



O DIREITO PARA ALÉM DO JUDICIÁRIO: CONSIDERAÇÕES A PARTIR DA TEORIA ESTRUTURANTE DO DIREITO

LAW BEYOND THE JUDICIARY: CONSIDERATIONS FROM THE STRUCTURING THEORY OF LAW

RUBENS BEÇAK

Mestre e Doutor em Direito Constitucional e Livre-docente em Teoria Geral do Estado pela Universidade de São Paulo – USP. Professor Associado da Universidade de São Paulo – USP. Professor no Programa de Pós-graduação em Direito da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais do Campus de Franca da Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho" - UNESP. Professor Visitante da Universidad de Salamanca no Master en Estudios Brasileños. E-mail: prof.becak@usp.br

MATHEUS CONDE PIRES

Doutorando em Direito pela Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho", com financiamento da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Especialista em Humanidades: Estudos Interdisciplinares em Educação, Cultura e Contemporaneidade, pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Membro do Laboratório de Pesquisa em Teorias Constitucionais e Políticas (CPOL/LAB). E-mail: conde.pires@unesp.br

RESUMO

Tradicionalmente, o Supremo Tribunal Federal (STF) é apresentado como a instituição responsável pela garantia do Estado Democrático de Direito. Portanto, quando uma ação política extrapola os limites constitucionais, o STF, na qualidade de Tribunal Constitucional, pode reverter a decisão. No entanto, a Constituição não é um texto fixo, mas dinâmico e relacionado com a sociedade. Portanto, o ponto de partida é o seguinte problema: é possível estabelecer uma relação de influência política na atuação do STF com base na Teoria Estruturante do Direito?

Objetivo: Discutir a centralidade do STF em sua função de assegurar o Estado Democrático de Direito, estabelecendo um debate com a Teoria Estruturante do Direito.

Metodologia: A partir da abordagem metodológica hipotético-dedutiva e de procedimentos de revisão bibliográfica e análise discursiva, divide-se a pesquisa em três momentos. O primeiro visa estabelecer uma relação entre direito e linguagem. Posteriormente, busca-se identificar as nuances da linguagem e do direito que possibilita uma disputa em torno dos conceitos de categorias relevantes para o direito. Por fim, realiza-se uma reflexão sobre o direito como disputa por meio de uma breve análise discursiva do HC 126.292 a partir da perspectiva pós-estruturalista.





Resultados: a pesquisa permite identificar que a linguagem se relaciona com o contexto em que se inserem as decisões jurídicas, de modo a neblinar a separação entre a política e a atuação do STF em sua função de Corte Constitucional. Sendo assim, as instabilidades políticas que o STF viria a pacificar, invadem seu espaço decisório e expõe a necessidade de se pensar a respeito deste modelo de constitucionalismo forte.

Contribuições: na atuação do STF diante do HC 126.292, verificou-se o estabelecimento de um apelo aos anseios populares, de forma que seja possível identificar as disputas do direito para além do judiciário, de forma que o espaço político cotidiano se apresenta relevante para a construção normativa.

Palavras-chave: Hermenêutica Constitucional; Soberania Popular; Legitimidade Democrática.

ABSTRACT

Traditionally, the Federal Supreme Court (STF) is presented as the institution responsible for guaranteeing the Democratic State of Law. Therefore, when a political action goes beyond constitutional limits, the STF, as the Constitutional Court, can reverse the decision. However, the Constitution is not a fixed text, but dynamic and related to society. Therefore, the starting point is the following problem: is it possible to establish a relationship of political influence in the performance of the STF based on the Structuring Theory of Law?

Objective: To discuss the centrality of the STF in its function of ensuring the Democratic State of Law, establishing a debate with the Structuring Theory of Law.

Methodology: From the hypothetical-deductive methodological approach and procedures of bibliographic review and discursive analysis, the research is divided into three moments. The first aims to establish a relationship between law and language. Subsequently, we seek to identify the nuances of language and law that enable a dispute around the concepts of categories relevant to law. Finally, a reflection on the law as a dispute is carried out through a brief discursive analysis of HC 126.292 from the post-structuralist perspective.

Results: the research makes it possible to identify that language is related to the context in which legal decisions are inserted, in order to blur the separation between politics and the performance of the STF in its role as a Constitutional Court. Thus, the political instabilities that the STF would pacify, invade its decision-making space and expose the need to think about this model of strong constitutionalism.

Contributions: in the action of the STF before the HC 126.292, it was verified the establishment of an appeal to the popular desires, so that it is possible to identify the disputes of the law beyond the judiciary, in a way that the daily political space presents itself relevant for the normative construction.





Keywords: Constitutional Hermeneutics; People's Sovereignty; Democratic legitimacy.

