastar ou mesmo anular as garantias previstas pela Constituição ao Poder Legislativo.

Na sua avaliação, a concessão do quanto requerido pelo Procurador-Geral da República, no caso concreto, seria criar perigoso precedente, que numa situação hipotética poderia inclusive afastar as garantias dos demais poderes, a exemplo a vitaliciedade do Poder Judiciário. Reiterou que as garantias do Legislativo assim como as do Judiciário possuem previsão constitucional e se colocam contra pressões, influências, coações e ingerências internas e externas e, por conta disso mesmo são imprescindíveis para se assegurar o equilíbrio da separação entre os poderes e manutenção de um governo pautado pelo Estado Democrático.

Dentro do respeito absoluto à Constituição, que submete a todos, inclusive os membros desta CORTE, verifica-se que, na presente hipótese, diferentemente dos dois únicos precedentes desta casa (2ª Turma, AC 4.036 – AC 4.039 - Referendo-MC, ambas relatadas pelo Min. TEORI ZAVASCKI; 1ª Turma, HC 89.417/RO, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA), não existe espaço interpretativo para relativizar essa norma constitucional, sob pena de subversão do equilíbrio entre os Poderes, pois não podemos confundir o CONTINENTE com o CONTEÚDO, ou seja, a suposta prática de atos ilícitos por parlamentares não autoriza a anulação das garantias previstas pela Constituição Federal ao Poder Legislativo; sob pena de criarmos perigoso precedente que permitirá, em hipotética situação futura, nova licença interpretativa a afastar, em casos concretos, as garantias dos demais Poderes e Instituições, como, por exemplo, a vitaliciedade dos membros da magistratura ou do Ministério Público. As garantias do Legislativo, assim como as garantias do Judiciário, são previsões protetivas dos Poderes de Estado contra influências, pressões, coações e ingerências internas e externas. Devem ser asseguradas para o equilíbrio da Separação de Poderes e manutenção de um Governo Republicano e Democrático, sob pena de, repito, confundirmos o CONTINENTE (Poderes de Estado) com o CONTEÚDO (eventuais membros que pratiquem ilícitos), com conseqüente enfraquecimento das Instituições²⁴⁹.

Quando do enfrentamento dos pedidos efetivamente apresentados pelo Ministério Público Federal na denúncia contra Aécio Neves, o Ministro Alexandre de Moraes entendeu inexistir flagrante próprio, flagrante impróprio ou quase-flagrante e

²⁴⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Cautelar n. 4.327. Agravo regimental. Relator: Ministro Marco Aurélio, Relator p/ Acórdão: Ministro Roberto Barroso. Primeira Turma. Julgado em 26-09-2017. DJe-247, divulg. 26-10-2017, public. 27-10-2017, p. 1003.

²⁴⁹ Ibid, p. 1003.

até mesmo flagrante presumido, o que por si só já seria suficiente para afastar a prisão requerida. Igualmente não vislumbrou hipótese de crime inafiançável permanente, sendo, segundo seu voto, inviável sob a perspectiva constitucional a possibilidade de decretação de prisão preventiva do Senador.

No que diz respeito ao pedido subsidiário de aplicação de medidas cautelares ao parlamentar, o Ministro entendeu caracterizar-se hipótese de impossibilidade jurídica do pedido, tanto por inexistir previsão no Código de Processo Penal acerca da suspensão cautelar do exercício de mandato parlamentar quanto porque absolutamente incompatível com a imunidade formal no que diz respeito à prisão prevista aos parlamentares federais, sendo assim constitucionalmente impossível a concessão de tais medidas.

O Ministro Luís Roberto Barroso, ao proferir seu voto, disse não ter dúvidas em relação à presença dos indícios de materialidade e autoria quanto à prática do crime de corrupção passiva por parte do Senador Aécio Neves, isso porque o seu convencimento não decorria unicamente da palavra dos colaboradores mas também de transcrições de captação ambiental em cujas conversas o citado Senador seria beneficiário da quantia de R\$ 2 (dois) milhões de reais, a que tudo indica para pagar honorários de advogados.

No que diz respeito à habitualidade das práticas ilícitas, o Ministro asseverou que os elementos de prova já produzidos seriam capazes de indicar que as condutas por si só não constituíam fatos isolados, ou seja, tratavam de ações já perpetradas há algum tempo.

Quanto à tentativa do Senador de interferir nas investigações, o Ministro Barroso aduziu que os indícios do crime de obstrução da justiça estariam presentes especialmente na transcrição de diálogo mantido entre Aécio Neves e Joesley Batista. Na ocasião o Senador Aécio havia afirmado a necessidade de anistiar o caixa-dois em relação a todos os envolvidos bem assim a necessidade de substituir o Ministro da Justiça com objetivo de obter maior controle sobre as ações da Polícia Federal. Ainda, para o Ministro articulações voltadas a comprometer as investigações não podem deixar de ser consideradas. A esse respeito, vide trechos colacionados do voto:

Cabe registrar que a atuação no processo legislativo é, como regra, atividade lícita. De todo modo, é impossível deixar de observar as articulações destinadas a embaraçar as investigações²⁵⁰.

Em relação ao crime de lavagem de dinheiro, o ministro Barroso considerara trechos extraídos da decisão do Ministro Luiz Edson Fachin e, na sua avaliação, se tratavam de atos que objetivavam a ocultação da origem dos pagamentos, em especial do correspondente a R\$ 500 mil reais, ocorrido na data de 3/05/2017.

Quanto à necessidade de imposição de medidas cautelares requeridas pelo Ministério Público Federal, o Ministro Barroso advertira que aqueles que tenham olhos de ver não poderiam deixar de considerar os fortíssimos indícios de uso do cargo de Senador para a prática de crimes que incluíam corrupção passiva, lavagem de dinheiro e obstrução da justiça, entendendo, na ocasião que as ações praticadas pelo Senador inarredavelmente seriam capazes de demonstrar que o interesse público fora submetido ao interesse privado, de modo que o Parlamentar se valia da função conferida pelo voto popular para alcançar interesses privados e obstruir investigações em curso, no âmbito da Polícia Federal, de forma que, em vista de existirem outras investigações, o risco de embaraço à instrução processual ainda subsistiria, no sentido de que o Senador Aécio Neves poderia, sem qualquer dúvida, comprometer as investigações em curso²⁵¹.

Quanto ao pedido de prisão preventiva intentado pelo Procurador-Geral da República, o ministro Barroso, citando o Ministro Edson Fachin, esclareceu que o primeiro relator havia entendido que estarem presentes os requisitos autorizadores da prisão preventiva, entretanto optara por não proceder ao decreto em respeito à colegialidade além disso manifestou dúvida em relação à extensão e ao alcance da previsão constante no artigo 53, §2º da Constituição, muito embora já tivesse a Segunda Turma entendido pela possibilidade de prisão de Senador da República no exercício da função, basta recordar o caso do ex-Senador Delcídio do Amaral.

Assim, considerando o ministro Barroso que ainda lhe havia dúvida quanto à possibilidade de prisão naqueles termos, o mesmo deixava de decretar a prisão preventiva do Senador, a despeito de entender plenamente possível e razoável a imposição de medida cautelar de afastamento da função pública. Isso porque, na sua

²⁵⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Cautelar n. 4.327. Agravo regimental. Relator: Ministro Marco Aurélio, Relator p/ Acórdão: Ministro Roberto Barroso. Primeira Turma. Julgado em 26-09-2017. DJe-247, divulg. 26-10-2017, public. 27-10-2017, p. 1016.

²⁵¹ Ibid., p. 1019.

avaliação, o mandato parlamentar não deve servir de escudo para a prática de crimes ou de atos tendentes à obstrução da justiça, pois a se assim fosse, a prerrogativa conferida ao parlamentar se transformaria em um absurdo privilégio pessoal²⁵².

Para o Ministro Roberto Barroso, o afastamento de um Parlamentar não configuraria atentado algum à harmonia dos poderes da República.

O Ministro Barroso, ainda mencionou a notícia de uma reunião mantida entre o Senador Aécio Neves e outros políticos o que, na sua interpretação, caracterizou evidente e acintoso desrespeito à decisão da corte, fato que por si só seria capaz de autorizar o incremento das medidas cautelares aplicadas, a fim de que fossem produzidos os resultados objetivados pela decisão, qual seja, a garantia do resultado útil do processo-crime²⁵³.

Finalizou seu voto afirmando não possuir qualquer alegria em decidir na linha do quanto apresentado, contudo, na sua concepção, o processo de naturalização de coisas erradas tem ocorrido com frequência, de forma que os sujeitos foram ignorando a consciência crítica. Acrescentou ainda que “pior do que para onde vai o dinheiro é o que se faz para obter”²⁵⁴ de maneira que para mudar tais práticas não há como ser condescendente com elas²⁵⁵.

Assim deixou de decretar a prisão preventiva do Senador Aécio Neves em razão da dúvida razoável quanto ao preenchimento da previsão constante do artigo 53, § 2º da Constituição bem como em respeito institucional ao Poder Legislativo, contudo dera provimento parcial ao agravo do Ministério Público Federal para restabelecer as medidas cautelares anteriormente determinadas pelo relator originário, Ministro Luiz Edson Fachin, suspendendo do exercício das funções parlamentares o Senador Aécio Neves ou de qualquer outra função pública, proibindo-o de contatar qualquer outro investigado ou réu no conjunto dos feitos relativos à ação em análise e, proibindo-o de ausentar-se do país, devendo proceder à entrega de seus passaportes. Acrescentou, ainda, a medida cautelar diversa da prisão, de recolhimento domiciliar, no período noturno.

²⁵² BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Cautelar n. 4.327. Agravo regimental. Relator: Ministro Marco Aurélio, Relator p/ Acórdão: Ministro Roberto Barroso. Primeira Turma. Julgado em 26-09-2017. DJe-247, divulg. 26-10-2017, public. 27-10-2017, p. 1021.

²⁵³ Ibid., p. 1022.

²⁵⁴ Ibid., p. 1023.

²⁵⁵ Ibid., p. 1023.

A Ministra Rosa Weber, quando da prolação de seu voto, entendeu não haver qualquer ofensa ao princípio da colegialidade na medida em que o Ministro-Relator decidiu por reconsiderar decisão monocrática inicialmente prolatada por outro Ministro, isso porque, a seu sentir, o Ministro Marco Aurélio Mello passou a ocupar o juízo natural da causa. Assim, tendo em vista que a possibilidade de reconsideração de decisão é algo intrínseco à sistemática do recurso de agravo bem como em razão de haver previsão no regimento interno da Suprema Corte, não haveria qualquer prejuízo à colegialidade especialmente porque o julgamento pela turma era algo inclusive que estava se realizar, na sua avaliação.

Na sequência do voto, a Ministra Rosa Weber alinhou-se ao Ministro Marco Aurélio entendendo que a prisão do Senador Aécio Neves, naquele momento, seria imprópria de maneira tal que as cautelares pessoais seriam suficientes e adequadas, portanto capazes de garantir o andamento da investigação criminal.

Excluída a prisão, julgo, contudo, que medidas cautelares pessoais a ela alternativas mostram-se suficientes e adequadas para resguardar o andamento e a higidez da investigação criminal em tela²⁵⁶.

Ato contínuo divergiu do Relator para acolher o pedido subsidiário apresentado pelo Procurador-Geral da República a fim de impor medidas cautelares diversas da prisão ao Senador Aécio Neves, salientando, dentre outros pontos, que prerrogativa institucional não deve ser confundida com privilégio pessoal. A esse respeito vale transcrever trecho do voto da Ministra:

E observo, nesse compasso, que eventual sujeição do exercício do mandato parlamentar às vicissitudes de investigação ou instrução criminal instaurada em face de mandatário - ainda que não sem dificuldades e hesitações - vem sendo acomodada pelo desenvolvimento do constitucionalismo contemporâneo nos Estados de matriz democrática, desde que observadas as garantias do devido processo legal. Assim, porquanto prerrogativa institucional não deve ser confundida com privilégio pessoal.

Não há, em um Estado Democrático de Direito qualificado pelo princípio republicano, espaço para privilégios voltados à satisfação do interesse pessoal dos seus beneficiários.

Descabe, sob tal moldura, conceber ou interpretar como se privilégios fossem as prerrogativas ligadas a determinados cargos ou funções - como é o caso das imunidades parlamentares - ao se perquirir sobre seu sentido e alcance, quer consideradas em seu aspecto material, quer sob a ótica processual ou formal. O que o direito republicano respalda é a preservação da instituição e não o interesse pessoal do indivíduo ocupante do cargo.

²⁵⁶ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Cautelar n. 4.327. Agravo regimental. Relator: Ministro Marco Aurélio, Relator p/ Acórdão: Ministro Roberto Barroso. Primeira Turma. Julgado em 26-09-2017. DJe-247, divulg. 26-10-2017, public. 27-10-2017, p. 1041.

E dúvida não há de que as prerrogativas parlamentares não configuram direitos cuja finalidade última seja a proteção dos próprios parlamentares, e sim da representação popular por eles exercida²⁵⁷.

Para a Ministra Rosa Weber, por se tratar de uma investigação criminal de peso, tendo em vista a gravidade dos fatos, as cautelas deveriam ser maiores, notadamente em consonância àquelas já adotadas pela Corte no âmbito da AC 4070 (Caso Eduardo Cunha), traduzindo-se em situação de excepcional significância, isso porque refletiria um caso típico de “desvio de finalidade da atuação parlamentar”²⁵⁸. Acrescentou que decidir dessa maneira não caracterizaria o chamado ativismo judicial, uma vez que além de estar a decisão amparada na previsão constante do artigo 319, VI do CPP igualmente teria lastro na Constituição bem como em precedentes já fixados pelo plenário da Corte.

Na sequência, a Ministra chamou especial atenção para o descumprimento da decisão, por parte do Senador Aécio Neves, no bojo das medidas cautelares alternativas à prisão impostas pelo Ministro Edson Fachin, consignadas na suspensão do exercício das funções parlamentares ou de qualquer outra função pública bem como na proibição de contatar qualquer outro investigado ou réu no conjunto de feitos em tela quando da realização de reunião política com outros investigados. Para a Ministra, se o Senador achou que tais medidas eram de grau excessivo ou mesmo impróprias, apresentasse recurso junto à Suprema Corte, mas jamais poderia simplesmente as descumprir. Em sua avaliação, o descumprimento poderia ensejar até mesmo o aumento das restrições impostas, podendo culminar, inclusive, no decreto de prisão preventiva.

À luz dessa compreensão jurisprudencial e doutrinária, não me parece coerente solução diversa deva ser endereçada ao Senador Aécio Neves da Cunha.

Livrar de cautelas o Senador Aécio Neves – protagonista do esquema criminoso investigado – ao mesmo tempo em que onerados com prisão domiciliar os demais implicados, potencialmente coadjuvantes, é atitude judicial que pode transparecer um indesejável timbre de privilégio.

É justo, igualitário e coerente que o Senador Aécio Neves da Cunha também tenha a sua liberdade restringida, ainda que em menor extensão, seguindo a mesma ratio que justifica a restrição aos demais coimplicados²⁵⁹.

Para a Ministra conceder tratamento diferenciado é o mesmo que estimular uma indesejável seletividade do sistema penal brasileiro.

²⁵⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Cautelar n. 4.327. Agravo regimental. Relator: Ministro Marco Aurélio, Relator p/ Acórdão: Ministro Roberto Barroso. Primeira Turma. Julgado em 26-09-2017. DJe-247, divulg. 26-10-2017, public. 27-10-2017, p. 1043 - 1044.

²⁵⁸ Ibid., p. 1045.

²⁵⁹ Ibid, p. 1055.

Assim, a Ministra Rosa Weber entendeu que o afastamento do mandato parlamentar do Senador Aécio Neves não teria o condão de afrontar a democracia e nem mesmo a separação de poderes. No seu sentir o que traria um sentimento de repugnância seria mesmo manter o Senador num status superior ao controle cautelar do sistema penal.

Por fim, a Ministra Rosa Weber acompanhou a divergência para votar pela retomada das medidas cautelares alternativas à prisão fixadas pelo Ministro Edson Fachin, devendo às mesmas ser acrescido o recolhimento domiciliar noturno, salientado tratar-se tal recolhimento de medida alternativa à prisão e não necessariamente modalidade de prisão.

O Ministro Luiz Fux, quando da prolação de seu voto, salientou, de início, entender não haver flagrante que pudesse se impor no caso concreto. Asseverou que, por se traduzir a moralidade no exercício do mandato como um dos pilares da Constituição, na sua avaliação, o caso em análise era revelador de efetivo desvio de tal modalidade no exercício do mandato parlamentar.

Segundo o Ministro, qualquer que seja o ordenamento penal de um país, ele não poderá, de nenhuma forma, se compadecer a uma aplicação menos efetiva, menos branda, diante de qualquer que seja o sujeito, já que isso representaria uma violação aos valores constantes do ordenamento constitucional, notadamente quando se refere a alguém que exerça mandato eletivo.

Na concepção de Fux imunidade não seria o mesmo que impunidade, de forma tal que o plenário da Corte já havia chancelado, em outras ocasiões, medidas de restrição, distintas da prisão. Entendeu ainda que, na seara dos privilégios, o que se protege é o cargo e não o agente político e, dessa maneira, o restabelecimento das medidas impostas pelo Ministro Luiz Edson Fachin seria algo a se impor, isso porque “Mesmo as imunidades formais são relativizadas pelo Supremo Tribunal Federal quando incompatíveis com o princípio republicano e o ordenamento constitucional em geral”²⁶⁰.

Na avaliação do Ministro Fux, a ideia que se tinha de que juízes e cortes tinham o dever de manter-se equidistante das opiniões dos cidadãos e da sociedade passa a ser uma postura que não se compraz com uma noção mais moderna de atuação de

²⁶⁰ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Cautelar n. 4.327. Agravo regimental. Relator: Ministro Marco Aurélio, Relator p/ Acórdão: Ministro Roberto Barroso. Primeira Turma. Julgado em 26-09-2017. DJe-247, divulg. 26-10-2017, public. 27-10-2017, p. 1080.

uma Corte Superior, isso porque para o Ministro é necessária uma espécie de alinhamento entre as decisões judiciais e o sentimento social, pois o contrário disso representaria o aniquilamento da credibilidade dos órgãos de justiça.

A esse respeito vide interessante trecho do seu voto:

Deveras, a legitimidade democrática dessa Suprema Corte deve guardar alguma relação com a percepção social da opinião pública acerca de determinado assunto. O sentimento de justiça desenvolvido por uma sociedade no Judiciário é construído e alimentado pelo grau de confiança em suas decisões. A calibragem dessa confiabilidade não prescinde de alguma correspondência entre as decisões por ela proferidas e a percepção social acerca dos assuntos decididos. Não se trata de submissão ou de voluntarismo decisório despido das amarras normativas, mas sim de convergência e de estrito cumprimento ao que determina o ordenamento jurídico pátrio²⁶¹.

O Ministro Fux acrescentou ainda que:

Com isso não pretendo advogar uma sacralidade e absoluta deferência à opinião pública. A história é rica em exemplos de que as maiorias podem cometer atrocidades, de sorte que devemos, por isso, ser equilibrados e moderados ao adicionar esse ingrediente. Mas nem de longe é essa a hipótese dos autos.

Aqui, a decisão correta no caso sub examine não se curva à opinião pública, mas se alinha à percepção social, traduzida num sentimento de repúdio e ojeriza aos sucessivos escândalos de corrupção diariamente noticiados, os quais parecem infundáveis e que, no caso concreto. A decisão mais correta, à luz das premissas fáticas bem delineadas pelo Ministro Luiz Edson Fachin, portanto, converge com, e não se submete, a opinião pública²⁶².

Na sequência o Ministro Luiz Fux aduziu que o fato concreto se colocara diante de excepcional intervenção do Poder Judiciário no âmbito do exercício de mandato eletivo de modo tal que não se estaria a interferir na liberdade parlamentar relativa ao exercício de seu mandato, o que se extrairia, segundo o Ministro era a verificação de indícios veementes de uso indevido de cargo público voltado à prática de crimes que afrontam diretamente e vitimizam continuamente tanto a sociedade quanto os eleitores²⁶³.

Pontuou, inclusive, já haver precedentes do Supremo Tribunal no sentido de autorizar a suspensão do exercício do mandato parlamentar, tendo mencionado a Ação Cautelar nº 4.070, oriunda da Segunda Turma do STF.

²⁶¹ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Cautelar n. 4.327. Agravo regimental. Relator: Ministro Marco Aurélio, Relator p/ Acórdão: Ministro Roberto Barroso. Primeira Turma. Julgado em 26-09-2017. DJe-247, divulg. 26-10-2017, public. 27-10-2017, p. 1085.

²⁶² Ibid., p. 1087.

²⁶³ Ibid., p. 1089.

Caminhando para os instantes finais do seu voto, o Ministro Fux mencionou que a conduta do Senador Aécio Neves de planejar interferir na Polícia Federal, a postura de buscar garantia da impunidade dos delitos já praticados, os indícios de reiteração de abuso do mandato parlamentar e a continuidade da prática de delitos, muito embora com investigações em curso e voltadas a impedi-los seriam mais do que suficientes para evidenciar a excepcionalidade com que se devia enfrentar o caso concreto.

A conduta do parlamentar, para o ministro Fux, foi muito além de uma discussão sobre inviolabilidade de opiniões, palavras e votos. Na sua avaliação foi característica de abuso de mandato parlamentar, evidenciando-se a necessidade de suspensão cautelar do exercício da função no intuito de se garantir, além da ordem pública, a proteção de bens jurídicos de grande significância para o estado democrático de direito brasileiro.

Concluiu o Ministro Fux pela necessidade de suspensão cautelar do exercício da função ante à idoneidade da decisão já prolatada, bem como pelo provimento parcial ao agravo interposto pelo Procurador-Geral da República com voto no sentido de acompanhar a divergência inaugurada pelo ministro Roberto Barroso. Ao final do julgamento foram vencidos os Ministros Marco Aurélio Mello, Presidente e Relator, e o Ministro Alexandre de Moraes.

Após todo mal-estar institucional provocado, o Supremo Tribunal Federal, por votação apertada (6X5), decidiu recuar de seu entendimento anterior, tendo, na ocasião fixado a tese de que, muito embora o Poder Judiciário disponha de competência para impor restrições ao mandato parlamentar, de acordo com o Art. 319 do CPP²⁶⁴, deverá encaminhar a decisão restritiva à Casa Legislativa a que pertença

²⁶⁴ **Art. 319.** São medidas cautelares diversas da prisão: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).
I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).
II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).
III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).
IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).
V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).
VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

o mesmo, seja ela Câmara dos Deputados ou mesmo Senado Federal, a fim de que essa, pelo voto da maioria dos seus membros, decida pela suspensão ou não suspensão do mandato parlamentar, no prazo de vinte e quatro horas²⁶⁵. Outra conclusão não se pode extrair senão a de que a Corte Suprema mudou a linha de raciocínio aplicada na Ação Cautelar 4.070, na qual o Deputado Eduardo Cunha acabou sendo afastado da Presidência da Casa.

