



UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIAS JURÍDICAS

OS DIREITOS E SUA (IN)EFETIVIDADE – Uma Análise acerca das
Relações entre o Poder, a Ética e a Práxis Jurídica

ELENICE PIRES DAMACENO

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO

JOÃO PESSOA

2017

ELENICE PIRES DAMACENO

**OS DIREITOS E SUA (IN)EFETIVIDADE – Uma Análise acerca das
Relações entre o Poder, a Ética e a Práxis Jurídica**

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba – Área de Concentração: Direitos Humanos – Linha 1: Filosofia e Teoria dos Direitos Humanos; Teorias Críticas do Direito; Democracia, Cultura e Educação em DDHH. Orientador: Profº Dr. Enoque Feitosa Sobreira Filho.

Catalogação na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

D154d Damaceno, Elenice Pires.

Os direitos e sua (in)efetividade: uma análise acerca
das relações entre o poder, a ética e a práxis jurídica
/ Elenice Pires Damaceno. - João Pessoa, 2017.
175 f. : il.

Orientação: Enoque Feitosa Sobreira Filho.
Dissertação (Mestrado) - UFPB/CCJ.

1. Direito. 2. Ética e poder. 3. Práxis jurídicas -
Brasil. I. Sobreira Filho, Enoque Feitosa. II. Título.

UFPB/BC

Elenice Pires Damaceno

OS DIREITOS E SUA (IN)EFETIVIDADE – Uma Análise acerca das Relações entre o Poder, a Ética e a Práxis Jurídica

Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba – Área de Concentração: Direitos Humanos – Linha 1: Filosofia e Teoria dos Direitos Humanos; Teorias Críticas do Direito; Democracia, Cultura e Educação em DDHH.
Orientador: Prof. Dr. Enoque Feitosa Sobreira Filho

A Banca Examinadora, composta pelos professores abaixo, sob a presidência do primeiro, submeteu o candidato à defesa em nível de Mestrado e julgou nos seguintes termos:

MENÇÃO GERAL:

APROVADA

X

Prof. Dr. ENOQUE FEITOSA

Julgamento:

APROVADA

Assinatura:



Prof. Dr. LORENA FREITAS

Julgamento:

APROVADA

Assinatura:

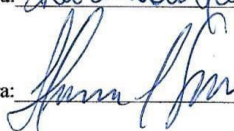


Prof. Dr. LUCIANO SILVA (externo – UFCG)

Julgamento:

Aprovado

Assinatura:



Coordenador do Curso: Prof. Dr. _____

AGRADECIMENTOS

Como não ser leviana ao agradecer? É uma pergunta que sempre me faço. As vezes tenho dificuldade de expressar a vontade que tenho de agradecer, aos que estavam presentes nessa jornada. E essa foi uma grande jornada, apesar de ter sido curta, foi uma das maiores da minha vida. Peço licença para ser emotiva, e agradecer de forma simples. Saindo um pouco das regras da escrita científica, para falar de forma emocional. O caminho até aqui não foi o mais fácil, não simplesmente pelas questões burocráticas, mas pelos sentimentos, pelas expectativas que envolvem esse passo, na vida acadêmica. O caminho percorrido parece um pouco com a música “Águas de março”, de Tom Jobim. Pois o tempo todo é pau e pedra, mas com certeza, não é o fim do caminho. É o início de uma longa caminhada em que existe a solidão, sim, mas também existe a chuva chovendo que são as conversas, presentes nos vãos das rodas de amigos. Amigos esses que são como vigas, criando uma grande festa na cumeeira das nossas cabeças, nos ajudando a pensar e descobrir coisas sobre os mistérios profundos da vida. Conversas essas que podiam ir até a luz da manhã, enchendo nossos corações de promessas de vida, formando em nossas expectativas um belo horizonte. Quantas histórias não surgem apenas em uma conversa, ou com uma conversa. A história de fazer um mestrado surgiu em várias conversas, algumas dessas foram rodeadas de pessoas queridas que estiveram ao meu lado na época da graduação, e juntos construímos sonhos que foram realizados, por isso, começo agradecendo a cada um deles, que fizeram parte dessa jornada e me deram forças pra iniciá-la (Alice, Benicelia, Beto, Bueno, Camila, Daniel, Elaine, Ingrid, Isabela, Ítalo, João Jorge Jully, Jorge Alberto, Lua, Léon, Leonardo, Mirna, Marcus Vinícius, Marcelo, Thaís, Violeta, Vitinho, Wallace). Nesse caminho fui agraciada com a generosidade e o afeto de várias pessoas. Pessoas essas que estiveram comigo em momentos de grande alegria e grande dificuldade. Não será possível citar todas, mas espero esquecer de nenhuma. Um agradecimento especial a Romero, pela referência que és, pelos incentivos de sempre, e por ter me convidado a conhecer a UFPB. A Betinho, Alice, pela inspiração da beleza acadêmica, e pelo auxílio fundamental nos momentos de preparação para a seleção. Aos queridos amigos que fiz em João Pessoa, em especial a algumas que estiveram comigo nos momentos mais difíceis (Amanda, Cauê, Damiana, Daniele, João Adolfo, Leonísia, Leonardo, Lua Marina). Ao grupo de pesquisa Marxismo e Realismo Jurídico. A Capes. Aos amigos do Ministério Público, na pessoa de Francisco (*in memoriam*). A Enoque Feitosa, por ser além de um orientador, um grande amigo, uma pessoa que me levou de forma leve e reflexiva, pelo caminho da escrita, gratidão. A querida amiga professora Lorena, pelas grandes contribuições acadêmicas e pelas conversas agradáveis de sempre. Ao querido professor Luciano, pela gentileza de sempre, e pelas grandes contribuições acadêmicas. Aos meus queridos amigos de antes, hoje e sempre Raiane, Evair e Eduarda (Potira). A Thaísna, a quem tenho enorme admiração e gratidão. A querida cunha Joemilly, pelo carinho e aconchego de sempre. A minha grande irmã Samira, pela frase “você começou e vai terminar esse projeto”, rrsrrs, te agradeço por todo apoio, minha irmã, por todo o seu carinho e compreensão. Aos meus queridos irmãos Gilmária e Gilmar Jr., por fazer parte de minha vida. Aos meus tios Gilson e Izonete, por sempre me dedicarem apoio e carinho. A minha deusa maior, minha referência, minha Mãe Elza, por tudo, por todo afago, por toda esperança, por acreditar em mim mais do que eu acredito. Ao meu pai (*in memoriam*).

O opressor só se solidariza com os oprimidos quando o seu gesto deixa de ser um gesto piegas, e sentimental, de caráter individual, e passa a ser um ato de amor àqueles. Quando, para ele, os oprimidos deixam de ser uma designação abstrata e passam a ser os homens concretos, injustificados e roubados. Roubados na sua palavra, por isto no seu trabalho comprado, que significa a sua pessoa vendida. Só na plenitude deste ato de amar, na sua existência, na sua práxis, se constitui a solidariedade verdadeira. Dizer que os homens são pessoas e, como pessoas, são livres, e nada concretamente fazer para que esta afirmação se objective, é uma farsa. (Freire, pag. 20, 1987)¹

¹ FREIRE, Paulo. **A Pedagogia do Oprimido**. ed. 17^a. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

RESUMO

DAMACENO, Elenice Pires. OS DIREITOS E SUA (IN) EFETIVIDADE – Uma Análise acerca das Relações entre o Poder, Ética e a Práxis Jurídica. 2017. f.175. Dissertação de Mestrado – Centro de Ciências Jurídicas / Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa

.

O Direito moderno dogmaticamente organizado, ordem normativa estruturada pelo monopólio de coerção estatal, constitui uma ordem social imbuída de poder de coerção baseada em leis que compõem o Direito positivo, legitimado por um processo social de legitimação. Essa ordem social consiste em um campo de disputa, no qual são levados à apreciação da jurisdição os conflitos sociais considerados relevantes para a manutenção da ordem social vigente. O monopólio de coerção estatal é composto por uma ordem jurídica hierarquicamente estruturada, que se utiliza de mecanismos e instrumentos estatais, como as instituições públicas, que por meio da práxis jurídica busca tornar os direitos individuais e coletivos, apresentados por uma estrutura ideal ditada pelas fontes do Direito (norma, costumes, princípios gerais, jurisprudências e doutrina), efetivos. A presente dissertação aborda, por meio de pesquisa bibliográfica e empírica, demonstrar quais as relações existentes entre a ética e o poder que permeiam a práxis jurídica e constituem o campo de disputa do Direito no campo da realização da efetividade dos Direitos Humanos. O problema de pesquisa perpassou pela necessidade de refletir a respeito da práxis jurídica realizada no Brasil, sendo o foco da pesquisa empírica o campo da microética (relações interpessoais) e macroética (relações de interferência coletiva), que foi pesquisado a partir da análise de teses que tratam a respeito da práxis jurídica do STF, a partir desta pesquisa foi possível traçar o panorama a respeito da estrutura na qual está concentrada a realização concreta dos direitos humanos no sistema judiciário brasileiro,

PALAVRAS-CHAVE: (In) Efetividade; Ética; Poder; Práxis Jurídica; STF.

ABSTRACT

The dogmatically organized modern Law, a normative order structured by the monopoly of state coercion, constitutes a social order impregnated of coercive power based on laws that compose the positive Law, legitimated by a social process of validation. This social order consists in a dispute field, in which the social conflicts considered to be relevant to the maintenance of the current social order are taken to authority appraisal. The monopoly of state coercion is composed by a hierarchically structured legal order, which uses state mechanisms and instruments, such as public institutions, that through juridical praxis, aims to make effective individual and collective rights, presented in an ideal structure dictated by the Law sources (norm, customs, general principles, jurisprudence and doctrine). This dissertation aims, through bibliographical and empirical research, to demonstrate the existing relations between ethics and power that permeate the legal praxis and that constitute the dispute field of the Law in the field of the effectiveness of Human Rights. The research problem passed through the necessity to reflect about the legal praxis realized in Brazil, the focus of the empirical research being the field of microethics (interpersonal relations) and macroethics (relations of collective interference), which was researched from the analysis of theses dealing with the legal praxis of the Brazilian Supreme Court (STF), from this research it was possible to trace the scenario regarding the structure in which is concentrated the concrete realization of human rights in the Brazilian judicial system.

KEYWORDS: (In) effectiveness; Ethics; Power; Legal Praxis; STF

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1. Do objeto: O monopólio da coerção estatal enquanto campo de disputa de significado num direito juridicamente organizado.....	09
2. Do problema e hipótese de pesquisa.....	12
3. Do método	13
4. Da organização do trabalho como modo de desenvolvimento da reflexão.....;	14
 CAPÍTULO I – RELAÇÕES ENTRE O PODER E A ÉTICA NA CONSTRUÇÃO DO DIREITO	18
1.1 Concepções acerca do Fenômeno Poder e o conceito de Relações Jurídicas Institucionais.....	18
1.2 A Ética na construção do Direito	29
1.3 Institucionalização do Poder – A construção do Monopólio Jurídico Estatal e sua relação com as estruturas éticas que podem basear a constituição do Direito.....	37
 CAPÍTULO II – O CAMPO DISPUTA JURÍDICO E A EFETIVIDADE/INEFETIVIDADE DOS DIREITOS.....	44
2.1. A construção do Direito e sua relação com o Monopólio de Coerção Estatal.....	44
2.2. Concepções acerca do conceito de Direito e a problemática da efetividade/inefetividade dos direitos.....	50
2.2.1 A problemática em torno da efetividade/inefetividade dos Direitos Humanos.....	54
2.3. A problemática relacionada aos termos Legitimidade e Legitimação no tocante a construção do Direito enquanto parte do monopólio estatal.....	57
2.4 A institucionalização do campo de disputa jurídico e suas nuances acerca do contexto histórico-filosófico do Poder Judiciário.....	61

CAPÍTULO III – PANORAMA DO FORMATO INSTITUCIONAL DA PRÁTICA JURÍDICA BRASILEIRA.....	68
3.1 Contexto histórico-filosófico da prática jurídica brasileira.....	68
3.2 Panorama da prática jurídica brasileira analisada por meio da pesquisa empírica.....	85
3.2.1 Seleção, classificação e método utilizados para a delimitação dos dados necessários a pesquisa.....	86
3.2.2 Teses que versam a respeito da prática jurídica brasileira.....	91
3.2.3 Panorama a respeito da prática jurídica brasileira.....	131
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	144
REFERÊNCIAS	148
APÊNDICE A	158
APÊNDICE B.....	169
APÊNDICE C	173

INTRODUÇÃO

1 DO OBJETO: O MONOPÓLIO DA COERÇÃO ESTATAL ENQUANTO CAMPO DE DISPUTA DE SIGNIFICADO NUM DIREITO JURIDICAMENTE ORGANIZADO

Determinados fenômenos sociais são tratados como pertencentes às necessidades coletivas, sendo os fatos relacionados a esses administrados pelo Estado, estando presentes no ordenamento, que consiste no ordenamento juridicamente organizado que faz parte do monopólio estatal. A institucionalização da força, da normalização da vida social, do poder de coerção, a monopolização da sanção por meio do Estado Moderno, tem a intenção de trazer maior representação de segurança por meio da “igualdade formal”, consolidado a partir da aparência de que a institucionalização torna a vida em sociedade segura e homogênea. O Direito é administrado pelo poder estatal.

Esse fenômeno social estatalmente organizado se consolida enquanto um instrumento de duas vias. Sendo um meio pelo qual o Estado normaliza as condutas sociais e um instrumento institucional no qual, de forma individual e ou coletiva, as pessoas podem buscar a ação estatal para à realização de direitos ou defender-se de determinada ação estatal que viole direitos.

As duas vias do Direito podem ser comparadas a um campo de disputa, no qual as formas e os procedimentos para a resolução de determinados conflitos estão caracterizados em normas de cunho estatal, as quais determinam como o direito é considerado legítimo. Perfazendo o campo da legitimidade, que passa por um processo de legitimação social, e está para além das concepções de vigência, validade e eficácia presentes nas discussões do campo dogmático da norma.

As contendas sociais resolvidas juridicamente têm sua resolução a partir da construção de argumentos jurídicos que adquirem *status* de verdade, os quais estão baseados em uma determinada ética. A existência real de um Direito move-se pelos instrumentos estatais que realizam a tentativa diária de levar a efeito esses direitos.

O Direito é efetivo, tendo em vista que o seu papel social é cumprido em sociedade, ou seja, funciona como uma ordem social de controle, que possui como meio de atuação a coerção. Ao contrário dos direitos que são estabelecidos pelo próprio direito, por meio do ordenamento vigente em cada sociedade, esses não possuem um campo de realização imediato, estão presentes no âmbito formal, no entanto a sua efetividade ainda é algo buscado. O que ocorre então, é que o Direito, como gênero, como ordem social, possui um campo de disputa no qual os direitos são disputados, a pesquisa busca percorrer essa construção do campo de

disputa no embate da existência de relações de poder e de relações éticas, que possam na práxis jurídica afetar a realização desses direitos. Com o intuito de definir um campo de direitos a ser estudado, foi delimitado no presente trabalho o campo relacionado aos Direitos Humanos.

Uma forma de visualizar esse campo de disputa jurídico, que diariamente é construído pelas contendas judiciais levadas a apreciação do poder judiciário, está presente nas relações institucionais modificadas a partir da influência dos Direitos Humanos no ordenamento constitucional pátrio. Os Direitos Humanos são uma espécie de Direitos, e serão trazidos para esse trabalho como uma forma de delimitar um campo do Direito a ser analisado.

Após a entrada do cenário mundial da criação dos Carta Universal dos Direitos Humanos, os países que aderiram aos preceitos deste documento, uma grande parte pelo menos, incluíram em suas legislações nacionais princípios que fazem parte destes preceitos estabelecidos internacionalmente, desta maneira, muitas instituições nacionais que já possuíam uma função nacional delimitada tiveram suas bases formais ampliadas, a partir das mudanças legislativas que sofreram influência desses princípios.

Os Direitos Humanos, acolhidos pelo ordenamento jurídico brasileiro, no âmbito das contendas judiciais está sujeito as relações de poder que influenciam a construção de argumentos jurídicos os quais podem impedir que esses direitos se tornem efetivos no âmbito da sociedade brasileira.

As nuances que versam sobre a problemática do caráter efetivo dos direitos, traçando o recorte para os Direitos Humanos, estão no campo da discussão a respeito da legitimidade desses princípios universais², situados no Direito objetivo³. No tocante ao caráter subjetivo desses direitos, as indagações a respeito de sua efetividade podem ser situadas no campo da práxis jurídica, pois, a partir do texto da lei não se pode presumir como os fatos ocorrem no

² Diante da criação dos Direitos Humanos, no formato de uma Declaração Universal, o próprio documento já demonstra que tipo de poder está atrelado a estes direitos, ou seja, eles não são impostos, são declarados, não sendo possível, no âmbito da legislação internacional diante dos parâmetros democráticos, um país criar um Estatuto de direitos que devem ser obrigatoriamente recebidos por outro país, tendo em vista que cada Estado é soberano. Tendo em vista essa problemática, existem tensões em relação a legitimidade desses direitos alocados no direito internacional, não sendo pacífica a compreensão se esses possuem ou não legitimidade.

³ O termo Direito objetivo é cunhado a partir das concepções de Kelsen, apresentadas na Teoria Pura do Direito, o qual estabelece um conceito de Direito subjetivo e um conceito do que seria o Direito objetivo, estando esse último no campo do direito normativo, ou seja, no âmbito da norma propriamente dita. De acordo com este autor: “Nesta definição se exprime por forma particularmente clara o dualismo característico da jurisprudência tradicional que contrapõe o direito em sentido subjetivo ao Direito em sentido objetivo. Este dualismo contém em si uma contradição insolúvel. Se o Direito em sentido objetivo é norma, ou um sistema de normas, uma ordem normativa, e o direito subjetivo é, por sua vez, algo inteiramente diferente, a saber: interesse, o direito subjetivo e o Direito objetivo não podem ser submetidos a um conceito genérico comum. E esta contradição não pode ser afastada pelo fato de se admitir, entre o Direito objetivo e o direito subjetivo, uma relação que consista em este ser considerado como um interesse protegido por aquele”. (KELSEN, 2015, p. 148/149)

corpo social, faz-se necessário entender como esses direitos estão sendo realizados em âmbito social, ou seja, fazer uma análise a partir da forma como esses direitos estão sendo praticados.

Para cada ato envolvido em um certame, existe um sentimento transformado em valores e colocados no processo, o qual conta uma história a respeito de uma determinada ação ou omissão que ocorreu em um determinado lugar, em uma determinada hora, no qual foram envolvidas determinadas pessoas.

Diante dessa problemática e partindo da noção de que o Estado não existe de forma abstrata, ele existe por meio da prática diária dos atos estatais, realizados pelas instituições governamentais, e sendo estas compostas por pessoas, uma das formas de observar a efetividade dos direitos, normatizados, é por meio das atividades institucionais, como por exemplo, nas sentenças proferidas pelos órgãos jurídicos que representam o Estado.

Tais pessoas que operam os instrumentos estatais são seres humanos e não apenas abstrações, como números alocados enquanto símbolos organizados em uma matrícula, são indivíduos que possuem sua subjetividade construída ao longo de sua existência, e não sendo máquinas que podem ser programadas para adequar-se a determinadas finalidades, o ser humano, ao fazer parte dos instrumentos monopolizados institucionalmente, levam para tal âmbito, ou seja, para a realização de suas tarefas, sua subjetividade.

Tal consideração, a respeito do tema subjetividade, possui o intuito de ressaltar o aspecto humano que possui o Estado, não de humanizar o Estado, mas de ressaltar que este por não existir de forma abstrata, possui na realização de suas atividades seu aspecto humano. O ser humano ao ter sua força de trabalho utilizada pelas engrenagens do Estado leva para as suas atividades suas histórias de vida, seus conceitos morais, seus valores, esse conjunto de características foi chamado no texto de subjetividade, o que não afirma que ao realizar suas atividades estão livres de sofrerem mudanças que são impostas pela institucionalização, esse fato não está colocado em questão, apenas a afirmativa de que as pessoas que trabalham nas instituições são dotados de subjetividade⁴.

Esse campo de materialização da realização das atividades jurídicas estatais realizadas no dia a dia, pelos agentes estatais e por aqueles que manejam o direito, será compreendido por esse trabalho, nas dimensões do termo práxis jurídica. As nuances que permeiam a efetividade dos direitos, perpassam pela forma moderna de normalização social circunscrita em um

⁴ O tema da subjetividade nas relações jurídicas é uma assunto complexo que não será aprofundado neste trabalho, por limite de tempo, tal temática pode ser pesquisada em obras como a de Claudio Souto, que traz reflexões sobre o sentido e a ideia de vontade no campo da Sociologia do direito, bem como, na tese de Gabriela Maia Rebouças, intitulada: “Tramas entre subjetividades e direito: a constituição do sujeito em Michel Foucault e os sistemas de resolução de conflitos”.

ordenamento jurídico que faz parte de um monopólio estatal o qual pode ser observado enquanto um campo de disputa no qual o Direito, de forma genérica, é manejado por pessoas juridicamente determinadas, que por meio desse instrumento estatal pode modificar a forma como a vida se realiza em sociedade.

Na práxis jurídica pode-se ser observado a existência de campos de relação ética, que podem ser denominados macroética e microética. A existência desses campos é possível tendo em vista a dimensão humana que se apresenta nas relações sociais. Ao realizar uma prática institucional o indivíduo pode realizar uma ação ética que visa o bem comum, ou uma relação de mero poder, baseada em outro tipo de ética. Tanto a criação quanto a execução das leis, atos estatais, perpassam pelo aspecto humano das relações sociais.

Os atos de criar e de executar as leis se tornam estatais por estarem imbuídos de formalidades que são impostos pelo Estado normalizador, a qual atribui ao ato legitimidade. Uma legitimidade formal.

Para que essa estrutura seja aceita socialmente o Direito passa por um processo de legitimação, pois seria impossível este se legitimar apenas pela força, para tanto faz-se necessário que a ordem normativa se aproxime do ser social. O poder que legitima o Direito, é legitimado pelo meio social. Sendo tal poder concentrado nas mãos de poucos. A partir destas reflexões surge o problema e a hipótese do presente trabalho, tema que será debatido no próximo tópico.

2 DO PROBLEMA E HIPÓTESE DE PESQUISA

O Direito é uma ordem social, e como tal, exerce um poder de normalização. Partindo da noção de que o Direito não é um acontecimento que surge espontaneamente, tratando-se de uma invenção humana, a realização deste não acontece de forma espontânea, sua organização visa a ordem e acontece a partir de atividades humanas. Esse fenômeno em que se estabelece um campo de disputa organizado por meio da normalização estatal e no âmbito jurídico, possui em seu bojo forças que definem suas características.

A consolidação do Direito passa por forças de poder que determinam a forma como este será realizado, é uma ordem social que possui sua forma monopolizada pelo estado. Em suas características encontra-se a coerção, sendo este a única ordem social imbuída de tal poder. Acontece que em sendo o Direito parte do monopólio estatal, único que pode determinar suas características, e sendo necessário atender as demandas sociais de forma ampla, velando pela igualdade e pelo respeito aos princípios estabelecidos pelo próprio ordenamento jurídico, e

sendo uma invenção humana, sua realização em sociedade deve ser estabelecido a partir de preceitos éticos que visem o bem comum, pois do contrário, esse instrumento estatal poderá ser utilizado apenas para atender a vontades de um determinado grupo de pessoas em proveito próprio, e não para o bem de toda coletividade.

Por conseguinte, o problema relacionado ao campo de disputa do Direito está diretamente ligado as bases sobre às quais este é estruturado. Quando se estabelece bases pautadas por uma determinada ética o direito pode ser utilizado enquanto força estatal baseada em mero poder para obter dentro da ordem jurídica as pretensões de um determinado grupo de pessoas ou classe, as quais possuindo acesso a esse monopólio poderão imbuir em suas atividades atitudes não relacionadas com a ética do bem comum, mas baseadas em um discurso de autoridade estatal com poder constituído por força de coerção e não com bases legítimas sociais constituídas por princípios estabelecidos pelo próprio ordenamento jurídico.

A partir destas observações surge o problema do trabalho. Na sociedade existe a realização de um Direito efetivo estruturado em conceitos éticos que visam o bem comum ou um Direito construído em relações de uma ética baseada na força e no poder, voltado para atender aos interesses de uma determinada classe?

A partir dessa indagação surge a hipótese do trabalho: É possível a partir da práxis jurídica, baseada em uma ética que visa o bem comum, a realização da efetividade dos direitos no campo fático, para além do campo formal da legislação fria.

3 DO MÉTODO

A pesquisa será dividida em duas fases: a primeira consiste em uma análise bibliográfica, a partir da doutrina jurídica e da literatura filosófica, e a segunda trata-se de uma pesquisa empírica documental.

A partir de levantamento bibliográfico apontado na fundamentação teórica será realizada uma análise dessa bibliografia, este método tem por objetivo identificar em documentos secundários parte das informações necessárias para responder às questões pesquisadas.

A segunda parte da pesquisa, que consiste em uma pesquisa empírica documental, será realizada a partir do levantamento quantitativo dos documentos a serem analisados, sendo seguida por uma classificação qualitativa do material. O método utilizado para definir a amostragem será o intencional ou por julgamento, tendo em vista que o campo analisado precisa

estar em concordância com o tema do presente trabalho. Após a pesquisa quantiquantitativas, passa-se a análise destes documentos.

Os documentos a serem analisados serão teses que versam a respeito da práxis jurídica no país. O depositário de dados utilizado será o site “Banco de Teses e Dissertações” da Capes, o qual comporta todo o material publicado referente a pesquisa acadêmica, reconhecida pelo MEC, no país. Após a definição do campo de amostragem quantitativo, será realizada uma classificação em categorias, por meio da definição de uma alocação qualitativa dos assuntos a serem analisados. As teses selecionadas quantitativamente serão analisadas e alocadas em categorias para que seja possível definir os assuntos que são pertinentes ao campo de pesquisa do presente trabalho.

A partir dessa análise qualitativa das teses passa-se a análise do material documental, dividindo os assuntos a partir de critérios que são imprescindíveis para a realização da pesquisa. Nesta etapa do trabalho de análise dos documentos será feita a categorização dos resultados considerados relevantes para a identificação das relações entre ética e poder, que porventura sejam encontrados em tais documentos, a fim de traçar um panorama da práxis jurídica realizada no país, e assim responder ao problema de pesquisa e testar a hipótese.

4 DA ORGANIZAÇÃO DO TRABALHO COMO MODO DE DESENVOLVIMENTO DA REFLEXÃO

Como seria caracterizada a realidade brasileira se analisássemos as condições sociais em que vivem o ser humano neste país a partir dos princípios estabelecidos na legislação? Uma análise formal, distante da realidade, poderia afirmar que todos os direitos são possíveis de serem exercidos. No entanto, a realidade brasileira mostra o contrário, a maior parte da população sofre violações de direitos diárias, seja por não ter acesso à saúde ou à uma educação de qualidade. Para responder esta pergunta seria necessário contrapor a norma com a realidade.

Essa pesquisa pretende chegar o mais próximo possível da realidade, visando contribuir para o debate crítico sobre a efetividade dos direitos no âmbito das relações sociais, saindo das intenções definidas na legislação que afirmam ser os agente em funções jurisdicionais e as essenciais à jurisdição estatal, os guardiões da defesa dos direitos da população e verificando quais as relações entre o poder e a ética que a práxis jurídica, a qual está no caminho a ser percorrido para a construção de uma sociedade em que os direitos não sejam respeitados apenas formalmente, mas que estes possam ser efetivamente realizados.

O panorama descrito acima serve como base para a tese de que o Direito é um campo de disputa no qual os conflitos determinados pela ordem estatal enquanto juridicamente relevantes, são resolvidos por meio da construção de uma verdade jurídica, constituída a partir de procedimentos e conceitos relacionados ao monopólio da coerção estatal, então, pode-se afirmar que a efetividade dos direitos dependerá de uma práxis jurídica baseada em conceitos éticos.

O objetivo desta pesquisa é identificar e problematizar, por meio da análise das relações entre a ética e o poder existentes na construção do Direito legítimo, organizado por meio de um monopólio estatal, e correlacionar tais conceitos com a práxis jurídica na qual reside a possibilidade da efetividade dos direitos na realidade social brasileira.

Para alcançar tal objetivo o presente trabalho foi dividido em três capítulos, com o intuito de percorrer o caminho científico necessário para responder as perguntas evidenciadas no problema de pesquisa. O conteúdo dos três capítulos serão descritos a seguir.

O **primeiro capítulo**, intitulado “Relações entre o poder e a ética na construção do Direito”, tem por finalidade apresentar reflexões a respeito das relações entre o poder e a ética na construção do Direito, a partir da análise da literatura que versa a respeito destes fenômenos.

Este capítulo será dividido em três seções, a primeira, “Concepções acerca do fenômeno Poder e o conceito de Relações Jurídicas institucionais”, traz as concepções acerca do poder e da construção das relações jurídicas institucionais, sendo para tanto utilizado como principais referenciais teóricos as obras “*La vérité et les formes juridiques*” e a “*Microfísica do Poder*” de Michel Foucault e, “*As Origens do Totalitarismo*”, “*A Violência*” e “*The Human Condition*” todos de Hannah Arendt, e “*Depois da Virtude*” e “*Justiça de quem? Qual Racionalidade*” de Alasdair MacIntyre.

Após a identificação desses conceitos a segunda seção, “A ética na construção do direito”, faz uma análise a partir da literatura jurídico-filosófica a respeito da ética na construção do Direito, tendo como base o estudo das virtudes de Aristóteles, “*Fundamentação da metafísica dos costumes*” de Kant, a crítica de MacIntyre a respeito de Kant e da teoria emotivista e, as concepções éticas em Hume e Bentham.

A última seção, “*Institucionalização do Poder – A construção do Monopólio Jurídico Estatal e sua relação com as estruturas éticas que podem basear a constituição do Direito*”. Nesta seção serão analisadas as bases que estabelecem a institucionalização do poder jurídico estatal a partir das concepções de poder e de monopólio estatal de coerção, traçando um paralelo entre as reflexões sobre a ética, apresentadas no tópico 1.2, e as estruturas em que foram

historicamente construídas as instituições jurídicas. A análise desta secção terá como base a obra “Microfísica do Poder” de Michel Foucault.

Após essas reflexões, no **segundo capítulo**, “O campo de disputa jurídica e a efetividade/inefetividade dos direitos”, passa-se a análise do campo de disputa jurídico e da possibilidade da efetividade dos direitos. Tal capítulo está dividido em quatro secções.

A primeira secção, “A construção do direito e sua relação com o monopólio de coerção estatal”, tem como referencial teórico John Gilissen, Hugo Grotius e Antônio Carlos Wolkmer.

A segunda secção, deste capítulo, “Concepções acerca do conceito de Direito e a problemática da efetividade/inefetividade dos direitos”, traz as concepções teóricas a respeito da efetividade dos direitos. Tendo em vista o recorte em relação ao campo dos direitos ser os Direitos Humanos, a esta secção foi acrescentada uma subsecção, que se intitula “A problemática em torno da efetividade/inefetividade dos Direitos Humanos”, tal título justifica-se pelo fato de que a efetividade dos direitos será analisada a partir de um determinado campo dos direitos, sendo escolhido para tanto o campo dos Direitos Humanos. Para tanto serão utilizadas as obras “O Direito da Guerra e da Paz” de Hugo Grotius, “Direito e Justiça” de Alf Ross, “Teoria Pura do Direito” de Hans Kelsen e “O fim dos direitos humanos” de Costas Douzinas.

A terceira secção deste capítulo, “A problemática relacionada aos termos Legitimidade e Legitimação no tocante a construção do Direito enquanto parte do monopólio estatal”, traz as nuances sobre a construção de um direito legítimo. É necessário trazer essa discussão para o trabalho devido a importância de identificar quais as formas pelas quais o Direito torna-se legítimo no corpo social. O referencial teórico utilizado foi o seguinte: “Economia e Sociedade” de Max Weber, a “Sociologia do Direito I” de Niklas Luhmann, e o livro de João Maurício Adeodato, “O problema da legitimidade”.

A última secção do capítulo, “A institucionalização do campo de disputa jurídico e suas nuances acerca do contexto histórico-filosófico a respeito do Poder Judiciário”, será uma análise a respeito da construção histórico-filosófico da formação do campo de disputa das relações de poder institucionalizadas. Nesta secção serão utilizadas, como referencial teórico, as obras “Teoria Pura do Direito” de Hans Kelsen, “Microfísica do Poder” e “*La vérité et les formes juridiques*”, ambos de Michel Foucault e “Fundamentos de História do Direito” de Antônio Carlos Wolkmer.

O **último capítulo**, intitulado “Panorama do formato institucional da práxis jurídica brasileira”, é composto por duas secções. A primeira “Contexto histórico-filosófico da práxis jurídica brasileira”, será uma análise literária a respeito da práxis jurídica brasileira, no qual

serão feitas observações sobre a forma como o sistema jurídico brasileiro está organizado na legislação do país, apresentando um panorama histórico acerca da construção do Poder Judiciário, bem como, uma reflexão acerca dos conceitos da práxis criadora versus a imitativa. Nesta secção serão utilizadas as obras “Ética é Justiça” de Olinto Pegoraro e “*Filosofia de la praxis*” de Adolfo Vázquez e o artigo “Uma introdução ao estudo da justiça” de Sadek.

A segunda secção, “O panorama da práxis jurídica brasileira observado através da pesquisa empírica”, traz a exposição de motivos a respeito da necessidade de se realizar uma pesquisa empírica quantiquantitativa, como complementação da pesquisa bibliográfica realizada nos capítulos e secção anteriores. As obras nas quais estão embasados os métodos utilizados para realização da pesquisa são: “Pesquisa empírica em Direito” de Lee Epstein e “Pesquisa empírica em Direito” organizado por Alexandre dos Santos Cunha e Paulo Eduardo Alves da Silva. Esta secção será dividida em três tópicos.

O primeiro tópico, “Seleção, classificação e métodos utilizados para a delimitação dos dados necessários a pesquisa”, traz a exposição de motivos a respeito da delimitação, coleta e seleção dos dados utilizados na pesquisa. No segundo tópico, “Teses que versam a respeito da práxis jurídica brasileira”, realiza-se um resumo informativo de todas as teses selecionadas como necessárias a pesquisa. No terceiro tópico, “Panorama a respeito da práxis jurídica brasileira”, apresenta-se as conclusões apreendidas a partir da análise das teses, realizada no tópico anterior.

No tocante a conclusão, esta buscará confrontar as teorias encontradas nas análises bibliográficas com a análise apreendidas nas teses jurídicas pesquisadas, a fim de relacionar estas últimas com as teorias pesquisadas, em busca de responder o problema da pesquisa e testar a hipótese estabelecida pelo presente trabalho.

1 RELAÇÕES ENTRE O PODER E A ÉTICA NA CONSTRUÇÃO DO DIREITO

1.1 Concepções acerca do Fenômeno Poder e o conceito de Relações Jurídicas Institucionais

Essa primeira seção, do capítulo 1, traz as informações necessárias para a exposição acerca dos autores e das teorias a partir das quais serão analisados parte dos principais fenômenos que constituem o objeto do trabalho, quais sejam: o poder e as relações jurídicas. A princípio será tratado o poder.

Dissertar sobre um fenômeno faz parte de uma atividade cognoscitiva complexa. A depender do método utilizado e do referencial teórico em que se baseia a pesquisa, pode-se estabelecer um reflexo determinado do fenômeno.

Como um fenômeno pode ser analisado diante de seu elemento essencial? Essa pergunta não está descrita no texto de Friedrich Engels (1873), intitulado “Sobre a autoridade”, mas pode ser observado a partir de sua escrita, pois ao explicar o fenômeno “autoridade”, no texto, utiliza-se da descrição de suas características, concluindo que algo pode existir independente de quem o manuseia. Ou seja, não é possível modificar a função do próprio instrumento a partir da mudança de quem o manuseia. No texto o autor traz a referência de que a autoridade, estando na mão do Estado opressor ou dos revolucionários, ainda é autoridade.

O Direito utilizado pelo Estado e o direito manuseado pelos cidadãos, diante do campo de disputa institucionalizado pelo Estado, é o mesmo direito servindo a propósitos diferentes. Estando do lado de um ou do outro, ainda será o Direito.

Compõe os objetivos desta dissertação a identificação e a problematização acerca do campo de disputa em que está inserido o Direito, com o intuito de identificar as relações existentes entre o poder e a ética na construção desse Direito. Por isso, para explicar o fenômeno Poder de forma coerente, faz-se necessário identificar suas características na sociedade organizada.

A análise a respeito do poder será realizada a partir da reflexão deste fenômeno em Hannah Arendt e Michel Foucault. Partindo da concepção de que o poder não se constitui apenas em atos de opressão e dominação, mas sim na possibilidade de afetar o outro. O qual se manifesta nas relações sociais, tendo em vista que não existe relação de poder no campo da individualidade e sim na coletividade. O poder funciona como um *modus operandi*, não sendo possível apresentar um conceito simples acerca do que “é” o poder.

Existem duas correntes em que está inserido o poder. Uma corrente é a teoria clássica, que relaciona este fenômeno ao binômio contrato-opressão, e a outra recentemente estabelecida, que enxerga-o como guerra-repressão. Tais esquemas são apresentados por Foucault, na corrente mais recente, o autor observa que a repressão é um efeito do poder pelo qual se estabelece a dominação. Na primeira existe uma relação jurídica com disputa entre o legítimo e o ilegítimo, na segunda opera uma oposição entre luta e submissão. (FOUCAULT, p. 100)

Assim, o Poder, de acordo com Foucault, é algo que circula, não está ali ou acolá, ele está em movimento, não se aplicando aos indivíduos, mas passando por eles. O indivíduo, de acordo com o mesmo autor, é o meio de transmissão do poder, sendo necessário para entender esse fenômeno, sua observação em suas nuances infinitesimais. A análise deve ser feita de forma ascendente, tomando como fonte de pesquisa não os edifícios de poder, mas sim as suas técnicas e práticas de dominação realizadas nas práticas infinitesimais. (FOUCAULT, p. 103-104)

O conceito clássico de poder está relacionado diretamente com a dominação, a imposição de uma vontade sobre outra. A partir do conceito cunhado por Foucault, pode-se afirmar que não se trata exatamente de dominação, mas de possibilidade de causar efeito, de um sobre o outro. Uma relação o poder pode afetar os dois lados.

Diante do conceito descrito pode-se identificar o poder como uma potência que circula entre os indivíduos e afeta suas vidas, nas suas mais básicas relações. Como por exemplo, na relação dos filhos com os pais existe uma relação de poder que está para além do poder familiar, estabelecido e imposto pelo Estado pelo instrumento legislativo, existe uma relação de poder que não está descrita nas leis positivadas, nem mesmo está regulamentada em leis “naturais”, em leis que existiam antes do Direito Positivo, mas sim por existir uma relação entre indivíduos, e tendo uma relação existe movimento de poder.

Os movimentos do poder, nas relações sociais, são baseados nas duas visões acima descritas, contendo ou uma relação de contrato-opressão ou de guerra-repressão, podendo ser identificado nas mais ínfimas relações diárias. Não podendo qualificá-lo enquanto algo bom ou ruim.

Utilizando o método de abstração⁵ evidenciado pelo texto de Engels (1873), e trazendo o conceito de Michel Foucault sobre o poder, não se poderia analisar o poder em ambas visões

⁵ Os argumentos apresentados por Engels (1873) no texto “Sobre a autoridade”, no qual ele demonstra que a autoridade mesmo sendo utilizada pelos revolucionários não deixa de ser autoridade, essa forma de relacionar o conceito a instrumentalidade da autoridade, foi chamado aqui de método de abstração, pois demonstra que o autor analisou o que é autoridade independente de quem esteja utilizando-a, abstraindo assim que o sujeito possa definir a coisa.

apenas como uma forma dicotômica. Como sendo uma disputa entre o legítimo e o legítimo, ou entre luta e submissão, pois poderia existir o risco de apenas ser evidenciado o poder como um instrumento para se chegar a um determinado fim, somente mudando as partes o instrumento mudaria. No entanto, o que ocorre não é uma utilização de formas diferentes do fenômeno poder, mas sim, o seu elemento essencial que seria a possibilidade de afetar o outro em uma relação, ou seja, mesmo que a disputa esteja relacionada a uma questão de legitimidade ou uma questão de força, o que existe nas duas é uma relação de possibilidade de afetação.

Para estabelecer qual o conceito será utilizado para nortear o presente trabalho, faz-se necessário esclarecer em quais parâmetros estarão fundamentadas o presente estudo, em sendo assim, além do conceito de potência estabelecido por Foucault, faz-se necessário identificar as nuances deste fenômeno em confronto com a violência, autoridade, força e vigor, apresentados pela autora Hannah Arendt.

Para esta autora, assim como para Foucault, a violência não é a essência do poder, pois

Se nos voltarmos para os debates sobre o fenômeno do poder, descobriremos logo que existe um consenso entre os teóricos políticos da esquerda e da direita de que a violência nada mais é do que a mais flagrante manifestação de poder. (...) O “poder” corresponde à habilidade humana de não apenas agir, mas de agir em uníssono, em comum acordo. O poder jamais é propriedade de um indivíduo; pertence ele a um grupo e existe apenas enquanto o grupo se mantiver unido. (ARENDT, 1969/1970⁶, p. 22-27)

Sendo a violência um instrumento do poder, não pode ser sua essência. Tal como Foucault, Hannah Arendt afirma que a existência do poder preceitua a existência de relações entre os indivíduos.

Dentre os fenômenos elencados a serem analisados em confronto com o poder, o vigor é descrito como uma qualidade que pode ser inerente tanto a uma pessoa quanto a um objeto, presente em seu caráter. (ARENDT, 1969-1970, p. 28)

No tocante à força, seu conceito para autora está relacionado com a energia que é liberada em movimentos físicos ou sociais, não sendo apenas uma nuance do conceito de violência. O conceito de autoridade está vinculado a característica do reconhecimento sem discussão, ou seja, um processo de obediência em que não se faz necessária a coerção e/ou persuasão, fundamentada a partir das características pessoais do sujeito, seja por seu cargo ou por seu respeito infringido na relação existente. (ARENDT, 1969-1970, p. 28)

⁶ Referência realizada conforme edição da obra utilizada.

O poder, no conceito apresentado por Hannah Arendt, não é violência, força, vigor ou autoridade. Cada um desses fenômenos pode se relacionar ao poder em um determinado tipo de relação existente entre indivíduos, ou entre indivíduos e grupos, como é o caso da autoridade. Não sendo o poder uma estrutura, mas sim uma ação humana, que não está situado no campo da individualidade, mas da coletividade, tendo em vista não existir relação de poder com apenas um indivíduo. Apesar de não ser uma estrutura, existem estruturas de poder que estão estabelecidas na sociedade e servem como instrumentos desta potência.

Para caracterizar as nuances a respeito do poder, esse fenômeno será considerado como uma potência que perpassa pelos indivíduos e existe nas relações entre estes, não podendo existir sem que exista uma relação entre dois ou mais indivíduos. Não será considerado como sinônimo de poder o conceito de violência, autoridade, força ou vigor, sendo estas nuances do fenômeno as formas como o poder pode se manifestar.

A utilização do poder como ato de dominação pode produzir relações de servidão e resistência, baseadas no conceito de autoridade, na primeira relação, e no conceito de força e vigor, na segunda. Como o poder se movimenta em rede, de acordo com Foucault, essas formas de poder podem se realizar em diferentes tipos de relações. Não será realizada uma pesquisa sobre o que o poder é baseado no argumento de Foucault, de que este não pode ser identificado pelo que é, mas a forma como este opera na sociedade.

Outro recorte necessário para a realização da pesquisa é o tipo de relação que será analisado no presente trabalho, tais conceitos serão apresentados no que tange às relações jurídicas.

Não sendo possível a análise do fenômeno poder de forma isolada, sendo apresentado apenas por um indivíduo, faz-se necessário identificar em qual relação este fenômeno será analisado, tendo sido escolhido, não de forma aleatória, as relações jurídicas, por ser estas as relações em que será embasado o estudo sobre as relações de poder que permeiam a efetividade dos direitos, bem como, os conceitos de ética e poder que moldam as relações responsáveis pela práxis jurídica realizada pelos órgãos que exercem o monopólio de coerção estatal.

Onde e como surge o Poder? Este trabalho não pretende falar do “Código de Hamurabi”, e desmistificar esse fenômeno tão debatido desde o início das civilizações, buscando-se um outro referencial teórico que sejam os tempos primitivos do surgimento do Direito, pode-se fazer uma adequação a pergunta e transformá-la nessa indagação: “Sempre existiu o exercício do Poder nas relações sociais?” Para responder essa pergunta, voltaria novamente para o “Código de Hamurabi”, pois teria que especificar desde quando existem as relações sociais, e se nestas, nas mais remotas fases da vida do *homo sapiens* na terra, houve o

exercício do poder, então faz-se necessário apresentar um outro referencial e a pergunta seria essa: “Existem relações de poder nas relações jurídicas?” Ainda sendo abrangente, tal indagação aponta um norte para a realização de um recorte que poderá ser estabelecido dentro das limitações históricas traçados pela escolha dos referenciais teóricos, a fim de analisar as relações sociais jurídicas.

Nas práticas jurídicas o Direito está relacionado com o bem-estar, com a segurança, e a ordem da vida em sociedade, sendo um instrumento de controle social de uma classe sobre a outra. Isso pode ser observado em alguns ramos do próprio direito nos quais a máquina jurídica favorece uma classe, e a educação é feita para atender as necessidades de determinada classe social, que se mantêm com o monopólio de uma estrutura voltada para o seu papel social.

O Poder exercido pelo monopólio de coerção estatal possui sua base na lei, essa é a forma como se apresenta, ou seja, sua aparência. Na realidade fática, na prática do dia a dia, existem outras normas que regem o bom funcionamento das instituições, o que nos leva a impressão que existiria uma contradição entre a formalidade e a práxis. Por exemplo, um princípio legalmente estabelecido, constitucionalmente vigente, como o princípio da igualdade, aparentemente existe, pois consta na legislação. No entanto, sua realização na sociedade pode não se realizar de forma a concretizar o estabelecido na lei, realizando-se de forma diversa, a partir de normas convencionadas pela realidade social existente.

O princípio da igualdade em sua modalidade formal está materialmente defendido pela Constituição Federal, no entanto, o Brasil é um dos países que possui grandes índices de desigualdades, principalmente, no que tange às desigualdades sociais, o que demonstra de forma simples que o princípio da igualdade é uma ideologia de poder, e pode ser descrita, como parte simbólica da Constituição, o que estaria de acordo com as teorias constitucionalistas, podendo servir de *álibi* para a atuação legiferante do Estado e a concretização material deste princípio, perante as massas brasileiras.

A observação unicamente deste princípio, não seria suficiente para confrontar a existência formal dos direitos e sua realização fática na sociedade, pois, essa análise é básica e não demonstra como se estruturam as relações jurídicas de poder existentes na práxis jurídica, no máximo pode-se observar relações políticas expressas por explicações legislativas. A questão possui grande complexidade e requer uma análise mais profunda, sendo necessária a utilização dos referenciais teóricos citados, a fim de analisar como as relações jurídicas foram historicamente tratadas pela sociedade, bem como, a possibilidade de identificar quais seriam essas relações que podem ser chamadas de jurídicas e como o poder pode surgir como força de controle dessas relações.

Pode-se conceituar uma relação jurídica como sendo uma relação entre sujeitos em que existe uma descrição de um tipo jurídico-normativo, ou seja, em que incide sobre a relação uma norma jurídica. Como por exemplo, a obrigação existente na relação de pais e filhos, no qual os pais têm obrigação de garantir a subsistência destes, até sua maioridade, bem como, os filhos têm obrigação de garantir a subsistência dos pais quando estes estiverem na velhice.

Apesar da relação entre pais e filhos, que acontece na maioria das vezes de forma natural, pelo nascimento de uma criança que torna o homem pai e a mulher mãe, as questões que envolvem a família estão dispostas na ordem normativa do Estado, o que nem sempre foi assim. Nos tempos primitivos, antes da formação do Estado, não existia uma relação obrigacional entre esses agentes, os filhos pertenciam a comunidade, a todos, e não apenas há um casal, nessa fase da história da humanidade, não existiam normas estatais que regiam as relações entre os genitores e os “filhos”.

Como preceitua Hannah Arendt, em seu livro “*The Human Condition*”, tudo o que entra em contato com o ser humano torna-se uma condição de sua existência, por ser uma espécie condicionada pelas coisas que no meio ambiente existem, sejam coisas criadas por eles sejam coisas da própria natureza, a ação do ser humano é um ato da vida em sociedade.

A ação e o discurso fazem parte da forma como ocorre a transformação da vida do indivíduo em sociedade, estando presente na passagem da fase primitiva para a fase da vida na *polis*, passando pela Idade Clássica, na qual se estabeleceu como formas de comando a organização das famílias, passando a existir o comando das esfera política, da *polis*, por alguns chefes de família, nascendo assim a dicotomia entre o que é público e o que é privado, em que “a liberdade situa-se na esfera do social, e a força e a violência torna-se monopólio do governo”. (ARENDT, 1998, p. 07-11; 22-37)

A condição das relações humanas passa para as condições das relações estatais, o governo possui o monopólio da violência e com isso detêm as relações de força, somente podendo o Estado utilizar as formas de coerção violenta.

No livro “Da violência”, Hannah Arendt afirma que em relação ao fenômeno do poder existe um consenso entre os teóricos políticos de que a violência é a forma mais visível da manifestação do poder, sendo o poder político uma forma de organização da violência. (ARENDT, 1969-1970, p. 22)

Em se tratando de organização das forças de violência pode-se então afirmar que nos dois livros da citada autora existe uma preocupação em delimitar o que seria a organização da violência e a sua relação com o Estado, ou mesmo com a organização da vida política, deixando por vezes transparecer que existe uma ligação entre a formação da vida em sociedade e a

necessidade de organizar e deter o poder por alguns dos que compõem a *polis*, sendo a única forma de realizar essa organização pela institucionalização da violência, ou seja, transformando a mais primitiva forma de manifestação de poder em uma ação do Estado, ou melhor, pela qual o Estado exerce o poder de dominação daqueles que tem, como uma das suas condições de existência, as instituições Estatais.

A complexidade das relações sociais que vão se transformando à medida que o mundo moderno começa a tomar forma, por meio das relações de produção industrial, vão demonstrando que as relações para além da vida na *polis* exige uma organização das instituições internacionais de poder.

Levando em consideração a hipótese de que a vida em sociedade é controlada por forças políticas, econômicas e jurídicas, a capacidade econômica pode ser considerada uma das maiores forças de controle da sociedade, de forma hipotética pode-se afirmar tal teoria diante da compreensão de que antes da concentração do monopólio da violência pelo controle estatal, o mais forte fisicamente era detentor de maior poder, passando o monopólio da violência para o Estado, o mais forte torna-se o que tem maior poder econômico. A força jurídica está nas mãos daqueles que controlam o Estado.

De acordo com Hannah Arendt (1969-1970, p. 23) a “essência do poder é a efetividade do domínio”. Sem o resultado dominar não existe efetivamente o poder, para que exista efetivamente força de poder deve haver o domínio como resultado. Essa relação de domínio e poder, quando analisada a nível do domínio de uma nação, por exemplo, traz à baila uma análise acerca das formas como o Estado se organiza politicamente, ou seja, suas formas de governo⁷.

A estrutura em forma de relações jurídicas que são criadas a partir do monopólio da violência, ou do poder de coerção estatal, são instituídas pelas práticas burocráticas do Estado. Conforme Pierre Bourdieu

⁷ As formas de governo podem ser classificadas levando em consideração as citadas relações de poder e domínio. A teoria clássica das formas de governo apresentadas por Aristóteles no livro “A Política”, apresenta as diferenças entre os tipos de governo a partir das relações de domínio e poder. O que pode ser observado na seguinte passagem: “O governo é o exercício do poder supremo do Estado. Este poder só poderia estar ou nas mãos de um só, ou da minoria, ou da maioria das pessoas. (...) Chamamos monarquia o Estado em que o governo que visa a este interesse comum pertence a um só; aristocracia, aquele em que ele é confiado a mais de um, denominação tomada ou do fato de que as poucas pessoas a que o governo é confiado são escolhidas entre as mais honestas, ou de que elas só têm em vista o maior bem do Estado e de seus membros; república, aquele em que a multidão governa para a utilidade pública; (...) Estas três formas podem degenerar: a monarquia em tirania; a aristocracia em oligarquia; a república em democracia. A tirania não é, de fato, senão a monarquia voltada para a utilidade do monarca; a oligarquia, para a utilidade dos ricos; a democracia, para a utilidade dos pobres. Nenhuma das três se ocupa do interesse público. Podemos dizer ainda, de um modo um pouco diferente, que a tirania é o governo despótico exercido por um homem sobre o Estado, que a oligarquia representa o governo dos ricos e a democracia o dos pobres ou das pessoas pouco favorecidas. (ARISTÓTELES, p. 72-73)

O mundo social está assim povoado de instituições que ninguém concebeu nem quis, cujos “responsáveis” aparentes não só não sabem dizer – nem mesmo mais tarde graças à ilusão retrospectiva, como se “inventou a fórmula”, – como também se surpreendem que elas possam existir como existem, tão bem adaptadas a fins nunca formulados expressamente pelos seus fundadores. [...] Só se pode, pois, compreender o funcionamento das instituições burocráticas se se ultrapassar a oposição fictícia entre uma visão “estruturalista”, por um lado, que tende a procurar nas características morfológicas e estruturais o fundamento das “leis de bronze” das burocracias, consideradas como mecanismos capazes de estabelecer os seus próprios fins e de os impor aos agentes e, por outro lado uma visão “intervencionista” ou psico-sociológica, que tende a considerar as práticas burocráticas como produto das estratégias e das interações dos agentes, ignorando tanto as condições sociais de produção dos agentes (dentro da instituição mas também fora dela) como as condições institucionais do exercício da sua função (como as formas de controle sobre o recrutamento, a promoção ou a remuneração). (BOURDIEU, 92-94)

A função que a instituição exerce na sociedade, de acordo com o acima descrito, pode ser interpretada como tendo uma forma aparente de existência e uma forma fática diversa da sua intenção fundante, ou seja, sendo criadas para um determinado fim declarado e servindo para outras finalidades para as quais não foram explicitamente construídas.