1 INTRODUÇÃO

A partir da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal (STF) passou paulatinamente a ocupar uma posição de destaque na estrutura jurídico-política organizacional. Dessa forma, por meio das discussões em torno da obra supracitada, o presente artigo se desenvolve mediante o seguinte problema: é possível estabelecer uma relação de influência política na atuação do STF a partir da Teoria Estruturante do Direito? A hipótese inicial é a de que a contribuição de Friedrich Müller possibilita notar que as disputas políticas existentes possuem uma relação intrínseca com o contexto em que a norma será construída e, assim, oferece categorias conceituais que guiam o processo hermenêutico. Se a hipótese se confirmar, significa dizer que as disputas judiciais se dão também para fora do judiciário, o que coloca em discussão a capacidade de uma Corte Constitucional ser o “último soldado” contra o autoritarismo.

Para responder o problema colocado, a presente pesquisa se desenvolve mediante a abordagem metodológica hipotético-dedutiva aplicada mediante procedimentos de revisão bibliográfica e uma breve análise discursiva. Nesse sentido, a investigação está estruturada em três tópicos: i) direito como linguagem; ii) linguagem como disputa; iii) disputa como direito: o direito para além do judiciário.

Em um primeiro momento, o enfoque é compreender a relação do direito com o contexto e a própria linguagem, que ao mesmo tempo que oferecem balizas para o processo hermenêutico, também corrobora para a formação de instabilidades no sistema. Assim, pretende-se identificar o dinamismo na relação existe entre a construção normativa e a própria linguagem.

Posteriormente, a fim de compreender a abrangência da instabilidade, bem como as possibilidades e limitações da abertura da linguagem no contexto político, apresenta-se a relação da linguagem e do direito com as disputas políticas. Isto pois, se a linguagem





é composta por um sistema relacional contingente, o direito se comportará da mesma forma e será permeado por uma certa instabilidade.

Por fim, relaciona-se as disputas travadas em meio ao espaço gerado pela abertura da linguagem e do contexto com o direito propriamente dito. Este último movimento investigativo se faz por meio de uma breve análise discursiva do HC 126.292, demonstrando as influências do cenário político em uma decisão com relevante repercussão política.

2 DIREITO COMO LINGUAGEM

Em uma visão estrita, o direito é a lei, como se o texto positivado fosse capaz de expressar a totalidade da norma e produzir seus efeitos em concreto. No entanto, essa visão que nasce de uma tentativa de eliminar questões metafísicas, acaba por desconsiderar os próprios domínios factuais e normativos que compõe o direito (MÜLLER, 2021, p. 15). Assim, a Teoria Estruturante retoma a realidade como ponto central para que se possa compreender o direito.

O texto legal em si não apresenta uma norma definida, indica apenas um complexo de sinais que são articulados pela linguagem em um determinado contexto social e comunicativo (ANDRESANI; STAMILE, 2021, p. 30). A norma se dá por meio de uma díade entre texto e contexto (ANDRESANI; STAMILE, 2021), de forma que a linguagem se coloca como um componente importante nessa equação. Isso pois, a realidade é mediada necessariamente pelo simbólico, o real se constitui em meio à linguagem (BURITY, 2008, p. 38 – 41).

Se a própria realidade se forma por meio dos símbolos linguísticos é razoável a compreensão de que a lei se faz por meio do mesmo movimento. Dessa maneira, o texto da lei oferece algum suporte para que se possa dizer o que é a norma, no entanto ele não é o único pilar existente para tal tarefa. O contexto se faz importante, pois os juristas não interpretam a lei em um cenário isento de convenções linguísticas e axiológicas da





comunidade, mas sim em uma situação em que os atos interpretativos estão sempre inseridos em um arcabouço conceitual pré-existente (ANTONOV, 2021, p. 39).

Evidentemente, estes contextos em que os juristas se inserem agem tanto como impulsionadores de certas decisões como limitadores de outras. É justamente esta a intenção de Friedrich Müller (2021, p. 18) ao buscar uma metodologia capaz de efetivar o Estado constitucional e a democracia não se restrinja a uma palavra vazia. Sendo assim, “estruturante” significa compreender as normas como modelos compostos e a normatividade como um processo encadeado que pode ser estratificado, de forma a incluir a realidade na produção normativa das seguintes formas: i) processá-las de forma compreensível para os outros; ii) tornar a concretização, sob o nome do trabalho jurídico, responsável como prática social; iii) seguir as diretrizes metodológicas pertinentes; iv) não ter ilusões sobre a dimensão interna da temporalidade envolvida nos processos (MÜLLER, 2021, p. 18). Embora, exista um espaço criativo para a tomada de decisão, o método estruturante exige uma transparência, na qual o ônus argumentativo recai aos juristas por meio de instituições, regras e procedimentos explícitos (STAMILE; GOMES; TORRES, 2021, p. 9).

Diante desta perspectiva, o jurista não pode decidir como quiser, ele está restrito a um conjunto de elementos, assim como a própria linguagem compartilhada, para indicar a norma existente. Evidentemente, tal comportamento acaba trazendo um grau de estabilidade na atuação do judiciário, que não pode definir os signos constitucionais de forma deslocada do contexto em que se insere. Os limites da eficácia da ação judicial se dão em razão dos limites das linguagens naturais e dos constrangimentos de uma prática que não permite que emergja qualquer exuberância (MÜLLER, 2021, p. 19). O argumento principal consiste em identificar que o texto normativo consiste em apenas uma forma preliminar da norma, sendo necessário desenvolver uma abordagem metodológica para que seja possível fazer uma passagem controlada do texto para a norma (STAMILE; GOMES; TORRES, 2021, p. 7).