Para além disso, veja-se que a crise de que se fala não se consagrou afeta apenas a poderes distintos, ou seja, na compreensão do sistema político e sistema jurídico, na verdade, o que se extrai é que essa crise, tamanha sua gravidade, circundou, inclusive, dentro do mesmo poder, isso porque, no caso concreto, restou nítida a divergência entre os ministros Marco Aurélio Mello e Luiz Edson Fachin, na medida em que um determinou o desfazimento do entendimento do outro, sendo, para o Ministério Público Federal, uma surpreendente autofagia entre Ministros da Suprema Corte, a partir de decisão inédita prolatada às vésperas de um recesso forense.

Na linha do que determina a Constituição, posicionada na condição de instrumento responsável pelo acoplamento entre os dois sistemas, cumpre mencionar que o sentido que o mesmo fornece a cada sistema é distinto pois enquanto no sistema político tem-se a proposta de elaboração de decisões coletivamente vinculantes, no direito tem-se a noção de mecanismos de generalização congruente das expectativas normativas. Contudo, percebe-se, que esse novo entendimento exarado pela Corte Suprema, seja por receio de retaliações advindas do poder político seja mesmo pela compreensão de que agira para além do raio de incidência do direito, tornou bastante nítido que o Judiciário não pode ignorar os limites estabelecidos pela Constituição pois a inobservância dos comandos elencados nesse instrumento de

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser imputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

IX - monitoração eletrônica. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

²⁶⁵ Interessante ponderação feita por LUNARDI, Fabrício Castagna. **O STF na política e a política no STF**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 61. **Código de Processo Penal**. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: 26 de agosto de 2022. <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>.

acoplamento estrutural gera, indubitavelmente, o risco da corrupção sistêmica e assim a intensificação da crise institucional.

6 NOTAS CONCLUSIVAS

Pensar sobre os contributos trazidos por Niklas Luhmann para sociedade brasileira requer, a princípio, entender a teoria desenvolvida pelo autor. Esse, parte da observação de que a sociedade é um sistema complexo formado por diversos subsistemas que possuem independência entre si, mas se comunicam, e desses processos comunicacionais forjam as suas identidades e compõem a complexidade social.

Na sua concepção, tais sistemas acabam operando de maneiras diferenciadas como forma de atender à complexificação da própria sociedade. Niklas Luhmann traz no seu arcabouço teórico a ideia de que esses sistemas operam de maneira autorreferencial, isso implica dizer que num mesmo sistema a auto-organização se perfaz.

Em outros termos, é possível dizer que em meio a um todo de uma sociedade, existem subsistemas que produzem e reproduzem a sua própria organização e são esses subsistemas que compõem a sociedade na essência da sua complexidade. Logo, na teoria luhmanniana esses sistemas se impõem autopoiéticos, autorreferentes e, portanto, compostos pela comunicação.

Com isso, partindo da Teoria Sistêmica de Luhmann se extrai que a sociedade, de um modo geral, é composta pela comunicação, tendo em vista que as comunicações viabilizam a interligação entre os subsistemas. Sendo mais objetivo acerca desse aspecto, pode-se afirmar que sem a comunicação não há como haver inter-relacionamento entre as pessoas e, não havendo inter-relacionamentos, inviável será a evolução da sociedade.

Para Luhmann, portanto, a comunicação é elemento crucial, aliás, operador central, frente a todos os sistemas sociais, sendo, assim, mecanismo de autorregulação dos mesmos. Desse modo a comunicação viabiliza a cada subsistema a observação de si, bem como dos demais sistemas.

Note-se ainda que, acerca da complexidade da sociedade, conforme Luhmann, mister se faz entender que é a partir do caos que a sociedade consegue reconstruir a ordem. Na verdade, a teoria sistêmica funciona de modo autorreferencial e autopoiética, cujos elementos e operações se consolidam na comunicação.

Dito isso, oportuno se faz salientar que a comunicação consiste na base de todos os sistemas, posto que é a comunicação a constituidora da sociedade, tendo

em vista que o ato de se comunicar é o que leva os indivíduos a fundar a sociedade. Assim, conforme dito em outras linhas, Luhmann considera a sociedade extremamente complexa pois esta exige que haja comunicação sobre absolutamente tudo, o que potencializa a produção de comunicações novas com fulcro na obtenção de explicações referentes às explicações realizadas preteritamente.

Refletir sobre as concepções trazidas por Luhmann a respeito da complexidade da sociedade permite a análise de quão importante os estudos desenvolvidos foram para a compreensão da sociedade moderna, a partir do seu modelo teórico dos sistemas sociais. A sua atuação contribuiu sobremaneira para pensar a sociedade em sua “evolução”, pois o seu mister, enquanto teórico, possibilitou o entendimento de inúmeras problemáticas que fazem parte da vida da sociedade contemporânea.

Luhmann transitou sobre diversas temáticas, todas seguindo um olhar focado na funcionalidade, levando em consideração a função, o código, assim como suas operações. Partindo dos pontos elucidados acima, enquanto elementos focais do estudo, é possível avaliar a sua teoria enquanto transdisciplinar, vez que sempre dialoga com sistemas outros para ter a sua existência consolidada.

Diante da afirmação explicitada acima, torna-se imperioso pensar especificamente sobre o subsistema do Direito no âmbito da complexidade da sociedade hodierna. É possível salientar, à luz dos argumentos de Luhmann que este subsistema é autopoietico, tendo em vista que suas operações acontecem de forma autorreferentes. Cabe ao subsistema do Direito, portanto, a produção de decisões que tenham a capacidade de fomentar a segurança necessária à sociedade, protegendo a sua higidez no sentido de sanar os problemas que são próprios do ambiente, como ferramenta, inclusive, de redução de complexidade.

Dessa forma, pensar sobre os contributos de Luhmann é navegar por um vasto leque de possibilidades, visto que o autor transita por inúmeros assuntos, contemplando a ecologia, a economia, a religião, o direito, a política, dentre outros, sempre na perspectiva de serem estes, sistemas da sociedade. O autor buscava entender a complexidade que permeia a sociedade de um modo geral, preconizando o encadeamento de ideias para facilitar tal compreensão, bem como a interdisciplinaridade.

Ao refletir sobre o sistema político e a sociedade, Luhmann aludia que o código do sistema político é o governo/oposição, viabilizando assim a compreensão de que aquele que está no governo é quem emite as decisões, já a oposição, por sua vez,

consiste naquele que deseja estar no poder emitindo as decisões vinculantes. É a partir do representante do povo que a complexidade social tem a oportunidade de ser reduzida, visto que o sistema político, a partir das decisões emitidas pelo governante, conduz a população a seguir regras e assim viabilizar a manutenção da ordem.

Destaque-se que nesse contexto de relação entre a política e a sociedade, a comunicação aludida por Luhmann é crucial, uma vez que as informações são necessárias ao governo, pois, do contrário, o próprio Estado não conseguirá manter a sua estrutura de poder e tampouco entender as aspirações, e/ou insatisfações do meio social.

Assim, por se tratar de um estudo que objetivou discutir e aprofundar questões que tratam da atuação do Poder Judiciário e sua repercussão no âmbito de uma sociedade marcada por uma elevada complexidade, sobretudo com o olhar lançado para um momento de intensa crise institucional, é de se considerar que os reflexos proporcionados pelo trabalho são positivos, tanto à comunidade acadêmica, como ao universo de funcionamento do próprio Judiciário, pois é possível haver uma contribuição ao aprimoramento de potenciais soluções aos problemas enfrentados por essa sociedade complexa, notadamente aqueles que envolvem a relação entre os poderes.

A teoria escolhida para servir de base ao estudo e o tema selecionado certamente são complexos, entretanto o estabelecimento de uma cuidadosa comunicação entre ambos será capaz de despertar o interesse por novos estudos sob essa perspectiva, mormente porque além de tratar de tema pautado em discussões atuais trata de uma teoria que mira a evolução do direito e da sociedade, como dito em linhas pretéritas.

Pode-se dizer que é inconcebível um modelo de decisão judicial em cuja atuação do magistrado esteja desassociada a ideia de autonomia e independência. Contudo o respeito ao limite de atuação de cada esfera de atuação é igualmente imprescindível. A ingerência de um poder sobre o outro não apenas afronta o desrespeito à regra de separação de poderes, mas, igualmente, é responsável pela instabilidade entre os sistemas e, portanto, torna-se estopim para provocar a crise institucional.

O Supremo Tribunal Federal exerce papel de extrema significância, entretanto, na condição de guardião maior da Constituição deve velar pelo respeito às operações

que são próprias de seu código binário pois, do contrário, haverá um sério risco de esfacelamento do estado democrático de direito.

A tese se impôs importante na medida em que trouxe à discussão a hipercomplexidade da relação entre os sistemas político e jurídico numa sociedade contingente, atualmente marcada por uma crise entre os poderes. O judiciário brasileiro, na condição de principal guardião do direito e da justiça, tem o dever de desempenhar importante função nesse cenário, de maneira que a **relevância** do trabalho residiu exatamente na compreensão desse papel institucional exercido e tal compreensão só se deu graças ao arcabouço instrumental teórico utilizado.

Portanto, a tese além de abordar tema de singular importância, fincou suas bases numa proposta probabilisticamente **original** uma vez que o enfrentamento do tema se deu apoiado na solidez da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, por sua vez, reconhecidamente respeitada por um número expressivo de referenciais jurídicos. A relevância aqui apontada, unida à originalidade do tema na perspectiva da teoria selecionada, certamente justificam a realização do estudo.

Nesse sentido, a estruturação lógica dos pontos de investigação apresentados se impôs apropriada, isso porque diversas são as razões que demonstram a existência de interesse, tanto político quanto jurídico em relação à tese elaborada.

A tese, portanto, fulcrou-se em quatro pontos de investigação científica, de forma que o primeiro deles trouxe Niklas Luhmann como suporte referencial para apreensão da sociedade complexa. Sequencialmente o trabalho discutiu a hipercomplexidade da relação entre os sistemas político e jurídico numa sociedade contingente, tendo como lastro os institutos da Separação de Poderes e da decisão judicial. Ato contínuo, apresentou importantes elementos que contribuíram para a compreensão do cenário vivenciado, a partir de fatores como a judicialização, o ativismo, a crise e o papel do poder judiciário e, por fim, procedeu à análise de decisões com repercussão na realidade brasileira, aproximando o contexto teórico da sistemática jurídica adotada, especialmente pelo Supremo Tribunal Federal.

A primeira linha de investigação permitiu melhor compreender conceitos fundamentais a respeito da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann, com foco, sempre, na aproximação da citada teoria à realidade imanente à sociedade, especialmente no que diz respeito às variadas dimensões de complexidade afetas às relações mantidas entre os subsistemas parciais. Nesse ponto foram trabalhados conceitos vinculados ao sistema social, à autopoiesis, à identidade como garantia da

unidade, à contingência como instrumento de seletividade, o meio ambiente e o acoplamento estrutural, a comunicação sistêmica, o código binário e a diferenciação funcional, os subsistemas político e jurídico numa perspectiva luhmanianna, o fechamento operativo do direito e a constituição como instrumento de acoplamento estrutural.

Na sequência o trabalho discutiu, no contexto da hipercomplexidade da relação entre os sistemas, o papel desempenhado pelo Princípio da Separação dos Poderes, desde uma perspectiva histórica até os dias atuais, discutiu, ainda, fatores como legitimidade, legalidade, independência, harmonia e colaboração entre os poderes. Para além disso, abordou o Princípio da Separação de Poderes sob um viés sistêmico e brasileiro bem como o instituto da decisão judicial, sua relação com o *non liquet* e sua relevância para o alcance da estabilização de expectativas.

Ao trazer à lume a relação entre os sistemas político e jurídico, o trabalho ganhou novos contornos na medida em que buscou estabelecer as distinções entre ambos, especialmente em decorrência da crise institucional enfrentada. Essa crise irradia seus efeitos com maior visibilidade quando o sistema jurídico impõe obrigações ou estabelece limites à atuação dos demais sistemas. A grandeza desse ponto de investigação tem posto em movimento os cultores das ciências sociais e jurídicas.

No que diz respeito à decisão judicial, deve-se reconhecer que, a mesma, há muito ocupa lugar de destaque na engrenagem dos sistemas sociais. Para que se decida apropriadamente é imprescindível que o magistrado disponha de independência e autonomia, dentro dos limites de seu código de funcionamento, visando sempre a estabilização das expectativas normativas.

Dando continuidade, a tese trabalhou conceitos distintivos entre o fenômeno da judicialização e do ativismo judicial. Direcionou bastante energia para compreender as razões que justificam a existência de uma crise entre os poderes bem como focou no papel do Poder Judiciário num cenário de crise institucional, com especial atenção à atuação do Supremo Tribunal Federal, tendo em vista que o judiciário vem sendo demandado com grande frequência para se manifestar sobre temas que têm gerado grande repercussão para o sistema político, numa frequente judicialização de questões políticas.

Por fim, a tese analisou, detalhadamente, importantes ações que tramitaram no âmbito da Suprema Corte brasileira no período de 2016 e 2018 e, que por sua vez, foram portadoras de enorme repercussão nacional com reflexos diretos para a

Separação de Poderes bem assim para a relação nem tão harmônica nem mesmo tão independente entre os mesmos. Essa análise permitiu aproximar o arcabouço teórico de Luhmann à realidade do ordenamento brasileiro, em especial, na perspectiva do Supremo Tribunal Federal.

Para além disso, o diagnóstico foi revelador no sentido de que o papel exercido pelo Poder Judiciário, com ênfase no Supremo Tribunal Federal, tem, de certa forma, contribuído para a catalisação da crise entre os poderes, o que precisa ser encarado com bastante cautela, a fim de evitar o esfacelamento do estado democrático de direito, consoante dito em linhas anteriores, seja pela instabilidade provocada nas instituições, seja pelas estratégias de retaliação manifestadas nas relações entre os citados poderes, seja ainda por episódios de autofagia dentro do próprio Poder Judiciário, como revelado quando da análise dos julgados.

Diante de todo o estudo realizado, este trabalho abre instigantes possibilidades para novos estudos, principalmente com olhar direcionado para acontecimentos mais recentes, visto que, a crise institucional só tem se agravado e alargado, diversos novos embates têm sido protagonizados entre os atores conflitantes do sistema político e jurídico. Enfim, resta o desafio de continuidade das investigações de tão profícua temática, bem como, da aplicação de uma teoria – a Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann – em suas múltiplas atualizações, aperfeiçoamentos e desdobramentos já produzidos e em gestação. Esta tese é mais uma contribuição com sua relevância, certamente.

REFERÊNCIAS

ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto. **Poder judiciário e argumentação no atual estado democrático de direito**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. 320 p. (ISBN 978-65-5510-359-5).

ARISTÓTELES. **Política**. São Paulo: Martin Claret, 2017. (ISBN 978-85-440-0162-2). Tradução Torrieri Guimarães.

AVRITZER, Leonardo; BIGNOTTO, Newton; FILGUEIRAS, Fernando; GUIMARÃES, Juarez; STARLING, Heloísa. **Dimensões políticas da justiça**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. (ISBN 978-85-200-1169-0).

BACHUR, João Paulo. A teoria de sistemas sociais de Niklas Luhmann. **Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas**, v. 36, n. 2, 2020.

BALESTERO, Gabriela Soares. **Reforma política e o poder judiciário**: questões polêmicas. Curitiba: Juruá, 2015. 178 p.

BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018. 290 p. (ISBN 978-85-450-0404-2).

BARROSO, Luís Roberto. **Sem data venia: um olhar sobre o Brasil e o mundo**. Rio de Janeiro: História Real, 2020. 272 p. (ISBN 978-65-87518-05-3).

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 402 Distrito Federal. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgado em 01-02-2017. Acórdão eletrônico. DJe-021, divulg. 06-02-2017, public. 06-02-2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Mandado de Segurança n. 34609. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 14-02-2017. Acórdão eletrônico. DJe-031, divulg. 14-02-2017, public. 16-02-2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Cautelar n. 4.327. Agravo regimental. Relator: Ministro Marco Aurélio, Relator p/ Acórdão: Ministro Roberto Barroso. Primeira Turma. Julgado em 26-09-2017. DJe-247, divulg. 26-10-2017, public. 27-10-2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 34070 DF, Medida Cautelar. Liminar. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 18-03-2016. DJe-054, divulg. 22-03-2016, public. 28-03-2016.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Cautelar n. 4070. Referendo. Relator: Ministro Teori Zavascki. Tribunal Pleno. Julgado em 5-5-2016. Acórdão eletrônico. DJe-225, divulg. 20-10-2016, public. 21-10-2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: 04 de julho de 2022. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.

Brasil. **Código de Processo Penal**. Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: 26 de agosto de 2022. <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>.

BENONES, Eduardo Santos de Oliveira. **Supremo Tribunal Federal - duas línguas, uma gramática**: desvelando a interação sistêmica entre o político e o jurídico. Belo Horizonte: Dialética, 2021. 212 p. (ISBN 978-6).

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 195 p.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?** Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1993. Tradução: Carlos Alberto Alvares de Oliveira.

CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de; PALMA, Maurício. Juristas contra a democracia: usos do direito e desintegração democrática no Brasil pós-2014. **Revista Uruguaya de Ciencia Política**, v. 29, n. 1, p. 80-108, 2020.

ECO, Umberto. **Como se faz uma tese**. Tradução: Gilson Cesar Cardoso de Souza. 23. ed. São Paulo: Perspectiva, 2010. 175 p. (II). Título do original italiano: Come si fa una tesi de laurea.

FARIA, José Eduardo. **Corrupção, justiça e moralidade pública**. São Paulo: Perspectiva, 2019. 343 p. (ISBN 978-85-273-1154-0).

FLORES, Luis Gustavo Gomes; ROCHA, Leonel Severo. Resiliência do direito: a inovação jurídica, entre universidades e tribunais. **Direito Público**, v. 13, 2016.

GOMES, Julio Cesar Vieira. **Decisões judiciais, racionalidade e neutralidade**: uma proposta de deferência à administração tributária. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020. 408 p. (ISBN 978-6).

GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNIO, Henrique Garbellini. **Introdução à sociologia do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. (ISBN 978-85-203-6090-3).

HALIS, Denis de Castro. **Por que conhecer o judiciário e os perfis dos juízes?** O pragmatismo de Oliver Holmes e a formação das decisões judiciais. 22. ed. Curitiba: Juruá, 2010. 240 p.

HOLMES, Pablo. O constitucionalismo entre a fragmentação e a privatização: problemas evolutivos do direito e da política na era da governança global. **Dados**, v. 57, p. 1137-1168, 2014.

LEAL, Sergio. **À sombra de Montesquieu**: reflexão sobre a separação de poderes. Belo Horizonte: Del Rey, 2019. 156 p. (ISBN 978-85-384-0560-3).

LEITE, Glauco Salomão. A “politização” da jurisdição constitucional: uma análise sob a perspectiva da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. **RERE**: Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 13, março/abril/maio, 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em 13 jan. 2016. p. 7.

LIMA, Fernando Rister de Sousa. **Decisões do STF em direito à saúde**: aspectos econômicos e políticos. São Paulo: Almedina, 2020. (ISBN 978-85-8493-617-5).

LIMA, Fernando Rister de Sousa. **Separação dos poderes na modernidade**: uma releitura sistêmica. 22. ed. Curitiba: Juruá, 2018. 96 p.

LIMA, Fernando Rister de Sousa. **Sociologia do Direito**: o direito e o processo à luz da teoria dos sistemas de niklas luhman. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2012. 130 p.

LUHMAN, Niklas. **Sistemas Sociais**: esboço de uma teoria geral. Tradução: Antonio C. Luz; Roberto D. T. J. Costa; Antonio dos S. C. Marco. Petrópolis: Vozes, 2016. (ISBN 978-85-326-5233-1).

LUHMANN, Niklas. **O direito da sociedade**. Tradução: Saulo Krieger; Tradução das citações em Latim: Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016. 810 p.

LUHMAN, Niklas. **A realidade dos meios de comunicação**. Tradução: Ciro Marcondes Filho 2. ed. São Paulo: Paulus, 2005. (ISBN 978-85-349-2190-9), 2011.

LUHMAN, Niklas. **Poder**. Tradução: Martine Creusot de Rezende Martins. Brasília: Universidade de Brasília, 1985. 122 p.

LUHMAN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Tradução: Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. 252 p.

LUNARDI, Fabrício Castagna. **O STF na política e a política no STF**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. (ISBN 978-8).

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Relações entre poderes e democracia**: crise e superação. Belo Horizonte: Fórum, 2014. 105 p. (ISBN 978-85-7700-845-2).

NEVES, Marcelo. Luhmann, Habermas e o Estado de direito. **Lua Nova**: Revista de Cultura e Política, p. 93 -106, 1996.

RIBEIRO, Diogenes V. Hassan. **A revisão do princípio da separação dos poderes**: por uma teoria da comunicação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. 272 p. (ISBN 978-85-8440-501-5).

ROCHA, Leonel Severo; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho. O futuro da constituição: o constitucionalismo social em Luhmann e Teubner. **Paradoxos, decisão e indeterminação**: uma tentativa de aproximação entre Niklas Luhmann, Gunther Teubner e Giorgio Agamben. Porto Alegre: FI, 2022.

ROCHA, Leonel Severo; SILVA, Fernando Tonet. Por quem cantam as sereias de Homero e o paradoxo sistêmico da decisão. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, v. 42, n. 1, p. 129-144, 2018.

ROCHA, Leonel Severo. Interpretação jurídica e racionalidade. **Sequência: estudos jurídicos e políticos**, v. 18, n. 35, p. 16-23, 1997.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes?** para uma crítica do direito (brasileiro). Rio de Janeiro: Editora Fgv, 2013. 229 p. (ISBN 978-85-225-1417-5).

SILVA, Artur Stamford da. **10 lições sobre Luhman**. Petrópolis: Vozes, 2016. (ISBN 978-85-326-5230-0).

SILVA, Artur Stamford da. **Decisão jurídica na comunicativação**. São Paulo: Almedina, 2021. (ISBN 978-65-5627-165-1).

STRECK, Lenio Luiz. **Juiz não é Deus: juge n'est pas Dieu**. 22. ed. Curitiba: Juruá, 2016. 154 p.

STRECK, Lenio Luiz. **Os modelos de juiz: ensaios de direito e literatura**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2019. (ISBN 978-85-97-00019-1).

STRECK, Lenio Luiz; BRENDA, Juliano. **O Dia em que a Constituição foi julgada: a história das ADC's 43, 44 e 54**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. (ISBN 978-6)

SCHWARTZ, Germano André Doederlein; RIBEIRO, Diógenes V. Hassan; RIBEIRO, Douglas Cunha. Direita (o) volver? Os sistemas do direito, da política e da educação no Brasil contemporâneo. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)**, v. 12, n. 3, p. 461-480, 2020.

SCHWARTZ, Germano; DA COSTA, Renata Almeida. As constituições em tempos de transformações sociais: o acoplamento entre o direito e a política. **Revista Jurídica**, v. 4, n. 53, p. 374-395, 2018.