Em sendo as relações jurídicas construídas a partir das instituições estatais estabelecidas em uma sociedade de controle, as formas de poder são utilizadas para controlar a força, o vigor, a autoridade e a violência. As relações jurídicas são predeterminadas, como por exemplo, os cargos de autoridade instituídos nas relações jurídicas, que possuem “lugar” de poder estabelecido normativamente.

O poder nessas relações possui uma forma predeterminada pelas leis existentes. São relações em que o local de onde se fala determina qual indivíduo poderá ser o detentor do vigor e da energia física ou social na realização de tais relações.

Entende-se relação jurídica por aquelas consubstanciadas a partir de leis, as quais estão definidos os sujeitos que integram tal relação, bem como o seu objetivo e seus resultados desejáveis e ou esperados.

As relações jurídicas fazem parte do cotidiano do indivíduo, sendo estas realizadas de um indivíduo em relação ao outro, como por exemplo, na ocorrência da realização de um contrato, ou em relações nas quais a força, o vigor e violência são empregados para determinar qual indivíduo está instituído de autoridade e, portanto, deve ser obedecido, tendo como forte exemplo os cargos aos quais são atribuídas as atividades de carreira que constituem o Poder Judiciário e suas Funções Essenciais.

Para analisar a forma como o poder está inserido nessas relações, utilizando o método de Foucault, a partir da análise não dá macroestrutura e sim da microestrutura, o foco não será

o poder exercido a partir da estrutura da instituição estatal em si, mas as formas como as nuances do poder estão inseridas na práxis jurídica. Em uma relação jurídica, a partir de suas performances burocráticas, pelos seus lugares de domínio determinados, os agentes detentores de poder estatal instituído afetam e são afetados pela realidade social realizada no dia a dia da práxis.

A racionalidade desses indivíduos que compõem as partes de uma relação jurídica, se entendermos o mundo como um campo minado de disputas das vontades e desejos, pode-se dizer que a relação entre as partes envolvidas atuam de acordo com a teoria emotivista, como bem preceitua Alasdair MacIntyre em seu livro intitulado “Depois da Virtude”, o qual faz uma crítica a essa teoria, apoiado na tradição aristotélica do conceito de virtudes, em que o homem alcança a felicidade por meio da realização das virtudes, sendo essa a vida boa, a vida em que se busca a boa vida, a teoria emotivista mostra um mundo em que os espaços públicos são espaços em que existe uma disputa de vontades emocionadas, cada um buscando satisfazer os seus desejos pessoais. (MACINTYRE, 2001, p. 30-31)

Para que o indivíduo aja de acordo com uma ética, que não é uma ética universal, pois o referido autor faz crítica a ideia Iluminista da existência de uma ética universal, a realização da ética nas relações ocorreria por meio de ações que sejam próximas aos relatos, nas quais as atitudes devem levar em consideração não a realidade individual, e sim, um bem coletivo. (MACINTYRE, 2001, p. 99-100)

Para MacIntyre o indivíduo não possui uma essência, ele age de acordo com os costumes, a prática e o hábito, sendo seus preceitos morais frutos de um convívio partilhado socialmente. (MACINTYRE, 2001, p. 99-100; 238)

Observando as críticas apresentadas pelo referido autor, surgem indagações a respeito das relações jurídicas. Em sendo a relação jurídica uma relação na qual está definido previamente por meio da legislação o lugar de cada uma das partes, bem como o objetivo e os resultados desejados e possíveis de tal relação, essas atividades praticadas por indivíduos de forma coletiva, tendo por fundamento a legislação, que de uma forma simplista pode ser considerada em teoria uma representação do desejo do bem comum da coletividade, que tipo de relação se apresenta?

Será que os valores escolhidos pela comunidade jurídica são pautados por um ideal ético que visa o bem comum? Para que o juiz possa agir de forma ética, conforme MacIntyre, buscando o bem comum, e não os seus desejos e desígnios, levando em consideração os preceitos estabelecidos pelo hábito local, não se pode afirmar que ele agirá de forma ética e justa, mas pode-se afirmar que ele está agindo conforme a ética estabelecida em sua

comunidade, a partir dos valores escolhidos por esta, pois, ainda de acordo com o autor, não existe uma ética universal.

Difícil fugir desse dilema jurídico, pois não aceitando a existência de uma ética universal, com padrões definidos que sirvam para todos, um local pode ter costumes, hábitos e práticas que podem ser consideradas justas ou injustas, possuindo, de acordo com a crítica de MacIntyre o parâmetro da busca pelas virtudes aristotélicas, que ao seu tempo aceitava a escravidão como algo necessário. Tal justiça só poderá ser julgada pela história, pois é algo praticado em seu tempo e de acordo com os parâmetros estabelecidos pelo seu tempo.

No entanto, voltando a questão do Juiz, pode este agir de forma a não atingir um ideal de justiça que não seja baseado nas práticas, costumes e hábitos de sua comunidade, sob pena de realizar um ato institucional imbuído de poder pelo monopólio de coerção estatal, de forma a atender as suas vontades e seus desígnios. Mesmo que seu ato não esteja de acordo com outras teorias minoritárias, dentro dessa comunidade, o Juiz agirá de forma a exercer uma ética que atende uma determinada concepção temporal de verdade a respeito da ética. Pois na realidade da práxis, não existe apenas um hábito, um costume ou uma prática, uma forma de realizar as coisas e, portanto, um ideal único de justiça, uma única forma de buscar a realização das virtudes.

A busca por um ideal ético é algo que perlustra as grandes obras da filosofia, trazendo esse debate para o presente trabalho busca-se descobrir e problematizar as formas como ocorrem as práticas jurídicas que envolvem a efetividades dos direitos, a fim de entender as relações de poder que estão imbricadas nessas práticas, utilizando-se para tanto a teoria emotivista⁸ e a teoria dos aspectos éticos, descritos por MacIntyre⁹.

⁸ Emotivismo é a doutrina segundo a qual todos os juízos valorativos e, mais especificamente, todos os juízos morais não passam de expressões de preferência, expressões de sentimento ou atitudes, na medida que são de caráter moral ou valorativo. Os juízos particulares podem, naturalmente, reunir elementos morais e factuais. “Provocar incêndios é errado por-que destrói bens” une o juízo factual de que o incêndio criminoso destrói bens com o juízo moral de que o incêndio criminoso é errado. Mas o elemento moral de tal juízo deve ser sempre nitidamente distinguido do factual. Os juízos factuais são verdadeiros ou falsos; e no terreno do fato existem critérios racionais por meio dos quais podemos chegar a um acordo quanto ao que é verdadeiro e o que é falso. Mas os juízos morais, por serem expressões de atitudes ou sentimentos, não são nem verdadeiros nem falsos; e não se chega a um acordo no juízo moral por meio de algum método racional, pois não existe nenhum. Chega-se ao acordo, caso se chegue, ao se produzir certos resultados não-rationais sobre as emoções ou o comportamento dos que discorram. Empregamos os juízos morais não só para expressar nossos próprios sentimentos e atitudes, mas também para produzir tais resultados em outras pessoas. (MACINTYRE, 2001, p. 30-31)

⁹ Ao tentar entender a relação da moralidade das virtudes com a da lei, afirmei anteriormente que o contexto que se precisava proporcionar para tornar a relação inteligível era o de uma forma de comunidade constituída pelo projeto compartilhado de alcançar o bem comum e, assim, pela necessidade de reconhecer um conjunto de tipos de qualidade de caráter que conduzissem a esse bem - as virtudes - e um conjunto de tipos de atividades que abrissem uma brecha nas relações necessárias à tal forma de comunidade — os delitos a serem processados pelas leis da comunidade. (...) Podemos agora, portanto, apresentar a questão diretamente: somos ou não somos capazes de desemaranhar dessas afirmações diversas e adversárias um conceito nuclear unitário das virtudes acerca do

As relações jurídicas podem realizar-se por meio de um movimento baseada em uma ética emotivista ou de um movimento ético que toma por base o bem coletivo, tomando como base por exemplo o poder, o qual ocorre por meio de uma força de potência, ou seja, o poder está nas relações fazendo parte de um campo de possibilidades de afetação entre os indivíduos, sendo que é neste campo de possibilidades em que se estabelece o poder que se pode desenvolver um movimento que tenha por base uma forma emotivista ou uma forma ética mactyriana.

O comportamento humano, a motivação da ação humana¹⁰, estão presentes em um vasto campo de teorias que buscam responder a questionamentos a respeito do porque os indivíduos agem de uma determinada forma em detrimento de outra. Uma das hipóteses é a de que existe uma mediação entre a realização de ações movidas pelas paixões ou pela racionalidade. Essa mediação encontra-se também na construção do direito, podendo ser exemplificado a partir da concepção de que existem forças que coadunam entre si, realizando-

qual possamos elaborar uma teoria mais atraente do que todas até aqui elaboradas? Vou argu-mentar que podemos, de fato, descobrir tal conceito nuclear e que ele proporcionará unidade conceituai à tradição cuja história escrevi. Ele nos permitirá distinguir de maneira cla- ra as convicções acerca das virtudes que pertencem genuína-mente à tradição e aquelas que não pertencem. Não é de sur-preender que talvez seja um conceito complexo, com partes oriundas de estágios diversos do desenvolvimento da tradi-ção. Assim, o conceito propriamente dito expressa, de algu-ma forma, a história da qual ele é consequência. Uma das características do conceito de virtude que sur-giu com alguma clareza desta argumentação, até o momen-to. é que ele sempre requer, para sua aplicação, a aceitação de uma explicação anterior de certas características da vida social e moral segundo as quais deve ser definido e explicado. Assim, na teoria homérica, o conceito de virtude é secundário no ao de papel social, na teoria de Aristóteles, é secundário a vida boa para o homem, concebida como o telos da atividade humana e, na teoria bem posterior de Franklin, é secundário jo de utilidade. O que, na explicação que apresentarei em breve, proporciona de maneira semelhante a fundamentação necessária para tornar inteligível o conceito de virtude? E na resposta a essa pergunta que se toma claro o caráter comple-xo, histórico e multifacetado do conceito central de virtude, pois não há menos que três estágios no desenvolvimento do conceito que precisam ser identificados na ordem correta, para que se possa entender o conceito principal de virtude, e cada um desses estágios tem seu próprio contexto conceituai. O primeiro estágio requer uma explicação contextualizadora do que chamarei prática, o segundo, uma explicação do que já caracterizei como ordem narrativa de uma vida humana singular, e o terceiro, uma explicação mui-to mais completa do que a que elaborei até agora do que constitui uma tradição moral. Cada estágio posterior pressu-põe o anterior, mas não o contrário. Cada estágio anterior é modificado e reinterpretado à luz de cada estágio posterior, as também oferece um constituinte essencial de cada está-gio posterior. O progresso no desenvolvimento do conceito está intimamente ligado à história da tradição da qual forma o núcleo, embora não a recapitule de maneira direta. (...) O que parecia ser uma virtude em um contexto parece ter-se tornado vício no outro. Mas essa qualidade não é, na minha teoria, nem virtude nem vício. Não é virtude, porque não é capaz de satisfazer as condições impostas pela de que a virtude contribua para o bem daquele tipo de vida humana integral, na qual os bens de determi-nadas práticas se integram ao padrão geral de metas que oferece resposta à pergunta: “Qual é o melhor estilo de vida para um ser humano como eu?” Naturalmente, é possível que haja certas qualidades capazes de satisfazer esse segun-do tipo de exigência, mas não satisfariam as exigências do terceiro estágio, no qual os bens de vidas particulares têm de se integrar aos padrões gerais de uma tradição formada pela procura do bom e do melhor. É, em parte, o modo como caracterizei esse terceiro estágio na minha explicação das virtudes que pareceu a mais de um crítico servir de base para uma acusação de relativismo. (MACINTYRE, 2001, p. 293-294; 313-315; 461-462)

¹⁰ O campo da vontade do sujeito, as motivações que envolvem a conduta humana no contexto da moralidade, como por exemplo, as questões que envolvem as emoções no campo institucional, é um tema de ampla complexidade, que não foi aprofundado neste trabalho por limite de tempo, mas que não pode deixar de ser citada. Para aprofundamento no tema, pode ser consultada a obra de Marconi Pequeno “A moral e as emoções”.

se nas relações estabelecidas diariamente, pelas quais perpassa o poder, que abre o campo das possibilidades de afetação, estando presente neste a possibilidade da mediação, que definirá se as relações serão regidas apenas por uma base ética que visa o bem comum, ou por uma outra ética que não traz esse bem como ideal¹¹.

Passada a discussão a respeito das concepções éticas e do poder no campo das relações jurídicas, faz-se necessário aprofundar o conceito ético no campo da construção do direito.

1.2 A Ética na construção do Direito

A ética é um dos grandes temas estudados pela Filosofia. O comportamento humano, a motivação da ação humana faz parte de uma vasta quantidade de teorias que buscam a respostas para a motivação dos indivíduos. O ser humano pode motivar suas ações pelas paixões ou pela racionalidade. A criação de leis que regulam a conduta humana possui a partir da modernidade a ideia de abstração. Uma lei deve abarcar o maior número de possibilidades. A base para a criação dessas leis deve então ter uma concepção ética em relação aos submetidos a essas leis. Tendo em vista que tais normas são criadas por seres humanos, afastando o direito de uma concepção teológica, existe uma motivação subjetiva tanto na criação das normas quanto na obediência ou não dessas normas.

Para Aristóteles, em sua obra “Ética a Nicômaco” toda ação possui um fim desejado. Sendo a política a ciência a qual estão as demais ciências subjugadas, o objetivo da ciência política é o mais alto de todos os bens que deve ser alcançado por meio da ação. Para ele alguns indivíduos trazem uma predisposição para a inteligibilidade, e pode adquirir conhecimento a partir dessa predisposição, tal fator de vantagem concede ao indivíduo a condição de entender o que é nobre e justo. Sendo o indivíduo vulgar aquele que identifica o bem e a felicidade como prazer e busca uma vida de gozos, estando estes vivendo a vida bestial, que é a vida dos escravos, afastando-se da vida política e da contemplativa. A felicidade na virtude é a finalidade

¹¹ Essa explicação nos traz de volta à questão do relacionamento entre a inteligência prática e as virtudes, pois os juízos que fornecem premissas ao raciocínio prático con-têm juízos com relação ao que é bom para alguém como ele fazer e ser; e a capacidade do agente de fazer e agir com base em tais juízos depende de quais virtudes e vícios inte-lectuais e morais compõem seu caráter. A natureza precisa dessa ligação só poderia ser elucidada por uma explicação mais completa do raciocínio prático do que aquela que nos oferece Aristóteles; sua explicação é notavelmente elíptica e precisa de paráfrase e interpretação. Mas ele diz o sufi-ciente para nos mostrar, do ponto de vista aristotélico, que a razão não pode ser escrava das paixões, pois a educação das paixões para que se enquadrem na busca daquilo que o raciocínio teórico identifica como telos e o raciocínio práti-co como ato correto a se realizar em cada hora e lugar de-terminado é o assunto da ética. (MACINTYRE, 2001, p. 275)

da vida política, a honra serve para que os homens se convençam que são bons. (ARISTÓTELES, 1991, p. 5-6; 8-9)

Ainda de acordo com Aristóteles, as virtudes são intelectuais ou morais, sendo partes da primeira a sabedoria filosófica, a compreensão e a sabedoria prática, e a segunda a liberdade e a temperança, agregando valor a hábitos que são dignos de louvor, os quais são chamados de virtudes, as intelectuais crescem a partir do ensino baseadas em experiência e tempo, a moral é resultado do hábito, sendo a natureza do ser humano adaptada para que possa gerar as virtudes em si, tais adaptações são adquiridas pela potência que existe nos indivíduos e depois são exteriorizadas pela ação. Para o filósofo, bons hábitos são incutidos no indivíduo por meio da ação do Estado. Uma das formas deste realizar tal ato é por meio da prática legislativa, sendo este o propósito do legislador, a consequência de boas ou más legislações que podem incutir, ou não, no ser humano os bons hábitos. (ARISTÓTELES, 1991, p. 28-29)

As ações e as paixões dizem respeito às virtudes, estando estas relacionadas ao prazer e a dor, sendo o castigo uma espécie de cura, pois o homem se torna mau a partir da evitação ou da busca dos prazeres e das dores, existindo três objetos de escolha que são o nobre, o vantajoso e o agradável e três objetos de rejeição que são o vil, o prejudicial e o doloroso. O que torna um indivíduo bom é a sua prática, sendo justos o que praticam atos justos e temperantes aqueles que praticam a temperança, sendo todos possuidores de três espécies de coisas em sua alma, sendo elas as paixões, as faculdades e a disposição de caráter. As paixões são os sentimentos acompanhados de prazer ou dor, as faculdades são a forma do sentir, e as disposições de caráter são as formas como agimos em referência às paixões que podem ser boas ou más. Não sendo o indivíduo julgado por suas paixões ou pela forma como se senti, mas por suas virtudes e vícios, pois são estes que evidenciam as escolhas que podem ser feitas a partir dos sentimentos, sendo as virtudes as disposições de caráter que o torna bom, ou faz com que este desempenhe boas funções. (ARISTÓTELES, 1991, p. 32-34)

No universo desenhado por Aristóteles as virtudes são os nortes para a vida boa, que é uma vida em busca da boa vida, os atos de virtude são desempenhados por indivíduos que possuem essa predisposição para a realização de boas escolhas e assim realizar a virtude, o Estado é um ente dotado de autoridade de mando, que deve ter como objetivo incutir no indivíduo comportamentos virtuosos, sendo o legislador o responsável por criar condutas normativas que inferem no ser humano, ou nas palavras do filósofo, do cidadão, as condutas que são necessárias para a prática da virtude. Essa posição confere ao Estado um dever de educar os cidadãos no sentido da vida virtuosa, sendo o legislador o responsável pela criação dessas normas.

A obediência às normas quando no campo da individualidade, pode suscitar a seguinte indagação: se é a partir das leis que o Estado educa o indivíduo, o que levaria o indivíduo a obedecê-las?

A resposta para essa indagação pode estar no campo moral, a partir da forma como o indivíduo se relaciona com a moral. Essa moral pode ser encarada como uma lei para o indivíduo.

O filósofo Kant, em sua obra “Fundamentação da metafísica dos costumes”, apresenta a seguinte indagação:

Pois com que direito podemos tornar alguma coisa um objeto de ilimitado respeito, como uma prescrição universal para toda natureza racional, se ela talvez pudesse ser válida unicamente sob as condições contingentes da humanidade? E por que leis de determinação de *nossa* vontade deveriam ser tomadas por leis de determinação da vontade do ser racional em geral – e somente enquanto tais também para nossa vontade-, se tais leis fossem meramente empíricas, ao invés de ter sua origem inteiramente *a priori* na razão pura, embora prática? (KANT, 1785, p. 408)

A indagação realizada pelo autor demonstra que a disposição particular do indivíduo, baseada em sentimentos e tendências particulares não pode servir de norte para a criação de leis.

As ações dos indivíduos podem ser guiadas por meio de sua lei moral. A realização da ação pode ser classificada a partir da sua finalidade. De acordo com Kant:

Todos os imperativos ordenam hipotética ou *categoricamente* Se ação (ordenada) for boa simplesmente como um meio *para alcançar outra* coisa, então o imperativo é hipotético; mas se a ação é representada como boa *em si mesma* e, portanto, como um princípio necessário para uma vontade que, em si mesma, está em conformidade com a razão, então o imperativo é *categorico*. (KANT, 1785, p. 414)

A partir desta passagem de Kant, pode-se afirmar que quando um indivíduo pratica uma ação boa, esta será boa em si quando a razão e a vontade estão de acordo, não sendo essa ação um meio para alcançar outra coisa, esta ação será um imperativo categórico. Para esse arranjo, vontade e razão, são apresentados alguns limites, estes estão no campo da deliberação do indivíduo, que pode agir de forma a reconhecer o outro enquanto um fim ou um meio. Kant afirma que o outro deve ser sempre considerado como um fim, sendo um fim em si mesmo, tendo suas ações o respeito para com a liberdade de cada um, afirma o autor que

o homem, e em geral todo ser racional, existe como fim em si mesmo, *não meramente como um meio* para ser usado como aprouver por esta ou aquela vontade. Tal ser, em todas as suas ações, sejam elas dirigidas a si mesmo ou também a outros seres

racionais, tem sempre de ser considerado *ao mesmo tempo como um fim*. (...). Portanto se minha ação, ou em geral minha situação, pode coexistir com a liberdade de cada um em conformidade com uma lei universal, quem quer que me oponha resistência a respeito disso procede errado para comigo; pois esse obstáculo (a resistência) não pode coexistir com a liberdade em conformidade com leis universais. (KANT, 1785, p. 230-428)

Retomando a indagação anterior, fazendo uma análise a partir das reflexões da ação em Kant, depreende-se que não existe um campo amplo de escolha para a realização da ação do indivíduo, as ações podem ser realizadas a partir da conformidade das vontades com a razão. Existe para esse autor uma possibilidade de se ter uma lei universal, e esta lei está baseada em ações que respeitem o outro como um fim em si mesmo, bem como haja respeito em relação ao espaço de realização das ações do outro.

Esse conceito de lei universal, se levado para o campo do direito, tendo em vista ser esta uma forma de controle social, para que seja possível a realização de um direito baseada nas concepções morais de Kant, este direito deveria estar pautado em leis que observassem o imperativo categórico da lei universal.¹²

Feitas as considerações a respeito da ética em Aristóteles, evidenciando as interferências dessas no direito, e depois analisado os conceitos das possibilidades de existir uma lei universal que poder ser realizada pelo indivíduo a partir de ações baseadas em sua vontade e razão, faz-se necessário trazer para o debate, a respeito da ética na construção do direito, as concepções acerca da teoria utilitarista, a qual faz o debate a respeito da forma como seria o campo da realização da ação a partir das vontades do ser humano de evitar a dor e buscar o prazer, ao decidir qual ação realizar.

A partir da teoria da ética utilitarista, o filósofo Bentham, afirma ser o ser humano obediente a dois senhores, a dor e o prazer, a norma está vinculada a estes senhores, sendo estes os que dizem ser certo ou errado, o objetivo deste sistema é a construção da felicidade por meio da razão e da lei. (BENTHAM, p. 11)

O princípio da utilidade é aquele que aprova ou desaprova qualquer ação, estando em jogo a felicidade, sendo tal princípio inerente a qualquer ação praticada por um indivíduo ou por uma medida de governo, a utilidade existe em qualquer objeto que pode produzir ou proporcionar benefícios, dores, prazeres, vantagens dentre outras de ganho, ou o impedimento de dano, dor, mal ou da infelicidade, para a parte interessada, podendo ser esta uma comunidade

¹² Não tendo como intenção se aprofundar em teorias que busquem diferenciar o que seria o direito e a moral, pois, a ordem moral difere da ordem jurídica, sendo duas ordens sociais que possuem características diferentes, a intenção do tópico é analisar as concepções acerca da ética na construção do direito na modernidade. Sendo necessário exemplificar teorias sobre a ética que estão relacionadas com o direito.

e não apenas um indivíduo, em síntese, uma ação está imbuída do princípio da utilidade quanto esta estiver voltada para o aumento da felicidade. (BENTHAM, p. 10-11)

Em um sistema baseado no princípio da utilidade existe a necessidade de se evitar a dor e realizar o prazer, sendo esse sistema alocado em uma comunidade as medidas de governo inseridas nesta devem estar de acordo com a busca pela realização da felicidade e o impedimento da dor. Nesta comunidade o direito, sendo este o regular social, deve estar baseado nesse princípio.

Em sendo assim, o único objetivo do corpo legislativo deve ser a criação da norma em conformidade com a máxima da felicidade dos indivíduos, de forma a garantir os seus prazeres e sua segurança. As fontes de que derivam o prazer e a dor são quatro: a física, a política, a moral e a religiosa. Sendo estas as detentoras do prazer e da dor, cada uma delas empresta a lei ou a regra uma conduta de força obrigatória, cada uma imbuída de sanções, a sanção que perpassa pelo conceito jurídico em que são administradas por um *juiz* escolhido com o objetivo de administrar as sanções de acordo com o poder soberano ou supremo de governo existentes em um Estado, sendo a natureza da dor e do prazer aqueles que fazem parte da natureza humana, as quais o indivíduo está suscetível ao longo de sua vida, as forças da sanção moral e da religiosa são limitadores das forças políticas, a punição possui um ato pernicioso, sendo uma forma de si mesma um mal, sendo apenas admitida, no princípio da utilidade, para evitar um mal maior. (BENTHAM, p. 9-13)

O princípio da utilidade afirma que todas as fontes são passíveis de sanção, sendo a que administra a sanção a nível estatal a sanção política, a qual deve ser pautada nos mesmos moldes das demais, buscando a felicidade da comunidade e evitando a dor. Essa teoria afirma ser a punição o pior dos males, sendo aplicado somente para evitar um mal ainda maior do que aquele causado pela punição. A ética da utilidade aplicada a construção do direito pode ser entendida como uma regra a qual se estabelece que a finalidade deste deve ser a busca por uma forma de se chegar aos prazeres dos que estão sob seu jugo. A punição não é uma regra para esta teoria, ao contrário, é uma exceção, sendo apenas aplicada com o intuito de proteger os indivíduos, de garantir sua felicidade e segurança. O poder estatal deve se pautar pela realização de uma vida feliz para todos os indivíduos.

A busca pelo prazer e impedimento da dor, não é tratado apenas pelo princípio da utilidade. As teorias empiristas e as racionalistas trazem esse aspecto para o campo das ações e escolhas individuais. Sendo aqui entendida como forma de buscar o prazer, a submissão às paixões. Estabelecendo um debate a respeito de como o indivíduo obedece às leis a partir do estudo sobre a razão no tocante as decisões do agir.

A fonte de toda escolha está baseada em uma ação cognoscitiva, para os autores racionalistas. No entanto para os autores empiristas, a concepção é diferente. O filósofo Hume, cuja teoria foi recepcionada pelos teóricos do emotivismo, diz em seu “Tratado da Natureza Humana” que:

Uma vez que a razão sozinha não pode produzir ação nem gerar uma volição, infiro que essa mesma faculdade é igualmente incapaz de impedir uma violação ou de disputar nossa preferência com qualquer paixão ou emoção. (...) A razão é, e deve ser, apenas a escrava das paixões, e não pode aspirar a outra função além de servir e obedecer a elas. (HUME, 2009, p. 450-451)

Com isso, a razão não está no topo das possíveis táticas para vencer as paixões, sendo apenas uma escrava, como diz o filósofo, de seus desejos, não podendo a consciência moral ser testada de forma empírica, pela incapacidade de reconhecer em dois corpos suas atividades em dadas situações, a fim de ser colher o resultado da forma como age essa consciência moral. Para que seja possível os estudos, deve-se observar o curso habitual dos comportamentos humanos na vida em sociedade, observando suas ocupações e seus prazeres, sendo os vícios e as virtudes constituídos pelo desprazer e pela satisfação. A firmeza de caráter está relacionada ao predomínio das paixões calmas sobre as violentas, não sendo esta virtude constante em toda a vida de um ser humano, pois em algum momento uma pode se sobrepor a outra. (HUME, 2009, 453-458)

O filósofo não aloca a virtude em um campo, seja ela natural ou artificial. A justiça, para Hume, é uma convenção humana que nasce para remediar inconvenientes relacionados a certos objetos. Sendo inconvenientes o egoísmo e a generosidade restrita a respeito da existência de objetos externos, com facilidade de sua troca ou com a existência de sua escassez, os conflitos ocorrem devido as relações de desejo estabelecidos por esses indivíduos em relação aos objetos, existindo um problema quando existe escassez, o problema é resolvido pelo fim da escassez, como assinala nessa passagem:

se todo homem tivesse uma afetuosa consideração pelos demais, ou se a natureza satisfizesse abundantemente todas as nossas necessidades e desejos, os conflitos de interesses, que a justiça pressupõe, não poderiam mais ocorrer; e não haveria mais ocasião para se estabelecerem aquelas distinções e limites de posse e propriedade que hoje se usam entre os homens. Aumentai até um grau suficiente a benevolência dos homens ou a generosidade da natureza, e tornareis a justiça inútil, preenchendo seu lugar com virtudes muito mais nobres e bênçãos mais valiosas. O egoísmo humano é atizado pela escassez de nossos bens, quando comparados às nossas necessidades; e é para restringir o egoísmo que os homens se viram obrigados a se separar da comunidade e a distinguir entre seus próprios bens e os dos outros. (HUME, 2009, p. 535)

A justiça seria então uma forma de conter os desígnios de egoísmo do indivíduo, o que se destaca dessa afirmação é o fato de que os indivíduos não têm por finalidade a realização da justiça, pois, se as condições fossem diferentes não existiria a necessidade de uma justiça, não sendo o indivíduo dotado de benevolência. Outro aspecto trazido pelo filósofo é que a justiça não está fundada na razão, sendo as leis da justiça à estabelecidas a fim de garantir o interesse público, estando fundados os sentidos de justiça não nas ideias dos seres humanos, e sim em suas impressões.

Para Hume (2009, p. 516-521), a justiça não faz parte da natureza humana, pois se o ser humano perseguisse os ideais de justiça de forma natural o estabelecimento dessas leis não seria necessário. Considerando também que nem sempre os atos de justiça estão de acordo com o interesse público ou privado, mas que sem a justiça os atos da vida em sociedade se dissolveriam, e o ser humano viveria na selvageria e solidão. Então, apesar de existir atos de justiça que não são vantajosos, é mais prudente a vida dentro desse sistema de ações, estado a justiça estabelecida por meio de uma convenção ou acordo, que é praticada pelos indivíduos e serve como exemplo para a comunidade, sendo estas máximas presentes em todos os seres humanos, independentemente de seu ambiente.

A vida em sociedade para que seja bem vivida, deve os interesses dos indivíduos serem voltados para a vida coletiva. O interesse público, ou o interesse coletivo, deve estar à frente do interesse individual para que exista a felicidade da comunidade, isso é o que preceitua Alasdair MacIntyre, o autor traz o questionamento, em seu livro “Justiça de quem? Qual racionalidade?”, sobre a existência de respostas racionais que justificam conflitos de justiça, os quais são a natureza da sociedade.

O indivíduo educado por meio de fragmentos sociais e culturais herdados, de diferentes tradições, imbuído de concepções do que é a justiça, se por base dessas concepções estão ideias racionais o indivíduo é levado a agir de acordo com um cálculo entre o custo e o benefício de suas ações. Nas palavras de MacIntyre:

Habitamos, portanto, uma cultura na qual a inabilidade de se chegar a conclusões comuns e racionalmente justificáveis sobre a natureza da justiça e da racionalidade prática coexiste com a utilização, por parte de grupos sociais em oposição, de conjuntos de convicções rivais e conflitantes não-embasadas na justificação racional. Nem as vozes da filosofia acadêmica, nem aliás, no que concerne a este assunto, as de nenhuma outra disciplina acadêmica, nem as das subculturas partidárias têm sido capazes de prover os cidadãos comuns de um modo de unificar suas convicções, em cada assunto, pela justificação racional. As questões disputadas concernentes à justiça e à racionalidade prática, são, portanto, tratadas no domínio público, não como um assunto de pesquisa racional, mas como exigindo a afirmação e a contra-afirmação de conjuntos e premissas alternativas incompatíveis. (MACINTYRE, 1991, p. 16)

Não existindo um consenso no âmbito social do que seria uma base racional que desemboca em uma justiça, afirma o autor que não existe uma racionalidade ética universal, tecendo uma crítica ao racionalismo iluminista que afirma existir um conceito de ética universal que abarca todos os indivíduos indistintamente. Para ele não se pode criar uma ideia de moralidade baseada em indivíduos livres de tradição, sob pena de se enveredar por concepções universalistas ou utilitaristas, pois estas trazem uma contínua disputa de conflitos não resolvidos, que não oferece critérios por meio dos quais possam ser julgadas as tradições, tendo o esquema liberal, na modernidade, uma função de justiça definida, a qual seria proteger os indivíduos para que estes pudessem expressar suas liberdades e dentro de certos limites manifestar suas preferências, devendo cada indivíduo perguntar-se antes de uma ação, o seguinte: “quais os meus desejos? Como se ordenam?”, a fim de que possa chegar na premissa “Quero que tal coisa ocorra”, esse resultado faz parte de um tipo de estrutura do raciocínio prático no qual o indivíduo passa pela pergunta do que ele deve fazer para que tal objetivo ocorra. (MACINTYRE, 1991, p. 363)

Agir baseado num desejo aqui e agora, implementando uma preferência particular aqui e agora, depende não apenas de circunstâncias externas, mas também de que nenhum outro desejo ou preferência apresente-se de tal modo que a pessoa faça uma outra coisa. E, num contexto como o da cultura liberal moderna, onde a variedade de bens desejados é considerada irredutivelmente heterogênea e sem nenhuma ordenação geral, isso tende sempre a acontecer. De modo que, mesmo quando alguém ensaiou todas as premissas de um raciocínio prático desse tipo específico, a questão sobre se ele vai agir de acordo com o raciocínio permanece aberta. Portanto, entre o ensaio das premissas e a ação subsequente, deve haver uma decisão. Tais premissas logicamente terminam, não em alguma ação como conclusão, mas num juízo prático do tipo: “Então, devo fazer isso”. A decisão quanto a agir de acordo com esse juízo não é feita simplesmente chegando-se a essa conclusão. (MACINTYRE, 1991, p. 366)

A forma como o indivíduo age está em aberto ainda que este tenha chegado racionalmente há uma premissa, a ação requer uma decisão, essa decisão pode estar imbuída de questões que não sejam necessariamente suas questões pessoais, mas sim, limitações determinadas pela comunidade.

Em sua obra “Depois da Virtude”, MacIntyre faz uma crítica a teoria emotivista, ele afirma que para esta teoria não existem critérios impessoais que moldam o comportamento humano, o outro é um meio e não um fim, às relações sociais são manipuladoras ou não-manipuladoras, “questões de fim são questões de valores, e no tocante aos valores, a razão se cala; não se consegue resolver de forma racional o conflito entre valores rivais.” (MACINTYRE, 2001, p. 55-56)

O autor afirma que em ambas as teorias, as que visam a liberdade individual e as que buscam a realização da vida coletiva, existem duas opções de vida social, uma em que as “opções livres e arbitrárias dos indivíduos são soberanas, e outra em que a burocracia é soberana, precisamente de modo a poder limitar as opções livres e arbitrárias dos indivíduos”. (MACINTYRE, 2001, p.70)

Analisando o direito a partir dessa afirmação, pode-se dizer que a vida social em que estaria a realização do direito seria aquele em que a burocracia é soberana, pois estas existem, formalmente, para limitar as opções livres e arbitrárias dos indivíduos, sendo, portanto, um regular do comportamento humano, que se utiliza da burocracia.

Após as reflexões a respeito das teorias que versam sobre a forma como o indivíduo decide suas ações, passando pela forma como este campo de possibilidade de ações pode estar inserido na construção do direito, passa-se a análise da forma como as bases éticas estão presentes na institucionalização do poder, na formação da construção do monopólio de coerção estatal.

1.3 Institucionalização do Poder – A construção do Monopólio Jurídico Estatal e sua relação com as estruturas éticas que podem basear a constituição do Direito

A história do Direito está relacionada com a formação do monopólio de poder. A base estruturante dessa ordem social foi e é usada como um instrumento para garantir as estratégias hegemônicas estatais.

O ordenamento normativo organizado como uma ordem jurídica estatal possui como fonte principal a norma, que é legítima por serem criadas por instituições estatais.

O direito positivo ou dogmático produzido na modernidade passa a ser monopólio do Estado. Sendo direito apenas o que o Estado aceita como tal. As instituições estatais são formadas por indivíduos, que monopolizam a função legiferante desse. Tais indivíduos são os responsáveis pela sua criação e execução. Nas palavras de Foucault

Em *Vigiar e Punir* o que eu quis mostrar foi como, a partir dos séculos XVII e XVIII, houve verdadeiramente um desbloqueio tecnológico da produtividade do poder. As monarquias da Época Clássica não só desenvolveram o que se poderia chamar uma nova “economia” do poder, isto é, procedimentos que permitem fazer circular os efeitos de poder de forma ao mesmo tempo contínua, ininterrupta, adaptada e “individualizada” em todo o corpo social. Estas novas técnicas são ao mesmo tempo muito mais eficazes e muito menos dispendiosas (menos caras economicamente, menos aleatórias em seu resultado, menos suscetíveis de escapatórias ou de resistências) do que as técnicas até então usadas e que repousam sobre mistura de tolerâncias mais ou menos forçados (desde o privilégio reconhecido até a

criminalidade endêmica) e de cara ostentação (intervenções espetaculares e descontínuas do poder cuja forma mais violenta era o castigo “exemplar”, pelo fato de ser excepcional). (FOUCAULT, p. 8)

Essa nova economia de poder, termo cunhado por Foucault, criada a partir da modernidade constrói uma estrutura de poder centralizada no Estado, monopolizada e canalizada para a formação de uma forma de controle social que se realiza de dentro para fora do Estado, baseada em técnicas que permitem uma individualização do corpo social.

As relações de poder que permeiam a institucionalização do direito perpassam pelas relações constituídas por aqueles que detêm o poder de mando de uma determinada sociedade. A forma como o direito será exercido em um país depende da forma como os operadores do direito entendem os direitos. Sendo o campo jurídico um campo de batalha.

É por meio do micro e não do macro das relações existentes entre os indivíduos, que se pode observar a movimentação do poder. Como bem preceituado no primeiro capítulo deste trabalho o poder está presente nas relações infinitesimais do campo social.

A institucionalização do Direito não começa na modernidade, existindo na Idade Média um aparelho de Estado judiciário, que possuía o poder de julgar um conflito social por meio de instituições estáveis e específicas dotadas de autoritarismo e vinculadas ao poder político, sendo utilizadas principalmente para a produção de riqueza para o feudo¹³.

Essa institucionalização de um poder baseado em uma ordem normativa com o intuito de apropriar-se de riquezas, por meio do confisco e do sequestro de bens, demonstra uma forma de Direito baseada no abuso de poder, sustentado por relações desonestas que são distantes de um Direito ético que visa o bem comum. Essa etapa da história da humanidade foi baseada em um Direito institucionalizado que servia de base para as arbitrariedades dos senhores feudais, um Estado dominador que ao mesmo tempo era o julgador, a parte interessada e o fisco, detentor do poder de força de coagir o outro a submeter-se às suas regras pela força militarizada, sujeitando o indivíduo que não tinha posses a forte exploração, sendo mitigado o seu poder de pedir justiça, de se utilizar do direito como fonte de proteção frente às arbitrariedades¹⁴.

¹³ Eu gostaria de examinar um pouco a história do aparelho de Estado judiciário. Na Idade Média se substitui um tribunal arbitral (a que se recorria por consentimento mútuo, para pôr fim a um litígio ou a uma guerra privada e que não era de modo nenhum um organismo permanente de poder) por um conjunto de instituições estáveis, específicas, intervindo de maneira autoritária e dependente do poder político (ou controlado por ele). Essa transformação apoiou-se em dois mecanismos. (FOUCAULT, 25)

¹⁴ O primeiro mecanismo foi a fiscalização da justiça: pelo procedimento das multas, das confiscações, do sequestro de bens, das custas, das gratificações de todo tipo, fazer justiça era lucrativo (...). As justiças eram fontes de riquezas, eram propriedades. Produziam bens que se trocavam, que circulavam, que se vendiam ou se herdavam com os feudos ou, às vezes, separados deles. As justiças faziam parte da circulação das riquezas e da extração feudal ou, às vezes, separado deles. As justiças faziam parte da circulação das riquezas e da extração feudal. Para os que as possuíam, eram um direito (ao lado do foro, da mão-morta, da dízima, da taxa de ocupação, das

Enfim, esse mecanismo de institucionalização da apropriação do direito é realizado de duas formas. **Primeiro** no campo formal, na constituição da atividade legiferante, como forma de determinar a existência de fato de determinadas atividades estatais como atividades imbuídas de direito legítimo. **Segundo**, no campo material a partir da realização dessas normas com a utilização da força militarizada dos senhores feudais, que faziam valer o direito institucionalizado, o direito posto.

O indivíduo não possui armas formais, como no direito atual, que lhes concedesse a possibilidade de lutar formalmente, dentro das normas institucionais, contra as arbitrariedades legitimadas. O direito contemporâneo, bem como, o próprio Direitos Humanos, apresentam uma formalização do direito a ter direitos, ou seja, de realizar uma demanda com base nos processos formais institucionalizados, de litigar em seu favor contra a própria ordem instituída.

Os aparelhos pelos quais a ordem jurídica é institucionalizada constroem o monopólio de coerção estatal, o monopólio jurídico estatal. Sendo por meio destes que a práxis jurídica se realiza. Assim como nos dias atuais, na época descrita por Foucault, o direito é uma ferramenta que serve de base para estruturar as ações formalizadas na norma da ordem jurídica vigente. Para bem preceituar como se realiza o direito frente esses mecanismos institucionalizados, faz-se necessário transcrever as palavras de Foucault

(...) quando no século XIV o feudalismo teve que enfrentar as grandes revoltas camponesas e urbanas, ele procurou apoio em um poder, em um exército, em um sistema fiscal centralizados; e, ao mesmo tempo, apareceram, com o Parlamento, os procuradores do rei, as diligências judiciárias, a legislação contra os mendigos, vagabundos ociosos e, dentro em pouco, os primeiros rudimentos de polícia, uma justiça centralizada: o embrião de um aparelho de Estado judiciário que cobria, republicava e controlava as justiças feudais com o seu sistema fiscal, mas que lhes permitia funcionar. Assim apareceu uma ordem ‘judiciária’ que se apresentou como a expressão do poder público: árbitro ao mesmo tempo neutro e autoritário, encarregado de resolver “justamente” os litígios e de assegurar “autoritariamente” a ordem pública. Foi sobre este pano de fundo de guerra social, de extração fiscal e de concentração das forças armadas que se estabeleceu o aparelho judiciário. (FOUCAULT, p. 25)

banalidades, etc.); e para os que estavam sob sua jurisdição tomavam a forma de um foro não regular, mas a que tinham que se submeter em certos casos. O funcionamento arcaico da justiça se inverte: para que remotamente a justiça tinha sido um direito para os que estavam sob sua jurisdição (direito de pedir justiça, se concordavam com isso) e um dever para os árbitros (obrigação de demonstrar o seu prestígio, a sua autoridade, a sua sabedoria, o seu poder político-religioso); daí em diante vai-se tornar um direito (lucrativo) para o poder, obrigação (custosa) para os subordinados. Percebe-se aqui o cruzamento com o segundo mecanismo: o elo crescente entre a justiça e a força das armas. Substituir as guerras privadas por uma justiça obrigatória e lucrativa, impor uma justiça em que ao mesmo tempo se é juiz, parte e fisco e, substituindo as transações e acordos, impor uma justiça que assegure, garanta e aumente em proporções notáveis a extração de parte do produto do trabalho, isso implica que se disponha de uma força de coação. Não se pode impô-la senão por uma coerção armada: só onde o suzerano é militarmente bastante forte para impor a sua “paz”, pode haver extração fiscal e jurídica. Tendo-se tornado fontes de rendimento, as justiças seguiram o movimento de divisão das propriedades privadas. Mas, apoiadas na força das armas, seguiram a sua concentração progressiva. (FOUCAULT, p. 25)

Nesta passagem podem ser observadas as três vertentes que precisam ser analisadas, que são: o Direito formalmente constituído, o Direito materialmente realizado e a práxis jurídica. A necessidade de estabelecer a relação entre uma realização formal e material do Direito será realizada com o intuito de demonstrar que formalmente, ou seja, por meio da atividade legiferante, não sendo necessariamente a atividade legislativa com leis escritas, mas sim, toda a forma de expor publicamente as regras que regem aquela determinada comunidade, o Direito apresenta suas expectativas sobre a realização dessas regras, ou seja, uma possibilidade das condutas determinadas serem cumpridas, seja pelas pessoas de forma individualizada, seja pelas pessoas que fazem parte das instituições estatais.

O sentido material está relacionado diretamente com a realização desse Direito formal na sociedade, a realização da práxis jurídica no seio da comunidade. Analisando estas duas vertentes pode-se admitir a existência, por exemplo, de um Direito formal baseado em um ideal ético que visa o bem comum, mas, materialmente construído tendo um outro viés ético, partindo-se do princípio de que não se pode dizer que não existe uma não-ética, tendo em vista, que mesmo tendo valores contrários ao bem comum, como ocorreram em alguns regimes totalitários, existia uma ética daquele regime, que era contrária a realização, por exemplo, dos direitos humanos.

A práxis jurídica diz respeito a realização do Direito formal, como este será materialmente realizado pelas instituições constituídas no âmbito do monopólio jurídico estatal ou monopólio de coerção estatal, que são responsáveis pela realização do direito formalmente constituído.

O Direito e suas estruturas institucionais descritas acima, servem como base para a realização de uma análise sobre a ética realizada pelo Direito. Com base nos conceitos éticos trabalhados na secção 1.2 deste capítulo, a construção do Direito da época descrita a partir das estruturas de poder refletidas por Foucault, demonstram a existência de uma ética que não está de acordo com as teorias apresentadas na secção 1.2, apesar de existir uma ética, não pode-se afirmar que esta esteja embasa nos valores apresentados pelos filósofos que apresentam a ética como a realização da busca pelo bem comum, presente em sua parte formal, e também no âmbito material, portanto, o Direito apresentado por Foucault, possui uma ética tanto no campo formal quanto no campo material, que diverge da busca pelo bem comum. Analisemos o porquê.

Na secção 1.2 do primeiro capítulo foi realizada uma análise acerca da ética a partir da análise das fontes bibliográficas filosóficas. Ao longo desse material foram determinadas

características que podem ser utilizadas como base para um exame a respeito do tipo de ética existente na prática das realizações formais legiferantes, bem como, da prática jurídica, ou melhor, na realização de fato da norma na ordem social.

Como lá se viu, a reflexão sobre o fenômeno do ético é apresentada por autores como Aristóteles (1991, p. 9; 28-33) como sendo um princípio em que deve o indivíduo basear-se para decidir entre as paixões e as virtudes, sendo as primeiras os instintos bestiais e as segundas os atos exteriorizados por aqueles que possuem uma predisposição para a realização de uma vida política e contemplativa. Ou seja, pela dominação de pulsões que visam a realização dos prazeres. De seus prazeres individuais. Para este filósofo as regras sociais são necessárias para moldar os indivíduos pois as virtudes resultam do hábito. Nesse universo desenhado por Aristóteles, o legislador é o responsável pela criação de normas que introduzam na conduta humana as virtudes, tendo o Direito o objetivo de conduzir o indivíduo para uma vida de virtudes.

A partir desta análise, refletida a partir dos preceitos éticos apresentados por Aristóteles (1991, p. 9; 28-33), pode-se afirmar que o direito apresentado por Foucault é um Direito baseado em estruturas éticas que divergem da busca pelo bem comum, pois se utiliza da criação de regras sociais para fins de interesse particular, estando baseado na criação de normas que visam não a realização da virtude no ser humano, mas sim, o acúmulo de riquezas por parte dos que detêm poder militar.

Pois bem, constata-se então que não existiria a possibilidade do Direito apresentado por Foucault estar embasado em uma ética que visa a realização do bem comum, com base nas características a respeito da ética de Aristóteles e de Kant. A fim de exemplificar quais as características que podem formar uma ética que não visa o bem comum, e como esta pode construir o direito, faz necessário fazer um paralelo, como foi realizada com a teoria de Aristóteles, a partir das demais teorias apresentadas na seção 1.2. A primeira a ser abordada é a teoria utilitarista.

A ética existente no princípio da utilidade, afirma que a administração da sanção a nível estatal, ou a sanção política, deve ser utilizada de modo a buscar a felicidade da comunidade, a fim de evitar o mal. A atividade legiferante deve ser realizada de modo a construir regras que protejam os indivíduos, garanta sua felicidade e sua segurança. As práticas punitivas apenas podem ser empregadas para a proteção do indivíduo no sentido de evitar um mal maior, tendo em vista que esta teoria entende a punição em si como um mal.

O Direito apresentado por Foucault está baseado em uma ordem autoritária que sustenta a ordem por meio de práticas sancionadoras estruturadas em um ideal de concentração

de riquezas, protegendo os que possuíam poder militar, surgindo o Parlamento e os procuradores do rei, como parte de uma ordem que visa a apropriação do Direito para garantir a segurança de seus bens, não existindo a atividade legiferante como forma de criar uma comunidade baseada na garantia da segurança e da felicidade dos indivíduos que fazem parte desta, sendo portanto um direito construído a partir de uma ética que não visa o bem comum, de acordo com os preceitos contidos na teoria da utilidade.

Em relação as outras teorias estudadas na secção 1.2, a que trata dos autores empíricas evoca o conceito de justiça e da utilização da razão para configurar o campo em que estão inseridas as razões que tratam a respeito de um direito baseado em uma ética do bem comum.

Para os autores empiristas a razão não pode sozinha determinar o comportamento ético. Para Hume (2009, p. 536-537), por exemplo, a justiça é uma convenção humana, não sendo parte da natureza do indivíduo e, portanto, não determinada apenas pela capacidade cognoscitiva, existindo fatores externos como a escassez que podem influenciar suas decisões.

A justiça é uma forma de conter o egoísmo do ser humano, pois a necessidade de que esta faça parte da sociedade é justamente a necessidade de controlar este ímpeto do indivíduo diante de situações como a escassez, sendo necessárias convenções e ou acordos de justiça para que os indivíduos em uma comunidade sedam em determinadas situações em favor da realização de um bem público maior.

O Direito em questão analisado demonstra não existir um ideal de justiça convencionado a fim de que o interesse público, o interesse da comunidade, seja preservado, mas sim, a apropriação de riquezas por uma parte desta comunidade, estabelecendo dessa forma uma convenção que prioriza garantias individualizadas em detrimento da proteção da comunidade.

Esta característica que relaciona a realização ética do direito com o interesse público possui base na teoria apresentada também por Alasdair MacIntyre (1991, p. 14-16). Afirmando este que o ser humano é educado a partir de fragmentos sociais e culturais herdados, estando a concepção de justiça relacionada com um cálculo entre os custos e o benefício de suas ações, não existindo uma base racional que estruture uma racionalidade ética universal, estando em aberto a forma como o indivíduo agirá, pois mesmo que exista uma premissa racional para que ocorra a ação existirá uma decisão que pode estar baseada em questões pessoais ou em limitações determinadas pela comunidade. O Direito seria um dosador na organização social, o qual limita as opções livres e arbitrárias dos indivíduos.

De acordo com todo o exposto, para que o Direito seja estruturado em uma ética que visa o bem comum, necessita-se que esteja embasado em condições que favoreçam não apenas

o indivíduo de forma pessoal, mas a comunidade em si. Diante de tais considerações pode-se afirmar que o Direito descrito por Foucault não apresenta um conceito justo que possa basear as decisões dos indivíduos a fim de que suas ações tenham o intuito da realização da vida coletiva.

Pode-se inferir que a realização de uma institucionalização do poder no âmbito estatal, no tocante a realização da monopolização do Direito, operou-se a partir de um conceito ético que não visa o bem comum, tendo conseqüentemente a realização de uma forma de Direito ético baseado em ideias nos quais a organização da ordem jurídica põe-se como um suporte para a prática de ações que favorecem uma classe específica em detrimento dos demais membros da comunidade.

Para que a realização do Direito esteja baseada em uma ética que vise o bem comum a atividade legiferante do Estado deveria estar voltada para a realização do bem de todos os membros da comunidade, baseado na normatização de condutas que visassem a realização de hábitos, não contrapostos, que beneficiassem o interesse coletivo. No entanto, o Direito surge como apenas um instrumento de controle social que visa a dominação de uma classe sobre outra, baseado em instituições estatais que viabilizam a sua prática por meio da força de sanção e coação.

No tocante a produção dessas formas de controle de maiorias vale destacar que estas instituições criadas pelo Estado possuem uma forma de realização a partir dos ideais praticados por este Estado, podendo estes ideais estarem imbuídos de um determinado conceito de ética.

A mesma ressalva feita em relação à organização institucional acima vale para a discussão a respeito da técnica e sua relação com a ética. As técnicas que dogmatizam o direito são criadas por um sistema jurídico que é moldado a partir de conceitos estatais imbuídos de conteúdos ideológicos, sendo estes baseados em uma determinada ética. A positivação do Direito não impede que o direito seja modelado a partir de conceitos ideológicos que não visam a realização do bem comum, ou que garantam a formalidade, desse bem, e na prática não existam as condições materiais para sua realização.

O campo da materialidade do direito está na possibilidade de sua efetividade. Após a análise dos conceitos jusfilosóficos a respeito das relações de poder e da ética que permeiam as relações jurídicas, presentes na construção do Direito, passa-se a análise material dos direitos, trazendo para o trabalho a reflexão a respeito da forma como é construído o campo de disputa no âmbito da possibilidade da existência de direitos efetivos.

2 O CAMPO DE DISPUTA JURÍDICO E A EFETIVIDADE/INEFETIVIDADE DOS DIREITOS

O presente trabalho parte da ideia de que existe a possibilidade de os direitos existirem de forma efetiva na sociedade, sendo que tal feito seria possível a partir de conceitos éticos que visem o bem comum social, afastando-se de uma ética forjada a partir dos interesses individuais de uma determinada classe.

Feitas as considerações iniciais a respeito da problemática que envolve os conceitos jusfilosóficos pertinentes a este trabalho, faz-se necessário adentrar no campo da teoria do direito, trazendo à baila a construção histórico-jurídica da forma como o direito estabelece-se na sociedade de fato. Será em volta deste conceito que se construirá esse segundo capítulo, o qual está dividido em 04 (quatro) secções.

Neste capítulo serão abordadas reflexões a respeito da construção do monopólio de coerção estatal, da forma como o direito torna-se um direito legítimo, a problemática a respeito da (in)efetividade dos direitos humanos, finalizando com o conceito de campo de disputa jurídico e a formação histórico-filosófico do Poder Judiciário, poder este que comporta grande parte da materialidade da organização coercitiva estatal. Inicia-se com as reflexões a respeito da construção do direito e suas relações com a criação do monopólio de coerção estatal.