Ao mesmo tempo em que este cenário representa alguma segurança para as decisões vindouras, também possui alguns desafios a serem destacados. O primeiro diz respeito ao fato de que a complexidade contemporânea faz com que os signos





linguísticos se distanciem do seu sentido tradicional (ADEOTADO, 2021 21 – 24), além de possuírem a capacidade de carregarem uma pluralidade de significados a depender do interlocutor. Novos termos, novos contextos e novas relações simbólicas proporcionam novos significados às palavras já existentes. Este fato traz um dinamismo, relativamente controlado, em razão dos contextos em que se inserem a reflexão sobre a o sentido da norma.

A ausência de um sentido intransponível para os símbolos se deve em decorrência da inexistência de uma metalinguagem capaz de eliminar a imprecisão e ambiguidade da linguagem (ADEOTADO, 2021, p. 21-22). Essa falta não é uma deficiência, pelo contrário, ela é constitutiva da linguagem e possibilita a construção e reconstrução da norma ao longo do tempo, além das instâncias exclusivamente ligadas ao texto positivado.

Na Teoria Estruturante do Direito a linguagem se coloca como elemento central, consiste em agir com e dentro da linguagem, bem como o agir da linguagem (MÜLLER, 2021, p. 16). Assim, o direito não está inserido em um ambiente “puro”, está permeado pela linguagem, que consiste em uma “colcha de retalhos esfarrapados, um híbrido, encantador, confuso e fascinante. Está sempre pronto para te surpreender; quando se acredita ter em suas mãos, já estará rindo da sua cara”¹ (MÜLLER, 2021, p. 16, *tradução própria*). É justamente aqui em que se nota o elemento instável presente na atuação jurídica, pois descortinar os significados das normas se insere em um campo complexo da linguagem permeado por uma dinâmica intensa.

Nota-se que Müller (2021, p. 18) possui um objetivo muito claro com suas propostas que fica exposto com um imperativo legal: “trabalhe como se todo o sistema democrático possa estar em jogo com a sua tomada de decisão”². No entanto, aqui é possível notar mais um desafio a ser considerado, também relacionado à pluralidade de sentidos que permeiam a linguagem. Mas, se o primeiro apontamento estava ligado a um elemento de instabilidade, aqui se indica a preocupação com os contextos autoritários

¹ No original: “For language is a ragged patchwork, a hybrid, enchanting, confusing, and bewitching It is always ready to surprise; when one believes to have it in its grip, it will already be laughing up the sleeve” (MÜLLER, 2021, p. 16).

² No original: “Work in such a way that the entire democratic legal system can be at stake with your decision-making!” (MÜLLER, 2021, p. 18).





que podem perpetuar uma realidade opressiva. Trabalhar como se “todo sistema democrático pudesse estar em jogo” pode implicar em reações e concepções diferentes para cada indivíduo. Mesmo que estejam inseridos em uma mesma sociedade, a complexidade contemporânea e as desigualdades podem gerar uma experiência completamente diversa em relação aos sujeitos. Para alguns, proteger o sistema democrático pode exigir uma atuação enérgica, centralizada; enquanto para outros pode significar uma intervenção mínima do Estado. Mais além, o próprio signo de democracia não é algo isento de disputa, de modo que pode representar a necessidade de um combate àqueles que colocam em risco os “valores” sociais ou se abrir para a pluralidade.

Isso fica claro no artigo *Law, State, and Human Rights in Russia Legal* de Mikhail Antonov (2021, p. 57), no qual explica que os significados convencionais de “Estado” e “lei” no sistema jurídico russo oferecem para os juristas uma base conceitual apta a resistir às limitações normativas impostas, teoricamente, pelos direitos humanos. Em outras palavras, existem certas estruturas conceituais que prefiguram a interpretação dos direitos humanos, de forma que essas estruturas construídas ao longo do desenvolvimento da cultura jurídica oferecem a base para o desenvolvimento das instituições e do próprio sentido do vocabulário jurídico (ANTONOV, 2021, p. 57). O pano de fundo presente na Rússia, segundo Antonov (2021 p. 50-55), consiste na prevalência da teoria estatista do direito, na qual as liberdades individuais são válidas somente se não contraditadas pelo interesse público formulado pelo Estado.

Nesse sentido, a simples previsão de direitos em garantias com *status* constitucional não garante uma interpretação específica em direção ao aprofundamento democrático, ou seja, à participação plural na tomada de decisões. A linguagem que permeia a construção da norma em determinado contexto não é estática, pelo contrário, se apresenta em meio ao dinamismo presente no avanço da complexidade social. A linguagem é o meio em que as disputas políticas se apresentam, conforme se verá a seguir. Estado, direitos, garantias e outros elementos que compõe a noção de democracia não são elementos com significados plenamente fechados e intransponíveis ao dissenso. É justamente neste espaço que as disputas se apresentam.