TEIXEIRA, João Paulo Allain. Direito e política na teoria dos sistemas. *In*: SILVA, Artur Stamford da; SANTOS, Gustavo Ferreira. (Org.) Sociedade, Direito e Decisão em Niklas Luhmann: **Congresso Internacional em Homenagem a Cláudio Souto**. Recife: Editora Universitária UFPE, 2009.

TORON, Alberio Zacharias. **Decisões controversas do STF: Direito constitucional em casos**. Rio de Janeiro: Forense, 2020. (ISBN 978-85-309-8793-0).

TOVAR, Leonardo Zehuri. **Teoria do Direito e decisão judicial: elementos para a compreensão de uma resposta adequada**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. 416 p. (ISBN 978-85-442-3096-1).

TRINDADE, André Karam. **O problema da superinterpretação no Supremo Tribunal Federal e o caso do cumprimento antecipado da pena**. *In*: STRECK,

Lenio Luiz; BREDA, Juliano (Coord.). **O dia em que a Constituição foi julgada: a história das ADC's 43, 44 e 54.** São Paulo: Thomson Reuters. Brasil, 2020.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes: Da transição democrática ao mal-estar constitucional.** São Paulo: Companhia da Letras, 2018. 342 p. (ISBN 978-8).

ANEXOS

ANEXO 1.....



MS 34070 MC / DF - DISTRITO FEDERAL
MEDIDA CAUTELAR NO MANDADO DE SEGURANÇA
 Relator(a): Min. GILMAR MENDES
 Julgamento: 18/03/2016
 Publicação: 28/03/2016

Publicação
 PROCESSO ELETRÔNICO
 DJe-054 DIVULG 22/03/2016 PUBLIC 28/03/2016

Partes

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
 ADV.(A/S) : MARILDA DE PAULA SILVEIRA
 IMPDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPUBLICA
 IMPTE.(S) : PARTIDO POPULAR SOCIALISTA
 LIT.PAS.(A/S) : LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA

Decisão

Decisão: Trata-se de mandados de segurança impetrados em caráter coletivo por partidos políticos voltados contra o ato de nomeação de Luiz Inácio Lula da Silva para o cargo de Ministro Chefe da Casa Civil.

O PARTIDO POPULAR SOCIALISTA – PPS impetrou o Mandado de Segurança Coletivo 34.070.

Quanto ao cabimento da ação, sustentou que os partidos políticos têm ampla legitimidade para impetrar mandado de segurança em caráter coletivo.

Relatou que a autoridade impetrada nomeou Luiz Inácio Lula da Silva para o cargo de Chefe da Casa Civil, com status de Ministro de Estado. Argumentou que o ato foi praticado em desvio de finalidade, tendo em vista os seguintes fatos:

“Primeiro: a operação “Lava Jato”, cujo Juízo competente é exercido pelo magistrado Sérgio Moro, tem revelado que diversas pessoas, sabidamente aliadas do Ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, seriam autoras da prática de crimes (diversos deles contra a Administração Pública), inclusive com sentenças condenatórias já proferidas. (doc. 2);

Segundo: em 29 de Fevereiro de 2016, foi proferida decisão pelo Juiz Sérgio Moro, determinando a condução coercitiva do Ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva para prestar depoimento no bojo de investigações relacionadas com a operação “Lava Jato” (doc. 3);

Terceiro: em 14 de Março de 2016, a Juíza da 4ª Vara Criminal de São Paulo, ao apreciar o pedido de prisão preventiva do Ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, no bojo do processo 0017018-25.2016.8.26.0050, declinou de sua competência, por entender que o Juízo responsável pela ‘operação lava jato’ é o competente para apreciar os pedidos formulados pelo Ministério Público (doc. 4);

Quarto: todos os setores da sociedade brasileira começam a especular a possibilidade de prisão do ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, o que é fato público e notório;

Quinto: dois dias após (16.03.2016), a autoridade coatora anuncia e decide nomear o Ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva como Ministro Chefe da Casa Civil, a deslocar todas as investigações contra o Ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva para o STF (doc. 1); e,

Sexto: nesse mesmo dia, interceptação telefônica da Polícia Federal revelou diálogo entre a Excelentíssima Presidente da República e o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva. Na referida gravação, a autoridade coatora informa que “BESSIAS” irá entregar o documento ao ex-presidente Lula. Na verdade, “BESSIAS” se trata do procurador da Fazenda Jorge Messias, atualmente na subchefia de assuntos jurídicos da Casa Civil. Na gravação, a autoridade coatora é clara ao falar para o ex-Presidente Luís Inácio Lula da Silva: ‘só usa em caso de necessidade, que é o TERMO DE POSSE, tá?!’ (doc. 5)’.
 Afirmou que a Presidente da República tem competência para, a seu juízo, escolher os Ministros de Estado. No entanto, a nomeação em tela teria sido praticada em desvio de finalidade, na medida em que buscou finalidade não pública – conferir prerrogativa de foro ao nomeado, impedindo o curso das investigações.

Requeru medida liminar para sustar os efeitos da nomeação. Pediu provimento que desconstitua a nomeação.

O PARTIDO DA SOCIAL DEMOCRACIA BRASILEIRA – PSDB impetrou o Mandado de Segurança Coletivo 34.071.

Quanto ao cabimento da ação, sustentou que os partidos políticos têm ampla legitimidade para impetrar mandado de

segurança em caráter coletivo. Relatou que a autoridade impetrada nomeou Luiz Inácio Lula da Silva para o cargo de Chefe da Casa Civil, com status de Ministro de Estado. afirmou que a Presidente da República tem competência para, a seu juízo, escolher os Ministros de Estado. No entanto, a nomeação em tela teria sido praticada em desvio de finalidade, na medida em que buscou finalidade não pública – conferir prerrogativa de foro ao nomeado, impedindo o curso das investigações. Alegou que o ato da Presidente da República violou o princípio da moralidade estampado no art. 37, caput, da Constituição Federal, bem como outros princípios fundamentais, que devem reger toda e qualquer atividade da Administração Pública. Sustentou ainda que a referida nomeação ofende os preceitos do juiz natural e do devido processo legal. Aduz que a Presidente da República, por meio do ato impugnado, praticou crime de responsabilidade por violar o art. 85, caput e os incisos II, IV e VII, da Constituição Federal. Sustentou, em síntese, que o ato impetrado “atentou contra a Constituição Federal e, especialmente, contra o livre exercício do Poder Judiciário, a probidade na administração e o cumprimento das decisões judiciais do juízo da 13ª Vara Criminal Federal de Curitiba”.

Requeru medida liminar para sustar os efeitos da nomeação. Pediu provimento que desconstitua a nomeação e que mantenha a competência do Juízo da 13ª Vara Criminal de Curitiba.

Decido.

O inciso LXIX, do art. 5º, trata do mandado de segurança e o inciso LXX, de sua impetração em caráter coletivo:

“LXIX - conceder-se-á mandado de segurança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público;

LXX - o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

- a) partido político com representação no Congresso Nacional;
- b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados;”

Ambos os partidos políticos impetrantes comprovam que têm representação no congresso nacional.

A presente ação testa os limites do mandado de segurança coletivo impetrado por partido político.

O que se tem é o manejo, por partidos políticos de oposição, de mandado de segurança contra ato da Chefia do Poder Executivo que, em tese, viola a separação dos poderes (art. 2º) e princípios constitucionais da administração pública (art. 37).

O interesse tutelado é de caráter difuso, na definição do art. 81, parágrafo único, I, do CDC, por ser transindividual, indivisível e de titularidade indeterminada:

“I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato (...)”.

Há dois pontos nada triviais, intimamente conectados, a serem apreciados quanto à adequação da via eleita. Primeiro, se o mandado de segurança coletivo pode ser usado para a tutela de direitos difusos. Segundo, se os partidos políticos são legitimados para usar a ação com tal finalidade.

O emprego do mandado de segurança coletivo para a tutela de interesses difusos não é aceito de forma tranquila.

A Lei 12.016/09, que “disciplina o mandado de segurança individual e coletivo”, indica em sentido contrário. O parágrafo único do art. 21, específico da impetração em caráter coletivo, afirma que a ação pode ser manejada para tutela de direitos coletivos e individuais homogêneos, não mencionando os direitos difusos:

“Art. 21. O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial.

Parágrafo único. Os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser:

I - coletivos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica;

II - individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante”.

De forma paralela, surge a questão da possibilidade de o partido político usar a ação em defesa de interesses que não são peculiares a seus filiados

Foi essa a ratio que guiou o Tribunal no julgamento do RE 196.184, Rel. Min. Ellen Gracie, julgado em 27.10.2004. O caso tratava da possibilidade de utilização da ação com o objetivo de tutelar o interesse individual homogêneo disponível – interesse dos contribuintes em não se submeter a aumento no IPTU. Concluiu-se que a tutela do interesse individual homogêneo disponível deveria ser feita pelos próprios contribuintes, individual ou coletivamente, não sendo viável a tutela pela ação de mandado de segurança coletivo manejada por partido político.

Daquela feita, eu mesmo registrei discordância quanto à possibilidade do partido político impetrar segurança em favor de “interesses outros que não os de seus eventuais filiados”.

Percebo que a análise que fiz daquela feita foi excessivamente restritiva. Os partidos políticos têm finalidades

institucionais bem diferentes das associações e sindicatos. Representam interesses da sociedade, não apenas dos seus membros. Representam até mesmo aqueles que não lhes destinam voto.

A ideia de “representação” pelos partidos é da essência da própria definição legal incorporada ao direito brasileiro. Veja-se, a propósito, o que dispõe o art. 1º da Lei n. 9.096/1995:

“Art. 1º O partido político, pessoa jurídica de direito privado, destina-se a assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo e a defender os direitos fundamentais definidos na Constituição Federal”.

Assim, não parece correto conferir-lhes o mesmo tratamento dado às associações e indicados. E não foi isso que fez o texto constitucional em vigor.

Como já anotei, a exigência de que o mandado de segurança coletivo seja impetrado “em defesa dos interesses de seus membros ou associados” consta apenas da alínea “b” do inciso LXXII do art. 5º. Não consta da alínea “a”, tampouco do próprio inciso.

Aliás, essa diferença não parece ter sido nunca ignorada por esta Corte em sede de controle abstrato. Veja-se a maneira como este Tribunal interpreta o art. 103 da Constituição Federal, que cuida dos legitimados para ADI e ADC. Exige-se pertinência temática para as entidades previstas no inciso IX (“confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional”), mas não para os partidos políticos. Deles exige-se apenas que contem com representante no Congresso Nacional, quando da propositura da ação direta.

Nessa linha, no já mencionado RE 196.184, a fundamentação da relatora afirmou que os partidos políticos poderiam manejar a ação em defesa de quaisquer interesses difusos.

O fato é que o precedente reduziu a importância da impetração da ordem de mandado de segurança coletivo por partido político, ao impedir o uso da ação para a defesa de interesses individuais homogêneos não peculiares aos filiados, sem que estivessem claros os limites de emprego do remédio na tutela de interesses coletivos e difusos. No cenário atual, os casos de mandado de segurança coletivo são raros.

A superveniente Lei 12.016/09 parece adotar a linha restritiva, limitando o objeto da ação do partido à “defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária”.

A leitura restritiva vem sendo criticada com excelentes argumentos. Teori Zavascki, em obra doutrinária, defende que os partidos políticos têm legitimidade ampla para manejar a ação, independentemente de vinculação com interesse de seus filiados. E vai além, sustentando que a ação pode ser manejada para a tutela de interesses difusos, ligados às finalidades do partido. Assim, um partido com programa voltado para a área ambiental poderá requerer a segurança contra ato ofensivo ao meio ambiente. Transcrevo:

“É de se reconhecer, todavia, que, pelo menos no que diz respeito aos partidos políticos (CF, art. 5º, LXX, a), o texto constitucional não estabeleceu limites quanto à natureza dos direitos tuteláveis por conta da legitimação que lhes foi conferida. Assim, numa interpretação compreensiva e abrangente, não se podem considerar excluídos dessa tutela os direitos transindividuais, desde que, obviamente, se trate de direitos líquidos e certos e que estejam presentes os pressupostos de legitimação, adiante referidos, nomeadamente o que diz respeito ao indispensável elo de pertinência entre o direito tutelado e os fins institucionais do partido político impetrante. É de se considerar adequado, sob esse aspecto, que um partido político cuja bandeira seja a proteção do meio ambiente natural impetre mandado de segurança contra ato de autoridade lesivo ao equilíbrio ecológico. Tem-se aí, sem dúvida, hipótese de mandado de segurança para tutelar direito de natureza transindividual, sem titular certo, pertencente a todos, como assegura o art. 225 da CF”. (ZAVASCKI, Teori. Processo coletivo. 6 ed. São Paulo: RT, 2014. p. 193-194)

Segundo defende Teori Zavascki, o “elo de relação e de compatibilidade” entre o interesse defendido e os “fins institucionais ou programáticos do partido político” seria o limite para a aferição do cabimento da ação.

Leonardo José Carneiro também aponta no sentido do cabimento da impetração para a tutela de interesses difusos:

“Contrariamente ao que sugere o texto legal e não obstante a opinião de tais importantes doutrinadores, não deve haver limitações ou restrições ao uso de ações coletivas. Havendo um direito transindividual que mereça ser protegido, tutelado, prevenido, reparado, será cabível a ação coletiva, aí incluído o mandado de segurança.

Como manifestação dessa garantia de acesso à justiça, é forçoso admitir todas as espécies de demandas e provimentos capazes de propiciar a adequada e efetiva tutela dos direitos transindividuais. E é decorrência do acesso à justiça a efetividade da tutela preventiva e repressiva de quaisquer danos provocados a direitos transindividuais mediante o uso de todos os meios adequados. Em razão do acesso à justiça, não deve haver limitações ou restrições ao uso de ações coletivas. Sempre que um direito transindividual for ameaçado ou lesado será cabível a ação coletiva. A garantia de acesso à justiça marca o processo coletivo, valendo dizer que o mandado de segurança coletivo afigura-se cabível para a defesa de qualquer direito coletivo, seja ele difuso, coletivo ou individual homogêneo.

Impõe-se, enfim, conferir ao parágrafo único do art. 21 da Lei n° 12.016/2009 uma interpretação conforme a Constituição para entender que o mandado de segurança coletivo também se destina à proteção dos direitos difusos.

O art. 5º, LXX, da Constituição Federal não faz qualquer limitação, devendo extrair-se da norma sua máxima efetividade, de sorte a admitir que o mandado de segurança coletivo sirva não somente à proteção dos direitos coletivos e individuais homogêneos, mas igualmente aos difusos”.

(DA CUNHA, Leonardo José Carneiro. A fazenda pública em juízo. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2010. pp. 469 - 470).

Na mesma linha, José Afonso da Silva afirma o seguinte:

“Pensamos que a regra geral prevalece em todos os casos em que se reclama o direito subjetivo individual dos associados. [...] Não se indicaram, porém, interesses de quem os partidos políticos podem defender pelo mandato de segurança coletivo. Questão aberta. Logo, entendemos que eles podem defender direito subjetivo individual de seus membros, desde que se admita, como se está admitindo, que o mandato de segurança coletivo também é meio hábil para a defesa de direito subjetivo individual de integrantes da parte institucional legitimada.

[...] interesses legítimos, difusos ou coletivos [...] Fica o mandato de segurança coletivo sujeito ao requisito do direito líquido e certo?

Não consta essa exigência do dispositivo constitucional que o institui. O requisito constava da proposta inicial do remédio, mas foi logo eliminado nas sucessivas redações do texto. A alínea b do inc. LXX do art. 5º fala em “interesses” e não em “direitos”. Será isso suficiente para afastar o requisito, sabido que também na primeira proposta do instituto se destinava ele a “proteger direito líquido e certo”, mas na defesa de interesses de membros e associados das entidades referidas? Se o requisito do direito líquido e certo for eliminado, não se correrá o risco de perder-se a principal característica do instituto, que é a celeridade?

[...] quando os partidos políticos impetrarem-no na defesa de interesse coletivo difuso exigem-se ao menos a ilegalidade e a lesão do interesse que o fundamenta”. (DA SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. pp. 458 – 459).

Alexandre de Moraes também é enfático na mesma linha:

“Os partidos políticos, desde que representados no Congresso Nacional, têm legitimação ampla, podendo proteger quaisquer interesses coletivos ou difusos ligados à sociedade.

[...] Anote-se, porém, que não foi esse o entendimento do legislador, ao estabelecer no art. 21 da Lei nº 12.016/09, que o mandato de segurança coletivo poderá ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a (1) seus integrantes ou (2) à finalidade partidária.

Não nos parece a melhor solução refutamo-as, inclusive, inconstitucional. Ora, se todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos da Constituição (CF, art. 1º, parágrafo único), sendo indispensável para o exercício da capacidade eleitoral passiva (elegibilidade) o alistamento eleitoral (CF, art. 14, 3º, III), a razão da existência dos partidos políticos é a própria subsistência do Estado Democrático de Direito e da preservação dos direitos e garantias fundamentais (CF, art. 1º, V – consagra o pluralismo político como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil). Nesta esteira de raciocínio, o legislador constituinte pretende fortalecê-los concedendo-lhes legitimação para o mandato de segurança coletivo, para a defesa da própria sociedade contra atos ilegais ou abusivos por parte da autoridade pública. Cercear essa legitimação somente para seus próprios interesses ou de seus filiados é retirar dos partidos políticos a característica de essencialidade em um Estado Democrático de Direito e transformá-lo em mera associação privada, o que, certamente, não foi a intenção do legislador constituinte”. (MORAES, Alexandre. Direito Constitucional. 31. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2015. pp. 177)

A concretização do dispositivo constitucional que prevê a legitimidade do uso do mandato de segurança coletivo por partido político ainda é uma obra em andamento. Os limites do art. 21 da Lei 12.016/09 servem como indicativo, mas certamente não como limite das hipóteses de cabimento da ação. Tratando-se de garantia constitucional, não poderia o legislador restringir seus contornos para além de seu significado. Nesse sentido, leciona Alexandre de Moraes:

“A supremacia absoluta das normas constitucionais e a prevalência dos princípios que regem a República, entre eles, a cidadania e o pluralismo político como seus fundamentos basilares, obrigam o intérprete, em especial o Poder Judiciário, no exercício de sua função interpretativa, aplicar não só a norma mais favorável à proteção aos direitos humanos, inclusive aos direitos políticos, mas também eleger, em seu processo hermenêutico, a interpretação que lhes garanta a maior e mais ampla proteção; e, conseqüentemente, exigem a inconstitucionalidade, com a respectiva declaração de nulidade parcial, do caput do artigo 21 da Lei 12.016/09, no sentido de se excluir a restrição ao objeto do mandato de segurança coletivo ajuizado por partidos políticos tão somente à defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária”. MORAES, Alexandre de. Lei transformou partidos em meras associações. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2009-nov-23/lei-ms-coletivo-transformou-partidos-meras-associacoes-classe>. Acesso em: 17.3.2016.

Uma solução que exclua a tutela de interesses difusos ou relacione necessariamente a vinculação da ação a interesse de seus integrantes é excessivamente restritiva. Como bem anotado por Teori Zavascki, “tal limitação implicaria não apenas o desvirtuamento da natureza da agremiação partidária – que não foi criada para satisfazer interesses dos filiados –, como também a eliminação, na prática, da faculdade de impetrar mandato de segurança coletivo” – op. cit, p. 196.

Por outro lado, é preciso ter cuidado para evitar que a ação confira uma legitimidade universal aos partidos políticos. O critério da finalidade partidária é uma limitação segura e correta.

Mas creio que a melhor interpretação ainda precisa ir um passo além. Aqui deve ser feito um paralelo com o mandato de segurança impetrado contra desvios no processo legislativo.

Ainda sob a Constituição de 1967/69, o Supremo Tribunal Federal, no MS 20.257 (MS 20.257, Rel. Min. Moreira Alves,

RTJ, 99(3)/1040), entendeu admissível a impetração de mandado de segurança contra ato da Mesa da Câmara ou do Senado Federal, asseverando que, quando “a vedação constitucional se dirige ao próprio processamento da lei ou da emenda (...), a inconstitucionalidade (...) já existe antes de o projeto ou de a proposta se transformarem em lei ou em emenda constitucional, porque o próprio processamento já desrespeita, frontalmente, a Constituição” (MS 20.257, Rel. Min. Moreira Alves, RTJ, 99(3)/1040).

Atualmente, a jurisprudência do Tribunal está pacificada no sentido de que “o parlamentar tem legitimidade ativa para impetrar mandado de segurança com a finalidade de coibir atos praticados no processo de aprovação de leis e emendas constitucionais que não se compatibilizam com o processo legislativo constitucional” (MS 24.642, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 18.6.2004; MS 20.452/DF, Rel. Min. Aldir Passarinho, RTJ, 116 (1)/47; MS 21.642/DF, Rel. Min. Celso de Mello, RDA, 191/200; MS 24.645/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 15.9.2003; MS 24.593/DF, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 8.8.2003; MS 24.576/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 12.9.2003; MS 24.356/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 12.9.2003).

Também aqui se afigura evidente que se cuida de uma utilização especial do mandado de segurança, não exatamente para assegurar direito líquido e certo de parlamentar, mas para resolver peculiar conflito de atribuições ou “conflito entre órgãos”.

Em ambos os casos de violação à premissa de validade do processo legislativo, é cabível o mandado de segurança para resguardar a regularidade jurídico-constitucional do processo político de deliberação e aprovação de leis (MS 20.257, Rel. Min. Décio Miranda, DJ de 27.2.1981; MS 24.642, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 18.6.2004).

Em 24-4-2013, foi concedida liminar no MS 32.033, Rel. Min. Gilmar Mendes, para suspender a tramitação de projeto de lei que se considerava violador de cláusulas pétreas, uma vez que, entre outros vícios de inconstitucionalidade que apresentava, implicava o tratamento não isonômico entre partidos e parlamentares que se encontravam em situação idêntica. O Plenário do Supremo Tribunal, por maioria de votos, conheceu do mandado de segurança, confirmando a tradicional jurisprudência da Corte acerca do cabimento da impetração preventiva em defesa do direito público subjetivo do parlamentar de não se submeter a processo legislativo eivado de inconstitucionalidade (vício formal) ou cuja proposição apresentada traga proposta tendente a abolir cláusulas pétreas da Constituição Federal. No mérito, todavia, por maioria de votos, a Corte não referendou a posição do relator (julgamento finalizado em 20.6.2013).

Esse tipo de ação é um mecanismo de defesa institucional, uma salvaguarda das prerrogativas das minorias parlamentares contra abusos cometidos pela maioria.

Aqui pode ser construída solução paralela. É bem verdade que não se está cuidando de processo legislativo, mas de ato administrativo de efeitos concretos do Poder Executivo.

Mas, pela inexistência de lesão imediata a direitos individuais, a oposição não dispõe de ação que possa atacar imediatamente o ato alegadamente contrário ao direito.

Existe a possibilidade de tutela via ação popular, mas essa via não é aberta aos partidos políticos. Além disso, o mandado de segurança é uma ação que, ao menos em regra, tutela interesses também passíveis de salvaguarda em vias ordinárias.