2.1 A construção do Direito e sua relação com o Monopólio de Coerção Estatal

A intenção de regular a forma como um grupo de indivíduos deve se portar existe há um tempo da mais remota vida na terra. Quando se estrutura a agricultura e os grupos humanos passam a viver em comunidade, e o uso da força é a lei, não que o conceito de força tenha sido suprimido com a vida em sociedade, tendo em vista que na contemporaneidade existem formas de força que estão alocadas nos parâmetros financeiros, por exemplo, surge a necessidade da criação de regras para a convivência.

A pré-história humana não se confunde com a pré-história do direito, o que estabelece sua distinção é o período em que alguns povos obtiveram o conhecimento da escrita, diferentes para cada povo, afirma John Gilissen que a aparição dos textos jurídicos está relacionada com o fato dos povos dominarem ou não a escrita, em face disso, não se pode afirmar muito sobre o direito na era pré-histórica. (GILISSEN, 1995, 33-32)

Direito primitivo não é o termo adequado para os sistemas jurídicos dos povos sem escrita, pois, existiram civilizações que possuíam uma longa evolução social e jurídica antes de

dominarem a escrita, é o exemplo dos Maias e dos Incas na América, devendo se usar a expressão direitos arcaicos, por ser mais vasta, ou direito dos povos sem escrita, para denominar aqueles que não possuam essa habilidade, esta última distingue com nitidez estes sistemas jurídicos dos outros. (GILISSEN, 1995, 33-32)

Algumas características dos direitos dos povos sem escrita é a sua limitação de abstração, outra característica é a diversidade, sendo muitos tipos de direito pois as comunidades viviam isoladas, com pouco contato com outras comunidades. A religião é uma fonte impregnada no direito desses povos, tal influência ainda persiste nos tempos atuais, outro fator importante para esse tempo são os direitos em nascimento não existindo uma definição do que é jurídico e do que não, diferente dos sistemas romanos ou do *common law*. (GILISSEN, 1995, 35-36)

As normas não surgem apenas com a criação do Estado, etnólogos jurídicos afirmam que o nascimento do direito foi precedido por uma fase de pré-direito, nessa fase os grupos moldando suas ações pela forma como estava descrita nos hábitos, costumes e tradições destes, reproduziam tais ações pelo medo da reprovação social e das forças sobrenaturais, tendo o direito nascido com a organização política, com a passagem de uma mudança “do comportamento inconsciente puramente reflexo ao comportamento, refletido, senão inteligente”. (GILISSEN, 1995, 36-37)

Em tempos primitivos existiam normas, aqui entendidas como determinações sociais, que deveriam ser respeitadas pelos membros das comunidades primitivas. Utilizando o conceito de Niklas Luhmann, as sociedades criam normas para que seja possível determinar as expectativas em relação a forma como devem os indivíduos portar-se, assim, o comando normativo é como uma forma de determinar as ações que serão esperadas dos indivíduos.

Para além da ideia de formalizar hábitos e costumes, o direito é uma forma de guerra, uma forma de organizar a produção da vida em sociedade. As primeiras fontes do direito, ainda dos povos sem escrita, são os costumes e os hábitos do grupo, tendo forte influência para o respeito das regras o temor do sobrenatural, fato este que impõe a nuance religiosa a norma. (GILISSEN, 1995, 37)

A formação do que seria a lei está atrelada a determinação de poder, em que grupos mais poderosos impunham regras de comportamento, enunciadas pelos “chefes”, sendo passadas para todos, com o intuito de que a comunidade tome conhecimento da norma imposta, sendo os chefes os que julgam as condutas que ferem as normas impostas, o que preceitua um precedente judiciário na forma como os povos sem escrita aplicavam um pré-direito. (GILISSEN, 1995, 37-38)

Na antiguidade os mais conhecidos sistemas jurídicos são os do direito romano, o grego, o egípcio e os direitos cuneiformes. A egípcia foi a primeira civilização a criar um sistema jurídico individualista, esses sistemas concentravam-se no mundo ocidental, no mundo oriental existiam outros sistemas, baseados principalmente em fundamentos religiosos, tendo como exemplos o direito dos Hindus, dos Muçulmanos, dos Chineses e dos Japoneses. (GILISSEN, 1995, p. 51-101)

As imposições das regras apontam para um conceito de obediência. Um impõe e o outro obedece, seja por medo de questões ligadas ao sobrenatural, seja pela imposição da força bruta propriamente dita, seja por sanções como multas e encarceramento. A partir da teoria de Hugo Grotius, observar-se que a imposição dessas vontades não acontece de forma aleatória, pois o indivíduo necessita da vida em sociedade, e preza para que esta seja organizada e pacífica, não sendo esse poder de mando uma forma de natureza animal na qual o indivíduo apenas impõe suas necessidades de forma egoísta, o ser humano preza pelo cuidado da vida social, sendo esse o fundamento do direito propriamente dito, que seria “o dever de se abster do bem de outrem, de restituir aquilo que, sem ser nosso, está em nossas mãos ou o lucro que disso tiramos, a obrigação de cumprir as promessas, a de reparar o dano causado por própria culpa e a aplicação dos castigos merecidos entre os homens”. (GROTIUS, 2004, p. 39)

A concepção desse jurista repousa em uma ideia de natureza humana baseada em uma inteligência que permite ao indivíduo encontrar limites sadios para a vida em comunidade, se abstendo de prazeres, incluindo em sua obra a crença e obediência a Deus, para o qual o ser humano deve obediência e gratidão pela sua bondade e poder, sendo uma fonte de direito da qual emana toda a sociabilidade do indivíduo, afirmando como os estoicos que a origem de todo o direito está em Deus. Essa teoria é a base do início do Jusnaturalismo, o direito natural, concepção essa que foi abandonada pelo autor ao aproximar-se de um direito racional, em que as leis deviam ser criadas por meio da razão, sendo considerado por muitos como o autor que laicizou o direito natural. A necessidade de associar-se do ser humano está voltada para uma aceitação do domínio por um só homem ou de vários, no qual estes indivíduos se conformam ao que for estabelecido pelo que recebeu o poder delegado. (GROTIUS, 2004, p. 41-42)

A quem estava delegado esse poder de mando, de ditar as regras para serem cumpridas pelos demais, traz em si a responsabilidade do anúncio dessas regras, com a intenção de que os comportamentos determinados fossem de conhecimento de todos a fim de poder estabelecer as expectativas dos indivíduos que fazem parte da comunidade. Luhmann afirma que a formação desse sistema acontece da seguinte forma:

1) O sistema social, na medida em que aumenta sua complexidade, é reestruturado no sentido da *formação de sistemas parciais funcionalmente específicos*. Isso leva a uma maior variedade, à superprodução de possibilidades de experimentação e de ação, inclusive de projetos normativos nos sistemas parciais, forçando assim uma maior seletividade. 2) Ao desempenhar-se seletivamente, esse desenvolvimento é levado à esfera do direito através da *diferenciação de sistemas (processos) especiais de interação, específicos do direito*, os quais se tornam sustentáculos sociais, crescentemente autônomos, das decisões jurídicas imperativas. 3) O próprio direito é automatizado ao nível da sociedade através da crescente *separação entre expectativas cognitivas e normativas*, e o arcabouço de suas definições de sentido assume *representações mais abstratas (mais ricas em variações) no lugar de noções concretas*. (LUHMANN, 1983, p. 175)

Assim a formação do direito perpassa pela necessidade de criar normas de convivência para a “possível” vida em sociedade, estando fundamentada no poder de autoridade dos que mandam, e na submissão dos que obedecem. Daqueles que por meio da força, em um mundo primitivo, ou para ganhar força, fundam um modo de vida baseado em regras nas quais é possível estabelecer as expectativas em relação ao outro. Mundo esse em que as transformações destas expectativas podem se modificar por meio da aceitação de outras estruturas, a partir do grau de complexidade existente em uma sociedade.

A constituição de uma ordem social como o direito está atrelada, como bem dito acima, a criação de leis, de condutas normativas estabelecidas socialmente, seja por um indivíduo em favor dos demais, seja por um grupo de indivíduos em favor dos demais.

Com efeito, quando confrontamos uns com os outros os objetos que, em diferentes povos e em diferentes épocas, são designados como “Direito”, resulta logo que todos eles se apresentam como ordens de conduta humana. Uma “ordem” é um sistema de normas cuja unidade é constituída pelo fato de todas elas terem o mesmo fundamento de validade. E o fundamento de validade de uma ordem normativa é – como veremos – uma norma fundamental da qual se retira a validade de todas as normas pertencentes a essa norma. (...). As normas de uma ordem jurídica regulam a conduta humana. (KELSEN, p. 2015, p. 33)

A ordem social, exemplificada de acordo com Kelsen, é uma ordem normativa que regula a conduta humana em suas relações interpessoais, sendo a moral e o direito ordens sociais, de acordo com uma visão psicossociológica, a função exercida por uma ordem social consiste na realização de uma conduta que está determinada por uma ordem, buscando a omissão dos subordinados a esta ordem, de ações que sejam consideradas socialmente prejudiciais, em sendo as normas a prescrição de condutas prescritivas ou proibitivas das ações humanas

Se considerarmos a evolução por que o Direito passou desde os seus primeiros começos até ao estágio representado pelo Direito estadual moderno, poderemos observar, com referência ao valor jurídico a realizar, uma certa tendência que é

comum às ordens jurídicas que se encontram nos níveis mais altos da evolução. É a tendência para proibir – numa medida que aumenta com o decorrer da evolução – o emprego da coação física, o uso da força por um indivíduo contra o outro. Como esta proibição se opera por forma a que um tal uso da força passe a constituir pressuposto de uma sanção, e a sanção, por seu turno, é ela própria um ato de coação, isto é, uso da força, a proibição do emprego da força só pode ser uma proibição limitada, e, por isso, haverá sempre que distinguir entre o uso proibido e o uso autorizado da força – autorizado, este último, como reação contra uma situação de fato socialmente indesejável, particularmente como reação contra uma conduta humana socialmente perniciosa, quer dizer, autorizado como sanção e atribuível à comunidade jurídica. (KELSEN, 2015, p. 39)

Até aqui fica evidente a intenção de criação do direito, a forma como as sociedades, mesmo as mais primitivas civilizações, criaram métodos que de alguma forma seriam regras para a boa convivência, no que tange principalmente à apropriação da propriedade, com a apropriação do solo. Tal fato não foi realizado por todas os povos de forma homogênea, em algumas culturas e em determinadas civilizações, como por exemplo os tártaros e os antigos germanos, o solo era de todos, não existindo a propriedade de apenas um sobre determinada parte da terra, ao contrário dos gregos por exemplo, em que a propriedade privada fazia parte da própria religião, e fazei parte do seu campo de poder de mandar, cada um possuindo uma família, lar, antepassados e deuses. (COULANGES, 1961, p. 131-133)

Em cada período histórico existe uma concepção do que é o direito, sendo este “sempre o produto da vida organizada enquanto manifestações de relações sociais provenientes de necessidades humanas” (WOLKMER, 2003, p. 26).

Tendo em vista esta afirmação o moderno paradigma jurídico apresenta características diferentes e estruturas causais marcado por “determinadas características (geral, abstrato, coercível e impessoal) principais institutos (propriedade privada, liberdade de contratar e autonomia da vontade, direitos subjetivos) e cosmovisões jusfilosóficas hegemônicas (jusnaturalismo e positivismo jurídico)”. (WOLKMER, 2003, p. 26)

No feudo existiam duas instituições principais que eram a vassalagem e o feudo, sendo o vassalo um homem livre que tinha compromisso com o senhor feudal, lavrado por um contrato solene, o qual este lhe garantia proteção e manutenção e o vassalo se obrigava a ser fiel e a se empenhar militarmente em uma força armada, sendo o feudo o elemento real, a terra, a qual era cedida para o vassalo com vista a garantir sua manutenção, no intuito desse poder fornecer o serviço requerido pelo senhor feudal. (GILISSEN, 1995, p. 189)

A forma como se organizada a vida em sociedade na época feudal, pode ser observada também na obra de Leo Huberman, “A riqueza do homem”. Segue abaixo uma passagem que descreve as três classes existentes nesse momento histórico

à maioria dos livros da Idade Média, que, por páginas e páginas, falavam de cavaleiros e damas, engalanados em suas armaduras brilhantes e vestidos alegres, em torneios e jogos. Sempre viviam em castelos esplêndidos, com fartura de comida e bebida. Poucos indícios há de que alguém devia produzir todas essas coisas, que armaduras não crescem em árvores, e que os alimentos, que realmente crescem, têm que ser plantados e cuidados. (...) assim alguém, nos séculos X a XII, tinha que pagar pelas diversões e coisas boas que os cavaleiros e damas desfrutavam. Também alguém tinha que fornece alimentação e vestuário para os clérigos e padres que pregavam, enquanto os cavaleiros lutavam. Além desses pregadores e lutadores existia, na Idade Média, um outro grupo: os trabalhadores. A sociedade feudal consistia dessas três classes — sacerdotes, guerreiros e trabalhadores, sendo que o homem que trabalhava produzia para ambas as outras classes, eclesiástica e militar. (HUBERMAN, 1936, p. 11-12)

A Europa Ocidental, nessa época, estava dividida em pequenos senhorios possuídos por nobres turbulentos, cada um com sua autoridade de dominar, não existindo nenhuma justiça que pudesse reprimi-los, sendo a *vendeta*, ações e contra-ações motivadas por vingança, a solução normal dos conflitos, a força destes senhorios eram baseadas nos membros de sua família ou clã e dos vassalos que compunham o feudo, o direito era restringido às relações feudo-vassálicas e a relações dos senhores com os seus servos. Nessa época ocorreu uma decadência religiosa e cultural, tendo desaparecido na maior parte dos países a atividade legislativa, existindo o costume como única forma de direito laico. O único direito escrito era o canônico. O direito consuetudinário era sobretudo territorial, de acordo com a seguinte afirmação: “cada coletividade humana, fixada ao solo do seu domínio ou da sua aldeia, vive segundo as suas tradições próprias. (GILISSEN, 1995, p. 189)

A história da modernidade passa pela ascensão de uma classe que luta contra o feudalismo aristocrático-fundiário, e com o advento de uma cultura liberal-individualista, reforçado pelo renascimento, pela reforma, pelo processo de secularização, e pelas transformações econômica-mercantis e o progresso científico, sendo o individualismo a expressão da moral social burguesa, o indivíduo é enaltecido como centro autônomo das escolhas econômicas, políticas e racionais, “nessa dinâmica histórica, a ordem jurídica é instrumentalizada como estatuto de uma sociedade que proclama a vontade individual, priorizando formalmente a liberdade e a igualdade de seus atores sociais”, concepção que formula a expressão velha e nova ordem jurídica. (WOLKMER, 2003, p. 27)

O moderno direito liberal-individualista possui três fatores que o modelam, são eles:

a) “A igualdade formal de todos os homens, ao consagrar os direitos subjetivos desconhecidos para o Direito romano”; b) “A codificação do Direito em normas gerais, abstratas e impessoais, ditadas pelo Estado legislador que chegará a identificar – como no positivismo do século XIX – Direito como a Lei, esvaziando o Direito de toda a ideia de justiça”; c) “A criação do Direito Público paralelo ao Direito Privado, como forma de garantir os direitos subjetivos e a igualdade formal, proclamados do Direito Natural”. (WOLKMER, *apud* DE LA TORRE RANGEL, 2003, p. 28)

O direito liberal-individualista traz em si, de acordo com o descrito acima, as características que regem a sociedade contemporânea, no qual existe um Estado que cria as leis, tendo o monopólio desta função. Possuindo como limitação a criação de leis gerais e que condensam em sua criação a ideia da formalidade da igualdade entre os indivíduos, que é a máxima do “tratar os desiguais na medida de suas desigualdades”. É a criação do direito formal, codificado, tomada na modernidade como fonte de coação tendo como base uma concentração de poder que se codifica em um monopólio.

Nessa concepção moderna do direito está caracterizado o direito estatal, central e escrito, tendo previsibilidade baseada na segurança e certeza jurídica, por meio das normas. Possuindo como característica o princípio da generalidade, o qual norteia a norma no sentido de abranger o maior número de pessoas de mesmas situações jurídicas. Outra característica é a abstração, que implica ser o direito abrangente no maior número de ações e acontecimento, a lei é indeterminada, não podendo o legislador criar códigos e leis acabados, devido à impossibilidade de prever todos os casos concretos pois a vida social está sempre em movimento, o domínio estatal é uníssono em se tratando da coercibilidade. O poder político estatal garante a possibilidade do uso da coação psicológica e material, existindo um estado permanente de força ou coação, que induz à obediência das condutas e dos serviços das instituições. (WOLKMER, 2003, p. 28)

Com a criação do Estado institui-se o monopólio de coerção estatal, como bem dito por Wolkmer, surge na modernidade um direito centralizado e estatal, o estado é o detentor do poder de dizer o direito, julgar as condutas humanas e aplicar a consequente sanção.

Feitas as análises críticas a respeito da construção do monopólio de coerção estatal, a partir de conceito histórico-filosóficos, faz-se necessário, tendo em vista o objetivo do presente trabalho, dissertar a respeito do monopólio de coerção estatal a partir do campo da problemática que engloba a discussão sobre a (in)efetividade dos direitos.

2.2 Concepções acerca do conceito de Direito relacionado com a problemática da efetividade/inefetividade dos direitos

O presente tópico pretende trabalhar a questão da efetividade/inefetividade dos direitos. Para tanto será necessário abordar os diferentes conceitos do Direito, bem como as bases que são apresentadas como estrutura para determinadas teorias do Direito, passando pelo jusnaturalismo e o positivismo.

As concepções acerca do direito versam sobre a sua origem, ou seja, a origem do poder de ditar normas. Desta indagação surgem as teorias jusnaturalistas, as quais conceituam o Direito enquanto uma ordem social estruturada em pressupostos cientificamente não comprováveis. Entre tais concepções está o jusnaturalismo teológico e o racional. O primeiro possui como base as vontades divinas. Tal conceito pode ser encontrado na teoria de Tomás de Aquino, como pode ser observado nesta passagem de sua obra “Suma Teológica”, na secção intitulada “Tratado das Leis”:

Além da lei natural e da humana, é necessário, para a direção da vida humana, haver uma lei divina. E isto por quatro razões. Primeiro, porque pela lei o homem dirige os seus atos em ordem ao fim último. Ora se ele se ordenasse só para um fim que lhe não excedesse a capacidade das faculdades naturais, não teria necessidade de nenhuma regra racional, superior à lei natural e à humana desta derivada. Mas como o homem se ordena ao fim da beatitude eterna, excedente à capacidade natural das suas faculdades, como já estabelecemos (q. 5, a. 5), é necessário que, além da lei natural e da humana, seja também dirigido ao seu fim por uma lei imposta por Deus. — Segundo, da incerteza do juízo humano, sobretudo no atinente às coisas contingentes e particulares, originam-se juízos diversos sobre atos humanos diversos; donde, por sua vez procedem leis diversas e contrárias. Portanto, para poder o homem, sem nenhuma dúvida, saber o que deve fazer e o que deve evitar faz-se necessário dirigir os seus atos próprios pela lei estabelecida por Deus que sabe não poder errar. (AQUINO, p. 17)

Note-se que o conceito de São Tomás de Aquino, do que seria a lei natural, vem da ideia de que se é natural, é universal. Por isso, as leis divinas, ou melhor, as leis ou Direito estruturado em leis universais divinas, será satisfatório a todos os seres humanos, indistintamente.

Já o jusnaturalismo racional, impõe que a base estruturante do Direito é a razão. Tal afirmação pode ser observada na teoria de Grotius, que separou o Direito em dois, aquele que é humano e aquele que é divino, o que pode ser observado na seguinte passagem retirada de seu livro “O Direito da Guerra e da Paz”

Costuma-se provar de duas maneiras que algo é de direito natural: *a priori* e *a posteriori*. Desses dois modos de argumentar, o primeiro é mais abstrato e o segundo, mais popular. Prova-se *a priori* demonstrando a conveniência ou a inconveniência necessária de uma coisa com a natureza racional e social. Prova-se *a posteriori* concluindo, se não com uma certeza infalível, ao menos com bastante probabilidade, de que uma coisa é de direito natural porque é tida como tal em todas as nações ou entre as quais são mais civilizadas. De fato, um efeito universal exige uma causa universal e a causa de semelhante opinião não pode ser outras que o próprio senso que chamamos de senso comum. (GROTIUS, 2004, p. 85)

Ora, o direito tanto enquanto teoria jusnaturalista racional, quanto em sua versão teológica, está imbuído de valores universais, ou seja, existe a crença de que todos os seres

humanos são detentores dos mesmos direitos, não podendo ser alterados pela legislação que esteja vigente em determinado momento.

A diferença entre essas duas concepções é que a base da estrutura do jusnaturalismo racional é a razão, e a teleológica está baseado em um conceito transcendental divino, que atribui a uma divindade o poder de dizer o direito.

A concepção jusnaturalista baseia o direito em estruturas que não podem ser comprovadas. Essa concepção de Direito possui limitações, tais limitações podem ser analisadas a partir das reflexões feitas por João Maurício Adeodato (2006, p. 118-119), o qual apresenta como possibilidade de analisar o fenômeno jurídico a partir de três dimensões. A dimensão empírica, a analítica e a hermenêutica.

No que tange à dimensão empírica, esta relaciona-se com o fato de que as bases para um conceito acerca do direito não podem estar embasadas em realidades transcendentais, pois, o indivíduo precisa ter acesso a fatos palpáveis para que seja possível conhecer o direito, o direito-fenômeno e sua conceituação têm de prender-se ao ser-para-o-homem”. O fato do Direito fazer parte de uma estrutura de poder é mais uma questão relevante no tocante a necessidade de se ter bases empíricas que o sustentam, tendo em vista que o propósito deste é caracterizar de forma jurídica o que é ilícito bem como reprimir as condutas que perturbam a ordem estabelecida. Ressalta-se que neste contexto o Estado não é o patrono necessário desta forma de poder, apesar de se reconhecer o fato de que a estrutura de poder estatal possibilita a construção de esquemas de decisão, baseadas por exemplo nas fontes formais do direito que possibilitam o manejo da realidade e a escolha de algumas condutas em desfavor de outras. Sendo o direito um fenômeno jurídico, a norma possui o caráter de estruturação lógica que possibilita ao direito a conformidade das decisões jurídicas, relegando assim a sociedade um conceito para o senso comum que possibilita a realização do direito de forma espontânea. (ADEODATO, 2006, p. 118-119)

O caráter analítico no direito possui suas concepções em Kelsen e Hart, essas trazem para o direito embasamento no que tange a instrumentalidade lógica que o direito pode utilizar de forma prática. No tocante a norma jurídica os aspectos em relação ao conceito de direito, possuíam três fundamentos, sendo eles: “um fundamento de validade específico, uma estrutura lógica específica e uma natureza fatural específica da norma jurídica”. Neste contexto a norma passa a ser um fato, pois fato e norma são indissociáveis. (ADEODATO, 2006, p. 118-119)

No tocante ao caráter hermenêutico, existe neste a dimensão axiológica do direito, que traz ao direito o conceito de valor, metodologia jurídica, e o aspecto gnosiológico. A importância do aspecto hermenêutico do direito insere-se ao fato de as características do direito,

como coercitividade e bilateralidade, radicarem suas bases no conceito epistemológico de que o direito é um fenômeno de positividade. (ADEODATO, 2006, p. 118-119)

As discussões em torno de quais elementos compõem o Direito, ou, o como pode-se identificar o Direito, passam por teorias como a de Kelsen, o qual em sua obra “Teoria Pura do Direito”, afirma ser o Direito uma ordem de conduta humana, que se constitui por um ordenamento jurídico, ou seja, um conjunto de normas. Esta norma, para alcançar o aspecto da validade, deve estar de acordo com os preceitos deste ordenamento jurídico, estando incluída em um sistema hierárquico, o qual determinada norma descreve as características que as demais devem possuir, e os procedimentos pelos quais deve ser realizada a sua criação, para que esta seja considerada válida.

De outra parte, existiram autores que buscaram relacionar a teoria positivista com os conceitos empíricos do Direito, como por exemplo Hart e Alf Ross.

Para Alf Ross a vigência do ordenamento jurídico depende de um esquema que traduza as correspondentes ações sociais de forma que seja possível compreender esse conjunto de ações em uma totalidade dotada de coerência, estando tal capacidade baseada no fato de que as normas são efetivamente aceitas porque são sentidas como socialmente obrigatórias. (ROSS, 2000, p. 59)

As características do direito, conforme Hart, podem ser analisadas a partir de três questões recorrentes, a primeira diz respeito a uma regra que existe em todos os tempos e lugares, a definição de certas condutas humanas como não facultativas, sendo obrigatórias em certos sentidos. A outra diz respeito a uma percepção negativa da primeira, em que algumas condutas passam a ser obrigatórias, sendo impostas por regras morais que retiram a liberdade do indivíduo de escolher como agir. A terceira diz respeito a como as regras são estabelecidas, podendo ser apresentadas por atos legiferantes ou por atos intencionais, e quais as prescrições das normas, que podem ser o estabelecimento de determinado comportamento humano ou a forma como deve proceder tal ato da vida social para que este tenha validade no mundo jurídico, como as formalidades específicas descritos na norma para que o ato de casar seja considerado válido juridicamente. (HART, p. 11-13)

Com isso, a necessidade de separar o Direito das demais ordens sociais normativas, como a religião e a moral, levaram vários autores a apresentar características que seriam peculiares a ordem jurídica, como por exemplo a **exterioridade**, buscando elucidar que a moral, por exemplo, existe internamente; outro critério seria a **heteronomia**, pois seria a moral autônoma, eleitas exclusivamente pelo próprio sujeito; a **alteridade**, está relacionado ao fato de que o Direito realiza-se em proteger o outro, o contrário das normas identitárias, as quais

estariam voltadas para o aperfeiçoamento de si; a **coercitividade**, que é a característica do Direito em se fazer valer, a qual obriga o indivíduo a cumprir suas condutas, tendo possibilidade de coagir o indivíduo e por último a **bilateralidade**, a qual relaciona-se com o fato de o indivíduo sempre estar diante de outro, o que consiste na relação jurídica em que encontra-se estabelecida as relações de direitos e obrigações. (ADEODATO, 2006, p. 115-116)

Essas características fazem de o gênero Direito ser o que ele é. As considerações feitas até aqui dizem respeito ao Direito enquanto gênero. No entanto, para bem complementar a pesquisa faz-se necessário trazer para o trabalho a discussão a respeito do conceito de efetividade. Para tanto optou-se por apresentar uma análise desse fenômeno a partir de um campo específico do Direito, ou seja, saindo da discussão do gênero Direito e indo para a discussão a respeito dos direitos¹⁵. Estabelecendo um recorte no tocante a esses direitos, a fim de analisar um campo específico dos direitos, foi selecionado para tanto o campo dos Direitos Humanos. Em sendo assim, passa-se a analisar a efetividade do Direito a partir da reflexão da possibilidade de se existir direitos efetivos, tendo como base, o debate acerca da efetividade dos Direitos Humanos.

2.2.1 A problemática em torno da efetividade/inefetividade dos Direitos Humanos

As características apresentadas, no tópico anterior, a respeito da teoria do Direito, que versam sobre suas estruturas, quando relacionado aos Direitos Humanos trazem em si várias problemáticas. Os Direitos Humanos apesar de apresentarem algumas destas características, como a exterioridade, a heteronomia, a alteridade e a bilateralidade, não apresenta a coercitividade, não possuindo estes a possibilidade de coagir o indivíduo, ou o Estado, a cumprir seu ordenamento.

Os Direitos Humanos que surgiram no contexto do pós Segunda Guerra, eram dotados de caráter ideológico ocidental, pode-se dizer que o intuito desses direitos eram trazer para a humanidade um viés de heteronomia frente a possibilidade de novas práticas que se resultam em tamanho crueldade, como os ocorridos na Segunda Grande Guerra.

¹⁵ A diferença aqui apresentada, Direito e direitos, trata o termo Direito enquanto o gênero Direito, e o termo direitos, como uma espécie do Direito, ou seja, faz parte deste. Os direitos aqui são compreendidos enquanto os preceitos normativos que relem ao indivíduo poderes dentro do ordenamento jurídico vigente, seria o direito a ter direitos. Esta concepção pode ser melhor evidenciada nas palavras de Max Weber: “Todo direito subjetivo é uma fonte de poder que, no caso concreto, devido à existência da respectiva disposição jurídica, pode também ser concedida a alguém que sem esta disposição seria totalmente impotente. Já por isso, a disposição jurídica é uma fonte de situações inteiramente novas no interior da ação social.” (WEBER, 2004, p. 15)

Tais direitos foram proclamados tendo uma grande adesão por parte dos países do mundo, no entanto, esses direitos apesar de possuírem o caráter da **exterioridade, heteronomia, alteridade e bilateralidade**, não possuíam a principal característica do direito que é a **coercitividade**.

Os Estados são autônomos, dotados de soberania, não existindo a possibilidade de um Estado sem infringir os direitos soberanos de outro, determinar normas par que outro cumpra. No âmbito internacional existe o Direito Internacional. Este, utilizando-se o conceito de Kelsen (2015, p. 358/359), é dotado de normas que foram criadas por órgãos dotados de competência pelos próprios Estados para regulamentar as relações interestatais, tais normas são operadas pela via dos costumes, estas normas são gerais, porque impõem deveres e atribui direitos aos Estados. A fórmula *pacta sunt servanda*, possui grande importância no contexto das relações interestatais, pois esta autoriza a comunidade jurídica internacional a regular, via tratados, a conduta recíproca entre os órgãos e seus súditos e vice-versa. Os Estados apresentam expresse acordo de vontades, dois ou mais Estados, acordam direitos e deveres aos Estados contratantes, observa-se que existe neste tipo de direito, em algumas ocasiões, um caráter meramente particular, estando apenas obrigados aqueles Estados que participaram no acordo. Há três concepções apresentadas pelo autor a respeito do Direito Internacional, o Direito Internacional particular pactício e o Direito Internacional geral consuetudinário, e o Direito Internacional criado por meio das normas dos tribunais internacionais e outros órgãos internacionais actualmente instituídos. O autor traça uma forma hierárquica para a legitimidade das normas no engendramento internacional, em que as normas de segundo escalão, que são normas criadas pelos documentos pactuados entre os Estados, os quais se encontram nesta modalidade as normas criadas pelos órgãos de Direito Internacional, estas normas apoiam-se no Direito Internacional geral consuetudinário.

Em uma vertente internacional, como poderiam ser os Direitos Humanos dotados de coercitividade, como poderiam estes direitos infringirem aos Estados a submissão há um ordenamento normativo sem que fossem afetadas as suas soberanias? Esse é o grande dilema da efetividade dos Direitos Humanos no âmbito do Direito Internacional.

As teorias positivistas tomaram o lugar do direito natural, a saber a questão da necessidade de positivizar o direito que surge no Estado Moderno como regra, sendo o Direito Moderno o direito posto. Com essa definição ocorre também a “morte” dos direitos naturais como bem afirma Douzinas

As origens de todo o Direito Moderno, que, por definição, é direito posto, podem ser traçadas neste espelhamento: o positivismo, a alegação de que a lei válida é criada exclusivamente por atos de vontade do Estado, é a essência inescapável da modernidade jurídica, a imagem-espelho da alegação de que o indivíduo legisla os fins e os objetivos de sua ação e organiza seu plano de vida por meio de atos de escolha soberanos. (...) A nova moralidade era uma moralidade de grupos, classes, partidos e nações, de intervenção social, reforma jurídica e cálculos utilitários. Os direitos naturais foram reduzidos a um sucateamento de ideais, sua relevância exaurida com o final das aventuras napoleônicas. Eles não representavam quaisquer obstáculos no caminho do poder e poderiam ser removidos ou restringidos a vontade a fim de promover os objetivos do Estado e a engenharia social. (...). Os direitos naturais desapareceram junto com o homem abstrato do século XVIII cuja natureza eles haviam definido. (DOUZINAS, 2009, p. 122/125)

O direito na modernidade é o que o Estado diz. A norma tem força porque vem do Estado, no processo de legitimação.

Os direitos humanos surgem como uma inovação dos direitos naturais, uma tentativa de apresentar limites para as possíveis atrocidades que possam envolver o ser humano. Esses direitos surgiram como resposta a regimes totalitários, sendo a primeira proclamação uma reação ao absolutismo monárquico. Os direitos humanos enquanto lei internacional surge como resposta as atrocidades da Segunda Grande Guerra, nesse diapasão a natureza humana substitui a humanidade e a civilização, buscando abranger toda a humanidade. Para a elaboração das leis foram criadas instituições internacionais, as leis criadas por estes são como uma substituição da legislação divina ou do contrato social. Para firmar o consenso entre as nações foram estabelecidos tratados e convenções que possuíam dentro da hierarquia normativa o caráter de Constituições acima de todas as constituições, as fontes do direito natural foram, nesse novo processo de leis, substituídas pelas leis elaboradas nessa engrenagem dos Direito Internacional, tendo seu triunfo a imposição de uma universalização jurídica vinda da universalização humana. (DOUZINAS, 2009, p. 128)

A efetividade do Direito Internacional se limita pela soberania dos Estados. Faltando aos Direitos Humanos a coercitividade e tendo como norte a concepção de Douzinas de que os Direitos Humanos são parte da engrenagem do Direito Internacional, surgem algumas questões acerca da realização destes. A efetividade do Direito está relacionada com a sua possibilidade de coerção? A efetividade pode existir sem a coercitividade? É o Direito, dotado de coercitividade, efetivo?

Pois bem, o ordenamento normativo se constitui em um conjunto de normas de conduta, essa característica está presente no Direito Internacional, em sendo assim, ao determinar condutas a partir do ordenamento jurídico este direito impõe aos Estados o dever de

realizar determinadas condutas e se abster de outras, estabelece-se no âmbito do direito a possibilidade de impor uma sanção, caso sejam violados esses deveres.

No âmbito internacional a discussão acerca da possibilidade de determinar sanções aos Estados que violem esse ordenamento jurídico possui uma grande problemática. As sanções apresentadas pelo Direito supranacional podem ser realizadas por meio de represálias aos Estados ou por meio de guerra, de um Estado contra outro, com base em seu direito subjetivo, não podendo o Estado o qual teve seus direitos violados instaurar um processo judicial em desfavor do violador, tendo o direito subjetivo de impor uma sanção ele próprio contra o estado violador, com base em que a conduta a ser regulada é a conduta humana, em sendo assim, esses direitos e esses deveres são impostos aos indivíduos propriamente ditos, sendo o Estado uma pessoa jurídica estando sob o jugo dos ordenamentos internacionais os quais impõem obrigações, o Direito Internacional impõe o que deve ser feito e o que deve ser omitido, mas não prevê quem dentro do Estado possui o dever de realizar tais condutas, deixando a ordem jurídica de cada Estado a faculdade de impor essas regras dentro do âmbito de sua nação. Em certa medida, este direito impõe conceitos que fazem parte do dever legiferante dos Estados no âmbito da legislação nacional, na forma de regulamentação de determinados assuntos que são tratados com o devido cuidado dos tratados e convenções assinados pelas nações. Sendo este o Direito Internacional público.

A problemática acerca da possibilidade de aplicar sanção aos Estados violadores, ou seja, da realização da coercitividade do Direito, está relacionada, no final das contas, a força que um Estado possui de interferir por meio de represálias ou guerras, em desfavor de um outro Estado que viole um determinado direito estabelecido internacionalmente. Essa problemática afeta diretamente os Direitos Humanos, pois este funciona como um norte de conduta para a prática nacional, sendo alocado no âmbito nacional por meio da atividade legiferante, possuindo um determinado tipo de efetividade formal.

Passadas as considerações a respeito da efetividade/inefetividade do Direito, analisado a partir da problemática dos Direitos Humanos, faz-se necessário retornar para o campo da teoria do Direito, tendo em vista que a espécie Direitos Humanos, apresenta-se neste trabalho como complementação e argumento para realizar determinadas reflexões. Retornando ao campo do Direito, faz-se necessário apresentar o aspecto referente a legitimidade, trazendo para o trabalho a problemática a respeito do que seria um Direito legítimo.

2.3 A problemática relacionada aos termos Legitimidade e Legitimação no tocante a construção do Direito enquanto parte do monopólio estatal

A legitimidade do direito, na sociedade, não ocorre somente por um processo de força, existe um campo restrito no qual estão os legitimados que possuem o privilégio de dizer o direito. Esse poder, por sua vez, apesar de concentrado nas mãos de poucos influencia a vida da outra parcela desprovida de poder.

O Estado detém o poder por meio da dominação. De acordo com Max Weber

A “dominação”, como conceito mais geral e sem referência a algum conteúdo concreto, é um dos elementos mais importantes da ação social (...). Particularmente nas formações sociais economicamente mais relevantes do passado e do presente – o regime feudal, por um lado, e a grande empresa capitalista, por outro –, a existência de “dominação” desempenha o papel decisivo. (...) Dominação, no sentido muito geral de poder, isto é, de possibilidade de impor ao comportamento de terceiros a vontade própria, pode apresentar-se nas formas mais diversas. Pode-se, por exemplo, como ocorre ocasionalmente, compreender os direitos que a lei concede ao indivíduo, contra um ou vários outros, como o poder de dar ordens ao devedor ou não-autorizado, interpretando-se, portanto, todo o cosmo do direito privado moderno como descentralização da dominação nas mãos dos “autorizados” pela lei; (...). Por um lado, a dominação em virtude de uma constelação de interesses (especialmente em virtude de uma situação de monopólio), e, por outro, a dominação em virtude de autoridade (poder de mando e dever de obediência). O tipo mais puro da primeira é a dominação monopolizadora no mercado, e, da última, o poder do chefe de família, da autoridade administrativa ou do príncipe. (WEBER, 2004, p. 187-188)

A disposição da forma como o poder está organizado, dita por Weber na passagem transcrita, revela a forma como o campo da legitimidade apresenta-se, bem como, o lugar em que se encontra o poder de ditar as regras e a forma pela qual essas regras são cumpridas. A subsistência da dominação é a auto justificação, apoiada em seus processos de legitimação, tendo este último como princípio a “validade” do poder de mando expressa em um sistema organizado por meio de regras racionais estatuídas, sendo essas normas universalmente compromissórias. Estas possuem poder de mando por terem sido expressas pelas pessoas autorizadas para tanto, adquirindo assim o poder de mando legitimado pelo sistema de regras racionais, que conserva sua legitimidade na medida em que obedece às regras deste sistema baseado na tradição. A dominação legal é a forma estatal de legitimar as normas jurídicas, legitimação racional-legal. O Estado racional possui um funcionalismo especializado em um direito racional. (WEBER, 2004, p. 197-198; 518)

Com o advento do Estado Moderno, o Estado passa a ser o detentor do Direito, ao contrário do que ocorria no mundo medieval. Somente este pode dizer o que é o direito. Os costumes jurídicos passam a ser tolerados, na medida em que não sejam empecilho para a realização dos planos estatais, pois o Estado apenas positiva o que lhe é importante. Os planos estatais são expressos por meio das normas jurídicas legisladas, estas normas alçam a

legitimidade por meio de normas “superiores” que também são legisladas. Por esse meio a legitimidade alcança a legitimação. Saindo do campo da legitimidade dos conteúdos externos e do poder jurídico-político, tendo pretensão de auto-legitimação calcada em uma retórica tradicional. (ADEODATO, 1989, p. 54-55)

O caminho que a legitimidade faz é de dentro para fora, ela sai do Estado, sua força de dominação é realizada por meio do Estado, e sua legitimação ocorre por dentro desse sistema, alcançando os indivíduos por meio da detenção da dominação.

Para Luhmann, a teoria de Weber deixa em aberto as questões acerca da estabilidade dos mecanismos sociais, que estão para além da positividade jurídica, a qual formaliza a validade da norma jurídica, não apresentando uma análise a respeito do procedimento legislativo ou judicial como mecanismos legitimadores, justificando tal ausência devido à insuficiência de bases para tais pesquisas a época. (LUHMANN, 1980, p. 32)

Para falar sobre legitimidade, segundo Luhmann, é necessário distinguir no conceito deste fenômeno o que seria a aceitação de premissas de decisão e aceitação da própria decisão, pois pode-se negar legitimidade a decisão que foi proferida de acordo com normas que são legítimas, existindo a possibilidade inversa. A existência de uma estabilidade no sistema social está atrelada ao conceito de aceitação formalizado, para ser possível que os indivíduos, diante de quaisquer motivos, estructurem suas decisões e comportamentos baseados nas premissas das decisões. Este processo acontece por meio do aprendizado, e não apenas por meio da divulgação das informações, dependendo a legitimidade não de um ato voluntário de reconhecimento a respeito da convicção de responsabilidade pessoal, e sim de um clima social em que esteja institucionalizado de forma evidente o reconhecimento das opções obrigatórias, encaradas não como uma decisão pessoal e sim como resultado da decisão oficial. (LUHMANN, 1980, p. 34)

A legitimidade na Idade Média possuía o conceito jurídico de defesa da usurpação e tirania, ao passo que o direito foi positivando-se a legitimidade se afastou do seu fundamento moral. Na fase contemporânea seu conceito está atrelado a convicção divulgada da legitimidade do direito, da obrigatoriedade de determinadas normas e dos princípios que as justifica. (LUHMANN, 1980, p. 29)

De acordo com todo o exposto, a legitimidade é a força de mando do direito disposto na sociedade e monopolizado pelo Estado Moderno¹⁶ por meio das instituições que compõem

¹⁶ A fim de garantir uma explanação profunda a respeito do termo, faz-se necessário exemplificar a forma como a legitimidade foi problematizada a partir do Estado Moderno. Utilizando-se para isso João Maurício Adeodato. De acordo com este autor existem três correntes que tratam a respeito do problema da legitimidade diante do direito moderno, são elas: a escola de jurisprudência dos conceitos, a dogmática jurídica e o normativismo. A Escola de Jurisprudência de Conceitos, a qual parte da lei como fonte legítima de direito, abstraindo a lei de eventuais

o aparato estatal, imbuídas de um poder legítimo, o qual diz o direito e o faz valer, detendo o poder de julgar as condutas que ocorram de forma contrária ao direito. Por meio de um sistema organizado burocraticamente, utilizando o conceito de Weber sobre a burocratização, que é uma das formas de dominação, o Estado promove a legitimação de uma determinada lei, pois, os atos são legítimos desde que estejam de acordo com a ordem social imposta pelo próprio Estado.

A Legitimação é, portanto, o procedimento pelo qual o Estado Moderno torna seus atos legítimos da seguinte forma:

A legitimação pelo procedimento não é como que a justificação pelo direito processual, ainda que os processos legais pressuponham um regulamento jurídico; trata-se, antes, da transformação estrutural da expectativa, através do processo efetivo de comunicação, que decorre em conformidade com os regulamentos jurídicos; trata-se, portanto, do acontecimento real e não duma relação mental normativa. (LUHMANN, 1980, p. 35)

O Estado legitima o ordenamento jurídico, tendo ele o monopólio de dizer o direito, tendo suas normas de legitimidade, por meio das quais torna legítima outras normas, através do processo de legitimação de acordo com as regras que estão estabelecidas no meio social.

A sociedade obedece às normas a partir do reconhecimento de sua legitimidade por meio da dominação, de acordo com Weber, e por meio do aprendizado, segundo Luhmann. Um aprendizado no qual o sujeito entende as decisões que são apresentadas como legítimas a partir de um núcleo social no qual esse comportamento é esperado e estimulado, não somente pela publicidade da norma em questão, mas sim pela convicção de que tais decisões são legítimas.

Após as análises sobre as problemáticas acerca de como o direito pode tornar-se legítimo, passa-se as análises referentes a institucionalização do campo de disputa jurídico, a próxima secção tem a função de adentrar nas concepções a respeito da realização institucionalizada do direito, saindo do campo da teoria a respeito das concepções do direito e adentrando na problemática a respeito da materialidade prática da realização do direito em sociedade.

conteúdos fáticos em que a vontade do legislador não corresponde à Vontade Geral mas há um conceito puramente lógico, a segunda apresentada é a dogmática jurídica, para esta corrente a lei é inquestionável, o legal é o juridicamente legítimo, a última corrente apresentada é o normativismo, esta amplia as fronteiras da legalidade, tal corrente recusa a legalidade como guardiã da legitimidade, está ligada a justificação da dominação e a legalidade é responsável pelas consequências do exercício do poder de acordo com fórmulas previamente estabelecidas, a lei, como todo o ordenamento jurídico pode-se apoiar em outras estruturas, como os costumes, e não apenas na atividade legiferante, sendo ainda o Estado o detentor do monopólio de dizer o direito. (ADEODATO, 1989, p. 60-62)

2.4 A institucionalização do campo de disputa jurídico e suas nuances acerca do contexto histórico-filosófico do Poder Judiciário

O Direito é um sancionamento de determinadas questões que, para seus efeitos, adquirem *status* de verdades. Essa reflexão pode ser a realização do que se chama retórica, ou caracterizado como a forma pela qual os primeiros sofistas se utilizavam dos discursos para poder vencer um debate, pois bem, pode ser que essas afirmações sejam apenas uma das formas de buscar a justificativa de que o Direito serviria a um propósito maior e diverso do qual ele foi construído pela sociedade.

O Direito dogmaticamente organizado, positivado, se realiza por meio de técnicas que visam a realização das normas constituídas. A possibilidade de construir uma verdade no âmbito de uma contenda jurídica não se afasta da necessidade de verificar como se constroem essas verdades. Uma ciência não se funda em verdades concretas, pois as verdades imutáveis não se sustentam perante as transformações humanas, os princípios das ciências podem então ser estáticos, no entanto a segurança e a validade das verdades são colocadas em xeque¹⁷.

A verdade do Direito é uma verdade convencionada, criada a partir de fatos apresentados em conformidade com um rito. Ao citar a verdade no livro “Microfísica do Poder”, Foucault diz o seguinte:

A verdade é deste mundo; ela é produzida nele graças a múltiplas coerções e nele produz efeitos regulamentados de poder. Cada sociedade tem seu regime de verdade, sua "política geral" de verdade: isto é, os tipos de discurso que ela acolhe e faz funcionar como verdadeiros; os mecanismos e as instâncias que permitem distinguir os enunciados verdadeiros dos falsos, a maneira como se sanciona uns e outros; as técnicas e os procedimentos que são valorizados para a obtenção da verdade; o estatuto daqueles que têm o encargo de dizer o que funciona como verdadeiro. (FOUCAULT, pag. 10)

O Direito é apenas o direito a impor uma interpretação verdade. Essa afirmação perpassa pela possibilidade retórica de procurar definir o mundo a partir de uma verdade que seja institucionalizada. A partir de um critério de codificação confiável, institucionalizado, abrigado dentro de uma estrutura que não precise de caminhos abertos onde se pode chegar a

¹⁷ As verdades concretas de que se compõe, no curso da evolução, por síntese, a mais ampla consciência moral, e o que se pode chamar a "consciência do homem", podem, uma vez investigadas até as suas últimas raízes, pretender para si a mesma validade e o mesmo alcance que as concepções e aplicações das matemáticas. As autênticas verdades são sempre imutáveis, de maneira que é tolice representar a exatidão do conhecimento humano algo destrutível pelo tempo e pelas transformações reais. A segurança de um saber rigoroso e a validade dos conhecimentos mais comuns não nos permitem pois, duvidar, em momentos de reflexão, do valor absoluto dos princípios da ciência. (ENGELS, 1877, p. 47)

lugares que não serão especificamente os lugares em que a ordem jurídica precise chegar. Esta primeira frase é apenas uma metáfora para poder exemplificar que nem sempre é possível caminhar por vários caminhos para poder encontrar essa verdade, que não passa de um ideal de verdade inventado por uma sociedade que necessita criar mecanismos confiáveis para poder chegar há uma verdade que seja aceita por todos, cuja certeza não seja contestada, pelo menos não contestada nos lugares em que poderia se ter um resultado dentro dos procedimentos estabelecidos como “confiáveis”.

É a partir da organização de poder que será emitido o carimbo da produção da verdade legítima, e a essa legitimidade é atribuída a partir da formulação de um processo legítimo, realizado por instituições legítimas, em que trabalham pessoas legitimadas pelo poder estatal para exercerem um cargo legítimo, no qual exercerá uma função legítima.

Como se chega à conclusão de que ao realizar uma conduta que não deveria ser realizada, alguém precisa ser punido? Para que tal conduta que deve ser punida possa ser justificada como coercitivamente punível, ou para que um determinado imposto seja aceito como necessário, a ordem normativa passa por um processo de justificação desse direito, sendo tais ações, impostas pelo Direito, baseadas em um discurso que o justifica. Esse Direito se estrutura em um discurso de justificação, pelo qual o seu fundamento político é aceito. (FEITOSA, 2008, p. 45)

Em sendo o Direito não apenas ato de força, suas verdades passam pela construção das estruturas estatais de ordem social. Este, para garantir que sua realização na sociedade perdure por tempos, apresenta-se aparentemente com o discurso normativo ungido de verdades eternas, ou seja:

conceber a atividade jurídica centralmente como um discurso de justificação resulta num efeito prático para a consciência média dos seus operadores e para o senso comum teórico de que fazem uso: a crença fortemente estabelecida, notadamente entre juristas, segundo a qual o direito seria dotado de valores intrínsecos e, portanto, prévios, ao invés de ser visto como uma construção social. (FEITOSA, 2008, p. 31)

A norma deve ser o reflexo da vontade dos membros da sociedade, sendo proferida, em um Estado Democrático de Direito pelo Poder Legislativo, cujos os membros são eleitos pela sociedade. Ocorre que a representatividade real do Legislativo possui diversas controvérsias na doutrina, sendo que no Brasil atualmente vive-se uma crise de representatividade, o que lança o paradigma a respeito das normas. O que esta afirmação deseja evidenciar é que, o Poder Judiciário não pode se colocar como o salvador da pátria, pois, apesar da existência do paradigma a respeito da representatividade eleitoral, esse poder possui uma via

de ingresso que limita a “Democracia”, pois, sua composição ocorre majoritariamente por meio da realização de concurso público, e não por meio de eleições como ocorrem nos outros Poderes. Tendo em vista que as instituições como o Poder Judiciário podem ser vistas como um repositório da elite e de suas vontades.

Em momentos de crise de representatividade, em que o poder hegemônico perde sua força, a ordem vigente tornar-se insustentável, impondo a necessidade de uma nova ordem, fato este que já aconteceu em alguns momentos da história da humanidade¹⁸.

Na Sociedade Feudal, como afirma Michel Foucault no livro “*La vérité et les formes juridiques*”, os mais poderosos detinham as armas, o que nessa época era condição de poder. Aquele que possuía uma maior quantidade de armas, era considerado o mais poderoso, paralelamente a este poder está a atuação do judiciário, pois, a outra forma de concentrar poder era por meio do controle dos litígios judiciais, meio esse pelo qual ocorria a circulação dos bens a partir de um processo legitimado pelo judiciário e não pelo uso da força. Nas palavras do autor:

Il y a, donc, une double tendance caractéristique de la société féodale. D'une part, il y a une concentration d'armes dans les mains des plus puissants qui tendent à empêcher leur utilisation par les moins puissants. Vaincre quelqu'un, c'est le priver de ses armes, d'où il s'ensuit une concentration du pouvoir armé, qui, dans les États féodaux, a donné plus de force aux plus puissants et, finalement, au plus puissant d'entre tous : le monarque. D'autre part et simultanément, il y a les actions et les litiges judiciaires qui étaient une manière de faire circuler les biens. On comprend ainsi pourquoi les plus puissants ont cherché à contrôler les litiges judiciaires, empêchant qu'ils se développent spontanément entre les individus, et pourquoi ils ont essayé de s'emparer de la circulation judiciaire et litigieuse des biens, ce qui a impliqué la concentration des armes et du pouvoir judiciaire, qui se formait, à l'époque, dans les mains des mêmes individus. (FOUCAULT, 1973)

Ainda na Alta Idade Média não existia o Poder Judiciário, ficando a cargo do mais poderoso e ou do que exercia uma espécie de soberania, a construção e julgamento do processo litigioso. Este procedimento possuía um papel importante em relação ao confisco de riquezas

[...] Dans le haut Moyen Âge, il n'y avait pas de pouvoir judiciaire. La liquidation était faite entre des individus. On demandait au plus puissant ou à celui qui exerçait la souveraineté, non pas qu'il fasse justice, mais qu'il constate, en fonction de ses pouvoirs politiques, magiques et religieux, la régularité de la procédure. Il n'y avait

¹⁸ Isto porque naquelas circunstâncias em que o poder hegemônico já não dirige plenamente o Estado e os dominados já não aceitam mais a dominação, instaura-se momentos de graves crises sociais, cuja condição preliminar é a negação da ordem posta, caracterizando a quebra do equilíbrio entre coerção e consentimento, o que torna a existência e aplicação do direito vigente, no mínimo, insustentável. Esse quadro de instabilidade demanda alteração no exercício da hegemonia a fim de que supere a instabilidade e se repactue o modo de convivência social com sua inevitável repercussão sobre a forma jurídica. (FEITOSA, 2009, p. 31)

pas de pouvoir judiciaire autonome, ni même de pouvoir judiciaire dans les mains de celui qui détenait le pouvoir des armes, le pouvoir politique. Dans la mesure où la contestation judiciaire assurait la circulation des biens, le droit d'ordonner et de contrôler cette contestation judiciaire, parce qu'il était un moyen d'accumuler des richesses, a été confisqué par les plus riches et les plus puissants. (FOUCAULT, 1973)

Esses dois momentos históricos mostram que o poder prevalece no que tange à resolução dos conflitos, a força de uns mais fortes contra outros mais fracos decidia as contendas em um mundo no qual não existia a figura do Estado Moderno e do Poder Judiciário. O embate de forças apenas, sem a “igualdade” formal. Essas afirmações trazem uma reflexão sobre a realização das atividades desenvolvidas pelo judiciário, e uma consequente indagação: A formalidade poderia mudar essas características do judiciário, presentes desde suas primeiras aparições no meio social? Pois bem, esses litígios jurídicos que não eram resolvidos por um poder judiciário autônomo, serviram de instrumento para a acumulação de riquezas, de armas e de poder, na mão de alguns.

O quadro está formado, os que detinha as armas e as riquezas detém o poder de julgar os litígios sociais, ficando na mão destes o poder judiciário.

Ao final do século XII, na Alta Idade Média, forma-se um perfil novo em relação aos conflitos sociais. Foucault elenca quatro novidades deste período que não existiam na sociedade feudal, nem no Império Carolíngio e no Direito Romano.

