
O DEBATE ENTRE MINIMALISMO E INTEGRIDADE DO DIREITO DIANTE DO AUTORITARISMO JUDICIAL

THE DEBATE BETWEEN MINIMALISM AND LAW'S INTEGRITY IN THE CONTEXT OF JUDICIAL AUTHORITARIANISM

Emanuel de Melo Ferreira*

RESUMO: O presente artigo investiga como a eficácia da decisão judicial que busque lutar pela Constituição, no contexto do autoritarismo, pode ser potencializada caso a respectiva fundamentação adote a teoria do direito como integridade, e não um padrão minimalista, o qual não recorre às teorias mais abstratas para solução do caso. Analisa-se em que medida o enfrentamento de teorias possivelmente autoritárias e opostas àquela desenvolvida na decisão judicial podem ser superadas na argumentação judicial para que esta tenha mais uma possibilidade de ser razoavelmente cumprida. A metodologia adotada parte de estudo de caso no qual um dos principais teóricos na nova direita no Brasil, Olavo de Carvalho, é mencionado por juiz federal na fundamentação de uma decisão envolvendo crimes cometidos por agentes da ditadura militar. A hipótese a ser investigada diz respeito às possibilidades de aplicação judicial do direito como integridade, indagando se a luta pela Constituição pode ser efetivada a partir dele ou de padrão minimalista que ignore o mencionado referencial teórico do juiz. Conclui-se apontando que teorias que coloquem em risco o próprio regime democrático devem ser enfrentadas com profunda teorização na fundamentação da decisão, a fim de tornar mais difícil seu ressurgimento judicial, possibilitando a proteção da Constituição, sendo necessário, no entanto, a produção de maior conhecimento sobre as novas formas de erosão constitucional.

Palavras-chave: Minimalismo. Integridade. Autoritarismo.

ABSTRACT: This article investigates how the effectiveness of the judicial decision that seeks to fight for the Constitution, in the context of authoritarianism, can be enhanced if the respective foundation adopts the theory of law as integrity, and not a minimalist standard, which does not resort to more abstract theories to solve the case. It is analyzed to what extent the confrontation of possibly authoritarian theories and opposed to those developed in the judicial decision can be overruled through judicial reasoning so that it has one more chance of being reasonably complied with. The adopted methodology starts from a case study in which one of the main theorists of the new alt-right in Brazil, Olavo de Carvalho, is mentioned by a Federal Judge in the grounds of a decision involving crimes committed by agents of the military dictatorship. The hypothesis to be investigated concerns the possibilities of judicial application of the law as integrity, inquiring whether the protection for the Constitution can be carried out based on it or using a minimalist

* Universidade do Estado do Rio Grande do Norte, Departamento de Direito, Mossoró, RN, Brasil.
<https://orcid.org/0000-0001-6802-5704>

standard that ignores the theoretical framework mentioned by the judge. It concludes by pointing out that theories that put the democratic regime itself at risk must be faced with deep theorization in the grounds of the decision, in order to make its judicial resurgence more difficult, enabling the protection of the Constitution, being necessary, however, the production of greater knowledge about new forms of constitutional erosion.

Keywords: Minimalism. Integrity. Authoritarianism.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo investiga como a eficácia da decisão judicial que busque lutar pela Constituição (BONAVIDES, 2001), no contexto do autoritarismo, pode ser potencializada caso a respectiva fundamentação adote a teoria do direito como integridade, não um padrão minimalista, o qual não recorre às teorias mais abstratas para solução do caso. Analisa-se em que medida o enfrentamento de teorias possivelmente autoritárias e opostas àquela desenvolvida na decisão judicial podem ser superadas na argumentação judicial para que esta tenha mais uma possibilidade de ser razoavelmente cumprida, afastando-se aquelas teorias que servem de base para justificar o autoritarismo.

O texto vai perquirir, assim, se somente uma argumentação teórica forte, baseada na integridade de Ronald Dworkin, tem o potencial de impor uma derrota a teorias que apregoem, por exemplo, que: a) “bandido bom é bandido morto”, falando de modo mais direto; b) defendam serem certos tipos de criminosos “inimigos sociais”; c) ou neguem os crimes contra a humanidade cometidos pela ditadura militar, como se tem no caso adiante estudado. Nesses casos, é importante analisar uma das principais críticas formuladas contra a teoria de Dworkin, desenvolvida por Cass Sunstein acerca dos acordos não completamente teorizados e de como a atuação judicial é mais bem desenvolvida caso os juízes decidam o mínimo possível.

A metodologia adotada parte de estudo de caso no qual um dos principais teóricos da nova direita no Brasil, Olavo de Carvalho, é mencionado pelo Juiz da 1ª. Vara Federal da Subseção Judiciária de Petrópolis (RJ) na fundamentação de uma decisão envolvendo crimes cometidos por agentes da ditadura militar. A hipótese a ser investigada diz respeito às possibilidades de aplicação judicial do direito como integridade, indagando se a luta pela Constituição pode ser efetivada a partir de padrão minimalista que ignore o mencionado referencial teórico do juiz. Tal questão poderia ser assim formulada: caso se pretenda, efetivamente, lutar pela Constituição, como o Tribunal Regional Federal da 2ª. Região (TRF2) deveria se comportar diante de tal decisão? Ignorando o referencial teórico do juiz ou construindo uma teoria capaz de enfrentá-lo?

Os referidos autores, assim, compõem os principais referenciais teóricos da pesquisa, a qual trata de tema atual e relevante. É atual, pois diz

respeito aos graves problemas sociais brasileiros, marcados por um autoritarismo incompatível com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB). É relevante, pois busca não somente descrever tal estado de coisas, mas também propor caminhos para eventual superação, destacando os acertos do TRF2 na análise do caso, bem como os respectivos limites da Corte.

O texto apresenta três seções. Na primeira, a integridade do direito será explorada a fim de perquirir os limites da teorização na decisão judicial, levando-se em conta o caráter interpretativo do direito. Em seguida, o minimalismo será desenvolvido para que se estabeleça em que consistem os “acordos não completamente teorizados” e o respectivo potencial para proteção constitucional. Finalizando, a prática judicial brasileira será analisada com base no caso mencionado, investigando como o TRF2 reagiu à teorização em torno de Olavo de Carvalho efetivada pelo Juiz Federal.

2 A FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL TEORIZADA E BASEADA NA INTEGRIDADE DO DIREITO

Ronald Dworkin é um filósofo do direito com ampla produção acadêmica¹ e, como não poderia deixar de ser, com um pensamento que perpassa diversas fases². O que mais interessa na presente pesquisa são as considerações do autor acerca da interpretação judicial nas situações de desacordo, especialmente em desacordos entre juízes e demais atores

¹ Sobre os cuidados em torno de uma leitura de Dworkin, Ronaldo Porto Macedo Júnior (2010, p. 3) alerta para as possíveis causas em torno da crítica ao hermetismo e complexidade de todo o projeto filosófico do autor: “O aparente paradoxo reside no desafio – em que Dworkin foi bem sucedido – de escrever, de maneira direta, econômica, e analítica, sobre temas altamente complexos que muitas vezes deixam os leitores insatisfeitos. O resultado é um autor que, mesmo escrevendo ‘da maneira mais fácil possível’, parecerá a seus leitores um autor difícil. Esse resultado é ainda mais frequente entre os leitores que buscam nas ideias de outros antes as confirmações de suas próprias convicções, e vez de desafios a elas”. A utilização de Dworkin nesta pesquisa leva em conta a advertência final, pois não se comunga com muitas das ideias do autor, por exemplo, acerca do controle judicial de constitucionalidade como melhor instância para resolução de desacordos morais. No entanto, essa concepção é desafiada quando, em situações de crise, com ampla difusão de teorias do direito autoritárias, como desenvolvidas adiante no texto, tem-se a integridade como uma teoria muito forte para a superação, no âmbito judicial e nos limites deste, de tais concepções. É nessa linha que a utilização de Dworkin deve ser vista na presente pesquisa, não como uma espécie de admissão acerca da correção de toda sua teoria, mas como um uso pragmático, ou seja, como teoria mais capaz de oferecer a melhor resposta judicial para o enfrentamento do autoritarismo.