A oposição tem claro interesse em levar ao judiciário atos administrativos de efeitos concretos lesivos a direitos difusos.

E nosso sistema consagra a tutela de violações a direitos difusos como um valor a ser buscado, na perspectiva do acesso à jurisdição.

No presente caso, estão em apreciação vários mandados de segurança em caráter coletivo impetrados por partidos políticos com representação no Congresso Nacional, não integrantes da base aliada, contra ato da Presidente da República.

Logo, trata-se de uma via de defesa da ordem institucional que pode ser validamente desenvolvida e aceita.

Feitas essas considerações, tenho por cabíveis as ações de mandado de segurança.

Passo a apreciar os pedidos liminares propriamente ditos.

A partir do caso Natan Donadon, o STF consolidou jurisprudência no sentido de que a renúncia a cargos públicos que conferem prerrogativa de foro, com o velado objetivo de escapar ao julgamento em iminência, configura desvio de finalidade, inapto a afastar a competência para o julgamento da causa – AP 396, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgada em 28.10.2010.

A situação aqui envolve o contrário. A alegação é de que pessoa foi nomeada para o cargo de Ministro de Estado para deslocar o foro para o STF e salvaguardar-se contra eventual ação penal sem a autorização parlamentar prevista no art. 51, I, da CF.

Em estudo pioneiro sobre o tema, Vladimir Passos de Freitas defende que o ato de nomear pessoa para lhe atribuir foro privilegiado é nulo:

“Porém, pode suceder o oposto, ou seja, alguém acusado da prática de um delito é convidado a ocupar um cargo que lhe dê foro especial, isto é, dê-lhe a possibilidade de livrar-se da Justiça de primeira instância e de responder em um tribunal. Isso pode ocorrer no Poder Executivo e no Legislativo, onde há uma grande quantidade de cargos em comissão. Por exemplo, um vereador está sendo investigado por crime de pedofilia e consegue nomeação para o cargo de secretário de Estado, subtraindo-se da ação do promotor da comarca e sujeitando-se a uma ação no Tribunal de Justiça, onde o

processo andará mais lentamente.

Em caso como o do exemplo citado, é preciso verificar se a finalidade do ato administrativo de nomeação foi deturpada, a fim de atingir objetivo diverso do simulado. Odete Medauar é clara ao dizer que 'o fim de interesse público vincula a atuação do agente, impedindo a intenção pessoal' (MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno, 17. ed. São Paulo: RT, 2013, p. 157. Se os motivos forem apenas aparentes, porque o fim desejado é outro, ocorrerá desvio de finalidade. É o caso, por exemplo, da remoção de um policial sob o argumento de que dele se necessita em outro município, quando, na verdade, o objetivo é afastá-lo da investigação de determinado caso.

Hely Lopes Meirelles, com a clareza que marcou suas obras, ensina que 'o desvio de finalidade ou de poder se verifica quando a autoridade, embora atuando nos limites de sua competência, pratica o ato por motivos ou com fins diversos dos objetivados pela lei ou exigidos pelo interesse público' (MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro, 14. ed. São Paulo: RT, 1989, p. 92.. Celso Antonio Bandeira de Mello enfatiza que, 'a propósito do uso de um ato para alcançar finalidade diversa da que lhe é própria, costuma se falar em 'desvio de poder' ou 'desvio de finalidade'' (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, Elementos de Direito Administrativo. São Paulo: RT, 1987, p. 47).

A consequência dessa deturpação do objetivo, que na realidade administrativa brasileira não é rara, é a nulidade do ato. Lucas Rocha Furtado, de forma objetiva, observa que, 'independentemente de qualquer outro vício, se o ato foi praticado contrariando a finalidade legal que justificou a outorga de competência para a prática do ato, ele é nulo' (FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 303).

Para arrematar, a Lei da Ação Popular, 4.717, de 1965, afirma que é nulo o ato administrativo praticado com desvio de finalidade e no artigo 2º, parágrafo único, alínea "e" explicita que:

e) o desvio de finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência.

Se assim é, conforme ensinamento uniforme da melhor doutrina, resta apenas saber como, no caso concreto, se concluirá pela existência ou não de dissimulação. Evidentemente, o ato sempre será editado com base em premissas falsas, aparentemente verdadeiras.

A resposta está na análise das circunstâncias. Por exemplo, imagine-se que um médico renomado, portador de títulos acadêmicos, seja convidado para assumir a Secretaria de Saúde do Estado e que responda, no Juizado Especial Criminal, pelo crime de lesões corporais leves, em virtude de um soco desferido em seu vizinho em meio a uma acalorada discussão em assembleia de condomínio. Seria ridículo imaginar que a indicação de seu nome visava subtrair do JEC a competência para processá-lo, passando-a ao Tribunal de Justiça.

No entanto, diversa será a situação se a indicação for feita a um dentista envolvido em graves acusações de estupro de pacientes para ocupar o cargo de ministro dos Transportes, no momento exato em que o Tribunal de Justiça julgará apelação contra sentença que o condenou a 20 anos de reclusão. Ai o objetivo será flagrantemente o de evitar o julgamento pelo TJ e a manutenção da sentença condenatória e a sua execução imediata, transferindo o caso para o Supremo Tribunal Federal. O ato administrativo será nulo por evidente desvio de finalidade.

A ocorrência desse tipo de desvio de conduta sujeitará a autoridade administrativa, seja ela membro do Poder Legislativo, prefeito, governador, presidente da República ou outra do segundo escalão do Executivo, a ação popular e, ainda, ação ordinária de nulidade do ato, junto com a União, que poderá ser proposta no foro federal do domicílio do autor.

Na verdade, as práticas administrativas passam, no Brasil, por um flagrante processo de mudança. Basta ver a obrigatoriedade atual da transparência dos atos administrativos, inimaginável há duas ou três décadas. Assim, os administradores, seja qual for o nível ou o Poder de Estado a que pertençam, devem se acautelar na condução de seus atos, pois, em boa hora, ficou para trás o tempo do "manda quem pode, obedece quem tem juízo". (FREITAS, Vladimir Passos de. Nomeação para dar foro privilegiado a réu é ato administrativo nulo. Disponível em: http://www.conjur.com.br/2016-mar-13/segunda-leitura-nomeacao-dar-foro-privilegiado-reu-ato-administrativo-nulo#_ednref5. Acesso em: 18.3.2016.)

Nenhum Chefe do Poder Executivo, em qualquer de suas esferas, é dono da condução dos destinos do país; na verdade, ostenta papel de simples mandatário da vontade popular, a qual deve ser seguida em consonância com os princípios constitucionais explícitos e implícitos, entre eles a probidade e a moralidade no trato do interesse público "lato sensu".

O princípio da moralidade pautava qualquer ato administrativo, inclusive a nomeação de Ministro de Estado, de maneira a impedir que sejam conspurcados os predicados da honestidade, da probidade e da boa-fé no trato da "res publica".

Não por outra razão que o caput do art. 37 da CF indica como diretriz administrativa:

"Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração (...)" (grifou-se)

Por sua vez, o art. 87 da Lei Maior enuncia:

“Art. 87. Os Ministros de Estado serão escolhidos dentre brasileiros maiores de vinte e um anos e no exercício dos direitos políticos.

Parágrafo único. Compete ao Ministro de Estado, além de outras atribuições estabelecidas nesta Constituição e na lei:

- I - exercer a orientação, coordenação e supervisão dos órgãos e entidades da administração federal na área de sua competência e referendar os atos e decretos assinados pelo Presidente da República;
- II - expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos;
- III - apresentar ao Presidente da República relatório anual de sua gestão no Ministério;
- IV - praticar os atos pertinentes às atribuições que lhe forem outorgadas ou delegadas pelo Presidente da República”.

Apesar de ser atribuição privativa do Presidente da República a nomeação de Ministro de Estado (art. 84, inciso I, da CF), o ato que visa o preenchimento de tal cargo deve passar pelo crivo dos princípios constitucionais, mais notadamente os da moralidade e da impessoalidade (interpretação sistemática do art. 87 c/c art. 37, II, da CF).

A propósito, parece especialmente ilustrativa a lição de Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero, na obra “Ilícitos Atípicos”. Dizem os autores, a propósito dessa categoria: “Os ilícitos atípicos são ações que, prima facie, estão permitidas por uma regra, mas que, uma vez consideradas todas as circunstâncias, devem considerar-se proibidas”. (ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Rui. *Ilícitos Atípicos*. 2ª ed. Madrid: Editorial Trotta, 2006, p. 12)

E por que devem ser consideradas proibidas? Porque, a despeito de sua aparência de legalidade, porque, a despeito de estarem, à primeira vista, em conformidade com uma regra, destoam da razão que a justifica, escapam ao princípio e ao interesse que lhe é subjacente. Trata-se simplesmente de garantir coerência valorativa ou justificativa ao sistema jurídico e de apartar, com clareza, discricionariedade de arbitrariedade.

O mesmo raciocínio abarca os três institutos bem conhecidos da nossa doutrina: abuso de direito, fraude à lei e desvio de finalidade/poder. Todos são ilícitos atípicos e têm em comum os seguintes elementos: 1) a existência de ação que, prima facie, estaria em conformidade com uma regra jurídica; 2) a produção de um resultado danoso como consequência, intencional ou não, da ação; 3) o caráter injustificado do resultado danoso, à luz dos princípios jurídicos aplicáveis ao caso e 4) o estabelecimento de uma segunda regra que limita o alcance da primeira para qualificar como proibidos os comportamentos que antes se apresentavam travestidos de legalidade.

Especificamente nos casos de desvio de finalidade, o que se tem é a adoção de uma conduta que aparenta estar em conformidade com um certa regra que confere poder à autoridade (regra de competência), mas que, ao fim, conduz a resultados absolutamente incompatíveis com o escopo constitucional desse mandamento e, por isso, é tida como ilícita.

Aplicando essas noções ao caso em tela, tem-se que a Presidente da República praticou conduta que, a priori, estaria em conformidade com a atribuição que lhe confere o art. 84, inciso I, da Constituição – nomear Ministros de Estado. Mas, ao fazê-lo, produziu resultado concreto de todo incompatível com a ordem constitucional em vigor: conferir ao investigado foro no Supremo Tribunal Federal.

Não importam os motivos subjetivos de quem pratica o ato ilícito. O vício, o ilícito, tem natureza objetiva. A bem dizer, a comprovação dos motivos subjetivos que impeliram a mandatária à prática, no caso em tela, configura elemento a mais a indicar a presença do vício em questão, isto é, do desvio de finalidade.

A rigor, não cabe investigar aqui o dolo, a intenção de fraudar a lei. Não está em questão saber se a Presidente praticou crime, comum ou de responsabilidade. Não é disso que se cuida.

É exatamente esse pano de fundo que deve nortear a análise de eventual desvio de finalidade na nomeação de Ministro de Estado.

Nesse contexto, o argumento do desvio de finalidade é perfeitamente aplicável para demonstrar a nulidade da nomeação de pessoa criminalmente implicada, quando prepondera a finalidade de conferir-lhe foro privilegiado.

No caso concreto, a alegação é de que o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva teria sido empossado justamente para deslocar o foro para o STF e salvaguardar contra eventual ação penal sem a autorização parlamentar prevista no art. 51, I, da CF.

Havia investigações em andamento, que ficariam paralisadas pela mudança de foro, uma delas que ensejou medidas de busca e apreensão contra Luiz Inácio Lula da Silva – Operação Aletheia, desdobramento da Lava Jato. Havia uma denúncia pendente de apreciação, acompanhada de um pedido de decretação de prisão preventiva – caso Bancoop.

É muito claro o tumulto causado ao progresso das investigações, pela mudança de foro. E “autoevidente” que o deslocamento da competência é forma de obstrução ao progresso das medidas judiciais.

Não se nega que as investigações e as medidas judiciais poderiam ser retomadas perante o STF. Mas a retomada, no entanto, não seria sem atraso e desassossego. O tempo de trâmite para o STF, análise pela PGR, seguida da análise pelo relator e, eventualmente, pela respectiva Turma, poderia ser fatal para a colheita de provas, além de adiar medidas cautelares.

Logo, só por esses dados objetivos, seria possível concluir que a posse em cargo público, nas narradas circunstâncias, poderia configurar fraude à Constituição.

A rigor, assim como nos precedentes acerca da manutenção da competência do Tribunal em caso de renúncia em fase de julgamento, não seria necessário verificar os motivos íntimos que levaram à prática do ato. A simples nomeação, assim

como a renúncia, demonstram suficientemente a fraude à Constituição.

Mas, neste caso, o elemento subjetivo é revelado por riqueza probatória que não merece passar despercebida.

As impetrações são amparadas em provas produzidas no Processo 50062059820164047000, da 13ª Vara Federal de Curitiba, no qual foi determinada a interceptação de vários telefones, entre eles terminais utilizados por Luiz Inácio Lula da Silva.

Em decisão datada de 16.3, o juiz da causa levantou o sigilo das gravações, pelo que não há óbice em utilização como prova neste procedimento – e. 135.

Antes de progredir, é indispensável avaliar a possibilidade de o diálogo entre a Presidente da República e Luiz Inácio Lula da Silva travado na tarde do dia 16.3, 13h32, poder ser invocado para demonstração dos fatos. A validade da interceptação é publicamente contestada, por ter sido realizada após ordem judicial para a suspensão dos procedimentos.

De fato, houve decisão determinando a interrupção das interceptações em 16.3.2016, às 11h13. A ordem não foi imediatamente cumprida, o que levou ao desvio e gravação do áudio mencionado.

No momento, não é necessário emitir juízo sobre a licitude da gravação em tela. Há confissão sobre a existência e conteúdo da conversa, suficiente para comprovar o fato.

Em pelo menos duas oportunidades, a Presidente da República admitiu a conversa, fazendo referências ao seu conteúdo. Uma delas, uma nota oficial, datada de quarta-feira, 16 de março de 2016, às 23h58, com o seguinte teor:

“Para conhecimento público, divulgamos cópia do termo de posse assinado hoje à tarde pelo ex-presidente Lula e que se encontra em poder da Casa Civil. Esse termo foi objeto do telefonema mantido entre o ex-presidente Lula e a presidenta Dilma Rousseff, sendo, no dia de hoje, divulgado, ilegalmente, por decisão da Justiça Federal do Paraná.

A presidenta assinará o documento amanhã (17), em solenidade pública de posse, estando presente ou não o ex-presidente Lula.

A transmissão de cargo entre o ministro Jaques Wagner e o ex-presidente Lula foi marcada para a próxima terça-feira (22). Trata-se de momento distinto da posse.

Finalmente, cabe esclarecer que no diálogo entre o ex-presidente Lula e a presidente Dilma a expressão ‘pra gente ter ele’ significa ‘o governo ter o termo de posse’, assinado pelo presidente Lula, para em caso de sua ausência já podermos utilizá-lo na cerimônia de amanhã. Por isso, o verbo não é “usa” mas sim o governo usar o referido termo de posse.

Assim, o diálogo foi realizado com base nos princípios republicanos e dentro da estrita legalidade.

Secretaria de Imprensa

Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República”.

Outra, discurso proferido pela Presidente da República por ocasião da posse do mencionado ministro, na manhã de 17.3.

Ou seja, há uma admissão pessoal da existência da conversa e da autenticidade do conteúdo da gravação.

Estamos diante de um caso de confissão extrajudicial, com força para provar a conversa e seu conteúdo, de forma independente da interceptação telefônica. Aplicam-se, aqui, o art. 212, I, do Código Civil combinado com o art. 353 do Código de Processo Civil, vigente por ocasião das declarações:

“Art. 212. Salvo o negócio a que se impõe forma especial, o fato jurídico pode ser provado mediante:

I - confissão;

Art. 353. A confissão extrajudicial, feita por escrito à parte ou a quem a represente, tem a mesma eficácia probatória da judicial; feita a terceiro, ou contida em testamento, será livremente apreciada pelo juiz”.

A confissão não mereceria invalidação pelo nexa com a prova ilícita – gravação sem autorização. A admissão foi espontânea, na medida em que sobre ela não houve indagação por autoridade. A iniciativa de comentar a conversa, admitindo seu conteúdo, mas contestando sua interpretação, foi da própria autoridade impetrada. Ela não estava sob interrogatório. Tomou a iniciativa de se pronunciar.

Assim, salvo hipótese de anulação da confissão – erro de fato ou coação – houve uma admissão irrevogável dos fatos, que torna irrelevante qualquer debate acerca da validade das gravações, na forma do art. 214 do CC:

“Art. 214. A confissão é irrevogável, mas pode ser anulada se decorreu de erro de fato ou de coação”.

Ultrapassado esse ponto, passo a avaliar a prova.

É notório que o ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva era pessoa de interesse em duas grandes investigações relativas a fatos ocorridos no seu governo: Operação Zelotes e Operação Lava Jato.

Em 4.3.2016, medidas ostensivas no âmbito da Operação Lava Jato revelaram que o ex-Presidente estava sob investigação.

De forma paralela, o ex-Presidente era investigado num esquema de fraudes, desvio de recursos e lavagem de dinheiro no âmbito da cooperativa Bancoop. Em 10.3.2016, foi ele denunciado pelo Ministério Público de São Paulo. Na peça, foi postulada a decretação da prisão preventiva. Em 14.3.2016, fundada na conexão com as investigações da Operação Lava Jato, a juíza da 4ª Vara Criminal de São Paulo declinou da competência da respectiva ação penal para o Juízo responsável por aquela Operação, a 13ª Vara Federal de Curitiba.

Ou seja, pairava cenário que indicava que, nos próximos desdobramentos, o ex-Presidente poderia ser implicado em posteriores investigações, preso preventivamente e processado criminalmente.

A assunção de cargo de Ministro de Estado seria uma forma concreta de obstar essas consequências.

As conversas interceptadas com autorização da 13ª Vara Federal de Curitiba apontam no sentido de que foi esse o propósito da nomeação.

Em 8.3.2016, às 18h11, Luiz Inácio Lula da Silva mantém conversa com o cientista político Alberto Carlos. Este diz que analisou seu caso e que a única chance de escapar da prisão seria a assunção de um Ministério. Transcrevo:

“ALBERTO CARLOS: Eles te condenaram efetivamente, tá?! Não tem defesa jurídica que salve, tá?! eu tô falando assim...

LILS: "uhumm"

ALBERTO CARLOS: eu tô falando é com alarmismo mesmo, tá?

LILS: "uhumm"

ALBERTO CARLOS: É uma decisão individual daquele cara lá de Curitiba. Ele pega e toma a decisão, tá tomada, acabou!

LILS: "uhumm"

ALBERTO CARLOS: No meu entender, ele faz um balão de ensaio na sexta-feira. Como é que seria se ele tomasse essa decisão? Tá, "ele" fez um "testeinho", "vamo" quebrar o gelo e ver como é que seria, tá?! Eu acho, tá, tem uma coisa que tá na mão de vocês, é MINISTÉRIO, acabou, porra!

LILS: "uhumm"

ALBERTO CARLOS: Sabe, eu acho que a vacilação da parte de vocês, tô falando genericamente, de um modo geral, é uma guerra política, é uma disputa política, o cara lá é juiz, mas é um tucano, formação OPUS DEI e o cacete à quatro, entendeu? Ele tá ali, depende da cabeça dele, só na cabeça dele, entendeu? Vai que esse cara é maluco e ousado suficiente pra tomar uma decisão nessa direção?! Você uma coisa na tua mão hoje! Usa caralho!

LILS: "uhumm"

ALBERTO CARLOS: Você entendeu?! É alarmista mesmo, entendeu? Porra, vai incendiar o país se esse cara fizer, ele não é um homem na política.

LILS: Então, deixa eu te falar uma coisa, eu até, até acho que ele deve fazer pra ver o que acontece...Porque veja, eu quero, eu tô vivendo uma situação de anormalidade, ou seja, esses caras podem investigar minha conta na casa do caralho, que não vão encontrar um centavo. Esses caras sabem que eu

não tenho apartamento, esses caras sabem que eu não tenho a chácara, esses caras sabem que não só eu fiz muita palestra, como eu fui o mais bem pago conferencista do começo século 21. Só eu e o Clinton...Eu não sei se o Stiglitz depois, sabe? Agora se o cidadão começa a levantar suspeita de tudo isso, eu quero ver como é que eles vão provar que eu tenho uma chácara, como é eles vão provar que eu tenho um apartamento. Porque alguém vai ter que pagar pra mim ter". Porque eu não posso ter, sem pagar...

ALBERTO CARLOS: É, mas dado a forma com o processo é constituído, eles já fizeram isso, entendeu? Você vai botar a defesa, e eles vão dizer, dane-se! Ele acabou de dizer aí o negócio do MARCELO que é DOMÍNIO DO FATO e acabou, você entendeu?

LILS: "uhumm"

ALBERTO CARLOS: É autoritária, a Justiça Brasileira é a última peça de autoritarismo da sociedade brasileira, e você tá embaixo dela agora, "fodeu!" O cara montou isso. Entendeu? No meu entender é isso, ele tem a faca e o queijo na mão, infelizmente dói dizer isso, tá? Agora, você tem uma coisa na tua mão porra: você,

o PT, a DILMA.... Faz isso e foda-se! Vai ter porrada? Vão criticar? E daí? Ne porra...Numa boa, você resolve outro problema, que é o problema da governabilidade.Porra, você e DILMA, um depende do outro, cacete!

LILS: "uhumm"

ALBERTO CARLOS: Eu mandei, eu fiz o balão de ensaio com os meus clientes. Mandei um informativo trabalhando com a seguinte hipótese. Joguei, é uma hipótese, da minha cabeça mesmo. Você: MINISTRO; e o PALOCCI na FAZENDA. Cara, nego começou a me ligar, "vai acontecer isso?!" Não, eu falei, é só uma hipótese. Acaba a crise, acaba! Põe o mercado no bolso, e faz o que tem que ser feito, acabou! Porra, só o PT tem isso, tem os dois quadros que acabam com a crise, caralho! Pô, tá esperando o que?! Que arranjo vocês estão esperando?!

LILS: Não, não tô esperando nenhum arranjo não. Pra mim é muito difícil essa hipótese. Na verdade, ELA JA OFERECIU, sabe?! Mas eu vou ter uma conversa hoje, que, depois eu te ligo.

ALBERTO CARLOS: Porra, não tem... olha só, o articulador é você. Você tentou lá o PMDB, você tem total credibilidade na frente do PMDB, você tem total credibilidade na frente do PT, total credibilidade na frente de todos os partidos. Acabou, sentou lá, tá resolvido o problema de credibilidade. Tá resolvido. Botou nosso "amigo" lá na Fazenda, tá resolvido a economia, a expectativa pura! Expectativa pura! Eu tô fora aqui, eu tô vendo o que é isso.

LILS: É, mas na hora que esse meu "amigo" faz um papel disso, e a imprensa cai de cacete nele, quem é que defende?!

ALBERTO CARLOS: Foda-se, tá todo mundo fodido, entendeu?

LILS: Porque ele já foi. Eu vou conversar e depois a gente volta a conversar. Eu te ligo amanhã,

ALBERTO CARLOS: Vocês têm a faca e o queijo na mão. Só vocês têm isso no Brasil hoje, mais ninguém. Porra, não vai aproveitar isso?! A sua ousadia, você sempre foi ousado caralho!