Para o autor nasce neste período o impedimento do indivíduo solucionar seus litígios, devendo este obedecer um determinado número de regras no tocante a liquidação, que se impõem dos altos indivíduos contra os seus oponentes e os partidos. Estes indivíduos passar a ser submetidos a um poder judiciário e ao poder político, ambos exteriores a eles. Segunda novidade trazida pelo autor é o surgimento da figura do Procurador em meados do século XII na Europa, este aparece como o representante do rei, ele é o personagem elencado para dirimir o conflito, seja um crime, um delito ou uma contestação, representando a vítima, o que, nas palavras do autor quer dizer o seguinte:

Le procureur va doubler la victime, il sera derrière celui qui devrait porter plainte, en disant : « S'il est vrai que cet homme en a lésé un autre, moi, représentant du souverain, je peux affirmer que le souverain, son pouvoir, l'ordre qu'il fait régner, la loi qu'il a établie ont été également lésés par cet individu. Ainsi, moi aussi je me place contre lui. » Le souverain, le pouvoir politique viennent de cette façon doubler et, peu à peu, remplacer la victime. Ce phénomène, absolument nouveau, va permettre au pouvoir politique de s'emparer des procédures judiciaires. Le procureur, donc, se présente comme le représentant du souverain lésé par le tort. (FOUCAULT, 1973)

A terceira novidade diz respeito ao aparecimento da infração. A existência de um dano, ou seja, se a contenta alegada de um indivíduo em relação ao outro resultou em um dano, e neste caso qual dos dois tinha razão, passa do campo individual para o público, pois, uma lesão contra um indivíduo, não apenas atingia este, mas atingia também o Estado. Surge a necessidade de se ter certeza a respeito da ocorrência de um dano. Dessa problemática nasce o conceito de crime. Nas palavras de Foucault:

La question était de savoir, s'il y avait eu tort, qui avait raison. À partir du moment où le souverain, ou son représentant, le procureur, dit : « Moi aussi j'ai été lésé par le tort », cela signifie que le tort n'est pas seulement une offense d'un individu à l'autre, mais aussi l'offense d'un individu à l'État, au souverain en tant que représentant de l'État ; une attaque non pas contre l'individu, mais contre la loi de l'État elle-même. Ainsi, dans la notion de crime, la vieille notion de tort sera remplacée par celle d'infraction. L'infraction n'est pas un tort commis par un individu contre un autre, c'est une offense ou lésion d'un individu envers l'ordre, envers l'État, envers la loi, envers la société, envers la souveraineté, le souverain. L'infraction est l'une des grandes inventions de la pensée médiévale. Nous voyons ainsi comment le pouvoir étatique confisque toute la procédure judiciaire, tout le mécanisme de liquidation interindividuel des litiges dans le haut Moyen Âge. (FOUCAULT, 1973)

A última novidade diz respeito ao conceito do confisco. O soberano é o que exige a reparação do dano, e o dano não é mais direcionado ao indivíduo, mas sim a este, nascendo assim as multas.

Há ainda uma última descoberta, uma última invenção tão diabólica quanto a do procurador e da infração: o Estado ou melhor, o soberano (já que não se pode falar de Estado nessa época) é não somente a parte lesada mas a que exige reparação. Quando um indivíduo perde o processo é declarado culpado e deve ainda uma reparação a sua vítima. Mas esta reparação não é absolutamente a do antigo Direito Feudal ou do antigo Direito Germânico. Não se trata mais de resgatar sua paz, dando satisfação a seu adversário. Vai-se exigir do culpado não só a reparação do dano feito a um outro indivíduo, mas também a reparação da ofensa que cometeu contra o soberano, o Estado, a lei. É assim que aparece, com o mecanismo das multas, o grande mecanismo das confiscações. Confiscações dos bens que são, para as monarquias nascentes, um dos grandes meios de enriquecer e alargar suas propriedades. As monarquias ocidentais foram fundadas sobre a apropriação da justiça, que lhes permitia a aplicação desses mecanismo de confiscação. Eis o pano de fundo político desta transformação. (FOUCAULT, p. 67)

Assim, os conflitos sociais saem da disposição dos indivíduos no tocante a resolução, não sendo, portanto, os detentores de poder de resolver os seus conflitos. A apropriação da justiça pelos detentores do poder político leva para eles este poder, traçando assim um monopólio.

A estrutura judicial no Brasil, ou seja, a forma de solução formal dos conflitos sociais, não possui uma história diferente da apresentada por Foucault a respeito do Poder Judiciário Europeu.

O Brasil foi uma Colônia. Os Magistrados que atuavam no país eram nomeados em Portugal. O Poder Judiciário, de acordo com Cristiani, (CRISTIANI, 2006, p. 303-305), organizava-se por meio da burocracia e das relações de parentesco, os magistrados, vindos de Portugal, garantiam os interesses deste país, sendo que os desembargadores que eram os legitimadores do *status quo*, não diferenciavam os interesses públicos da coletividade, dos interesses pessoais e das classes dominantes, da qual eram os representantes.

Os magistrados não eram nobres, como os ricos de Portugal, nem aristocratas, como os ricos do Brasil, eles então com o intuito de igualarem-se a esses ostentavam símbolos que eram utilizados pelos nobres e adquiriam terras como os aristocratas brasileiros, sendo que para isso não se limitavam a forma moral de acumulação de riquezas. Outra forma de alcançarem o *status* de nobreza perante a sociedade brasileira era o casamento realizado entre estes e as filhas de nobres fazendeiros, o que trazia ganhos para ambos os lados, pois, os aristocratas brasileiros tinham interesse em estreitar os laços com os operadores do Poder Judiciário brasileiro. (CRISTIANI, 2006, p. 303-305)

Diante de tais fatores pode-se argumentar que os magistrados daquela época eram pessoas pertencentes a elite do país. Decorrendo deste fato, a existência da imparcialidade e da neutralidade no Judiciário do país, é um mito, tendo em vista que a prática de troca de favores e o tráfico de influência era a prática da época.

Como pode-se perceber essa foi a formação do Judiciário nessa época na história brasileira, aqui também o judiciário utilizado para acumular riqueza e poder. Isso ocorreu em uma época que o país era colonizado e não acabou com a Independência ou com a República.

A participação de uma determinada parcela da sociedade no nível superior no Brasil vem aumentando há mais ou menos uma década. Em consequência, o acesso a determinados cargos que necessitam de um conhecimento especializado só esteve como condição de “possibilidade real” para determinadas classes a partir desses dez anos. Em sendo assim, o recorte de classe existente, fazendo um processo de indução com muita simplicidade sem utilizar complexos métodos para chegar a tal afirmativa, os cargos de autoridades, que compõem o poder judiciário, possuem em seu bojo uma maioria que faz parte de uma classe possuidora do acesso aos meios pelos quais poderia se chegar a esses cargos, o qual em primeiro lugar estava o diploma de bacharel em direito. O que, como dito acima, era um nível superior, e, portanto, restrito apenas há uma pequena parcela da população brasileira.

A formalidade jurídica apresenta-se como forma de anular as desigualdades. Como uma alternativa a necessidade de se ter uma justiça imparcial. Ocorre que as sociedades nascem por meio da desigualdade, o judiciário, sendo parte dela, também se forma a partir de desigualdades, pois de acordo como demonstrado por Foucault, nasce da necessidade de alguns em legitimar a acumulação de poder, riquezas e armas, nas mãos de poucos.

A formação da subjetividade de um sujeito perpassa pela noção de pertencimento deste para com seus pares. Grande exemplo disso é a escravidão. Em um tempo no qual o direito afirma ser propriedade uma pessoa negra, e não um indivíduo, demonstra que a formalidade jurídica utilizada pelo Estado não garante uma igualdade entre todos, mas sim, uma igualdade de decisões, uma conformidade no decidir. Com o fato da escravidão o Legislativo falha e o Judiciário também, tendo em vista que nem um nem o outro pode, em tantos séculos, decidir de forma a fazer valer a tão citada pelos modelos jurídicos, a certeza do Direito no tocante a garantir a segurança na sociedade, fazendo valer, ao contrário, o jargão “igualdade para os iguais”.

Fica evidente que ao se colocar como cerne das contendas sociais, como único possuidor de legitimação para dirimir conflitos o Poder Judiciário é organizado pelos mesmos senhores que detêm o poder de armas, o poder de riquezas e o poder político, ou seja, nasce sendo organizado por uma determinada classe, uma nobreza que o manipula. Nasceu impregnado de algo que é difícil de expurgar, a falta de igualdade.

A este capítulo foi relegada a função de expor as teorias a respeito do Direito a partir da reflexão de determinados termos que fazem parte da constituição deste em sociedade, como por exemplo, a temática sobre a efetividade e a legitimidade deste fenômeno, bem como, a construção do campo de disputa e a forma como este foi institucionalizado, trazendo para a construção da dissertação as nuances históricas a respeito da forma como construiu-se o Poder Judiciário, que é o conjunto de órgãos aos quais está destinada a tarefa de lidar diretamente com os problemas jurídicos sociais.

Após estas considerações passa-se ao último capítulo da dissertação. Neste será realizada a reflexão a respeito da práxis que é realizada no campo de disputa institucionalizado. Essa reflexão terá uma seção estrutura na pesquisa teórica, no entanto, sua segunda seção trará a partir da pesquisa empírica documental, um panorama a respeito da forma como a práxis jurídica acontece no país. Tal capítulo visa complementar a análise da pesquisa bibliográfica a partir da realização de um paralelo entre a teoria pesquisada e a prática do Direito, saindo do campo formal para o campo da materialidade fática.

3 PANORAMA DO FORMATO INSTITUCIONAL DA PRÁXIS JURÍDICA BRASILEIRA

3.1 Contexto histórico-filosófico da práxis jurídica brasileira

Esta secção objetiva trazer uma reflexão sobre o panorama do formato institucional da práxis jurídica brasileira, no qual serão feitas observações sobre o contexto teórico-prático da práxis jurídica e as concepções a respeito do poder e da ética que permeiam o sistema jurídico brasileiro.

O sistema judicial brasileiro é formado pelos órgãos que compõem tanto o Poder Judiciário e quanto aqueles denominados Essenciais à Justiça, estando no primeiro bloco os Tribunais¹⁹, e no segundo o Ministério Público, a Advocacia Pública e a Defensoria Pública. Tais órgãos não possuem uma dimensão jurisdicional.

O sistema utilizado no Brasil é o da dupla jurisdição, no qual a partir das decisões do primeiro grau permite-se que o detentor da pretensão jurisdicional recorra dessa decisão a um outro grau de jurisdição, denominado segundo grau.

Em determinados casos, a apreciação das contendas sociais é realizada pelo Superior Tribunal de Justiça e ou pelo Supremo Tribunal Federal, os quais possuem competências específicas.

A organização judicial do país passou por grandes transformações no decorrer da história do Brasil até os dias atuais. O foco das transformações diz respeito principalmente a autonomia dos órgãos que compõem o sistema jurídico brasileiro.

Ainda no Brasil colônia, por volta de 1824, no auge do Estado Absolutista, a justiça se organizava em torno dos interesses e das paixões dos detentores de poder local²⁰. No Brasil colônia o judiciário se organizava da seguinte maneira

¹⁹ Art. 92. São órgãos do Poder Judiciário: I – o Supremo Tribunal Federal; I – Ao Conselho Nacional de Justiça; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) II – o Superior Tribunal de Justiça; II – A – o Tribunal Superior do Trabalho; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 92, de 2016) III – os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais; IV – os Tribunais e Juízes do Trabalho; V – os Tribunais e Juízes Eleitorais; VI – os Tribunais e Juízes Militares; VII – os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

²⁰ O Estado absolutista, reinante no Brasil até a Constituição de 1824, era um emaranhado de funções em torno do rei. Não havia divisão de poderes ou limitações formais ao poder. O direito era casuístico e plural, onde se sobrepujavam experiências diversas, fossem eclesásticas, históricas ou jurídicas. A justiça real, diversamente da justiça ordinária municipal, se aplicava ante a predominância e prestígio das opiniões dos doutrinadores (*opinio doctorum*), com a citação de textos exegéticos e de julgados, até que se tentou impor a racionalização da compreensão e aplicação do direito pela centralização da interpretação e procedimentalidade contida na Lei da Boa Razão de 18 de agosto de 1769, de autoria do Marquês de Pombal. A justiça ordinária, a municipal ou a local se aplicava ao sabor dos interesses locais e das paixões. (DAMASCENO, 2005, p. 6)

No período colonial, os administradores da justiça – juízes ordinários, almotacés, vereadores e outros funcionários – eram nomeados pelos donatários, que por sua vez se constituíam também em autoridade máxima, com direito, inclusive, de receber pedidos de reexame das decisões, em grau de recurso. Os tribunais da corte, sediados em Lisboa, só examinavam causas cíveis de grande valor econômico. Com as instituições das governadorias gerais, a administração da justiça tornou-se formalmente menos personalizada, estruturando-se de acordo com as Ordenações Filipinas em três instâncias. Na primeira estavam os juízes, os ouvidores gerais, os corregedores, almotacés, alcaides e vereadores, entre outros servidores. Para funcionar como segunda instância foram instalados dois tribunais de justiça, o Tribunal de Relação do Rio de Janeiro e o Tribunal de Relação da Bahia. No ápice do sistema estavam o Desembargo do Paço de Lisboa e as juntas das capitanias, como tribunais de última instância. (SADEK, 2010, p. 2)

O Poder Judiciário nessa etapa da história brasileira estava vinculado à Portugal, ou seja, dividia a autonomia de suas decisões, pois figurava como última instância o Desembargo do Paço de Lisboa e as juntas das capitanias. Estando todos os cargos ocupados vinculados aos donatários, ou seja, o cargo público era concedido a uma determinada pessoa, que provavelmente, seria de confiança do donatário daquela região. Os casos levados à jurisdição, eram julgados por servidores da confiança dos donatários, possibilitando uma realidade como a descrita na seção 1.3 do capítulo 1 que trata a respeito da Institucionalização do Poder, o qual traz uma reflexão sobre a construção do Monopólio Jurídico Estatal e sua relação com a constituição de um Direito com base em uma determinada ética que não visa o bem comum, em que foi trabalhado a obra de Foucault “*La vérité et les formes juridiques*”, a qual demonstra a utilização do direito como um instrumento utilizado para fins de acumulação de riquezas.

Não que ser indicado pelo donatário da região seja suficiente para afirmar que aqueles que estavam imbuídos de tais funções agiam de forma a garantir a realização do acúmulo de riqueza para uma determinada classe, no entanto, pode-se afirmar que esta fraca autonomia pode dar ensejo a atitudes como estas.

A vinculação das funções estatais com Portugal começou a mudar com a vinda da família real portuguesa para o Brasil e com a Independência.²¹

Nesse período foi criado no país um tribunal que possui a competência de julgar todos os recursos, independentemente do valor econômico que tivesse a causa, a competência do Supremo Tribunal de Justiça possuía a autonomia de julgar todos os recursos referentes às

²¹ (...) A incipiente organização judiciária era incapaz de se contrapor ao domínio do arbítrio, caracterizando-se muito mais como uma instituição com funções administrativas e policiais. Essa situação só começa a se modificar no início do século XIX, com a vinda da família real portuguesa para o Brasil, com a Independência e, formalmente, com a Carta constitucional outorgada de 1824, que colocou o Judiciário como um dos quatro poderes, ao lado do Executivo, do Legislativo e do Moderador. Mesmo assim, nessa fase inicial, o Judiciário não apresentava efetivas condições bem de independência, nem de eficácia. (SADEK, 2010, p. 2)

decisões proferidas no país, não existindo mais a possibilidade de recorrer em um tribunal submetido diretamente a Portugal²².

Essa estrutura foi extinta em 1821, e a partir da Carta Magna de 1824 o Poder Judiciário ficou nas mãos do imperador²³. Este podia interferir no judiciário bem como transferir os juízes de acordo com os seus interesses, o que não acontece de forma direta nos dias atuais, no entanto, pode acontecer de forma velada, por meio de transferências para interesse e oportunidade da administração, com uma proporção bem diferente dos tempos do Império, mas que possui um grande impacto.

No período republicano ocorre a divisão do judiciário em justiça federal e estadual, cria-se o Supremo Tribunal Federal, e o Superior Tribunal de Justiça tem seus poderes ampliados. Essas transformações se deram com a Constituição de 1891 e por meio de decretos antes e depois desta constituição. (SADEK, 2010, p. 4-5)

A primeira Constituição a apresentar um modelo com alguma autonomia de fato para o Poder Judiciário, foi a de 1934. Foram criadas as justiças especializadas (Militar, Eleitoral, do Trabalho, esta última apenas como órgão administrativo). A justiça estadual foi contemplada com a criação da carreira da magistratura, a qual regulava as entrâncias e instâncias, relegando aos próprios tribunais a possibilidade de regular a quantidade de juízes que seria necessário para sua organização interna. (SADEK, 2010, p. 06-07)

Com o Estado Novo, com o golpe de 1937, foi extinto a Justiça Federal e a Eleitoral, sendo de competência de a Justiça Estadual julgar causas de interesse da União, esse período foi marcado pela força de interferência que o Executivo exercia neste poder, e a ausência de garantias à magistratura para que pudesse agir de forma independente.²⁴

²² Foram várias as modificações introduzidas na organização judiciária. Entre elas destaca-se como a mais importante a transformação da Relação do Rio de Janeiro em Supremo Tribunal de Justiça, equiparado à Casa de Suplicação de Lisboa. Com esta medida, criou-se um tribunal de última instância, apto a examinar todos os recursos, por maiores que fossem os valores envolvidos, e em jurisdição sobre todo o País e também sobre as ilhas dos Açores e da Madeira. Foram também criados mais dois tribunais de relação, um no Maranhão e outro em Pernambuco; instalou-se o Supremo Conselho Militar e de Justiça; e o Tribunal da Mesa de Desembargo do Paço e da Consciência e Ordens; a Intendência Geral de Polícia e juizados privativos. (SADEK, 2010, p. 3)

²³ Embora a Carta de 1824 conferisse independência ao Poder Judiciário, tratava-se de uma independência bastante relativa, já que o mesmo texto constitucional dotava o imperador de amplos poderes, inclusive o de interferir no Judiciário e exercer controle sobre ele. A influência do Poder Moderador verifica-se não apenas na faculdade de nomear a justiça togada, mas principalmente em seu direito de suspender ou transferir juízes, previsto nos artigos 153 e 154 da Constituição. (SADEK, 2010, p. 3)

²⁴ O artigo 90 da Constituição de 1937 determinava que seriam órgãos do Poder Judiciário: “a) o Supremo Tribunal Federal; b) os juízes e tribunais dos estados, do Distrito Federal e dos territórios; c) os juízes e tribunais militares”. É importante notar que o problema enfrentado pelo Judiciário neste período está relacionado menos ao seu novo formato estrutural – já que a eliminação da Justiça Federal era uma demanda também endossada por setores democráticos – e mais à interferência dominadora do Executivo e à ausência de garantias que permitissem à magistratura agir de forma independente. (SADEK, 2010, p. 7)

Com a redemocratização do país em 1945, foi instituído novamente a Justiça Eleitoral e a Justiça do Trabalho passaram a ser parte do Poder Judiciário. Foi criado o Tribunal Federal de Recursos, ao qual podia ser submetido às decisões realizadas pelos juízes estaduais. (SADEK, 2010, p. 8)

Com o golpe civil-militar, que dominou o país entre 1964-1985, foi restabelecida a dualidade integral da justiça, tendo com a promulgação da Constituição de 1967 ocorrido a transformação do Legislativo e do Judiciário praticamente em subpoderes, pois no regime militar o Executivo era o detentor de maior poder. Neste período o presidente da República possuía poderes para demitir, remover, aposentar ou colocar em disponibilidade os magistrados, o instituto do *habeas corpus* foi suspenso com o AI5, bem como, foi excluído da apreciação judicial qualquer medida que fosse praticada com fundamento neste documento²⁵. (SADEK, 2010, p. 8-10)

Outro fator que demonstra a falta de autonomia do Poder Judiciário, era a inexistência de autonomia financeira, principalmente na justiça estadual. A arrecadação concentrava-se nas mãos da União, sendo de exclusividade do Executivo a criação de novos cargos, funções e empregos públicos, e as suas respectivas remunerações. (SADEK, 2010, p. 8-10)

O Conselho Nacional da Magistratura – CNJ, foi criado ainda na época da Ditadura Civil-Militar, tendo como competência receber as reclamações feitas em desfavor dos magistrados, sua principal função era a disciplinar. (SADEK, 2010, p. 10)

Após esse período da história brasileira, a Constituição Federal de 1988 concedeu ao Poder Judiciário autonomia e independência, tendo este passado por uma grande mudança

²⁵ Em outubro de 1965, a Emenda nº 16 e o Ato Institucional nº 2 introduziram novas mudanças no sistema judiciário, entre as quais se destacam: a) a restauração da dualidade integral da justiça, tal como na Constituição de 1891; b) aumento do número de ministros do STF para 16, passando a funcionar com três turmas; c) irrecorribilidade das decisões da Justiça Eleitoral e da Justiça do Trabalho para o STF, exceto no caso de *habeas corpus*, mandados de segurança e de inconstitucionalidade. Todas essas alterações foram incorporadas pela Constituição de 1967, cujo artigo 107 estabeleceu os seguintes órgãos como integrantes do Poder Judiciário: “I. Supremo Tribunal Federal; II. Tribunais Federais de Recursos e Juízes Federais; III. Tribunais e Juízes Militares; IV. Tribunais e Juízes Eleitorais; V. Tribunais e Juízes do Trabalho”. (...) O Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, modificou a Constituição e conferiu ao chefe do Poder Executivo poderes praticamente ilimitados. Tal como sucedera durante o Estado Novo, o presidente da República passou a ter poderes para demitir, remover, aposentar ou colocar em disponibilidade os magistrados. Foram suspensas as garantias constitucionais da vitaliciedade e inamovibilidade. Além disso, o AI5 excluiu de apreciação judicial qualquer medida praticada com base em seus dispositivos e suspendeu o instituto do *habeas corpus*. Menos de dois meses depois, o governo militar voltou a interferir no Judiciário. O Ato Institucional nº 6 atingiu diretamente o STF. Reduziu o número de ministros, de 16 para 11, como no período de 1931 a 1965. Tornou irrecorríveis as sentenças dos juízes singulares que tanto a Constituição de 1967 como as anteriores previam como recorríveis. Aboliu o recurso ordinário das decisões denegatórias de mandados de segurança pelos outros tribunais. (SADEK, 2010, p. 8/9)

estrutural. Uma das grandes mudanças foi a introdução das garantias da magistratura, como a inamovibilidade que veda as remoções arbitrárias dos juízes²⁶.

A história da construção do Poder Judiciário brasileiro demonstra que por toda sua existência houve a busca pela autonomia, na tentativa de se desvincular do Poder Executivo e garantir que seus cargos não fossem preenchidos por meio de nomeações deste poder, a fim de garantir a autonomia da organização do órgão.

Há cerca de menos de 3 (três) décadas os órgãos do Poder Judiciário estão protegidos por leis que garantem sua autonomia organizacional e financeira, o que relega a este mesmo poder, em contrapartida, uma prática realizada anteriormente sob o jugo, principalmente, do Executivo por mais de 6 (seis) séculos.

Quase 3 (três) décadas será que são suficientes para que o Judiciário se afaste de sua formação, antes da autonomia garantida pela Constituição de 1988, e consiga realizar seus novos poderes e autonomias?

As instituições não são seres abstratos que tem vontade própria e funcionam sozinhas, existem pessoas que trabalham nestas instituições, em uma boa parte destes órgãos, apesar de a Constituição ter determinado que a realização de concurso público seria a regra para ingresso nos cargos públicos que fazem parte desta estrutura, muitos órgãos passaram mais de uma década, após promulgação da Constituição, sem realizar concurso público, em sendo assim, a forma como as atividades eram realizadas ainda existe como um hábito em vários funcionários que ocupam esses cargos, por mais que as leis mudem, o ordenamento não possui o poder de mudar imediatamente a sociedade, isso requer tempo, a mudança não acontece apenas com a mudança da letra da lei.

²⁶Compõem ainda o Poder Judiciário as justiças especiais: do trabalho, eleitoral e militar. Conferiu-se aos estados a organização de sua justiça, cabendo às constituições estaduais a definição da competência dos tribunais, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça. A justiça dos estados é formada por órgãos de primeiro e segundo graus. Os tribunais representam a justiça de segundo grau. No primeiro grau estão os juízes de direito, tribunais do júri, juízes de paz e juizados especiais. Destaque-se também que, embora não tenha sido criada ainda uma justiça agrária, o artigo 126 prevê que, “para dirimir conflitos fundiários, o Tribunal de Justiça designará juízes de entrância especial, com competência exclusiva para questões agrárias”. O STF teve sua competência ampliada na área constitucional, tendo em vista a criação do mandado de injunção e o considerável alargamento do número de agentes legitimados a propor ação de inconstitucionalidade (anteriormente atribuição exclusiva do procurador-geral da República). Foi também lhe dada competência para julgar originariamente as causas em que a magistratura é direta ou indiretamente interessada, mas foi-lhe extraída, contudo, a função que desempenhara desde a sua criação, de tribunal unificador da aplicação do direito federal infraconstitucional. Além disso, a Constituição de 1988 retirou a representação advocatória da sua lista de competências. (...). As garantias conquistadas pela magistratura e as transformações na estrutura do Poder Judiciário permitem dizer que a instituição tornou-se simultaneamente mais complexa e mais independente. Estes mesmos traços têm, contudo, levado a uma excessiva corporativização da instituição, estimulando ou propiciando a construção de uma forte identidade interna, refratária a mudanças e, sobretudo a questionamentos de sua atuação e de certos privilégios. (SADEK, 2010, p. 11-15)

A práxis não é a realização formal de um ordenamento, a práxis é o movimento, são as ações realizadas todos os dias por milhares de funcionários que fazem parte das instituições. E é essa prática que pode demonstrar os aspectos reais da forma como a redemocratização do Brasil ainda acontece.

Contrapor a norma, a interpretação da legislação, e sua utilização no país pode demonstrar inclusive quais as necessidades que precisam ser atendidas para que os muitos direitos, que garantem formalmente uma vida digna, possam de fato ser realizados.

Por isso a práxis relaciona-se diretamente com a efetividade dos Direitos, é por meio dela que diariamente os conflitos sociais são levados a apreciação do poder jurisdicional, assim como afirma Foucault, é preciso analisar não as grandes estruturas para entender como o poder é utilizado, faz-se necessário analisar as relações infinitesimais e descobrir como o poder influencia essas práticas cotidianamente.

Sendo objeto dessa pesquisa as relações entre o poder e a ética na práxis jurídica, e a forma como essa afeta a (in)efetividade dos direitos, faz-se necessário tecer algumas considerações a respeito do conceito de práxis.

Na obra de Adolfo Sánchez Vázquez, *“Filosofía de la praxis”*, a práxis vem a ser entendida como uma atividade. Sendo atos ou conjunto de atos que um ser humano se utiliza a fim de executar um determinado fim, finalidade esta que já foi pensada, ou seja, já existia em forma de ideia, realizada por meio da atividade cognoscitiva.

O campo da práxis é o da efetividade. A atividade humana é orientada por meio de determinados fins, sendo que estes fins somente existem devido à capacidade cognoscitiva do indivíduo, existindo antes no pensamento, na atividade cognoscitiva, e este fim será realizado no decorrer da prática da atividade, de acordo com Vázquez

El fin prefigura idealmente lo que aún no se logra alcanzar. Por el hecho de trazarse fines, el hombre niega una realidad efectiva, y afirma otra que no existe todavía. Pero los fines son productos de la conciencia, y, por ello, la actividad que rigen es consciente. (...) El fin, por tanto, prefigura aquí el resultado de una actividad real, práctica, que ya no es pura actividad de la conciencia. (...) Este dominio jamás puede ser absoluto, ya que se halla limitado por el objeto de la acción y los medios con que se lleva a cabo la materialización de los fines. Así, pues, al anticipar idealmente el resultado efectivo, puede ajustar sus actos como elementos de una totalidad regida por el fin. (VÁZQUEZ, 2003, p. 266-267)

Em sendo assim, a práxis é uma atividade, que inicia o seu processo de realização a partir da atividade cognoscitiva, ou seja, a partir de um planejamento de como realizar tal atividade, sendo que este processo realiza-se primeiro no pensamento, o resultado da atividade é o seu fim, não sendo possível a partir dessa prática a certeza de que o que se pensou será

realizado de forma perfeita, ou seja, o que foi idealizado pode não ser realizado de forma a atingir sua finalidade idealizada, o que pode ser feito é o ajuste das atividades realizadas para que o fim seja alcançado.

Nesse processo se sobressai dois tipos de atividades de raciocínio, sendo elas: a cognoscitiva, a qual remete a realidade presente e a teleológica, que remete a uma realidade futura, portanto ainda não existente. Essa última traz em sua essência uma ideia de efetividade, pois, existe uma exigência de realização, para que o fim concebido no pensamento se torne de fato real, sendo esta a tradução de um desejo daquele que realiza tal atividade e pratica a ação desejando que o resultado seja aquele pretendido idealmente antes de iniciar a prática de fato. Somente torna-se práxis a partir de sua realização, antes é mera atividade de consciência incapaz de realizar a finalidade da práxis que é a transformação da realidade. (VÁZQUEZ, 2003, p. 268-270)

A finalidade da práxis é a transformação da matéria. O objeto dessa transformação pode ser a matéria-prima, a matéria criada por meio da matéria-prima ou o próprio ser humano. Esta transformação ocorre por meio da atividade prática, tal atividade é desenvolvida em uma matéria que existe independentemente da atividade cognoscitiva do indivíduo. A atividade prática é real, objetiva ou material, a finalidade desta transformação é atender a uma necessidade do ser humano, fazendo surgir uma nova realidade que existe de forma independente dos sujeitos que a engendraram a partir de sua atividade subjetiva, sendo a práxis a realização de uma atividade real, objetiva que resulta na transformação da realidade, seja ela natural ou humana, a qual existe de forma independente do sujeito que a realizou. A práxis não é mera atividade cognoscitiva psíquica ou espiritual, que não atua de forma a realização de um resultado material. (VÁZQUEZ, 2003, p. 270-271)

Refletindo a partir do tema desta seção, podemos pensar o Direito enquanto uma atividade formal, que existe primeiramente na atividade cognoscitiva, a partir da letra da lei e das demais formas que servem para cobrir as lacunas da legislação, estando toda essa atividade no campo da possibilidade, ainda sendo realizados por meio das engrenagens do pensar, no mundo imaterial. Sua realização depende da ação de agentes estatais imbuídos de poder para exercer e proteger o Direito brasileiro, ou a população que possui de forma subjetiva os Direitos garantidos nas cartas legislativas.

Considerando que as leis, os costumes, a jurisprudência²⁷, não são ações humanas, seriam no máximo, “forçando a interpretação”, uma matéria criada a partir de uma matéria-

²⁷ Todas essas são fontes do Direito.

prima, em sendo assim, para ser utilizada como meio para um determinado fim, ou seja, como fim pensado, como processo técnico, para poder realizar determinadas ações.

Pode-se observar também que a legislação, e as demais fontes²⁸ do Direito, são documentos que estão regidos pela atividade cognoscitiva teleológica, pois, apesar dessas fontes existirem e seus efeitos sendo possíveis desde que estejam de acordo com o ordenamento jurídico, elas são atividades cognitivas tendo em vista a sua condição de relação com o presente, ou seja, acontecem no presente. No entanto, as normas possuem um caráter de atividade teleológica, pois regulam condutas que devem ser evitadas ou realizadas, em sendo assim, refere-se ao campo do futuro, de uma atividade que não está acontecendo agora, mas que existe para atender a uma determinada finalidade, traçado por um resultado esperado, o que torna possível a realização de tais condutas de forma que a finalidade destas normas teóricas é que as condutas normatizadas sejam realizadas ou não, a depender do que está prescrito.

A atividade teleológica faz parte do aplicador do Direito na sociedade, fazendo-se assim presente na práxis jurídica, em que existe uma finalidade teórica que deve ser cumprida, e toda a atividade realizada pelos que são regidos por essas normas, devem agir de forma que as condutas descritas como afirmativas sejam cumpridas.

As atividades desenvolvidas pelos órgãos que compõem o sistema jurídico brasileiro podem ser consideradas práxis tendo em vista que estas são realizações da atividade cognoscitiva e teleológica criadas por meio das fontes do direito, e que regem a conduta dos agentes que são responsáveis por colocar em prática a realização do Direito formal, transformar as formalidades do Direito em ação concreta, ou seja, saindo da teoria para a prática.

Em sendo esta práxis, então, qual práxis seria? Levando em consideração que a categoria da práxis está vinculada, primeiramente a transformação da natureza, de forma direta, não sendo esse o papel exercido por aqueles que exercem cargos, empregos ou funções públicas.

²⁸ A questão da consistência (antinomias) e da completude (lacunas) do ordenamento visto como sistema aponta para o problema dos centros produtivos de normas e sua unidade ou pluralidade. (...) A teoria das fontes, em suas origens modernas, reporta-se à tomada de consciência de que o direito não é essencialmente um dado, mas uma construção elaborada no interior da cultura humana. Ela desenvolve-se, por, desde o momento em que a ciência jurídica percebe seu objeto (o direito) como um produto cultural e não mais como um dado da natureza ou sagrado. (...). Com isto se cria, porém, um problema teórico, pois o reconhecimento do direito como uma construção não exclui seu aspecto como dado, posto que, afinal, se o direito é feito, é obra humana, a matéria-prima não se confunde a própria obra. (...) De um lado, temos, assim, as fontes substanciais, que são dados, como é o caso dos elementos materiais (biológicos, psicológicos, fisiológicos) que não são prescrições (representados pela conduta humana no tempo, ao produzir certas habitualidades que vão, aos poucos, sedimentando-se), ou dos elementos racionais (representados pela elaboração da razão humana sobre a própria experiência da vida, formulando princípios universais para a melhor correlação entre meios e fins) e dos elementos ideais (representados pelas diferentes aspirações do ser humano, formuláveis em postulados valorativos de seus interesses). De outro lado, em fontes formais, correspondendo aos construído, significando a elaboração técnica do material (fontes substanciais por meio de formas solenes que se expressam em leis, normas consuetudinárias, decretos regulamentadores etc. (FERRAZ JÚNIOR, 2011, p. 224)

De acordo com Vázquez, existem 4 (quatro) tipos de práxis, a produtiva, a artística, a experimental e a política.

A práxis produtiva, que é a “*actividad práctica productiva, o relación material y transformadora que el hombre establece —mediante su trabajo— con la naturaleza.*”; a práxis artística consiste na “*producción o creación de obras de arte*”; a práxis experimental são aquelas que “*satisface, primordialmente, las necesidades de la investigación teórica, y, en particular, las de la comprobación de hipótesis.*”; a práxis política é uma modalidade que diferente das outras o indivíduo está atuando não para modificar uma matéria-prima ou o resultado de uma matéria-prima, mas “*el tipo de praxis en que el hombre es sujeto y objeto de ella; es decir, praxis en la que actúa sobre sí mismo.*”. (VÁZQUEZ, 2003, p. 272-277)

A práxis que será útil para esse estudo é o conceito de práxis política, tendo em vista ser esta a pratica realizada pelo judiciário brasileiro, pois, por meio dessa atividade o indivíduo atua sobre ele mesmo e sobre seus pares, além de que

La praxis política presupone la participación de amplios sectores de la sociedad. Persigue determinados fines que responden a los intereses radicales de las clases sociales, y en cada situación concreta la realización de esos fines se halla condicionada por las posibilidades objetivas inscritas en la propia realidad. (VÁZQUEZ, 2003, p. 278)

Ou seja, a atividade jurídica desenvolvida pelos vários órgãos que juntos formam o sistema judicial brasileiro, bem como, as demais instituições que fazem parte da sociedade e juntos são os administradores, realizadores, fiscalizadores e julgadores da legislação brasileira, são práxis política.

As condições objetivas inscritas na sociedade são as leis e demais fontes do direito, essas determinam os fins que deverão ser realizados por aqueles que atuam nesses órgãos.

“En un sentido más restringido, la praxis social es la actividad de grupos o clases sociales que conduce a transformar la organización y dirección de la sociedad, o a realizar ciertos cambios mediante la actividad del Estado. Esta forma de praxis es justamente la actividad política.” (VÁZQUEZ, 2003, p. 277)

Além dessa definição existem outras classificações da práxis. Para Vázquez, a práxis pode ser classifica em criadora ou imitativa, e, espontânea ou reflexiva²⁹.

²⁹ (...). *Ahora bien, si la praxis es acción del hombre sobre la materia y creación —mediante ella— de una nueva realidad, podemos hablar de niveles distintos de la praxis de acuerdo con el grado de penetración de la conciencia del sujeto activo en el proceso práctico y del grado de creación o humanización de la materia transformada puesto de relieve en el producto de su actividad práctica.* (VÁZQUEZ, 2003, p. 318)

A práxis política jurídica pode ser caracterizada por uma práxis reflexiva ou imitativa, tendo em vista que o seu processo de realização parte de um contexto determinista baseado em leis que traçam a forma como devem ser executados os processos de sua realização na sociedade.³⁰

Sendo a práxis criadora a práxis revolucionária, pela qual existe a possibilidade de modificar a realidade social, pois, parte de uma atividade que não se adapta há uma forma já estabelecida, mas de uma atitude inovadora. Na práxis reflexiva acontece o contrário

En esta praxis se rompe, en primer lugar, la unidad del proceso práctico. El proyecto, fin o plan preexiste de un modo acabado a su realización. Lo subjetivo se da como una especie de modelo ideal, platónico que se plasma o realiza, dando lugar a una copia o duplicado suyo. Como en la metafísica platónica, también aquí lo determinante es el modelo; lo real sólo justifica su derecho a existir por su adecuación a lo ideal. Su inadecuación entraña una pérdida para lo real. Mientras que en la praxis creadora, el producto exige no sólo una modificación de la materia, sino también de lo ideal (proyecto o fin), aquí lo ideal permanece inmutable como un producto acabado ya de antemano que no debe ser afectado por las vicisitudes del proceso práctico. En la praxis creadora, no sólo la materia se ajusta al fin o proyecto que se quiere plasmar en ella, sino que lo ideal tiene que ajustarse también a las exigencias de la materia, y a los cambios imprevistos que surgen en el proceso práctico. En la praxis imitativa, se angosta el campo de lo imprevisible. Lo ideal permanece inmutable, pues ya se sabe por adelantado, antes del propio hacer, lo que se quiere hacer, y cómo hacerlo. La ley que rige el proceso práctico existe ya, en forma acabada, con anterioridad a este proceso y al producto en que culmina. Mientras que en la praxis creadora se crea también el modo de crear, en el hacer práctico imitativo o reiterativo no se inventa el modo de hacer. Su modo de transformar ya es conocido, porque ya antes fue creado. Queda, pues, poco margen para lo improbable y lo imprevisible, puesto que planeación y realización se identifican. El resultado real del proceso práctico corresponde por entero al resultado ideal. Además, se busca esta correspondencia, y se sabe cómo y dónde encontrarla. Por ello, el resultado no tiene nada de incierto, y el obrar, nada de aventura. Hacer es repetir o imitar otro hacer. La ley que rige las modalidades de la acción es conocida de antemano, y sólo falta sujetarse a ella por caminos ya explorados. Y, como se conoce a priori esta ley, cabe repetir el proceso práctico cuantas veces se quiera, y obtener tantos productos análogos como se desee. (VÁZQUEZ, 2003, p. 329-330)

O Direito enquanto um campo de disputa dá margem para que exista em sua realização os dois tipos de práxis. Ou seja, pode-se dizer que a prática do direito é uma práxis imitativa quando os fatos sociais são apenas submetidos à legislação ou as outras formas de identificar possibilidades de analisar um fato social, se utilizando das outras fontes do direito, em sendo assim, somente ocorrerá uma atividade formadora de vários produtos análogos. Trazendo essa

³⁰ *La praxis se presenta bien como praxis reiterativa, es decir, conforme a una ley previamente trazada, y cuya ejecución se reproduce en múltiples productos que muestran características análogas, o bien como praxis innovadora, creadora, cuya creación no se adapta plenamente a una ley previamente trazada, y desemboca en un producto nuevo y único. (VÁZQUEZ, 2003, p. 319)*

reflexão para o campo da atividade judicial, seriam apenas várias decisões proferidas pelos órgãos jurisdicionais que emitem uma mesma forma de analisar o caso concreto, no entanto, a práxis jurídica pode tornar-se criadora quando modifica os conceitos ideais, ou seja, as finalidades que antes eram apreciadas de uma determinada forma em determinados casos.

Pode ocorrer que esse argumento não tenha considerado o fato de que a lei sempre estará embasada em outra lei, ou em outra fonte já aceita pelo ordenamento, ou seja, sempre estará sendo interpretado o fato ou o caso concreto, a partir de critérios já definidos como possíveis, e as decisões proferidas de forma diversa do que antes estava sendo apresentado é somente mais uma das possibilidades restritas aquele ideal já enumerado como possível, e apenas seria práxis criadora se não partisse de uma das nuances estabelecidas e consideradas como possibilidades pelo ordenamento, mas sim, a modificação de todo ordenamento. As duas reflexões apresentam argumentos consideráveis.

Outro fator apresentado pelo autor, e que faz com que a práxis jurídica seja inferida como práxis imitativa e não criadora, é o aspecto burocratizador dessa modalidade de práxis, no qual os processos que fazem parte desta atividade são aplicados de forma mecânica.³¹

A práxis criadora apresenta uma maior necessidade da capacidade cognoscitiva, tendo em vista que o trabalho não se resume a apenas encaixar os dados a uma determinada norma³². Existindo dois tipos de consciência, a consciência prática e a consciência da práxis. A primeira é a que está presente em todo o processo de colocar em prática o ideal e assim transformá-lo em real. A segunda é uma qualificação da consciência desse processo prático, que se percebe a si mesma.³³

³¹Y puesto que, al burocratizarse una actividad práctica, la ley que la rige se convierte en una ley a priori extraña a su contenido, la actividad burocratizada puede repetirse hasta el infinito con tal de llenar la forma que preexiste al contenido y al margen del proceso práctico mismo. En la práctica burocrática —o, más propiamente—, burocratizada, los actos prácticos no son sino el ropaje o cáscara con que se reviste una forma que existe ya, como un producto ideal acabado. Al hablar de práctica burocratizada no estamos caracterizando una forma específica de praxis, con un objeto propio; no nos referimos, por supuesto, a la actividad de un cuerpo de funcionarios, práctica específica y legítima, sino a un tipo de praxis social-estatal, política, cultural, educativa, etc., ejercida de un modo burocrático. En este sentido, son formas de una praxis degradada, inauténtica, que se halla en el polo opuesto a la praxis creadora, y que, por tanto, es incompatible con ella. (VÁZQUEZ, 2003, p. 332-333)

³² (...) la praxis creadora exige una elevada actividad de la conciencia, no sólo al trazar, al comienzo del proceso práctico, el fin o proyecto originario que el sujeto tratará de plasmar con su actividad material, sino también a lo largo de todo el proceso. Resulta así que una rica y compleja creación exigiría una mayor actividad de la conciencia, ya que la problematicidad o improbabilidad del proceso y la incertidumbre del resultado le obligan a intervenir constantemente. (VÁZQUEZ, 2003, p. 350)

³³ Es la conciencia tal como se inserta en el proceso práctico, actuando o interviniendo en el curso de él para convertir un resultado ideal em real. Conciencia práctica significaría igualmente: conciencia en tanto que traza un fin o modelo ideal que se trata de realizar, y que ella misma va modificando, en el proceso mismo de su realización, atendiendo a las exigencias imprevisibles del proceso práctico. Esta conciencia es la que se eleva en la praxis creadora, y se debilita hasta casi desaparecer cuando la actividad material del sujeto cobra un carácter

A transformação causada pela atividade da práxis não acontece sempre de forma pacífica, existe um viés violento na realização da práxis, tendo em vista que o objeto que sofre a mudança passa por um processo de invasão no qual é retirado de si a lei que anteriormente o regia, devendo sujeitar-se a outra, não sendo possível existir um caráter absoluto nessa prática pois, para que o objeto aceite tais mudanças é necessário que preexista um certo grau de aceitabilidade daquela possível realidade, nas palavras de Vázquez

Toda praxis es proceso de formación o, más exactamente, de transformación de una materia. El sujeto, por un lado, imprime una forma dada a la materia después de haberla desarticulado o violentado. Em el curso de este proceso toma en cuenta la legalidad de objeto de su acción para poder desarticularlo y doblegarlo. Este último, por outro lado, sólo es objeto de la actividad transformadora del sujeto em cuanto que pierde su sustantividad para convertirse en otro. De este modo, es arrancado a su propia legalidad, a la ley que lo rige, para sujetarse a la que establece el sujeto con su actividad. El objeto sufre así la invasión de una ley exterior, y en la medida en que acepta la legalidad extraña que le es impuesta, se transforma. Claro está que esa legalidad que le viene de fuera no puede ser absolutamente exterior, pues de otro modo encontraría una resistencia absoluta, irrebasable en el objeto. Ciertas propiedades de éste, o cierto nivel de su desarrollo, han de ofrecer determinadas condiciones de posibilidad para su transformación, pues, en caso contrario, la actividad del sujeto sería nula, ya que la materia al imponer un límite irrebasable haría imposible su transformación en la dirección deseada. Así, pues, la interioridad del objeto ha de estar abierta a la transformación que el sujeto inicia desde el exterior, y, que, en principio, como transformación ideal, deja todavía intacto al objeto. (...) Así, pues, la transformación del objeto exige, por una parte, el reconocimiento y sometimiento a su legalidad, y, por otra, su alteración o destrucción. (VÁZQUEZ, 2003, p. 446)

Traçando um panorama do sistema jurídico brasileiro pode-se observar que a práxis jurídica possui como finalidade a transformação do indivíduo em sociedade, por meio do instrumento que é o direito a partir da realização das condutas normativas criadas com uma finalidade, tais normas fazem parte do mundo ideal do Direito, presentes na legislação e demais fontes do direito.

O ser humano passou a utilizar o direito como uma forma de uniformizar as condutas humanas, como já trabalhado em outras partes deste trabalho, com o intuito de trazer segurança

mecánico, abstracto, indeterminado, o también cuando se materializan fines formales como en la práctica burocratizada, o se plasman fines o proyectos ajenos, en cuya elaboración no interviene la conciencia propia. La conciencia práctica califica sólo a la conciencia en cuanto que sus productos ideales se materializan; no califica a la que despliega una actividad teórica, el margen de la práctica, o no responde de inmediato a las exigencias de un proceso práctico. (...) De la conciencia práctica distinguimos sin separarla de ella la conciencia de la praxis. Una y otra nos muestran a la conciencia em su relación con el proceso práctico. Pero mientras la primera es la conciencia en cuanto que impregna dicho proceso, en cuanto lo rige o se materializa a lo largo de él, la segunda califica a la conciencia que se sabe a sí misma, en cuanto es consciente de esa impregnación, y de que es la ley que rige —como fin— las modalidades del proceso práctico. Ahora bien, toda conciencia práctica entraña siempre cierta conciencia de la praxis, pero una y otra no están en el mismo plano o nivel. Puede ocurrir que, en un proceso práctico, la primera esté muy por debajo de la segunda. (VÁZQUEZ, 2003, p. 351-352)

para os indivíduos, ou, para determinados grupos. Este processo de transformação não acontece de forma pacífica, sendo a prática do direito uma prática violenta, na medida que seus preceitos nem sempre são os melhores para toda uma população, existindo regras que tolhem direitos como a dignidade humana, como por exemplo a alternativa de se colocar o direito ao “desenvolvimento” à frente do direito de se ter uma vida digna.

No entanto, a transformação que o direito tem possibilidade de causar, seja por meio das instituições que compõem o sistema judicial, seja pela força psicológica que impregna a mente do indivíduo para que cumpra as regras estatais, existe de forma esparsa em sociedade, o que possibilita não apenas uma forma de introduzir padrões de certo e errado e de não existir uma grande resistência, mas de além disso, uma aparência de que tudo acontece de forma a atender uma normalidade que é impregnada como sendo a única possibilidade de existência. Criando-se uma estrutura com aparência hermética, na qual vende-se uma certeza de imutabilidade e a necessidade de que as coisas continuem acontecendo do jeito como sempre aconteceram, fazendo com as técnicas burocratizadas, que fazem parte da engrenagem do aparelho estatal, tenham aparência de imprescindíveis para a realização da vida em sociedade em nome da garantia da ordem social vigente.

Não tendo o intuito de defender um ponto de vista hermético, e sim diante da necessidade de exemplificar quais nuances podem ser observadas e enquadradas em um modelo no qual a práxis jurídica se enquadra, pode-se dizer que a práxis jurídica é uma práxis política imitativa, em que os seus processos de realização pedem dos sujeitos uma consciência prática e não uma consciência da práxis, diante da necessidade de que o direito seja apenas realizado em sociedade, a partir do respeito há um conjunto de regras que devem ser seguidas para que seja possível sua realização, sem a necessidade de uma constante reflexão acerca desse direito e das formas como ele se realiza, e das instituições que são designadas para que sejam as realizadoras deste direito. Sem uma necessidade de que exista uma prática que ao realizar-se permita uma reflexão sobre a prática, limitando-se a uma realização prática mecânica, sobre o pretexto da necessidade de uma ordem normativa que garanta a segurança e a dignidade de todos os indivíduos de uma determinada comunidade.

Tendo em vista a trajetória por qual passou a construção do Poder Judiciário no Brasil, não deixando de considerar o fato de que o sistema judicial brasileiro ainda comporta outros órgãos além dos jurisdicionais, pode-se tecer reflexões em relação aos conceitos de práxis abordados acima.

Esse Poder enfrentou uma transformação, pois no seu início possuía autonomia mitigada tanto pela corte portuguesa quanto pelas ordens dos senhores feudais, fatos estes que

demonstram ser este poder voltado para a realização dos mandos dos que detinham maior força patrimonial, estando assim, a maior parte da população brasileira, subjugada perante uma jurisdição que não tinha condições fáticas de defender os reais direitos estabelecidos. Estando vinculados há uma práxis imitativa, não existindo caminhos possíveis que pudessem quebrar a ordem imposta e criar uma nova forma de realização da prática jurídica no país.

Pode-se considerar então que a Constituição Federal de 1988, possuía um caráter de práxis criadora, imbuída de um ideal de mudança. Transformando a atividade vinculada pelo Poder Judiciário, em uma possibilidade de prática autônoma, com novos moldes. Em sendo uma práxis criadora, os resultados não são facilmente alcançados ou previsíveis, exigindo que exista uma consciência da práxis para que possa tais mudanças, conseguidas no mundo formal, sejam possíveis de se realizar no mundo fático.

A mudança formal não vincula a realidade prática, a mudança no mundo real depende da realização da práxis, dos processos de reflexão que ocorrem no decorrer da realização das atividades.

As bases para a realização dessas atividades possuem uma dimensão ética, da forma como o indivíduo realiza as concepções ideais trazidas pelo direito, esse *modus operandi* pode definir a forma como o direito será realizado em sociedade, partindo do princípio de que o direito escrito está baseado em concepções éticas, que valorizam o ser humano com igualdade.

Para realizar uma reflexão sobre a existência de ética na práxis jurídica, faz-se necessário visitar a obra “Ética é Justiça” de Olinto Pegoraro, na qual ele traz uma reflexão a respeito da ética como forma de embasar uma realização justa do direito. Para Pegoraro, a ética faz parte da estrutura radical do ser humano, está no seu núcleo único subjetivo, nos quais existem conflitos que relacionam a liberdade e a consciência, sendo este responsável por suas ações e pelas consequências destas. Este reduto íntimo relaciona-se com a comunidade, pois não existe vida ética sem a relação com outro, para essa ética em que o convívio se dá de forma interpessoal ele dá o nome de microética, sendo a macroética as relações que se dão no coletivo, em grupos, nesse espaço o indivíduo não é mais sujeito existindo uma compreensão coletiva das atitudes, a macroética insere uma avaliação na realização da vida pública do indivíduo, a forma como este se relaciona em seu aspecto coletivo³⁴.

³⁴ A ética refere-se à estrutura radical do ser-humano, ao núcleo subjetivo único e intransferível: a consciência e liberdade. Neste reduto de acesso exclusivamente pessoal cada um decide, assume suas ações e por elas responde. Porém, este santuário da interioridade não é uma realidade fechada, sem janelas e sem relações com a exterioridade. Pelo contrário a outra face da individualidade é a comunidade: a vida ética, ou agir humano, situa-se na dialética entre estas duas faces da nossa existência. Ninguém é ético para si mesmo, mas em relação aos outros e ao mundo exterior. Portanto, a ética nunca é exclusivamente subjetiva; refere-se sempre pelo menos a uma outra pessoa, seja ela humana ou divina: somos seres éticos em relação a alguém. Essa é a ética das relações

A ética relaciona-se com a justiça, as atividades éticas são o cumprimento da justiça, pois

(...) b) do ponto de vista prático, a justiça como princípio e virtude preside o conteúdo ético de cada teoria e estabelece entre elas uma real circularidade, pela qual se recupera, em cada época, a experiência ética da humanidade. A justiça é simultaneamente fundamento da ética das normas na vida pública e eixo central de todas as virtudes morais na vida pessoal. Mas não há aqui duas éticas em conflito. A justiça não poderia instaurar uma ética das normas sem moralidade e, vice-versa, uma ética das virtudes sem a regulamentação das normas. Pelo contrário, a ética pública, que se exprime fundamentalmente nos artigos da constituição de uma sociedade política, visa precisamente ordenar (normalizar) uma tradição já-existente nos costumes e práticas das pessoas e da comunidade. Portanto, a justiça como princípio normaliza os costumes de uma cultura em determinado tempo e lugar; a justiça como *virtus ad alium* abre a cada pessoa o caminho do convívio ético na sociedade política onde se realiza, no grau mais elevado, o destino histórico do homem. Definida como a primeira virtude das instituições públicas do Estado, do direito, da economia e das relações interpessoais, a justiça funda soberanamente e rege esplendidamente todo o arco da ética pessoal e da convivência pública. (PEGORARO, 2005, p. 97)

Com a justiça sendo o fundamento da ética, as relações humanas no espaço da microética estão imbuídas de um ideal de justiça, ou seja, levando tal reflexão para a filosofia da práxis, pode-se dizer que existe um ideal de ética que se realiza por meio de práticas que exerçam a justiça, no âmbito da macroética, na forma como os indivíduos exercem a justiça no coletivo existe uma práxis ética que se realiza por meio de uma prática de justiça.