² Há, pelo menos, duas fases bem definidas, de acordo com Scott Shapiro (2018, p. 254-257): a) num primeiro momento, ele ataca o positivismo jurídico de Hart a partir da diferenciação entre princípios e regras, apontando que a regra de reconhecimento hartiana não consegue reconhecer a validade de princípios jurídicos (DWORKIN, 2010, p. 63-72); b) num segundo momento, refina sua teoria para apontar que o positivismo jurídico não oferece resposta adequada para o problema dos desacordos teóricos, pois eles estariam sob a influência de um “agulhão semântico” (DWORKIN, 1986, p. 108), sendo esta fase a qual será explorada neste texto.

políticos no âmbito do controle judicial, quando o autor vai desenvolver sua teoria da integridade e dos conceitos jurídicos interpretativos. Não se quer sustentar que todos os problemas jurídicos sejam resolvidos no Judiciário ou mesmo que a decisão judicial seja a tarefa central do jurista, o qual, certamente, não pode se converter unicamente num “assessor filosófico de juiz” (UNGER, 2017, p. 16).

Por outro lado, não há como negar que o Judiciário pode ser demandado, como no Brasil, para resolver complexas questões relacionadas, por exemplo, aos legados da ditadura militar³ envolvendo direitos fundamentais de diversas pessoas no contexto de erosão constitucional⁴. É importante, assim, iniciar com a apresentação necessária acerca do direito como integridade e de como a teoria é importante para tal concepção do direito.

Um ponto de partida seguro para compreensão da integridade parte da constatação de que, quando um juiz decide um caso, ele não está simplesmente aplicando um argumento em detrimento de outro, como se cada um deles fosse igualmente importante. Ele está, claramente, considerando que há argumentos melhores que outros (DWORKIN, 1986, p. 10), e esses argumentos demandam uma construção teórica para que se estabeleça qual concepção vai informar a interpretação de conceitos

³ A literatura sobre justiça de transição apresenta as diversas finalidades buscadas para superação e não repetição de um passado autoritário, o qual pode ter envolvido guerras ou demais violações, em diferentes graus, dos direitos humanos, almejando-se a paz e a conciliação nacional. Uma síntese de tais atitudes reparadoras é efetivada por Paul Van Zyl (2009, p. 32, 38, 49, 52, 55), para quem os modelos de transição devem ser comprometidos, de maneira inter-relacionada e com adoção complementar, com medidas como: a) publicização das ações estatais levadas a cabo no período de exceção, como concretização do direito à verdade; b) reparação integral às vítimas; c) persecução penal dos agentes; d) reforma institucional para a democracia, levando em conta que a realidade na qual os agentes responsáveis pelas violações ainda ostentam poder na sociedade, devendo-se discutir o nível e forma de realização de tais objetivos, preocupando-se tanto com o passado, mas também com o futuro a partir da busca pela mencionada paz e estabilidade. No presente artigo, o caso estudado refere-se ao aspecto penal da justiça de transição, com a busca por responsabilização de agentes de cometerem crimes contra a humanidade, como adiante será explicitado.

⁴ Como ensina Emílio Peluso Neder Meyer (2021), no caso da erosão constitucional, tem-se um processo mais lento e difícil de detectar tendo em vista que, caso analisadas separadamente, as diversas rupturas ocorridas podem não apontar para um problema maior. No entanto, quando elas são interpretadas em conjunto, ou seja, como um processo e não como eventos isolados, o retrocesso institucional pode ser visualizado, quando se tem, por exemplo, com a histórica dificuldade brasileira em civis controlarem o poder militar (MEYER, 2021, p. 7-8). Sendo assim, é importante a definição de Emílio Peluso na exata medida em que destaca o caráter de continuidade do processo de erosão a partir da prática de vários atos, nestes termos: “A erosão constitucional significa uma prolongada situação no tempo onde diferentes desafios para a estrutura constitucional de um país repetidamente ocorrem, sem, isoladamente, romperem por completo o sistema constitucional. Mesmo assim, a partir de análises individuais, todos esses desafios minam algum aspecto primordial do projeto definido na Constituição. A erosão constitucional não pode ser simplesmente comparada com uma simples ruptura, como seria equivalente a uma destruição constitucional – por exemplo, numa situação de golpe de estado militar. A erosão constitucional descreve circunstâncias nas quais o Sistema é continuamente desafiado, atingindo a possibilidade de a identidade constitucional permanecer a mesma” (MEYER, 2021, p. 8-9).

jurídicos contestados, como justiça ou dignidade da pessoa humana.

Isso ocorre porque “direito” é um conceito interpretativo, cuja aplicação vai demandar avaliações morais e construções teóricas. Conceitos interpretativos são aqueles utilizados para refletir sobre alguma prática que elaboramos, podendo ser úteis para contestá-la. Os conceitos de moralidade política e pessoal, relacionados com a justiça, são assim, pois “as pessoas compartilham o conceito de justiça, apesar de agudas divergências tanto acerca dos critérios para a identificação da injustiça quanto acerca da verificação de quais instituições são injustas” (DWORKIN, 2006, p. 10-11). A vantagem do conceito interpretativo é que ele não depende da concordância quanto aos critérios que o apoiam nem em relação aos exemplos, mas somente na concordância de que, realmente, se está diante de um conceito que demanda interpretação (DWORKIN, 2006, p. 11).

O “surgimento” da atividade interpretativa ocorre, num primeiro momento, quando se atribui algum valor a determinada prática. Nesse sentido, não se admite que algo simplesmente existe como um dado desinteressado, mas, sim, como algo valorado e dotado de finalidade. Num segundo momento, reconhece-se que a prática pode ser melhorada, ampliada, enfim, modificada, com o passar do tempo de acordo com sua finalidade. Quando isso ocorre, “as pessoas agora tentam impor um significado à instituição – vê-la em sua melhor luz – e, em seguida, reestruturá-la à luz desse significado” (DWORKIN, 1986, p. 53-54).

A fase pré-interpretativa é o momento no qual os padrões, como as regras, são identificados. Apesar da nomenclatura, já há atividade interpretativa, pois tais padrões não se apresentam como um dado claramente rotulado, havendo necessidade de amplo consenso na comunidade sobre quais materiais serão objeto de interpretação nas demais fases. Na segunda fase, interpretativa em si, o intérprete se concentra na justificação geral dos elementos que compõem os materiais colhidos na etapa antecedente. Nesse momento, a justificativa deve se ajustar o máximo possível às características habituais da prática, a fim de que ocorra, realmente, a interpretação de uma prática, não a criação de algo inteiramente novo. Finalmente, na fase pós-interpretativa, tem-se o ajuste entre aquilo que a prática realmente requer para melhor servir à justificativa aceita na etapa anterior, a interpretativa (DWORKIN, 1986, p. 78-79).

As condições políticas para que uma sociedade concebida como mera reunião de pessoas passe a ser uma verdadeira associação fraternal estão na base na teoria do direito como integridade. Existem, pelo menos, três modelos: a) associação de fato, formadas por acidente e mantidas, por exemplo, por mero egoísmo; b) associação formada com base em regras; c) modelo do princípio, no qual as pessoas associadas aceitam que as obrigações que elas têm umas com as outras também decorrem dos princípios comuns, para além das regras (DWORKIN, 1986, p. 209).

É dever da doutrina, amparada na integridade, buscar solucionar os defeitos, que, invariavelmente, ocorrerão na prática legislativa a partir da incoerência entre diversas leis e os princípios que regem a comunidade. Esse é mais um ideal do direito como integridade (DWORKIN, 1986, p. 217). O direito como integridade vai além do convencionalismo ou do pragmatismo ao admitir que, interpretativamente, o juiz possa atuar dos dois modos, a saber, com olhos voltados para as convenções pretéritas, como os precedentes ou as leis aprovadas, mas também para o futuro, com faz o pragmatismo. A prática jurídica é interpretada não de modo estanque, mas como uma “política em processo de desenvolvimento”, rejeitando a questão acerca se os juízes criam ou não direito por ser inútil (DWORKIN, 1986, p. 225). Através do direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras, assim, não em face de convenções nem de cálculos estratégicos pragmáticos, mas de princípios de equidade, justiça e devido processo legal subjacentes na comunidade, a qual, como visto, deve ser uma comunidade de princípios (DWORKIN, 1986, p. 225-226).