LILS: "uhumm"

ALBERTO CARLOS: Você entende? Ousadia, vai levar porrada, a GLOBO vai bater, "ahh lá, confissão de culpa". Foda-se, o que que é melhor?! Isso daí, ganhar o jogo ou perder o jogo?!

LILS: "uhumm"

ALBERTO CARLOS: Eu acho que não pode ser vacilante, eu acho que o partido tá vacilando nesse momento. É vacilação pura.

LILS: Ta bom.

ALBERTO CARLOS: Vocês têm os quadros, e a faca e o queijo pra reencaminhar a discussão, politicamente falando, ta?! E é você e "nosso amigo" lá. Foda-se, tá todo mundo queimado. A Lava Jato queimou todo mundo, a Câmara, o Senado, porra antes era só ele que tava queimado, agora é todo mundo. E daí?

LILS: "uhumm". Ta bom meu irmão, obrigado pelo conselho. Tá bom.

ALBERTO CARLOS: Mete pau, é duro falar isso pra você, mas, porra, eu tô alarmado com tudo que tá acontecendo. Eles vão foder o país, e você pode reverter isso, você e DILMA podem reverter isso.

LILS: Ta bom meu irmão, ta bom querido.

ALBERTO CARLOS: Vai lá, tamo do lado tá. Do lado tá Tchau.

A hipótese da assunção do cargo público partiu do interlocutor, não de Luiz Inácio Lula da Silva. Além disso, mesmo que, do ponto de vista de Luiz Inácio Lula da Silva, houvesse o objetivo de obstruir as investigações, não seria o suficiente para configurar o desvio de finalidade. Seria indispensável o concurso do agente público responsável pelo ato, no caso, da Presidente da República. Elementos subsequentes indicam esse concurso.

Em uma conversa no dia 10.3, Rui Falcão, Presidente do Partido dos Trabalhadores, propõe ao então Ministro Chefe da Casa Civil, Jaques Wagner, a nomeação de Luiz Inácio Lula da Silva para cargo de Ministro de Estado, para impedir sua prisão:

"RUI FALCÃO: Alô, seu ministro, você tá no celular, é?"

ASSESSOR DE JAQUES WAGNER: É.

RUI FALCÃO: Ele sabe as condições que tão o celular dele né?

ASSESSOR DE JAQUES WAGNER: O presidente Rui Falcão quer falar com o senhor rapidinho.

JAQUES WAGNER: Alô.

RUI FALCÃO: Alô.

JAQUES WAGNER: Oi.

RUI FALCÃO: Oi, Jaques. O louco do Conserino aqui pediu a preventiva do Lula.

JAQUES WAGNER: É, eu vi porra.

RUI FALCÃO: Sim, e eles vão deslocar alguém pra cá, como é que é?

JAQUES WAGNER: Deslocar em que sentido?

RUI FALCÃO: Não, acho que tem que vim (sic) alguém pra cá, porra, pra se mexer aqui também.

JAQUES WAGNER: Mas alguém quem? Só pra eu entender. Não, que eu não tô raciocinando.

RUI FALCÃO: Não tem ministro da Justiça, não tem.

JAQUES WAGNER: Não, tem ministro da Justiça. Ele tá no ministério. Claro. Ele tá no posto.

RUI FALCÃO: Alguma iniciativa vocês precisam tomar. Porque tá na mão de uma juíza da Quarta Vara que não sabe quando toma decisão, mas pode tomar decisão hoje. Nós...

JAQUES WAGNER: Ah, ele pediu a preventiva do cara em cima do quê?

RUI FALCÃO: Não... não tem... em cima do triplex, da denúncia, ele é louco. Os três promotores aqui, Jaques.

JAQUES WAGNER: Tá bom. Deixa eu fazer alguma coisa aqui.

RUI FALCÃO: É, porque eles podem, a juíza pode despachar agora, tá? Tem os advogados tá lá (sic), "tamo" chamando deputado...

JAQUES WAGNER: Falou, ok.

RUI FALCÃO: A outra coisa é o seguinte: se nomear ele hoje, o que que acontece?

JAQUES WAGNER: Ai não sei, eu tô por fora.

RUI FALCÃO: Então, consulta isso também...

JAQUES WAGNER: Mas ele já decidiu?

RUI FALCÃO: Não, mas nós "tamo" todo mundo pressionou ele aqui. Fernando Haddad, todo movimento sindical, todo mundo.

JAQUES WAGNER: Tá bom.

RUI FALCÃO: Tá.

JAQUES WAGNER: Eu acho que tem que ficar cercado em torno do prédio dele e sair na porrada, Rui.

RUI FALCAO: Tem nada.

JAQUES WAGNER: Não, tudo bem, ué? Mas tem que cercar tudo.

RUI FALCÃO: Não, eu sei, mas enquanto isso...

JAQUES WAGNER: Tudo bem, deixa eu falar aqui.

RUI FALCÃO: Alerta a presidente. Toma a decisão de Estado-Maior aí.

JAQUES WAGNER: Falou, ok...

RUI FALCÃO: E mantém a gente informado. Ele, tá?

JAQUES WAGNER: Tá bom".

Até então, temos uma sugestão formulada ao membro do primeiro escalão governamental, sem indicação de acolhida por parte da Chefe de Governo.

Mas duas conversas entre Luiz Inácio Lula da Silva e a Presidente da República parecem demonstrar que esta assumiu o propósito como seu.

No dia 4.3, às 13h02, Luiz Inácio Lula da Silva se diz assustado com a "República de Curitiba" e afirma que a Suprema Corte está acovardada:

"LILS: É um espetáculo de pirotecnia sem precedentes, querida. Eles estão convencidos de que com a imprensa chefiando qualquer processo investigatório eles conseguem refundar a República.

DILMA: É isso aí!!

LILS: Nós temos uma SUPREMA CORTE totalmente acovardada, nós temos uma SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA totalmente acovardado, um PARLAMENTO totalmente acovardado, somente nos últimos tempos é que o PT e o PC do B é que acordaram e começaram a brigar. Nós temos um PRESIDENTE DA CÂMARA fodido, um PRESIDENTE do SENADO fodido, não sei quanto parlamentares ameaça dos, e fica

todo mundo no compasso de que vai acontecer um milagre e que vai todo mundo se salvar. Eu, sinceramente, tô assustado com a "REPÚBLICA DE CURITIBA". Porque a partir de um juiz de 1ª Instância, tudo pode acontecer nesse país.

DILMA: Então era tudo igual o que sempre foi, é?".

Não há aqui pedido de nomeação para o cargo, mas há uma clara indicação da crença de que seria conveniente retirar a acusação da 13ª Vara Federal de Curitiba – a "República de Curitiba" –, transferindo o caso para uma "Suprema Corte acovardada". Além do tumulto processual causado pela declinação, há a crença de que o foro no STF seria leniente com o ex-Presidente.

O objetivo da Presidente da República de nomear Luiz Inácio Lula da Silva para impedir sua prisão é revelado pela conversa seguinte, em 16.3, 13h32. Trata-se de diálogo sobre o termo de posse, com o seguinte conteúdo:

"DILMA: Alô.

LILS: Alô.

DILMA: LULA, deixa eu te falar uma coisa.

LILS: Fala querida. "Ahn"

DILMA: Seguinte, eu tô mandando o "BESSIAS" junto com o PAPEL pra gente ter ele, e só usa em caso de necessidade, que é o TERMO DE POSSE, tá?!

LILS: "Uhum". Tá bom, tá bom.

DILMA: Só isso, você espera aí que ele tá indo aí.

LILS: Tá bom, eu tô aqui, eu fico aguardando.

DILMA: Tá?!

LILS: Tá bom.

DILMA: Tchau.

LILS: Tchau, querida".

A Presidente diz que enviará o termo de posse "para gente ter ele", mas orienta: "só usa em caso de necessidade".

Em suas manifestações sobre o diálogo, a Presidente sustentou que estava mandando uma versão do termo de posse. A justificativa é de que o novo ministro não saberia se poderia ir à cerimônia, marcada para a manhã do dia 17.3. Assim, a Presidente teria mandado o emissário não para entregar o termo, mas para colher a assinatura do empossando, para que o documento ficasse arquivado na Presidência. Transcrevo a nota oficial da Presidência nesse sentido:

"Finalmente, cabe esclarecer que no diálogo entre o ex-presidente Lula e a presidente Dilma a expressão "pra gente ter ele" significa "o governo ter o termo de posse", assinado pelo presidente Lula, para em caso de sua ausência já podermos utilizá-lo na cerimônia de amanhã. Por isso, o verbo não é "usa" mas sim o governo usar o referido termo de posse".

Essa explicação não corresponde ao que foi dito, nem é compatível com a legislação de regência.

A Presidente claramente orienta Luiz Inácio Lula da Silva quanto à utilização do documento: "só usa em caso de necessidade". A tese de que a Presidência ficaria com o documento e só usaria se o empossando não fosse à cerimônia não se coaduna com o dito na conversa.

Tampouco a versão oficial é compatível com a legislação de regência do ato de posse.

A lei diz que a posse se dá "pela assinatura do respectivo termo", no prazo de trinta dias "contados da publicação do ato

de provimento” – Lei 8.112/89, art. 13, §1º. Em regra pessoal, a posse pode se dar mediante procuração específica – § 3º do mesmo artigo.

Parece indisputável que, no momento da conversa, Luiz Inácio Lula da Silva não poderia tomar posse, por duas razões. Primeiro, porque o cargo de Ministro Chefe da Casa Civil estava ocupado por Jaques Wagner. Segundo, porque ainda não fora nomeado. A exoneração de Wagner e nomeação de Luiz Inácio Lula da Silva aconteceram pela publicação de edição extraordinária do Diário Oficial da União, na noite daquele dia 16.3.

A versão oficial está atenta a essa impossibilidade. Não cogita de que a posse estaria ocorrendo no momento da entrega do termo. O documento seria uma reserva, para ser assinada pela Presidente da República, e portanto tornar-se um documento público, no dia seguinte, 17.3, na qual ocorreria a cerimônia.

Ocorre que a legislação de regência veda essa hipótese. Se Luiz Inácio Lula da Silva não estivesse presente na cerimônia de posse, duas consequências poderiam ocorrer: ou ele não tomaria posse – podendo fazê-lo a qualquer momento, no intervalo de trinta dias contados da publicação da nomeação – ou tomaria posse por procuração – caso enviasse mandatário com poderes específicos.

Em nenhuma hipótese, a posse poderia ocorrer pela aposição, pela Presidente, de sua assinatura, em termo adrede assinado pelo nomeado.

A despeito disso, a Presidente da República emitiu nota, acompanhada de documento intitulado “termo de posse”, assinado pela autoridade empossada, mas não pela autoridade que dá a posse, sem data preenchida. O mesmo documento foi exibido na cerimônia de posse, como sendo o objeto da conversa em questão. O texto do documento dá conta de que a suposta posse teria ocorrido “perante a Excelentíssima Senhora Presidenta da República”.

Se Luiz Inácio Lula da Silva não houvesse comparecido à cerimônia, isso seria uma clara contrafação.

Se havia dúvida quanto à possibilidade de comparecimento pessoal, bastaria deixar procuração assinada com poderes para o ato.

Uma explicação plausível para o documento objeto da conversa é que foi produzido um termo de posse, assinado de forma antecipada pela Presidente da República, com a finalidade de comprovar fato não verídico – que Luiz Inácio Lula da Silva já ocupava o cargo de Ministro de Estado. O objetivo da falsidade é claro: impedir o cumprimento de ordem de prisão de juiz de primeira instância. Uma espécie de salvo conduto emitido pela Presidente da República.

Ou seja, a conduta demonstra não apenas os elementos objetivos do desvio de finalidade, mas também a intenção de fraudar.

Assim, é relevante o fundamento da impetração.

É urgente tutelar o interesse defendido.

Como mencionado, há investigações em andamento, para apuração de crimes graves, que podem ser tumultuadas pelo ato questionado. Há, inclusive, pedido de prisão preventiva e de admissibilidade de ação penal, que necessitam de definição de foro para prosseguimento.

Por fim, registro que os presentes mandados de segurança coletivos impetrados no Supremo Tribunal Federal não têm o condão de suspender o trâmite de ações populares já em curso em outras instâncias ou mesmo de obstar a propositura de nova demanda. Tratando-se de feitos de competência de instâncias distintas, impossível sua reunião. Tampouco a presente ação impede a análise de tutela de urgência em ações populares, conforme dispõe o art. 1º, § 2º, da Lei 8.437/92.

Ante o exposto, defiro a medida liminar, para suspender a eficácia da nomeação de Luiz Inácio Lula da Silva para o cargo de Ministro Chefe da Casa Civil, determinando a manutenção da competência da justiça em Primeira Instância dos procedimentos criminais em seu desfavor.

Comunique-se à 13ª Vara Federal de Curitiba.

Notifique-se a autoridade impetrada.

Dê-se ciência ao Advogado-Geral da União.

Inclua-se Luiz Inácio Lula da Silva na autuação. Cite-se como litisconsorte passivo necessário.

Apensem-se os autos dos Mandados de Segurança 34.070 e 34.071, para tramitação e julgamento conjunto.

Com as respostas, dê-se vista ao Procurador-Geral da República.

Publique-se. Int.

Brasília, 18 de março de 2.016.

Ministro Gilmar Mendes

Relator

Documento assinado digitalmente

Observação

CASO "OPERAÇÃO LAVA JATO"

10/05/2016

Legislação feita por:(MFO).

Decisões no mesmo sentido

MS 34071 MC PROCESSO ELETRÔNICO
JULG-18/03/2016 UF-DF MIN-GILMAR MENDES
DJe-054 DIVULG 22/03/2016 PUBLIC 28/03/2016

Legislação

LEG-FED CF ANO-1988
ART-00001 INC-00005 PAR-UNICO ART-00002
ART-00005 INC-00069 INC-00070 LET-A
LET-B INC-00072 LET-B ART-00014
PAR-00003 INC-00003 ART-00037 "CAPUT"
INC-00002 ART-00051 INC-00001 ART-00084
INC-00001 ART-00085 "CAPUT" INC-00002
INC-00004 INC-00007 ART-00087 ART-00103
INC-00009 ART-00225
CF-1988 CONSTITUIÇÃO FEDERAL
LEG-FED LEI-005869 ANO-1973
ART-00353
CPC-1973 CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL
LEG-FED LEI-008078 ANO-1990
ART-00081 PAR-UNICO INC-00001
CDC-1990 CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR
LEG-FED LEI-010406 ANO-2002
ART-00212 INC-00001 ART-00214
CC-2002 CÓDIGO CIVIL
LEG-FED LEI-012016 ANO-2009
ART-00021 PAR-UNICO INC-00001 INC-00002
LMS-2009 LEI DO MANDADO DE SEGURANÇA
LEG-FED LEI-004717 ANO-1965
ART-00002 PAR-UNICO LET-E
LEI ORDINÁRIA
LEG-FED LEI-008112 ANO-1990
ART-00013 PAR-00001 PAR-00003
RJU-1990 REGIME JURÍDICO DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS DA UNIÃO,
DAS AUTARQUIAS E DAS FUNDAÇÕES PÚBLICAS FEDERAIS

LEG-FED LEI-008437 ANO-1992
ART-00001 PAR-00002
LEI ORDINÁRIA
LEG-FED LEI-009096 ANO-1995
ART-00001
LEI ORDINÁRIA

fim do documento

ANEXO 2.....



AC 4070 Ref / DF - DISTRITO FEDERAL
 REFERENDO NA AÇÃO CAUTELAR
 Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI
 Julgamento: 05/05/2016
 Publicação: 21/10/2016
 Órgão julgador: Tribunal Pleno

Publicação
 ACÓRDÃO ELETRÔNICO
 DJe-225 DIVULG 20-10-2016 PUBLIC 21-10-2016

Partes
 AUTOR(A/S)(ES) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
 PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
 RÉU(É)(S) : E C D C
 ADV.(A/S) : TICIANO FIGUEIREDO DE OLIVEIRA

Ementa
 Ementa: CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. MEDIDA CAUTELAR DE SUSPENSÃO DO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO (ART. 319, VI, DO CPP), A ABRANGER TANTO O CARGO DE PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS QUANTO O MANDATO PARLAMENTAR. CABIMENTO DA PROVIDÊNCIA, NO CASO, EM FACE DA SITUAÇÃO DE FRANCA EXCEPCIONALIDADE. COMPROVAÇÃO, NA HIPÓTESE, DA PRESENÇA DE MÚLTIPLOS ELEMENTOS DE RISCOS PARA A EFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO CRIMINAL E PARA A DIGNIDADE DA PRÓPRIA CASA LEGISLATIVA. ESPECIFICAMENTE EM RELAÇÃO AO CARGO DE PRESIDENTE DA CÂMARA, CONCORRE PARA A SUSPENSÃO A CIRCUNSTÂNCIA DE FIGURAR O REQUERIDO COMO RÉU EM AÇÃO PENAL POR CRIME COMUM, COM DENÚNCIA RECEBIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, O QUE CONSTITUI CAUSA INIBITÓRIA AO EXERCÍCIO DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. DEFERIMENTO DA MEDIDA SUSPENSIVA REFERENDADO PELO PLENÁRIO.

Decisão
 O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, referendou o deferimento da medida requerida, determinando a suspensão do exercício do mandato de deputado federal do requerido, Eduardo Cosentino da Cunha, e, por consequência, da função de Presidente da Câmara dos Deputados. O Tribunal também determinou que se notifique o Primeiro-Vice-Presidente da Câmara dos Deputados, ou, na sua ausência, o Segundo-Vice-Presidente (art. 18 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados), do inteiro teor da presente decisão, a fim de que a cumpra e faça cumprir, nos termos regimentais próprios. Presidiu o julgamento o Ministro Ricardo Lewandowski. Plenário, 05.05.2016.

Indexação
 - VIDE EMENTA.

Legislação
 LEG-FED DEL-003689 ANO-1941
 ART-00319 INC-00006
 CPP-1941 CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Observação
 Número de páginas: 3.
 Análise: 25/10/2016, M.JC.
 Número de páginas: 3.
 Análise: 25/10/2016, M.JC.

fim do documento

ANEXO 3.....



ADPF 402 MC-Ref / DF - DISTRITO FEDERAL
REFERENDO NA MEDIDA CAUTELAR NA ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL
 Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO
 Redator(a) do acórdão: Min. CELSO DE MELLO
 Julgamento: 07/12/2016
 Publicação: 29/08/2018
 Órgão julgador: Tribunal Pleno



Publicação
 PROCESSO ELETRÔNICO
 DJe-177 DIVULG 28-08-2018 PUBLIC 29-08-2018

Partes

REQTE(S) : REDE SUSTENTABILIDADE
 ADV.(A/S) : EDUARDO MENDONÇA E OUTRO(A/S)
 INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS
 ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
 AM. CURIAE. : PARTIDO DO MOVIMENTO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO - PMDB
 ADV.(A/S) : MARCELO DE SOUZA DO NASCIMENTO E OUTRO(A/S)
 AM. CURIAE. : PARTIDO HUMANISTA DA SOLIDARIEDADE - PHS
 AM. CURIAE. : PARTIDO TRABALHISTA NACIONAL - PTN
 AM. CURIAE. : PARTIDO PROGRESSISTA - PP
 AM. CURIAE. : SOLIDARIEDADE - SDD
 AM. CURIAE. : PARTIDO SOCIAL CRISTÃO - PSC
 AM. CURIAE. : PARTIDO REPUBLICANO BRASILEIRO - PRB
 ADV.(A/S) : RICARDO MARTINS JÚNIOR

Ementa

E M E N T A: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – PRETENDIDO AFASTAMENTO CAUTELAR DO PRESIDENTE DO SENADO FEDERAL NO QUE SE REFERE AO EXERCÍCIO DESSA ESPECÍFICA FUNÇÃO INSTITUCIONAL EM RAZÃO DE OSTENTAR A CONDIÇÃO DE RÉU NO ÂMBITO DE PROCESSO DE ÍNDOLE PENAL CONTRA ELE EXISTENTE (Inq 2.593/DF) – INADMISSIBILIDADE, NESSE PONTO, DA POSTULAÇÃO CAUTELAR – CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO IMPEDE O PARLAMENTAR DE PRESIDIR A CASA LEGISLATIVA QUE DIRIGE – A QUESTÃO DA APLICABILIDADE E DO ALCANCE DA NORMA INSCRITA NO ART. 86, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL NO QUE CONCERNE AOS SUBSTITUTOS EVENTUAIS DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA (CF, art. 80) – CLÁUSULA CONSTITUCIONAL QUE DETERMINA O AFASTAMENTO PREVENTIVO DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA EM HIPÓTESE DE INSTAURAÇÃO, CONTRA ELE, DE PROCESSO DE ÍNDOLE POLÍTICO-ADMINISTRATIVA (“IMPEACHMENT”) OU DE NATUREZA PENAL (CF, art. 86, § 1º) – SITUAÇÃO DE IMPEDIMENTO QUE TAMBÉM ATINGE OS SUBSTITUTOS EVENTUAIS DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO DA UNIÃO (PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS, PRESIDENTE DO SENADO FEDERAL E PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL), SE E QUANDO CONVOCADOS A EXERCER, EM CARÁTER INTERINO, A PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA – INTERDIÇÃO PARA O EXERCÍCIO INTERINO DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA QUE, NO ENTANTO, NÃO OBSTA NEM IMPEDE QUE O SUBSTITUTO EVENTUAL CONTINUE A DESEMPENHAR A FUNÇÃO DE CHEFIA QUE TITULARIZA NO ÓRGÃO DE ORIGEM – REFERENDO PARCIAL DA DECISÃO DO RELATOR (MINISTRO MARCO AURÉLIO), DEIXANDO DE PREVALECEER NO PONTO EM QUE ORDENAVA O AFASTAMENTO IMEDIATO DO SENADOR RENAN CALHEIROS DO CARGO DE PRESIDENTE DO SENADO FEDERAL. – Os substitutos eventuais do Presidente da República – o Presidente da Câmara dos Deputados, o Presidente do Senado Federal e o Presidente do Supremo Tribunal Federal (CF, art. 80) – ficarão unicamente impossibilitados de exercer, em caráter interino, a Chefia do Poder Executivo da União, caso ostentem a posição de réus criminais, condição que assumem somente após o recebimento judicial da denúncia ou da queixa-crime (CF, art. 86, § 1º, I). – Essa interdição, contudo – por unicamente incidir na hipótese estrita de convocação para o exercício, por substituição, da Presidência da República (CF, art. 80) –, não os impede de desempenhar a Chefia que titularizam no órgão de Poder que dirigem, razão pela qual não se legitima qualquer decisão que importe em afastamento imediato de tal posição funcional em seu órgão de origem. – A “ratio” subjacente a esse entendimento (exigência de preservação da respeitabilidade das instituições republicanas) apoia-se no fato de que não teria sentido que os substitutos eventuais a que alude o art. 80 da Carta Política, ostentando a condição formal de acusados em juízo penal, viessem a dispor, para efeito de desempenho transitório do ofício presidencial, de maior aptidão jurídica que o próprio Chefe do Poder Executivo da União, titular do mandato, a quem a Constituição impõe, presente o mesmo contexto (CF, art. 86, § 1º), o necessário afastamento cautelar do cargo para o qual foi eleito.