3 LINGUAGEM COMO DISPUTA

A linguagem está intrinsecamente ligada ao cotidiano, o que demonstra sua importância no próprio conhecimento do mundo. No entanto, a linguagem não é estática, não é um dado auto evidente, pelo contrário é uma construção coletiva contínua. Como dito, a inteligibilidade do real se dá por meio do simbólico, ou seja, se conhece algo por meio da linguagem, por meio de símbolos que definem e conceituam o que se pretende conhecer (BURITY, 2008, p. 38-41). Um conceito não carrega sozinho o seu conteúdo, seu signo se dá por meio do contraste e do antagonismo com outros conceitos. Por exemplo, A é A, pois não é B; sendo que B se difere de A e ambos de diferem de outros elementos (MENDONÇA, 2006, p. 56).

Nesse sentido o simbólico não parte do nada, mas sim da própria sociedade e das articulações discursivas formadas ao longo do tempo em razão de aspectos históricos e culturais. O resultado dessas articulações pode ser benéfico ou não na ótica de cada sujeito, o ponto central aqui é que a linguagem não se isola do contexto inserido. As categorias jurídicas e políticas possuem uma relação próxima com as formas de pensamento e elaborações conceituais já sedimentadas na sociedade e, assim estruturam a ordem social (STAMILE, 2019, p. 129). Elementos como “lei”, “estado”, “justiça”, “nação” e a própria ideia de “democracia” não possuem um significado predeterminado ou ligado a uma essência metafísica. Tais categorias são resultantes de uma cultura jurídico-política que é permeada pelo contexto histórico. Em outras palavras, essas categorias podem não apenas representar sentidos diferentes em localidades diversas, como também podem perpassar por mudanças ao longo do tempo.

No já mencionado artigo *Law, State, and Human Rights in Russia Legal*, Mikhail Antonov (2021, p. 39) demonstra justamente como a percepção de lei conferiu na Rússia um poder ilimitado às autoridades, mesmo diante de potenciais ameaças aos direitos humanos. O termo “direitos humanos” inclusive foi aglutinado no léxico russo como a defesa dos valores burgueses ocidentais, de forma que passou a ser utilizado apenas para propaganda externa e para ressaltar as contradições do capitalismo (ANTONOV, 2021, p. 57).





Se comparada com a realidade brasileira, as concepções a respeito dos direitos humanos se divergem enfaticamente. A chamada Constituição Cidadã é permeada por valores sociais e promessas ao povo brasileiro, de modo que a ideia de direitos humanos se coloca como elemento central. Evidentemente há uma disputa a respeito dos “verdadeiros” signos constitucionais e da própria ideia de direitos humanos, mas de forma hegemônica³, compreende-se os direitos humanos como a base do Estado democrático brasileiro.

Este contraste não esgota as nuances possíveis dos signos em relação aos direitos humanos e à ideia de democracia, mas é capaz de ilustrar que tais categorias não possuem um conceito transcendental, são resultantes de seus respectivos contextos. Assim, a intenção de preservar o “Estado democrático” pode fundamentar condutas diversas. Enquanto de um lado a ideia de um “Estado democrático” pode oferecer subsídios para restringir um discurso de ódio, de outro pode sustentar a perseguição de um grupo minoritário que ofende a “moral e os bons costumes”.

Estes conceitos são ligados aos contextos em que se apresentam e, portanto, são dinâmicos em razão das mudanças ao longo do tempo. Significa dizer que a própria linguagem está em disputa. O que se entende por “Estado”, “democracia”, “justiça” e outros elementos de relevo, são constituídos diariamente no espaço político. Não se trata de elementos pré-concebidos e intransponíveis ao ambiente, são categorias que se constituem e reconstituem diariamente.

E assim se constitui a principal problemática do âmbito jurídico do ponto de vista democrático, a legitimidade. Em um sentido democrático, a legitimidade provém da atuação do próprio indivíduo que estará orientado posteriormente pela lei, é a ideia de autogoverno presente de forma expressiva no legado de Rousseau (1999a, 1999b). Se tratando de um Estado, a legitimidade provém da atuação coletiva, na qual todos os sujeitos tenham condições de participar das decisões tomadas. Essa pluralidade é sintetizada na ideia de um povo, que acaba por respaldar a legitimidade da atuação do Estado. É justamente neste ponto que a problemática se apresenta.

³ Utiliza-se este termo na perspectiva de Ernesto Laclau e Chantal Mouffe (2015), na qual hegemonia importa em uma posição dominante. No caso, refere-se a concepção hegemônica de direitos humanos no Brasil, compreendendo-a como um pré-requisito para uma sociedade democrática.





Para Friedrich Müller (2021, p. 18), a soberania não é mais exercida de fato pelo povo, tornando necessário um conjunto de instituições e normas capazes de controlar e limitar a atuação das oligarquias. Ocorre que, a soberania talvez nunca tenha sido do povo em um sentido ontológico, mas apenas ôntico. Nunca foi o povo em sua totalidade o soberano, mas sim uma face deste que se apresentava como o todo. Para entender este ponto a melhor pergunta a se fazer não é “quem é o povo?”, mas sim “o que é o povo?”, pois entender quem é um povo exige um contexto, uma história e uma cultura específica. De outra forma, entender o que é o povo oferece uma questão que nos aproxima de um sentido ontológico desta categoria.