No estágio teórico da interpretação ou na fase interpretativa em si, o juiz deve construir uma teoria que melhor justifique a decisão a ser tomada. Logo, a teoria ocupa, reitera-se, um papel central no direito como integridade⁵. Dworkin apresenta visão bastante favorável a tal prática, sustentando que as questões postas, por exemplo, em face dos juízes, demandam uma argumentação judicial que embute algum tipo de teoria a partir de princípios e da moralidade política, sendo realista e praticável (DWORKIN, 1997, p. 354). Visões pragmáticas, por outro lado, apontam que julgar é um ato político voltado muito mais para a produção do melhor resultado futuro, podendo demandar conhecimento em torno da economia, mas não de filosofia política, sendo, na opinião de Dworkin, impraticável, já que antiteórica (DWORKIN, 1997, p. 354).

Feitas essas considerações, deve-se investigar se uma concepção diferente da de Dworkin, a qual se propõe a ser minimalista, não seria melhor em termos de fundamentação da decisão judicial que busque se opor ao autoritarismo. O contraponto é importante, já que se busca a melhor forma de conferir o máximo de eficácia possível à decisão que pretende lutar pela Constituição, testando-se a integridade em face de uma

⁵ Ronaldo Porto Macedo Júnior (2013, p. 4165) lembra que uma crítica recorrente a Dworkin vai no sentido de que o desacordo teórico sobre o que é o direito não pode ser confundido com os desacordos práticos acerca de como ele deve ser aplicado, diferenciando-se a teoria do direito da teoria da decisão, uma crítica que é superada por Dworkin a partir da não diferenciação entre as duas teorias: “Se assim fosse, o argumento de Dworkin cairia por terra, visto que os desacordos jurídicos versariam sobre divergências sobre a aplicação do direito. Esse tipo de resposta, formulada por Hart e outros, procura enfatizar que existem divergências teóricas sobre o que é o direito e divergências práticas sobre como aplicar o direito. Para Dworkin, todavia, existe uma continuidade básica e essencial entre questões teórico-jurídicas (ou questões de filosofia do direito) e questões jurídicas mundanas enfrentadas pelos tribunais e pelos operadores do direito em geral”.

concepção rival.

3 OS ACORDOS NÃO COMPLETAMENTE TEORIZADOS E A FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL MINIMALISTA

Cass Sunstein defende uma compreensão diferente acerca do papel do juiz, a qual seria mais realista e modesta, levando mais a sério o papel deles ao não se exigir o desenvolvimento de complexas teorias morais. Assim, a interpretação constitucional, não necessariamente, precisa recorrer às complexas teorias subjacentes como apregoado pelo modelo de Dworkin. Ela pode, por exemplo, comprometer-se com o que Cass Sunstein denomina como acordos não completamente teorizados, os quais consistem em dispositivos para se evitar conflitos teóricos de larga escala, operando do seguinte modo. Diante de profundo desacordo sobre as mais diversas questões numa sociedade plural, uma interpretação da Constituição que ressalte o fato de as pessoas, apesar de divergirem acerca das teorias constitucionais, normalmente converjam em termos mais concretos ou específicos, é preferível, pois tende ao consenso (SUNSTEIN, 2000, p. 117).

Esses acordos podem, num primeiro momento, envolver acordos sobre temas mais abstratos, em detrimento dos casos concretos. Por exemplo, as pessoas divergem acerca da punição ao discurso do ódio, mas convergem acerca da importância de se positivar a liberdade de expressão. É através de acordos incompletos desse tipo que constituições são capazes de ser aprovadas, positivando direitos mais abstratos (SUNSTEIN, 2000, p. 118).

Mas há outra possibilidade para os acordos não completamente teorizados, na qual a convergência se dá no caso mais específico, não na abstração. As pessoas podem ter sérias dúvidas acerca de qual abstração é a melhor, se a proteção da igualdade ou da liberdade, por exemplo, mas podem concordar no particular, sem a necessidade de se estabelecer uma teoria. Logo, o intérprete deve buscar essa “descida conceitual”, a qual consiste em não abordar a teoria, fonte do desacordo, para se concentrar na convergência particular. Assim, as pessoas podem estar de acordo com a necessidade da separação de poderes, mesmo que abordem justificativas diversas para isso, como: a) proteção da democracia; b) garantia contra a tirania; c) potencialização da maior eficiência estatal com a divisão de funções. Desse modo, “o acordo no nível das particularidades não é completamente teorizado no sentido de que os participantes em questão estão de acordo quanto a uma prática e respectivo resultado sem necessariamente concordarem quanto à teoria mais geral que os justifica”, deixando-se sem explicação uma teoria completa sobre o certo ou errado (SUNSTEIN, 2000, p. 118).

O intérprete pode lançar mão de “princípios de curto alcance” para buscar a solução do caso, consistindo em especificações das teorias mais abstratas (como utilitarismo ou kantismo) naquele exercício de descida conceitual. Tais princípios acabam sendo compatíveis com mais de uma teoria, mantendo relações ambíguas com elas (SUNSTEIN, 2000, p. 123).

Teorizações incompletas guardam compatibilidade com o que se denomina “uso construtivo do silêncio”. A teorização incompleta, no âmbito da decisão judicial, leva a uma espécie de fundamentação incompleta, justamente porque o juiz não vai descer às profundezas da teoria. Assim, apesar de o autor sustentar que, “realmente, não seria prudente comemorar a modéstia teórica em todo e qualquer momento e contexto” (SUNSTEIN, 2000, p. 124), reconhece a importância do silêncio ao estabelecer que o “dito e resolvido é tão importante quanto o que é deixado de fora” (SUNSTEIN, 2000, p. 124).

A função social dos acordos não completamente teorizados é demonstrada a partir da possibilidade de eles trazerem paz social, possibilitando convívio entre as pessoas com ideologias distintas da forma mais amistosa possível⁶. Perceba-se que não é todo acordo incompletamente teorizado que merece ser silenciado. Somente os razoáveis, pode-se inferir tal razoabilidade a partir dos ideais da democracia deliberativa. Uma teoria autoritária que se aproxime de ideias fascistas, assim, pode compor um exemplo de acordo incompleto não teorizado em relação a teorias democráticas que merece ser combatido, não havendo virtude alguma no silêncio ou na fundamentação incompleta.

É preciso reconhecer que as pessoas e autoridades judiciais também podem divergir precisamente acerca dos princípios abstratos, com claros reflexos no direito, pois os juízes: a) apesar de não serem leigos, tampouco são filósofos e tendem a divergir cada vez mais se complexas teorias morais forem desenvolvidas por eles; b) não dispõem da capacidade institucional adequada para desenvolvimento de fundamentações com tamanha profundidade, especialmente levando em conta o fator tempo e como eles devem decidir muitos casos o mais rápido possível; c) também estão preocupados com a convivência pacífica entre eles e as partes do processo de um modo geral na sociedade, de modo que quanto menos eles atacarem, nas decisões, os pré-comprometimentos básicos de cada um, menos ofensiva a decisão será e mais respeito demonstrará para a parte vencida e

⁶ “Elas concordam em não discutir muito a respeito, como uma maneira de demonstrar reverência às convicções alheias e mostrar um certo grau de reciprocidade e respeito (mesmo se elas não respeitam de forma alguma as outras convicções específicas em questão). Se reciprocidade e respeito mútuo são desejáveis, então juízes ou agentes públicos em geral, talvez até mais do que os cidadãos comuns, não deveriam questionar os compromissos mais profundos e fundamentais de seus compatriotas, ao menos se esses compromissos são razoáveis e se não há motivo para questioná-los” (SUNSTEIN, 2000, p. 125).

seu respectivo grupo; d) pelo menos um deles pode até estar convicto acerca da melhor teoria a ser utilizada, mas teme elencá-la na fundamentação da decisão, pois seus colegas da Corte podem não ter a mesma percepção, deixando de acompanhá-lo na decisão final (SUNSTEIN, 1995, p. 1735-1737; 1749).