Para o autor a ética pública estaria inscrita nas constituições e demais normas que refletem os costumes e a cultura de um comunidade por um determinado tempo, o que seria assim o ideal que preexiste antes da práxis, tal afirmação corrobora com a ideia de que as leis que constituem o direito devem estar imbuídas de valores éticos, para que a práxis seja realizada de forma ética.

O possível convívio de uma vida ética que visa o bem comum, que apenas pode acontecer na coletividade, deve ter a ética como um princípio para a realização da práxis nas instituições públicas estatais, estando tanto no âmbito das relações interpessoais, na microética, quanto na convivência pública, na macroética.

interpessoais, chamada também microética. A micro abre-se à macroética ou à ética das ações coletivas, onde o sujeito não é mais um indivíduo mas o grupo, a associação e a comunidade política. Na macroética inscrevem-se as ações coletivas da ordem econômica, tecnológica, industrial, científica, política e todas as decisões tomadas em grupo e entidades. Aqui muitos sujeitos concorrem para a realização de uma ação conjunta de responsabilidade coletiva. (...). Até pouco tempo os tratados de ética limitavam-se à microética, aos comportamentos interpessoais, analisando a estrutura interior dos atos humanos que, para serem imputados, deviam realizar-se com plena consciência, conhecimento e liberdade. A macroética avalia com igual ênfase e importância a dimensão pública e comunitária da ação. (PEGORARO, 2005, p. 101-102)

Uma ordem jurídica que possui bases éticas, uma ética que visa o bem comum, está imbuída de princípios que visam a realização da vida justa, na qual existe a defesa dos direitos básicos, tendo como reconhecimento basilar o ideal, no que tange pelo menos ao âmbito formal, de que todos os seres humanos nascem metafisicamente iguais, imbuídos do direito a uma vida justa, com saúde, educação e convívio na esfera pública. A possibilidade de ser uma ordem jurídica ética decorre da necessidade de reconhecer, garantir, proteger e respeitar esses direitos que são potencialmente de todos os seres humanos, existindo na microética a dimensão da prática a partir da subjetividade de cada um, pois o reconhecimento do indivíduo para com o outro, acontece de forma cotidiana nesse âmbito, e está imbuído de subjetividade e de julgamentos morais³⁵, e na macroética da realização dessas atitudes no que tange a construção da esfera coletiva.

Um direito formalmente justo é um direito que possui leis que busquem a garantia e o reconhecimento dos direitos de todos os seres humanos, não sendo, portanto, esta formalidade uma práxis, pois, tais leis existem de forma imaterial na realidade fática, é uma finalidade a ser atingida por meio da verdadeira práxis, que é a ação prática, a atividade realizada a partir deste ideal. A realização fática acontece tanto no âmbito interpessoal, como no âmbito público.

A dimensão coletiva não é tão fácil de ser definida, por exemplo, observando a esfera da práxis jurídica, levando em consideração a história do Poder Judiciário analisada no início deste tópico, pode-se observar que apesar das leis existirem no mundo ideal, e portanto existir uma dimensão que relaciona as finalidades com os resultados, a prática depende da realização cotidiana dessas leis que existem no mundo ideal, o que infere-se a existência de uma participação dos indivíduos que exercem as atividades institucionais em duas esferas: a interpessoal e a coletiva. Ou seja, no trato do dia a dia as pessoas relacionam-se entre si de forma direta, existindo a microética com os colegas de trabalho, por exemplo, ou nos atendimentos ao público, no entanto, a função que este indivíduo exerce é uma função voltada para a macroética, pois ele está neste cargo para exercer uma função pública, lidando com

³⁵ Não defendemos aqui o jusnaturalismo que se cristalizou em dogmas irrecorríveis. Trata-se apenas de eleger uma instância de decisões éticas imediatamente aceita, e sem margem de dúvida, por todos os atores sociais. Esta instância é o princípio da vida justa que pode ser assim enunciado: devemos respeitar os direitos básicos da vida. Este princípio exige uma atitude fundamental: reconhecer que todos os seres humanos nascem metafisicamente iguais. A natureza nos deu direito igual à vida, à educação da vida, à vida saudável, à participação na vida política, à distribuição dos bens materiais e culturais que alimentam a vida. Estes direitos não se conquistam; são dados pelo nascimento. (...) A atitude ética correta consiste em reconhecer, proteger, garantir e respeitar os direitos decorrentes do nascimento humano. Ora o reconhecimento e o respeito são atitudes subjetivas e morais de cada pessoa. Exercer o respeito à vida e aos direitos decorrentes é praticar a virtude moral da justiça. É a atitude justa perante a vida de outros seres humanos. Respeitar a vida dos outros e as coisas que lhes pertencem é o conceito básico da justiça, como virtude moral que orna a interioridade da pessoa. O respeito aos outros é a exigência incondicional da ética e a pedra angular do novo edifício social, onde tudo – mercado, tecnologia e progresso – esteja em função do ser humano. (PEGORARO, 2005, p. 105)

atividades que são privativas das instituições estatais que formam coletivo da dimensão política das atividades do Estado.

Os julgamentos morais destes sujeitos, que são subjetivos, podem influenciar na forma como estes recepcionam os indivíduos que vão até o Estado buscar a “segurança” jurisdicional. Nesta simples atividade pode existir uma microrrelação em que o indivíduo será reconhecido como detentor de direitos ou não, o que pode refletir nas macrorrelações, ou seja, na macroética, tendo em vista a finalidade das funções estatais que é a realização dos princípios que regem o Estado Democrático de Direito, em um país como o Brasil que possui esta dimensão descrita em sua Constituição Federal.

Pois bem, uma práxis jurídica ética, que visa o bem comum, seria aquela em que tanto na dimensão micro quanto na macro, existe o respeito ao reconhecimento dos direitos inerentes àqueles que formam o corpo social, sem distinção ou privilégio de poucos que possuem grande poder econômico, como demonstra a realização da práxis no início da história do judiciário brasileiro, em que a dimensão jurisdicional se confundia a dimensão executiva, tendo sua regulação e fiscalização de suas atividades realizada por aqueles que detinham poder econômico e político.

No tocante a essa dimensão de regulação e fiscalização, realizada por um setor da sociedade, pode-se observar que o ideal de justiça, apesar de na contemporaneidade está imbuído de tamanha gama de leis, tratados e convenções, ou seja, existindo no campo ideal e formal, normas que declaram a existência de direitos a todos, a práxis jurídica ainda não realizou esse ideal de justiça, tendo em vista que as macroestruturas consolidadas no mundo contemporânea ainda não visam o desenvolvimento do bem humano, e sim, a realização de uma política econômica que visa o lucro, o que demonstra que o Direito ainda serve ao mesmo senhor dos tempos em que fora criado, não tendo ainda alcançado uma dimensão de práxis criadora³⁶.

O princípio da justiça social proclama que a primeira riqueza de uma nação é a saúde de seu povo, o alimento, a educação, a moradia digna, participação na vida pública e na repartição dos bens materiais e culturais. Em função desta meta gira a organização econômica e tecnológica. Portanto, para ser realizado e socialmente feliz o cidadão precisa de estruturas que garantam as condições sociais de crescer conforme seus talentos e elevar ao mais alto grau possível sua realidade histórica. Essa realização é diferente em cada um: não precisa nivelar todos os cidadãos no mesmo patamar; é

³⁶ Hoje este problema ampliou-se com intervenção irresistível das macroestruturas econômicas, tecnocientíficas e industriais. Estes grupos subordinaram às suas decisões até a ordem política das nações. Ora, estas macroestruturas não visam, em primeiro lugar, o bem humano, mas o resultado empresarial; a meta da ética sacrificada pela norma do lucro. É a política do lucro, ainda que isto gere desemprego, fome e favelização dos cidadãos. A ética perde seu centro constitutivo: a justiça. A ordem jurídica é sacrificada pelas macroestruturas empresariais que geram a opressão e a exclusão de pessoas e grupos. (PEGORARO, 2005, p. 15/16)

preciso sim, que as condições de realização se estendam a todos incondicionalmente. Para cumprir esta função positiva, o segundo princípio impõe que criaram estruturas de sobrevivência marginal e excluída. As estruturas injustas são responsáveis pelos milhões de pessoas ditas “menos favorecidas” ou de “baixa renda”. Estas expressões dizem implicitamente que do outro lado estão uns poucos “mais favorecidos” e de “alta renda”. (PEGORARO, 2005, p. 107-108)

Em sendo assim, a partir dos conceitos que revelam ser um direito baseado em uma ética que visa o bem comum, levando em consideração a reflexão apresentada na secção 1.3 do capítulo 1, a condição de felicidade e de vida justa deve ser o ideal do direito e a finalidade da práxis jurídica, sendo necessário que esta esteja voltada para a construção de uma sociedade imbuída de condições de fato para que seja garantida a vida justa de todos os cidadãos, e não exista margem para a criação de uma sobrevivência marginal, baseado em um modelo falido em que o direito é utilizado como manobra para garantir uma ordem econômica que visa o acúmulo de riquezas por uma determinada parcela da sociedade.

Feitas as considerações teóricas a respeito da práxis, passa-se a análise prática da realização da práxis jurídica no país.

3.2 Panorama da práxis jurídica brasileira analisada por meio da pesquisa empírica

Com o intuito de apresentar uma reflexão acerca das relações de poder e ética que estruturam a práxis jurídica do Direito brasileiro e sua influência na (in)efetividade dos direitos a partir da análise de pesquisas acadêmicas que versem a respeito de direitos em conflito, ou seja, conflitos sociais levados a jurisdição brasileira com o intuito de resolver situações em que exista em disputa direitos fundamentais, fez-se necessário uma pesquisa empírica.

A pesquisa empírica não é exclusiva das pesquisa quantitativas, podendo ser empregadas em pesquisa qualitativas, sendo este o caso do presente trabalho. O livro “Pesquisa Empírica em Direito: As Regras de Inferência”, publicado pela Coleção Acadêmica Livre, que publica livros em formato digital com acesso livre, da Fundação Getúlio Vargas - FGV, explica em sua introdução que o termo

“empírico” denota evidência sobre o mundo baseada em observação ou experiência. Essa evidência pode ser numérica (quantitativa) ou não-numérica (qualitativa); (...) . O que faz uma pesquisa ser empírica é que seja baseada em observações do mundo – em outras palavras, dados, o que é apenas um termo para designar fatos sobre o mundo. Esses fatos podem ser históricos ou contemporâneos, ou baseados em legislação ou jurisprudência, ou ser o resultado de entrevistas ou pesquisas, ou os resultados de pesquisas auxiliares arquivísticas ou de coletas de dados primários. Os dados podem ser precisos ou vagos, relativamente certos ou muito incertos,

diretamente observados ou conseguidos indiretamente; podem ser antropológicos, interpretativos, sociológicos, econômicos, jurídicos, políticos, biológicos, físicos ou naturais. Desde que os fatos estejam de alguma maneira relacionados ao mundo, eles são dados, e, contanto que a pesquisa envolva dados que são observados ou desejados, ela é empírica. (EPSTEIN, 2013, p. 12/13)

Nos termos descritos por essa obra a pesquisa que será apresentada neste trabalho enquadra-se em uma pesquisa empírica, pois busca evidenciar por meio da observação do universo da pesquisa acadêmica os fatos que se relacionam com a dinâmica da sociedade, buscando refletir a teoria e sua relação com a práxis. Sendo os dados utilizados a partir de informações colhidas a partir de pesquisas acadêmicas.

O primeiro passo que seja possível a realização de uma pesquisa confiável e válida, é apresentar o processo pelo qual a pesquisa será realizada, bem como, os motivos pelos quais foram escolhidos determinados métodos.

A partir dos preceitos apresentados pela obra da FGV, pode-se dizer que os objetivos desta pesquisa consistem, na primeira etapa, em coleta de dados para uso do próprio pesquisador, bem como, realizando inferências descritivas ou causais, para que seja possível identificar e coletar os dados que serão utilizados na segunda etapa da pesquisa. (EPSTEIN, 2013, p. 24)

Para a realização dessa pesquisa será utilizado teses acadêmicas que tragam em seus trabalhos o objetivo de demonstrar a forma como a práxis jurídica vem sendo realizada no país. Para bem organizar a pesquisa, fez-se necessário a divisão desta seção em três subseções. A primeira será utilizada para a explanação acerca do método utilizado para a seleção da amostragem a ser analisada, a segunda traz as análises a respeito das teses selecionadas de acordo com os métodos utilizados na primeira subseção, e a terceira será uma conclusão a respeito do material analisado na subseção anterior.

3.2.1 Seleção, classificação e método utilizados para a delimitação dos dados necessários a pesquisa

A delimitação do universo de documentos acadêmicos para a análise foi realizada da seguinte forma. Como base de dados segura para a coleta foi utilizado o sítio “Banco de Teses e Dissertações” da capes, tendo em vista que esse sítio comporta a publicação de toda produção acadêmica *stricto sensu* realizada no país, oriundas das instituições reconhecidas pelo Ministério de Educação – MEC.

A palavra-chave utilizada para delimitar a busca foi STF³⁷. Para determinar qual a amostra seria necessária para a presente análise, foi escolhido o método de análise intencional, tendo em vista o propósito do estudo. A escolha foi pelo Supremo Tribunal Federal, devido este ser o órgão responsável pela defesa da Constituição Federal, e em consequência dos direitos fundamentais presados pelo Estado brasileiro. Sendo este órgão o grau máximo para julgar questões que versem sobre os direitos fundamentais.

No campo “Refinar meus resultados”, foi marcado o ícone “Doutorado (*Tese*)”, a opção por refinar a pesquisa para resultados que contenham apenas tese, deve-se ao propósito do trabalho de analisar conclusões complexamente elaboradas referentes a jurisprudência do STF, apesar de existirem dissertações que apresentam uma complexidade profunda de análises, existem limites materiais que delimitam uma pesquisa a ser realizada em uma dissertação, baseada no critério de tempo máximo em que podem ser realizadas, dispondo a dissertação de apenas 2 (dois) anos e a tese de 4 (quatro) anos, o dobro da primeira. O ano de 2012 foi escolhido como marco temporal, sendo assim, coletados dados dos últimos 5 (cinco) anos, tal marco foi escolhido tendo em vista ser recente a digitalização e disponibilização de material documental via meios digitais.

O resultado obtido foi o montante de 124 documentos, tendo a pesquisa sido realizada no dia 24/10/2017. Para selecionar os documentos a serem analisados, foi estabelecido dois critérios, a seguir expostos:

O **primeiro** critério de refinamento, realizado manualmente, foi a identificação da possibilidade de acesso ao documento. Sendo selecionados apenas os trabalhos que estejam disponíveis em meio eletrônico digital. Ressalta-se que alguns trabalhos não estão disponíveis na própria plataforma Sucupira da Capes, a qual é vinculada ao “Banco de Teses e Dissertações” da Capes, sendo necessária a sua pesquisa de forma livre em sites de busca, bem como, a pesquisa direcionada na plataforma da biblioteca da instituição em que foi realizada a defesa da tese. Cabe aqui uma observação, o acesso aos acervos digitais das bibliotecas das instituições ainda são um tanto rudimentares, causando uma lentidão e na maioria das vezes, mensagens de

³⁷ O sistema jurídico brasileiro, como descrito na primeira seção deste capítulo, possui sua composição formada por tribunais estaduais, presentes em todos os estados da federação, tribunais especializados, que são os Tribunais Eleitorais e os Tribunais do Trabalho, além desses na esfera federal encontram-se os Tribunais Regionais Federais e o Tribunal do Distrito Federal, os tribunais superiores, que são: Tribunal Superior do Trabalho, Tribunal Superior Eleitoral e o Superior Tribunal de Justiça, estando acima de todos esses o Supremo Tribunal Federal - STF. Acima deste não existe nenhum outro órgão a que seja possível recorrer das decisões. A competência do STF está delimitada na Constituição Federal, sendo de sua lavra a defesa da Constituição Federal de todos os preceitos e direitos fundamentais que existem no Estado Democrático Brasileiro.

erros ao pesquisar por títulos ou por autores, em tais bancos de dados, fato este que dificultou o acesso aos documentos e alongou o tempo para realizar essa etapa.

O **segundo** critério foi a existência de pesquisa empírica jurisprudencial no bojo dos trabalhos, esse critério foi estabelecido tendo em vista o objetivo da pesquisa ser traçar um panorama da práxis jurídica no país, em sendo assim, diante de tal objetivo existe a necessidade de encontrar dados que versem sobre o material confeccionado pelo Poder Judiciário, o que seria jurisprudência no sentido *lato* da palavra, não se restringindo a uma análise de apenas a forma como o tribunal decide sobre determinado assunto, mas abrangendo o estudo crítico sobre a forma de atuação do Supremo Tribunal Federal.

Os critérios foram organizados em uma tabela, que está ao final do trabalho denominada de APENDICE A, a qual possui 04 (quatro) colunas. A primeira é destinada ao número que o próprio site da Capes enumera a disposição dos resultados da pesquisa realizada no site. A segunda é destinada ao título da tese. A terceira destina-se a pergunta: Fonte digital? E a terceira: Possui pesquisa empírica jurisprudencial? Nessa tabela foram atribuídas três tipos de cores para organizar a classificação das teses da seguinte forma:

- Verde - teses que possuem pesquisa jurisprudencial e são acessíveis por meio digital;
- Azul – teses que não possuem acesso por meio digital, estando prejudicada a possibilidade de análise acerca da existência de pesquisa jurisprudencial em seu bojo
- Amarela - teses que independente de se ter acesso a estes por meio digital, não trazem em seu bojo uma pesquisa empírica jurisprudencial.
- Rosa – teses que são acessíveis por meio digital e versam sobre pesquisa empírica jurisprudencial na modalidade ESTUDO DE CASO.

O resultado encontrado foi o seguinte: 57 (cinquenta e sete) verdes, 31 (trinta e um) amarelas, 22 (vinte e dois) azuis e 14 (quatorze) rosa, totalizando o quantitativo de 124 (cento e vinte e quatro) teses.

A partir dessa classificação fez-se uma outra tabela, diante da necessidade de organizar as teses por assunto. Os campos da tabela foram sendo adicionados a medida que a análise foi realizada, diante das necessidades apresentadas. A classificação foi realizada tendo por base o título das teses, sendo observada as nomenclaturas que os compõem.

Ao final da análise chegou-se ao quantitativo de 21 (vinte e uma) categorias, ressaltando-se que nas teses que existem estudos de casos, esse número aumenta para 26 (vinte e seis) categorias, tendo em vista que os estudos de casos apresentaram matérias específicas, diverso das demais que apresentaram temas mais genéricos em seus títulos.

Várias teses não podiam ser alocadas em apenas uma categoria, por isso, algumas foram alocadas em mais de uma categoria. Em sendo assim, uma única tese poderá está contabilizada em mais de uma categoria.

O quantitativo encontrado foi o seguinte:

ASSUNTO	TESES	Teses com estudo de caso	TOTAL
Democracia	08	00	08
Ditadura	02	04	06
Direitos Humanos	05	02	07
Direitos Fundamentais	0	01	04
Eleitoral	06	00	06
Saúde	05	00	05
Liberdade De Expressão	01	00	01
Direito-Política	17	02	19
Constitucionalismo e Controle Concentrado	14	03	17
STF Com STF	13	00	13
Ativismo	06	00	06
Moralismo	02	00	02
Extradição	03	00	03
Tributário e Ordem Econômica	09	01	10
Subjectivação e Hermenêutica	02	00	02
Separação dos Poderes	03	00	03
Justiça	05	00	05
Trabalho	01	00	01
Poder Judiciário	04	00	04
Internacional	04	02	06
Mensalão	00	03	03
Biodireito	00	01	01
Religião	00	01	01
Homoafetividade	01	02	03
Esporte	00	01	01

Após essa categorização surge a necessidade de dividir essas categorias em blocos, para que seja possível relacionar os temas entre si e apresentar uma síntese dos assuntos.

As tentativas de se chegar há uma classificação lógica passou pela hipótese de dividir os blocos a partir das categorias que tivessem maior quantidade de teses, o que colocaria alguns temas, como por exemplo Eleitoral e o Ativismo em situação de menor quantidade de teses. Outra tentativa foi criar grupos e ir colocando em um mesmo bloco temas relacionados, como por exemplo, em um único bloco Direitos Humanos + Direitos Fundamentais, ou Ditadura + Democracia + Separação dos Poderes, no entanto ocorreu a mesma dificuldade da tentativa

anterior, existiam temas que teriam que ser retirados de um dos blocos para colocar em outro, o que deixaria blocos vazios.

Ao final optou-se por dividir os blocos levando em consideração os temas que atualmente são os mais citados em nível nacional, que é o dilema entre o ativismo judicial e a participação do judiciário na política. Esses foram os primeiros blocos criados, e a partir destes outros foram criados, sempre com o método da exclusão, ou seja, quando uma tese versa sobre um desses temas, esta será vinculada a este bloco, mesmo que esteja presente em outra categoria. Os blocos ficaram divididos da seguinte forma:

- 1º bloco: Direito e Política (subtópico – Ditadura) - 14 (quatorze) [04 – Ditadura];
- 2º bloco: Ativismo – 04 (quatro);
- 3º bloco: DH + Direitos Fundamentais + Homoafetividade + Religião – 10 (dez);
- 4º bloco: Internacional + Extradicação – 06 (seis);
- 5º bloco: STF com STF + Subjectivação e Hermenêutica – 08 (oito);
- 6º bloco: Constitucionalismo e Controle Concentrado – 09 (nove);
- 7º bloco: Saúde – 05 (cinco);
- 8º bloco: Trabalho – 01 (um);
- 9º bloco: Tributário e Ordem Econômica – 09 (nove);
- 10º bloco: Liberdade de Expressão – 01 (um).

Restando os seguintes títulos: A Construção Forense do Biodireito: Descrição retórico-analítica do processo de justificação pelo STF na ADIN 3.510-0; Brasil em pedaços ou A História dos meios de Resolução das questões de Limites Interestaduais (1889-1930) e RAZÃO E PODER JUDICIÁRIO: uma análise pragmático-normativa da estrutura e atuação do poder judiciário brasileiro. A disposição dos títulos das teses com a classificação está exposta no APÊNDICE B, alocado ao final do presente trabalho.

Esta não foi a classificação final, tendo em vista que fez-se necessário um novo recorte para a realização da pesquisa. Recorte este que não poderia ter sido realizado antes de identificar quais os assuntos que faziam parte do quantitativo encontrado na busca realizada no site da Capes.

Os critérios para o próximo recorte foram os seguintes:

Primeiro: especificidades do trabalho. Tendo em vista que a dissertação versa a respeito da efetividade dos Direitos Humanos, serão selecionadas teses que tratem especificamente a respeito de algum desses direitos de forma direta, bem como, aquelas que versem a respeito das práticas institucionais do STF.

Segundo: ativismo judicial e questões ligadas ao Direito-Política. Tendo em vista a presente dissertação versar sobre as relações de poder e éticas que permeiam a práxis jurídica, faz-se necessário analisar as teses que versem a respeito das relações estabelecidas entre o Poder Judiciário e a Política brasileira, não se restringindo apenas aos casos em envolvem políticas partidárias. Por esse critério serão excluídas as teses que versarem a respeito das relações políticas internacionais brasileiras e as que versem explicitamente sobre uma análise de direito comparado.

Terceiro: estudos de caso. As teses que tratam a respeito de estudos de caso, entenda-se a análise de uma única decisão proferida pelo STF, em temas que ainda não foram abordados nos demais assuntos trazidos pelas teses em que são analisadas várias decisões da Suprema Corte, serão selecionados, em caso de haver mais de uma tese que verse sobre o mesmo assunto, será dado preferência a mais recente.

Com esse novo recorte as teses foram selecionadas a partir dos blocos estabelecidos, sendo o primeiro critério e o segundo utilizados para fins de inclusão e exclusão, e o terceiro critério apenas para exclusão.

As teses foram analisadas uma a uma, tendo como base o título para fazer a classificação de acordo com os critério. Ao longo da análise algumas teses foram realocadas e outras foram excluídas da pesquisa.

Ao final da análise restou a seguinte classificação: CRITÉRIO 1: 18 teses e CRITÉRIO 2: 20 teses. Totalizando 38 teses que serão analisadas na próxima subccção. A classificação de cada tese está disposta no APÊNDICE C, alocada ao final da dissertação.

3.2.2 Teses que versam a respeito da práxis jurídica brasileira

Nesta subccção será apresentado um resumo informativo de cada uma das teses selecionadas na secção anterior, a análise crítica de cada trabalho será realizado na secção 3.2.3. Todas as teses serão apresentadas a partir de uma síntese que comporta, sempre que possível, os objetivos, a hipótese, os capítulos ou partes e a conclusão. Como as teses estão divididas em dois critérios, serão apresentadas dessa mesma forma, primeiro as teses integrantes do CRITÉRIO 1, depois as integrantes do CRITÉRIO 2. A numeração que consta no início de cada título é uma referência a classificação primeira, que está disposta no APÊNDICE A.

CRITÉRIO 1

5 – Justiça e direitos humanos: análise da jurisprudência no STF (1988-2012)

A tese intitulada “Justiça e direitos humanos: análise da jurisprudência no STF (1988-2012)”, foi escrita por Juliana Ribeiro Brandão, e apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de São Paulo, em São Paulo no ano de 2015.

A autora parte da proposição de que a interpretação da norma vigente atua na construção dos direitos, sendo objetivos do trabalho:

- (i) aferir qual enquadramento os direitos humanos recebem no STF, o que envolve investigar, no recorte selecionado entre 1988 e 2012, como tem sido construída a categoria jurídica “direitos humanos” no tratamento jurisprudencial desse Tribunal e
- (ii) investigar com base em quais fundamentos esse enquadramento se apresenta. (BRANDÃO, 2015, p. v)

Os capítulos, da tese em questão, tratam sobre os seguintes assuntos: “O despertar para um problema de uma investigação científica”; “A justiça: parâmetros para análise”; “Direitos Humanos: obstáculos e possibilidades”; “STF: a arena de disputa” e “Jurisprudência no STF sobre direitos humanos: 1988-2012. (BRANDÃO, 2015, p. xii)

Para autora, de acordo com suas considerações finais, os direitos humanos não estariam invisíveis no enquadramento da Suprema Corte, no entanto, eles ainda não possuem uma concepção multidimensional, estando esta afirmação perceptível a partir da conclusão de que ainda não existe consenso sobre o que seria “direitos humanos”, fato que pode ser observado tanto do lado dos que demandam ao órgão, quanto dos que compõem a Corte. (BRANDÃO, 2015, p. xii)

A análise realizada a partir da análise de 24 anos de jurisprudência do órgão, demonstra que os direitos humanos possuem possibilidade de alcançar reconhecimento, “o cenário no qual eles têm se colocado está em disputa e certamente permite a construção de caminhos alternativos”. (BRANDÃO, 2015, p. 133)

Para exemplificar forma como o STF entende os direitos humanos, a autora apresenta como argumento casos em que questões polêmicas foram levadas a Corte e esta apresentou decisões controversas a esses direitos. Sendo eles:

Julgado em 1936, o *Habeas Corpus* 26155, cuja paciente era Olga Benário (companheira de Luís Carlos Prestes), não chegou sequer a ser conhecido. Em 1947, *Habeas Corpus* em favor de Luís Carlos Prestes, que era Senador à época e invocou

liberdade de locomoção em face da proibição de ingressar livremente no partido, foi negado de forma unânime. (BRANDÃO, 2015, p. 91-92)

A parte empírica que compõe a pesquisa apresenta, em síntese, os seguintes dados: “entre 263 acórdãos que compuseram a amostra, foram localizados 186 que não trouxeram a expressão ‘direitos humanos’ na ementa (...)” estando o termo presente em 29% dos casos na ementa, não constando da decisão judicial, “em 54% dos acórdãos, a denominação ‘direitos humanos’ aparece no campo ‘legislação’”, a partir de dados relacionados ao local em que se apresenta o termo direitos humanos, chega a autora a conclusão de que se a “pesquisa tivesse se restringido a capturar a expressão “direitos humanos” apenas na ementa, ficaria restrita a singelos 16 casos, considerados de direitos humanos porque assim classificados pelo STF”, pouquíssimo, tendo em vista ser uma pesquisa que engloba um período de 24 anos. (BRANDÃO, 2015. p 116-118)

A partir destas observações a autora chegou as seguintes conclusões:

fica evidente que o que cabe no rótulo “direitos humanos” no crivo do STF não tem sido tratado como um conteúdo que teria importância nas decisões, já que está fora das ementas. (...). Olhando para a produção jurisprudencial do STF no período estudado, é possível dizer que, quantitativamente, a produção nomeadamente vinculada a direitos humanos – e pra tanto considero os acórdãos que trazem direitos humanos em suas ementas – é ínfima. (BRANDÃO, 2015, p. 118-119)

A autora afirma que tal fato demonstra que apesar de haver uma grande demanda social, em relação a judicialização das relações sociais, não existe um consenso na Corte, do que seriam os direitos humanos. (BRANDÃO, 2015. p 119)

O primeiro ano em que aparece o termo direitos humanos é no ano de 1992, 04 anos depois da Constituição Federal de 1988 e 40 anos após a Declaração Universal dos Direitos Humanos. (BRANDÃO, 2015. p 121)

Em relação ao tipo de direitos reivindicados, conclui a autora que 91% dos casos versam a respeito de direitos de primeira geração. “As demandas sociais e econômicas ficaram de fora das reivindicações que compuseram a amostra analisada”, para a autora esse resultado representa que a “herança ditatorial recente e latente tem trabalhado em desfavor da consolidação dos direitos humanos enquanto reivindicáveis.” (BRANDÃO, 2015. p 121-122)

Nas conclusões apresentadas pela autora, em relação aos assuntos demandados e sua recepção pela Corte afirma ela que cerca de 66% das tratavam-se de questões referentes ao devido processo legal, não sendo este o assunto que mais foi recebido pela corte, na ordem de percentual vem primeiro o tema da extradição, com 61% de deferimento, após vem o

fortalecimento das instituições, com 53% e depois o devido processo legal, com 51%. Em relação as partes presentes na demanda, a maioria são particulares, mas é o Ministério Público que mais tem suas demandas aceitas, sendo o Estado o maior violador de direitos humanos. (BRANDÃO, 2015, p. 129-130)

Por fim, a autora apresenta uma análise crítica a respeito da quantidade de demanda realizada pelos particulares, que buscam o Poder Judiciário, parte integrante do Estado, para demandar contra o próprio Estado, nas palavras da autora:

Por fim, considerando o Estado como violador de direitos e com a atribuição de, na arena judicial, conduzir o processo para a apreciação das reivindicações destes direitos, o que explicaria essa procura pelo STF partindo majoritariamente dos particulares? Aqui eu arriscaria a interpretação de que a garantia de ter uma resposta definitiva do Judiciário tem falado mais alto do que a incerteza do jogo político, vinculado tradicionalmente aos Poderes Executivo e Legislativo. O que talvez não esteja sendo utilizado com mais fôlego, na medida em que estes particulares têm provocado uma atuação prioritariamente voltada para a defesa de direitos individuais, é o potencial que a arena política do STF representa. (BRANDÃO, 2015, 131)

6 - Análise das decisões da presidência do STF sobre o direito fundamental à saúde

A tese intitulada “Análise das decisões da presidência do STF sobre o direito fundamental à saúde”, foi escrita por Márcia Sleiman Rodrigues, e apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, em São Leopoldo no ano de 2013.

As decisões relativas aos direitos sociais de segunda dimensão, com o recorte ao direito à saúde, é o foco da análise da autora em sua tese, sendo seu objetivo “a perspectiva da tese é analisar a empiria das decisões do STF calcada na racionalidade retórico-argumentativa como fundamento da normatividade do direito”. (RODRIGUES, 2013, p. v)

Os capítulos tratam sobre os seguintes assuntos: “A leitura axiológica-indutiva do direito”; “As teorias da argumentação e a teoria semiolinguística de análise do discurso”; “Análise da jusfundamentalidade material dos direitos sociais” e “Judicialização e ativismo no cenário político nacional: uma análise das decisões do STF sobre o direito fundamental à saúde”. (RODRIGUES, 2013, p. viii-ix)

A partir da análise das decisões da Suprema Corte a autora chegou as seguintes conclusões:

a Presidência do STF faz uso da dogmática pós-positivista focada nas teorias da argumentação jurídica para reprimir a concepção meramente formal do direito. Em outros termos, na dogmática pós-positivista não há espaço para o mero decisionismo positivista e nem tampouco para a mitigação dos direitos sociais. (...) a Presidência

do STF não consegue superar o voluntarismo judicial do velho exegetismo positivista (...) nem sempre os Ministros analisados constroem suas normas-resultado baseados na incidência dos fatos do mundo real sobre a ordem constitucional como um todo, levando em consideração que a legitimidade democrática de suas decisões deve ser fruto do grau de aceitabilidade pela comunidade de interpretes da Constituição. (...). Em termos simples, a tese fez uma análise empírica das decisões judiciais da Presidência do Supremo Tribunal Federal e verificou a inconsistência entre seu papel de guardião das cidadanias e seus próprios discursos jurídico-políticos. Em determinados caos, ficou comprovada a hipótese de que o Supremo Tribunal Federal adota um espírito de corpo, como parte do Estado, na disputa por legitimidade democrática e poder com o Executivo e o Legislativo em relação aos cidadãos para a formulação de políticas públicas, notadamente no campo do Direito à Saúde. Tal perspectiva nasce partir de um ativismo judicial desproporcional e violador da separação de poderes dentro do Estado Democrático de Direito. (...). Por fim, no capítulo V, conclui-se que a natureza das decisões do STF, em matéria de direitos sociais, tende mais para o aspecto político do que jurídico, na medida em que a atuação jurisprudencial, como ato estatal soberano do Estado-juiz, torna-se cada vez mais ativista. As principais consequências deste ativismo judicial são seus efeitos extrajudiciais, que avançam, diretamente, sobre o terreno do orçamento público, espaço destinado constitucionalmente aos representantes eleitos. (RODRIGUES, 2013, p. 244-247)

10 - Deliberação e procedimento no STF: Discutindo a relação³⁸

A tese intitulada “Deliberação e procedimento no STF: Discutindo a relação”, foi escrita por Rafael Lorenzo-Fernandez Koatz, e apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, no Rio de Janeiro em 2015.

O objetivo da tese em questão é apresentado pelo autor da seguinte forma

o presente estudo tem por objetivo oferecer contribuição para que a comunidade jurídica repense o funcionamento e o processo de deliberação atualmente adotados pelo STF, propondo mudanças que possam melhorar o manejo de precedentes, com benefícios à celeridade processual e à sociedade. (KOATZ, 2015. p. xi)

As partes da tese tratam sobre os seguintes assuntos: “Premissas teóricas”; “Os problemas de funcionamento e do processo de deliberação do STF na atualidade” e “Racionalização da jurisdição constitucional propostas para melhorar o funcionamento e o processo de deliberação do STF”. (KOATZ, 2015, p. xv-xviii)

A autora apresenta a conclusão da seguinte forma:

Encerrando a primeira parte, apresentam-se diferentes modelos de deliberação adotados pelas Cortes Constitucionais e Supremas Cortes, discutindo-se suas vantagens e desvantagens, sob a perspectiva da forma, da extensão e profundidade. A segunda parte do trabalho tem por objetivo central por o Supremo Tribunal Federal em perspectiva histórica. O propósito é identificar as causas que transformaram o

³⁸ O material publicado em meio digital apenas disponibiliza as partes iniciais da tese, contendo apenas o resumo e o sumário.

Tribunal em uma corte disfuncional e lenta. (...). Conclui-se a segunda parte com uma análise das dificuldades e problemas trazidos pelo novo protagonismo do Tribunal. Na terceira e última parte, apresentam-se propostas voltadas aos problemas apontados na segunda parte (...). No que se refere ao funcionamento do Tribunal, propõem-se mudanças de cunho cultural, envolvendo a própria postura de ministros, assessores e auxiliares; e mudanças de cunho regimental, que podem ser adotadas por meio de emendas regimentais. Já no que concerne ao processo de deliberação, a tese propõe sugestões sobre as vantagens e desvantagens da adoção de um novo modelo de deliberação, bem como sobre meios de adequá-lo. (KOATZ, 2015. p. 10)

17 – Fidelidade, álibi ou traição: ressignificação e perspectivas sobre o comportamento decisório do STF

A tese intitulada “Fidelidade, álibi ou traição: ressignificação e perspectivas sobre o comportamento decisório do STF”, foi escrita por Pedro Buck Avelino, e apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de São Paulo, em São Paulo no ano de 2015.

O autor apresenta no resumo uma síntese sobre o que será estudado na tese: “Testa o modelo em face de decisões do STF no período de 1988 e 1989, em sede de controle de constitucionalidade (ADI). Apresenta as inferências extraíveis dos dados quantitativos, sob 03 perspectivas – fidelidade, álibi e traição.” (AVELINO, 2015, p. iv)

Os capítulos que compõem a tese versam a respeito dos seguintes assuntos: “Entre perguntas e respostas: Pressupostos do modelo”; “Perguntas existenciais e índice QUEST-STF: catalogando as decisões do STF”; “Ressignificando as decisões judiciais: Escalas decisórias”; “A Corte e seu comportamento decisório” e “Fidelidade, álibi e traição: perspectiva sobre o comportamento decisório institucional e individual do STF. (AVELINO, 2015, p. vi-vii)

O autor inicia suas conclusões com a frase “*Como decidem os juízes?*”. A partir do método utilizado pelo autor, ele demonstra que pode identificar algumas das possibilidades de respostas para a pergunta apresentada. Exemplo:

Quais inferências são passíveis de extração de dados quantitativos que revelam que, de 15 ações (ADI's), mesmo que classificadas como afetas a temas tributários, 09 (nove) foram indeferidas, 04 (quatro) deferidas, das quais 01 (uma) parcialmente, e 02 (duas) não foram conhecidas? Ressignificadas, porém, estas mesmas 15 decisões, extrai-se o resultado da decisão. Os casos a que este exemplo se refere, constantes do Anexo I, Escata T, são classificados como *Garantistas*, ou seja, decisões que, inobstante o seu resultado jurídico – (in)deferida ou não conhecida/prejudicada, apontam para a mesma direção: contrárias ao contribuinte. (AVELINO, 2015, p. 247)

A partir de cada uma das categorias definidas pelo título da tese, existe uma conclusão para os mesmos dados. A análise da Categoria Econômica apresenta para a hipótese sugerida

por *Traição* que “há uma predisposição comportamental da Corte em favorecer, em conflitos entre Estado e seus funcionários, o Estado Empregador.”, essa análise extrai-se dos resultados colhidos na categoria, que são os seguintes: “os 28 casos da Categoria Econômica, dos quais 09 (nove) foram indeferidos, 17 deferidos, sendo que 07 (sete) parcialmente, e 02 (dois) não conhecidos, uma vez ressignificadas as suas decisões, apresentam prevalência de comportamento *Liberal* (54%).” (AVELINO, 2015, p. 248)

Para a pergunta apresentada no início do capítulo das conclusões da tese, o autor apresenta a seguinte resposta:

o STF e seus julgadores, em casos envolvendo conflitos econômicos entre o Chefe do Poder Executivo e o seu quadro funcional (Categoria E, *estado empregador*), favorece as políticas restritivas de gastos, mas, contrariamente, em tentativas que envolvem outros poderes, tendem a resguardá-los destas mesmas políticas. (AVELINO, 2015, p. 248)

20 – Ativismo judicial religioso católico e a sua influência na atuação do Supremo Tribunal Federal

A tese intitulada “Ativismo judicial religioso católico e a sua influência na atuação do Supremo Tribunal Federal”, foi escrita por Sidney Guerra Reginaldo, e apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza (UNIFOR), em Fortaleza no ano de 2014.

O autor diferencia ativismo judicial de judicialização da política, para ele não se trata de judicialização da política pois diante da lentidão do legislativo, a forma utilizada para que os direitos fundamentais tenham maior garantia é a judicial. Afirma ele que: “a ascensão dos direitos humanos e o liberalismo fizeram com que o judiciário deixasse de lado alguns aspectos legais para tratar em suas decisões de aspectos sociais relevantes, além dos aspectos meramente legais.” (REGINALDO, 2014, p. ix)

Os capítulos que compõem a tese versam a respeito dos seguintes assuntos: “o ativismo judicial”; “o estado confessional brasileiro”; “a redemocratização política e o ativismo social da igreja católica” e “O ativismo judicial religioso e a discussão sobre o uso das Células-tronco”. (REGINALDO, 2014, p. xii-xiv)

A tese apresenta a problemática a respeito do ativismo judicial e do ativismo religioso, partindo do entendimento de que a Igreja Católica sempre esteve presente no âmbito administrativo do Estado, bem como, afirma que as relações entre e igreja e Estado não mudaram desde os tempos do descobrimento. (REGINALDO, 2014, p. 185-186)

Para o autor o STF enfrenta o desafio de não se deixar levar pela pressão do ativismo judicial religioso, e apesar de ainda existirem várias questões a serem decididas, como o caso do aborto, da ortonásia, da eutanásia, que vão de encontro ao dogma religioso, houve avanços no tocante a quebra desse paradigma nas ações referentes a células-tronco, casamento homoafetivo, divórcio e aborto anencefálico. (REGINALDO, 2014, p. 187)

Em relação à pesquisa empírica realizada na tese em questão, em que foram analisadas decisões com viés religioso, no período entre 2008 a 2013, o autor apresentou à seguinte conclusão:

Não se pode considerar que as instituições religiosas ou mesmo as associações que a ela se vinculam tenham atuações direta no STF. Conforme apontam os dados coletados, nos últimos cinco anos (...), poucas são as demandas promovidas pelas instituições religiosas por meio das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) ou das Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF). Observa-se que os agravos regimentais e os recursos extraordinários são os instrumentos processuais mais utilizados pelas instituições religiosas ou as associações que a ele se vinculam. Os dois instrumentos processuais perfazem 64,52% das provocações diretas no STF. (...) nos últimos cinco anos têm aumentado o número de decisões em processos que envolvem matéria de viés religioso. A pesquisa ainda mostra que na maioria das ações é dado provimento total ou parcial as demandas impetradas no STF que tenham no mérito viés religioso. (...). Conforme afere a pesquisa, os argumentos meritórios das igrejas, nas demandas no STF, são levados em consideração, principalmente, naquelas demandas em que se discute princípios religiosos (...) quando se tem um percentual de 48,39% em que a decisão prolatada leva em consideração a intervenção da instituição religiosa. (REGINALDO, 2014, p. 187-200)

22 – Diálogos Constitucionais? Análise da interpretação da Constituição, na dinâmica Congresso-STF, à luz de um pressuposto deliberativo

A tese intitulada “Diálogos Constitucionais? Análise da interpretação da Constituição, na dinâmica Congresso-STF, à luz de um pressuposto deliberativo”, foi escrita por Ramais de Castro Silveira, e apresentada ao Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, em Brasília no ano de 2016.

O autor realiza em sua tese uma pesquisa empírica a respeito do controle de constitucionalidade no Brasil, a partir desta pesquisa ele chegou à seguinte conclusão:

procedeu-se à verificação empírica do sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, concluindo que ele não é dialógico no que diz respeito à postura do Supremo Tribunal Federal em relação aos argumentos do Congresso Nacional; havendo diálogo, por outro lado, quando é atitude do legislativo que se está a considerar. (SILVEIRA, 2016, p.6)

Os capítulos que compõem a tese versam a respeito dos seguintes assuntos: “As preocupações com a soberania do judiciário”; “Decisão compartilhada? As teorias do diálogo constitucional como resposta à preocupação com a última palavra”; “Metodologia da pesquisa empírica” e “Sistema Brasileiro de Controle Concentrado de Constitucionalidade: dialógico?”. (SILVEIRA, 2016, p. 10-11)

A tese apresenta o argumento de que o debate entre STF e Congresso Nacional contribui para a democratização das decisões do órgão judicial. Para ele “é mais democrático que o STF considere os argumentos do Congresso Nacional do que não o faça, ainda que possamos defender normativamente a alocação da palavra final no legislativo. Apenas houve diálogo entre os órgãos em 23 acórdãos, 16,43% do total.” (SILVEIRA, 2016, p. 417-420)

31 – A vinculação nas decisões de Controle de Constitucionalidade e nas Súmulas Vinculantes: Uma análise crítica da atuação do Supremo Tribunal Federal

A tese intitulada “A vinculação nas decisões de Controle de Constitucionalidade e nas Súmulas Vinculantes: Uma análise crítica da atuação do Supremo Tribunal Federal”, foi escrita por Ana Beatriz Ferreira Rebello Presgrave, e apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco, em Recife no ano de 2013.

A questão central apresentada pela autora “é definir ‘o que’ vincula nas decisões de controle de constitucionalidade e nas súmulas vinculantes”, para tanto ela fez uma análise do sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, estudou sua evolução histórica, bem como, as possibilidades de decisões e sistema de votação, observando a partir destes aspectos a forma de decidir da Corte. (PRESGRAVE, 2013, p. 7)

Os capítulos que compõem a tese versam a respeito dos seguintes assuntos: “A evolução do direito nos séculos XX e XXI”; “O controle de constitucionalidade”; “O sistema brasileiro de controle”; “As possibilidades decisórias do STF”; “Análise comparada do controle de constitucionalidade” e “Novos aspectos da jurisdição constitucional: Interpretação pessoal e divergências doutrinárias”. (PRESGRAVE, 2013, p. 11-13)

De acordo com a análise da autora, ao utilizar como exemplo para a implementação do sistema de controle de constitucionalidade no país o exemplo alemão e o americano, foram incorporados ao sistema brasileiro as partes ruins dos dois sistemas, são elas:

1) a existência de incerteza jurídica e decisões conflitantes, dada a possibilidade de todo e qualquer juiz deixar de aplicar uma norma ou ato do Poder Público por considerá-lo contrário à Constituição, e 2) a criação de um órgão “super-poderoso”,

que se coloca acima dos demais poderes, imiscuindo-se em competências alheias às determinadas ao Supremo Tribunal Federal pelo constituinte originário. (PRESGRAVE, 2013, p. 216)

Apreende-se da conclusão dois posicionamentos que enfraquecem a Corte, são eles: falta de respeito por suas próprias decisões, não tendo respeito pelos precedentes; preferência nacional por soluções jurídicas artificiais, como o caso das súmulas vinculantes.

123 – A modulação dos efeitos dos julgados do Supremo Tribunal Federal na seara tributária: o substrato moral das decisões judiciais

A tese intitulada “A modulação dos efeitos dos julgados do Supremo Tribunal Federal na seara tributária: o substrato moral das decisões judiciais”, foi escrita por Hisashi Toyoda, e apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade de São Paulo, em São Paulo no ano de 2016.

A tese em questão possui como propósito:

analisar o teor das decisões do Supremo Tribunal Federal, nas quais foi aplicado o instituto da modulação dos efeitos de normas tributárias declaradas inconstitucionais, para verificar se foram observados os requisitos da devida motivação e da adequabilidade moral desses julgados em face da exigência fundamental da materialização do justo por meio da máxima efetividade dos direitos dos cidadãos contribuintes. (TOYODA, 2016, p. vi)

Os capítulos que compõem a tese tratam dos seguintes assuntos: “O *ethos* e a emergência de uma filosofia de valores baseada no pertencimento comunitário”; “A *virtus* romana: Razão prática e responsabilidade pessoal pelo bem estar comunitário”; “Modulação de efeitos temporais e a efetividade dos direitos do cidadão contribuinte: Um estudo de caso sobre as decisões do Supremo Tribunal Federal na seara tributária” e “Para além da justificação formal na aplicação da norma: o substrato moral da decisão judicial e seu compromisso ontológico com o cidadão. (TOYODA, 2016, p. viii-ix)

A pesquisa da tese foi realizada a partir do “levantamento das decisões declaratórias de inconstitucionalidade de normas tributárias que foram alvo de aplicação do instituto da modulação de efeitos temporais”. (TOYODA, 2016, p. vi)

A conclusão a que chegou o autor foi a seguinte:

A pesquisa demonstra que as decisões versando sobre a aplicação da modulação dos efeitos de declaração de inconstitucionalidade de normas tributárias tem sido feita pelos Magistrados do STF de maneira a favorecer o Fisco, pautando-se em uma visão

reducionista da Constituição, resultando em decisões injustas ainda que consideradas válidas formalmente. Mas sem uma fundamentação adequada, opta-se por soluções simplificadoras, de base consequencialista e evidente propósito de assegurar a praticabilidade tributária. Todavia, sem maior adensamento dos debates, o que ocorre é uma justificação insuficiente, baseada essencialmente em argumentos de política. (TOYODA, 2016, p. vi)

99 - Supremo Tribunal Federal e a concretização dos direitos fundamentais no sistema constitucional brasileiro

A tese intitulada “Supremo Tribunal Federal e a concretização dos direitos fundamentais no sistema constitucional brasileiro”, foi escrita por Luciano Felício Fuck, e apresentada ao Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em São Paulo no ano de 2014.

A tese em questão apresenta dois objetivos:

Por um lado, pretende identificar se o Supremo Tribunal Federal adota algum parâmetro condizente com os direitos fundamentais ao julgar questões constitucionais relativas ao sistema tributário. Nessa perspectiva, vários acórdãos do Supremo Tribunal Federal, proferidos na égide da CF/1988, são analisados com vistas a examinar se a Corte tem cumprido bem suas responsabilidades constitucionais. Por outro lado, sugere o Estado Fiscal como parâmetro adequado aos direitos fundamentais e ao sistema constitucional tributário, considerando sua preocupação tanto com a proteção dos contribuintes quanto com a existência de meios mínimos para o financiamento das atividades públicas. (FUCK, 2014, p. vi)

Os capítulos que compõem a tese versam sobre os seguintes assuntos: “Sistema constitucional tributário e direitos fundamentais”; “Estado fiscal na Constituição Federal de 1988”; “Reformas constitucionais tributárias e o Supremo Tribunal Federal” e “Exercício da competência tributária e o Supremo Tribunal Federal” e “Limitações constitucionais ao poder de tributar e o Supremo Tribunal Federal”. (FUCK, 2014, p. xiii-xvi)

A partir da pesquisa realizada o autor chegou a várias conclusões, sendo apresentadas aqui as que mais tem pertinência com o tema trabalhado na dissertação.

No tocante a atuação do STF nas decisões em que importam direitos tributários, esta Corte atua com cautela ao julgar atos normativos tributários como inconstitucionais, três emendas foram declaradas inconstitucionais por apresentar severa violação as cláusulas pétreas. No tocante as normas referentes a tributos, prestigiou a harmonização dos conflitos federativos entre os estaduais e municipais, sendo assim também no que tange a criação de novos impostos, vetou também a cobrança de taxas e tributos não vinculados, apresentando decisões judiciais que servem de aporte pedagógico ao Congresso Nacional, revelando uma preocupação com o

contribuinte. Em relação as imunidades subjetivas, apresenta amplitude em suas decisões, tendo uma postura mais restrita no tocante a exportação, amplia com cautela as possibilidades do poder de criar tributos e apresenta uma postura mais branda, pois refuta punições excessivas, tanto de caráter pecuniário quanto político. Em regra, o STF “tem mantido perfil extremamente institucional, procurando posições intermediárias e “soluções salomônicas” que privilegiam o Estado fiscal e a concretização dos direitos fundamentais”, outro fator apresentado é o fato de que existe uma “ausência de sistematização e de referenciais na jurisprudência do STF em matéria tributária – o que se revela na frequente oscilação de entendimentos e até uma relativa aleatoriedade das decisões”. (FUCK, 2014, p. 261-266)

87 - As Razões Ocultas do Supremo Tribunal Federal: um estudo sobre agenciamento de grupo na Corte

A tese intitulada “As Razões Ocultas do Supremo Tribunal Federal: um estudo sobre agenciamento de grupo na Corte”, foi escrita por Danilo dos Santos Almeida, e apresentada ao Pós-Graduação em Direito da Pontífice Universidade Católica do Rio de Janeiro, no Rio de Janeiro no ano de 2016.

O autor da tese em questão apresenta como hipótese desta “que por conta de suas decisões *seriatim*³⁹, o Supremo Tribunal Federal (STF) diminui sua enitatividade, o que torna suas razões para decidir difíceis de serem identificadas e limita a capacidade de uniformizar a jurisprudência nacional através de seus precedentes”. (ALMEIDA, 2016, p. v)

Os capítulos que compõem a tese versam sobre os seguintes assuntos: “Conceito de agenciamento de grupo”; “Agenciamento de grupo em cortes”; “Julgamentos de grupo no Supremo Tribunal Federal”; “Três modelos interpretativos das decisões do Supremo Tribunal Federal” e “Entitatividade e percepção do agenciamento de grupos nas cortes”. (ALMEIDA, 2016, p. ix-x)

Das conclusões apresentadas pelo autor destaca-se as seguintes:

Apresentar suas razões para decidir são um ponto central do trabalho das cortes; principalmente de cortes superiores, por conta da força normativa dos precedentes. Porém, as regras, explícitas e implícitas, de formação e publicação da decisão da corte garantem a publicação frequente de votos individuais. A prática de publicar decisões *seriatim* pode gerar incertezas sobre como identificar as razões para decidir da corte

³⁹ No caso de cortes, a expressão de seus julgamentos coletivos pode variar de acordo com o grau de liberdade que elas permitem a seus membros. Elas podem publicar uma decisão única, restringindo a publicidade do processo deliberativo (*per curiam*) ou, ao invés de uma opinião coletiva da corte, podem publicar o conjunto de votos individuais de seus membros (*seriatim*). (ALMEIDA, 2016, p. 5)

em um determinado caso. Ou seja, há um conflito entre a prática de publicação de votos individuais no STF e a sua capacidade de ação colegial. Um ponto central desta tese dizia respeito a isso: a identificação e a análise do chamado problema da demarcação dos julgamentos coletivos na corte. Como o STF não identifica claramente, em seus acórdãos, qual é a fundamentação de suas decisões, não há como distinguir sem ambiguidade as razões endossadas por cada ministro individualmente das razões aceitas por eles conjuntamente como as razões da corte. Em casos em que há a ocorrência de dispersão de fundamentos, é possível verificar que diferentes chaves interpretativas podem suportar diferentes atribuições de juízos coletivos à corte. Essa dificuldade, batizada de problema da demarcação dos julgamentos coletivos da corte, tem repercussões normativas importantes. As exigências do novo Código de Processo Civil quanto à fundamentação de decisões judiciais tornam essa limitação do STF um problema jurídico concreto. Ao não apontar de forma clara como interpretar suas próprias decisões, a corte está sujeita a alegações de violação do art. 489 do Código. (ALMEIDA, 2016, p. 143-144)

41 - Ecos do silêncio: liberdade de expressão e reflexos da censura no Brasil pós-abertura democrática

A tese intitulada “Ecos do silêncio: liberdade de expressão e reflexos da censura no Brasil pós-abertura democrática”, foi escrita por Ivan Paganotti, e apresenta ao Programa de Pós-graduação em Ciências da Comunicação da Universidade de São Paulo, em São Paulo no ano de 2015.