É esta a questão colocada por Ernesto Laclau e Chantal Mouffe (2015) na qual compreendem o povo como uma articulação discursiva. Ocorre que o universal não possui um conteúdo próprio (LACLAU, 2011, p. 65). Ao conceituar algo como “tudo” se perde o conteúdo, passa a ser nada, pois não há elementos para contrastar com este algo e definir seu conceito. Um conceito se fecha por meio de seu contraste com outros elementos que não fazem parte dele mesmo. A ideia de povo se faz possível por meio do mesmo movimento, ou seja, pelo antagonismo daqueles que não fazem parte deste povo.

A menor categoria analítica do povo, nesta vertente teórica, seria a demanda. Trata-se de uma solicitação negada reiteradamente pela institucionalidade que, com o tempo, passa a ser articulada com outras em uma cadeia de equivalências (LACLAU; MOUFFE, 2015, p. 163-164). Essa articulação possibilita a formação da hegemonia, uma particularidade em posição dominante que se apresenta como o todo, uma *plebe* que funciona como *populos* (LACLAU, 2018, p. 134). O universal se conceitua como uma particularidade hegemônica, ou seja, que passou a se posicionar de forma dominante na discursividade (GIACAGLIA, 2008, p. 77).

Duas figuras são importantes nessa operação, a “demanda democrática” e a “demanda popular”. A primeira diz respeito a uma demanda que ainda não foi articulada discursivamente e permanece flutuando na discursividade, enquanto a segunda se refere à demanda articulada em uma cadeia de equivalências, fazendo parte de um “povo” (LACLAU, 2018, p. 124). Não há a possibilidade de uma articulação capaz de aglutinar





todas as demandas existentes, pois algumas possuem contradições entre si⁴. É justamente isto que torna possível a ruptura, momento em que uma nova cadeia de equivalências toma o lugar daquela que se colocava de forma hegemônica até o momento.

Nesse sentido, quando Müller (2021, p. 18) diz que a soberania não é mais exercida pelo povo não se está de todo errado. No entanto, do ponto de vista discursivo nunca foi “o povo” o soberano, mas sim “um povo”. A perspectiva teórica pós-estruturalista aqui apresentada poderia gerar uma interpretação de impossibilidade da democracia, pois o povo é resultante de um conceito contingente, precário e originado na exclusão.

Contudo, ao mesmo tempo que tal percepção seria uma impossibilidade para a democracia, é também a pré-condição para que a mesma seja possível. Isto pois, a existência de um “verdadeiro corpo do universal” impossibilitaria o dissenso, que constitui o próprio espaço político (LACLAU, 2011, p. 66). Essa fratura fundamental do “povo”, que impossibilita um conceito de fato universal não impõe necessariamente um cenário autoritário. Mesmo em uma realidade democrática é possível notar essa dinâmica, como por exemplo em uma transição democrática em que se nega o autoritarismo precedente em nome do governo do “verdadeiro povo soberano”. Neste exemplo o autoritarismo é a impossibilidade da democracia, de forma que não conduz, ao menos à princípio, para um cenário de opressão e violência.

Esta perspectiva traz um grande desafio para a legitimidade democrática, pois a ideia de povo que legitima a atuação do Estado parte, necessariamente, da exclusão. Mesmo com a busca de Mouffe (2019) pelo “agonismo”, na qual o outro é visto como um adversário e não um inimigo, o povo ainda se funda por essa fratura fundamental que exige a presença de uma parte funcionando como o todo. A concepção de povo que guia

⁴ Em sua obra Razão Populista, Laclau (2018, 138) apresenta a seguinte exemplificação: i) aumento da demanda por trigo e respectivo aumento da demanda; ii) aumento da produção do trigo; iii) ocupação de novas terras para aumentar a produção. Essas três sequências iniciais decorrem de elementos objetivos, no entanto há um quarto ponto que necessita de uma decisão política. Ocorre que a necessidade da expansão territorial do agronegócio neste exemplo de Laclau incorre em um conflito com as comunidades tradicionais. Assim, existem duas demandas antagônicas e a necessidade de uma escolha que “sacrifica” uma delas.





a atuação do Estado não é algo dado ou auto evidente. Trata-se de uma construção coletiva e carrega as vicissitudes do contexto em que se insere, de forma que o “povo” está em permanente disputa, assim como a própria linguagem. “Estado”, “democracia”, “vontade popular” e outros elementos que guiam as decisões públicas são disputados diariamente no espaço político. Dessa forma, o direito como elemento estruturante da ordem social, também se apresenta como disputa, é justamente este o ponto central do próximo capítulo.