Assim, a ideia é tentar produzir acordos não completamente teorizados na fundamentação da decisão judicial, buscando fazer com que haja convergência no resultado, na decisão final do caso concreto, mesmo havendo desacordo em relação aos princípios mais abstratos, apesar de também ser possível o acordo no nível de princípios e o desacordo no nível da solução final (SUNSTEIN, 1995, p. 1735-1736). Assim, os juízes “não ofereceram mais amplas ou abstratas explicações além das necessárias para decidir o caso” (SUNSTEIN, 1995, 1736). Percebe-se que a teoria do autor é desenvolvida para aplicação judicial, buscando descrever mais adequadamente e melhorar tal prática (SUNSTEIN, 1995, p. 1767).

Por definição, razões são mais abstratas que os resultados nela baseados (SUNSTEIN, 1995, p. 1737). Sunstein busca descrever a prática judicial, apontando como esses acordos não completamente teorizados, de fato, ocorrem frequentemente. Mas ele também apresenta afirmações normativas, sustentando que o local mais adequado para a teoria é a vida acadêmica, que pode influenciar as instituições políticas e jurídicas, somente em situações muito particulares, seria um recurso apropriado para juízes utilizarem ao resolver casos apenas em situações muito particulares (SUNSTEIN, 1995, p. 1737-1738). “À medida que o direito preza pelo oferecimento de razões, ele contém um impulso em prol da abstração”, no sentido de que os juízes buscam, nessas abstrações, traçar julgamentos coerentes com os precedentes, mas num nível local, não buscando uma coerência global no sistema jurídico como um todo (SUNSTEIN, 1995, p. 1742).

A função social da teoria é demonstrada ainda na continuidade de convivência pacífica ou amistosa entre as pessoas quando um dos grupos perde disputa em algum procedimento decisório, como na Corte Constitucional, no seguinte sentido. Se a fundamentação não ataca a teoria em larga escala do grupo vencido, estes, apesar de perderem tal rodada decisória no espaço público, não precisam renunciar à teoria como um todo, pois não perderam tudo, podendo, no futuro, sagrarem-se vencedores com base na mesma teoria (SUNSTEIN, 2000, p. 125). Ora, para se combater ideologias de tipo autoritário, assim, deve-se promover uma vitória decisiva contra a teoria em si, para que ela demore o máximo possível para retornar ao poder. Sendo assim, “alguns casos não podem ser decididos de forma alguma sem a introdução de uma quantidade significativa de teoria” (SUNSTEIN, 2000, p. 128).

O acordo incompleto tem, ainda, a vantagem de deixar em aberto

complexas questões de moralidade as quais, caso fossem positivadas ou decididas num modo de regra, não promoveriam abertura para possíveis mudanças de compreensão e avaliação no decorrer do tempo, como se tem, por exemplo, em questões relacionadas à igualdade, especialmente de gênero (SUNSTEIN, 1995, p. 1749). Por outro lado, há questões perigosas, por exemplo, para a própria democracia caso sejam deixadas em aberto e permeadas a debate constante, justificando-se, novamente nesses casos, uma solução definitiva contra práticas desse tipo. Assim, há virtude no julgamento com completo acordo teórico na fundamentação quando ele é correto (SUNSTEIN, 1995, p. 1749).

Finalmente, o autor arremata quando um acordo teórico completo é desejável, pois alguns casos, realmente, demandam aprofundamento teórico: a) se houver uma boa abstração disponível, ou seja, uma boa teoria; b) se diversos juízes, num colegiado, puderem ser persuadidos disso, adotando uma fundamentação mais robusta (SUNSTEIN, 1995, p. 1764). Apresentadas as concepções de Dworkin e Sunstein, deve-se analisar qual modelo responderia melhor à solução de questões envolvendo a proteção judicial da democracia, especialmente em cenários políticos polarizados, no qual ideologias contrárias à Constituição podem negar os crimes contra a humanidade cometidos durante a ditadura militar, como se demonstrará no estudo de caso efetivado adiante.

4 O ENFRENTAMENTO DE TEORIAS AUTORITÁRIAS COMO EXERCÍCIO DE LUTA CONSTITUCIONAL: O CASO DO JUIZ FEDERAL QUE FUNDAMENTOU DECISÃO NAS IDEIAS DE OLAVO DE CARVALHO

Feitas essas considerações, indaga-se: é mesmo necessária uma fundamentação judicial que apele para complexas teorias, realizando abstrações muitas vezes difíceis para juízes que não tiveram treinamento específico nessa forma de argumentar? Não seria mais simples uma mera decisão que, por exemplo, se limitasse a reconhecer a situação de inconstitucionalidade evidente, a qual poderia ser, até mesmo, visivelmente ilegal? Por que, no final das contas, haveria necessidade de se desenvolver uma complexa teoria para se fundar a decisão?

Relembre-se que é a realidade autoritária que se busca enfrentar com teorizações na decisão judicial. Nesse sentido, na Ação Penal nº 0170716-17.2016.4.02.5106, o Ministério Público Federal (MPF) denunciou Antônio Waneir Pinheiro Lima pelos delitos de sequestro e estupro contra Inês Etienne Romeu, praticados no contexto de crimes contra a humanidade durante a ditadura militar. Houve a rejeição da denúncia na primeira instância em face da aplicação da Lei de Anistia e ocorrência de prescrição, chegando o juiz a comparar a justiça de transição e o grupo de trabalho

criado pelo MPF sobre o tema como um “simulacro de tribunal de exceção” (BRASIL, 2016).

Além disso, tal juiz procedeu à análise da condenação da vítima então efetivada pelo Superior Tribunal Militar (STM) realçando a pena aplicada, inclusive a de prisão perpétua, bem como buscou desqualificar as provas colhidas pelo MPF em face do decurso de tempo, relativizando o próprio depoimento da vítima, a qual também afirmara ter sido vítima de tortura (BRASIL, 2016). Agindo assim, o juiz ignora a realidade vivenciada por aqueles perseguidos no período de exceção, os quais, à época, não tinham a quem recorrer para, efetivamente, ver seus direitos preservados. Ao final, concluiu desse modo: “Como escreveu Olavo de Carvalho, ninguém é contra os ‘direitos humanos’, desde que sejam direitos humanos de verdade, compartilhados por todos os membros da sociedade, e não meros pretextos para dar vantagens a minorias selecionadas que servem aos interesses globalistas” (BRASIL, 2016).

A estratégia de desqualificar a vítima ficou evidenciada pela tentativa de atribuir maior peso ao julgamento efetivado pela Justiça Militar, como demonstra a utilização, por parte do magistrado, de formatação em negrito na redação do respectivo texto, realçando a condenação e, mais forte ainda, quando elenca o crime por ela cometido, o qual fora até sublinhado⁷. Tem-se, assim, a aplicação da legalidade autoritária (PEREIRA, 2010, p. 36) por parte de um juiz federal em plena vigência da CRFB.