Decisão

O Tribunal referendou, em parte, a liminar concedida, para assentar, por unanimidade, que os substitutos eventuais do Presidente da República a que se refere o art. 80 da Constituição, caso ostentem a posição de réus criminais perante esta Corte Suprema, ficarão unicamente impossibilitados de exercer o ofício de Presidente da República, e, por maioria, nos termos do voto do Ministro Celso de Mello, negou referendo à liminar, no ponto em que ela estendia a determinação de afastamento imediato desses mesmos substitutos eventuais do Presidente da República em relação aos cargos de chefia e direção por eles titularizados em suas respectivas Casas, no que foi acompanhado pelos Ministros Teori Zavascki, Dias Toffoli, Luiz Fux, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia (Presidente), vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator), Edson Fachin e Rosa Weber, que referendavam integralmente a liminar concedida. Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, também por votação majoritária, não referendou a medida liminar na parte em que ordenava o afastamento imediato do senador Renan Calheiros do cargo de Presidente do Senado Federal, nos termos do voto do Ministro Celso de Mello, vencidos os Ministros Marco Aurélio (Relator), Edson Fachin e Rosa Weber, restando prejudicado o agravo interno. O Ministro Celso de Mello ajustou a parte dispositiva de seu voto de mérito, proferido na assentada anterior, aos fundamentos dele constantes, para julgar parcialmente procedente o pedido formulado na presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, mantidos os termos de seu voto. Declarou-se suspeito o Ministro Roberto Barroso. Ausente, justificadamente, o Ministro Gilmar Mendes, em face da participação na 25ª Sessão do Conselho de Estados Membros do Instituto Internacional para a Democracia e Assistência Eleitoral (Ideia), realizada em Estocolmo, Suécia. Falaram, pela requerente, REDE SUSTENTABILIDADE, o Dr. Daniel Samento, pelo Senado Federal, o Advogado-Geral do Senado, Dr. Alberto Cascais, e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 07.12.2016.

Indexação

- PRINCÍPIO DA HARMÔNIA ENTRE OS PODERES, PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES, PRINCÍPIO DA INDEPENDÊNCIA DOS PODERES, PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO, PRESERVAÇÃO, DEMOCRACIA, EXERCÍCIO, FUNÇÃO JURISDICIONAL, PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES, ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, DESRESPEITO, DECISÃO JUDICIAL, SUBSTITUIÇÃO, PER SALTUM, PRESIDENTE DA REPÚBLICA, PERIGO DE DANO INVERSO, INTERFERÊNCIA, FUNCIONAMENTO, CONGRESSO NACIONAL.

- FUNDAMENTAÇÃO COMPLEMENTAR, MIN. TEORI ZAVASCKI: CUMPRIMENTO, DECISÃO JUDICIAL, ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, TUTELA DE URGÊNCIA, DEVIDO PROCESSO LEGAL, AMPLA DEFESA, EFETIVIDADE, JURISDIÇÃO, TUTELA DE URGÊNCIA, PROCESSO OBJETIVO, RISCO, DANO IRREPARÁVEL.

- FUNDAMENTAÇÃO COMPLEMENTAR, MIN. LUIZ FUX: CRIMINALIZAÇÃO, DESCUMPRIMENTO, DECISÃO JUDICIAL, CONTROLE ABSTRATO, REGRA, CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, TUTELA DE URGÊNCIA, TUTELA ANTECIPADA, PERICULUM IN MORA, RESULTADO ÚTIL DO PROCESSO, FUMUS BONI JURIS, RECEBIMENTO, DENÚNCIA, AFASTAMENTO, EXERCÍCIO DE FUNÇÃO PÚBLICA, ANALOGIA, PERIGO DE DANO INVERSO, ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO.

- FUNDAMENTAÇÃO COMPLEMENTAR, MIN. DIAS TOFFOLI: PERICULUM IN MORA, SUCESSÃO, PRESIDENTE DA REPÚBLICA. SUSPENSÃO, PRESIDENTE DA REPÚBLICA, EXERCÍCIO DE FUNÇÃO PÚBLICA, PRINCÍPIO DA MORALIDADE, PRINCÍPIO REPUBLICANO. DISTINÇÃO, PERDA DE CARGO PÚBLICO, SUSPENSÃO, EXERCÍCIO DE FUNÇÃO PÚBLICA. IMUNIDADE, PRESIDENTE DA REPÚBLICA, DELITO, CORRELAÇÃO, EXERCÍCIO DE MANDATO ELETIVO. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA, IMUNIDADE, PRESIDENTE DA REPÚBLICA. INTERPRETAÇÃO JURÍDICA, AMPLIAÇÃO, EXCEÇÃO, PRECEITO FUNDAMENTAL, CRIAÇÃO, REQUISITO, ASSUNÇÃO, CARGO, PRESIDENTE, CÂMARA DOS DEPUTADOS, SENADO FEDERAL, STF, SUCESSÃO, PER SALTUM, DEMONSTRAÇÃO, ELEMENTO CONCRETO, PERICULUM LIBERTATIS, RISCO, REITERAÇÃO DELITIVA, OBSTÁCULO, PRODUÇÃO DE PROVA, AFASTAMENTO, PRESIDENTE, CASA LEGISLATIVA.

- FUNDAMENTAÇÃO COMPLEMENTAR, MIN. RICARDO LEWANDOWSKI: COMPETÊNCIA, MINISTRO RELATOR, DEFERIMENTO, LIMINAR, ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL.

- VOTO VENCIDO, MIN. MARCO AURÉLIO: URGÊNCIA, COMPROMETIMENTO, SEGURANÇA JURÍDICA. INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA, INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA, CONSTITUIÇÃO FEDERAL. IGUALDADE, TRATAMENTO JURÍDICO, PRESIDENTE, CÂMARA DOS DEPUTADOS, SENADO FEDERAL. DESRESPEITO, DECISÃO JUDICIAL, STF, FRAGILIDADE, PODER JUDICIÁRIO.

- VOTO VENCIDO, MIN. EDSON FACHIN: EFEITO, DECISÃO JUDICIAL, AFASTAMENTO, PRESIDENTE, SENADO FEDERAL, PRAZO, SUSTAÇÃO, AÇÃO PENAL. PRINCÍPIO DA HARMONIA ENTRE OS PODERES, PRINCÍPIO DA INDEPENDÊNCIA DOS PODERES. ATRIBUIÇÃO, PODER JUDICIÁRIO, FORMAÇÃO DE CULPA, CONCILIAÇÃO, JUÍZO, CARÁTER POLÍTICO, PODER LEGISLATIVO.

- TERMO(S) DE RESGATE. CONTENT OF LAW.

Legislação

LEG-FED CF ANO-1937
CF-1937 CONSTITUIÇÃO FEDERAL

LEG-FED CF ANO-1967
ART-00083 REDAÇÃO DADA PELA EMC-1/1969
ART-00083 PAR-00002 INCLUÍDO PELA EMC-1/1969
CF-1967 CONSTITUIÇÃO FEDERAL

LEG-FED EMC-000001 ANO-1969
EMENDA CONSTITUCIONAL

LEG-FED CF ANO-1988
ART-00002 ART-00003 ART-00005 INC-00054
INC-00055 INC-00057 ART-00012 PAR-00003
INC-00001 INC-00003 ART-00051 INC-00001
ART-00053 ART-00079 ART-00080 ART-00081
PAR-00001 INC-00001 ART-00086 "CAPUT"
PAR-00001 INC-00001 PAR-00002 PAR-00004
PAR-ÚNICO ART-00102 PAR-00001
CF-1988 CONSTITUIÇÃO FEDERAL

LEG-FED EMC-000035 ANO-2001
EMENDA CONSTITUCIONAL

LEG-FED LCP-000035 ANO-1979
LOMAN-1979 LEI ORGÂNICA DA MAGISTRATURA NACIONAL

LEG-FED LCP-000064 ANO-1990
ART-00001 INC-00001 LET-E REDAÇÃO DADA PELA LCP-135/2010
ART-00001 INC-00001 LET-E ITEM-1 INCLUÍDO PELA LCP-135/2010
ART-00001 INC-00001 LET-E ITEM-2 INCLUÍDO PELA LCP-135/2010
ART-00001 INC-00001 LET-E ITEM-3 INCLUÍDO PELA LCP-135/2010
ART-00001 INC-00001 LET-E ITEM-4 INCLUÍDO PELA LCP-135/2010
ART-00001 INC-00001 LET-E ITEM-5 INCLUÍDO PELA LCP-135/2010
ART-00001 INC-00001 LET-E ITEM-6 INCLUÍDO PELA LCP-135/2010
ART-00001 INC-00001 LET-E ITEM-7 INCLUÍDO PELA LCP-135/2010
ART-00001 INC-00001 LET-E ITEM-8 INCLUÍDO PELA LCP-135/2010
ART-00001 INC-00001 LET-E ITEM-9 INCLUÍDO PELA LCP-135/2010
ART-00001 INC-00001 LET-E ITEM-10 INCLUÍDO PELA LCP-135/2010
LEI COMPLEMENTAR

LEG-FED LCP-000135 ANO-2010
LEI COMPLEMENTAR

LEG-FED LEI-008429 ANO-1992
ART-00020 PAR-ÚNICO
LEI ORDINÁRIA

LEG-FED LEI-009882 ANO-1999
ART-00005 PAR-00001
LEI ORDINÁRIA

LEG-FED LEI-013105 ANO-2015
ART-00077
CPC-2015 CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

LEG-FED DEL-003689 ANO-1941
ART-00282 ART-00309 INC-00006 ART-00319
INC-00006
CPP-1941 CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

LEG-FED RGI ANO-1980
ART-00315 PAR-00002
RISTF-1980 REGIMENTO INTERNO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Observação

- Acórdão(s) citado(s):

(MUNIDADE, PRESIDENTE DA REPÚBLICA)

ADI 1021 (TP), HC 83154 (TP), AP 305 QO (TP).

(MUNIDADE, PRESIDENTE DA REPÚBLICA, ANALOGIA, PODER LEGISLATIVO)

Inq 3983 (TP).

(PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA)

HC 95886 (2ªT), ADC 43 MC (TP), ADC 44 MC (TP).

(CONTROLE ABSTRATO, CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL)

ADI 5318 MC (TP).

(DEVIDO PROCESSO LEGAL)

RE 140195 (2ªT), RE 191480 (2ªT), RE 199800 (2ªT), AI 241201 AgR (2ªT), RE 197649 (TP) - RTJ 163/790, RTJ 183/371, RDA 97/110, RDA 114/142, RDA 118/899.

- Decisão monocrática citada:

(DEVIDO PROCESSO LEGAL)

AI 306626.

- Veja Inq 2593 e AC 4070 do STF.

Número de páginas: 91.

Análise: 20/11/2018, KBP.

Doutrina

STRECK, Lênio. Não há previsão constitucional para afastamento de Renan Calheiros. Consultor Jurídico.

Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-dez-06/strecknao-previsao-constitucional-afastamento-renan?imprimir=1o>. Acesso em: 6 dez. 2016.

CANOTINHO, José Joaquim Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. Coimbra: Almedina, 1997. p. 1097/1098.

MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil. 2. ed. Saraiva, 2000. v. 4. Tomo II. p. 437.

fim do documento

ANEXO 4.....



MS 34609 MC / DF - DISTRITO FEDERAL
MEDIDA CAUTELAR EM MANDADO DE SEGURANÇA
 Relator(a): Min. CELSO DE MELLO
 Julgamento: 14/02/2017
 Publicação: 16/02/2017

Publicação
 PROCESSO ELETRÔNICO
 DJe-031 DIVULG 15/02/2017 PUBLIC 16/02/2017

Partes
 IMPTE.(S) : REDE SUSTENTABILIDADE - DIRETÓRIO NACIONAL
 ADV.(A/S) : MÁRLON JACINTO REIS E OUTRO(A/S)
 IMPDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA
 PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
 LIT.PAS.(A/S) : WELLINGTON MOREIRA FRANCO
 ADV.(A/S) : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS
 ADV.(A/S) : RAFAEL MARTINS ESTORILIO

Decisão
 DECISÃO:

1. O pedido: impugnação à investidura do Senhor Wellington Moreira Franco no cargo de Ministro de Estado.

Trata-se de mandado de segurança, com pedido de medida liminar, impetrado por agremiação partidária contra o decreto presidencial de nomeação do Senhor Wellington Moreira Franco, investido no cargo de Ministro de Estado Chefe da Secretaria-Geral da Presidência da República.

Sustenta-se, nesta sede mandamental, que referido ato de nomeação mostrar-se-ia inválido, porque afetado por desvio de finalidade, eis que a razão subjacente a tal deliberação presidencial consistiria, alegadamente, em virtude da outorga de prerrogativa de foro ao litisconsorte passivo necessário, em “evitar o regular andamento das investigações em sede da operação Lava Jato”, para, desse modo, “impedir sua prisão e os regulares desdobramentos perante o juízo monocrático”, o que “coloca em risco a celeridade do julgamento”.

O impetrante do presente mandado de segurança coletivo insiste na afirmação de que “a criação de um Ministério quatro dias após a homologação de delações premiadas [o caso Odebrecht] teve o fito de obstrução da justiça”, revelando-se “dispensáveis provas subjetivas para tanto”.

Após enfatizar que o “ato ilegal de criação de Ministério para concessão de prerrogativa de função cumpre todos os requisitos clássicos das hipóteses sempre narradas como exemplificativas do desvio de finalidade”, o autor desta ação mandamental adverte que a permanência do Senhor Wellington Moreira Franco no cargo de Ministro de Estado, por implicar deslocamento da competência penal, para esta Suprema Corte, do órgão judiciário de primeira instância, repercutirá, “ilegalmente, na sequência das investigações e em eventual apreciação de pedido de prisão formulado contra ele”, dando causa – segundo alega o impetrante – a um contexto claramente revelador de fraude à Constituição.

2. Informações prestadas pelo Senhor Presidente da República: (a) não conhecimento do mandado de segurança e (b) denegação do pedido.

Presente esse quadro, determinei, por razões de prudência, e apenas para efeito de apreciação do pedido cautelar, a audiência prévia do Senhor Presidente da República, na condição de autoridade apontada como coatora, para que se manifestasse, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, especificamente, sobre a pretendida concessão de medida liminar e, ainda, sobre a questão pertinente à legitimidade ativa “ad causam” de partidos políticos para o ajuizamento de mandado de segurança coletivo em tema de proteção jurisdicional a direitos ou interesses metaindividuais.

O Senhor Presidente da República, ao prestar, no prazo assinalado, as informações que lhe foram solicitadas, manifestou-se, em caráter preliminar, pelo não conhecimento do presente “writ” mandamental e, no mérito, pela denegação da segurança, sustentando a plena validade jurídica do decreto de nomeação ora questionado, em pronunciamento cujos fundamentos acham-se, em síntese, assim expostos:

“a) O art. 88 da Constituição Federal estabelece o poder de criar e extinguir Ministérios e órgãos ministeriais e a MPV 768/2017 não procedeu à simples criação da Secretaria-Geral, mas também promoveu verdadeira recomposição da

aviso de competências, além da organização de órgãos e unidades administrativas existentes no núcleo estratégico do Poder Executivo Federal sempre tendo em vista relevantes razões de interesse público.

b) A existência de qualquer vício no ato administrativo não passa de mera elucubração. Não há qualquer investigação em curso contra o Ministro e, conforme a jurisprudência desse Supremo Tribunal, o impedimento do acesso a cargos públicos antes do trânsito em julgado de sentença condenatória viola o princípio da presunção de inocência (art. 5º, inciso LVII, da Lei Maior).

c) O presente caso difere daquele indicado pelo impetrante como paradigma, qual seja o Mandado de Segurança nº 34.070, hipótese em que tratou da suspensão da nomeação do Sr. Luiz Inácio Lula da Silva para o cargo de Ministro Chefe da Casa Civil.

d) O nomeado para a Secretaria-Geral da Presidência da República possui atributos notoriamente reconhecidos quanto à coordenação e articulação política para o exercício do cargo. O Ministro, inclusive, já vinha exercendo, dentro do Poder Executivo Federal, importante cargo que cumulava uma parte das atribuições que agora são de competência da nova pasta.

e) O deferimento da medida liminar poderia ensejar o 'periculum in mora' inverso, constituindo empecilho ao regular prosseguimento das atividades da Secretaria-Geral da Presidência da República, acarretando grave lesão à ordem pública administrativa, além de violar frontalmente o princípio da separação dos poderes, invadindo drasticamente a esfera de competência do Poder Executivo." (grifei)

3. Síntese do litígio submetido à apreciação do Supremo Tribunal Federal.

A controvérsia suscitada na presente causa mandamental cinge-se a uma questão específica que pode ser resumida na seguinte indagação: a nomeação de alguém para o cargo de Ministro de Estado, mesmo preenchidos os requisitos previstos no art. 87 da Constituição da República, configuraria hipótese de desvio de finalidade pelo fato de importar – segundo sustenta o impetrante – em obstrução aos atos de investigação criminal supostamente provocada em razão de o Ministro de Estado dispor de prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal Federal?

4. Pressupostos legitimadores da concessão de medida cautelar em sede mandamental: (a) plausibilidade jurídica da pretensão cautelar, (b) configuração do "periculum in mora" e (c) irreparabilidade do dano (risco de ineficácia de eventual e ulterior decisão concessiva da ordem mandamental).

Sendo esse o contexto, passo a analisar a pretensão cautelar formulada na presente sede processual, destacando, por relevante, o exame em torno dos requisitos e dos limites concernentes à prática da jurisdição cautelar.

É importante rememorar, neste ponto, que o deferimento da medida liminar – resultante do concreto exercício do poder geral de cautela outorgado aos juízes e Tribunais – somente se justifica em face de situações que se ajustem aos pressupostos referidos no art. 7º, III, da Lei nº 12.016/2009: a existência de plausibilidade jurídica ("fumus boni juris"), de um lado, e a possibilidade de lesão irreparável ou de difícil reparação ("periculum in mora"), de outro.

Sem que concorram esses dois requisitos – que são necessários, essenciais e cumulativos –, não se legitima a concessão da medida liminar, consoante enfatiza a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

"Mandado de segurança. Liminar. Embora esta medida tenha caráter cautelar, os motivos para a sua concessão estão especificados no art. 7º, II, da Lei nº 1.533/51, a saber: a) relevância do fundamento da impetração; b) que do ato impugnado possa resultar a ineficácia da medida, caso seja deferida a segurança.

Não concorrendo estes dois requisitos, deve ser denegada a liminar."

(RTJ 112/140, Rel. Min. ALFREDO BUZAIID – grifei)

Impende assinalar, por necessário, mesmo que caracterizada a plausibilidade jurídica da pretensão cautelar de qualquer impetrante, que a situação configuradora de "periculum in mora" há de sujeitar-se à constatação de que, não sustado o ato impugnado, dele venha a "resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida" (Lei nº 12.016/2009, art. 7º, inciso III – grifei).

Com efeito, a concessão liminar de provimento antecipatório em sede mandamental depende, como previamente salientado, da cumulativa satisfação de dois requisitos fundamentais: (a) a plausibilidade jurídica da postulação deduzida pelo impetrante e (b) a ocorrência de situação configuradora de "periculum in mora", desde que, neste caso (perigo da demora), mostre-se caracterizada a hipótese de irreparabilidade do dano, na linha da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

"A concessão de liminar, em mandado de segurança, supõe, além do risco de ineficácia da futura decisão definitiva da demanda, a elevada probabilidade de êxito da pretensão, tal como nela formulada."

(MS 31.816-MC-Agr/DF, Red. p/ o acórdão Min. TEORI ZAVASCKI – grifei)

Na realidade, a própria Lei nº 12.016/2009, que disciplina o processo de mandado de segurança, prescreve que a outorga de referido provimento cautelar está sujeita à relevância do fundamento jurídico e ao reconhecimento de que do ato impugnado possa resultar "a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida" (art. 7º, inciso III – grifei).

Esse entendimento – que exige, além dos requisitos pertinentes ao "fumus boni juris" (que julgo inóceno, no caso) e ao "periculum in mora", também a constatação de risco de irreversibilidade do dano receado pela parte impetrante, em condições tais que tornem ineficaz a eventual concessão da ordem mandamental – encontra apoio em autorizado magistério doutrinário (LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, "Mandado de Segurança", p. 141, item n. 5.4.3, 6ª ed., 2009,

Malheiros; CASSIO SCARPINELLA BUENO, "Liminar em Mandado de Segurança", p. 119/124, item n. 1.2, 2ª ed., 1999, RT; CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, "Manual do Mandado de Segurança", p. 116, 3ª ed., 1999, Renovar; SERGIO FERRAZ, "Mandado de Segurança, p. 247/248, item n. 23.1, 2006, Malheiros, v.g.).

Assentadas tais premissas, impende examinar se o pleito cautelar ora deduzido preenche, ou não, os requisitos autorizadores do exercício, por esta Suprema Corte, de seu poder geral de cautela. E, ao fazê-lo, entendo, em juízo de estrita deliberação, que não se acham configurados, na espécie, os pressupostos necessários à concessão da medida liminar em referência.

5. A questão (controvertida) pertinente à legitimidade ativa "ad causam" de partidos políticos para o ajuizamento de mandado de segurança coletivo em tema de proteção jurisdicional a direitos ou a interesses metaindividuais.

Cabe reconhecer, desde logo, ser irrecusável a posição institucional do partido político no modelo consagrado na Constituição da República, notadamente no que concerne à ampla possibilidade, de que dispõe, de fazer instaurar, perante o Supremo Tribunal Federal, o processo objetivo de controle abstrato de constitucionalidade (em cujo âmbito não se discutem situações concretas ou individuais), independentemente do conteúdo material dos atos estatais que venha a impugnar.

A esse respeito, e considerando a essencialidade das agremiações partidárias no Estado democrático de Direito, esta Corte Suprema já reconheceu ao partido político legitimidade ativa universal para o ajuizamento das ações instauradoras dos processos de fiscalização normativa abstrata (ADI 1.096-MC/RS, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno).

Tal, porém, não ocorre em relação a outras ações de perfil constitucional, como a ação popular, que é privativa do cidadão (Súmula nº 365/STF), e o próprio mandado de segurança coletivo, considerada, neste último caso, a existência de precedentes colegiados firmados por esta Suprema Corte.

Com efeito, o exame dos fundamentos em que se apoia a presente impetração evidencia que o partido político impetrante, ao insurgir-se contra o decreto presidencial ora questionado, postula, em nome próprio, a tutela jurisdicional de "interesses difusos", invocando, para tanto, a sua qualidade para agir em defesa da ordem jurídica consubstanciada "nas regras e princípios" fundados na Constituição, em ordem a preservar – conforme pleiteia – o "regular andamento das investigações em sede da operação Lava Jato".