4 A DISPUTA COMO DIREITO: O DIREITO PARA ALÉM DO JUDICIÁRIO

Como visto anteriormente o direito não se desenvolve em um espaço vazio, pelo contrário, ele se constrói em meio a um contexto pré-existente. Neste contexto há uma determinante relevante, a linguagem, que oferece as categorias e sentidos que serão articulados no espaço jurídico e darão concreticidade à norma. Ocorre que em um mundo cada vez mais plural, no qual cada indivíduo é afetado de um modo diferente pelo mundo que o cerca, é natural que a linguagem produza sentidos diferentes aos sujeitos. Cada grupo, com suas particularidade e experiências, vai reagir de maneira diversa diante de termos como “homem médio”, “interesse público”, “moderação de meios”, “liberdade de expressão” e outros termos análogos ligados ao direito (ADEOTADO, 2021, p. 21).

A princípio, este contexto oferece limitações para a atuação do poder judicial, constringendo a possibilidade de decisões esdrúxulas (MÜLLER, 2021, p. 19). Contudo, tal conclusão deve ser acautelada, pois em um cenário político polarizado, no qual os antagonismos sociais se colocam em evidência, é possível que decisões destoem radicalmente umas das outras. Mais do que isso, é possível que o contexto e a linguagem em disputa gerem decisões destoantes.

Um exemplo é o HC 126.292 (BRASIL, 2016), onde se discutia o cumprimento provisório da pena antes do trânsito em julgado. A tensão estabelecida nessa ação era entre a presunção de inocência, visto que não haveria o trânsito em julgado de uma condenação, e a segurança coletiva, colocada em risco em razão de um “condenado”





estar à solta. Em resumo, a pretensão era de tornar desnecessária a justificativa de prisão em caso de condenação após a apreciação recursal em segunda instância.

Em seu voto, Luis Roberto Barroso se utiliza de Müller para sustentar a reforma da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF). Para ele “O Direito não existe abstratamente, fora da realidade sobre a qual incide. As teorias concretistas da interpretação constitucional enfrentaram e equacionaram este condicionamento recíproco que existe entre norma e realidade” (BRASIL, 2016, p. 31). Dessa forma, a visão do Ministro sobre a Teoria Estruturante do Direito se apresenta da seguinte forma:

Um desenvolvimento específico dessa questão foi dado por Friedrich Muller, para quem a norma jurídica deve ser percebida como o produto da fusão entre o programa normativo e o âmbito normativo. O programa normativo corresponde ao sentido extraído do texto do dispositivo constitucional pela utilização dos critérios tradicionais de interpretação, que incluem o gramatical, o sistemático, o histórico e o teleológico. O âmbito normativo, por sua vez, identifica-se com a porção da realidade social sobre a qual incide o programa normativo, que tanto condiciona a capacidade de a norma produzir efeitos como é o alvo de sua pretensão de efetividade (BRASIL, 2016, p. 31).

Essa interpretação de Barroso permite compreender que o direito deve se adequar às dinâmicas e responder às necessidades sociais. A ausência do cumprimento provisório da pena gera três efeitos negativos, segundo o membro do STF: i) incentiva recursos protelatórios; ii) reforça a seletividade do sistema penal, pois somente os que possuem dinheiro conseguem recorrer e impedir a execução da pena; iii) agrava o descrédito do sistema penal, visto que pessoas condenadas não são presas. Cabe destacar que, mesmo considerando como verdadeiras essas problemáticas apresentadas, trata-se da necessidade de uma reestruturação do processo penal e não de uma atuação judicial. Contudo, o ponto central do argumento é que se deve considerar o contexto, no caso de impunidade, e as consequências da decisão, que é quebra desse paradigma (BRASIL, 2016, p. 51). Em suas palavras, “Não se trata de nivelar por baixo, mas de fazer justiça para todos” (BRASIL, 2016, p. 52).

Interessante notar que o termo e “justiça” é passível de dissensos a respeito de seu conceito. O “fazer justiça” poderia também fundamentar a decisão contrária de não permitir o cumprimento provisório de sentença, pois não haveria uma condenação com





trânsito em julgado. No caso, o termo “justiça” foi articulado com a necessidade de uma maior rigidez no cumprimento da pena. Isso fica evidente na fala da Ministra Carmem Lúcia ao Ministro Gilmar Mendes: “A Justiça que tarda falha, é claro, mas, em alguns casos, a Justiça que tarda na sua execução deixa de poder ser prestada [...] criou-se uma situação social em que aplica-se a lei, mas a ideia de justiça acabou, simplesmente acabou” (BRASIL, 2016, p. 66).

A “justiça acabou”, esse é o diagnóstico prevaiente neste momento que sustenta a necessidade de uma alteração na jurisprudência do STF. Não se trata de uma discussão exclusivamente jurídica, pelo contrário, nota-se uma tentativa de resposta à conjuntura política presente à época. Nesse sentido, é importante retomar alguns momentos que antecederam a decisão.

Em 2013, o Movimento Passe Livre (MPL) iniciou mobilizações contra o aumento de passagens. As reações populares expressivas atingiram cerca de 100 cidades de acordo com o site oficial do movimento⁵. No entanto, o que era inicialmente uma mobilização contra o aumento de passagens passou a ser “não são só 20 centavos”⁶. Este mote mobilizou a sociedade em busca de mudanças, sejam elas relacionadas à educação, transporte, saúde e outras áreas ligadas à atuação do Estado. Por meio da perspectiva pós estruturalista apresentada anteriormente, pode-se dizer que a demanda pela diminuição de passagens conseguiu articular outras demandas existentes na sociedade que a princípio não tinham uma relação direta.