É possível encontrar traços marcantes do bolsonarismo no referido discurso judicial. Tal expressão já tem sido utilizada nas pesquisas em ciência política (AVRITZER; KERCHÉ; MARONA, 2021) e no direito (MAFEI; BUSTAMANTE; MEYER, 2021) para elencar o específico traço da erosão constitucional brasileira. Buscando caracterizá-lo, tem-se como um dos elementos centrais o elogio ao tipo ideal em torno do “cidadão de bem”, mesmo diante da certa heterogeneidade entre os respectivos apoiadores, unidos contra a corrupção, a vitimização, a esquerda ou a dependência da assistência estatal (MAFEI; BUSTAMANTE; MEYER, 2021, p. 1). A linguagem forte do magistrado em relação a uma militante da esquerda⁸ que se opunha à ditadura militar é suficiente para perceber como

⁷ “Dessa forma, por essas certidões, resta provado que **Inês Etienne Romeu foi condenada pela Justiça Militar, por sentenças transitadas em julgado**, pela prática dos **crimes de sequestro seguido de morte** (art. 28, parágrafo único do Decreto Lei no. 898/69) e de associação a agrupamento que, sob orientação de governo estrangeiro ou organização internacional, exerce atividades prejudiciais ou perigosas à Segurança Nacional. (art. 14 do Decreto Lei no. 898/69)” (BRASIL, 2016, p. 7, com destaques no original)

De acordo com a certidão de fls. 71/72, Inês Etienne Romeu ‘também respondeu a processo pela 1ª. Auditoria da Aeronáutica da 1ª. CJM, sendo condenada em sessão de 1/9/1972, à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, co.

⁸ Inês Etienne Romeu era uma militante e dirigente que integrava a Vanguarda Popular Revolucionária, tendo sido sequestrada, torturada e estuprada a partir de 5 de maio de 1971, especialmente quando, três dias depois, foi encaminhada para a “Casa da Morte”, em Petrópolis/RJ,

tal autoridade insere-se no conceito de “cidadão de bem”, mostrando como parte do Poder Judiciário apresenta vinculação ideológica com o bolsonarismo.

O TRF2, no entanto, analisando o caso ao julgar carta testemunhável em recurso em sentido estrito, reformou a decisão e recebeu a denúncia, assentando que: a) a Justiça de Transição não corresponde à criação de tribunais de exceção; b) a possibilidade de convivência entre o controle de constitucionalidade exercido pelo STF e o controle de convencionalidade exercido pela CteIDH, eis que realizados com base em parâmetros distintos, fazendo com que uma norma considerada constitucional pelo STF não seja, automaticamente, considerada convencional; c) caracterização de crimes contra a humanidade efetivados durante a ditadura e previstos em tratados internacionais e no próprio Código Penal vigente na data dos fatos; d) aplicação da Lei de Anistia violaria regras cogentes internacionais; e) caráter vinculante da decisão proferida pela CteIDH; f) o efeito paralitante da legislação supraconstitucional, como a Convenção Interamericana, determina a não aplicação da Lei de Anistia, sendo ainda, não convencional, a aplicação das regras ordinárias acerca da prescrição penal ao caso; g) o Estatuto de Roma, que cria o Tribunal Penal Internacional, foi internalizado no Brasil em 2002, prevendo a imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade (BRASIL, 2018, p. 12-24).

O acórdão do TRF2 que recebera a denúncia é um exemplo de como há parcela do Poder Judiciário comprometida com a proteção ao regime democrático por meio do direito penal. Em tal decisão, há diversas passagens em que se critica a própria inércia do Poder Judiciário em, por exemplo, realizar um sério controle de convencionalidade, destacando como essa leniência judicial contribui para “a perpetuação de estruturas de poder autoritárias e legitimação de violências policiais e torturas cometidas nos dias de hoje contra a população civil”⁹.

Apesar de elencar importante argumentação, o acórdão não conseguiu desenvolver uma resposta adequada ao ataque aos direitos humanos

conforme narra o MPF na denúncia ofertada contra Antônio Waneir Pinheiro Lima, o “Camarão” (BRASIL, 2016, p. 2-3). Inês foi uma sobrevivente do mencionado centro clandestino de tortura, execuções e desaparecimentos forçados, o qual era mantido pelo CIE como um apoio ao DOI-CODI (BRASIL, 2014, p. 798).

⁹ Por exemplo, tem-se esse trecho do Voto da desembargadora Federal Simone Schreiber: “Mesmo diante de condenações vinculantes da Corte Americana de Direitos Humanos e da existência de um movimento de revisões das leis internas de anistia frente ao Pacto de São José da Costa Rica, o país e, mais especificamente o Poder Judiciário, reluta em lidar com o seu passado e adotar um modelo transicional adequado às obrigações jurídicas assumidas no plano internacional. Essa dificuldade de enfrentar as graves violações cometidas em nome do Estado estão amparadas em sua cultura do esquecimento, da qual algumas das consequências, reconhecidas pela comunidade internacional, são a perpetuação de estruturas de poder autoritárias e legitimação de violências policiais e torturas cometidas nos dias de hoje contra a população civil” (BRASIL, 2018, p. 23).

desenvolvidos pelo juiz a partir da citação, sem qualquer informação sobre a fonte, de Olavo de Carvalho, cujo pensamento fundamentava toda a decisão. As pesquisas em ciência política já conseguem traçar as origens da nova direita brasileira e do papel do referido pensador, como o fazem Esther Solano e Camila Rocha. Nesse sentido, o ano de 2006 é importante para encontrar o nascimento de tal ideologia política, quando grupos que não aceitavam a reeleição do presidente Lula organizaram-se em fóruns de discussão na *internet* a partir de pautas como livre-mercado, maior punição aos criminosos ou mesmo retorno do regime militar, com destaque para o papel de orientação conferido por Olavo de Carvalho (ROCHA, SOLANO, 2021, p. 15-16). Sobre a influência deste, tem-se que:

Desde a metade de 1990, Carvalho defendia, por meio de livros e artigos de jornais e revistas, a ideia de que o país foi tomado por uma hegemonia cultural esquerdista após a redemocratização. Essa hegemonia, que remete ao pacto democrático de 1988, seria refletida por meio da influência exercida por intelectuais de esquerda, que ocuparam posições de prestígio em editoras de livro, nas redações dos principais veículos de comunicação nacional e nos cursos de humanidades das principais universidades do país, mais notadamente na Universidade de São Paulo (USP). De acordo com Carvalho, esses intelectuais seriam incapazes de realizar reflexões profundas sobre o Brasil que se destacassem no panorama intelectual mundial e, portanto, contentavam-se em repetir, de modo irrefletido, chavões inspirados nas últimas modas intelectuais vindas dos Estados Unidos. Para ele, um exemplo dessa reprodução de modismos era a defesa de lutas contra opressões de gênero e raça, conhecidas popularmente como “pautas identitárias”. Extremamente ativo na internet, ainda em 1998 Carvalho passou a divulgar suas ideias em um blog e, mais tarde, em 2002, em um site colaborativo. No ano de 2004, ele já era tema de pelo menos quatro comunidades de discussão na falecida rede social Orkut, além de ministrar aulas em cursos on-line e realizar transmissões de áudio pelo site Blog Talk Radio, análogas ao que hoje se conhece como podcast (ROCHA, SOLANO, 2021, p. 16).

Para a execução de um projeto capaz de se contrapor a essa “hegemonia esquerdista”, tinha-se como necessária a utilização de palavras para desqualificar interlocutores, bem como a divulgação de notícias falsas (ROCHA, SOLANO, 2021, p. 17-19). Um pensador que sustenta tais pautas, inegavelmente autoritárias, mereceria ampla condenação por parte do Poder Judiciário, mas mesmo uma decisão atenta com o regime democrático como a ora estudada não foi capaz de se contrapor completamente à ideologia por trás da decisão.

A nova direita e, especificamente, o bolsonarismo interessam neste texto na medida em que é possível analisar juridicamente suas características e práticas, sendo este o ponto de contato a ser desenvolvido entre ciência política e direito¹⁰. Uma das hipóteses levantadas para o avanço da nova direita no Brasil, a partir do trabalho de diversos intelectuais como Olavo de Carvalho, é o distanciamento da realidade atual com a ditadura militar, tida no imaginário como movimento “de direita”. Com o transcurso do tempo, o custo de ser atrelado à ditadura militar ao se declarar de direita restou diluído (CHALOUB; PERLATTO, 2019, p. 364). Nesse sentido, a rede social *Orkut* já apresentava, em 2004, comunidade na qual se difundiam ideias de Olavo de Carvalho, tais como o pretenso caráter brando da ditadura militar, na qual havia eleições formais, compondo um dos marcos fundamentais da nova direita (PRADO, 2021, p. 24).