Cabe ter presente, no ponto, que o Plenário desta Suprema Corte (RE 196.184/AM, Rel. Min. ELLEN GRACIE), ao examinar a controvérsia constitucional pertinente à amplitude e aos limites da legitimação ativa dos partidos políticos para promoverem, em sede de mandado de segurança coletivo, a proteção de direitos e de interesses transindividuais, reconheceu que as instituições partidárias não dispõem de qualidade para agir, em juízo, na defesa de direitos difusos, pois, além de não existir autorização legal para tanto, o reconhecimento de tal prerrogativa em favor das agremiações partidárias, sem quaisquer restrições, culminaria por conferir a essas entidades a possibilidade de impugnarem qualquer ato emanado do Poder Público, independentemente de seu conteúdo material, desvirtuando-se, dessa forma, a finalidade jurídica do remédio constitucional ora utilizado no presente caso:

"Constitucional. Processual Civil. Mandado de segurança coletivo. Legitimidade ativa 'AD CAUSAM' de partido político. (...).

2. O partido político não está, pois, autorizado a valer-se do mandado de segurança coletivo para, substituindo todos os cidadãos na defesa de interesses individuais, impugnar majoração de tributo.

3. Recurso extraordinário conhecido e provido."

(RE 196.184/AM, Rel. Min. ELLEN GRACIE – grifei)

Impende ressaltar que esta Corte, no julgamento que venho de mencionar (RE 196.184/AM, Rel. Min. ELLEN GRACIE), deixou consignadas, no voto proferido pelo eminente Ministro CARLOS VELLOSO, as seguintes e pertinentes observações:

"(...) também faço ressalva com relação à afirmação no sentido de que teriam os partidos políticos legitimidade universal para o mandado de segurança coletivo.

A legitimidade dos partidos políticos, ao que penso, estaria jungida à defesa de interesses dos seus filiados no que diz respeito aos direitos políticos e aos direitos fundamentais.

Penso que não seria possível conferir aos partidos políticos uma legitimidade universal maior do que aquela conferida ao Ministério Público." (grifei)

Esse aspecto que venho de referir torna questionável a legitimação ativa "ad causam" de agremiações partidárias para a impetração de mandado de segurança coletivo, quando destinado à defesa de direitos ou de interesses difusos, tal como enfatizado pelo eminente Ministro ROBERTO BARROSO, que, ao negar seguimento ao MS 34.196/DF, do qual foi Relator, teceu considerações importantes a propósito do tema ora em análise, valendo transcrever, por sua extrema relevância, o seguinte fragmento de sua douda decisão:

"6. É no mínimo discutível o cabimento de mandado de segurança coletivo para a proteção de direitos difusos. Isso porque o art. 21 da Lei nº 12.016/2009, em concretização razoável do art. 5º, LXX, da Constituição, somente atribui a partido político a legitimidade para impetrar mandado de segurança coletivo para a proteção de direitos coletivos e individuais homogêneos. Confira-se:

Constituição de 1988, art. 5º, LXX – o mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por:

a) partido político com representação no Congresso Nacional;

Lei nº 12.016/2009, art. 21. O mandado de segurança coletivo pode ser impetrado por partido político com representação no Congresso Nacional, na defesa de seus interesses legítimos relativos a seus integrantes ou à finalidade partidária, ou por organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há, pelo menos, 1 (um) ano, em defesa de direitos líquidos e certos da totalidade, ou de parte, dos seus membros ou associados, na forma dos seus estatutos e desde que pertinentes às suas finalidades, dispensada, para tanto, autorização especial.

Parágrafo único. Os direitos protegidos pelo mandado de segurança coletivo podem ser:

I – coletivos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou categoria de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica básica;

II – individuais homogêneos, assim entendidos, para efeito desta Lei, os decorrentes de origem comum e da atividade ou situação específica da totalidade ou de parte dos associados ou membros do impetrante.

7. É certo que o art. 5º, LXX, da Constituição não limita a legitimidade dos partidos políticos, para fins de impetração de mandado de segurança coletivo, à tutela de interesses ou direitos de seus filiados. Não há, todavia, impedimento constitucional a que a Lei condicione o exercício desse direito de ação, impondo-lhe restrições. A disciplina legal do exercício de direitos fundamentais é, aliás, a regra quando se trata de direitos de natureza processual.

8. A Lei nº 12.016/2009 parece ter adotado limites razoáveis, compatíveis com a Constituição, para o cabimento de mandado de segurança coletivo. A restrição dessa modalidade de ação para a tutela de direitos coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos evita que o mandado de segurança seja instrumentalizado pelos partidos políticos, transformando-se em indesejável veículo de judicialização excessiva de questões governamentais e parlamentares, as quais poderiam ser facilmente enquadradas como direitos difusos da sociedade brasileira e atreladas às finalidades de qualquer agremiação política.

9. A interferência excessiva do direito e do Poder Judiciário na política, ainda que iniciada ou fomentada pela atuação dos próprios partidos políticos, pode acarretar prejuízo à separação dos poderes e, em última análise, ao próprio funcionamento da democracia. Agrega-se ao dia-a-dia político um elemento de insegurança, consistente em saber como o Judiciário se pronunciará sobre os mais variados atos praticados pelo Executivo e pelo Legislativo, inclusive aqueles eminentemente internos, como os atos de nomeação e exoneração de Ministro de Estado.

10. Não por outra razão, antes mesmo do advento da Lei nº 12.016/2009, que afastou, expressamente, o cabimento de mandado de segurança coletivo para a tutela de direitos difusos, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e desta própria Suprema Corte – ainda que em precedentes menos numerosos – já havia se firmado nesse sentido.” (grifei)

Esse entendimento jurisprudencial, que confere aplicabilidade à restrição imposta pelo estatuto de regência disciplinador do “writ” mandamental (Lei nº 12.016/2009, art. 21), tem sido perfilhado – é importante destacar – por eminentes Ministros desta Corte Suprema (MS 33.738/DF, Rel. Min. CÂRMEN LÚCIA – MS 34.196/DF, Rel. Min. ROBERTO BARROSO – RE 566.928/RJ, Rel. Min. AYRES BRITTO), sendo certo, ainda, por extremamente relevante, que o próprio Plenário do Supremo Tribunal Federal, em julgamentos colegiados, já se pronunciou no sentido de negar legitimidade universal ao partido político para impetrar mandado de segurança coletivo destinado à proteção jurisdicional de direitos ou de interesses difusos da sociedade civil, notadamente quando a pretendida tutela objetivar a defesa da ordem constitucional (MS 22.764- -QO/DF, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA – RE 196.184/AM, Rel. Min. ELLEN GRACIE).

Essa questão prévia, que será apreciada em momento oportuno, constitui fator que, ao menos em juízo de estrita delibação, fragiliza a configuração, no caso, da plausibilidade jurídica do pedido formulado pela agremiação partidária impetrante, pois, como se extrai dos precedentes acima referidos, falecer-lhe-ia, até mesmo, legitimidade ativa “ad causam” para impetrar este mandado de segurança coletivo, não obstante a invocação, pelo partido político autor desta ação mandamental, da decisão monocrática do eminente Ministro GILMAR MENDES proferida nos autos do MS 34.070-MC/DF, decisão essa cujo conteúdo mostra-se impregnado do brilho e da profundidade de análise que são peculiares aos pronunciamentos de Sua Excelência nesta Suprema Corte.

Sem prejuízo da análise ulterior de mencionada questão prévia, procederei, mesmo assim, ao exame do pedido de medida liminar.

6. A alegada configuração de desvio de finalidade no ato de nomeação do Senhor Wellington Moreira Franco para exercer o cargo de Ministro de Estado. Aparente controvérsia objetiva e iliquidez dos fatos.

Não questiono a afirmação de que o desvio de finalidade qualifica-se como vício apto a contaminar a validade jurídica do ato administrativo, inquinando-o de nulidade, tal como adverte o magistério doutrinário (HELY LOPES MEIRELLES, “Direito Administrativo Brasileiro”, p. 176, item n. 1.2.2, 42ª ed., 2016, Malheiros; FERNANDA MARINELA, “Direito Administrativo”, p. 341/342, item n. 3.5, 10ª ed., 2016; MÁRCIO PESTANA, “Direito Administrativo Brasileiro”, p. 273, item n. 9.4.5, 2ª ed., 2010, Campus Jurídico; LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, “Curso de Direito Administrativo”, p. 203/204, item n. 5.1.4, 9ª ed., 2008, Malheiros; MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, “Direito Administrativo”, p. 216/217, item n. 7.7.4, 25ª ed., 2012, Atlas; MARÇAL JUSTEN FILHO, “Curso de Direito Administrativo”, p. 431/434, item n. 7.15.4.5, 11ª ed., 2015,

RT; EDIMUR FERREIRA DE FARIA, "Curso de Direito Administrativo Positivo", p. 263/264, item n. 7.4, 6ª ed., 2007, Del Rey; DIOGENES GASPARINI, "Direito Administrativo", p. 44/45, item n. 4, 1989, Saraiva; CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, "Curso de Direito Administrativo", p. 410, item n. 46, 29ª ed., 2012, Malheiros; RAQUEL MELO URBANO DE CARVALHO, "Direito Administrativo: Parte geral, intervenção do Estado e estrutura da administração", p. 383/389, item n. 2.5, 2008, Juspodivm, v.g.).

A configuração desse grave vício jurídico, no entanto, que recai sobre um dos elementos constitutivos do ato administrativo, pressupõe a intenção deliberada, por parte do administrador público, de atingir objetivo vedado pela ordem jurídica ou divorciado do interesse público (JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, "Manual de Direito Administrativo", p. 118/119, item n. 5, 25ª ed., 2012, Atlas), desígnio esse que não se presume, sob pena de subversão dos postulados referentes à presunção de legalidade, de veracidade e de legitimidade de que se reveste todo e qualquer ato emanado da Administração Pública.

Nessa linha de entendimento, incumbe a quem imputa ao administrador público a prática desviante de conduta ilegítima a prova inequívoca de que o agente público, não obstante editando ato revestido de aparente legalidade, ter-se-ia valido desse comportamento administrativo para perseguir fins completamente desvinculados do interesse público.

A agremiação partidária impetrante, para sustentar a procedência de sua postulação, apoia-se na alegação de que "(...) o Presidente da República nomeou o Senhor Moreira Franco não para aprimorar a equipe presidencial, mas sim para, de maneira espúria, alterar o foro competente para a investigação dos fatos referentes à Operação Lava Jato, assim como o processamento de eventual denúncia, atrapalhando sobremaneira o exercício regular da jurisdição" (grifei).

Nisso, portanto, segundo o ora impetrante, consistiria a caracterização do desvio de finalidade, apto a inquirir de invalidez o ato de nomeação de Wellington Moreira Franco no cargo de Ministro de Estado.

As informações prestadas pelo Senhor Presidente da República, no entanto, enfatizam inexistir prova documental idônea de que o ato de nomeação do litisconsorte passivo necessário (Wellington Moreira Franco) configuraria "(...) modo de favorecimento do interessado, ante a 'vis attractiva' prevista no art. 102, I, alínea 'c', da Constituição da República", mesmo porque, continua o Chefe do Poder Executivo da União, o Ministro de Estado em questão, não obstante investido nesse cargo, "está sujeito a responder por todos os atos que supostamente tenha cometido, não havendo qualquer frustração na aplicação da lei penal no caso" (grifei).

Não constitui demasia assinalar, neste ponto, que o decreto presidencial ora impugnado, à semelhança de qualquer outro ato estatal, reveste-se de presunção "juris tantum" de legitimidade, devendo prevalecer, por tal razão, sobre as afirmações em sentido contrário, quando feitas sem qualquer apoio em base documental idônea que possa infirmar aquela presunção jurídica.

Esse entendimento – que põe em evidência o atributo da legitimidade e da veracidade inerente aos atos emanados do Poder Público e de seus agentes – é perfilhado por autorizado magistério doutrinário (CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, "Curso de Direito Administrativo", p. 373, item n. 59, 13ª ed., 2001, Malheiros; MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, "Direito Administrativo", p. 182/184, item n. 7.6.1, 20ª ed., 2007, Atlas; DIOGENES GASPARINI, "Direito Administrativo", p. 63, item n. 7.1, 1989, Saraiva; JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, "Direito Administrativo Brasileiro", p. 54, item n. 43, 1999, Forense; JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, "Manual de Direito Administrativo", p. 116, item n. 2, 12ª ed., 2005, Lumen Juris, v.g.).

A jurisprudência desta Suprema Corte, por sua vez, tem enfatizado, em sucessivas decisões, que, em decorrência do atributo da presunção de legitimidade e de veracidade que qualifica os atos da Administração Pública, impõe-se a quem os questiona em juízo o ônus processual de infirmar a veracidade dos fatos que motivaram sua edição, não lhes sendo oponíveis, por insuficientes, meras alegações ou juízos conjecturais deduzidos em sentido contrário (ADI 1.935/RO, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – RE 158.543/RS, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – SL 610- -AgR/SC, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – SS 3.717-AgR/RJ, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI, v.g.):

"4. Diante da presunção de legalidade dos atos administrativos, não é possível, na estreita via do 'habeas corpus', que reclama prova pré-constituída, atestar eventual artificialidade da investigação do crime de lavagem de dinheiro, supostamente empregada como falsa justificativa dirigida a propiciar o alcance de meio probatório inadmitido no ordenamento jurídico. Ausência de teratologia a motivar a concessão da ordem de ofício.

5. Agravo regimental desprovido."

(HC 118.985-AgR/MG, Rel. Min. EDSON FACHIN – grifei)

Observe, no entanto, que a demonstração exigível ao impetrante, embora necessária e imprescindível, não se fez produzir, aparentemente, na espécie, o que torna pertinente, no caso, em face da alegação deduzida pelo autor deste "writ", a asserção de que faleceria a indispensável liquidez aos fatos subjacentes a esta impetração mandamental, que não se pode apoiar em meras afirmações ou em simples conjecturas, eis que – não constitui demasia lembrar – o mandado de segurança qualifica-se como processo de caráter essencialmente documental, que supõe a produção liminar, pelo impetrante, das provas literais pré-constituídas destinadas a evidenciar a incontestabilidade do direito público subjetivo por ele invocado, tal como adverte o magistério da doutrina (HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, "O Mandado de Segurança segundo a Lei n. 12.016, de 07 de agosto de 2009", p. 19, item n. 9, 2009, Forense; ALFREDO BUZAID, "Do Mandado de Segurança", vol. I/208, item n. 128, 1989, Saraiva, v.g.) e enfatiza a jurisprudência do Supremo Tribunal

Federal (RTJ 83/130 – RTJ 83/855 – RTJ 99/68 – RTJ 99/1149 – RTJ 100/90 – RTJ 100/537 – RTJ 134/681 – RTJ 171/326-327 – RE 195.192/RS, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – RMS 23.720/GO, Rel. Min. CELSO DE MELLO – RMS 27.255-AgR/DF, Rel. Min. LUIZ FUX – RMS 33.580/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.):

“SITUAÇÃO DE CONTROVÉRSIA OBJETIVA E ILIQUIDEZ DOS FATOS.

– O exame de situações de fato controvertidas (...) refoge ao âmbito da via sumaríssima do mandado de segurança, que não admite, ante a natureza especial de que se reveste, a possibilidade de qualquer dilação probatória incidental. Precedentes.

– Direito líquido e certo: conceito de ordem processual. Noção inconfundível com a de direito material vindicado em sede de mandado de segurança. Doutrina. Precedentes.”

(MS 24.307/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

“O ‘direito líquido e certo’, pressuposto constitucional de admissibilidade do mandado de segurança, é requisito de ordem processual, atinente à existência de prova inequívoca dos fatos em que se basear a pretensão do impetrante, e não à procedência desta, matéria de mérito (...).”

(RTJ 133/1314, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – grifei)

7. A nomeação para o cargo de Ministro de Estado e a alegada obstrução das investigações criminais.

A agremiação partidária impetrante, pretendendo demonstrar a alegada ocorrência de desvio de finalidade gerador da nulidade do ato presidencial ora impugnado, sustenta que a investidura de Wellington Moreira Franco no cargo de Ministro de Estado objetivaria (1) “evitar o regular andamento das investigações da operação Lava Jato”, (2) “impedir sua prisão”, (3) colocar “em risco a celeridade do julgamento”, tudo com (4) “o fito de obstrução da justiça”, que se consumaria – conforme afirma o próprio autor desta ação mandamental – com a ilegal repercussão e a indevida interferência na atividade jurisdicional, o que daria origem à procrastinação da “sequência das investigações e eventual apreciação de pedido de prisão” contra o litisconsorte em referência.

Assinale-se, neste ponto, desde logo, que a nomeação de alguém para o cargo de Ministro de Estado, desde que preenchidos os requisitos previstos no art. 87 da Constituição da República, não configura, por si só, hipótese de desvio de finalidade (que jamais se presume), eis que a prerrogativa de foro – que traduz consequência natural e necessária decorrente da investidura no cargo de Ministro de Estado (CF, art. 102, I, “c”) – não importa em obstrução e, muito menos, em paralisação dos atos de investigação criminal ou de persecução penal.

E a razão é uma só: a mera outorga da condição político-jurídica de Ministro de Estado não estabelece qualquer círculo de imunidade em torno desse qualificado agente auxiliar do Presidente da República, pois, mesmo investido em mencionado cargo, o Ministro de Estado, ainda que dispondo da prerrogativa de foro “ratione muneris”, nas infrações penais comuns, perante o Supremo Tribunal Federal, não receberá qualquer espécie de tratamento preferencial ou seletivo, uma vez que a prerrogativa de foro não confere qualquer privilégio de ordem pessoal a quem dela seja titular.

Com efeito, o Ministro de Estado eventualmente sujeito a atos de persecução penal perante o Supremo Tribunal Federal estará sujeito, como qualquer outro cidadão da República, às seguintes medidas, sem prejuízo de outras que sejam aplicáveis ao caso:

(a) o Ministro de Estado está sujeito à prática de atos pré-processuais de persecução penal, como o inquérito policial e/ou o procedimento de investigação penal instaurado pelo Ministério Público;

(b) o Ministro de Estado poderá ser submetido, pela Polícia Judiciária, ao ato de indiciamento;

(c) o Ministro de Estado, em qualquer fase da investigação criminal ou da persecução penal em juízo, poderá sofrer a decretação de sua prisão cautelar, como a prisão preventiva, p. ex.;

(d) o Ministro de Estado não está imune a diligências de caráter probatório, podendo recair sobre ele medidas de busca e apreensão domiciliar ou medidas de busca e apreensão nas dependências do próprio Ministério que dirige;

(e) o Ministro de Estado está igualmente sujeito à medida de condução coercitiva, caso ocorra a hipótese prevista no art. 218 do CPP, embora, como qualquer outro cidadão sem prerrogativa de foro, possa exercer o direito ao silêncio, se e quando figurar como indiciado ou réu;

(f) o Ministro de Estado também está sujeito ao procedimento da acareação, tanto perante a autoridade policial ou o Ministério Público (CPP, art. 6º, VI), quanto em juízo (CPP, art. 229);

(g) o Ministro de Estado, quando preso em razão de prisão em flagrante ou de prisão preventiva, embora recolhido a “local distinto da prisão comum” (CPP, art. 295, I e seu § 1º), estará sujeito, no entanto, sem qualquer discriminação, aos deveres que se impõem ao preso comum (CPP, art. 295, § 5º);

(h) o Ministro de Estado, quando ostentar a condição de indiciado ou de réu, não terá a prerrogativa prevista no art. 221 do CPP, recebendo, em consequência, o mesmo tratamento legal dispensado a quem não dispõe de prerrogativa de foro, a significar que deverá comparecer aos atos do inquérito policial ou do processo criminal, inclusive para interrogatório, sem a faculdade de poder ajustar com a autoridade policial ou judiciária competente dia, hora e local para a prática dos atos pertinentes à persecução penal (Inq 1.504/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO – Inq 1.628/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO – Pet 4.600/AL, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.);

(i) o Ministro de Estado poderá sofrer, por decisão do Supremo Tribunal Federal, no âmbito de procedimento penal contra ele instaurado, o afastamento cautelar ou a suspensão provisória do exercício de sua função pública, quando

houver justo receio da utilização abusiva do cargo ministerial para o cometimento de infrações penais, especialmente nos casos em que a sua conduta incidir na prática de improbidade administrativa (CPP, art. 319, VI).

Vê-se desse rol de medidas que o Ministro de Estado, além de estar sujeito a todas elas, também não dispõe de quaisquer benefícios adicionais ou vantagens processuais em razão da prerrogativa de foro de que é titular, sendo-lhe dispensada, nessa matéria, igualdade de tratamento aplicável a qualquer outro cidadão da República, como sucede, p. ex., em relação aos direitos e garantias individuais a todos assegurados, indistintamente, pela própria Constituição, com especial destaque, ante o seu caráter de essencialidade, para o direito fundamental de sempre ser presumido inocente até o trânsito em julgado de eventual condenação criminal (RT 418/286 – RT 422/307 – RT 572/391 – RT 586/338 – RTJ 139/885, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 95.886/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), valendo acentuar, ainda, que esse postulado constitucional – comum tanto ao Ministro de Estado quanto aos cidadãos em geral – mostra-se igualmente extensível à esfera eleitoral (ADPF 144/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO) e ao plano administrativo, inclusive em matéria de investidura em cargos públicos (AI 741.101-AgR/DF, Rel. Min. EROS GRAU – RE 450.971-AgR/DF, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – RE 1.006.604/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.).

Cumprir insistir, portanto, em que a investidura de qualquer pessoa no cargo de Ministro de Estado não representa obstáculo algum a atos de persecução penal que contra ela venham eventualmente a ser promovidos perante o seu juiz natural, que, por efeito do que determina a própria Constituição (CF, art. 102, I, alínea “c”), é o Supremo Tribunal Federal.

Nem se diga, de outro lado, que o fato de ser Ministro de Estado implicaria a necessária observância da condição de procedibilidade a que alude o art. 51, I, da Constituição, pois, segundo já decidiu o Supremo Tribunal Federal – como anota autorizado magistério doutrinário (RONALDO POLETTI, “Constituição Anotada”, p. 226, 2009, Forense; VICENTE PAULO e MARCELO ALEXANDRINO, “Direito Constitucional Descomplicado”, p. 486/487, item n. 6.2, 14ª ed., 2015, Método; MANOEL JORGE E SILVA NETO, “Curso de Direito Constitucional”, p. 431, item n. 14.4.1.1, 8ª ed., 2013, Saraiva, v.g.) –, a exigência constitucional de autorização prévia da Câmara dos Deputados somente se aplica, tratando-se de infrações penais comuns, se se cuidar de crime comum do próprio Ministro de Estado praticado em conexão com delito comum alegadamente perpetrado pelo Presidente da República.

É por isso que o Plenário do Supremo Tribunal Federal, já sob a égide da vigente Carta Política, ao julgar questão de ordem suscitada na QCr 427/DF, Rel. Min. MOREIRA ALVES, decidiu, em julgamento no qual fiquei vencido, “pela não aplicabilidade do artigo 51, I, da Constituição às hipóteses de crimes comuns de Ministro de Estado, desde que não conexos com o de Presidente da República”, fazendo-o em acórdão assim ementado:

“– Queixa-crime contra Ministro de Estado. Questão de ordem sobre a necessidade, ou não, de autorização da Câmara dos Deputados para a instauração do processo por crime comum ou de responsabilidade.