Diante das mobilizações, a demanda inicial foi saindo de cena com o recuo dos estados em relação ao aumento. No entanto, a Copa do Mundo seria realizada no ano seguinte. Tal fato era explorado discursivamente, pois enquanto de um lado os gastos

⁵ A descrição das intenções do MPL, assim como as mobilizações articuladas estão disponíveis no seguinte sítio eletrônico: <https://www.mpl.org.br/>. Acesso: 12 de setembro de 2022.

⁶ Tais manifestações foram amplamente difundidas pelas grandes mídias, sendo um evento público e notório no Brasil. Naquele momento inclusive alguns meios de comunicação buscavam compreender as razões de mobilizações tão enfáticas para o que era inicialmente apenas uma irrisignação com o aumento das passagens. Como exemplo, pode-se mencionar a Veja com a manchete “Se não são apenas os 20 centavos, qual a razão das manifestações pelo Brasil?”. Na sequência vinha um pedido: “VEJA.com quer saber sua opinião: se não são apenas os 20 centavos, qual a razão para protestar no Brasil de hoje? Use o Twitter para enviar suas respostas indicando-a com a marcação @veja”. A matéria pode ser acessada na íntegra no site da editora da revista. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/tecnologia/se-nao-sao-apos-20-centavos-qual-a-razao-das-manifestacoes-pelo-brasil/>. Acesso 17 de setembro de 2020





com o evento eram expressivos para a população em geral, de outro se estava diante de inúmeras demandas sociais não atendidas pelo Estado. Essa dicotomia foi bem explorada pela FIESP com o outro mote de destaque “eu não vou pagar o pato”. Em meio a estes acontecimentos estava a chamada “Operação Lava Jato”, que investigava supostas corrupções praticadas durante os governos dos Partidos dos Trabalhadores. O processo de impeachment de Dilma Vana Rousseff explicita o movimento discursivo que prenunciava a decisão do STF.

A análise do HC 126.292, logo após a decisão em segunda instância da manutenção da condenação ex-Presidente Luiz Inácio Lula da Silva exarada em razão da “Operação Lava Jato”, retirando-o da disputa eleitoral que seria realizada naquele ano chama atenção. Isto pois, além de colocar o STF no centro do embate político, também demonstra uma tentativa de responder os anseios sociais, a busca por “justiça” diante das “impunidades”.

Este episódio específico e singular demonstra que a linguagem como disputa possui fortes influência no âmbito jurídico. Isso não significa dizer que a decisão em específico é legítima ou não, trata-se apenas de identificar as possíveis influências das dinâmicas da linguagem em uma decisão judicial de relevo político. As instabilidades políticas mencionadas geraram concepções de “justiça”, “direito”, “impunidade” e outras categorias que acabaram por sustentar uma alteração jurisprudencial do próprio STF. Significa dizer que as “batalhas” jurídicas não são travadas apenas em tribunais ou ambientes jurídicos “puros”, mas sim no espaço político cotidiano, para além do judiciário.

Se o contexto e a linguagem oferecem limitações para o poder judicial, a fim de impedir decisões destoantes (MÜLLER, 2021, p. 19), há de se notar que também oferece aberturas para alterações e possíveis rupturas. Os elementos discursivos não são formados exclusivamente no jurídico e oferecem um espaço limítrofe fluido para a atuação do juiz. O texto, em um sentido estrito, não oferece o sentido da norma, mas apenas um conjunto de sinais, que em conjunto com o contexto social e comunicativo, possibilitam a construção de uma norma (ANDRESANI; STAMILE, 2021, p. 30). Assim, as categorias discursivas formadas para além do judiciário podem funcionar como motores que empurram os juízes para atuações capazes de colocar em risco direitos





individuais e o próprio paradigma democrático liberal. Ler a Teoria Estruturante do Direito como um dever ser pode oferecer uma autonomia demasiada para o jurista ao tentar “responder” a sociedade, como fez Barroso no voto analisado. Talvez, olhar para essa perspectiva teórica como um “ser” deva ser mais frutífero, pois oferece caminhos para a compreensão do processo de tomada de decisões.

CONCLUSÃO

A investigação apresentada teve como problema central a relação que se pode estabelecer entre a política e a atuação do STF a partir da Teoria Estruturante do Direito. A preocupação se justificou mediante o protagonismo assumido pelo STF nos últimos anos e seu impacto respectivo impacto na divisão de poderes. A hipótese, que se comprovou ao longo da pesquisa, consiste na possibilidade de as disputas políticas produzirem efeitos diretos nas decisões jurídicas, uma vez que estabelecem o contexto e as categorias conceituais muitas vezes utilizadas para se tomar decisões. Nesse sentido, concepções de “justiça”, “impunidade”, “corrupção”, “Estado” e outros termos de relevo acabam por conduzir e estabelecer um espaço mais amplo para a atuação do judiciário e em especial de um órgão em função de Corte.