Pode-se argumentar que a citação era tão absurda e formalmente mal efetivada, sem a indicação precisa da fonte, que respondê-la seria desnecessário, consistindo em mero dispêndio de energia e, de algum modo, legitimando-a como se estivesse diante de um dissenso razoável. Essa compreensão, quando relacionada com um ato de autoritarismo contido num pronunciamento oficial como uma decisão judicial, não se afigura adequada. A ausência de resposta completa é perniciososa para a democracia numa situação como essa, pois faz com que o juiz de primeira instância continue se sentido à vontade para fundamentar novas decisões de modo semelhante. Não se está supondo que ele poderia mudar sua ideologia em face de uma simples reforma de decisão pelo TRF2, mas que, dependendo da resposta que fosse efetivada, mais um desestímulo seria criado para novas fundamentações semelhantes.

¹⁰ Quando se fala em “nova direita”, abre-se a possibilidade de se retomar o eventual anacronismo na distinção entre esquerda e direita, distinção tida como insuficiente para descrever o fenômeno político hoje. De acordo com Jorge Chaloub e Fernando Perlatto (2019, nota de rodapé 2, p. 361), no entanto, a identificação explícita de muitos intelectuais brasileiros com a direita, admitindo serem classificados, por eles próprios, como “diretistas”, demonstra que a descrição de tal realidade política é mais precisa quando ainda se utilizam as expressões “direta” e “esquerda”. Segundo os autores, os pensadores da nova direita brasileira, em alguma medida, identificam-se com a crítica a temas tipicamente de esquerda, como: a) regulação do mercado; b) promoção de maior igualdade a partir da redistribuição de renda; c) inclusão de minorias.

Essa linha de raciocínio ganha relevo caso se esteja diante de realidades autoritárias, como se tem em diversos regimes políticos no mundo, incluindo o Brasil. Em cenários desse tipo, a defesa dos direitos fundamentais de minorias pode ser até mesmo uma questão arriscada, em face de violência estatal ou de grupos empoderados pelo discurso oficial. Teorias autoritárias, com evidente reflexo no Direito e na prática judicial, devem ser exemplarmente enfrentadas e derrotadas e isso somente é possível através de acordos teóricos completamente teorizados. Em situações desse tipo, é possível compatibilizar a integridade com o minimalismo, pois Sunstein admite, em diversas passagens, os limites em torno dos acordos não completamente teorizados, quando, por exemplo, exista uma boa teoria disponível e haja possibilidade de acordo entre os juízes, como dito¹¹.

Os juízes que lutam pela Constituição, desenvolvendo um direito constitucional de resistência (BONAVIDES, 2001) também precisam estar teoricamente amparados para responder adequadamente a construções teóricas autoritárias. Há um desequilíbrio evidente quando um juiz que se comporta como “cidadão de bem” ostenta algum conhecimento mais profundo sobre determinado tema e os juízes que buscam se contrapor a tal decisão não conseguem apresentar um contraponto integral.

Resalte-se que a Corte, corretamente, reformou diversos argumentos lançados, como aquele que confundia justiça de transição com tribunais de exceção. No entanto, como visto, não foi capaz de construir uma teoria mais ampla capaz de caracterizar a teoria de Olavo de Carvalho como autoritária, com fortes influências do antagonismo amigo/inimigo de Carl Schmitt (2018), por exemplo. Nesse ponto, a decisão silenciou-se no enfrentamento específico do referencial citado pelo juiz. Por que isso aconteceu? Por que uma decisão judicial que, é sempre bom repetir, lutou contra o autoritarismo judicial e exerceu resistência constitucional, não foi capaz de ir um pouco além, atingindo as bases do direito na decisão recorrida?

Em parte, essa omissão decorre da dificuldade em se promover teorizações em face de fenômenos ainda novos, especialmente para o Judiciário e Ministério Público, faltando conhecimento acerca das características e teorias da nova direita, realçando que a decisão foi tomada em 2018. A deficiência nesse ponto específico, assim, não pode ser atribuída à teoria da integridade em si, pois, como visto, ela foi utilizada no acórdão quando se buscou uma resposta mais adequada à Constituição ao se teorizar, por exemplo, sobre a interação entre controle de

¹¹ Dworkin faz essa leitura ao apontar, referindo-se a Sunstein, que: “Há circunstâncias, ele concordaria, nas quais devemos resistir ao conselho: eu recusei convites para endossar campanha neo-nazistas contra leis que torna crime declarar que o Holocausto nunca ocorrerá” (DWORKIN, 1997, p. 369).

convencionalidade e constitucionalidade. A questão, então, também passa por contínua qualificação profissional dos juízes, advogados e membros do Ministério Público, os quais devem buscar educação para proteção da democracia em face das emergentes características da nova direita.

Sobre a educação como instrumento para proteção da democracia diante da atual onda de recessão, é importante consultar o que pesquisas específicas sobre o tema já vêm desenvolvendo. Desse modo, professores como Tom Daly (2020, p. 203) sustentam a necessidade de constitucionalizar a educação cívica, buscando-se apostar no conhecimento a partir da educação para a democracia, fazendo com que se construa, preventivamente, um cidadão capaz de identificar as investidas autoritárias e dela possa se defender e se contrapor às falsidades que erodem a democracia. A lição tem ainda mais sentido quando tais cidadãos tem o dever constitucional de proteger o regime democrático, como se tem no caso de juízes e membros do Ministério Público.

No Brasil, a história do pensamento jurídico aponta para forte influência de ideologias autoritárias na política e também no Poder Judiciário, destacando-se a característica da irracionalidade. A irracionalidade tem papel decisivo na configuração de modelos autoritários, pois compõe a essência do processo político, sendo as teorias anti-intelectualistas um caminho para os golpes de estado (CAMPOS, 2001, p. 19, 26). Nesse sentido, Francisco Campos critica a empreitada liberal de buscar conformar a democracia à imagem do mundo forense, como se a deliberação pública fosse resultado de um choque de argumentos entre as partes de um processo judicial perante o magistrado. Tal imagem do processo político é equivocada porque desconsidera a irracionalidade da massa, a qual emerge na esperança de fazer uma aclamação por um líder carismático, um César, que vá governar ditatorialmente (CAMPOS, 2001, p. 24-26). O autor é claro: “o regime político das massas é a ditadura”, pois quanto maior a massa, mais a integração política se torna possível somente através de uma vontade pessoal (CAMPOS, 2001, p. 23).

Essa racionalidade, segundo ele, funciona por algum tempo, quando os conflitos no espaço público são mais simples, não polarizados. No entanto, em algum momento essa polarização vai surgir sendo tal situação “refratária aos processos femininos de persuasão da sofística forense” (CAMPOS, 2001, p. 26), pois as grandes tensões não são resolvidas em termos intelectuais nem com choque de ideias e argumentos (CAMPOS, 2001, p. 27). O autor parece desenvolver argumento, além do mais, machista, pois admite que o sentimento de diálogo seria mais afeto às mulheres, adotando claro tom de crítica ou mesmo de menosprezo a tal característica.

A outra característica marcante do modelo autoritário refere-se à atuação do juiz e à tomada de decisão como fruto da vontade, manifestação

de poder, e não algo fruto da cognição¹². Trata-se do decisionismo processual e do subjetivismo inquisitivo. Manifesta-se como a tomada de decisão vinculada muito mais às valorações pessoais do juiz, amparado nos tipos abertos e consagradores de um direito penal do autor, do que na análise formal das provas. O instrumento de tal valoração é o livre convencimento do juiz, imotivado e incontrolável intersubjetivamente (FERRAJOLI, 2002, p. 38).