.....
– Em face da interpretação sistemática da Constituição, o requisito de procedibilidade a que alude seu artigo 51, I, se restringe, no tocante aos Ministros de Estado, aos crimes comuns e de responsabilidade conexos com os da mesma natureza imputados ao Presidente da República.

Questão de ordem em que se rejeita a preliminar da necessidade, no caso, de autorização prévia da Câmara dos Deputados.” (grifei)

Igual entendimento foi reafirmado, também pelo Plenário desta Corte Suprema, no julgamento da Pet 1.656/DF, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, no qual fiquei novamente vencido, no sentido de que, no processo por crime de responsabilidade, que possui natureza penal e caráter jurisdicional, não se aplica a condição de procedibilidade, sempre que se tratar de infração autônoma, sem qualquer conexão com ilícito da mesma natureza cometido pelo Presidente da República:

“DENÚNCIA POPULAR. SUJEITO PASSIVO: MINISTRO DE ESTADO. CRIMES DE RESPONSABILIDADE. ILEGITIMIDADE ‘ATIVA AD CAUSAM’. RECEBIMENTO DA PEÇA INICIAL COMO ‘NOTITIA CRIMINIS’. ENCAMINHAMENTO AO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL.

1. O processo de ‘impeachment’ dos Ministros de Estado, por crimes de responsabilidade autônomos, não-conexos com infrações da mesma natureza do Presidente da República, ostenta caráter jurisdicional, devendo ser instruído e julgado pelo Supremo Tribunal Federal. Inaplicabilidade do disposto nos artigos 51, I, e 52, I, da Carta de 1988 e 14 da Lei 1.079/50, dado que é prescindível autorização política da Câmara dos Deputados para a sua instauração.

2. Prevalência, na espécie, da natureza criminal desses processos, cuja apuração judicial está sujeita à ação penal pública da competência exclusiva do Ministério Público Federal (CF, artigo 129, I). Ilegitimidade ativa ‘ad causam’ dos cidadãos em geral, a eles remanescendo a faculdade de noticiar os fatos ao ‘Parquet’.

3. Entendimento fixado pelo Tribunal na vigência da Constituição pretérita (MS 20.422, Rezek, DJ 29/06/84). Ausência de alteração substancial no texto ora vigente. Manutenção do posicionamento jurisprudencial anteriormente consagrado.

4. Denúncia não admitida. Recebimento da petição como ‘notitia criminis’, com posterior remessa ao Ministério Público Federal.” (grifei)

Resulta claro, pois, que a investidura no cargo de Ministro de Estado, em contexto como o ora exposto na presente impetração mandamental, em que inexistente qualquer conexão de suposta prática delituosa com o Presidente da República, não representa obstáculo jurídico à normal e regular sequência de eventual procedimento de índole criminal contra

Wellington Moreira Franco, litisconsorte passivo necessário.

E mesmo que se entendesse possível a exigência de prévio controle parlamentar pela Câmara dos Deputados (CF, art. 51, I), ainda assim inexistiria qualquer óbice na espécie em exame, pois a cláusula constitucional em questão somente se refere a processo, e não a inquéritos policiais ou a procedimentos administrativos de investigação criminal promovidos pelo Ministério Público, a cuja instauração e prosseguimento não se aplica a regra de autorização prévia, à semelhança do que ocorria, antes do advento da Emenda Constitucional nº 35/2001, com os membros do Congresso Nacional, em relação aos quais a Lei Fundamental exigia, até então, prévia licença, hoje não mais existente, para efeito de instauração de processo criminal perante o Supremo Tribunal Federal:

“– A garantia da imunidade parlamentar em sentido formal não impede a instauração de inquérito policial contra membro do Poder Legislativo, que está sujeito, em consequência – e independentemente de qualquer licença congressional –, aos atos de investigação criminal promovidos pela Polícia Judiciária, desde que essas medidas pré-processuais de persecução penal sejam adotadas no âmbito de procedimento investigatório em curso perante órgão judiciário competente: o STF, no caso de os investigandos serem congressistas (CF, art. 102, I, 'b').”

(Rcl 511/PB, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)

Posta a questão nos termos que venho de expor, e reconhecendo que a mera investidura no cargo de Ministro de Estado, por si só, não constitui motivo ensejador da alegada obstrução da justiça nem traduz anômala manifestação da vontade político-administrativa do Presidente da República, a caracterizar a alegada ocorrência, no caso, do vício nulificador do desvio de finalidade (defeito jurídico que nunca se presume), entendo oportuno rememorar, no ponto, a grave observação feita por ANDRÉ RAMOS TAVARES, em obra doutrinária (“Curso de Direito Constitucional”, p. 1.051, item n. 4.1.7, 11ª ed., 2013, Saraiva), em passagem que tenho por inteiramente aplicável à espécie ora em julgamento, pois não tem sentido algum sustentar-se que o deslocamento da competência penal de qualquer feito (inquérito policial ou processo judicial) para o Supremo Tribunal Federal represente inconcebível causa de impunidade, ou motivo de absurda frustração da investigação criminal, ou, ainda, fator de sua indevida procrastinação:

“Falar de ‘blindagem’ em virtude do foro privilegiado, como usualmente se fala em parte da doutrina, é depreciar a dignidade do STF, que não tem sua atuação pautada pela vontade da Presidência da República. Pelo contrário, é um dos ‘Poderes’ da República e, nesta qualidade, com todas as garantias para pronunciar-se de maneira autônoma, sem sucumbir à pressão de outros ‘Poderes’ e sem o receio de represálias posteriores (institucionais, econômicas ou pessoais).” (grifei)

8. Conclusão:

(a) a nomeação de alguém para o cargo de Ministro de Estado, desde que preenchidos os requisitos previstos no art. 87 da Constituição da República, não configura, por si só, hipótese de desvio de finalidade (que jamais se presume), eis que a prerrogativa de foro – que traduz consequência natural e necessária decorrente da investidura no cargo de Ministro de Estado (CF, art. 102, I, “c”) – não importa em obstrução e, muito menos, em paralisação dos atos de investigação criminal ou de persecução penal;

(b) a mera outorga da condição político-jurídica de Ministro de Estado não estabelece qualquer círculo de imunidade em torno desse qualificado agente auxiliar do Presidente da República, pois, mesmo investido em mencionado cargo, o Ministro de Estado, ainda que dispondo da prerrogativa de foro “ratione muneris”, nas infrações penais comuns, perante o Supremo Tribunal Federal, não receberá qualquer espécie de tratamento preferencial ou seletivo, uma vez que a prerrogativa de foro não confere qualquer privilégio de ordem pessoal a quem dela seja titular;

(c) o Ministro de Estado, quando sujeito a atos de persecução penal perante o Supremo Tribunal Federal – que se qualifica, constitucionalmente, como seu inafastável juiz natural –, está sujeito, como qualquer outro cidadão da República, às mesmas medidas de restrição e de coerção, inclusive decretação de prisão preventiva e suspensão cautelar do exercício do cargo ministerial (v. item n. 7 desta decisão), que incidem, por força de lei, sobre as pessoas em geral;

(d) a exigência de prévia autorização da Câmara dos Deputados, como requisito constitucional de procedibilidade (CF, art. 51, I), não se aplica às hipóteses de infrações penais comuns (QCr 427/DF, Rel. Min. MOREIRA ALVES) ou de crimes de responsabilidade (Pet 1.656/DF, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA), desde que não guardem conexão com crimes da mesma natureza eventualmente cometidos pelo Presidente da República;

(e) o Ministro de Estado pode ser submetido, perante o Supremo Tribunal Federal, a investigação criminal instaurada pela Polícia Judiciária ou pelo Ministério Público (Inq 2.411-QO/MT, Rel. Min. GILMAR MENDES), independentemente da prévia autorização da Câmara dos Deputados a que se refere o art. 51, I, da Constituição da República.

As razões expostas na presente decisão, notadamente os fundamentos que constam do seu item 7, levam-me a indeferir o pedido de medida cautelar formulado pela agremiação partidária ora impetrante.

Sendo assim, pelos motivos expostos, e apoiando-me em juízo de sumária cognição, sem prejuízo, no entanto, de ulterior reexame da controvérsia, indefiro o pedido de medida liminar.

2. À Secretaria Judiciária, para retificar a atuação, em ordem a que dela se exclua, como impetrado, o Ministro de Estado Chefe da Secretaria-Geral da Presidência da República, eis que já figura, nos autos, em sua legítima condição de litisconsorte passivo necessário.

Publique-se.

Brasília, 14 de fevereiro de 2017 (17h10).

Ministro CELSO DE MELLO

Relator

Observação

05/02/2018

Legislação feita por:(NLS).

Legislação

LEG-FED CF ANO-1988

ART-00005 INC-00057 INC-00070 ART-00088

ART-00102 INC-00001 LET-C

CF-1988 CONSTITUIÇÃO FEDERAL

LEG-FED DEL-003689 ANO-1941

ART-00006 INC-00006 ART-00051 INC-00001

ART-00218 ART-00299 ART-00295 INC-00001

PAR-00001 PAR-00005

CPP-1941 CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

LEG-FED LEI-012016 ANO-2009

ART-00007 INC-00003 ART-00021

LMS-2009 LEI DO MANDADO DE SEGURANÇA

fim do documento

ANEXO 5.....



AC 4327 AgR-terceiro-AgR / DF - DISTRITO FEDERAL
 AG.REG. NO TERCEIRO AG.REG. NA AÇÃO CAUTELAR
 Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO
 Redator(a) do acórdão: Min. ROBERTO BARROSO
 Julgamento: 26/09/2017
 Publicação: 27/10/2017
 Órgão julgador: Primeira Turma

Publicação
 ACÓRDÃO ELETRÔNICO
 DJe-247 DIVULG 26-10-2017 PUBLIC 27-10-2017

Partes
 AGTE(S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
 PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
 AGDO.(A/S) : AÉCIO NEVES DA CUNHA
 ADV.(A/S) : ALBERTO ZACHARIAS TORON E OUTRO(A/S)

Ementa
 EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. AÇÃO CAUTELAR. AGRAVO REGIMENTAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. REJEIÇÃO DE PRISÃO PREVENTIVA. IMPOSIÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. 1. Os indícios de materialidade e autoria dos delitos apontados na denúncia são substanciais. 2. Nada obstante, há dúvida razoável, na hipótese, acerca da presença dos requisitos do art. 53, § 2º da Constituição, para fins de decretação da prisão preventiva do agravado. 3. Diante disso, a Turma, por maioria, restabeleceu as medidas cautelares determinadas pelo relator originário, Min. Luiz Edson Fachin, consistentes em: (i) suspensão do exercício das funções parlamentares ou de qualquer outra função pública; (ii) proibição de contatar qualquer outro investigado ou réu no conjunto dos feitos em tela e (iii) proibição de se ausentar do País, devendo entregar seus passaportes. 4. Além disso, também por maioria, a Turma acrescentou a medida cautelar diversa de prisão, prevista no art. 319, V, do Código de Processo Penal, de recolhimento domiciliar no período noturno. 5. Agravo regimental parcialmente provido.

Decisão
 Preliminarmente, a Turma, resolvendo questão de ordem suscitada pelo Relator, deliberou manter o julgamento deste agravo no respectivo âmbito. Na sequência, por maioria, deu parcial provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Ministro Luis Roberto Barroso, redator do acórdão, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Presidente e Relator, e Alexandre de Moraes. Prejudicado o agravo regimental interposto por Aécio Neves da Cunha. Primeira Turma, 26.9.2017.

Indexação
 - QUESTÃO DE ORDEM: DESLOCAMENTO, JULGAMENTO, AGRAVO REGIMENTAL, PLENÁRIO.

- AFASTAMENTO, FUNÇÃO PÚBLICA, PARLAMENTAR, PRINCÍPIO DA HARMONIA ENTRE OS PODERES.

- FUNDAMENTAÇÃO COMPLEMENTAR, MIN. ROSA WEBER: MINISTRO RELATOR, RECONSIDERAÇÃO, DECISÃO MONOCRÁTICA, PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE, ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA, CRIME PERMANENTE, HERMENÊUTICA, TEXTO CONSTITUCIONAL, CARÁTER POLÍTICO, PODERES DA REPÚBLICA, DEMOCRACIA, DISTINÇÃO, PRERROGATIVA DE FUNÇÃO, PRIVILÉGIO, CARÁTER PESSOAL, DESCUMPRIMENTO, MEDIDA CAUTELAR, AUMENTO, RESTRIÇÃO, DECRETAÇÃO, PRISÃO PREVENTIVA.

- FUNDAMENTAÇÃO COMPLEMENTAR, MIN. LUIZ FUX: DISTINÇÃO, IMUNIDADE, IMPUNIDADE, IMUNIDADE, INTERPRETAÇÃO ESTRITA, PRIVILÉGIO, PRINCÍPIO REPUBLICANO, PRINCÍPIO DA ISONOMIA, MITIGAÇÃO, IMUNIDADE PARLAMENTAR MATERIAL, IMUNIDADE PARLAMENTAR FORMAL, INCOMPATIBILIDADE, PRINCÍPIO REPUBLICANO, INTERPRETAÇÃO AXIOLÓGICA, CONSTITUIÇÃO FEDERAL, INVIOABILIDADE PARLAMENTAR, IMUNIDADE PARLAMENTAR MATERIAL SUBMISSÃO, PARLAMENTAR, MEDIDA CAUTELAR, SEQUESTRO DE BENS, IMUNIDADE, AUTONOMIA, INDEPENDÊNCIA, ATIVIDADE PARLAMENTAR.

- VOTO VENCIDO, MIN. MARCO AURÉLIO: PRISÃO PREVENTIVA, GRAVIDADE DO CRIME, PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA, RISCO, REITERAÇÃO DELITIVA.

- VOTO VENCIDO, MIN. ALEXANDRE DE MORAES: IMUNIDADE PARLAMENTAR, GARANTIA, OPINIÃO, LIBERDADE, OPINIÃO, PALAVRA, VOTO, MEMBRO, PODER LEGISLATIVO, PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES, EVOLUÇÃO, DIREITO COMPARADO, ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO, JURISPRUDÊNCIA, IMUNIDADE PARLAMENTAR, PRISÃO EM FLAGRANTE, PARLAMENTAR, CRIME INAFIANÇÁVEL, DISTINÇÃO, FLAGRANTE PRÓPRIO, FLAGRANTE IMPROPRIO, FLAGRANTE PRESUMIDO.

- TERMO(S) DE RESGATE: FREEDOM OF SPEECH, FREEDOM FROM ARREST.

Legislação
 LEG-IMP CIB ANO-1824
 ART-00026 ART-00027 ART-00028
 CONSTITUIÇÃO POLITICA DO IMPERIO DO BRAZIL

LEG-FED CF ANO-1891
 ART-00019 ART-00020
 CONSTITUIÇÃO FEDERAL

LEG-FED CF ANO-1934
 ART-00031 ART-00032 PAR-00001 PAR-00002
 CONSTITUIÇÃO FEDERAL

LEG-FED CF ANO-1937
 ART-00042 ART-00043 PAR-ÚNICO
 CF-1937 CONSTITUIÇÃO FEDERAL

LEG-FED CF ANO-1946
 ART-00044 ART-00045 PAR-00002
 ART-00045 PAR-00003 INCLUIDO PELA EMC-9/1964
 CF-1946 CONSTITUIÇÃO FEDERAL

LEG-FED CF ANO-1967
 ART-00034 PAR-00002
 CF-1967 CONSTITUIÇÃO FEDERAL

LEG-FED CF ANO-1988
 ART-00001 PAR-ÚNICO ART-00002 ART-00005
 "CAPUT" ART-00037 "CAPUT"
 ART-00053 "CAPUT" REDAÇÃO DADA PELA EMC-35/2001
 ART-00053 "CAPUT" PAR-00001 REDAÇÃO DADA PELA EMC-35/2001
 ART-00053 "CAPUT" PAR-00002 REDAÇÃO DADA PELA EMC-35/2001
 ART-00053 "CAPUT" PAR-00003 REDAÇÃO DADA PELA EMC-35/2001
 ART-00054 "CAPUT" PAR-00008 INCLUIDO PELA EMC-35/2001
 ART-00055 ART-00056 ART-00093
 PAR-00009
 CF-1988 CONSTITUIÇÃO FEDERAL

LEG-FED EMC-000009 ANO-1964
 EMENDA CONSTITUCIONAL

LEG-FED EMC-000001 ANO-1969
 EMENDA CONSTITUCIONAL

LEG-FED EMC-000011 ANO-1978
 EMENDA CONSTITUCIONAL

LEG-FED EMC-000035 ANO-2001
 EMENDA CONSTITUCIONAL

LEG-FED LEI-009613 ANO-1998
 ART-00001
 LEI ORDINÁRIA

LEG-FED LEI-012403 ANO-2011
 LEI ORDINÁRIA

LEG-FED LEI-012850 ANO-2013
 ART-00002 PAR-00001 ART-00008
 LEI ORDINÁRIA

LEG-FED DEL-002848 ANO-1940
 ART-00014 INC-00002 ART-00317 "CAPUT"
 CP-1940 CÓDIGO PENAL

LEG-FED DEL-003689 ANO-1941
 ART-00125 ART-00126 ART-0144A ART-00282
 INC-00002 PAR-00004 ART-00302 INC-00001
 INC-00003 ART-00303 ART-00309 ART-00312
 PAR-ÚNICO
 ART-00318 REDAÇÃO DADA PELA LEI-12403/2011
 ART-00318 INC-00001 INCLUIDO PELA LEI-12403/2011
 ART-00318 INC-00002 INCLUIDO PELA LEI-12403/2011
 ART-00318 INC-00003 INCLUIDO PELA LEI-12403/2011
 ART-00318 INC-00004 REDAÇÃO DADA PELA LEI-13257/2016
 ART-00318 INC-00005 INCLUIDO PELA LEI-13257/2016
 ART-00318 INC-00006 INCLUIDO PELA LEI-13257/2016
 ART-00319 INC-00003 INC-00004 INC-00005
 INC-00006
 CPP-1941 CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

LEG-FED RGI ANO-1980
 ART-00317
 RISTF-1980 REGIMENTO INTERNO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Observação

- Acórdão(s) citado(s):
 (HC, IMUNIDADE PARLAMENTAR MATERIAL)
 HC 3536, HC 34467.
 (PRISÃO, PARLAMENTAR)
 Inq 510, HC 89417 (1ªT), AC 4036 (2ªT), AC 4039 Ref (2ªT).
 (CRIMES DO COLARINHO BRANCO)
 AP 470 (TP).
 (INVIOABILIDADE PARLAMENTAR, IMUNIDADE PARLAMENTAR MATERIAL)
 RE 600063 (TP), Inq 390 QO (TP), Inq 2036 (TP).
 (MUNIDADE PARLAMENTAR FORMAL)
 HC 89417 (1ªT).
 (PARLAMENTAR, SEQUESTRO DE BENS)
 AC 3957 AgR (2ªT).
 - Decisões monocráticas citadas:
 (PRISÃO, PARLAMENTAR)
 ADPF 402.
 (DESCUMPRIMENTO, MEDIDA CAUTELAR, DECRETAÇÃO, PRISÃO PREVENTIVA)
 RHC 146027 MC.
 - Legislação estrangeira citada: Bill of Rights de 1689; Constituição dos Estados Unidos de 1787.
 - Veja AC 4316, AC 4070, AC 4039, Inq 4483, Inq 4506, AC 4315, Inq 4428, Inq 4386 e Inq 4414 do STF.

Número de páginas: 118.

Análise: 04/04/2018, JRS.

Doutrina

- ALEIXO, Pedro. Imunidades parlamentares. Rio de Janeiro: Forense, 1961. p. 5.
- _____. Belo Horizonte: Revista Brasileira de Estudos Políticos, 1961. p. 57.
- ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011. p. 164-165.
- BARROSO, Luís Roberto. Direito Constitucional Contemporâneo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, p. 472.
- BISCARETTI, Paolo. Introduzione al Diritto Costituzionale Comparato. 2. ed. Mião: Giuffrè, 1970. p. 303-305.
- BARBOSA, Rui. Obras completas. v. 25. Tomo 1. p. 27.
- BRASIL. CN. Relatoria da revisão Constitucional. Pareceres produzidos. Histórico. Brasília, 1994. Tomo I.
- CAMARGO, Marcelo Novelino. Como os juizes decidem: A influência de fatores extrajurídicos sobre o comportamento judicial. Tese de doutorado na Pós-Graduação de Direito Público da FDIRAJERJ, 2014.
- CAPEZ, Rodrigo. Prisão e medidas cautelares diversas: a individualização da medida cautelar no processo penal. São Paulo: Quartier Latin, 2017. p. 144-146, 387-389 e 397.
- CASTRO, Araujo. A Nova Constituição Brasileira. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1936. p. 172.
- COMPARATO, Fábio Konder. Redescobrimo o Espírito Republicano. Revista da AJURIS – Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul, v. 32, n. 100, dez. 2005. p. 99-117.
- CRUZ, Rogério Schietti. Prisão Cautelar: Dramas, Princípios e Alternativas. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 198-199 e 248-249.
- ESMEIN, Adhémér. Droit Constitutionnel. 1928. v. 2. p. 419.
- FALCÃO, Alcino Pinto. Da imunidade parlamentar. Rio de Janeiro: Forense, 1955. p. 17.
- _____. Rio de Janeiro: Forense, 1965. p. 7-29.
- FISCHER, Douglas. Delinquência econômica e Estado Social e Democrático de Direito. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006. p. 113.
- FRIEDMAN, Barry. The Will of the People: How Public Opinion Has Influenced the Supreme Court and Shaped the Meaning of the Constitution. New York: Farrar, Straus and Giroux, 2009.
- HAURIOU, Maurice. Principios de Derecho Público y Constitucional. Tradução: Carlos Ruiz de Castillo. 2. ed. Madrid: Reus, 1927. p. 117.
- HUBNER, Conrado. Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação. Tese de doutorado em Ciência Política na USP, 2008. p. 201.
- LEAL, Aurelino. Teoria e Prática da Constituição Federal Brasileira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & Cia., 1925. p. 285.
- LIMA, Renato Brasileiro de. Código de processo penal comentado. 2. Ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 933.
- LOPES JR, Aury. Direito processual penal. 11. Ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 885-886.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo Penal. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 372 et seq.
- NUCCI, Guilherme De Souza. Código de Processo Penal Comentado. 16. ed. São Paulo, 2017. p. 780 et seq.
- _____. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 692 e 782.
- PACELLI, Eugenio. Curso de Processo Penal. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2010. p. 540 et seq.
- PILATTI, Adriano. O princípio republicano na Constituição de 1988. In: Cadernos de Soluções Constitucionais 1. Associação Brasileira de Constitucionalistas Democratas. São Paulo: Malheiros, p. 13-14.
- SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. Teoria, História e Métodos de Trabalho. Belo Horizonte: 2012. p. 386.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 73.

fim do documento