A tese em questão traz como objetivo

A pesquisa avalia as transformações nas instâncias de controle da liberdade de expressão após a redemocratização brasileira e o veto constitucional à censura, em 1988. Esse reposicionamento do controle estatal reforça a persistente preponderância da proteção a interesses privados, fora do escrutínio público, que resiste à regulação pública. Com o bloqueio das propostas no legislativo (em simbiose com produtores midiáticos), restou o apelo ao judiciário nos casos que demandam controle comunicativo em conflitos inerentes às novas liberdades conquistadas com a abertura. Assim, um debate político é reduzido e canalizado ao embate legal, o que deixa o público privado da sua influência sobre a delimitação da liberdade de expressão devido ao caráter hermético das discussões judiciárias – e um processo em que o público se posiciona não como agente, mas como plateia dos debates feitos em seu nome. (PAGANOTTI, 2015, p. 112)

Os capítulos da tese versam a respeito dos seguintes assuntos: “Cortes: teoria e método”; “Instâncias: da Corte portuguesa à redemocratização”; “Análise: debates legais na Corte do STF” e “Harmonia e Dissonância”. (PAGANOTTI, 2015, p. xvii-xix)

Os resultados apresentados pela tese foram os seguintes:

A proposta da classificação sistêmica dos debates no STF aponta preponderância de argumentos liberais contrários ao controle do Estado, mas uma ponderação mais conservadora na colisão de direitos entre indivíduos. A análise evidencia disputas sobre o contraste ou continuidade de práticas autoritárias do passado nos novos tempos democráticos, além de dissenso sobre os significados e limites do que se

entende como censura e sua problemática harmonização ou dissonância com uma estrutura legal que, explicitamente, veta esse cerceamento, mas mantém brechas legais que permitem esse controle. (PAGANOTTI, 2015, p. 112)

44 – Razão pública e poder judiciário: uma análise pragmático-normativa da estrutura e atuação do poder judiciário brasileiro

A tese intitulada “Razão pública e poder judiciário: uma análise pragmático-normativa da estrutura e atuação do poder judiciário brasileiro”, foi escrita por Bruno Camilloto Arantes, e apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, em Belo Horizonte no ano de 2015.

A pesquisa da tese em questão “analisou a estrutura e a atuação do Poder Judiciário dentro dos contornos normativos estabelecidos pela Constituição brasileira de 1988”. (ARANTES, 2015, p. ix)

Os capítulos que compõem a tese em questão, versam a respeito dos seguintes assuntos: “Razão pública e direito: um marco para a democracia”; “Pragmatismo normativo: racionalidade, justificação e legitimidade” e “Poder judiciário e razão pública”. (ARANTES, 2015, p. xi-xii)

A conclusão a que chegou o autor em relação a atuação do Poder Judiciário, foi a seguinte:

a presente tese analisou dois casos julgados pelo STF. No primeiro caso, Ação Penal n. 470 (BRASIL, 2007), verificou-se que a decisão que admitiu os embargos infringentes foi fundamentada no Regime Interno do STF oriundo da ordem constitucional de 1969 em detrimento da aplicação da lei ordinária 8.038/90 que regula as ações de competência originária. No segundo caso, foram analisadas decisões conflituosas sobre a competência originária do STF por interesse da magistratura nacional. Como conclusão, a pesquisa sustenta que o STF não decidiu corretamente naqueles casos demonstrando que sua atuação não pode ser considerada como caso exemplar de razão pública. (ARANTES, 2015, p. ix)

48 – A negociação coletiva do trabalho como um direito fundamental social do servidor público em decorrência do caráter dirigente da constituição de 1988 e das convenções 151 e 154 da OIT

A tese intitulada “A negociação coletiva do trabalho como um direito fundamental social do servidor público em decorrência do caráter dirigente da constituição de 1988 e das convenções 151 e 154 da OIT”, foi escrita por Luiz Alberto Pereira Ribeiro, apresentada ao

Programa de Pós-Graduação em Direito, área de concentração: Direito Econômico e Desenvolvimento, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, em Curitiba no ano de 2017.

O problema principal, analisado pela tese em questão, foi o seguinte:

em que medida a ausência de norma constitucional explícita sobre a Negociação Coletiva do Trabalho (constituindo, junto com o Direito à Liberdade Sindical e o Direito de Greve, o Direito Coletivo do Trabalho) se constitui em violação ao direito fundamental social dos servidores públicos. Dentro desse contexto, o objetivo da presente tese foi demonstrar que a Negociação Coletiva do Trabalho é um direito fundamental social de todo trabalhador cidadão, inclusive do servidor público, a partir da análise da Constituição de 1988 (caráter dirigente) e dos tratados internacionais da OIT, de aplicação imediata, independentemente de regulação. (RIBEIRO, 2017, p. 224)

Os capítulos que compõem a tese em questão, versam a respeito dos seguintes assuntos: “Sindicalismo no mundo do trabalho”; “Os conflitos coletivos, diálogo social e negociação coletiva do trabalho como um direito humano fundamental” e “Direito fundamental social: a negociação coletiva do trabalho do servidor público”. (RIBEIRO, 2017, p. xiii-xv)

Dentre as conclusões apresentadas pelo autor, destaca-se as seguintes:

a decisão do STF que declarou a inconstitucionalidade (ADIn 492) da alínea “d” do art. 240 da Lei 8.112/1990 não se coaduna com a melhor interpretação constitucional. Pondera-se ser perfeitamente possível reconhecer a constitucionalidade do referido dispositivo e estabelecer limites ou requisitos para o exercício do direito à negociação coletiva em relação ao servidor público. Como exemplo, no caso de acordo coletivo firmado com o objetivo de reajuste salarial dos servidores públicos pode e deve a Administração Pública encaminhar ao órgão legislativo competente para a devida apreciação e aprovação. (RIBEIRO, 2017, p. 226)

64 – Para ser digno há que ser livre: Reconhecimento jurídico da conjugalidade entre pessoas do mesmo sexo no Brasil

A tese intitulada “Para ser digno há que ser livre: Reconhecimento jurídico da conjugalidade entre pessoas do mesmo sexo no Brasil”, foi escrita por Claudia Regina Nighnig, e apresentada ao Programa de Pós-graduação Interdisciplinar em Ciências Humanas (PPGICH) da Universidade Federal de Santa Catarina, em Florianópolis no ano de 2013.

O objetivo da tese em questão é “perceber como o Judiciário brasileiro tem produzido o reconhecimento das relações de conjugabilidade entre pessoas do mesmo sexo.” (NICHNIG, 2013, p. xix)

Os capítulos da tese em questão versam a respeito das seguintes discussões: “Construindo o objeto: modos de fazer uma pesquisa interdisciplinar no campo dos estudos de

gênero”; “Conjugalidade e família no Brasil contemporâneo”; “Conjugalidade, família e casamento: práticas sociais e jurídicas”; “O campo jurídico como estratégia de reconhecimento das conjugalidades entre pessoas do mesmo sexo”; “O judiciário e a questão da prova: Estratégias de reconhecimento” e “Família, gênero, sexualidade, homossexualidade no Supremo Tribunal”. (NICHNIG, 2013, p. xxv-xxvii)

Dentre as conclusões apresentadas pela autora, destaca-se as seguintes:

Realmente novas decisões se sucederam à decisão considerada histórica, de maio de 2011. Foi o Poder Judiciário que reconheceu o direito ao casamento entre pessoas do mesmo sexo, através da decisão do Conselho Nacional de Justiça, de 14 de maio de 2013, que proíbe a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo. (...) Observamos que no caso estudado houve “judicialização das relações sociais” através da busca do judiciário para o reconhecimento dos laços afetivo-conjugais. Também percebemos uma “judicialização da política” diante de uma visível interferência do Poder Judiciário no campo político em defesa dos direitos LGBTTT, tendo em vista a inércia e inoperância do Poder Legislativo no Brasil. (...) O que pode demonstrar aqui confirmou a previsão feita por Luiz Mello em sua tese de doutorado, defendida em agosto de 1999, de que o Judiciário seria o local privilegiado para os avanços em Direitos Humanos do segmento LGBTTT no Brasil, o qual “normatizará o amparo legal às relações entre pessoas do mesmo sexo”. (NICHNIG, 2013, p. 263-268)

65 – ONHEMOIRÕ: O judiciário frente aos Direitos Indígenas

A tese intitulada “ONHEMOIRÕ: O judiciário frente aos Direitos Indígenas”, foi escrita por Erika Macedo Moreira, e apresentada ao Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, em Brasília no ano de 2014.

A pesquisa apresentada na tese em questão versa a respeito da busca em traduzir

a partir de uma dimensão empírica e interdisciplinar, a postura que o judiciário tem assumido diante dos direitos dos Povos Indígenas, considerando os 25 anos de mudança de paradigma na relação entre Estado e Povos Indígenas, inaugurada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88) (MOREIRA, 2014, p. vii)

Os capítulos da tese em questão versam a respeito dos seguintes assuntos: “Invenção de um modelo: invasão e colonialidade na formação político territorial do Brasil”; “Transição histórica: o judiciário diante dos direitos indígenas”; “A consolidação do modelo conservador de interpretação frente a ruptura paradigmática da CF/88”, “Da aldeia ao fórum: problemas de índio no judiciário do Cone do Sul do Mato Grosso do Sul” e “A guisa da conclusão”. (MOREIRA, 2014, p. ix-x)

Das conclusões apresentadas pela autora, destaca-se as seguintes:

Só tem sentido pensar o crescente processo de judicialização, através do aumento expressivo das ações judiciais, quanto este fortalece a democratização do judiciário, garantido com ampla participação dos atores jurídicos e sociais (magistrados, defensores, promotores e partes envolvidas) e imposição de limites às reformas de mercado do judiciário (que busca concentrar o poder nas mãos do juiz espectador, não participativo da ação, pautado na produtividade, na padronização de decisões e imposição de acordos, como se fosse mediação de conflito). “Nada” significa o aumento das ações judiciais quando estas em sua maioria são julgadas improcedentes em função de algum requisito formal, ou mesmo permanecem sem discussão e julgamento. Quando observamos a estrutura de funcionamento, especialmente das varas da justiça estadual, percebemos o distanciamento entre a vigência e a efetividade do conjunto de normas e princípios da CF/88 e do direito internacional, como a Convenção 169/OIT e a Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos Povos Indígenas. Os problemas dos Povos Indígenas acabam diluídos na estrutura do judiciário local do cone sul Mato Grosso do Sul, que lida com todo tipo de ação, e não desenvolve um tratamento diferenciado aos indígenas e suas demandas por justiça. (...) pela análise das decisões, a reprodução das mesmas teses, mesmos paradigmas e normas de direito, como se fosse uma “norma-fundamental” estabelecida pela interpretação de uma decisão anterior que passa a nortear as demais na concepção de “bem comum”. Assim o judiciário brasileiro mantém-se atrelado aos paradigmas do tempo passado, mesmo com a mudança paradigmática inaugurada pela CF/88, mediante o modelo de interpretação ultrapassado e desconectado dos paradigmas atuais que norteiam a relação e a construção de políticas públicas entre os Povos Indígenas e o Estado, especialmente pensando as formas de acesso à justiça e o papel do judiciário. (MOREIRA, 2014, p. 237)

78 – Imagens da Imparcialidade: entre o discurso constitucional e a prática judicial.

A tese intitulada “Imagens da Imparcialidade: entre o discurso constitucional e a prática judicial”, foi escrita por Alexandre Douglas Zaidan de Carvalho, e apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Brasília, em Brasília no ano de 2016.

A indagação da tese em questão versa a respeito

da imparcialidade judicial semântica de legitimação das respostas no direito. (...). Argumenta-se que o trânsito da ideia de imparcialidade foi mediado pela ativa mobilização corporativa dos membros da magistratura. Por meio da análise empírica do debate sobre o Poder Judiciário no processo constituinte de 1987-1988 e das decisões do STF nos julgamentos das arguições de suspeição e impedimento, observou-se que a instrumentalização das garantias constitucionais do exercício independente da jurisdição tem bloqueado a confiança na atuação imparcial do Judiciário. (CARVALHO, 2016, p. 8)

Os capítulos da tese em questão versam a respeito dos seguintes assuntos: “A imparcialidade judicial: a história de um conceito”; “Á procura de uma imagem: a construção da imparcialidade judicial pelo discurso constitucional no Brasil”; “Desenhando a própria imagem: os juízes e os juristas no debate sobre o Judiciário na Assembleia Nacional

Constituinte (1987-1988)”; “Mapeando uma imagem: a imparcialidade nos julgados do STF”; “A reconstituição de um mosaico: as condições do juízo imparcial” e “Um quadro desfigurado: a seletiva imparcialidade judicial no Brasil”. (CARVALHO, 2016, p. 11)

Dentre as conclusões apresentadas pelo autor, destaca-se as seguintes:

Vista em retrospectiva, toda a atenção que foi dada à história do conceito da imparcialidade demonstra uma dupla contradição da compreensão dominante sobre o juízo realizado pelo STF na nossa experiência constitucional. (...) Se examinados com cuidado os fragmentos da trajetória descontínua do STF no contexto mais abrangente das relações entre os poderes, a percepção mais aproximada de sua atividade indica que a função da Corte tem sido definida segundo as contingências de manutenção da ordem institucional no regime presidencialista. Esta perspectiva afasta a validade das explicações do Tribunal como instância de aplicação imparcial do direito, segundo a avaliação do que os ministros compreendam ser juridicamente adequado à Constituição. Aqui é preciso deixar clara a compreensão do papel do Supremo como agente e garante da governabilidade e não como oráculo da reserva de justiça. O que tem um profundo impacto na forma de observar a atuação dos ministros e das redes discursivas que constituem o processo interno de decisão. (...) A diluição da fronteira que separa o Judiciário como instituição responsável por julgar conforme o direito; e a magistratura enquanto classe profissional politicamente organizada em torno dos próprios interesses corporativos, tem potencial efeito destrutivo sobre a imagem da imparcialidade indispensável à atividade judicial. A situação parece ainda mais grave quando a pressão por seleção de decisões jurídicas é exercida desde a comunicação produzida pelas associações de juízes, de profissionais das carreiras jurídicas e do serviço público, cuja proximidade à estrutura burocrática estatal facilita a mobilização do sistema segundo àqueles interesses. (CARVALHO, 2016, p. 289-292)

86 - Supremo Tribunal Federal e Princípio da Dignidade: análise pitanêutica da construção metafórica de signos jurídicos

A tese intitulada “Supremo Tribunal Federal e Princípio da Dignidade: análise pitanêutica da construção metafórica de signos jurídicos”, foi escrita por João Claudio Carneiro de Carvalho, e apresentada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco, em Recife, no ano de 2012.

O objetivo principal da tese em questão

“é investigar a importância das metáforas na construção, destruição e reconstrução do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana (PDPH). Por meio da Pitaneutica (metódica), a tese apresentou um modelo próprio de desconstrução das decisões judiciais proferidas pelo STF em sede de controle abstrato de constitucionalidade. (CARVALHO, 2012, p. vi)

Os capítulos que compõem a tese versam a respeito dos seguintes assuntos: “O problema da linguagem da filosofia da linguagem: significante, significado e contexto na formação do signo jurídico e na construção do sentido”; “A metáfora na construção do signo e

para superar o problema da imanência da língua: como as figuras são utilizadas na linguagem jurídica para expressar o direito”; “A *cognitive turn* e a linguagem: metáforas não apenas expressam o direito, elas ajudam na percepção do fenômeno jurídico”; “Metódica pitanêutica em decisões do Supremo Tribunal Federal sobre dignidade humana: para provar o poder das metafóricas na construção do signo jurídico”; “A construção do *corpus* de pesquisa e a pitanêutica da construção metafórica do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana; “Da agenda de trabalho para a retórica pitanêutica até à construção do princípio da dignidade humana por metáforas de personificação, ontológicas e de orientação” e “A criação metafórica do princípio da dignidade para a ordem brasileira e o problema da influência do signo no Direito”. (CARVALHO, 2012, p. ix-xiii)

Dentre as conclusões apresentadas pelo autor, destaca-se as seguintes:

A decisão exarada em controle abstrato possui efeito erga omnes. Dando o devido tratamento linguístico a essa informação, significa dizer que o signo “dignidade humana” construído pelo utente “Supremo Tribunal Federal” repercutirá em outros utentes componentes do sistema jurídico-comunicacional, influenciando-os. (...) O trabalho observou que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é construído metaforicamente. Dependendo do contexto, ele é associado à liberdade de expressão (ADPF 130), ao progresso tecnológico das ciências (ADI 3510), à felicidade nas relações homoafetivas (ADPF 132) ou até cuida de assegurar tratamento diferenciando entre pessoas (ADI 2649). Em cada uma dessas decisões, a menção ao princípio da dignidade é feita metaforicamente, associando-o às metáforas ontológicas, de recipiente, de personificação, de orientação, de edifício, como planta que possui frutos, dentre outras tantas. O multuso metafórico do princípio não é diversificado apenas quando se comparam essas decisões; mesmo dentro de cada julgamento, e até dentro do voto do mesmo Ministro, a “dignidade da pessoa humana” não é uma expressão construída com compromisso de convergência semântica. Ao contrário, seus sentidos são divergentes. Os usos são variados, plurais e isso contribui para o esvaziamento semântico desse princípio. (...) Nenhuma das petições iniciais, nem os votos dos Ministros, enfrentaram o problema da interpretação do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. A vagueza, a porosidade e a ambiguidade são características marcantes desse princípio constitucional. (CARVALHO, 2012, p. 267-282)

CRITÉRIO 2

23 – A judicialização da política no Brasil: análise das decisões do TSE e do STF sobre verticalização das coligações e fidelidade partidária

A tese intitulada “A judicialização da política no Brasil: análise das decisões do TSE e do STF sobre verticalização das coligações e fidelidade partidária”, foi escrita por Amandino

Teixeira Nunes Júnior, e apresentada ao Instituto de Ciência Política da Universidade de Brasília, no ano de 2014.

O autor apresentou na tese em questão a discussão a respeito da atuação do Tribunal Superior Eleitoral – TSE e do Supremo Tribunal Federal – STF, no tocante as reformas políticas eleitorais praticadas a partir de 2002, analisando duas mudanças no processo eleitoral que foram implementadas pelas Cortes, a verticalização das coligações e a fidelidade partidária.

O TSE, por meio de resolução modificou a forma como ocorriam as coligações, estabelecendo a partir da Resolução nº 20.993/2002, os partidos, no tocante as coligações estaduais, deveriam seguir as alianças estabelecidas nas eleições para Presidente da República, em relação a fidelidade partidária, utilizando-se novamente de resolução, a Corte definiu por meio do documento nº 26.410/2007, a perda do cargo eletivo em face da injustificada desfiliação partidária. O STF confirmou o entendimento estabelecido pela Corte Eleitoral. (NUNES JÚNIOR, 2014, p. 121-122)

O termo utilizado pelo autor para estes atos é “judicialização da política”, a tese apresentou duas hipóteses para este fenômeno. A primeira afirma ser a judicialização da política “resultado do crescente aumento de demandas sobre questões de natureza política”, e a segunda afirma que “é o resultado da omissão do Congresso Nacional quanto a produção legislativa sobre questões de natureza política”. (NUNES JÚNIOR, 2014, p. 120)

As hipóteses foram testadas a partir da análise dos estudos de casos referente a verticalização das coligações e da fidelidade partidária. No tocante a primeira hipótese, o autor concluiu que as decisões referentes a esses temas não decorreram do crescimento das demandas de natureza política. Em relação a segunda hipótese, o autor apresentou duas conclusões, afirmando que a judicialização da política ocorre não porque o Congresso não atua de forma a iniciar legislativamente a discussão desses temas no âmbito da referida Casa, mas por conta do movimento de inação desta em relação à transformação dessas proposições em normas jurídicas. (NUNES JÚNIOR, 2014, p. 122-123)

Conclui o autor que nos dois casos as Cortes ultrapassaram os limites impostos pela Constituição vigente, “atuando de forma voluntarista e ultrapassando os parâmetros constitucionais da atividade jurisdicional para estabelecer regras novas de direito”. (NUNES JÚNIOR, 2014, p. 124)

Aponta a pesquisa que após a Constituição de 1988 o Judiciário foi dotado da possibilidade de ter uma atuação mais ativa, no tocante as questões políticas, tendo atuado em outras questões exercendo papel legiferante, como é o caso da

fixação do número de Vereadores (2004), a criação da cláusula de barreira (2006), a fidelidade partidária e a distribuição do fundo partidário (2007), a prestação de contas eleitorais (2008), a vigência da “Lei da Ficha Limpa” (2010) e as doações de campanhas por pessoas jurídicas (...). Dessa forma, não é redundante afirmar que o Legislativo vem, ao longo de todos esses anos, convivendo com o exercício da função legislativa pelo Judiciário, através da tomada de decisões que impactam diretamente sobre as normas eleitorais e partidárias no Brasil. Tem-se observado, no Brasil, pode-se dizer, a reforma política por vias judiciais; a reforma política sem políticos. (NUNES JÚNIOR, 2014, p. 128)

A pesquisa afirma que o Legislativo ao longo desses anos, convive com o exercício da função legislativa exercida pelo Judiciário, podendo ser observado no Brasil “a reforma política pelas vias judiciais; a reforma política sem políticos”, para o autor a forma como a regulação espaço político está sendo realizada pelas Cortes cria uma espécie de “legislação judiciária”, sendo um dos principais desafios a ser enfrentado pelo modelo de governo eleitoral do país. (NUNES JÚNIOR, 2014, p. 130)

24 – O Julgamento da Ação Penal 470 (o caso Mensalão) e os Novos Vetores de uma concepção Jurídico-Pragmática inaugurados pelo STF

A tese intitulada “O Julgamento da Ação Penal 470 (o caso Mensalão) e os Novos Vetores de uma concepção Jurídico-Pragmática inaugurados pelo STF”, foi escrita por Denise Leal Fontes Albano, e apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco, em Recife no ano de 2015.

A autora, na tese em questão, traz uma análise do Acórdão preferido na Ação Penal 470, o professo que foi intitulado como “Mensalão”. Tendo como objetivo:

Objetivou-se identificar nos votos dos Ministros em que medida as aproximações teóricas e os métodos utilizados encontraram apoio no pragmatismo jurídico. As complexidades envolvidas no discurso adotado no Acórdão permitem examinar em que limite e sob quais condições existe um liame entre as construções retórico-argumentativas e eventuais inclinações sociais e ético-políticas, relacionando-as aos postulados do pragmatismo jurídico. À luz dessa abordagem, pretende-se desvelar uma nova arquitetura teórico-argumentativa forjada pelo STF no aludido julgamento. (ALBANO, 2015, p.10)

Os capítulos da tese em questão apresentam os seguintes assuntos: “Corrupção do poder, impunidade e democracia no Brasil”; “A (re)construção do saber jurídico-penal sobre corrupção na perspectiva jurídico-pragmática a partir do julgamento da Ação Penal 470”; “O julgamento da ação penal 470 (o caso mensalão) e os novos vetores de uma concepção jurídico-pragmático inaugurados pelo STF” e “O acórdão da ação penal 470 como precedente judicial:

por uma jurisprudência balizadora do discurso punitivo dos crimes de corrupção”. (ALBANO, 2015, p. 8-9)

A conclusão apresentada pela autora aponta que antes do julgamento da ação do “mensalão”, não existia uma coerência entre os textos normativos da esfera penal e as práticas das agências de controle, desse âmbito, no trato das práticas de corrupção, o existindo ainda no país “uma dogmática penal ainda vinculada a métodos interpretativos de custosa operacionalidade e aprisionada em concepções e vertentes teóricas que se revelam débeis e erráticas quando confrontadas com a questão da criminalidade do poder. (ALBANO, 2015, p. 202)

A partir da análise dos votos constantes na ação, depreende-se dos argumentos apresentados pela autora, que nasce uma nova forma de apurar e julgar as práticas da corrupção no país. Nas palavras da autora:

um novo marco no campo da interpretação, argumentação e decisão afetas aos chamados crimes funcionais no Brasil. (...) Ali, sem dúvida, foi desvelada uma nova arquitetura teórico-argumentativa forjada pelo STF sobre a corrupção e outras formas de expressão da criminalidade do poder político e econômico. (ALBANO, 2015, p. 201-202)

26 - Pretores Estratégicos: Por que o Judiciário decide a favor do Executivo e contra suas próprias decisões? Análise empírica dos Pedidos de Suspensão apresentados ao STF (1993-2012)

A tese intitulada “Pretores Estratégicos: Por que o Judiciário decide a favor do Executivo e contra suas próprias decisões? Análise empírica dos Pedidos de Suspensão apresentados ao STF (1993-2012)”, de autoria de José Mário Wanderley Gomes Neto, foi apresentada no Programa de Pós-Graduação em Ciência Política na Universidade Federal de Pernambuco, em 2015 no Recife. Traz em seu bojo o seguinte questionamento: “Por que o Judiciário decidiria a favor do Executivo e contra as suas próprias decisões?” (GOMES NETO, 2015, p. x)

De acordo com o autor por meio do mecanismo intitulado pedido de suspensão, o Poder Executivo impetra, nos diversos níveis federativos, pedidos que visam a suspensão dos efeitos concretos de uma decisão judicial. O chefe do Poder Executivo de cada esfera pode fazer tal pedido para o Presidente de um Tribunal, desde que este seja de maior hierarquia do grau que proferiu a decisão. (GOMES NETO, 2015, p. x)

A pesquisa analisou o quantitativo de 319 (trezentos e dezenove) pedidos de suspensão feitos ao STF no período entre 1993-2012. O autor chegou à conclusão de que no tocante a possibilidade de sucesso com relação ao Pedido de Suspensão, o qual denominou PS, sofre influência a origem do pedido, nas palavras do autor

Por sua vez, os resultados relacionados ao partido político que indicou cada Ministro, que, durante o período analisado, veio a se tornar Presidente do STF, demonstram que a identidade partidária ou orientação ideológica (*modelo explicativo atitudinal*) importa, quando está sob questionamento a probabilidade de sucesso nos PS. (GOMES NETO, 2015, p. 87)

Outro dado apresentado na pesquisa foram os fatores relacionados a condição econômica vivenciada pelo país à época do PS, chegando a conclusão de que o fator estabilidade macroeconômica influencia na possibilidade de se ter uma decisão favorável ou não, ao pedido de suspensão, sendo que os Ministros Presidentes possuem uma postura pragmática (*estratégica*) e levam em consideração, na hora de decidirem, quais as consequências que tais decisões podem ter a nível institucional, governamental e na estabilidade política ou econômica. (GOMES NETO, 2015, p. 89)

33 - Política, discurso e ditadura: o Supremo Tribunal Federal nos julgamentos dos recursos ordinários criminais (1964-1970)

A tese intitulada “Política, discurso e ditadura: o Supremo Tribunal Federal nos julgamentos dos recursos ordinários criminais (1964-1970)” de autoria de Mateus Gamba Torres, foi apresentada no Programa de Pós-Graduação em História da Universidade do Rio Grande do Sul, em Porto Alegre no ano de 2014.

A tese analisou as decisões dos recursos ordinários criminais julgados pela Corte no período entre 1964 e 1970, o objetivo foi analisar o discurso de imparcialidade e autonomia que era sustentado pelo órgão naquele momento.

O autor apresenta a conclusão de que o STF legitimou o golpe, em nenhum momento questionou a legalidade do regime implantado, agindo da mesma forma no que concerne aos Atos Institucionais implementados, colocando-se como intérprete destes, mesmo antes das mudanças implementadas pelo A12 que aumentou o número de Ministros no órgão, sendo introduzido neste 05 (cinco) Ministros ligados política e ideologicamente ao golpe, apenas após a Constituição de 1967, os Ministros tomaram decisões contrárias ao Poder Executivo, período em que Ministros foram cassados. (TORRES, 2014, p. 202-203)

A análise apresentada pelo autor demonstrou que nas decisões dos Ministros fica clara o apoio ao golpe militar, por meio dos argumentos políticos que estavam presentes nas decisões, sendo utilizado um vocabulário que era utilizado pelo Poder Executivo, fugindo do discurso neutro que deve estar presente no debate jurídico. Palavras como “*desordem, subversão, comunista e revolução gloriosa*”, presentes no vocabulário das repressões políticas realizadas pelo regime, eram utilizadas pelos Ministros em suas decisões, chegando o autor a conclusão de que o discurso de autonomia e imparcialidade da Corte só se realizava nas decisões políticas aplicadas pelo regime. (TORRES, 2014, p. 204-207)

39 – Corrupção, Governança e Governabilidade: um estudo dos julgamentos do Collorgate e do Mensalão no Supremo Tribunal Federal

A tese intitulada “Corrupção, Governança e Governabilidade: um estudo dos julgamentos do Collorgate e do Mensalão no Supremo Tribunal Federal”, foi escrita por Larissa Maria Melo Ambrozio de Assis, e apresentada ao Programa de Pós-Graduação de Direito da Universidade de Brasília, no ano de 2017.

A autora realizou uma pesquisa empírica qualitativa, tendo como base dois casos em que o STF interferiu no funcionamento do Governo Federal, o caso Collorgate e o Mensalão. O objetivo da pesquisa foi verificar “como os julgamentos do STF refletem razões de decidir externas ao direito, em que pese a não estarem explícitas nas motivações dos votos”, levando em consideração o que o STF entende por trocas políticas legítimas e se esta Corte decide de forma casuísta, em prol da manutenção da governabilidade ou do gerenciamento da forma de governança do país. (ASSIS, 2017, p. 6)

A pesquisa realizada na tese em questão concluiu que a Corte Suprema leva em consideração a manutenção da governabilidade e da governança ao julgar os casos de corrupção no tocante a decisões que tem em voga concessão de privilégios aos acusados, concluiu-se também que a Corte entende a troca política brasileira pelo dom⁴⁰ como espaço legítimo de política, existindo um espaço considerado sagrado que não pode ser trocado, os espaços em que

⁴⁰ A troca política nos coloca diante do segundo eixo para o nosso problema de pesquisa: os casos de corrupção retratados demonstram tentativas de ruptura com uma forma de fazer políticas que chamaremos de troca pelo dom, apensar de esse termo representar diversas formas de fazer política. (...) A troca política pelo dom, como veremos, envolve tanto prestígio como um espaço de submissão pelos laços e pelas obrigações por que são gerados. Dentro desse espaço que a política favoreceria – dentro de suas limitações – há maior controle de parcialidades que prejudicam a manutenção dos interesses públicos” (ASSIS, 2017, p. 20)

ocorre trocas puramente mercantilistas, seriam espaços de trocas consideradas corruptas. (ASSIS, 2017, p. 6; 20)

42 – Suprema (In)Dependência: Mecanismos da Relação entre Governo e o Supremo Tribunal Federal

A tese intitulada “Suprema (In)Dependência: Mecanismos da Relação entre Governo e o Supremo Tribunal Federal”, foi escrita por Sandro Luís Tomás Ballandre Romanelli, e apresentada no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, em Curitiba no ano de 2016.

A pesquisa apresentada na tese em questão ressalta a relevância que ganhou o STF após a Constituição de 1988, o que trouxe para o órgão uma maior exposição midiática e consequente repercussão das decisões que impactam a vida política. Um dos objetivos da tese é apresentar, via pesquisa empírica, com a coleta de dados em decisões do STF o controle de constitucionalidade nos governos de Fernando Henrique Cardoso (FHC, 1995-2002) e Luís Inácio Lula da Silva (Lula, 2003-2010). (ROMANELLI, 2017, p. ix)

O autor parte das seguintes indagações (2017, p. IX): “qual é a influência efetiva do governo sobre o processo decisório? O STF veta decisões dos atores políticos indistintamente ou suporta as decisões das coalizões de governo? A popularidade do governo guarda alguma relação com o controle abstrato de constitucionalidade?”

As hipóteses trabalhadas na tese foram as seguintes:

- 1) ministros nomeados por determinado presidente são levados a dar suporte ao primeiro e a se opor a políticas capitaneadas por um sucessor de outra corrente política; 2) independentemente de governo, cortes constitucionais teriam tendência a dar suporte às preferências da atual coalizão de governo; 3) cortes constitucionais tendem a contrariar a vontade dos governos quando estes passam por um momento de baixa popularidade. (ROMANELLI, 2017, p. ix)

Na conclusão apresentada pelo autor observou-se que a primeira hipótese foi refutada, tendo a segunda e a terceira sido refutadas parcialmente, chegando a concluir que a tendência dos Ministros é decidir levando em conta os interesses dos governos, ou seja, decidem de forma favorável aos interesses do governo, independente de quem os tenha nomeado, e em momentos de baixa popularidade de governo o STF age de forma estratégica para atuar de forma mais independente. (ROMANELLI, 2017, p. ix)

46 – Por detrás dos Julgamentos Históricos do Supremo Tribunal Federal – Direito, Justiça e Políticas nas Ações de *Habeas Corpus*, entre 1892 e 1947

A tese intitulada “Por detrás dos Julgamentos Históricos do Supremo Tribunal Federal – Direito, Justiça e Políticas nas Ações de *Habeas Corpus*, entre 1892 e 1947”, é de autoria de Fernando Luiz de Araújo Monteiro, e foi apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá, no Rio de Janeiro, no ano de 2015.

A pesquisa analisou 29 (vinte e nove) ações de *habeas corpus* julgadas entre 1892 e 1947, tais documentos fazem parte dos julgamentos históricos do Supremo Tribunal Federal. O objetivo da pesquisa está para além do resgate histórico dos julgamentos, buscando apresentar

traços que permitam sustentar a percepção da evolução do instituto jurídico no Brasil, especialmente em relação ao alargamento de sua utilização; as eventuais injunções políticas, exteriores ao direito, presentes em algumas decisões; a consolidação do papel do STF na defesa do Estado Democrático de Direito, a partir de elementos e contextos presentes nos autos processuais pesquisados. (MONTEIRO, 2015, p. 7)

A tese analisou a atuação do STF nas épocas das Constituições Republicanas, no período das revoltas do alvorecer da República, como a Revolta da Armada e a Revolução Federalista, passando pela primeira década do século XX, pelo Estado de sítio decretado no Governo de Hermes da Fonseca e os vinte anos da Era Vargas. (MONTEIRO, 2015, p. 11-12)

O autor verificou que o instituto do *habeas corpus* apresentou traço evolutivo na realidade jurídica brasileira, a primeira Constituição não tratou deste instituto, tendo sido introduzido na Constituição de 1891, um dos maiores entusiastas desse instrumento foi o jurista Rui Barbosa, autor de 20 (vinte) das 29 (vinte e nove) ações analisadas. (MONTEIRO, 2015, p. 179-180)

Outro ponto apontado pela pesquisa foi a de que mesmo no início da época republicana no país, ainda existia resistência a utilização desse instituto, no entanto, o que prevalecia na Corte era uma concepção ampliada do instituto, pelo menos nos primeiros vinte anos desse regime. As discussões acerca da utilização do instituto estavam nos debates a respeito da matéria em que poderia ser utilizado tal instrumento, ou ainda, em questões que versasse a respeito do direito de ir e vir, como por exemplo, o pedido dos dirigentes do Partido Comunista em adentra seus escritórios, após a decisão de decretação da ilegalidade do Partido, julgada em 28 de maio de 1947, o debate estava em torno da competência da Corte para julgar o caso, tendo sido estabelecido que sim, no entanto foi afirmado que para tal fim o *habeas corpus* não poderia

ser utilizado, como na antiga doutrina realizada nas primeiras décadas do século XX. MONTEIRO, 2015, p. 180-182)

A conclusão a que chegou o autor foi a de que pode-se observar ao longo dos documentos analisados um claro fortalecimento do Estado Democrático de Direito no país mesmo em tempos de exceção autoritária, como a estado de sítio, fato este percebido a partir da observação de mesmo que em alguns momentos tenha ocorrido algumas decisões com graves equívocos “decorrente de um clima de pressão política ou de prevalência de claras teses retrógradas, em termos de consolidação de ideais republicanos e democráticos”, o autor vislumbra que a partir da análise da “evolução histórica dos julgados esse contínuo fortalecimento de princípios jurídicos norteadores de um Estado Democrático”. (MONTEIRO, 2015, p. 198-200)

52 - Poder judiciário e democracia: uma análise do impacto da intervenção judicial nas regras da competição política de 2002 a 2010

A tese intitulada “Poder judiciário e democracia: uma análise do impacto da intervenção judicial nas regras da competição política de 2002 a 2010”, foi escrita por Ana Paula de Almeida Lopes, e apresentada no Programa de Pós-Graduação em Ciência Política da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, em Porto Alegre no ano de 2015.

A pesquisa apresentada pela autora possui como objetivo a análise do impacto das decisões judiciais proferidas pelo TSE e pelo STF, entre 2002 e 2010, que modificaram as regras da competição político-partidária no país, a fim de verificar o impacto no equilíbrio entre as instituições democráticas. Segundo a autora, tendo como base a literatura nacional, esse ativismo judicial causou um desequilíbrio na correlação de forças entre o Poder Judiciário e o Legislativo, afetando o modelo democrático constitucional brasileiro. (LOPES, 2015, p. v)

Os capítulos que compõem a tese versam a respeito da “evolução do constitucionalismo e a influência da jurisdição constitucional sobre o protagonismo judicial na arena eleitora”, da “trajetória do Judiciário brasileiro na competição eleitoral”, da “governança eleitoral brasileira e o Poder Judiciário” e do “impacto da atuação do Poder Judiciário na competição política brasileira”. (LOPES, 2015, p. xi-xiii)

A autora apresentou em sua conclusão a referência sobre o impacto da entrada do debate a respeito da proteção dos direitos humanos que ocorreram nos textos constitucionais a partir da II Guerra Mundial que junto com a introdução do controle de constitucionalidade pelo

Poder Judiciário diminuiu os limites entre as funções judiciais e legislativas. (LOPES, 2015, p. 220)

A tese concluiu que existe uma relação entre o Judiciário e a governança eleitoral desde os tempos coloniais e imperiais, pois mesmo não sendo um poder independente já teria influência no processo eleitoral, sendo que o poder de interferir na competição política possui sua origem na possibilidade de declarar a inconstitucionalidade das leis, que no país ocorreu desde a Constituição de 1891. (LOPES, 2015, p. 221)

A hipótese de que o crescente ativismo desde dois órgãos ter causado um desequilíbrio nas relações democráticas não confirma na tese, tendo em vista que apesar das prerrogativas que dispõem o TSE e o STF “a permanência destas decisões depende de uma anuência tácita do Poder Legislativo”, tendo concluído que

a intervenção judicial nas regras do jogo democrático brasileiro não provoca o esperado desequilíbrio institucional. Ao contrário, a suposta ingerência do Poder Judiciário é retificada por mecanismos constitucionais que permitem ao Poder Legislativo corrigir os efeitos das decisões judiciais que não coincidem com o interesse da maioria dos parlamentares. Logo existem limites institucionais que balizam a autonomia do Judiciário para fazer escolhas políticas quanto às melhores regras para a competição política. (LOPES, 2015, p. 223-224)

84 - Judicializando a Federação? O Supremo Tribunal Federal e os atos normativos estaduais

A tese intitulada “Judicializando a Federação? O Supremo Tribunal Federal e os atos normativos estaduais”, foi escrita por Júlio Canello, e apresentada ao Instituto de Estudos Sociais e Políticos da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, no Rio de Janeiro em 2016.

O autor da tese questiona em sua pesquisa quais as ocasiões em que os Governadores ou os partidos políticos e entidades representativas, e o Procurador Geral da República recorrem a instância máxima, o STF, para contestar resultados do processo decisório legislativo estadual, bem como, qual a forma como estas ações são decididas no âmbito federal, e qual a diferença dessas questões na esfera federal. (CANELLO, 2016, p. ix)

A hipótese que traz o autor é a de que “o recurso ao Supremo associa-se à avaliação do comportamento judicial pelos atores políticos, sendo influenciado por variáveis institucionais de políticas de cada estado”. (CANELLO, 2016, p. ix)

Nos capítulos trabalhados pelo autor na tese figura os seguintes assuntos: “Instituições judiciárias e controle de constitucionalidade”, “Teorias de decisão judicial e interação entre

poderes”, “Julgando a política Estadual? Processamento e decisão em casos federais e estaduais” e “Por que recorrer? A lógica da ativação judicial”. (CANELLO, 2016, p. xiii-xix)

Nas palavras do autor:

Esta pesquisa teve como objetivo examinar duas dimensões relevantes na relação entre STF e estados: 1) a ativação judicial pelo atores políticos com interesses estaduais; 2) a atuação da Corte no conjunto de casos relativos aos estados e aos competentes ao controle direto de constitucionalidade. O exame do assunto perpassou três momentos: a) a compreensão do lugar institucional, trajetória histórica e conjunto de recursos procedimentais disponíveis ao Supremo; b) o conjunto de teorias e explicações relevantes para apreender os fenômenos empíricos; e c) a análise dos fatos, processos, contextos e condições de interação entre os atores. (CANELLO, 2016, p. 226-227)

O autor chegou à conclusão que são diversos os motivos que levam os diferentes atores a buscar a jurisdição do Supremo em relação à matéria estadual, sendo que em minoria estão questões relacionadas a jogos políticos para além da regulação específica das competências estaduais, a pesquisou demonstrou ainda que essa prática de controle de constitucionalidade no Brasil serve para uma centralização, mas também funciona “como veto potencial a coalizões legislativas majoritárias estaduais. Nesse plano de relações federativas, portanto a ‘dificuldade contromajoritária’ brasileira tem solução em favor do centro”. (CANELLO, 2016, p. 233)

76 – Jurisprudência e política no Supremo Tribunal Federal: a omissão inconstitucional nas decisões de mandado de injunção (1988-2010)

A tese intitulada “Jurisprudência e política no Supremo Tribunal Federal: a omissão inconstitucional nas decisões de mandado de injunção (1988-2010)”, foi escrita por David da Silva Pereira, e apresentada ao Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, para obtenção do título de Doutor em Ciência Política, da Universidade Estadual de Campinas, em Campinas, no ano de 2013.

O autor apresenta como objetivo da tese em questão a análise da construção do papel do STF no controle de constitucionalidade das omissões institucionais que vem sendo exercido pela Corte, o autor analisou mandados de injunção entre os anos de 1988-2010. (PEREIRA, 2013, p. vii)

Em síntese o autor concluiu que a atuação do Supremo tem sido autocontida, tendo em vista ter essa ação uma natureza essencialmente política. Diante das várias possibilidades de construir sua atuação o STF preferiu atuar de uma forma que restringiu a atuação do mandado de injunção. (PEREIRA, 2013, p. vii)

Os capítulos da tese apresentaram os seguintes assuntos: “A Nova Constituição, o STF e os novos instrumentos de controle da inconstitucionalidade omissiva”, “A Omissão Inconstitucional na elaboração da doutrina e da jurisprudência portuguesa”, “Apresentação geral das decisões”, os “Estudos de casos” e a “Revisão do Pensamento do Supremo”. (PEREIRA, 2013, p. xvii-xx)

A conclusão apresentada pelo autor afirma que o STF não possui uma postura ativista em relação as decisões proferidas nos mandados de injunção, o contimento da Corte levou a ocorrência de repetição de pedidos, levando o Tribunal a adotar uma postura de assegurar o direito imediato, adotada em casos específicos, uma outra postura apresentada pelo Supremo em relação a repetição dos pedidos, foram decisões que extrapolam as partes envolvidas na contenda. (PEREIRA, 2013, p. 231-232)

A atuação do STF, segundo o autor, nas decisões sobre mandado de injunção, não ultrapassa os limites da separação de poderes, sendo que a Corte apresenta um processo lento de amadurecimento no tocante aos julgamentos dessas ações, demonstrando uma “hesitação de posicionamento diante de omissões inconstitucionais dos Poderes Legislativo e Executivo”, realizando uma análise de mérito apenas em poucos casos, “dessa forma, o estudo pode verificar a inclusão de questões políticas na pauta de julgamentos do Tribunal, mas não constatou uma postura ativista de seus ministros”. (PEREIRA, 2013, p. 232-234)

Como síntese apresenta o autor que o Supremo não desenvolveu as potencialidades do mandado de injunção, tendo restringindo sua atuação, não contribuindo para que o cidadão obtivesse por meio dessas ações uma integração do seu direito efetivado por uma ordem institucional, acrescenta o autor que faz-se necessária pesquisar “o processo criativo desenvolvido pelos ministros quanto à criação de requisitos que funcionam como verdadeiras barreiras processuais à garantia de direitos” (PEREIRA, 2013, p. 237)

2 - As Medidas Estruturantes e a Legitimidade Democrática do Supremo Tribunal Federal para sua Implementação

O ativismo judicial é apresentado como forma necessária por alguns autores, é o caso da tese escrito por Marco Félix Jobim, intitulada “As Medidas Estruturantes e a Legitimidade Democrática do Supremo Tribunal Federal para sua Implementação”, defendida no Programa de Pós-Graduação da Pontífice Universidade Católica do Rio Grande do Sul, em Porto Alegre no ano de 2012.

Tal tese apresenta a teoria das medidas estruturantes, baseado em um sistema americano intitulado de *structural reform*, sistema americano, no qual as decisões dos juízes da corte podem se tornar efetivas a partir da autorização do juiz poder realizar a decisão judicial. (JOBIM, 2012, 37-38)

De acordo com o autor a Corte Constitucional brasileira poderia ter se utilizado de tal sistema, tendo em vista que algumas estruturas nossas são semelhantes ao da Corte americana, como a forma de indicação dos ministros e o controle constitucionalidade difuso, o qual segundo o autor é uma cópia do americano. (JOBIM, 2012, 38-40)

Em sendo assim, devido a tal semelhança, poderiam os juízes ter se utilizado desse modelo em três ações, as quais versaram a respeito dos seguintes temas: lei de biossegurança, união homoafetiva e aborto de feto anencéfalo. Com o intuito de quebrar o paradigma cultural existente na sociedade que limita a efetividade da decisão judicial. Essa modalidade de ativismo judicial, segundo o autor, deve ser limitada a casos que versem sobre preceitos fundamentais e desde que seja utilizada para quebrar o paradigma cultural que limita a efetividade das decisões judiciais. (JOBIM, 2012, 39)

O STF, de acordo com o autor chegou perto de utilizar a teoria no julgamento em dois casos, são eles: demarcação de terras da Raposa Rota do Sol e do Mandando de Injunção do direito à greve dos servidores públicos, ocasiões em que os ministros realizaram restrições e recomendações que abriram portas para a efetividade das decisões em outro plano. (JOBIM, 2012, p. 39)

13 - O ativismo judicial do STF no campo político-eleitoral: riscos antidemocráticos

A tese intitulada “O ativismo judicial do STF no campo político-eleitoral: riscos antidemocráticos”, foi escrita por Adriana Ancona de Faria, e apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontífice Universidade Católica de São Paulo, em São Paulo no ano de 2013.

De acordo com a autora na tese em questão foi analisada, a partir de decisões judiciais proferidas pelo STF no campo dos direitos políticos-eleitorais, se existe uma prática ativista do órgão e se esta prática contribui para o “aprofundamento ou para o enfraquecimento da democracia”. O objeto do estudo foram “decisões paradigmáticas proferidas pelo STF depois de 1988, em sede de controle de constitucionalidade, e de forma incidental, atuações do Tribunal Superior Eleitoral (TSE), quando dialogarem diretamente com as decisões do STF estudo”. (FARIA, 2013. p. vii)

O trabalho da autora identificou que existe

uma atitude ativista do STF no campo político-eleitoral – em parceria com o TSE -, caracterizada por uma atuação casuística e arbitrária que contraria a ordem constitucional brasileira e na qual o Judiciário viola o equilíbrio político, desrespeitando legítimas opções de representação majoritária. (FARIA, 2013. p. vii)

Os capítulos que compõem, a tese em questão, apresentam os seguintes assuntos: “Constitucionalismo *versus* democracia”, “A democracia brasileira a partir da Constituição Federal de 1988”, “Caso da verticalização das coligações partidárias” e “O ativismo judicial do STF no campo político-eleitoral – Riscos antidemocráticos”. (FARIA, 2013. p. x-xi)

16 – Perspectivas de Moralização em Questões Político-Eleitorais, a partir do Ativismo Judicial do STF

A tese intitulada “Perspectivas de Moralização em Questões Político-Eleitorais, a partir do Ativismo Judicial do STF”, foi escrita por Edmilson Barbosa Francelino Filho, e apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Fundação Edson Queiroz da Universidade de Fortaleza - UNIFOR, em Fortaleza no ano de 2015.

O autor aborda em sua tese

a relação entre moral, política e direito, a partir da recente jurisprudência política do Supremo Tribunal Federal envolvendo questões eleitorais. Trata da relação entre a crise de legitimidade dos atores políticos nacionais, eleitos dentro de um sistema cuja governança político-eleitoral se baseia em processos que atentam contra o mínimo de moralidade política; a ausência de uma Reforma Política que democratize a política, reduzindo os custos das eleições; e, a atuação pós-Constituição de 1988 do TSE e do STF na redefinição das regras do jogo político. (FRANCELINO FILHO, 2015, p. vii)

Os capítulos apresentaram os seguintes assuntos: “A relação entre direito, política e moral”, “O STF e as competições políticas no Brasil”, “O ativismo judicial e a Constituição de 1988” e “A análise da recente jurisprudência político-eleitoral do STF”. (FRANCELINO FILHO, 2015, p. x-xi)

A conclusão a que chegou o autor foi a seguinte:

Concluiu-se que a experiência brasileira recente do fenômeno do ativismo judicial em matéria político-eleitoral somente guardaria incompatibilidade com uma teoria democrática meramente adjetiva, que desconhecesse como se dão os prélios eleitorais e a formação da governança política brasileira, eivada da influência do abuso do poder econômico e da correção estatal, exempli gratia, Caso do “Mensalão” e Operação Lava-Jato. Ademais, restou evidenciado, o STF de fato não resolve questão política,

mas decide questão jurídica com consequências política; e que o exercício da atividade política baseada em valores que configurem um mínimo ético poderia esgarçar o protagonismo do Judiciário. (FRANCELINO FILHO, 2015, p. vii)

12 - (Im) Polidez no Julgamento do Mensalão: Uma análise Sociointernacional

A tese escrita por Erika Hoth Guerra Sathler, intitulada “(Im)Polidez no Julgamento do Mensalão: Uma análise Sociointernacional”, defendida em 2015 no Programa de Pós-Graduação em Linguística da Universidade de Brasília, traz uma análise acerca das estratégias verbais e não-verbais utilizadas pelos Ministros e pelos Advogados de defesa no âmbito do Julgamento do “Mensalão”.

O estudo parte da observação dos julgamentos da Ação Penal 470, a qual trata sobre o “Mensalão”, os dados foram captados a partir das sessões de julgamento divulgadas em rede aberta pela *TV Justiça*, entre 02 de agosto de 2012 e 17 de dezembro de 2012, totalizando 205 (duzentas e cinco) horas de gravação. (SATHLER, 2015, p. viii)

Uma das conclusões apresentadas pela tese foi há de que a impolidez, mesmos sendo algo que culturalmente quando utilizado existe um risco de desgastar o próprio usuário, em alguns momentos das falas dos Ministros estes se utilizavam dessa estratégia para diminuir a imagem do outro, o qual defendia uma tese oposta à sua, com o intuito de ferir sua imagem pública, a fim de questionar sua idoneidade e por consequência o seu voto. (SATHLER, 2015, p.135-137)

Observou-se também que a ironia e o sarcasmo, o eufemismo, a insinuação e a marcação de deferência, foram estratégias utilizadas para mitigar indiretamente os atos impolidos, diante da necessidade de reafirmar uma postura pública de civilidade e decoro, sendo a agressividade dos discursos jurídicos limitados pelos códigos de conduta adotados pelo Tribunal em decorrência de normas convencionadas, como por exemplo o uso do termo de tratamento *Vossa Excelência*, que não é obrigatório pelo Regimento Interno do STF, mas é uma norma usada de forma tradicional. (SATHLER, 2015, p.135-136)

A autora apresenta como uma das principais contribuições da pesquisa “a compreensão de que existem normas de interação não convencionadas que regem as interações nas sessões de Julgamento do STF”. (SATHLER, 2015, p.138)

21 - Memória e interpretação no STF: o controle de constitucionalidade da Lei da “Ficha Limpa” em práticas de subjetivação e hermenêutica

A tese intitulada “Memória e interpretação no STF: o controle de constitucionalidade da Lei da “Ficha Limpa” em práticas de subjetivação e hermenêutica”, foi escrita por Luís Cláudio Aguiar Gonçalves, e apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Memória: Linguagem e Sociedade da Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia – UESB, em Vitória da Conquista no ano de 2016.