Assim, o pensamento autoritário brasileiro também oferece sua interpretação do papel dos juízes. O Poder Judiciário, para Oliveira Vianna, era instituição importante para o combate à impunidade, tida por ele como um dos grandes males da elite política brasileira. Para ele, era mais importante esse combate judicial do que mesmo garantir o direito ao voto ou ao sufrágio universal, sustentando que a verdadeira garantia dos direitos civis não adviriam daqueles aspectos formais da democracia liberal, mas, sim, da atuação dos juízes, que deveria se fazer cada vez mais rápida e difundida por todo o Brasil, alcançando na maior medida possível o homem-massa do interior, o qual, sem a proteção dos direitos judicialmente garantida, continuaria à mercê dos “mandões locais, dos senhores das aldeias e dos delegados cheios de arbítrios” (VIANNA, 1999, p. 501-503).

O autor continua mostrando como a democracia liberal e o princípio da representação por eleições livres não correspondem ao ideal:

O ponto vital da democracia brasileira não está no sufrágio liberalizado a todo o mundo, repito; está na garantia efetiva do homem do povo-massa, campônio ou operário, contra o arbítrio dos que "estão de cima" -- dos que detêm o poder, dos que "são governo". Pouco importa, para a democracia no Brasil, sejam estas autoridades locais *eleitas* diretamente pelo povo-massa ou *nomeadas* por investidura carismática: se elas forem efetivamente contidas e impedidas do arbítrio -- a democracia estará realizada” (VIANNA, 1999, p. 502).

¹² São quatro os poderes judiciais que devem ser analisados para que se possa caracterizar uma atuação judicial autoritária: a) poder de interpretação; b) poder de comprovação probatória; c) poder de compreensão equitativa; d) poder de disposição ou de valoração ético-política (FERRAJOLI, 2002, p. 33). A interpretação, a valoração probatória e a aplicação da equidade mostram como o juiz tem certa liberdade ao julgar, pois: a) não há uma única resposta possível em todos os casos, quando se analisa a interpretação; b) a análise da prova, em consequência, não exclui valorações; c) a equidade compreende a necessidade de o juiz distinguir casos, tarefa igualdade valorativa, não sendo rechaçada do direito penal quando servir para excluir a responsabilidade ou atenuar penas. Os três primeiros poderes propiciam o julgamento como ato cognitivo, em alguma medida, mas podem ser corrompidos pelo quarto poder, que é patológico, pois consiste no afastamento do juiz da lei com a consequente aplicação de padrões unicamente políticos ou valorativos no julgamento (FERRAJOLI, 2002, p. 34).

O autor apresenta visão claramente idealista do Poder Judiciário, não concebendo os juízes como autores de violações de direitos fundamentais, sendo eles os verdadeiros garantidores da democracia no Brasil (VIANNA, 1999, p. 505).

O quadro acima, apresentando com base na decisão judicial estudada, demonstra como os Poderes têm se manifestado de maneira descontrolada, no sentido enfrentado por Ferrajoli (2014), o qual aponta que há um processo desconstituente ocorrendo na Itália, cujas características demonstram grande similitude com a realidade brasileira. Para o autor, a Constituição italiana de 1948 tem sido atacada por inimigos que a acusam de uma velhice que leva à não governabilidade, tendo os direitos fundamentais sido sistematicamente atacados pelos detentores de poder, agora exercidos de modo selvagem, sem controle ou respeito às regras. A dimensão substancial da democracia, aquela decorrente da positivação dos direitos fundamentais, é tida como menos importante ou superável pela dimensão formal, relacionada às eleições para cargos políticos. Os inimigos do constitucionalismo no aspecto material sustentam suas ações como democráticas a partir dessa vontade da maioria que os elegeu e o consequente respeito pelo aspecto formal da democracia. Para o autor, e no entanto, os inimigos dos direitos fundamentais ou da democracia constitucional também são inimigos da democracia formal ou política, como demonstrará a partir das crises do topo, ou seja, dos conflitos de interesse do vértice do Estado presentes entre os próprios eleitos¹³ (FERRAJOLI, 2014, p. 168-184).

Retornando à teorização na decisão judicial, tem-se com ela a formação de um precedente que tende a ser mais forte¹⁴ tanto formal como

¹³ Eis os exemplos elencados pelo autor, cuja comparação com muitas das medidas adotadas pelo Poder Executivo brasileiro mostram uma notável semelhança: “A ideia elementar que está na base desta pretensão é que o consenso popular é a única fonte de legitimação do poder político e serviria, portanto, para legitimar todos os abusos e para deslegitimar críticas e controles. O inteiro edifício da democracia constitucional fica em razão disso minado à sua raiz: pela intolerância em relação ao pluralismo político e institucional; pela desvalorização das regras; pelos ataques à separação de poderes, às instituições de garantia, à oposição parlamentar, aos sindicatos e à liberdade de imprensa; pela rejeição, em síntese, do paradigma do Estado constitucional de direito como sistema de vínculos legais impostos a qualquer poder” (FERRAJOLI, 2014, p. 155).

¹⁴ Juraci Mourão elenca os diversos elementos formais de determinação da força hermenêutica do precedente, tais como a) nível hierárquico da corte emissora; b) tipo de processo em que se emitiu o precedente; c) órgão interno do tribunal emissor; d) votação por maioria ou unanimidade e e) modificação da composição da corte emissora, bem como os respectivos elementos materiais que determinam tal força: f) fundamentação adequada e detida; g) grau qualitativo e quantitativo de análise das questões de fato e de direito envolvidas; h) o ramo do direito envolvido; i) a idade do precedente; j) a observância da coerência; l) existência ou não de desafio ao precedente; m) similitude hermenêutica das questões suscitadas; n) guinada jurisprudencial e efeito *ex tunc*; o) observância de precedentes não judiciais; p) modificação o plano legislativo ou constitucional; q) modificação ou manutenção do quadro político e social geral; r) apoio ou desafio acadêmico. Dependendo da conjugação desses diversos fatores, ter-se-á uma condição mais facilitada ou dificultada para superação do precedente (LOPES FILHO, 2016, p. 419-449).

materialmente, o qual, apesar de não ser o único critério para a eficácia instrumental da decisão que busque lutar pela Constituição, ajuda nessa tarefa, à medida que serve como padrão a ser aplicado em casos semelhantes, dificultando o surgimento de novos pronunciamentos judiciais autoritários. Imagine-se, por outro lado, se a decisão fosse minimalista: apesar de, obviamente, ter-se a obrigação de cumpri-la, a parte interessada poderia explorar mais amplamente as teorias disponíveis para atacar o ato judicial.

Essa ampliação na fundamentação decisória ou essa “ascensão teórica”¹⁵ é necessária porque, numa situação de autoritarismo marcado pela apologia da ditadura militar, diversas forças políticas poderosas e dotadas de amplas teorias que buscam justificar a manutenção do legado autoritário, poderão adotar todas as estratégias possíveis para impedir o cumprimento da decisão. No âmbito específico dos tribunais, os advogados, membros do Ministério Público ou quaisquer daqueles que tenham interesses alinhados com os grupos que não querem a mudança usarão qualquer espaço argumentativo para tentar retardar o cumprimento da decisão, no trabalho que, por exemplo, os advogados públicos ostentam ao defender o Estado. Ora, quanto mais robusta a teoria desenvolvida, menos espaço esses agentes terão para se alinharem à teoria rechaçada, enfraquecendo alguns dos obstáculos para a implementação da decisão.

Pode-se dizer que, na prática, juízes não decidem como Dworkin descreve, como defende Sunstein. Se eles puderem, vão evitar fundamentações teóricas mais profundas, de modo que um juiz como Hércules, entusiasta das abstrações, dificilmente tomaria parte numa deliberação judicial real, padecendo, num órgão colegiado, de vícios que vão de encontro à colegialidade, justamente em face de seu aspecto solista (SUNSTEIN, 1995, p. 1758-1759). O texto buscou demonstrar, por outro lado, que é possível e desejável que juízes atuem também de outro modo, atribuindo uma finalidade e um valor mais elevado à prática judicial em tempos de crise.