Nesse sentido, se a função jurisdicional se estabelece como um organismo que está fora da política, tal assertiva se mostra falsa, pois o contexto oferece um elemento intransponível para o processo hermenêutico. A atuação jurídica não se estabelece em um ambiente “puro”, mas se envolve diretamente com a comunidade em que se aplica a norma. A princípio, pode-se dizer que tal fato aumenta a legitimidade democrática da decisão, pois estará mais próxima e em sintonia com a comunidade política. No entanto, se antes o judiciário era pensado como uma instituição capaz de gerar estabilidade e ordem social, agora essa qualidade deve ser repensada.

Tradicionalmente os movimentos populistas são tratados como mobilizações externas ao judiciário, com líderes que apresentam respostas às necessidades populares e colocam em risco o jogo democrático. No entanto, no momento em que o judiciário se apresenta nesse papel em razão do contexto em que é inserido, tal paradigma necessita





ser repensado. A busca de uma “justiça” pela comunidade se desloca para a atuação jurisdicional, de forma a gerar um descompasso na separação de poderes.

Tais observações demonstram que as disputas travadas juridicamente não se realizam apenas no âmbito jurisdicional. Isso não diminui a importância do embate no âmbito processual, mas abre margem para compreender que as decisões não são tomadas apenas em razão de argumentos apresentados diretamente ao juízo. Permite também compreender que o próprio direito é disputado no cotidiano em meio aos embates políticos que constituem a vida coletiva.

Referências

ADEOTADO, João Maurício. From the Dissociation Between Text and Norm to the Pulverization of Legal Decisions. *In*: STAMILE, Natalina; GOMES, Nestor Castilho; TORRES, Denis José Almanza. (Org). **Friedrich Müller’s Theory of Law**. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2021. p. 21-28.

ANTONOV, Mikhail. Law, State, and Human Rights in Russian Legal Lexicon. *In*: STAMILE, Natalina; GOMES, Nestor Castilho; TORRES, Denis José Almanza. (Org). **Friedrich Müller’s Theory of Law**. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2021. p. 39-60.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 126.292**. Relator: Teori Zavascki. Data de Julgamento: 17 de fevereiro de 2016.

BURITY, Joanildo Albuquerque. Discurso, política e sujeito na teoria da hegemonia de Ernesto Laclau. *In*: RODRIGUES, Léo Peixoto; MENDONÇA, Daniel de. **Pós-estruturalismo e teoria do discurso**: em torno de Ernesto Laclau. p. 35 – 52. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008.

GIACAGLIA, Mirta. Universalismo e particularismo: emancipação e democracia na teoria do discurso. *In*: RODRIGUES, Léo Peixoto; MENDONÇA, Daniel de. **Pós-estruturalismo e teoria do discurso**: em torno de Ernesto Laclau. p. 71 – 88. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008.

LACLAU, Ernesto. **Emancipação e diferença**. Rio de Janeiro: EdUERJ, 2011.

LACLAU, Ernesto. **Razão Populista**. São Paulo: Três Estrelas, 2018.

LACLAU, Ernesto; MOUFFE, Chantal. **Hegemonia e Estratégia Socialista**: por uma política democrática radical. São Paulo: Intermeios, 2015.





LACLAU, Ernesto; MOUFFE, Chantal. **Hegemonia e Estratégia Socialista**: por uma política democrática radical. São Paulo: Intermeios, 2015.

MENDONÇA, Daniel de. **Democracia sem democratas**: uma análise da crise política no governo João Goulart (1961-1964). Tese (doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Ciência Política da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2006.

MOUFFE, Chantal. **Por um populismo de esquerda**. São Paulo: Autonomia Literária, 2019.

MÜLLER, Friedrich. Preface. *In*: STAMILE, Natalina; GOMES, Nestor Castilho; TORRES, Denis José Almanza. (Org). **Friedrich Müller's Theory of Law**. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2021, p. 15-20.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a Origem e os Fundamentos da Desigualdade entre os Homens; Discurso sobre as Ciências e as Artes**. V. 2. São Paulo: Nova Cultura, 1999a.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social; Ensaio sobre a Origem das Linguas**. v. 1. São Paulo: Nova Cultural, 1999b.

STAMILE, Natalina. A falsa neutralidade do direito. Uma breve crítica preliminar. *In*: BERTOTTI, Barbara Mendonça (org.). **Gênero e Resistência**. Vol. 1. Porto Alegre: Editora Fi, 2019.

STAMILE, Natalina; ANDESANI, Gianluca. Mulling Over Hermeneutics. *In*: STAMILE, Natalina; GOMES, Nestor Castilho; TORRES, Denis José Almanza. (Org). **Friedrich Müller's Theory of Law**. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2021. p. 29-38.

STAMILE, Natalina; GOMES, Nestor Castilho; TORRES, Denis José Almanza. (Org). **Friedrich Müller's Theory of Law**. Stuttgart: Franz Steiner Verlag, 2021.