Os objetivos da tese em questão consistiram em:

a) investigar como a jurisprudência, funcionando como um espaço de memória, atua na realização de uma hermenêutica jurídica; b) verificar em que medida o microssistema legal das inelegibilidades se configura, enquanto posituação de saberes normativos, como um fenômeno também mnemônico; c) demonstrar como é que a AD pode ser empregada, ao lado dos critérios de interpretação, tradicionalmente, apontados pela Hermenêutica Jurídica, como ferramenta útil ao exercício da prática da advocacia; d) analisar o funcionamento de precedentes jurisprudenciais como lugares de memória discursiva, verificando a forma como o espaço de memória por eles constituídos é reestruturado e se essa reestruturação, que se verifica quando um aresto alegadamente paradigmático é citado, configura-se também como prática por meio da qual os magistrados se subjetivam como “Ministro do supremo Tribunal Federal”; e) descrever montagens léxico-discursivas de enunciados extraídos de votos de ministros do STF, constituam indícios do real da língua, isto é, indícios da opacidade linguística e do funcionamento, também sempre exposto ao equívoco, da língua, em processos de deslizamento/produção de efeitos-sentido, e que apontam para o papel de memória); e f) identificar imaginários coletivos, de cunho político-social, que foram retomados dos espaços de memória discursiva evocados em enunciados dos hermeneutas, durante os julgamentos das ações analisadas, e a partir de certas posições-sujeito. (GONÇALVES, 2016, p. vii)

O material utilizado como base de dados foram as petições iniciais e o voto do ministro relator, das ADC’s nº 29 e nº 30 e da ADI nº 4.578. (GONÇALVES, 2016, p. vii)

Os capítulos versam sobre os seguintes assuntos: “A lei da ‘ficha-limpa’ nas eleições 2010”; “Memória, opacidade linguística e interpretação jurídica” e “Controle concentrado exercido pelo STF: (In)constitucionalidade da lei da ‘ficha-limpa’”. (GONÇALVES, 2016, p. xi)

A tese em questão é uma continuação da dissertação do autor, na qual, este analisou três recursos extraordinários relacionadas a aplicação da Lei da “Ficha Limpa”, nas eleições 2010. Neste trabalho o autor chegou à conclusão de que o STF utiliza sua própria jurisprudência para embasar outras decisões, tendo em vista que “é raro encontrar uma construção interpretativa, principalmente desenvolvida por um ministro do Supremo, que não aponte sequer um precedente jurisprudencial como paradigma aplicável à exegese da norma interpretada ou à resolução do caso trazido à apreciação da Corte”. (GONÇALVES, 2016, p. 214)

Na tese em questão o autor chegou as seguintes conclusões:

1) que a Análise de Discurso pode ser utilizada como ferramenta capaz de auxiliar na compreensão e desenvolvimento da hermenêutica jurídica, vez que por meio do reconhecimento (que pode ser) feito pelo intérprete jurídico do lugar (que pode ser) ocupado pelo outro – o que se dá mediante a descrição/interpretação de gestos interpretativos em funcionamento – que ocorre a antecipação de possíveis argumentos que serão ou poderão ser mobilizados na posição-sujeito reconhecida, permitindo, inclusive, que se saiba, logo de saída, o que será defendido numa dada peça processual ou o conteúdo da parte dispositiva de uma decisão judicial; 2) que a evocação do espaço de memória constituído pela jurisprudência do STF funciona, no que respeita ao processo de legitimação do que será proposto pelos ministros da Corte como interpretação válida para dispositivos e matérias constitucionais, como prática capaz de fazer com que o ministro, que constrói sua interpretação citando/evocando o referido espaço, preencha o requisito do “notável saber jurídico”, o que faz também citando/evocando outros espaço de memória, tais como os constituídos por saberes da doutrina jurídica e do direito comparado, subjetivando-se, de forma legítima, na posição-sujeito “Ministro do STF”. 3) que o microssistema legal das inelegibilidades, integrante de um sistema maior, o ordenamento jurídico brasileiro, e formado por normas constitucionais e por leis complementares, a exemplo da Lei da “Ficha Limpa”, também se configura como fenômeno mnemônico, na medida em que, ainda que se possa falar, propriamente, em técnica, é que a partir da memorização desses textos que também se forma a memória artificial dos juristas. (GONÇALVES, 2016, p. 218-219)

Em relação os votos realizados nas decisões, entendeu o autor que o STF entende que a Lei da “Ficha Limpa”, não fere o princípio da inocência e nem o da irretroatividade das leis, tendo em vista que prestigia o princípio democrático, estabelecendo com isso uma fidelidade política aos cidadãos. (GONÇALVES, 2016, p. 119)

61 – A Jurisdição Constitucional em Perspectiva: Judicialização, ativismo judicial e diálogo no Supremo Tribunal Federal⁴¹

A tese intitulada “A Jurisdição Constitucional em Perspectiva: Judicialização, ativismo judicial e diálogo no Supremo Tribunal Federal”, foi escrita por Leandro Corrêa de Oliveira, e apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Estácio de Sá, no Rio de Janeiro em 2014.

Depreende-se da tese em questão que o autor analisa a recente interferência do poder judiciário nas questões políticas. Sendo apresentado como objetivo “investigar o papel e a legitimidade política do STF e o porquê da suposta invasão aos demais Poderes”. (OLIVEIRA, 2014, p. vi)

⁴¹ O material publicado em meio digital apenas disponibiliza as partes iniciais da tese, contendo apenas o resumo e o sumário.

O autor afirma que o STF “ao adentrar nas decisões políticas, parte de uma visão de que os princípios jurídicos estabelecem uma ordem de valores.” (OLIVEIRA, 2014, p. vi)

Os capítulos da tese em questão versam a respeito dos seguintes assuntos: “Elementos de pré-compreensão”; “A (difícil) relação entre direito, moral e política: judicialização, ativismo judicial e representação”; “Teorias dialógicas e a nova crítica ao *judicial review*” e “Construindo a novela em cadeia: as decisões do STF em perspectiva”. (OLIVEIRA, 2014, p. viii-ix)

98 – O discurso da “conciliação nacional” e a justiça de transição no Brasil

A tese intitulada “O discurso da ‘conciliação nacional’ e a justiça de transição no Brasil”, foi escrita por Christian Jecov Schallenmüller, e apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciência Política da Universidade de São Paulo, em São Paulo no ano de 2015.

O autor traz como hipótese de pesquisa a afirmação de que “o discurso da ‘conciliação nacional’, veiculado pelo menos desde a elaboração do projeto de anistia pelo governo Figueiredo, continuaria a ser um dos principais limites ao desenvolvimento da justiça de transição no Brasil”, a segunda hipótese versa a respeito da contestação da primeira, a partir dos apontamentos retirados de trabalhos mais profundos. (SCHALLENMÜLLER, 2015, p. viii)

Os capítulos tratam dos seguintes assuntos: “A justiça de transição: teoria e prática”; “A anistia e o programa brasileiro de reparações”; “A jurisprudência de Tribunais brasileiros na esfera penal” e “A comissão nacional da verdade”. (SCHALLENMÜLLER, 2015, p. x-xi)

Ações impetradas pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), pelo Ministério Público Federal (MPF) e por familiares dos mortos e desaparecidos políticos ainda se encontram sem uma decisão judicial. (SCHALLENMÜLLER, 2015, p. 218)

A tese chega à conclusão de que as primeiras décadas de transição foram marcadas pelo “discurso da conciliação nacional”, baseados no projeto de anistia do governo Figueiredo, o qual possui como fundamento três elementos:

a necessidade de se esquecer o passado de violações para a construção de um futuro pautado na harmonia social; segundo que deveria ser garantida a imunidade penal e administrativa dos “dois lados” (...); e terceiro que a conciliação seria uma categoria relacional entre agressores e vítimas, entre defensores da ditadura em geral e opositores em geral, que precisariam se “perdoar” reciprocamente para que o país pudesse voltar a trilhar seu rumo em direção a democracia controlada. (SCHALLENMÜLLER, 2015, p. 219)

Os processos criminais contra agentes da repressão tinham suas representações arquivadas pelo MPF até 2011, tendo em vista a anistia possuir o caráter bilateral. (SCHALLENMÜLLER, 2015, p. 220)

Em relação a análise apresentada na tese, em seu capítulo 3, a respeito da jurisprudência de Tribunais brasileiros na esfera penal, o autor apresenta algumas considerações a respeito da forma como se estruturam os votos e a escrita das Emendas das decisões, a partir da seguinte afirmação:

as Ementas em geral ou reproduzem o entendimento de um voto vencedor ou constituem um recorte às vezes pouco inteligível de diferentes votos. Além disso, com a hiper-exposição do STF pela TV Justiça, mediante a transmissão ao vivo dos julgamentos, especialmente nos mais polêmicos, como no caso da ADPF 153, os ministros tentam formular manifestações que poderiam marcar suas carreiras, de modo que mudar de posição neste contexto se tornaria algo constrangedor e improvável por parte dos ministros. (SCHALLENMÜLLER, 2015, p. 167)

No tocante a análise a respeito da constitucionalidade da Lei da Anistia, o único Ministro que evocou os Tratos Internacionais a respeito dos direitos humanos foi Celso de Mello, tendo se utilizado de tais jurisprudências para reconhecer a bilateralidade da lei, no mesmo aporte votou o Ministro Cezar Peluso e Gilmar Mendes. Além de que nenhum dos ministros retomou precedentes do próprio órgão, “que tem admitido o caráter obrigatório do direito consuetudinário internacional em alguns casos, como ocorre com a imunidade de jurisdição de Estado estrangeiro, que não é prevista expressamente na Convenção de Viena.” (SCHALLENMÜLLER, 2015, p. 167)

Os argumentos defendidos pelos ministros partem do entendimento de que houve violência realizada pelas duas partes, não discernindo a respeito da diferença em relação a dominação e resistência, não levando em consideração que de um lado estava a resistência ao poder político e do outro o Estado autoritário, dominado por militares e por boa parte da burguesia industrial e da antiga elite agrária. (SCHALLENMÜLLER, 2015, p. 169)

Outro deslinde apresentado pela Corte foi o argumento de que a Lei de Anistia como foi criada pelo Congresso não caberia ao STF modificá-la, fato este que pode ser observado em outras decisões nas quais o órgão modifica a legislação vigente. Em relação legitimidade de uma soberania que viola direitos, as manifestações do STF divergem da AGU, conforme passagem seguinte:

Além disso, as posições da AGU em sede dos embargos de declaração na ADPF 153 e algumas declarações de ministros do STF após a sentença da CrIDH no caso Guerrilha do Araguaia sobre esta desafiar a soberania nacional também seriam

incongruentes sob o ponto de vista que ora discutimos. Pois elas não discernem a cooriginalidade e a interdependência entre direitos humanos e soberania. Na visão de Habermas (2003c), a soberania que viola os direitos humanos é ilegítima. A incomunicabilidade entre a decisão do STF e as manifestações da AGU, de um lado, e a decisão da CrIDH, de outro, sustenta-se em visões diferentes sobre o direito: os primeiros têm uma visão ainda ligada aos limites do Estado Nação; já a segunda procura forjar uma concepção universalista do direito. Onde a visão metodológica sobre os direitos fundamentais se volta para um discurso ético-valorativo, os objetivos da decisão judicial visam a encontrar aquilo que é considerado como melhor para os cidadãos, no horizonte de sua forma de vida e de seu contexto.⁷⁷ A Ementa do referido julgamento do STF diz: “É a realidade histórico-social da migração da ditadura para a democracia política, da transição conciliada de 1979, que há de ser ponderada para que possamos discernir o significado da expressão *crimes conexos* na Lei n. 6.683”. É justamente por isso que a anistia brasileira manteve seu caráter bilateral no julgamento em comento, pois ela é considerada como o momento da reconciliação fundadora que teria possibilitado o retorno do regime democrático, e por isso teria uma primazia ética sobre todo o ordenamento jurídico válido no novo regime, pois ela – mais do que o íntegro – seria sua condição de possibilidade. **Eticamente, nesta perspectiva, seríamos a nação da (re)conciliação.** (SCHALLENMÜLLER, 2015, p. 172-173) (grifo nosso)

34 - Separação de poderes e ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal: do guardião da Constituição ao diálogo institucional

A tese intitulada “Separação de poderes e ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal: do guardião da Constituição ao diálogo institucional”, foi escrita por Glauco Salomão Leite, e apresentada Programa de Pós-Graduação em Direito Público da Universidade Federal de Pernambuco, em Recife no ano de 2014.

O autor em sua pesquisa parte do reconhecimento da existência de uma modificação na atuação das Cortes Constitucionais, tanto na Europa continental quanto na América Latina, tais órgãos passaram a assumir “o protagonismo no deslinde de inúmeras controvérsias relevantes para sociedade. (LEITE, 2014, p. 7)

Os capítulos da tese em questão versam sobre os seguintes títulos: “Separação de poderes, direitos fundamentais e estado constitucional: O caminho para a consolidação da jurisdição constitucional”, “Ativismo judicial e autocontenção na teoria constitucional norte-americana”, “O Supremo Tribunal Federal, a Constituição Brasileira de 1988 e o ativismo judicial”, “Dimensões do ativismo judicial na prática do Supremo Tribunal Federal”, “A objeção democrática à jurisdição constitucional: Ativismo judicial na encruzilhada?” e “Diálogos institucionais e ativismo judicial”. (LEITE, 2014, p. 9-11)

Dentre as conclusões apresentadas pelo autor, destaca-se as seguintes:

No Brasil, como se destacou, a Constituição de 1988 representa um divisor de águas e promoveu substanciais alterações no modelo de jurisdição constitucional, resultando em um nítido fortalecimento do STF, erguido à condição de seu guardião precípua.

Gradativamente, o STF passou a ser chamado a se pronunciar sobre as mais variadas e complexas questões, compreendendo assuntos de elevada carga política, moral, econômica, religiosa e social. De um mero desconhecido, a Corte assumiu um protagonismo, convertendo-se em um novo espaço público de deliberação, onde importantes controvérsias da agenda nacional têm sido decididas. (...) Fincadas essas premissas, observou-se que os fenômenos da judicialização das relações sociais e do ativismo judicial, embora caminhem juntos, não se confundem. Pelo primeiro, constata-se uma transferência de poderes decisórios da esfera política para a arena judicial. O STF, então, é trazido para a contenda política. Assim, é evidente que se o STF é constantemente acionado para decidir sobre as políticas majoritárias, isso eleva a possibilidade de a Corte interferir em assuntos que poderiam (ou até deveriam) ser resolvidos por outros órgãos estatais. Sendo assim, a judicialização potencializa a participação dos STF na formação das políticas majoritárias. Já o ativismo diz respeito à resposta judicial, revelando um expansionismo no exercício poder judicial. (...). De todo modo, essas críticas consideram as dificuldades que podem contribuir para deslegitimar a atuação do STF. Assim, diante da baixa densidade semântica de várias cláusulas constitucionais, verificada especialmente nos princípios constitucionais e nos direitos fundamentais, corre-se o risco de a Corte sobrepor suas preferências políticas às escolhidas pelos representantes eleitos. Além disso, as divergências sobre o conteúdo de direitos não seria apenas uma questão de natureza jurídica. Tais divergências envolvem muitas vezes desacordos morais razoáveis e, nesse caso, o STF não seria o melhor ambiente para uma tomada de decisão. Diante de um desacordo razoável sobre direitos, é a instância majoritária que está mais credenciada democraticamente para resolver o dissenso, pois nela se concretiza o direito de participação política, considerado o “direito dos direitos”. Desse modo, com a prevalência da vontade majoritária dos representantes do povo, evita-se que a definição do conteúdo de direitos fique a cargo de um Tribunal cujos membros não são eleitos e sobre os quais se exerce um controle praticamente nulo. Isso daria ensejo à adoção de um constitucionalismo popular, que desconfia das instâncias judiciais e repudia o ativismo judicial. (...). Sustentou-se não só a possibilidade, como a necessidade, de uma perspectiva dialógica para compreender a dinâmica institucional entre o STF e as instâncias majoritárias. Assim, é importante retirar dos ombros de um único Tribunal o encargo de cumprir as numerosas e difíceis promessas constitucionais. É preciso compreender qual contribuição a Corte pode oferecer no processo dialógico de concretização constitucional, sem excluir os demais poderes. Assim, foi asseverado que o ativismo judicial do STF, em vez de ser exercido apenas como um sinal de elevada autoridade, é frutífero enquanto estratégia que almeja desencadear reações na esfera política. Ativismo judicial e diálogos institucionais, portanto, não são incompatíveis. (LEITE, 2014, p. 199-203)

51 – O Ativismo Judicial e o Limite de Discrecionabilidade dos Tribunais Constitucionais

A tese intitulada: “O Ativismo Judicial e o Limite de Discrecionabilidade dos Tribunais Constitucionais”, foi escrita por Sérgio Gustavo de Mattos Pauseiro, e apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense, em Niterói no ano de 2014.

O autor apresenta a problemática acerca da legitimidade das instituições democráticas diante do ativismo judicial, afirma que existe uma crise de legitimidade tanto do Legislativo quanto do Executivo, e ocorre a partir de uma retração do Poder Legislativo, sendo um modo de interpretação proativo da Constituição. (PAUSEIRO, 2014, p. 148)

Dentre as conclusões apresentadas pelo autor, destaca-se a seguinte:

No Brasil, os poderes são autônomos e independentes. Os ministros do STF são indicados pelo presidente da República e eleitos pelo legislativo, após a posse permanecem no poder até a aposentadoria compulsória. Mas apesar do benefício de um Tribunal Constitucional mais técnico, esses juízes estão acostumados a julgar conforme as suas convicções, o que gera o risco de perverter o ativismo, que salvaguarda a população da ausência de legitimidade do legislativo, numa nova forma de autoritarismo. (PAUSEIRO, 2014, p. 149-150)

56 – A supremacia judicial consentida: Uma leitura da atuação do Supremo Tribunal Federal a partir da relação direito-política

A tese intitulada “A supremacia judicial consentida: Uma leitura da atuação do Supremo Tribunal Federal a partir da relação direito-política”, foi escrita por Clarissa Tassinari, e apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Vale do Rio dos Sinos, em São Leopoldo no ano de 2016.

A autora apresenta como objetivo da tese a desconstrução do imaginário a respeito da supremacia judicial, “demonstrando que não existe um vínculo pressuposto (natural) entre supremacia judicial e controle de constitucionalidade.” (TASSINARI, 2016, p. 10)

Os assuntos que compõem os capítulos da tese, versam sobre os seguintes assuntos: “Apresentação: A supremacia judicial na história; “As influências norte-americana e germânica na construção do modelo brasileiro de jurisdição constitucional”; “Desenvolvimento: Qual o sentido da supremacia judicial? Papel do Supremo Tribunal Federal em três atos”; “Clímax. A desconstrução do *método cobb* possibilitada pelo despertar da dúvida – problematizando o discurso naturalizado de supremacia judicial sob os aportes da relação direito-política” e “Desfecho. A supremacia judicial consentida – A tragédia de Pandora”. (TASSINARI, 2016, p. 16-17)

Das conclusões apresentadas pela autora, destaca-se as seguintes:

Chega-se, assim, à conclusão da existência de uma supremacia judicial consentida (não decorrente do texto constitucional), isto é, construída teoricamente (através do reconhecimento da supremacia judicial pelos juristas) e institucionalmente (pelos incentivos dos poderes eleitos ou pela investidura do STF). (TASSINARI, 2016, p. 10)

O STF aparece enquanto um mediador em que busca a conciliação, indo de encontro com outros posicionamentos realizados pela corte em outros casos.

3.2.3 Panorama a respeito da práxis jurídica brasileira

A partir dos resumos informativos das teses, realizada na subseção anterior, pode-se agora fazer uma análise crítica dos trabalhos pesquisados e apresentar um panorama a respeito da forma como a práxis jurídica é realizada no país, tendo como base as atuações do Supremo Tribunal Federal.

As teses selecionadas para o critério 1, contabilizadas em 16 (dezesseis), versam a respeito da forma como a Suprema Corte trata a matéria dos Direitos Humanos e direitos fundamentais, bem como suas posturas institucionais.

As selecionadas para o critério 2, contabilizadas em 22 (vinte e dois), apresentam como principais assuntos o ativismo judicial ou judicialização da política e à atuação do STF na época da ditadura e no período de transição democrático.

A partir de agora será realizado, diante dos temas abordados nas teses, a sintetização dos assuntos presentes nas pesquisas a fim de apresentar características que estão presentes na Corte tanto na hora de decidir, quanto no momento de receber os assuntos que estão sendo levados a apreciação do Judiciário, bem como a postura da Corte em relação aos interesses do governo, e a sua relação com a defesa dos direitos humanos fundamentais.

O primeiro aspecto a ser analisado é o referente a imparcialidade, existente no discurso da Corte.

A imparcialidade do Poder Judiciário é algo contestável. A tese escrita por Alexandre Douglas Zaidan de Carvalho, que trata deste assunto, demonstra a existência de uma fragilidade a respeito da imparcialidade deste Poder. A partir de análises de decisões do STF no que tange a utilização do instituto da suspeição e do impedimento, a pesquisa demonstra que existe a tendência de decisões que levam em consideração a manutenção da ordem institucional do regime presidencialista, pois apresenta-se como garante da governabilidade e não como protetor da justiça, um dos fatores elencados como fundamento da imparcialidade é o ativismo dos juízes em relação a causas próprias dentro do âmbito político. (CARVALHO, 2016, p. 289-292)

Uma outra pesquisa traz o ativismo dos juízes no âmbito político, no tocante as causas próprias, como um problema. Em relação a atuação da Corte Suprema, a tese escrita por Bruno Camilloto Arantes, traz a informação de que esta Corte não pode ser considerada como um exemplo de razão pública, tendo em vista ter utilizado uma norma de 1969 para julgar o caso do Mensalão, em detrimento da lei ordinária 8.038/90, e devido a sua postura na decisão a respeito dos interesses da magistratura, casos em que ficou demonstrada uma falta de coerência em relação ao resultado das decisões, segundo o autor os fatos demonstram que as decisões

ocorrem muito mais como atos de vontade dos Ministros, que pelo diálogo construído institucionalmente. (ARANTES, 2015, p. ix)

A atuação do Supremo Tribunal Federal na apreciação de determinados assuntos, apresenta uma seletividade, tanto em relação a matéria apreciada, quanto aos sujeitos presentes na demanda. Algumas demandas como as referentes a causa indígena, por exemplo, pode encontrar limitações em decorrência tanto da matéria quanto do sujeito de direito presente na demanda. Tal afirmação está embasada nos argumentos apresentados a seguir.

A atuação da Corte demonstra que quando o sujeito Estado, está presente na demanda, o Tribunal tende a decidir em favor deste. A forma como decide o STF nas relações que envolvem o Estado empregador e os funcionários, de acordo com a tese escrita por Pedro Buck Avelino, demonstra uma tendência dos juízes em favorecer o Estado empregador. Tendo a Corte uma posição liberal no tocante a recepção da demanda referente à categoria econômica, pois grande parte das demandas não são reconhecidas ou decididas, outro fator apresentado é que a Corte demonstra em suas decisões um comportamento contrário ao contribuinte. (AVELINO, 2015, p. 247-248)

Em relação ao Estado enquanto arrecadador, este órgão tende a favorecer o Fisco. O STF possui um instituto chamado modulação dos efeitos da decisão, por meio deste é possível manusear, em relação ao tempo, os efeitos dos atos judiciais de decisão. De acordo com a tese escrita por Hisashi Toyoda, a Corte Suprema utiliza esse recurso em favor do Fisco, o que cria um rol de decisões formalmente válidas, mas injustas, que são realizadas por argumentos eminentemente políticos em detrimento dos jurídicos, tendo em vista que os debates não apresentam justificativa suficiente. (TOYODA, 2016, p. vi-ix)

No tocante a seletividade em relação ao assunto discutido na Corte, foram selecionadas as teses a seguir comentadas. A primeira versa a respeito da forma como o tema relacionado aos direitos humanos é visto pela Corte.

A forma como os direitos humanos são conceituados pelo Supremo Tribunal Federal ainda representa uma lacuna, na tese escrita por Juliana Ribeiro Brandão, a partir da análise de 24 anos de atuação da Corte, restou demonstrado que o termo aparece na jurisprudência do Tribunal, na maioria das vezes, apenas no campo legislação, estando pouco presente nas ementas e nas decisões. Ela constata que existe uma judicialização das relações sociais, ou seja, existe uma demanda que busca o judiciário para solucionar casos envolvendo direitos humanos, no entanto a forma como é recepcionado pelo órgão não permite uma visibilidade destes casos. Os direitos mais demandados são os de primeira geração, ficando de fora as demandas sociais e econômicas. Os atores que mais demandam são os particulares, e os mais recepcionados são

os demandados pelo Ministério Público, sendo o Estado o maior violador de direitos, e os particulares os que mais demandam. A autora afirma que isso pode ocorrer devido a ser incerto o jogo político e a resposta do Judiciário ter caráter definitivo. Os direitos individuais representam a arena de defesa dos direitos humanos no STF. (BRANDÃO, 2015, p. 91-133)

As decisões que versam a respeito de direitos sociais são recepcionadas pelo STF tendo mais cunho político que jurídico, esta é a afirmação contida na tese escrita por Márcia Sleiman Rodrigues, a qual pesquisou a respeito do direito a saúde nas decisões do STF. Ela afirma que existe um evidente ativismo judicial que possui como consequência o avanço em direção ao orçamento público, existindo a ocupação de um espaço que deve ser ocupado pelos atores eleitos do Estado de Direito. (RODRIGUES, 2013, p. 244-247)

O princípio da dignidade é tratado pelo STF a partir da criação de signos metafóricos, essa observação é feita na tese escrita por João Claudio Carneiro de Carvalho, estando associado e representado muitas vezes por outros direitos como a liberdade de expressão e as questões ligadas ao direito de igualdade, não existindo uma preocupação em se criar uma convergência de expressões semânticas, o que demonstra um esvaziamento simbólico deste princípio. (CARVALHO, 2012, p. v-xiii; 267-282)

Em relação a direitos específicos pode-se observar a atuação da Corte a partir da forma como esta decide a respeito dos direitos da comunidade LGBTT, das causas indígenas, do direito do trabalho, do direito à liberdade de expressão, questões que versam sobre os aspectos relacionados à arrecadação tributárias. Questões que versam a respeito da realização dos direitos fundamentais em sociedade. As próximas análises apresentadas versam a respeito desses direitos específicos, o primeiro a ser trabalhado diz respeito às questões que envolvem a diversidade sexual.

A possibilidade da união estável entre pessoas do mesmo sexo é considerada uma decisão histórica, daquelas que mobilizam a quebra de um paradigma social. Esta concessão feita pelo Poder Judiciário é mais uma prova da judicialização das relações sociais, destaque esse dado a partir da tese escrita por Claudia Regina Nichnig, esta afirma que o Poder Judiciário é um grande aliado na defesa dos direitos LGBTT, diante da falta de protagonismo do Legislativo. (NICHNIG, 2013, p. 263-268)

A causa indígena, apesar das tentativas de judicialização, recebe do Poder Judiciário as “portas na cara”. A partir da pesquisa realizada por Erika Macedo Moreira, em sua tese, afirma-se que apesar do grande aumento da judicialização da causa indígena, o Poder Judiciário tem respondido de forma negativa, tendo a partir de requisitos de formalidade não reconhecido a entrada desses pedidos no âmbito judicial. Outro dado apresentado pela autora é dissolução

dos pedidos nas varas estaduais, locais em que os direitos indígenas formalmente adquiridos não se materializam, para ela o judiciário ainda não superou paradigmas do passado que foram quebrados com a Constituição de 1988, pois utiliza-se de um modelo de interpretação ultrapassado em desacordo com as políticas públicas atuais em favor dos Povos Indígenas, no que tange principalmente as formas de acesso ao judiciário. (MOREIRA, 2014, p. viii-x; 237)

Em relação aos direitos fundamentais relacionados ao trabalho, uma das teses analisadas, faz uma análise a respeito do direito fundamental a negociação coletiva de trabalho do servidor público, a tese escrita por Luiz Alberto Pereira Ribeiro, apresenta como conclusão que a decisão de declarar a inconstitucionalidade do dispositivo que confere esse direito aos servidores não seria a melhor interpretação dentro do âmbito constitucional, melhor seria se houvesse o mesmo entendimento a respeito do direito de greve. O STF então decidiu em desacordo com a OIT (Organização Internacional do Trabalho), tal organização afirma ser direito fundamental do trabalhador, a negociação coletiva. (RIBEIRO, 2017, p. 224-226)

Um direito humano que passou por transformações em relação a sua abrangência, foi a liberdade de expressão que logo após o período de redemocratização do país ganhou um espaço que antes não tinha, mormente este avanço, não foi o Legislativo o protagonista da regulamentação desse direito, restando ao judiciário a atividade de resolver conflitos que tratam de controle comunicativo. Esta observação depreende-se da tese escrita por Ivan Paganotti, o qual aponta que o STF, em relação a essa demanda sobre a liberdade de expressão, possui uma conduta liberal, em relação ao controle do Estado nas lides referentes a esse assunto, havendo ainda dissenso em relação ao que é censura, que não está de forma clara na própria legislação. (PAGANOTTI, 2015, p. 112)

Os direitos fundamentais no tocante ao campo do direito tributário, traz um dilema para o sistema estatal, a proteção do contribuinte e a arrecadação para a realização dos direitos fundamentais pelo Estado, este dilema é apresentado na tese escrita por Luciano Felício Fuck. No tocante a atuação do STF nas decisões que importam direitos tributários, esta Corte atua com cautela ao julgar atos normativos tributários como inconstitucionais, três emendas foram declaradas por apresentar severa violação as cláusulas pétreas, no tocante as normas referentes a tributos prestigiou a harmonização dos conflitos federativos entre os estaduais e municipais, sendo assim também no que tange a criação de novos impostos, vetou também a cobrança de taxas e tributos não vinculados, apresentando decisões judiciais que servem de aporte pedagógico ao Congresso Nacional, revelando uma preocupação com o contribuinte. Em relação as imunidades subjetivas, apresenta amplitude em suas decisões, tendo uma postura mais restrita no tocante a exportação, amplia com cautela as possibilidades do poder de criar

tributos e apresenta uma postura mais branda, pois refuta punições excessivas, tanto de caráter pecuniário quanto político. Em regra, o STF “tem mantido perfil extremamente institucional, procurando posições intermediárias e “soluções salomônicas” que privilegiam o Estado fiscal e a concretização dos direitos fundamentais”, outro fator apresentado é o fato de que existe uma “ausência de sistematização e de referenciais na jurisprudência do STF em matéria tributária – o que se revela na frequente oscilação de entendimentos e até em relativa aleatoriedade das decisões”. (FUCK, 2014, p. 261-266)

Após as considerações que relacionam as posturas do STF frente as causas diretamente ligadas aos direitos fundamentais, passa-se a análise a respeito da forma como o STF vem agindo no campo de sua atuação, a partir de pesquisas que analisam a sua expansão em relação as causas que envolvem questões políticas, realizadas em sua maioria por meio do instrumento de controle de constitucionalidade, passando por uma análise acerca da forma como o STF enfrente os interesses do governo e os interesses constitucionais.

Para tanto, faz-se necessário trazer a pesquisa realizada por Ana Beatriz Ferreira Rebello Presgrave, a qual afirma que o sistema jurídico brasileiro sofre influências tanto do sistema americano quanto do germânico, uma das provas disso é a instituto de controle de constitucionalidade, que foi introduzido no país com base nestes dois sistemas internacionais. O sistema brasileiro recepcionou o que há de pior nos dois sistemas, afirmando que existe um grau de incerteza jurídica causado pelo poder de qualquer instância do poder judiciário decidir em desfavor do cumprimento de ato do poder público, utilizando-se do argumento deste ser contrário a Constituição, outro fator negativo, é a concentração de poderes em um único órgão, o qual possui o poder de dizer o que está de acordo com a Constituição. Além destas observações a autora afirma que a própria corte não respeita seus precedentes. (PRESGRAVE, 2013, p. 7; 216)

No tocante a expansão da atuação do judiciário, foram analisadas 06 (seis) teses que tratam sobre o ativismo judicial, as quais apresentam diferentes posturas a respeito da legitimidade da expansão do judiciário, algumas afirmam que a atuação do STF no campo da política é de extrema necessidade para a defesa dos direitos fundamentais, tendo em vista a lentidão do Poder Legislativo e do Executivo, outras afirmam que este órgão não pode ser o responsável por realizar os debates complexos que as vezes adentram o campo da moral, os quais necessitam de uma parcela de interferência da sociedade para seja possível chegar a sua resolução, em sendo assim, o STF não poderia ser o órgão a dirimir tais conflitos, pois sua composição é feita a partir de nomeação, não sendo representantes eleitos pelo povo.

Apesar de existir uma grande demanda social, tendo em vista a crescente judicialização das relações sociais, o ativismo judicial se expande não por conta deste fato, e sim, pela lentidão dos poderes legiferantes. Tal afirmação pode ser melhor exemplificada na tese escrita por Glauco Salomão Leite, a qual estabelece que o ativismo judicial não se dá pelo aumento de demanda, ou pela judicialização das relações sociais. Para o autor judicialização da política e ativismo judicial não se confundem, a partir do primeiro o STF é levado a decidir sobre assuntos que deveria ser tratados pelos entes de que são responsáveis por decidir sobre políticas majoritárias, já a segunda diz respeito há uma expansão do poder judicial, o autor defende que o local para se ter uma discussão a respeito de questões que não sejam eminentemente jurídicas, e que abarquem um conteúdo moral, deveria ser discutidas nos órgãos de representação majoritária, tendo em vista que o ingresso ao Poder Judiciário não se dá da mesma forma como nos demais Poderes, seus membros não são eleitos. O que pode ensejar a colocação nas questões constitucionais de disposições morais de um determinado grupo de indivíduos, sem ter a possibilidade de um debate com um nível maior de agrupamentos de classes. (LEITE, 2014, p. 7; 199-203)

Na mesma posição está a tese escrita por Sérgio Gustavo de Mattos Pauseiro, o qual afirma que “os juízes estão acostumados a julgar conforme as suas convicções, o que gera o risco de perverter o ativismo, que salvaguarda a população da ausência de legitimidade do legislativo, numa nova forma de autoritarismo.” (PAUSEIRO, 2014, p. 149-150)

Um fator que corrobora com essa afirmativa é o fato de não existir um constante diálogo entre os órgãos. Uma análise acerca da existência de diálogo entre o STF e o Congresso Nacional afirma que existe pouco diálogo entre os dois órgãos, no que tange as decisões da Corte, quando esta dialoga com a Legislativo representa uma atitude democrática, esta análise é apresentada por Ramais de Castro Silveira em sua tese, ele traz o dado de que apenas 16,43% dos casos em que foram analisados por ele, houve diálogo entre os órgãos. (SILVEIRA, 2016, p. 6; 417-420)

A posição a favor do ativismo judicial, apresenta apoio com parcimônia, devendo esse movimento ter limitações para que possa ocorrer de forma democrática, é o caso da tese escrita por Marco Félix Jobim, o qual afirma que se faz necessário o ativismo para a efetividade das decisões judiciais, tendo em vista que a atuação no tocante a decisões que tratam de preceitos fundamentais podem ter sua efetividade dificultada por conta da existência de um paradigma cultural que impeça sua realização. Sendo o ativismo um aliado para essa mudança de paradigma. (JOBIM, 2012, 37-40)

As maiores preocupações identificadas no tocante a existência do ativismo judicial está atrelada a forma como os juízes julgam, tendo em vista que houve autores que afirmaram a possibilidade da existência de um constitucionalismo baseado em convicções pessoais, bem como a afirmação de que os juízes estão acostumados a decidir conforme suas convicções, apesar de estar imbuído da legitimidade de defender os direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição Federal, corre o risco da interpretação dada a esses direitos está atrelada a forma como uma determinada parcela da população enxerga esses direitos, não existindo um debate tão complexo quanto aqueles que devem existir nas instâncias de representatividade majoritária.

A análise a respeito da expansão do judiciário, que abarcam os termos ativismo judicial e judicialização da política, apresentaram-se como de grande preocupação nas teses analisadas, no tocante a atuação do Judiciário frente a realização das questões que envolvem a política partidária eleitoral. Do total de teses selecionadas no critério 2, 04 (quatro), tratam a respeito desse tema.

No Brasil, desde de 2002, pode-se observar uma atuação mais ativa no âmbito do TSE e do STF, no tocante as questões eleitorais. De acordo com a tese apresentada por Amandino Teixeira Nunes Júnior, as duas Cortes por meio de sua atuação judicial protagonizaram no país reformas políticas que modificaram a forma como as eleições são realizadas, os órgãos impetraram por meio de uma “legislação judiciária” modificações no cenário eleitoral brasileiro a partir de uma “judicialização da política”, diante da inação do Congresso Nacional em tornar as proposições referentes aos temas eleitorais, em normas jurídicas. (NUNES JÚNIOR, 2014, p. 120-130)

A crescente interferência do STF e do TSE na competição político partidária, não é algo recente no país, desde que o controle de constitucionalidade foi introduzido nas normas brasileiras, pela Constituição de 1891, o Judiciário atua de forma a interferir na governança eleitoral, dados estes apresentados na tese escrita por Ana Paula de Almeida Lopes. Esta pesquisa concluiu que a interferência destas Cortes na governança eleitoral não apresenta danos aos limites democráticos estabelecidos pelo estado constitucional brasileiro, porque as decisões proferidas pelas Cortes dependem de uma anuência tácita do Poder Legislativo. (LOPES, 2015, p. 221-224)

No mesmo caminho está a tese escrita Edmilson Barbosa Francelino Filho, na qual afirma este que a interferência do STF nas questões de cunho político-eleitoral não representa uma incompatibilidade com a teoria democrática, tendo em vista as condições em que ocorrem a disputa política no país. (FRANCELINO FILHO, 2015, p. vii)

Em contrário ao afirmado na tese acima descrita, está a tese escrita por Adriana Ancona de Faria, a qual afirma que a prática do ativismo judicial desenvolvida pelo STF, com parceria do TSE, ocorre de forma arbitrária e casuística, contrária a ordem constitucional brasileira, violando o equilíbrio político. (FARIA, 2013, p. 7)

A jurisprudência do STF não demonstra que existe uma coerência em relação aos julgamentos que envolvem mudanças na legislação do Congresso Nacional, pois, apesar de decisões como as que ensejaram em uma reforma eleitoral realizada pelo judiciário, a partir de atos de controle de constitucionalidade realizados pela Corte, terem iniciado em 2002, em 2010 ao ocorrer a apreciação da APF que julgava a Lei da Anistia, a Corte afirmou que não poderia modificar o texto legislativo, pois teria sido realizado pelo Poder Competente. É o que demonstra a tese escrita por Christian Jecov Schallenmüller, a qual mostra que no processo de transição da ditadura para a democracia, a atuação do STF ocorria de forma conciliadora, o que pode ser observado nos argumentos utilizados pelos Ministros para julgar como constitucional a lei de anistia. (SCHALLENMÜLLER, 2015, p. 167-173; 219-220)

Nessa ocasião foram capazes de afirmar que não poderiam modificar uma lei confeccionada pelo Congresso, movimento este que está em desacordo com a crescente expansão do Poder Judiciário no campo das decisões que afetam a política, como por exemplo, os casos relacionados as reformas políticas no país. O STF entendeu que houve violência das duas partes e, portanto, existe legitimidade na bilateralidade da anistia, ocorre que esqueceram os ministros, conforme se depreende dos fatos narrados na tese em questão, que de um lado encontrava-se o poder estatal e do outro, atos de resistência. Por tudo isto fica claro que os conchavos políticos praticados entre setores da burguesia e o judiciário ainda são fortes no tocante a mediação entre os interesses da elite brasileira e as decisões do Judiciário. (SCHALLENMÜLLER, 2015, p. 167-173; 219-220)

Essa prática em que a Corte utiliza um argumento para justificar uma prática e em outro momento decide contrário a este mesmo argumento, é uma característica da Corte. As decisões proferidas pela corte, no que tange as ementas e a edição de acórdãos, possuem uma redação na qual obsta o reconhecimento das razões que prevaleceram na hora da decisão, fato este que dificulta a criação de uma jurisprudência de âmbito nacional, esta observação é apreendida da tese escrita por Danilo dos Santos Almeida, o qual diz ser dificultoso a formação de uma correspondência entre as decisões tomadas por um Ministro em um caso e a forma como este atuou em um outro caso semelhante. Outra observação é o fato de uma interpretação utilizada em um dado momento apresenta-se como fundamento para outro juízo decidido pela Corte, com uma mesma interpretação atrelada a fins diferentes. Fatos estes que dificultam a

unificação de uma jurisprudência que comporte a observância da utilização dos precedentes, incluído no Novo Código Civil. (ALMEIDA, 2016, p. 143-144)

A abstenção da atuação do STF em relação as questões voltadas a prática legiferante do Executivo e do Legislativo, que são levadas a sua apreciação, demonstra uma postura também contrária a realizada pelo mesmo órgão em outros momentos, como os referenciados em relação a reforma eleitoral.

Além dos atos de decisão que julgam os processos com resolução de mérito, existem outras formas de impedir que determinados temas sejam levados a Corte, um dos assuntos em que o órgão se utiliza destes métodos faz referência a problemática acima descrita, no tocante a atividade legiferante do Estado. Os Ministros do STF apresentam métodos para impedir que determinados casos adentrem a esfera da Corte, utilizando-se da criação de requisitos processuais, esta afirmação depreende-se da tese de autoria de David da Silva Pereira, o qual por meio da análise de Mandados de Injunção observou que a atuação do Supremo nessa esfera ocorre de forma autocontida, sendo que as potencialidades desses mecanismos são restringidas, a atuação da Corte ocorre em casos específicos, apesar da grande demanda apresentada pela sociedade, por meio da constatação de pedidos repetitivos feitos ao órgão. (PEREIRA, 2013, p. 231-237)

Passadas as controvérsias em relação ao ativismo judicial e a expansão do judiciário, apresenta-se as questões relacionadas a mediação realizada entre o Judiciário e os demais poderes.

Algumas das reflexões trazidas pelas teses dizem respeito a forma como o STF decide quando está em jogo alguma relação de governabilidade, ou algum interesse do Poder Executivo ou Legislativo. De acordo com a pesquisa apresentada por Sandro Luís Tomás Ballandre Romanelli, existe coalização entre os interesses do governo e as decisões do Supremo Tribunal Federal, o autor concluiu que a Corte leva em consideração os interesses do governo, independente de quem os tenha nomeado, e que em épocas de baixa popularidade deste, o Supremo age de forma a garantir sua independência deste. (ROMANELLI, 2017, p. ix)

Outra questão importante apresentadas nas teses diz respeito a relação existente entre os Ministros e os partidos que fizeram parte de sua nomeação. A tese de autoria de José Mário Wanderley Gomes Neto, a qual analisou os pedidos de suspensão impetrados pelo Poder Executivo, sendo este pedido um meio de suspender os efeitos de uma sentença judicial, concluiu que fatores como a identidade partidária ou orientação ideológica são fatores que influenciam na possibilidade de sucesso em relação aos pedidos de suspensão, outro fator de influência é a preocupação apresentada pelos Ministros em relação as consequências

institucionais, políticas e econômicas que essa decisão pode acarretar. (GOMES NETO, 2015, p. x; 87-89)

Fato este que enseja uma outra observação, a que levam em consideração os Ministros na hora de decidir, a tese acima descrita afirma que eles levam em consideração as consequências institucionais, políticas e econômicas dos efeitos de suas decisões, a outra tese descrita acima desta, afirma que eles levam em consideração os interesses do governo ao decidirem.

Essa forma de decidir está presente nos julgamentos que também envolve questões relacionadas a corrupção, pois a Suprema Corte brasileira, segundo a pesquisa apresentada pela autora Larissa Maria Melo Ambrozio de Assis, admite que existe um espaço de troca política que não é caracterizado como corrupção, são os espaços de troca de prestígio e de submissão pelos laços de obrigações gerados, seria corrupção os espaços de troca meramente mercantilista. A Suprema Corte leva em consideração nos casos de julgamentos que envolvem corrupção a manutenção da governabilidade e da governança do país. (ASSIS, 2017, p. 6; 20)

Uma outra tese que apresenta essa discussão a respeito do paradigma da corrupção e a forma como o STF decide, é a escrita por Denise Leal Fontes Albano, a qual traz uma postura inovadora dos Ministros em relação a esse tema, no tocante ao julgamento do Mensalão. A autora afirma que existe no país uma dissonância entre o texto penal e a prática penal em relação a forma como as práticas corruptivas são tratadas pelas agências de controle penal. A tese apresentada pela autora, a qual faz uma análise do julgamento da Ação Penal 470, “o caso do Mensalão”, afirma que existe uma prática penal baseada em uma dogmática débil em relação aos crimes de poder, sendo que o julgamento da ação penal 470 inaugura um novo marco no tocante ao julgamento destes crimes. (ALBANO, 2015, p. 8-10; 201-202)

Outra questão relacionada a forma como o STF decide está atrelada as forças externas que pressionam e moldam as decisões desse órgão. Uma das grandes forças que influenciam as decisões da Corte são as limitações atreladas ao dogma jurídico. A tese escrita por Sidney Guerra Reginaldo, analisa a influência do ativismo religioso frente o judiciário. A Igreja Católica continua influenciado as decisões da Corte Suprema, não atuando de forma direta por meio da impetração de ações, sendo que nos últimos cinco anos aumentou a demanda em 64,52% das questões religiosas no judiciário, sendo que dessas ações a maioria são reconhecidas na íntegra ou parcialmente, bem como, o teor das decisões demonstra existir uma consideração em relação aos princípios religiosos que são levados a Corte. Apesar de ter havido um progresso, com decisões que vão de encontro preceitos religiosos, muitas são as questões que ainda faltam sair dessa esfera. (REGINALDO, 2014, p. 185-200)

Ainda em relação a forma como decide a Corte Suprema, a tese escrita por Luís Cláudio Aguiar Gonçalves, afirma que esta preza pela sua memória jurisprudencial, a afirmativa depreende-se da análise das ADC's nº 29 e 30, e da ADI 4.578, realizadas pelo autor, que concluiu serem raras as construções interpretativas que não se reportam a outras interpretações já proferidas pela Corte, compondo o que chama o autor de memória artificial do STF. Outra observação apresentada pelo autor é o fato de que a partir da análise de discurso é possível antecipar quais argumentos que serão utilizados em uma peça processual ou em uma decisão. (GONÇALVES, 2016, p. vii-xi; 119-219)

Algumas características que envolvem a Corte Suprema, como a criação de um imaginário a respeito da supremacia judicial ou como as normas interacionais são convencioneadas pela Corte, também foram alvo de pesquisa realizada pelas teses. No tocante a supremacia do judiciário, a partir da tese escrita por Clarissa Tassinari, restou comprovada que esta característica não foi cunhada pela normativa constitucional, mas por uma construção teórica que passa pelo reconhecimento desta pelos próprios juristas e pelos incentivos do Poderes Legislativo e Executivo, ou por meio da investidura do próprio STF. (TASSINARI, 2016, p. 10)

Outro fator relacionado a supremacia da corte, pode existir devida a judicialização das questões Estaduais quando levadas para o âmbito federal. De acordo com a pesquisa apresentada por Júlio Canello, existe no país um movimento dos atores estaduais, como Governadores, partidos políticos e entidades representativas, bem como o Procurador-Geral da República, de procurar a instância suprema para resolver casos de conflitos relacionados ao resultado de processos decisórios no âmbito do legislativo estadual, o autor concluiu que essas demandas não partem em sua maioria de jogos políticos no âmbito estadual, mas que esse processo de controle de constitucionalidade exercido pela esfera federal tem como resultado uma centralização nessa esfera. (CANELLO, 2016, p. 226-233)

Em relação as normas de convenção interacional, a tese escrita por Erika Hoth Guerra Sathler entende que a prática jurídica perpassa por relações que não estão normatizadas, como por exemplo, a forma como um juiz fala com o outro, ou a tônica dos debates que são levados para a tribuna, relações que podem ser classificadas como polidas ou não. Nesta tese, em que analisa gravações realizadas no Julgamento do Mensalão, as relações interacionais que são apresentadas pelos Ministros demonstram que a civilidade é pautada a partir de normas convencioneadas, passadas pela tradição da Corte, em que estratégias de impolidez são utilizadas para vencer debates, existindo um tom de sacarmos e ironia para mitigar a agressividade do

discurso jurídico e manter a imagem de civilidade que os componentes do órgão tanto presam. (SATHLER, 2015, p.135-138)

Os temas tratados pelas teses não se limitavam a realizar pesquisas em relação as posturas atuais da Corte, tendo sido realizadas pesquisas relacionadas aos processos históricos do STF, bem como, sua postura diante do golpe civil-militar pelo qual se entendeu ao país anos de ditadura militar.

No tocante aos julgamentos históricos da Corte, a tese escrita por Luiz de Araújo Monteiro, analisou o instituto do *habeas corpus* nos julgamentos históricos do Supremo. Este instituto não esteve sempre presente no ordenamento jurídico brasileiro, tendo sido introduzido pela Constituição de 1891. A pesquisa apresenta um STF que apesar de momentos de difícil conjuntura política, como por exemplo no Estado de Sítio decretado por Hermes da Fonseca, as decisões da Corte em relação a este instituto apresentaram algum nível de evolução, concluindo entre outras coisas que o fortalecimento do Estado Democrático de Direito percorreu um caminho de evolução a partir da análise dos julgados históricos proferidos pelos Ministros da Corte Suprema. (MONTEIRO, 2015, p. 198-200)

Em relação a época da ditadura, a forma como o STF agiu naquele momento histórico, demonstra que houve uma relação de convivência com o golpe, existindo em alguns momentos da história desse órgão o apoio claro ao sistema implantado pela ditadura civil-militar, fatos estes que podem ser observados a partir da forma como o STF julgou nos dias atuais a Lei da Anistia, demonstrando que ainda existe uma influência das classes relacionadas ao golpe com a atuação do órgão ainda hoje.

Em relação a forma como a Corte decidia na época da ditadura destaca-se a tese escrita por Mateus Gamba Torres. A pesquisa deste apresenta que a posição do STF durante o regime militar aponta que este órgão foi conivente com o golpe desde o início, nunca alegando a inconstitucionalidade deste, nem a promulgação dos Atos Institucionais, mesmo antes de ter seu número de Ministros ampliado, imposição esta que concedeu ao regime um maior controle sobre a corte, esses dados são apreendidos da tese escrita por. (TORRES, 2014, p. 202-207)

Outro dado importante é o fato de que a possibilidade de se visualizar o apoio ao golpe durante o regime, é a utilização do vocabulário dos Ministros em suas decisões, em que eram utilizadas palavras que faziam parte do aporte argumentativo utilizado pelos membros do regime nos casos de perseguição daqueles que eram contra o regime. A imparcialidade da Corte concentrava-se em não ir de encontro as decisões do Poder Executivo. (TORRES, 2014, p. 202-207)

Outra postura do STF abordada na pesquisa foi a sua relação com a autonomia e a imparcialidade nos tempos da ditadura civil-miliar, Torres abordou em sua conclusão que o STF nos tempos da ditadura civil-militar sustentava um discurso de autonomia e imparcialidade apenas no concernia em não questionar as decisões políticas realizadas pelo regime, apresentando mesmo antes do aumento da quantidade de Ministros uma postura de apoio ao golpe, pois em nenhum momento questionou a legitimidade e a legalidade do golpe, postura essa que foi seguida em relação as promulgações dos Atos Institucionais. O apoio ao golpe estava presente nas palavras utilizadas nas decisões dos Ministros, as quais constava um vocabulário utilizado pelo regime em suas repressões políticas. (TORRES, 2014, p. 202-207)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo de todo trabalho foram realizadas pesquisas e reflexões, a partir do material teórico referencial e da pesquisa empírica documental, a fim de responder ao seguinte problema de pesquisa: Na sociedade existe a realização de um Direito efetivo baseado em conceitos éticos que visa o bem comum ou um Direito baseado em relações de uma ética estruturada na força e no poder, voltado para atender aos interesses de uma determinada classe?

Para tanto foram apresentadas teorias a respeito do fenômeno poder e da ética, a fim de traçar um panorama levando em consideração a forma como estes dois fenômenos foram tratados nos referenciais teóricos selecionados, fazendo uma relação com estes e a teoria do Direito.

A partir das reflexões da literatura jusfilosóficas e da dogmática do direito, foi possível traçar um *modus operandi* pelo qual fica evidenciada a forma como as instituições jurídicas foram criadas, bem como analisar qual parcela da população estas instituições favorecem.

A análise histórica-filosófica demonstrou, tendo como base os relatos evidenciados a respeito da criação do Poder Judiciário, a forma como as primeiras nuances de judicialização das relações sociais passou do julgo individual para o Poder Estatal.

Nessa primeira parte ficou clara a resposta ao problema de pesquisa, pois, com base no contexto histórico em que foi constituída a via judicial das relações sociais, traçando um paralelo entre a forma europeia, apresentada por meio das obras de Foucault, e a forma brasileira, pode-se afirmar que existe sim uma realização de um direito efetivo, baseado em uma ética que não visa o bem comum, a realização do Direito, nesta fase histórica analisada, estava ligada a utilização do poder de legitimar as ações de uma determinada classe social, a qual era detentora das riquezas e do poder de mando por meio de um aparato institucional, muitas vezes um aparato militar.

Essa resposta apresentada ao problema de pesquisa está vinculada a forma como o Poder Judiciário historicamente se desenvolveu. Para responder ao problema de pesquisa, tendo como base os dias atuais, o presente trabalho necessitou adentrar nos conceitos de práxis jurídica e da realização dos campos da ética (macroética e microética), para poder entender como a partir da práxis jurídica pode-se ter uma produção jurídica que não esteja baseada em determinados valores éticos constituídos na história da construção do Poder Judiciário.

A partir das análises feitas sobre a ética na construção do Direito, visualizou-se que existe a possibilidade da efetividade de um Direito baseado em uma ética que visa o bem comum. Desde que este Direito tenha como base uma estrutura legiferante que busque o bem

comum, a segurança e os direitos coletivos da comunidade, não apenas servindo para favorecer uma parcela da população. Essas respostas estão relacionadas ao campo do Direito formal. No tocante ao campo material do Direito, da efetividade prática destes, as questões foram analisadas a partir do conceito de práxis jurídica, da microética e da macroética.

Tendo como bases esses parâmetros, é possível refletir, a respeito da práxis jurídica realizada no Brasil.

No Brasil, no âmbito formal, existe uma legislação criada a partir dos preceitos éticos que visam o bem comum. Trazendo o conceito de práxis política, em que a práxis visa a transformação do ser humano em sociedade, tendo no mundo ideal, ainda não realizado, os parâmetros teleológicos firmados nas normas jurídicas, as quais são criadas com uma finalidade, sendo a práxis a realização destas.

A práxis jurídica é uma práxis política com possibilidade de realização baseada em parâmetros normativos que são as finalidades teleológicas da práxis. No presente trabalho, o campo de delimitação pesquisado é o campo do Poder Judiciário, das relações jurídicas. Esta realização da práxis jurídica a partir das finalidades teleológicas, devem ser realizadas por aqueles que compõem a relação jurídica, então o campo de possibilidade de uma práxis jurídica baseada em conceitos éticos está atrelada à forma como os agentes autorizados institucionalmente para interpretar e colocar em prática os parâmetros teleológicos, realizam essas atividades.

Tendo em vista que o termo Direito foi utilizado como gênero, e para realizar a pesquisa sobre a práxis fez-se necessário delimitar um campo do Direito, foi selecionado o campo dos Direitos Humanos, a fim de indicar se existe a possibilidade da efetividade dos direitos a partir de uma práxis jurídica realizada a partir de estruturas éticas que visem o bem comum.