5 CONCLUSÃO

A proteção da democracia não é algo efetivado completamente a partir da atuação do Direito judicializado, não tendo este texto se comprometido, assim, com nenhum tipo de “endeusamento” judicial. O

¹⁵ Dworkin admite que as ascensões teóricas, ou seja, o recurso à teoria e às abstrações, pode até ser raro, mas o ponto crucial é que não há um teste apriorístico o qual aponte quando ele vai ser necessário, mas constitui, indubitavelmente, num aspecto da responsabilidade dos juízes, seja ao julgar casos ordinários ou constitucionais (DWORKIN, 1997, p. 358-360). Assim, é o caráter em si do questionamento ou do caso levado a juízo que vai ditar o nível de teoria que deve ser explorado, não se podendo estipular isso previamente (DWORKIN, 1997, p. 371).

que se buscou sustentar foi a possibilidade de participação do Judiciário na solução dessas complexas questões de modo efetivo, a partir de uma fundamentação da decisão com carga fortemente teórica. Isso, por si só, não garante a mencionada eficácia, mas, sem dúvidas, é um facilitador na medida em que torna mais difícil que se crie empecilho ao cumprimento da decisão a partir da utilização de fundamentações baseadas em teorias exemplarmente afastadas pela Corte.

Em situações desse tipo, marcadas por traços autoritários antes descritos, não há como se pensar num “uso construtivo do silêncio” na fundamentação da decisão, buscando-se uma função social capaz de gerar pacificação social e boa convivência entre as pessoas, pois é justamente a existência de teorias que negam os direitos fundamentais que põem em risco o próprio regime democrático. É preciso reafirmar isso academicamente, pontuando com muita clareza os limites do minimalismo, especialmente porque, quando desenvolvido por Cass Sustein, o modelo de democracia ocidental parecia garantido.

É certo que juízes não são filósofos nem recebem treinamento específico nesse sentido, contando ainda com todos os constrangimentos temporais para a prolação de grande número de decisões. Mas também é igualmente certo que, especialmente nos Tribunais, os juízes costumam ser pessoas mais experientes e capazes de selecionar quais casos demandarão uma maior construção teórica, não se podendo olvidar o papel das partes, que podem, na elaboração das respectivas petições, apresentar um caminho possível para que o juiz desenvolva uma maior construção teórica, a partir, por exemplo, dos respectivos referenciais citados. Nesse sentido, é importante consignar como a decisão do TRF2 concretiza a Constituição ao se contrapor a uma decisão que levava adiante os legados da ditadura militar, aplicando a própria Lei de Segurança Nacional da época, como visto, construindo algum nível de teorização para revisão a decisão de primeira instância. O presente texto buscou realçar, no entanto, como a resistência constitucional precisa ser aprimorada a partir do aprofundamento do conhecimento em torno das características da nova direita e como ela se comporta no Judiciário, por intermédio de um juiz federal (“cidadão de bem”), entusiasta de Olavo de Carvalho.

Essa postura judicial não retira o papel de todas as outras instituições e Poderes em, de acordo com a função de cada um, contraporem-se às teorias ou mesmo às ideologias que ataquem as bases da decisão. Especialmente em relação ao Parlamento, a adoção da integridade não retira a responsabilidade dos parlamentares em, cotidianamente, aprovarem leis em prol do regime democrático ou mesmo punirem parlamentares que busquem sabotá-lo. O que se busca, repita-se, é somente a maximização judicial da proteção de direitos num contexto extremamente adverso, objetivo que é propiciado pela integridade. Respondendo à indagação posta

na **Introdução**, assim, pode-se dizer que sim, a adoção de amplas teorias na fundamentação da decisão pode contribuir para uma maior eficácia dessa, nos termos e limites antes apontados.

REFERÊNCIAS

AVRITZER, Leonardo; KERCHE, Fábio; MARONA, Marjorie. **Governo Bolsonaro: retrocesso democrático e degradação política**. Belo Horizonte: Autêntica, 2021.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria constitucional da democracia participativa: por um direito constitucional de luta e resistência**. Por uma nova hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. **Relatório, v. 1**. Brasília: CNV, 2014.

BRASIL. Justiça Federal. 1ª. Vara Federal da Subseção Judiciária de Petrópolis/RJ. **Ação Penal 0170716-17.2016.4.02.5106**. Sequestro e estupro praticados por Antônio Waneir Pinheiro Lima. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal (TRF). 2. Região. **Carta testemunhável em recurso em sentido estrito 0500068-73.2018.4.02.5106**. Controle de convencionalidade em face da Lei de Anistia. 2018.

CAMPOS, Francisco. **O estado nacional**. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2001. (Coleção Biblioteca Básica Brasileira).

CHALOUB, Jorge; PERLATTO, Fernando. Intelectuais e “nova direita” no Brasil. In: LYNCH, Christian Edward Cyril; SOUSA, Elizeu Santiago Tavares; CASSIMIRO, Paulo Henrique Paschoeto (orgs.). **Pensamento político brasileiro: temas, problemas e perspectivas**. Curitiba: Appris, 2019.

DALY, Tom Gerald. Designing the democracy-defending citizen. **Constitutional studies**, v. 6, 2020.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. In praise of theory. **Arizona State Law Journal**, v. 29, n. 2, p. 353-376, 1997.

DWORKIN, Ronald. **Law's empire**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1986.

DWORKIN, Ronald. **Justice in robes**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**. Teoria do garantismo penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Poderes selvagens: a crise da democracia italiana**. São Paulo: Saraiva, 2014.

LOPES FILHO, Juraci Mourão. **Os precedentes judiciais no constitucionalismo brasileiro contemporâneo**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. **Do xadrez à cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea**. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Como levar Ronald Dworkin a sério ou como fotografar um porco-espinho em movimento. *In*: GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

MAFEI, Rafael; BUSTAMANTE, Thomas; MEYER, Emílio Peluso Neder. **The Routledge Handbook on Illiberalism**, 2021.

MEYER, Emílio Peluso Neder. **Constitutional erosion in Brazil**. Oxford: New York: Hart, 2021.

PEREIRA, Anthony W. **Ditadura e repressão: o autoritarismo e o Estado de Direito no Brasil, no Chile e na Argentina**. Tradução de Patrícia Zimbres. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

PRADO, Michele. **Tempestade ideológica: Bolsonarismo, a *Alt-Right* e o populismo iliberal no Brasil**. São Paulo: Lux, 2021.

ROCHA, Camila. SOLANO, Esther. A ascensão de Bolsonaro e as classes populares. *In*: AVRITZER, Leonardo; KERCHE, Fábio; MARONA, Marjorie. **Governo Bolsonaro**. Retrocesso democrático e degradação política. Belo Horizonte: Autêntica, 2021.

SHAPIRO, Scott. O debate “Hart *versus* Dworkin”: um pequeno guia para

os perplexos. *In*: COELHO, André; MATOS, Saulo; BUSTAMANTE, Thomas (org.). **Interpretando o império do direito**: ensaios críticos e analíticos. Belo Horizonte: Arraes, 2018.

SCHMITT, Carl. **O conceito do político**. Belo Horizonte: Del Rey, 2018.

SUNSTEIN, Cass R. Constitutional agreements without constitutional theories. **Ratio Iuris**, v. 13, n. 1, p. 117-130, mar. 2000.

SUNSTEIN, Cass R. Incompletely theorized agreements. **Harvard Law Review**, n. 108, p. 1733-1772, 1995.

UNGER, Roberto Mangabeira. **O movimento de estudos críticos do direito**: outro tempo, tarefa maior. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017.

VIANNA, Oliveira. **Instituições políticas brasileiras, v. 1 e v. 2**. Brasília: Conselho Editorial do Senado Federal, 1999.

ZYL, Paul Van. Promovendo a justiça transicional em sociedades pós-conflito. **Revista Anistia Política e Justiça de Transição**, n. 1, p. 32-56, jan./jun. 2009.

Recebido: 11/5/2020.

Aprovado: 16/9/2021.

Emanuel de Melo Ferreira

Doutorando em Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC).

Mestre em Ordem Jurídica Constitucional pela Universidade Federal do Ceará (UFC).

Professor Assistente I da Universidade Estadual do Rio Grande do Norte (UERN-Mossoró).

Procurador da República.

Email: emanuelmelo@uern.br.