Como forma de analisar a atividade desses agentes, foi definido o campo da práxis jurídica do Supremo Tribunal Federal, pois, este é o órgão máximo da justiça brasileira, que possui o poder de julgar as questões que envolvam os preceitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal.

Ao analisar a postura do STF no âmbito de sua prática no tocante a defesa dos direitos, com o recorte para os direitos humanos, bem como, a forma como este se relaciona com os demais poderes, tendo em vista a necessidade de traçar as relações de poder que permeiam a práxis desse órgão, pode-se observar a afirmação da hipótese levantada pelo presente trabalho, pois é possível a partir da práxis jurídica, baseada em uma ética que visa o bem comum, a

realização da efetividade dos direitos no campo fático, para além do campo formal da legislação fria.

Tal argumentação funda-se na evidência de que durante o processo histórico do STF, em vários momentos o órgão não agiu de forma a realizar uma ética que visa o bem comum, fatos estes que podem ser observados nas teses que tratam por exemplo da defesa dos direitos na época da ditadura civil-militar.

Após a redemocratização do país e com o aumento do campo de poder deste órgão, este passou a timidamente participar de campos em que fica evidente a sua atuação de forma a realizar uma ética do bem comum, ressalta-se que essa participação do Supremo se vincula principalmente nas causas em que envolvem direitos individuais, como os de primeira geração. No entanto, nas causas de segunda geração, dos direitos sociais, o órgão realiza uma ética que ainda está atrelada a preceitos antigos, ocasiões em que por exemplo, fica evidente a tendência do órgão a defender o Estado, em questões que avancem o campo da legitimidade econômica do país, por exemplo. Bem como, apresentando decisões com interpretações diferenciadas para o mesmo conceito já visto pelo órgão, como foi o caso do julgamento da lei da anistia, o qual o órgão se manteve de forma a não adentrar no campo do Legislativo, no entanto, de outro lado, mudou vários preceitos normativos em relação a realização da “reforma política judicial”, realizando uma prática que disse não poder realizar ao tratar de um outro assunto levado a julgamento.

A análise das teses demonstra que a práxis jurídica pode modificar a realidade fática da sociedade, a partir da quebra de alguns paradigmas que realizam mudanças de cima para baixo nos órgãos do Poder Judiciário, análise essa que apresenta uma cautela em relação a esse poder de mando dos que compõem a Corte, tendo em vista que sendo detentor de todo esse poder, pode eles decidir conforme suas vontades, como apresentado por uma das teses analisadas.

Estando o campo da vontade contido no da volitividade subjetiva moral, a problemática versa a respeito do campo individual ético de cada um dos Ministros que compõem a Corte, ou seja, suas relações microéticas, que quando realizadas nas atividades institucionais, passam a ser atividades com a amplitude da macroética⁴². O que demonstra ser as relações infinitesimais, como afirma Foucault, o local em que deve ser analisado as formas de poder. Estando o campo da volitividade no âmbito individual do ser, e podendo essas pessoas

⁴² Há uma tradição no direito que estuda as questões emotivistas éticas, essa tradição é o Realismo Jurídico, tal tema não foi aqui abordado por não ser o objeto deste trabalho, mas pode ser comprovado por meio de pesquisas que envolvam, na Teoria do Direito o Realismo Jurídico, bem como, as correntes que tratam a respeito da teoria emotivista.

detentoras de tamanho poder vir a decidir sobre questões morais complexas sociais, fica evidente que a práxis jurídica a partir das escolhas realizadas no campo individual destes, em seus campos de microética, tem potencialidade para realizar uma mudança de cima para baixo na qual exista o direcionamento da realização efetiva dos direitos, realizando assim a macroética.

No entanto, ressalta-se que tal atividade não deixa de ser delicada, tendo em vista, como afirmado em uma das teses analisadas, existir a possibilidade das duas realizações, tanto da efetividade dos direitos a partir desta práxis, quanto a realização de uma práxis autoritária baseada em uma ética que não visa o bem comum.

REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. **O Problema da Legitimidade:** No rastro do pensamento de Hannah Arendt. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989.

_____. **Ética e Retórica:** Para uma teoria da Dogmática Jurídica. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ALBANO, Denise Leal Fontes. **O JULGAMENTO DA AÇÃO PENAL 470 (O CASO MENSALÃO) E OS NOVOS VETORES DE UMA CONCEPÇÃO JURÍDICO-PRAGMÁTICA INAUGURADOS PELO STF.** 2015. 215 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2015. Disponível em: <https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=3169488>. Acesso em: 25 jul. 2017.

ALMEIDA, Danilo dos Santos. **As Razões Ocultas do Supremo Tribunal Federal: um estudo sobre agenciamento de grupo na Corte.** 2016. 155 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Pontífice Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <<https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/27851/27851.PDF>>. Acesso em: 24 out. 2017.

ANDREOPOULOS, Georg J; CLAUDE, Richard Pierre (Org.). **Educação em Direitos Humanos para o Século XXI.** São Paulo: Edusp, 2007, p. 119-140; 381-388.

AQUINO, Santo Tomás de. **Suma Teológica:** Tratado da Lei. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/10990914/livro---suma-teologica-tratado-da-lei--tomas-de-aquino>>. Acesso em: 30 jul. 2017.

ARANTES, Bruno Camilloto. **Razão pública e poder judiciário: uma análise pragmático-normativa da estrutura e atuação do poder judiciário brasileiro.** 2015. 209 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Pontífice Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2015. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_ArantesBC_1.pdf>. Acesso em: 24 out. 2017.

ARENDT, Hannah. **Entre o Passado e o Futuro.** 5º ed. São Paulo: Ed. Perspectiva, 2000.

_____. **Da Violência.** 1969/1970. Disponível em: <<http://delubio.com.br/biblioteca/wp-content/uploads/2014/02/harendtdv.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

_____. **Origens do Totalitarismo.** Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_arendt_origens_totalitarismo.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2016.

_____. ***The Human Condition***. 2nd ed. - Chicago: *The University of Chicago Press*, 1998.

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. 4. ed. São Paulo: Nova Cultura, 1991.

ASSIS, Larissa Maria Melo Ambrozio de. **Corrupção, Governança e Governabilidade: um estudo dos julgamentos do Collor e do Mensalão no Supremo Tribunal Federal**. 2017. 224 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2017. Disponível em:
<http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/22802/1/2017_LarissaMariaMeloAmbroziodeAssis.pdf>. Acesso em: 24 out. 2017.

AVELINO, Pedro Buck. **Fidelidade, álibi ou traição: ressignificação e perspectivas sobre o comportamento decisório do STF**. 2015. 288 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <file:///C:/Users/MPSE.Admin-HP/Downloads/Tese_Fidelidade_Alibi_e_Traicao_Integral.pdf>. Acesso em: 24 out. 2017.

BENTHAM, Jeremy; MILL, John Stuart. **Uma introdução aos princípios da moral e da legislação**. Abril Cultura, 1974.

BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil S.A., 1989.

BRANDÃO, Juliana Ribeiro. **Justiça e direitos humanos: análise da jurisprudência no STF (1988-2012)**. 2015. 248 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <file:///C:/Users/MPSE.Admin-HP/Downloads/Tese_Juliana_Ribeiro_Brandao.pdf>. Acesso em: 24 out. 2017.

CANELLO, Júlio. **Judicializando a Federação? O Supremo Tribunal Federal e os atos normativos estaduais**. 2016. 250 f. Tese (Doutorado) - Curso de Ciência Política, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016. Disponível em: <<file:///C:/Users/MPSE.Admin-HP/Downloads/Teseparte-JulioCanello.pdf>>. Acesso em: 24 out. 2017.

CARVALHO, Alexandre Douglas Zaidan de. **Imagens da Imparcialidade: entre o discurso constitucional e a prática judicial**. 2016. 311 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2016. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/21165/1/2016_AlexandreDouglasZaidandeCarvalho_Parcial.pdf>. Acesso em: 24 out. 2017.

CARVALHO, João Claudio Carneiro de. **Supremo Tribunal Federal e Princípio da Dignidade: análise pitagórica da construção metafórica de signos jurídicos**. 2012. 787 f.

Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2012. Disponível em: <[http://repositorio.ufpe.br/bitstream/handle/123456789/10600/TESE DE DOUTORAMENTO - JOÃO CLAUDIO DE CARVALHO - JUNTANDO PDF \(1\).pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://repositorio.ufpe.br/bitstream/handle/123456789/10600/TESE_DE_DOUTORAMENTO_-_JOAO_CLAUDIO_DE_CARVALHO_-_JUNTANDO_PDF(1).pdf?sequence=1&isAllowed=y)>. Acesso em: 24 out. 2017.

CRISTIANI, Claudio Valentim (Org.). **O Direito no Brasil Colonial**. In: WOLKMER, Antonio Carlos. Fundamentos de História do Direito. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. p. 295-310.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2007.

_____. **Fundamentos dos Direitos Humanos**. São Paulo: Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo. Disponível em: <<http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/31/Documentos/comparatodireitoshumanos.pdf>>. Acesso em: 01 de mar. 2016.

COULANGES, Fustel de. **A Cidade Antiga**. São Paulo: das Américas S.a. - Edameris, 1961.

CRESWELL, John. W. **Projeto de pesquisa: métodos qualitativo, quantitativo e misto**. Disponível em:<<https://www.passeidireto.com/arquivo/3657741/creswell---projeto-de-pesquisa/1>>. Acesso em 10 ago. 2016. (p. 87-129)

CUNHA, Alexandre dos Santos; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (Org.). **Pesquisa Empírica em Direito**. 2013. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/livro_pesquisa_empirica_direito.pdf>. Acesso em: 01 jul. 2017.

DOUZINAS, Costas. **O Fim dos Direitos Humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

ENGELS, Friedrich. **Sobre a Autoridade**. 1873. Disponível em: <<http://www.dominipublico.gov.br/download/texto/ma000079.pdf>>. Acesso em: 01 jul. 2017.

_____. **ANTI-DÜHRING**. 1877. Disponível em: <<http://www.dominipublico.gov.br/download/texto/cv000004.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

EPSTEIN, Lee. **Pesquisa empírica em direito** [livro eletrônico]:as regras de inferência / Lee Epstein, Gary King. --São Paulo : Direito GV, 2013. -- (Coleção acadêmica livre) 7 Mb ; PDF

FARIA, Adriana Ancona de. **O ativismo judicial do STF no campo político-eleitoral: riscos antidemocráticos**. 2013. 171 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Pontífice Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/6144/1/Adriana_Ancona_de_Faria.pdf>. Acesso em: 24 out. 2017.

FEITOSA, Enoque. **O Discurso Jurídico como Justificação**: uma análise marxista do direito a partir da relação entre verdade e interpretação. 2008. 231 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2009.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao Estudo do Direito**. São Paulo: Atlas, 2011.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Organização e tradução de Robert Machado. Rio de Janeiro. Disponível em: <https://www.nodo50.org/insurgentes/biblioteca/A_Microfisica_do_Poder_-_Michel_Foucault.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2016

_____. **La vérité et les formes juridiques**. In: Dits Ecrits tome II texte n°139. 1973. Disponível em: <<http://1libertaire.free.fr/MFoucault194.html>>. Acesso em: 14 jan. 2017

FRANCELINO FILHO, Edmilson Barbosa. **Perspectivas de Moralização em Questões Político-Eleitorais, a partir do Ativismo Judicial do STF**. 2015. 162 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de Fortaleza - Unifor, Fortaleza, 2015. Disponível em: <<file:///C:/Users/MPSE.Admin-HP/Downloads/Tese.pdf>>. Acesso em: 24 out. 2017.

FUCK, Luciano Felício. **Supremo Tribunal Federal e a concretização dos direitos fundamentais no sistema constitucional brasileiro**. 2014. 316 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014. Disponível em: <file:///C:/Users/MPSE.Admin-HP/Downloads/Tese_Doutorado_Luciano_Fuck_versao_final.pdf>. Acesso em: 24 out. 2017.

GILISSEN, John. **Introdução Histórica ao Direito**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995.

GOMES NETO, José Mário Wanderley. **Pretos Estratégicos: Por que o Judiciário decide a favor do Executivo e contra suas próprias decisões? Análise empírica dos Pedidos de Suspensão apresentados ao STF (1993-2012)**. 2015. 97 f. Tese (Doutorado) - Curso de Ciência Política, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2015. Disponível em: <http://www.repositorio.ufpe.br/bitstream/handle/123456789/16709/Thesis_-_doutorado_-_JOSE_MARIO_WANDERLEY_GOMES_NETO_-_PPGCP.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 24 out. 2017.

GONÇALVES, Luís Cláudio Aguiar. **Memória e interpretação no STF: o controle de constitucionalidade da Lei da "Ficha Limpa" em práticas de subjetivação e hermenêutica**. 2016. 230 f. Tese (Doutorado) - Curso de Memória: Linguagem e Sociedade, Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia – Uesb, Vitória da Conquista, 2016. Disponível em: <<http://www2.uesb.br/ppg/ppgmls/wp-content/uploads/2017/06/Tese-Luís-Cláudio-Aguiar-Gonçalves.pdf>>. Acesso em: 24 out. 2017.

GROTIUS, Hugo. **O Direito da Guerra e da Paz**. Ijuí: Unijuí, 2004. 1 v.

HUBERMAN, Leo. **História da Riqueza do Homem**. 16. ed. Zahar

HUME, David. **Tratado da natureza humana: uma tentativa de introduzir o método experimental de raciocínio nos assuntos morais**. 2. ed. São Paulo: Unesp, 2009.

JOBIM, Marco Félix. **As Medidas Estruturantes e a Legitimidade Democrática do Supremo Tribunal Federal para sua Implementação**. 2012. 284 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Pontífice Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012. Disponível em: <<http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/2538/1/000445030-Texto+Parcial-0.pdf>>. Acesso em: 24 out. 2017.

KANT, Immanuel . **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. 1785.

KELSEN, Hans. **O Problema da Justiça**. São Paulo: Martin Fontes, 1998.

_____. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martin Fontes, 2015.

KOATZ, Rafael Lorenzo-fernandez. **Deliberação e procedimento no STF: Discutindo a relação**. 2015. 442 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <http://www.bdtu.uerj.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=10314>. Acesso em: 24 out. 2017.

LOPES, Ana Paula de Almeida. **Poder judiciário e democracia: uma análise do impacto da intervenção judicial nas regras da competição política de 2002 a 2010**. 2015. 243 f. Tese (Doutorado) - Curso de Ciência Política, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2015. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/117577/000967396.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 24 out. 2017.

LEITE, Glauco Salomão. **Separação de poderes e ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal: do guardião da Constituição ao diálogo institucional**. 2014. 218 f. Tese

(Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2014. Disponível em: <https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=1871619>. Acesso em: 24 out. 2017.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito I**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

_____. **Legitimação pelo Procedimento**. Brasília: Unb, 1980.

MACINTYRE, Alasdair. **Depois da Virtude**: um estudo em teoria moral. Bauru/SP: EDUSC, 2001.

_____. **Justiça De Quem? Qual Racionalidade?** São Paulo: Loyola, 1991.

MONTEIRO, Fernando Luiz de Araújo. **Por detrás dos Julgamentos Históricos do Supremo Tribunal Federal – Direito, Justiça e Políticas nas Ações de Habeas Corpus, entre 1892 e 1947**. 2015. 212 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <<http://portal.estacio.br/media/922591/ok-fernando-luiz-de-araujo-monteiro.pdf>>. Acesso em: 24 out. 2017.

MOREIRA, Erika Macedo. **ONHEMOIRÕ: O judiciário frente aos Direitos Indígenas**. 2014. 280 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2014. Disponível em: <http://www.repositorio.unb.br/bitstream/10482/15760/1/2014_ErikaMacedoMoreira.pdf>. Acesso em: 24 out. 2017.

NICHNIG, Claudia Regina. **Para ser digno há que ser livre: Reconhecimento jurídico da conjugalidade entre pessoas do mesmo sexo no Brasil**. 2013. 312 f. Tese (Doutorado) - Curso de Interdisciplinar em Ciências Humanas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2013. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/123029/322096.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 24 out. 2017.

NUNES JÚNIOR, Amandino Teixeira. **A judicialização da política no Brasil: análise das decisões do TSE e do STF sobre verticalização das coligações e fidelidade partidária**. 2014. 203 f. Tese (Doutorado) - Curso de Instituto de Ciência Política, Universidade de Brasília, Brasília, 2014. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/17464/1/2014_AmandinoTeixeiraNunesJunior.pdf>. Acesso em: 24 out. 2017.

OLIVEIRA, Leandro Corrêa de. **A Jurisdição Constitucional em Perspectiva: Judicialização, ativismo judicial e diálogo no Supremo Tribunal Federal**. 2014. 172 f. Tese

(Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: <<http://portal.estacio.br/media/5980/leandro-corrêa-de-oliveira.pdf>>. Acesso em: 24 out. 2017.

OLIVEIRA, Luciano. **Não fale do Código de Hamurábi**. Disponível em: <https://www.uniceub.br/media/180293/Texto_IX.pdf>. Acesso em 10 ago. 2016.

PAGANOTTI, Ivan. **Ecos do silêncio: liberdade de expressão e reflexos da censura no Brasil pós-abertura democrática**. 2015. 342 f. Tese (Doutorado) - Curso de Ciências da Comunicação, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <<file:///C:/Users/MPSE.Admin-HP/Downloads/IVANPAGANOTTI.pdf>>. Acesso em: 24 out. 2017.

PAUSEIRO, Sérgio Gustavo de Mattos. **O Ativismo Judicial e o Limite de Discrecionalidade dos Tribunais Constitucionais**. 2014. 154 f. Tese (Doutorado) - Curso de Sociologia e Direito, Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2014. Disponível em: <https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=1938131>. Acesso em: 24 out. 2017.

PEGORARO, Olinto A. **Ética é Justiça**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2005.

POOLE, Hilary (Org.). **Direitos Humanos: Referências Essenciais**. São Paulo: Ed. USP, 2007.

PEREIRA, David da Silva. **Jurisprudência e política no Supremo Tribunal Federal: a omissão inconstitucional nas decisões de mandado de injunção (1988-2010)**. 2013. 336 f. Tese (Doutorado) - Curso de Ciência Política, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2013. Disponível em: <http://repositorio.unicamp.br/jspui/bitstream/REPOSIP/280156/1/Pereira_DaviddaSilva_D.pdf>. Acesso em: 24 out. 2017.

PRESGRAVE, Ana Beatriz Ferreira Rebello. **A vinculação nas decisões de Controle de Constitucionalidade e nas Súmulas Vinculantes: Uma análise crítica da atuação do Supremo Tribunal Federal**. 2013. 239 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2013. Disponível em: <http://www.bdt.d.ufpe.br/bitstream/handle/123456789/10869/Tese_Ana_Beatriz_Presgrave.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 24 out. 2017.

REGINALDO, Sidney Guerra. **Ativismo judicial religioso católico e a sua influência na atuação do Supremo Tribunal Federal**. 2014. 218 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de Fortaleza (unifor), Fortaleza, 2014. Disponível em: <<https://uolp.unifor.br/uolp/conteudosite/F86027120141104112100739185/Tese.pdf>>. Acesso em: 24 out. 2017.

RIBEIRO, Luiz Alberto Pereira; VILLATORE, Marco Antônio César. **A negociação coletiva do trabalho como um direito fundamental social do servidor público: o caráter dirigente da Constituição de 1988 e das convenções 151 e 154 da organização internacional do trabalho.** 2017. 260 p. Tese (Doutorado) - Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2017. Disponível em: <<http://www.biblioteca.pucpr.br/pergamum/biblioteca/img.php?arquivo=/000060/00006099.pdf>>. Acesso em: 25 jul. 2017.

RODRIGUES, Márcia Sleiman. **Análise das decisões da presidência do STF sobre o direito fundamental à saúde.** 2013. 260 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2013. Disponível em: <[http://repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/3410/Márcia Sleiman Rodrigues.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/3410/Márcia_Sleiman_Rodrigues.pdf?sequence=1&isAllowed=y)>. Acesso em: 24 out. 2017.

ROMANELLI, Sandro Luís Tomás Ballandre. **Suprema (In)Dependência: Mecanismos da Relação entre Governo e o Supremo Tribunal Federal.** 2016. 238 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2016. Disponível em: <[http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/44038/R - T - SANDRO LUIS TOMAS BALLANDE ROMANELLI.pdf?sequence=3&isAllowed=y](http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/44038/R_-_T_-_SANDRO_LUIS_TOMAS_BALLANDE_ROMANELLI.pdf?sequence=3&isAllowed=y)>. Acesso em: 24 out. 2017.

ROSS, Alf. **Direito e Justiça.** Bauru: Edipro, 2000.

SADEK, MT., org. In **Uma introdução ao estudo da justiça** [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2010. A organização do poder judiciário no Brasil. pp. 1-16. ISBN: 978-85-7982-032-8. Available from SciELO Books <<http://books.scielo.org>>.

SATHLER, Erika Hoth Guerra. **(Im)Polidez no Julgamento do Mensalão: Uma análise Sociointernacional.** 2015. 159 f. Tese (Doutorado) - Curso de Linguística, Universidade de Brasília, Brasília, 2015. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/19395/1/2015_ErikaHothGuerraSathler.pdf>. Acesso em: 24 out. 2017.

SILVEIRA, Ramaís de Castro. **Diálogos Constitucionais? Análise da interpretação da Constituição, na dinâmica Congresso-STF, à luz de um pressuposto deliberativo.** 2016. 486 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2016. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/21125/1/2016_RamaisCastroSilveira.pdf>. Acesso em: 24 out. 2017.

SCHALLENMÜLLER, Christian Jecov. **O discurso da "conciliação nacional" e a justiça de transição no Brasil.** 2015. 264 f. Tese (Doutorado) - Curso de Ciência Política, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em: <file:///C:/Users/MPSE.Admin-HP/Downloads/2015_ChristianJecovSchallenmuller_VOrig.pdf>. Acesso em: 24 out. 2017.

TASSINARI, Clarissa. **A supremacia judicial consentida: Uma leitura da atuação do Supremo Tribunal Federal a partir da relação direito-política**. 2016. 259 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2016. Disponível em: http://www.repositorio.jesuita.org.br/bitstream/handle/UNISINOS/6403/ClarissaTassinari_.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 24 out. 2017.

TORRES, Mateus Gamba. **Política, discurso e ditadura: o Supremo Tribunal Federal nos julgamentos dos recursos ordinários criminais (1964-1970)**. 2014. 218 f. Tese (Doutorado) - Curso de História, Universidade do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014. Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/106454/000941652.pdf?sequence=1>. Acesso em: 24 out. 2017.

TOYODA, Hisashi. **A modulação dos efeitos dos julgados do Supremo Tribunal Federal na seara tributária: o substrato moral das decisões judiciais**. 2016. 270 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016. Disponível em: <https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/19638/2/HisashiToyoda.pdf>. Acesso em: 24 out. 2017.

VAZQUEZ, Adolfo Sánchez. **Filosofía de la Práxis**. México: Siglo Veintiuno, 2003.

WEBER, Max. **Economia e Sociedade**. São Paulo: Unb, 2004. 2 v.

WOLKMER, Antonio Carlos. **História do Direito no Brasil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

APÊNDICE**APÊNDICE A****APÊNDICE B****APÊNDICE C**

APÊNDICE A

Na tabela a seguir serão descritos todos os trabalhos encontrados na pesquisa do repositório de teses e dissertações da Capes, com as informações acerca da escolha dos documentos que se encaixam nos critérios estabelecidos.

Nº	TÍTULO	FONTE DIGITAL?	POSSUI PESQUISA EMPÍRICA JURISPRUDENCIAL? 
1	A institucionalização do Supremo Tribunal Federal e sua posição contromajoritária na Constituição da República de 1988	NÃO	Prejudicado
2	AS MEDIDAS ESTRUTURANTES E A LEGITIMIDADE DEMOCRÁTICA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA SUA IMPLEMENTAÇÃO	SIM – parcial	SIM
3	O SER O SUJEITO DE DIREITOS: UMA ANÁLISE DO CONTRAMAJORITARISMO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	SIM – apenas as páginas pré-textuais	Prejudicado
4	"VISTOS, RELATADOS E DISCUTIDOS ESTES AUTOS, ACORDAM OS MINISTROS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL" MAS, HÁ CONSENSO NA CONSTRUÇÃO DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL?"	NÃO	Prejudicado
5	Justiça e direitos humanos: análise da jurisprudência no STF(1988-2012)	SIM	SIM
6	Análise das decisões da presidência do STF sobre o direito fundamental à saúde	SIM	SIM
7	ESTUDO DE MÚLTIPLAS ESTRATIFICAÇÕES DA CAMADA-F IONOSFÉRICA EM REGIÕES DE BAIXA LATITUDE E EQUATORIAL'	NÃO	CAMPO DA FÍSICA
8	Estudo pré-clínico do metabolismo de NAD como alvo terapêutico'	SIM	CAMPO DA FARMÁCIA
9	Anencefalia e o direito à vida: a decisão do Supremo Tribunal Federal e a separação de poderes'	SIM	ESTUDO DE CASO - ABORTO
10	Deliberação e procedimento no STF: Discutindo a relação'	SIM - PARCIAL	Prejudicado

11	STF COMO INDUTOR DA MUDANÇA NO CONSTITUCIONALISMO DE TRANSFORMAÇÃO	SIM – PARCIAL-APENAS SUMÁRIO	Prejudicado
12	IM)POLIDEZ NO JULGAMENTO DO MENSALÃO: UMA ANÁLISE SOCIOINTERACIONAL	SIM	ESTUDO DE CASO - MENSALÃO
13	O ativismo judicial do STF no campo político-eleitoral: riscos antidemocráticos	SIM	SIM
14	SOCIOLOGIA E DIREITOS EXISTENCIAIS EMERGENTES ANÁLISE SÓCIO-POLÍTICA DE DECISÕES DO STF EM CASOS DIFÍCEIS	NÃO	Prejudicado
15	A incidência do direito internacional penal em casos de extradição julgados pelo STF: análise crítica	SIM - PARCIAL	Prejudicado
16	PERSPECTIVAS DE MORALIZAÇÃO EM QUESTÕES POLÍTICO-ELEITORAIS, A PARTIR DO ATIVISMO JUDICIAL DO STF	SIM	SIM
17	Fidelidade, álbi ou traição: ressignificação e perspectivas sobre o comportamento decisório do STF	SIM	SIM
18	O LIBERALISMO DEMOCRÁTICO E A JUSTIÇA FEMINISTA: UM NOVO CAMINHO'	SIM	NÃO
19	A CONSTRUÇÃO FORENSE DO BIODIREITO: Descrição retórico-analítica do processo de justificação pelo STF na ADIN 3.510-0	SIM	ESTUDO DE CASO - BIODIREITO
20	O ATIVISMO JUDICIAL RELIGIOSO CATÓLICO E A SUA INFLUÊNCIA NA ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF)	SIM	ESTUDO DE CASO – utilização de células tronco
21	Memória e interpretação no STF: o controle de constitucionalidade da Lei da “Ficha Limpa” em práticas de subjetivação e hermenêutica'	SIM	SIM
22	DIÁLOGOS CONSTITUCIONAIS? Análise da interpretação da Constituição, na dinâmica Congresso-STF, à luz de um pressuposto deliberativo'	SIM	SIM
23	A judicialização da política no Brasil: análise das decisões do TSE e do STF sobre verticalização das coligações e fidelidade partidária	SIM	SIM

24	O JULGAMENTO DA AÇÃO PENAL 470 (O CASO MENSALÃO) E OS NOVOS VETORES DE UMA CONCEPÇÃO JURÍDICO-PRAGMÁTICA INAUGURADOS PELO STF	SIM	ESTUDO DE CASO - MENSALÃO
25	Responsabilidade por graves violações de direitos humanos na ditadura de 1964-1985: a necessária superação da decisão do stf na adpf n153/df pelo direito internacional dos direitos humanos	SIM	ESTUDO DE CASO – LEI DA ANISTIA
26	PRETORES ESTRATÉGICOS Por que o Judiciário decide a favor do Executivo e contra suas próprias decisões? Análise empírica dos Pedidos de Suspensão apresentados ao STF (1993-2012)'	SIM	SIM
27	A insegurança jurídica dos efeitos vinculantes das decisões do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária'	SIM	SIM
28	O DEVER DOS ENTES ESTATAIS DE DISPONIBILIZAR INFORMAÇÕES PÚBLICAS COMO FUNDAMENTO PARA O EXERCÍCIO DO STATUS ACTIVUS PROCESSUALIS NO CONTROLE DE POLÍTICAS PÚBLICAS: UMA PROPOSTA DE CANAL DE INFORMAÇÃO E TRANSPARÊNCIA EM POLÍTICAS PÚBLICAS DA SAÚDE-CITAPP'	SIM	NÃO
29	A repercussão geral do Supremo Tribunal Federal	NÃO	Prejudicado
30	O ENIGMA DA INDEPENDÊNCIA JUDICIAL: uma análise à luz da história institucional do Supremo Tribunal Federal'	NÃO	Prejudicado
31	A VINCULAÇÃO NAS DECISÕES DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E NAS SÚMULAS VINCULANTES: UMA ANÁLISE CRÍTICA DA ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	SIM	SIM
32	Hermenêutica e pretensão de correção: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal	SIM	SIM
33	Política, discurso e ditadura : o Supremo Tribunal Federal nos julgamentos dos recursos ordinários criminais (1964-1970)	SIM	SIM
34	Separação de poderes e ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal: do guardião da Constituição ao diálogo institucional	SIM	SIM

35	BRASIL EM PEDAÇOS OU A HISTÓRIA DOS MEIOS DE RESOLUÇÃO DAS QUESTÕES DE LIMITES INTERESTADUAIS (1889-1930)	SIM	SIM
36	HOMOAFETIVIDADE E DIREITOS: REPERTÓRIOS DISCURSIVOS CONSTRUÍDOS NO ÂMBITO JURÍDICO'	SIM	ESTUDO DE CASO – UNIÃO HOMOAFETIVA
37	A revisitação do princípio da separação de poderes: dialogicidade e tensão como elementos conformadores da identidade constitucional brasileira	SIM	SIM
38	A relação entre o tipo penal e a prova pericial contábil: evidências nos laudos contábeis da perícia criminal federal sobre o crime de apropriação indébita previdenciária	SIM	SIM
39	Corrupção, Governança e Governabilidade: um estudo dos julgamentos do Collorgate e do Mensalão no Supremo Tribunal Federal	SIM	ESTUDO DE CASO - MENSALÃO
40	Liquidez e resiliência no Direito Constitucional Brasileiro	SIM	NÃO
41	Ecos do silêncio: liberdade de expressão e reflexos da censura no Brasil pós-abertura democrática	SIM	SIM
42	SUPREMA (IN)DEPENDÊNCIA: MECANISMOS DA RELAÇÃO ENTRE GOVERNOS E O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	SIM	SIM
43	O paradoxo da atuação do Supremo Tribunal Federal em direito à saúde: uma descrição sistêmico-pragmática (Luhmann - Pierce) num diálogo com Marcelo Neves	SIM	SIM
44	Razão pública e poder judiciário: uma análise pragmático-normativa da estrutura e atuação do poder judiciário brasileiro	SIM	SIM
45	TENSOR SPACE-TIME CODING FOR MIMO WIRELESS COMMUNICATION SYSTEMS - CODIFICAÇÃO ESPAÇO-TEMPORAL PARA SISTEMAS DE COMUNICAÇÃO SEM FIO MIMO	NÃO	NÃO – ENGENHARIA ELÉTRICA
46	POR DETRÁS DOS JULGAMENTOS HISTÓRICOS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – DIREITO, JUSTIÇA E POLÍTICA NAS AÇÕES DE HABEAS CORPUS, ENTRE 1892 E 1947	SIM	SIM

47	A Corte Interamericana de Direitos Humanos como Tribunal Constitucional Transnacional	NÃO	Prejudicado
48	A negociação coletiva do trabalho como um direito fundamental social do servidor público em decorrência do caráter dirigente da constituição de 1988 e das convenções 151 e 154 da OIT	SIM	SIM
49	A ordem pública como limite à homologação de sentença estrangeira no Brasil	NÃO	Prejudicado
50	O subsistema penal militar e suas contingências: uma sociologia do crime militar à luz de Niklas Luhmann	NÃO	Prejudicado
51	O ATIVISMO JUDICIAL E O LIMITE DA DISCRICIONARIEDADE DOS TRIBUNAIS CONSTITUCIONAIS.	SIM	NÃO TEM SUMÁRIO - ANALISAR
52	Poder judiciário e democracia : uma análise do impacto da intervenção judicial nas regras da competição política de 2002 a 2010'	SIM	SIM
53	Duração razoável e celeridade: a tempestividade do processo civil brasileiro em uma dimensão conflitual	NÃO	Prejudicado
54	Estudo de catalisadores para a produção de combustíveis: Fischer-Tropsch e hidrogenação de CO2	NÃO - QUÍMICA	QUÍMICA
55	RECLAMAÇÃO CONSTITUCIONAL	SIM	NÃO
56	A SUPREMACIA JUDICIAL CONSENTIDA: UMA LEITURA DA ATUAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL A PARTIR DA RELAÇÃO DIREITO-POLÍTICA	SIM	MAIS OU MENOS NÃO IMPRIME
57	PRECEDENTES JUDICIAIS VINCULANTES: O NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A TUTELA CONSTITUCIONAL DA SEGURANÇA JURÍDICA	SIM	NÃO
58	ANÁLISE DE SÉRIES TEMPORAIS FUZZY PARA PREVISÃO E IDENTIFICAÇÃO DE PADRÕES COMPORTAMENTAIS DINÂMICOS	SIM	COMPUTAÇÃO
59	A IMPOSITIVIDADE DAS EMENDAS PARLAMENTARES AO ORÇAMENTO À LUZ DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO	SIM	SIM

	PLANEJAMENTO PÚBLICO: UM EXAME SOB AS PERSPECTIVAS DA “RESPOSTA CORRETA” E DO “DIREITO COMO INTEGRIDADE” EM DWORKIN E DAS PRÉ-COMPREENSÕES EM GADAMER'		
60	APLICAÇÃO DO PROCESSO ELETRO-FENTON NO TRATAMENTO DE EFLUENTE DE CURTUME	NÃO	ENGENHARIA QUÍMICA
61	A JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL EM PERSPECTIVA: JUDICIALIZAÇÃO, ATIVISMO JUDICIAL E DIÁLOGO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	SIM – SOMENTE SUMÁRIO	Prejudicado
62	PESSOA COM DEFICIÊNCIA E JUSTICIABILIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE: LIMITES E POSSIBILIDADES DO FORNECIMENTO JUDICIAL DE ÓRTESES E PRÓTESES”	NÃO	Prejudicado
63	CAMINHOS PARA A CORTE: Estado e sociedade na escolha dos ministros do Supremo Tribunal Federal	SIM	NÃO
64	“PARA SER DIGNO HÁ QUE SER LIVRE”: RECONHECIMENTO JURÍDICO DA CONJUGALIDADE ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO NO BRASIL	SIM	ESTUDO DE CASO – UNIÃO HOMOAFETIVA
65	ONHEMOIRÕ: O JUDICIÁRIO FRENTE AOS DIREITOS INDÍGENAS	SIM	MAIS OU MENOS
66	Às margens do caso Ellwanger: visão conspiracionista da História, ecos tardios do Integralismo e judicialização do passado	SIM	SIM
67	O caso Mauro Borges: direito, política e constituição entre os dois primeiros atos institucionais	SIM	ESTUDO DE CASO
68	A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO ESPORTE NO BRASIL Autonomia Tutelada: Ruptura e Continuidade	SIM	ESTUDO DE CASO - ESPORTE
69	A preparação do Ministério Público para a Justiça Constitucional no Brasil	SIM	NÃO
70	O ESTATUTO JURÍDICO DAS RELAÇÕES HOMOAFETIVAS: UMA APROXIMAÇÃO À SUA CONCRETIZAÇÃO	SIM	ESTUDO DE CASO – UNIÃO HOMOAFETIVA

71	(RE) PENSANDO A INSIGNIFICÂNCIA NO DIREITO PENAL: desafios e possibilidades de uma Hermenêutica Crítica	NÃO	Prejudicado
72	O PAPEL DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NA NOMOGÊNESE LEGISLATIVA: diálogos prudenciais em torno do Estado Democrático de Direito.	NÃO	Prejudicado
73	Peneiras Moleculares Modificadas com Cobalto Análogas ao MCM-48	SIM	QUÍMICA
74	Síntese e caracterização do sistema nanoestruturado Sr1-XLaxTi1-yFeyO3: Aplicação como sensor de gás	SIM	FÍSICA
75	A necessidade de justificação Ética e f-tica dos argumentos trazidos ao debate sobre judicialização da saúde no Brasil	SIM	SIM
76	Jurisprudência e política no Supremo Tribunal Federal: a omissão inconstitucional nas decisões de mandado de injunção (1988-2010)	SIM	SIM
77	Judicialização da política no Brasil: influência sobre atos interna corporis do congresso nacional	SIM	NÃO
78	Imagens da Imparcialidade: entre o discurso constitucional e a prática judicial.	SIM – PARCIAL	Prejudicado
79	A nação mestiça ameaçada? Análise anticolonial do debate público sobre as ações afirmativas no Brasil	NÃO	Prejudicado
80	Características da carcaça e da carne de cordeiras pantaneiras abatidas com diferentes espessuras de gordura subcutânea.	SIM	ZOOTECNIA
81	ANÁLISE DO TÓPICO DISCURSIVO NAS SUSTENTAÇÕES ORAIS DO CASO CESARE BATTISTI	SIM	ESTUDO DE CASO
82	Incidente de resolução dos recursos extraordinários repetitivos: natureza, finalidade e estrutura	NÃO	Prejudicado
83	Os biocombustíveis como causa de degradação ambiental e desequilíbrio ecológico	NÃO	Prejudicado
84	Judicializando a Federação? O Supremo Tribunal Federal e os atos normativos estaduais	SIM	SIM

85	Normas constitucionais inconventionais	SIM	SIM
86	Supremo Tribunal Federal e Princípio da Dignidade: análise pitanêutica da construção metafórica de signos jurídicos	SIM	SIM
87	As Razões Ocultas do Supremo Tribunal Federal: um estudo sobre agenciamento de grupo na Corte	SIM	SIM
88	A realização das audiências públicas no Supremo Tribunal Federal: uma possibilidade de configuração da razão pública através da participação da sociedade civil	SIM – PARCIAL	NÃO
89	AS DISSONÂNCIAS DA AUTONOMIA FEDERATIVA TRIBUTÁRIA: UMA ANÁLISE DA TRIBUTAÇÃO SOBRE A PROPRIEDADE DE EMBARCAÇÕES E AERONAVES NO BRASIL	SIM	SIM
90	O oscilar da balança: o processo decisório na extradição de fugitivos nazistas em uma análise histórico-jurídica	SIM	SIM
91	O ativismo judicial no Brasil: o caso da verticalização	SIM – PARCIAL	NÃO
92	O CAMPO DO JORNALISMO ENTRE RECURSOS E ESTRATÉGIAS DE CONVERSÃO NA ECONOMIA DA DIPLOMAÇÃO	SIM	NÃO
93	ESCUMA DE REATORES ANAERÓBIOS TRATANDO ESGOTOS DOMÉSTICOS EM ESCALA REAL: PRODUÇÃO, CARACTERIZAÇÃO E PROPOSIÇÃO DE PARÂMETROS PARA SEU GERENCIAMENTO CURITIBA	SIM	ENGENHARIA DE RECURSOS HÍDRICOS E AMBIENTA
94	Correlação da Folistatina e da Proteína Relacionada à Folistatina (FLRG) com o Prognóstico das Pacientes com Câncer de Mama	NÃO	SAÚDE DA MULHER
95	O FEDERALISMO SANITÁRIO COMO NOVO PARADIGMA PARA DETERMINAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DOS ENTES FEDERADOS EM SAÚDE	SIM – PARCIAL	SIM
96	O PRINCÍPIO DA JUSTIÇA INTRA E INTERGERACIONAL COMO ELEMENTO NA DESTINAÇÃO DAS RENDAS DE HIDROCARBONETOS:	SIM	SIM

	TEMÁTICA ENERGÉTICA CRÍTICA NA ANÁLISE INSTITUCIONAL BRASILEIRA		
97	O acontecimento público satiagraha, entre o estado e a mídia	SIM	NÃO
98	O discurso da “conciliação nacional” e a justiça de transição no Brasil	SIM	SIM
99	Supremo Tribunal Federal e a concretização dos direitos fundamentais no sistema constitucional brasileiro	SIM	SIM
100	A proibição do pacto comissório no direito brasileiro	SIM - PARCIAL	SIM
101	Limites constitucionais dos direitos sociais na Constituição Brasileira de 1988	SIM	NÃO
102	POLÍTICA DO SINAES: significados e efeitos em IES privadas de Minas Gerais	SIM	ESTUDO DE CASO – SINAES
103	Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal: aplicação do princípio da complementaridade na responsabilidade internacional do Estado brasileiro	SIM	SIM
104	O descentramento e a desracionalização do Nacional: Estado, Relações Étnico-Raciais e Ações Afirmativas no Brasil	SIM	NÃO
105	Modulação de efeitos e decisões manipulativas no controle de constitucionalidade brasileiro: possibilidades, limites e parâmetros	NÃO	Prejudicado
106	A sociedade aberta de telespectadores: televisionamento, opinião pública e legitimidade da jurisdição constitucional	NÃO	Prejudicado
107	A DIMENSÃO PRINCIPIOLÓGICA DA PROTEÇÃO POSSESSÓRIA E A FUNCIONALIZAÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE NOS TERMOS DA CONSTITUIÇÃO CIDADÃ	SIM	SIM
108	Crimes contra as relações de consumo: uma teoria a partir da jurisprudência	SIM	SIM
109	A (IN) VIABILIDADE DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO NA RESOLUÇÃO DE DEMANDAS AMBIENTAIS NO BRASIL: UMA ANÁLISE DA JURISPRUDÊNCIA NA IDENTIFICAÇÃO DOS RISCOS (2004-2014)'	SIM	SIM

110	Movimentos sociais e judiciário: uma análise comparativa entre Brasil e Estados Unidos da América do Norte	SIM	SIM
111	EDUCAÇÃO E SOCIEDADE: a expansão do ensino superior jurídico e o acesso de minorias étnicas	SIM	NÃO
112	A TEIA DO DIREITO À SAÚDE: ENTRE O POSTO E O DISPOSTO	SIM	SIM
113	Judiciário e autoritarismo: ação política da Suprema Corte de Justiça do Brasil e da Argentina no julgamento de crimes políticos.	SIM	SIM
114	O DEVER DE PROTEÇÃO DA ENTIDADE FAMILIAR COMO LIMITE CONSTITUCIONAL À TRIBUTAÇÃO	SIM	NÃO
115	CARACTERIZAÇÃO E AVALIAÇÃO NUTRICIONAL DE POLIPEPTÍDEOS DE SILAGENS DE PEIXE	NÃO	ZOOTECNIA
116	A (In)Compatibilidade do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas com o Modelo Constitucional de Processo: A Participação Democrática do Juiz e das Partes na Construção do Provimento Jurisdicional	NÃO	Prejudicado
117	Direito à prevenção especial da criança na classificação indicativa	SIM	NÃO
118	Os ministros do Supremo Tribunal estão divididos em dois grupos que se degladiam”: tensões entre federalismo e judiciarismo nos habeas corpi relativos a casos políticos dos estados e distrito federal no Supremo Tribunal Federal (1906-1915)	NÃO	Prejudicado
119	A impossibilidade de modulação de efeitos nas decisões de controle de constitucionalidade em matéria tributária	NÃO	Prejudicado
120	A (in)efetividade da garantia do acesso à justiça nos processos de violência doméstica contra a mulher: o desafio da contemporaneidade ao direito e a necessária abordagem interdisciplinar do problema	NÃO	Prejudicado
121	A HISTÓRIA NO BANCO DOS RÉUS: Leis de impunidade, memória da repressão política e as decisões da Suprema Corte na Argentina e no Brasil	SIM	SIM

122	Calcário Dolomítico como Agente Alcalinizante no Tratamento Anaeróbio de Água Residuária de Fecularia	NÃO	ENGENHARIA AGRÍCOLA
123	A modulação dos efeitos dos julgados do Supremo Tribunal Federal na seara tributária: o substrato moral das decisões judiciais	SIM	SIM
124	Resposta auditiva em regime permanente evocada por ruído modulado: Uma proposta de protocolo para identificação de perdas auditivas.	SIM	NEUROCIÊNCIAS

*SIM

**NÃO

***Prejudicado

****Estudo de caso

APÊNDICE B

CLASSIFICAÇÃO DOS TÍTULOS EM BLOCOS

BLOCO 1 (10)
23 - A judicialização da política no Brasil: análise das decisões do TSE e do STF sobre verticalização das coligações e fidelidade partidária 26 - Pretores Estratégicos: Por que o Judiciário decide a favor do Executivo e contra suas próprias decisões? Análise empírica dos Pedidos de Suspensão apresentados ao STF (1993-2012) 33 - Política, discurso e ditadura : o Supremo Tribunal Federal nos julgamentos dos recursos ordinários criminais (1964-1970) 39 - Corrupção, Governança e Governabilidade: um estudo dos julgamentos do Collor e do Mensalão no Supremo Tribunal Federal 42 – Suprema (In)Dependência: Mecanismos da Relação entre Governo e o Supremo Tribunal Federal 46 – Por detrás dos Julgamentos Históricos do Supremo Tribunal Federal – Direito, Justiça e Políticas nas Ações de <i>Habeas Corpus</i>, entre 1892 e 1947 52 - Poder judiciário e democracia : uma análise do impacto da intervenção judicial nas regras da competição política de 2002 a 2010 56 – A supremacia judicial consentida: Uma leitura da atuação do Supremo Tribunal Federal a partir da relação direito-política 76 - Jurisprudência e política no Supremo Tribunal Federal: a omissão inconstitucional nas decisões de mandado de injunção (1988-2010) 84 - Judicializando a Federação? O Supremo Tribunal Federal e os atos normativos estaduais
Ditadura (04)
66 - Às margens do caso Ellwanger: visão conspiracionista da História, ecos tardios do Integralismo e judicialização do passado 67 - O caso Mauro Borges: direito, política e constituição entre os dois primeiros atos institucionais 81 - Análise do Tópico Discursivo nas Sustentações Orais do Caso Cesare Battisti 98 - O discurso da “conciliação nacional” e a justiça de transição no Brasil
BLOCO 2 (04)
13 - O ativismo judicial do STF no campo político-eleitoral: riscos antidemocráticos 16 – Perspectivas de Moralização em Questões Político-Eleitorais, a partir do Ativismo Judicial do STF 34 - Separação de poderes e ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal: do guardião da Constituição ao diálogo institucional 51 – O Ativismo Judicial e o Limite de Discricionariedade dos Tribunais Constitucionais
BLOCO 3 (10)
5 - Justiça e direitos humanos: análise da jurisprudência no STF(1988-2012) 9 - Anencefalia e o direito à vida: a decisão do Supremo Tribunal Federal e a separação de poderes 20 – Ativismo judicial religioso católico e a sua influência na atuação do Supremo Tribunal Federal 25 - Responsabilidade por graves violações de direitos humanos na ditadura de 1964- 1985: a necessária superação da decisão do STF na ADPF N153/DF pelo direito internacional dos direitos humanos

36 – Homoafetividade e Direitos: Repertórios discursivos construídos no âmbito jurídico
64 – Para ser digno há que ser livre: Reconhecimento jurídico da conjugalidade entre pessoas do mesmo sexo no Brasil
65 – ONHEMOIRÔ: O judiciário frente aos Direitos Indígenas
70 - O estatuto jurídico das relações homoafetivas
86 - Supremo Tribunal Federal e Princípio da Dignidade: análise pitanêutica da construção metafórica de signos jurídicos
99 - Supremo Tribunal Federal e a concretização dos direitos fundamentais no sistema constitucional brasileiro

BLOCO 4 (06)
15 - A incidência do direito internacional penal em casos de extradição julgados pelo STF: análise crítica
90 - O oscilar da balança: o processo decisório na extradição de fugitivos nazistas em uma análise histórico-jurídica
103 - Corte Interamericana de Direitos Humanos e o Supremo Tribunal Federal: aplicação do princípio da complementaridade na responsabilidade internacional do Estado brasileiro
110 - Movimentos sociais e judiciário: uma análise comparativa entre Brasil e Estados Unidos da América do Norte
113 - Judiciário e autoritarismo: ação política da Suprema Corte de Justiça do Brasil e da Argentina no julgamento de crimes políticos.
121 - A História no Banco dos Réus: Leis de impunidade, memória da repressão política e as decisões da Suprema Corte na Argentina e no Brasil

BLOCO 5 (08)
10 - Deliberação e procedimento no STF: Discutindo a relação
12 - (Im) Polidez no Julgamento do Mensalão: Uma análise Sociointernacional
17 - Fidelidade, álibi ou traição: ressignificação e perspectivas sobre o comportamento decisório do STF
22 – Diálogos Constitucionais? Análise da interpretação da Constituição, na dinâmica Congresso-STF, à luz de um pressuposto deliberativo
24 – O Julgamento da Ação Penal 470 (o caso Mensalão) e os Novos Vetores de uma concepção Jurídico-Pragmática inaugurados pelo STF
31 – A vinculação nas decisões de Controle de Constitucionalidade e nas Súmulas Vinculantes: Uma análise crítica da atuação do Supremo Tribunal Federal
32 - Hermenêutica e pretensão de correção: uma revisão crítica da aplicação do princípio da proporcionalidade pelo Supremo Tribunal Federal
87 - As Razões Ocultas do Supremo Tribunal Federal: um estudo sobre agenciamento de grupo na Corte

BLOCO 6 (09)
11 – STF como indutor da mudança no constitucionalismo de transformação
21 - Memória e interpretação no STF: o controle de constitucionalidade da Lei da “Ficha Limpa” em práticas de subjetivação e hermenêutica

- 37 - A revisitação do princípio da separação de poderes: dialogicidade e tensão como elementos conformadores da identidade constitucional brasileira
- 61 - A Jurisdição Constitucional em Perspectiva: Judicialização, ativismo judicial e diálogo no Supremo Tribunal Federal
- 68 – A constitucionalização do Esporte no Brasil autonomia tutelada: Ruptura e Continuidade
- 78 - Imagens da Imparcialidade: entre o discurso constitucional e a prática judicial.
- 85 - Normas constitucionais inconventionais
- 102 – Política dos SINAES: significados e efeitos em IES privadas de Minas Gerais
- 107 – A dimensão principiológica da proteção possessória e a funcionalização do direito de propriedade nos termos da Constituição cidadã

BLOCO 7 (05)

- 6 - Análise das decisões da presidência do STF sobre o direito fundamental à saúde
- 43 - O paradoxo da atuação do Supremo Tribunal Federal em direito à saúde: uma descrição sistêmico-pragmática (Luhmann - Pierce) num diálogo com Marcelo Neves
- 75 - A necessidade de justificação Ética e fática dos argumentos trazidos ao debate sobre judicialização da saúde no Brasil
- 95 – O federalismo sanitário como novo paradigma para determinação da responsabilidade dos entes federados em saúde
- 112 – A teia do Direito à saúde: Entre o posto e o disposto

BLOCO 8 (01)

- 48 - A negociação coletiva do trabalho como um direito fundamental social do servidor público em decorrência do caráter dirigente da constituição de 1988 e das convenções 151 e 154 da OIT

BLOCO 9 (09)

- 27 - A insegurança jurídica dos efeitos vinculantes das decisões do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária
- 38 - A relação entre o tipo penal e a prova pericial contábil: evidências nos laudos contábeis da perícia criminal federal sobre o crime de apropriação indébita previdenciária
- 59 – A Impositividade das Emendas Parlamentares ao Orçamento à Luz do Princípio Constitucional do Planejamento Público: Um exame sob as perspectivas da resposta correta e do direito como integridade em Dworkin e das pré-compreensões em Gadmer
- 89 - A dissonância da autonomia federativa tributária: Uma análise da tributação sobre a propriedade de embarcações e aeronaves no Brasil
- 96 – O princípio da justiça intra e intergeracional como elemento na destinação das rendas de hidrocarbonetos: Temática energética crítica na análise institucional brasileira
- 100 - A proibição do pacto comissório no direito brasileiro
- 108 - Crimes contra as relações de consumo: uma teoria a partir da jurisprudência
- 109 – A (In) viabilidade do princípio da precaução na Resolução de demandas ambientais no Brasil: Uma análise da jurisprudência na identificação dos riscos (2004-2014)
- 123 - A modulação dos efeitos dos julgados do Supremo Tribunal Federal na seara tributária: o substrato moral das decisões judiciais

BLOCO 10 (01)
41 - Ecos do silêncio: liberdade de expressão e reflexos da censura no Brasil pós-abertura democrática

RESTANTES (03)
19 – A construção forense do Biodireito: Descrição retórico-analítica do processo de justificação pelo STF na ADIN 3.510-0
35 – Brasil em pedaços ou a história dos meios de resolução das questões de limites interestaduais (1889-1930)
44 - Razão pública e poder judiciário: uma análise pragmático-normativa da estrutura e atuação do poder judiciário brasileiro

APÊNDICE C

TESES	1º CRITÉRIO	2º CRITÉRIO	3º CRITÉRIO
2		1	
5	1		
6	2		
9			
10	3		
11			
12		2	
13		3	
15	Direito Internacional		
16		4	
17	4		
19			
20		5	
21		6	
22	5		
23		7	
24		8	
25			Já discutida no 98
26		9	
27			
31	6		
32			
33		10	
34		11	
35			HOMOAfetividade – tema presente no 64
36			
37		12	
38			
39		13	
41	7		
42		14	

43			Já abordado no 6
44	8		
46		15	
48	9		
51		16	
52		17	
56		18	
59			
61		19	
64	10		
65	11		
66			Ditadura – tema presente no 98
67			IDEM
68			
70			HOMOAfetividade – tema presente no 64
75			
76		20	
78	12		
81			Ditadura – tema presente no 98
84		21	
85			
86	13		
87	14		
89			
90			
95			
96			
98		22	
99	15		
100			
102			
103			Direito Internacional
107			
108			
109			

110	Análise internacional comparada		
112			
113	Análise internacional comparada		
121	Análise internacional comparada		
123	16		